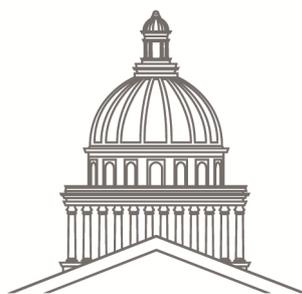


Université Paris II - Panthéon-Assas
École doctorale Georges Vedel. Droit public interne,
science administrative et science politique (ED 7)

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 5 décembre 2016

**Les actes administratifs unilatéraux de
régulation**



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Thèse de Doctorat / décembre 2016

Christos KALOUDAS

Sous la direction de Monsieur le Professeur Yves GAUDEMET

Membres du jury :

Monsieur Stéphane BRACONNIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Monsieur Yves GAUDEMET

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,
membre de l'Institut (directeur de thèse)

Monsieur Antoine LOUVARIS

Professeur à l'Université Paris-Dauphine (rapporteur)

Madame Rozen NOGUELLOU

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (rapporteur)

Monsieur Thomas PEZ

Professeur à l'Université Paris-Dauphine

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens d'abord à remercier Monsieur le Professeur Yves Gaudemet de m'avoir fait l'honneur de diriger ce travail. C'est grâce à sa bienveillance, sa constante disponibilité et ses conseils que celui-ci a pu voir le jour. Qu'il trouve ici l'expression de ma profonde reconnaissance et de ma gratitude.

J'exprime également ma reconnaissance à Madame le professeur Claudie Boiteau pour les différentes opportunités de recherche qu'elle m'a offertes au sein de l'université Paris-Dauphine, ainsi qu'à Monsieur le Professeur Théodore Fortsakis, dont les enseignements m'ont aidé à découvrir ma passion pour le droit administratif.

En outre, je remercie les professeurs Stéphane Braconnier, Antoine Louvaris, Rozen Noguellou et Thomas Pez d'avoir accepté de lire et d'évaluer mon travail.

La solitude qu'impliquait mon travail de doctorant a été brisée grâce à quelques amis.

Parmi ceux-ci, force est de mentionner d'abord Alexandra Théofili, qui m'a appris le sens de la sincérité et de la vraie amitié.

Je remercie encore Chara Vlachou, Ioanna Papadamaki, Ioannis Kastanas et Aggeliki Lykou pour leur amitié sans faille.

Mes plus vifs remerciements vont également à Madame Irini Serfiotou pour sa relecture attentive, qu'elle a menée comme si elle était un membre de ma famille.

Par ailleurs, les mots me manquent pour remercier mes parents qui m'ont constamment soutenu pendant mon long parcours de thèse et qui ont toujours été là, même si nous habitons loin.

Finalement, je remercie Evangelia pour son amour inconditionnel et sa patience.

À mes parents

LES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX DE RÉGULATION

Résumé :

Même si la régulation est associée à l'apparition de nouvelles formes de normativité, les actes administratifs unilatéraux occupent une place importante parmi ses différents outils. Envisagée comme une police spéciale visant la protection de l'ordre public économique, la régulation trouve dans les actes administratifs unilatéraux ses moyens d'exercice naturels. Il y a quatre types d'actes administratifs unilatéraux de régulation : les autorisations d'accès au marché, les actes réglementaires qui fixent les conditions d'exercice de la concurrence en son sein, les actes de règlement des différends et les décisions adoptées en matière de sanction. Au sein du système de régulation par voie d'actes administratifs unilatéraux se rencontrent plusieurs objectifs qui participent à la confection d'un régime inédit. L'étude du régime des actes administratifs unilatéraux de régulation confirme leur spécificité. Celle-ci se manifeste tout au long de leur cycle de vie. Adoptés par des autorités administratives indépendantes, ces actes peuvent être précédés d'une consultation publique, attribués après mise en concurrence des opérateurs ou cédés par leurs titulaires. Les évolutions que connaît leur régime les rapproche du droit souple, au point de rendre parfois difficile la distinction entre les deux instruments pour les opérateurs et le juge, au détriment de la sécurité juridique. Le juge administratif occupe une place centrale au sein du mécanisme de régulation. Confronté à un mécanisme normatif à deux vitesses et aux exigences que pose la régulation, il est amené à faire évoluer ses méthodes de contrôle et à construire progressivement son office de juge de la régulation.

Descripteurs : *autorités de régulation, autorisation, acte réglementaire, règlement des différends, sanction, participation, mise en concurrence, patrimonialisation, droit souple, juge administratif*

UNILATERAL ADMINISTRATIVE ACTS THAT SERVE AS INSTRUMENTS TO SECTORAL REGULATION^{*}

Abstract :

Regardless of the fact that sectoral regulation is usually associated with the emergence of new forms of normativity, unilateral administrative acts have a prominent place among its various instruments. Conceived of as a special mission of the Administration whose main objective is the protection of public economic order, sectoral regulation is indeed normally exercised through unilateral administrative acts. There are four types of unilateral administrative acts that serve as instruments to sectoral regulation: decisions authorising access to the market, regulatory acts that set the conditions for competition in the market, dispute resolution decisions and decisions imposing sanctions. Regulating through unilateral administrative acts serves various objectives leading to a unique regime. Studying the latter confirms the specificity of these acts, a specificity that is evident throughout their life cycle. Adopted by independent administrative authorities, these acts can be submitted to public consultation, attributed to the operators on the basis of a competitive tender or transferred from one beneficiary to another. The evolution of their regime raises the question of their relationship with soft law: the distinction between the two instruments can at times be difficult both for the operators and the judge at the expense of legal security. The Administrative Judge plays a central role in the mechanism of sectoral regulation. Confronted with a two-gear normative mechanism and with the obligations that derive from sectoral regulation, his control methods are destined to evolve and his role as a regulatory judge is progressively refined.

Keywords : *regulatory authorities, authorisation, regulatory act, dispute resolution, sanction, participation, competitive tender, soft law, patrimonialization, Administrative Judge*

^{*} *Given that the French term « régulation » and the English term « regulation » have a different meaning, this title describes only partially the content of our PhD thesis.*

Principales abréviations

<i>al.</i>	Alinéa
<i>art.</i>	Article
<i>AJDA</i>	Actualité juridique - Droit administratif
<i>ARAFER</i>	Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières
<i>ARCEP</i>	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
<i>Ass.</i>	Assemblée
<i>BJCP</i>	Bulletin de Jurisprudence de Contrats Publics
<i>c/</i>	Contre
<i>CA</i>	Cour d'appel
<i>CAA</i>	Cour administrative d'appel
<i>Cass.</i>	Cour de Cassation
<i>CC</i>	Conseil constitutionnel
<i>CE</i>	Conseil d'État
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'homme
<i>Cf.</i>	Se reporter à
<i>chron.</i>	Chronique
<i>CJA</i>	Code de justice administrative
<i>CJCE</i>	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CJEG</i>	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
<i>CJUE</i>	Cour de justice de l'Union européenne
<i>Coll.</i>	Collection
<i>comm.</i>	Commentaire
<i>concl.</i>	Conclusions
<i>Cons. conc.</i>	Conseil de la concurrence
<i>Cons. const.</i>	Conseil Constitutionnel
<i>CP-ACCP</i>	Contrats publics - Actualité de la commande publique et des contrats publics
<i>CPCE</i>	Code des postes et des communications électroniques
<i>CRE</i>	Commission de régulation de l'énergie
<i>D.</i>	Dalloz (Recueil)

DA	Droit administratif
<i>dact.</i>	dactylographié(e)
<i>dir.</i>	sous la direction de
<i>ex.</i>	Exemple
<i>éd.</i>	Edition
EDCE	Études et Documents du Conseil d'État
<i>fasc.</i>	Fascicule
<i>Ibid.</i>	Ibidem
JPC A	La Semaine Juridique. Édition administration et collectivités territoriales
JCP G	La Semaine Juridique. Édition générale
JORF	Journal officiel de la République Française
LGDJ	Librairie générale du droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
<i>Mél.</i>	Mélanges
<i>not.</i>	Notamment
<i>obs.</i>	Observations
<i>op. cit.</i>	opere citato
<i>p.</i>	Page
<i>pp.</i>	Pages
<i>préc.</i>	précité(e)
Pt	Point
PUF	Presses universitaires de France
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et l'étranger
Rec.	Variable selon le contexte : Recueil Lebon (décisions du Tribunal des conflits, arrêts du Conseil d'État). Recueil des décisions de la CJUE (anciennement CJCE) ou du Tribunal (anciennement TPICE)
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel

<i>RJEP</i>	Revue juridique de l'économie publique (ex-CJEG)
<i>RLC</i>	Revue Lamy de la concurrence
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>S.</i>	Sirey (Recueil)
<i>s.</i>	(et) suivant(e)s
<i>Sect.</i>	Section du contentieux du Conseil d'Etat
<i>spéc.</i>	spécialement
<i>Sté</i>	Société
<i>T.</i>	Tables du Recueil Lebon
<i>TA</i>	Tribunal administratif
<i>TC</i>	Tribunal des conflits
<i>v.</i>	voir
<i>vol.</i>	volume

Sommaire

Partie I. L'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation

Titre 1. La compétence d'édition des actes

Chapitre 1. La conciliation entre l'indépendance des autorités de régulation et leur compétence d'édition des actes

Chapitre 2. L'encadrement du pouvoir réglementaire des autorités de régulation

Titre 2. La procédure d'adoption des actes

Chapitre 1. La participation des opérateurs à la confection des actes

Chapitre 2. La mise en concurrence des opérateurs intéressés par l'attribution des autorisations d'accès aux ressources rares

Partie II. La mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation

Titre 1. La mise en œuvre des actes par l'administration

Chapitre 1. Le régime de mise en œuvre

Chapitre 2. Les outils de mise en œuvre

Titre 2. La mise en œuvre des actes par le juge

Chapitre 1. L'élargissement du champ du contrôle juridictionnel

Chapitre 2. L'adaptation des méthodes de contrôle des actes aux exigences de la régulation

Introduction

« On ne peut pas descendre deux fois dans le même fleuve ni toucher deux fois une substance périssable dans le même état, car elle se disperse et se réunit à nouveau par la promptitude et la pérennité de sa métamorphose (...) »¹.

La formule « panta rhei » (« toutes choses s'écoulent ») qui est employée couramment pour désigner la théorie de mobilisme développée par Héraclite d'Ephèse ne se rencontre dans aucun fragment original du philosophe². C'est plutôt grâce à la *métaphore du fleuve* que le philosophe obscur³ a réussi à mettre en lumière la mobilité constante des choses⁴.

Dans le prolongement d'Héraclite, Anaxagore, philosophe présocratique⁵, a pu construire la théorie de la conservation de la matière, résumée dans sa célèbre formule : « Rien ne naît ni ne périt, mais des choses déjà existantes se combinent, puis se séparent de nouveau »⁶. Cette théorie a trouvé une application importante dans la science de la chimie. Antoine Lavoisier, père de la chimie moderne, l'a appliquée aux réactions chimiques. Selon Lavoisier : « (...) Rien ne se crée, ni dans les opérations de l'art, ni dans celles de la nature, et l'on peut poser en principe que, dans toutes opérations, il y a égale quantité de matière avant et après l'opération (...) »⁷.

¹ Y. BATTISTINI (trad.), *Héraclite d'Ephèse*, Paris, Cahiers d'Art, 1948, p. 50.

² En ce sens, v. K. AXELOS, *Héraclite et la philosophie*, Les éditions de minuit, 1962, pp. 50-51.

³ Héraclite d'Ephèse a été surnommé « l'obscur » non seulement en raison du sens énigmatique et compliqué de sa théorie, mais également du fait qu'il ne reste de lui que quelques rares fragments rapportés par ses contemporains.

⁴ En ce sens, v. K. AXELOS, *Héraclite et la philosophie*, Les éditions de minuit, 1962, pp. 50-51.

⁵ Sur les philosophes présocratiques, v. L. BRISSON, A. MACÉ et A.-L. THERME (dir.), *Lire les présocratiques*, PUF, 2012 ; J. VOILQUIN (dir.), *Penseurs grecs avant Socrate : De Thalès de Milet à Prodicos*, Flammarion, 1993 ; D. DELATTRE, J.-P. DUMONT et J.-L. POIRIE (trad.), *Les Ecoles présocratiques*, Folio (Essais), Gallimard, 1991.

⁶ Anaxagore, *Les homéoméries et le Noûs*, proposition 17.

⁷ A.-L. DE LAVOISIER, *Traité élémentaire de chimie*, Cuchet, 1789, p. 101. Sur la loi Lavoisier, v. K. SLAMA, *Chimie générale et organique*, BP : Cahiers du Préparateur, Porphyre, 2000, p 38.

L'État et le droit connaissent, tout comme les substances périssables, une constante évolution. « On nous change notre État »⁸ s'exclame l'éminent professeur de droit, soucieux du rôle subséquent du droit administratif. Allant de pair avec la mutation des fonctions de l'État, le droit administratif s'est orienté lors des dernières décennies vers de nouvelles exigences économiques et sociales, parmi lesquelles figure celle du fonctionnement concurrentiel du marché. Imprégné par une logique économique, le droit administratif s'est ouvert à de nouveaux territoires⁹, sans toutefois les conquérir. Bien au contraire, l'expansion de son champ d'étude a conduit à ce que sa pérennité soit mise en doute¹⁰, le droit administratif étant soumis aujourd'hui plus que jamais à un test d'efficacité à plusieurs niveaux.

L'impératif d'efficacité économique a joué un rôle de fil conducteur dans le mouvement évolutif du droit administratif. L'appareil normatif de l'administration a dû être reconstruit afin de répondre aux divers objectifs liés à la protection de la concurrence.

Dans un effort de définir la concurrence, le professeur M. Lombard l'aperçoit comme « rivalité », « compétition », comme un « facteur de désordre », qui « s'oppose à l'ordre d'une économie planifiée, ordonnée, dirigée »¹¹. Partant de l'idée que la concurrence désigne un état du marché, le professeur Y. Gaudemet voit dans ce terme une contrainte pour le pouvoir politique, « un grand projet économique, une politique volontariste, qui, comme telle, appelle l'instrument du droit »¹².

⁸ M. HAURIOU, note sous TC, 8 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, S. 1900 III, p. 49.

⁹ Pour une esquisse des mutations du droit administratif au cours des dernières décennies v. *AJDA*, Dossier spécial : « Le droit administratif français en 2013 », n° 7, 25 février 2013, p. 387 et s., not. les contrib. suiv. : B. STIRN, « Le Droit administratif vu par le juge administratif », p. 387 ; D. TRUCHET, « Le Droit administratif vu par un professeur de droit », p. 404.

¹⁰ Sur cette problématique, v. not. D. TRUCHET, « Avons-nous encore besoin du droit administratif », in *Mélanges J.-F. LACHAUME*, Dalloz, 2007 p. 1039 s. ; A. DE LAUBADÈRE, « Réflexions sur la crise du droit administratif français », *D.* 1952, chron., p. 5 ; J.-J. BIENVENU, « Le droit administratif, une crise sans catastrophe », *Droits* 1986, n° 4, p. 93 ; B. SEILLER, *Droit administratif. Tome 2 : l'action administrative*, 6^{ème} éd., Flammarion, 2016, pp. 13-14.

¹¹ M. LOMBARD, entrée « concurrence », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 4^{ème} tirage, 2012, p. 252.

¹² Y. GAUDEMET, *Droit de la concurrence : une autre introduction*, in « Le Code de commerce 1807-2007 », Dalloz 2007, p. 397 s., spéc. p. 405.

Le droit est un « rempart contre le désordre »¹³. Il encadre la concurrence là où elle pourrait s'avérer excessive et donner lieu à des abus. De surcroît, il vise à faire créer la concurrence au sein des domaines où elle est inexistante. La pénétration de la concurrence dans la sphère du droit administratif implique une évolution de ce dernier, qui passe par l'appropriation des méthodes du droit « post-moderne »¹⁴. Cette évolution se reflète notamment dans les outils qu'utilise le droit administratif pour répondre aux exigences de la concurrence.

Le titre de la présente étude en est la preuve. Balançant entre le classique et le moderne, ce titre combine deux réalités divergentes qui aboutissent, certes, à la création d'un instrument unique et polyvalent : l'une est exprimée par le concept des actes administratifs unilatéraux, qui représentent l'exercice de la prérogative de puissance publique la plus radicale, et l'autre est formée par la fonction de régulation, qui est censée traduire une nouvelle forme d'intervention de l'État, plutôt caractérisée par la souplesse du droit applicable et la flexibilité des méthodes utilisées. La coexistence de ces éléments donne naissance à un type d'actes hybrides : « les actes administratifs unilatéraux de régulation ».

Cette formulation est assez énigmatique et rompt avec l'idée qui veut que la fonction de régulation soit exercée par voie d'actes informels. Les actes administratifs unilatéraux semblent *a priori* incompatibles avec la régulation : ils constituent un instrument juridique rigide, leur édicition est précédée de lourdes règles de procédure et, dans certains cas, leur exécution peut être assurée par le recours à la force¹⁵. En d'autres termes, ils font partie de ce corps du droit¹⁶ dont on voudrait éviter les exigences avec la régulation.

¹³ T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 274, 2013, p. 1.

¹⁴ Sur ces méthodes, v. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société – série politique », n° 35, p. 99 s., et, du même auteur, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, n° 3, p. 659 s.

¹⁵ Sur ce point, v. TC, 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, Rec. p. 713, concl. ROMIEU, in M. LONG, P. WEIL e. a., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2015, n° 10, p. 61.

¹⁶ V. la distinction opérée par le professeur G. Timsit entre droit dur et droit mou et, notamment, son analyse sur les spécificités que présente la règle de droit lorsqu'elle trouve à s'appliquer en matière de régulation : G. TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, avril-juin 1996, n° 78, p. 375 s., spéc. p. 387 s.

Née comme une forme alternative au modèle interventionniste, la régulation a conduit au renouvellement des structures étatiques et des méthodes de production des normes. Sur le plan institutionnel, elle a été associée à la prolifération de nouvelles formes d'organisation administrative¹⁷. Sur le plan normatif, elle traduit une certaine méfiance face à la normativité traditionnelle qui est censée être difficile à concilier avec la réalisation de l'impératif du fonctionnement concurrentiel du marché¹⁸.

La régulation oriente la norme vers l'objectif d'efficacité et associe les destinataires de la règle à son élaboration. Elle appelle une révision de la manière dont est appréhendée la règle de droit. Cette dernière change, elle gagne en souplesse et devient de plus en plus individualisée. Le droit souple, fondé plutôt sur l'adhésion de ses destinataires que sur la contrainte, est censé être le moyen le plus efficace pour la réalisation de ces exigences¹⁹.

Malgré la régression des formes classiques de l'action de l'administration en faveur de nouveaux types de normativité, les actes administratifs unilatéraux, « procédé normal de l'action administrative »²⁰, continuent à participer au jeu de la concurrence. Or, ces actes pourraient-ils subsister dans un contexte marqué par la souplesse, la rapidité et l'efficacité ? Ne seraient-ils, pas nature même, inappropriés pour réguler le marché ?

En réponse à ces questions, il convient d'observer la pratique des institutions de régulation, qui confirme la pérennité de ces actes comme pivot du mécanisme de libre concurrence. Les actes administratifs unilatéraux acquièrent une place essentielle au sein des divers instruments dont disposent les autorités de régulation. La fonction de régulation n'implique pas la disparition des outils normatifs ordinaires ; elle s'en sert, tout en les forçant à s'adapter à ses objectifs.

¹⁷ M. Nicolas et S. Rodrigues notaient en 1998 que la notion de régulation devait être employée pour « qualifier le nouveau dispositif institutionnel qui encadre les industries de réseaux en cours de libéralisation » (M. NICOLAS, S. RODRIGUES, *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, SUPE, Paris, 1998, p. 220).

¹⁸ En ce sens, v. G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP*, n° 109, 2004, p. 5 s., spéc. p. 8.

¹⁹ V. à cet égard la thèse de L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 259, 2009.

²⁰ J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif. Cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêts avec corrigés*, LGDJ, 14^{ème} éd., 2015, p. 315.

Consacrer une étude aux actes administratifs unilatéraux de régulation implique, d'une manière générale, de *recenser* et d'*évaluer* les évolutions que connaît le régime des actes administratifs unilatéraux lorsque ceux-ci sont appelés à réguler le marché.

Avant de procéder à ce travail, il convient de répondre aux trois questions suivantes : ***Quels sont*** les actes administratifs unilatéraux de régulation ? ***Pourquoi*** mériteraient-ils un examen particulier ? ***Comment*** conviendrait-il de procéder pour identifier les différentes caractéristiques de leur régime ? Le traitement de ces questions nous permettra, respectivement, de délimiter *l'objet de la thèse* (Section 1), de démontrer son *intérêt* (Section 2) et d'exposer et justifier *la démarche adoptée* (Section 3).

Section 1. L'objet de l'étude

Lors d'une réaction chimique intervient une transformation de la matière. Les espèces chimiques qui participent à la réaction sont appelées « réactifs », et celles qui sont formées à l'issue de la réaction sont appelées « produits de réaction ». Au cours de la réaction chimique, il y a en même temps *transformation* et *conservation* de la matière : chacun des atomes des réactifs se retrouve dans les produits (« rien ne se perd »), et chaque atome des produits provient nécessairement d'un réactif (« rien ne se crée »)²¹. Les réactifs se transforment pour donner le produit de la réaction, mais leur substance ne se perd pas lors de la transformation. Elle se retrouve identique dans le produit de la réaction.

Les actes administratifs unilatéraux de régulation pourraient être envisagés comme le produit d'une réaction chimique entre les actes administratifs unilatéraux, individuels ou réglementaires, et la régulation. La substance des réactifs se retrouve dans le produit de la réaction (« rien ne se perd »), qui reste formé uniquement d'eux (« rien ne se crée »). Lorsque les actes administratifs unilatéraux deviennent un outil de régulation, ils se *transforment* afin de répondre aux nouvelles exigences que pose cette dernière. De même, s'appuyant sur des actes administratifs, la régulation se rapproche des fonctions administratives classiques.

²¹ V. la loi Lavoisier, *op. cit.*

Consacrer une thèse aux actes administratifs unilatéraux *de* régulation implique une appréciation **finaliste** de l'acte administratif unilatéral : parmi tous les actes administratifs unilatéraux, seront traités seuls ceux qui visent à réguler le marché. Dans la mesure où la régulation est la finalité des actes étudiés, sa définition (§ 1) constitue le préalable nécessaire à l'identification des actes administratifs unilatéraux de régulation (§ 2).

§ 1. La définition retenue de la notion de régulation

Alors que la doctrine du droit public s'emploie avec ardeur à saisir la régulation²², celle-ci demeure insaisissable ; « nulle part définie, ni même objectivée »²³, la régulation se range parmi les notions floues du droit. Sa définition s'adapte au *contexte* dans lequel elle s'insère à chaque fois.

Essayer de construire une définition parfaite de la régulation en droit qui transcende l'ensemble de ses possibles utilisations serait impossible, voire inutile compte tenu des mérites qu'elle présente en tant que notion flexible. La régulation devrait rester un outil souple aux mains du législateur et du juge, dans les limites posées par la sécurité juridique²⁴. Pour la doctrine, la régulation figure soit comme un objet de définition, soit comme support à l'examen d'une autre notion fondamentale, comme celle d'État²⁵.

Par conséquent, la signification de la notion de régulation que l'on retient ne peut pas excéder *le cadre strict de la présente étude*. Parmi les différentes propositions de définition est adoptée celle qui serait la plus adaptée aux fins de notre démonstration.

²² Dans l'introduction de sa thèse, L. Calandri, fournit une très riche bibliographie sur les études consacrées à la régulation (colloques, articles, chroniques, rapports, ouvrages collectifs ou thèses). V. L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, 2008, pp. 18-20.

²³ Y. GAUDEMET, « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », in *La régulation, Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP 2004, n° 109, p. 13.

²⁴ Sur le contenu et la portée actuelle de ce principe, v. RDP 2016, n° 3, Dossier : sécurité juridique – imprévisibilité du droit. Sur son application en matière économique, v. not. L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Coll. « Droit/Économie, International », Bruxelles, Larcier, 2008 (v. not. la contribution de L. BOY : « Régulation et sécurité juridique », p. 333 s.) ; H. DE CASTRIES et N. MOLFESSIS, *Sécurité juridique et initiative économique*, Rapport du Club des juristes, Mare et Martin, 2015.

²⁵ Sur ce point, v. J. CHEVALLIER, « L'État régulateur », RFAP, 2004/3, n° 111, p. 473 s.

La régulation est issue du domaine technique²⁶. Comme le suggère le professeur J. Chevallier : « Dès 1728, le " régulateur " désigne, dans les sciences techniques, un système de commande destiné à maintenir constante la valeur d'une grandeur, quelles que soient les perturbations qui pourraient la faire varier : la machine à vapeur de Watt comporte ainsi un régulateur à boules, destiné à éviter les risques d'explosion ; on parlera du régulateur de vitesse, du régulateur de température ou thermostat etc. »²⁷.

Le terme « régulation » est apparu aux États-Unis pour désigner à la fois « un instrument - que l'on appellerait en français la réglementation - et une politique publique bien particulière »²⁸. Le vocable anglo-saxon « regulation », signifie « réglementation » en français²⁹. Or, en droit français, la régulation dépasse la seule réglementation. Elle vise le maintien d'un équilibre par de multiples instruments dont la normativité varie. La réglementation peut prendre différentes formes : elle peut soit s'appliquer *ab initio* et avoir un caractère transversal, soit être supplétive et régir un secteur d'activité donné.

Muée en notion juridique, la régulation traduit, d'abord, le recul de l'État providence et l'émergence d'un État post-moderne³⁰ qui joue un rôle d'« arbitre du jeu économique »³¹. Dans son œuvre : « La Communauté européenne, un État régulateur »³², G. Majone procède à une systématisation des missions actuelles de l'État et distingue entre la redistribution, qui consiste en le transfert de ressources, la stabilisation, qui repose sur le maintien de la croissance, et la régulation³³.

²⁶ Selon le *petit Robert*, la régulation consiste en « l'action de régler, de mettre au point » ou en « le fait de maintenir en équilibre, d'assurer le fonctionnement correct d'un système complexe ». V. J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française / texte remanié et amplifié*, 2008, p. 2170.

²⁷ J. CHEVALLIER, « L'État régulateur », *op. cit.*, spéc. pp. 474-475.

²⁸ En ce sens, v. B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 482.

²⁹ Pour cette distinction, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, p. 126 s.

³⁰ Sur ce concept, v. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*

³¹ Pour une illustration de cette évolution du rôle de l'État, v. J. CHEVALLIER, « L'État régulateur », *op. cit.*, p. 477 s.

³² G. MAJONE, *La Communauté européenne : un État régulateur*, Paris, Montchrestien, 1996. Pour une démonstration de cette systématisation, v. G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *op. cit.*, p. 9.

³³ V. G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *ibid.*

Le professeur Y. Gaudemet envisage la notion de régulation dans un double sens, tant finaliste que formel. Conçue strictement, celle-ci serait délimitée par son objet, le *marché*, et par la finalité de *police économique* qu'elle poursuit. Appréhendée dans un sens large, elle serait conçue comme un « nouveau pavillon de la normativité »³⁴. Elle pourrait ainsi être également définie en fonction de la nature juridique des normes auxquelles elle donne lieu. Bénéficiant d'un préjugé favorable et fondée sur une « normativité dialoguée »³⁵, la régulation serait une alternative à la réglementation ordinaire qui est censée être inadéquate en matière économique car elle appartiendrait à un « monde révolu »³⁶.

Cette définition mixte de la régulation correspond parfaitement au titre de la présente étude. Dans le cadre de sa mission de régulation, l'administration vise à satisfaire plusieurs finalités d'intérêt général (A) à l'appui de divers instruments (B).

A. Les finalités de la régulation

Les différentes acceptions de la régulation dans la doctrine ont pour dénominateur commun de rattacher cette notion à la **poursuite d'un équilibre**. Selon M.-A. Frison-Roche, la régulation se définit comme « la mise en balance entre le principe de concurrence et un autre principe, concurrentiel, voire anticoncurrentiel »³⁷. Dans le même sens, B. du Marais note que 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 »³⁸. De même, M. Lombard conçoit la régulation comme une « 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 »³⁹.

³⁴ Y. GAUDEMET, « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », *op. cit.*, p. 13.

³⁵ G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, pp. 85-86.

³⁶ Y. GAUDEMET, « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », *op. cit.*, p. 13.

³⁷ M.-A FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, PUF, 2011, p. 114.

³⁸ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, 2004, p. 483.

³⁹ M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 14 mars 2005, n° 10, p. 530 s., spéc. pp. 531-532.

Le professeur Y. Gaudemet insiste, lui aussi, sur la **fonction conciliatrice ou arbitrale** de la régulation. Il qualifie la régulation d'« action normative ou paranormative qui accompagne l'ouverture d'un marché antérieurement monopolisé, qui en assure l'ouverture à de nouveaux opérateurs et l'installation progressive de la concurrence sur celui-ci tout en considérant, dans la durée, le respect des exigences de l'intérêt général que le marché est incapable de prendre en compte »⁴⁰. Le professeur associe la régulation à la norme sous toutes ses formes⁴¹. Il commence par qualifier la régulation de *mécanisme de production des normes* et se concentre ensuite sur son *objet* et sa *finalité*. L'**objet** de la régulation serait composé, selon le professeur Y. Gaudemet, des marchés naguère soumis au monopole de l'État, alors que sa **finalité** consisterait en la recherche d'un équilibre entre l'objectif d'ouverture du marché à la concurrence et les autres impératifs d'intérêt général.

Visant d'abord à construire un marché par le renforcement de la protection des libertés économiques, la régulation cherche ensuite à concilier leur exercice avec des exigences non-économiques. En ce sens, elle ne devient pas sans objet une fois l'objectif d'ouverture à la concurrence atteint. Elle reste toujours nécessaire pour s'assurer notamment que le fonctionnement de la concurrence ne nuise pas à la réalisation des obligations de service public pesant sur les opérateurs présents sur les marchés régulés⁴².

Parmi les différentes notions du droit administratif, c'est celle de **police** qui traduit au mieux l'idée de la recherche d'un équilibre. Fonctionnant comme un ordre⁴³, la

⁴⁰ Y. GAUDEMET, « Droit de la concurrence : une autre introduction », in *Le Code de commerce 1807-2007. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 406.

⁴¹ L'expression « activité paranormative » comprend les actes du droit souple. Sur ce dernier, v. not. Conseil d'État, *Le droit souple*, Rapport annuel, La documentation française, 2013. V. également S. GERRY-VERGNIÈRES, *Les « petites » sources du droit, À propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, 2012 ; M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, juin 2003, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 233, 2003. Sur l'emploi, en matière administrative, de la technique de persuasion que sous-tend le droit souple, v. Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *RIDC* 1994, n° 2, p. 645 s., not. p. 648.

⁴² Selon le professeur S. NICINSKI, cette finalité transcendantale serait le trait de la « régulation moderne ». En ce sens, v. S. NICINSKI, « Le mode de régulation », *op. cit.*, p. 735.

⁴³ Le professeur A. Pirovano définit l'économie de marché comme étant avant tout un ordre concurrentiel. Sur ce point, v. A. PIROVANO, « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », in *L'Algérie en mutation : les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, sous la direction de R. CHARVIN et A. GUESMI, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 129.

concurrence doit être soumise à un ordre⁴⁴. La régulation aide à remédier aux défaillances intrinsèques et extrinsèques du marché, et vise à ordonner un système par nature autodestructeur⁴⁵. Définie par rapport à sa finalité, elle serait qualifiée de « police économique justifiée par un objectif explicite, l'ouverture à la concurrence et le maintien de celle-ci »⁴⁶. Les autorités de régulation emploient leurs divers pouvoirs « (...) pour limiter, encadrer l'accès au marché, définir sa structure, régler son fonctionnement, préserver son caractère concurrentiel et aider les opérateurs »⁴⁷. La régulation serait ainsi appelée, d'abord, à organiser l'ordre public concurrentiel, celui-ci recouvrant divers objectifs économiques.

Or, la régulation ne vise pas seulement à promouvoir l'objectif d'ouverture du marché à la concurrence, tel qu'exprimé par la notion d'ordre public concurrentiel. Elle a également pour finalité d'assurer la protection de l'ordre public économique, qui déborde l'ordre public concurrentiel⁴⁸.

⁴⁴ En ce sens, v. L. BOY, « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éditions Frison-Roche, 2004, p. 23 s., spéc. p. 24.

⁴⁵ Comme le suggère le professeur M.-A Frison-Roche : « Par un travail juridique directement opéré dans des rapports de force hétérogènes et opposés, le droit met des ingrédients afin que ces rapports d'opposition restent actifs puisqu'ils sont en eux-mêmes sources d'équilibre. », in M.-A. FRISON-ROCHE, « La régulation, objet d'une branche du droit », *LPA*, 3 juin 2002, n° 110, p. 5.

⁴⁶ Y. GAUDEMET, « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », *op. cit.*, p. 14. Le professeur Y. Gaudemet reprend la même définition dans son étude intitulée « Droit de la concurrence : une autre introduction » (*op. cit.*, p. 460), tout en lui apportant quelques petites modifications. Selon la définition adoptée dans cette étude, la régulation serait : « une police économique, un "dirigisme" justifié par un objectif explicite, l'ouverture à la concurrence et le maintien de celle-ci (les modifications sont en gras). L'idée selon laquelle la régulation serait une variante de la police est également soutenue par : T. PEZ, « L'ordre public économique », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1^{er} octobre 2015, n° 49, p. 43 s. ; C. VAUTROT-SCHWARZ, « Police et régulation », in C. VAUTROT-SCHWARZ (dir.), *La police administrative*, PUF, 2014, p. 55 s. *Contra*, v. not. le professeur G. Marcou qui considère que si la régulation partage certains points communs avec la police, elle s'en distingue par son objet, ses finalités et ses liens avec la notion de service public (G. MARCOU, « Régulation, services publics et intégration européenne en France », in G. MARCOU, F. MODERNE (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, t. 2, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2005, p. 29 et s., not. pp. 30, 38-39 et 96 ; V. également le professeur D. Truchet qui note que si « la régulation est très proche de la police [et elle] a aussi des liens avec le service public (...), elle présente des particularités de plus en plus affirmées qui en font (...) une mission administrative spéciale » (D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 2015, p. 358).

⁴⁷ V. la présentation de l'ouvrage de S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 4^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2014.

⁴⁸ Sur cette distinction, v. T. PEZ, « L'ordre public économique », *op. cit.* ; G. MARCOU, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in T. REVET, L. VIDAL (dir.), *Annales de la régulation*, vol. 2, IRJS Editions, 2009, p. 79 s.

À la différence de l'ordre public concurrentiel, qui comprend uniquement des objectifs économiques, l'ordre public économique recouvre des objectifs tant économiques que non-économiques. Au sein de l'ordre public économique se rencontrent des politiques publiques et des libertés économiques. La régulation vise à la fois à faciliter le respect des libertés économiques, à pallier les carences du marché et à prévenir les comportements qui pourraient nuire à la concurrence, afin d'assurer le fonctionnement optimal du marché. Cela permet de s'assurer que la concurrence reste « un moyen au total subordonné, de l'instauration d'un optimum économique et social »⁴⁹.

La régulation serait ainsi une *police spéciale destinée à protéger l'ordre public économique, celui-ci comportant des objectifs économiques et non-économiques.*

Cette définition de la régulation explique notre choix tenant à utiliser seul le terme « régulation » dans le titre de la présente thèse, au lieu de l'expression « régulation économique ». La référence à la « régulation économique » risquerait de donner l'impression que l'on appréhende les actes administratifs unilatéraux purement et simplement comme un outil de politique économique, alors que ceux-ci sont traités comme un instrument visant à satisfaire des objectifs à la fois économiques et non-économiques, parmi lesquels prime la protection du service public⁵⁰.

Par ailleurs, lorsque le mot « régulation » est employé en droit sans davantage de précision, il désigne la régulation de l'économie⁵¹, il vise le marché comme institution. L'exemple des autorités de régulation est significatif à cet égard : par l'expression « autorité » ou « organisme » de régulation, sont entendus seuls les organismes qui interviennent en matière économique. C'est uniquement lorsque la régulation

⁴⁹ A. DELION, « Notion de régulation et droit de l'économie », in *Annales de la régulation*, Tome 1, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2006, p. 4 s., spéc. p. 17.

⁵⁰ Le professeur G. MARCOU range le service public au premier rang des objectifs de nature non économique de la fonction de régulation. En ce sens, v. G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, n° 7, 2006, p. 347 et s.

⁵¹ Le professeur S. Nicinski utilise indistinctement les termes « régulation » et « régulation économique » (S. NICINSKI, « Le mode de régulation », *op. cit.*, p. 735). Qui plus est, dans sa thèse, le professeur P. Raimbaud identifie la « régulation » à la « régulation économique » (P. RAIMBAUD, *L'institution juridique de régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, Coll. « Logiques Juridiques », 2012). *Contra*, v. L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, préc. : l'auteur adopte une vision large de la fonction de régulation. En même temps, elle qualifie l'« acte de régulation » d'acte « incitatif » et « informel », ce qui le différencierait, selon l'auteur, des actes normatifs classiques.

s'accompagne d'un adjectif ou d'un nom qu'elle peut excéder le cadre strict de l'économie⁵². Accompagner la « régulation » de l'adjectif « économique » dans le titre de notre étude serait ainsi un pléonasme.

Définie comme *police spéciale*, la régulation ne serait pas constitutive d'une branche du droit autonome.

La question de l'existence d'un droit propre à la régulation a fait l'objet d'une très intéressante étude réalisée par le professeur M.-A. Frison-Roche⁵³. Le professeur cherche à identifier les critères permettant de dégager une branche du droit autonome⁵⁴ à partir des règles disparates qui s'appliquent à tel ou tel secteur. Elle conclut sur la possibilité de création d'un droit de la régulation spécifique de par sa finalité, sa technique et ses institutions.

En revanche, le professeur G. Marcou refuse d'y voir une nouvelle branche du droit et conçoit la régulation comme une opération de « relecture des règles existantes à la lumière de relations nouvelles qui s'établissent entre droit public et droit privé en fonction de l'objet de ces relations »⁵⁵.

⁵² Dans une thèse consacrée à la contractualisation des droits fondamentaux, on retrouve l'expression audacieuse : « régulation des droits fondamentaux » (R. DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », p. 165 s). La régulation et les droits fondamentaux sont doublement liés. Les droits sont d'abord une limite à la régulation, ils s'imposent au sein des secteurs régulés et encadrent la liberté économique des opérateurs. En outre, le système de protection des droits au niveau national et international est construit de manière semblable au système de régulation du marché, dès lors qu'il répond à la même logique d'équilibre entre des forces antagonistes et comprend des mécanismes institutionnels spécifiques. Ce rapprochement est perceptible notamment en matière de protection des droits en Europe. Sur ce point, v. A. THÉOFILI, « Le premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice de l'Union européenne : un exemple de pluralité des juridictions sans pluralisme normatif », *Revue des affaires européennes*, 2013/2, p. 351.

⁵³ Le premier qui ait envisagé le « droit de la régulation » comme branche du droit autonome a été le professeur G. Timsit. V. G. TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », préc. Dans le même sens, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « La régulation, objet d'une branche du droit », *op. cit.*, pp. 3-7 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « 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*, *Droit et Économie de la Régulation*, vol.4, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Paris, p. 33 s.

⁵⁴ La question de l'autonomie du « droit de la régulation » est envisagée par la doctrine non seulement par rapport au droit administratif, mais aussi par rapport au droit de la concurrence. Sur le lien entre le droit de la concurrence et le « droit de la régulation », v. not. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *op. cit.*, p. 33. V. aussi P. CHONÉ, « 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*, *op. cit.*, p. 49 s. ; S. NAUGUÈS, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », *AJDA* 2007, p. 672.

⁵⁵ G. MARCOU, « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 37.

Il note également que la fonction de régulation est notamment exercée par voie d'actes administratifs unilatéraux. Selon le professeur Marcou : « (...) les actes qui sont faits dans le cadre des rapports juridiques qui naissent de l'exercice de la fonction de régulation sont des actes administratifs »⁵⁶. Les actes juridiques auxquels donne lieu cette fonction « (...) demeurent en fin de compte très classiques : des règlements, mais d'un champ de compétence spécialisée, (...) des décisions individuelles d'autorisation ou d'attribution de ressources (...), qui sont créatrices de droits »⁵⁷.

De même, selon le professeur J. Chevallier : « (...) si l'on voit émerger, avec la régulation, une conception différente du droit, cela ne signifie pas que celle-ci se substitue aux formes juridiques classiques, ni même qu'on soit en présence d'une configuration juridique radicalement nouvelle (...); et si la logique de la régulation travaille le droit existant, c'est en restant sous l'empire de sa rationalité »⁵⁸.

Effectivement, si la régulation est associée au développement d'un droit souple fondé sur la persuasion, elle n'a pas sonné le glas de la normativité traditionnelle. Elle l'a juste forcée à évoluer. Instruments de police administrative par excellence, les actes administratifs unilatéraux occupent une place importante parmi les différents outils de régulation.

B. Les outils de régulation

Les autorités de régulation emploient un langage varié où s'entremêlent le commandement et l'incitation, la persuasion et la contrainte⁵⁹. Elles disposent d'un très large éventail d'instruments appartenant à tous les degrés de normativité.

⁵⁶ G. MARCOU, « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », in G. MARCOU, F. MODERNE (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, t. 1 : comparaisons et commentaires*, op. cit., p. 11 et s., spéc. p. 21.

⁵⁷ G. MARCOU, « Introduction », in *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, t. 2 : les expériences européennes*, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2005, p. 11 s., spéc. p. 25. Sur la notion d'actes créateurs de droit, v. C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 188, 1997.

⁵⁸ J. CHEVALLIER, « L'État régulateur », op. cit., p. 481.

⁵⁹ En sens, v. Y. GAUDEMET, « Droit de la concurrence : une autre introduction », op. cit., p. 407.

Le législateur ne vise aucunement à établir une hiérarchie entre les outils de régulation. En ce sens, ni le droit souple « ni le pouvoir réglementaire [...] ni même la sanction ou la décision négociée, n'incarne, seul(e), la méthode de régulation ni ne possède de supériorité intrinsèque sur les autres instruments »⁶⁰. Chacun d'entre eux joue son rôle respectif dans le système de protection du marché, et il revient aux autorités de régulation de choisir le moyen qui leur paraît le plus convenable en fonction du cadre particulier dans lequel s'inscrit leur intervention, sous réserve des limites posées par la légalité administrative et la notion de détournement de pouvoir.

D'un côté, les autorités de régulation ont recours à des outils de **droit souple**⁶¹. Ce dernier est composé d'innombrables actes : y font partie les codes de conduite, les avis, les recommandations, les lignes directrices *etc.* Les autorités de régulation sont en principe libres quant au choix de la dénomination à donner à chaque outil de droit souple, l'adoption de ces instruments n'obéissant d'ailleurs à aucune procédure particulière.

En revanche, le **droit dur** de la régulation comprend les **actes administratifs unilatéraux**. L'élaboration de ces actes doit être menée dans le respect de règles précises, dont émanent des garanties procédurales au profit des administrés.

Les actes de droit souple et les actes administratifs unilatéraux sont les principaux instruments de régulation, celle-ci étant difficilement compatible avec le **contrat administratif**⁶². Comme il a été déjà souligné, la régulation implique la mise en œuvre des politiques publiques et la pondération de divers objectifs, parmi lesquels figurent

⁶⁰ J.-P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, 7^{ème} édition, LGDJ, 2014, n° 907, pp. 433-434.

⁶¹ Inspiré du terme anglo-saxon « soft law », le professeur M. Collet emploie l'expression « normes molles » (M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 184 et s.).

⁶² La régulation donne plutôt lieu à des contrats de droit privé. Tel est le cas, par exemple, des contrats conclus entre les gestionnaires de réseaux et les opérateurs économiques portant sur l'accès au réseau. Or, même si ces contrats sont de droit privé, le régulateur reste présent tout au long de leur conclusion et de leur exécution. La conception volontariste du contrat cède face au bon fonctionnement du marché : les autorités de régulation peuvent apporter des limitations à la liberté contractuelle, afin de s'assurer qu'elle ne nuise pas au fonctionnement concurrentiel du marché. En ce sens, v. B. LASSERRE, « 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*, *op. cit.*, p. 240 ; G. ECKERT, « Pouvoir des AAI et modification des contrats en cours », note sous CE, 11 juin 2014, *Société TDF et a.*, req. n° 363920, in chron. « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, octobre 2014, p. 1874 s., spéc. p. 1878. V. également *infra*, p. 395 s.

certaines qui sont étrangères à la concurrence et à la logique pure du marché, ce qui les rend peu attractifs pour les opérateurs. Fondée sur une rencontre des volontés, la forme du contrat convient ainsi plutôt aux systèmes qui favorisent la corégulation⁶³ ou l'autorégulation⁶⁴. En revanche, réguler par voie contractuelle⁶⁵ est difficilement envisageable en droit français, qui est fortement marqué par le rattachement de la régulation à l'intérêt général. Dans l'ordre juridique français, il revient au régulateur, d'imposer une *vision globale de l'intérêt général* en opérant une mise en balance entre différents objectifs⁶⁶. Le partage du pouvoir de décision qu'implique le contrat pourrait compromettre la réalisation de l'intérêt général, les opérateurs ayant vocation à promouvoir leurs propres intérêts.

En réalité, les contrats administratifs conclus en matière de régulation sont des actes administratifs unilatéraux « dissimulés ». Tel est le cas, par exemple des « contrats de régulation »⁶⁷, introduits par la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux

⁶³ Sous ce vocable est entendue la régulation partagée entre l'administration et les opérateurs économiques.

⁶⁴ Comme le souligne le professeur J.-B. AUBY : « (...) l'autorégulation, au sens propre, cela n'existe pas. Aucune régulation ne se soutient par ses seules forces, toutes les régulations quelles qu'elles soient trouvent quelque part une articulation dans le droit de l'Etat qui au minimum leur laisse faire leur travail dans leur domaine » (J.-B. AUBY, « Autorégulation et droit administratif », *DA*, août-septembre 2008, p. 23 s., spéc. p. 24). Le système d'autorégulation postule la moindre intervention possible de l'Etat, afin que le marché puisse trouver son équilibre par ses propres forces. Cependant, si l'autorégulation conduit à minimiser l'intervention de l'Etat, cette dernière ne disparaît pas. Comme le note le professeur J.-L. AUTIN : « (...) La régulation se distingue précisément de l'autorégulation par le fait qu'un dispositif étatique ou public subsiste, dont l'objet n'est pas seulement de faire respecter les disciplines de la concurrence mais aussi de maintenir les exigences de service public qui existaient auparavant dans le secteur, ainsi que les objectifs d'intérêt général qui doivent être en toute hypothèse maintenus » (J.-L. AUTIN, « Intervention des autorités administratives indépendantes », *JCI Libertés* 2009, n° 3, *LexisNexis*, p. 9).

⁶⁵ Sur l'emploi du contrat en matière de régulation, v. J. ROCHFELD, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *Revue des contrats*, 1^{er} octobre 2004, n° 4, p. 915 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD Civ.* 2004, p. 451 et, du même auteur, « Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11^{ème} forum de la régulation », *LPA*, 3 mai 2005, n° 87, p. 3 ; C. LUCAS DE LEYSSAC et M. CHAGNY, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC* 2009, p. 1268 ; A. PERROT, « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, op. cit., p. 151 ; L. BOY, « Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France) », *Revue internationale de droit économique*, 2010/3 (t.XXIV), De Boeck Supérieur, p. 271.

⁶⁶ En ce sens, V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11^e forum de la régulation », op. cit., pp. 3-4.

⁶⁷ V. par ex. les deux contrats successifs conclus entre l'Etat et *Aéroports de Paris* en 2006 et en 2011, en application des articles L. 224-2 et R. 224-4 du code de l'aviation civile. Ce mode de régulation, qui est très répandu en Angleterre, rassemble aux contrats de plan utilisés en France depuis longtemps. Sur les contrats de plan, v. H. DUMEZ et A. JEUNEMAÎTRE, « Montée en puissance passée et impasses actuelles de la régulation économique européenne des industries de réseau », in M.-A. FRISON-ROCHE

aéroports⁶⁸. La nature administrative de ces actes a été confirmée de manière implicite par le Conseil d'Etat dans un arrêt *FNAM* du 25 avril 2007⁶⁹. Saisi par des représentants des compagnies aériennes dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat a été appelé à se prononcer, en l'espèce, sur un « contrat de régulation » conclu entre l'État et Aéroports de Paris. La haute juridiction administrative a reconnu le caractère réglementaire des dispositions contestées et a accepté de les contrôler, en faisant application de la jurisprudence *Cayzelle*⁷⁰.

Les « contrats de régulation » sont conclus entre l'opérateur monopolistique et le régulateur. Ils visent à encadrer les prix pratiqués par le premier tout en s'assurant de la qualité du service fourni par lui. Une fois le contrat de régulation conclu, le régulateur ne peut pas intervenir en dehors de son cadre⁷¹. Mettant les opérateurs à l'abri des interventions politiques conjoncturelles, les contrats de régulation sont un gage de sécurité juridique pour eux.

L'impossibilité pour l'administration de modifier unilatéralement leurs clauses, prérogative essentielle dont elle dispose en matière de contrats administratifs, révèle la spécificité des « contrats de régulation ». En outre, ces derniers laissent peu de place à la volonté des opérateurs. Élaborés par l'administration et acceptés par les gestionnaires des aéroports, ils sont incorporés dans les contrats de concession d'aérodrome conclus par l'État⁷². Les opérateurs sont donc pratiquement tenus d'accepter leurs termes s'ils veulent se voir attribuer

(dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 1 s., not. pp. 5-6 ; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, op. cit., pp. 178-181.

⁶⁸ JORF n° 93 du 21 avril 2005, p. 6969, texte n° 1. Pour une analyse de ce texte, v. not. J.-F. BRISSON, « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », *AJDA* 2005, p. 1835 s. ; S. BRACONNIER, « La loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports. La régulation économique à l'épreuve du service public », *RJEP* 2006, p. 1 s. ; P. DUPONT, « La loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 et la réforme aéroportuaire en France », *Revue française de droit aérien* 2005, p. 151 s. ; J.-P. MARKUS, « Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports : mise aux normes concurrentielles des aéroports nationaux », *JCP Collectivités Territoriales-Intercommunalité* 2005, p. 6 s.

⁶⁹ CE, 25 avr. 2007, *Fédération nationale d'aviation marchande (FNAM) et a.*, req. n°s 291976, 291977 et 292040 ; *JCP G* 2007, n° 20-21, veille par M.-C. ROUAULT ; *DA* 2007, p. 33, note M. BAZEX et S. BLAZY.

⁷⁰ CE Ass., 1996, *Cayzeele*, Rec. p. 274.

⁷¹ H. DUMEZ, A. JEUNEMAÎTRE, « Montée en puissance passée et impasses actuelles de la régulation économique européenne des industries de réseau », op. cit., pp. 5-6.

⁷² Sur le régime juridique des « contrats de régulation », v. M. BAZEX et S. BLAZY, note sous CE, 25 avr. 2007, *Fédération nationale d'aviation marchande (FNAM) et a.*, op. cit.

la concession. S'ils participent à l'élaboration du dispositif, le contenu définitif du contrat est arrêté par le régulateur seul⁷³. Les « contrats de régulation » se rapprochent ainsi des actes administratifs unilatéraux.

En sus des « contrats de régulation », il existe un autre type de régulation par voie contractuelle. Celui-ci concerne l'hypothèse où l'administration soumet la délivrance d'une autorisation à la signature d'un contrat qui fixe des obligations à l'égard du bénéficiaire, ainsi que les sanctions éventuelles en cas de non-respect de celles-ci. Tel est le cas pour certaines conventions conclues en matière audiovisuelle. Plus précisément, l'octroi par le CSA d'une autorisation d'émettre est soumis à la signature d'une convention qui prévoit diverses obligations à l'égard de l'opérateur souhaitant bénéficier de l'autorisation, ainsi que les pénalités auxquelles il s'expose en cas de violation de ces obligations⁷⁴. Dans la mesure où la conclusion d'une telle convention serait la condition légale pour l'attribution d'une autorisation, cette convention constituerait une décision administrative « dissimulée » ou, tout au plus, un « quasi-contrat »⁷⁵.

Si la forme juridique du contrat n'est pas privilégiée en matière de régulation, tel n'est pas le cas de la *technique contractuelle*. Le professeur M. Collet retient une définition formelle de la régulation. À côté des normes « formellement non et/ou non sanctionnées, mais ayant vocation à être suivies », qu'il qualifie de normes molles, la définition de la régulation qu'il propose comprend *toutes les techniques qui associent les destinataires des normes unilatérales à leur élaboration*, qu'il s'agisse de normes molles ou dures⁷⁶. Cette définition permet d'inclure dans la notion de régulation les outils normatifs ordinaires, sous condition que leurs destinataires aient participé à leur élaboration.

⁷³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11e forum de la régulation », préc.

⁷⁴ Sur ce point, v. la loi n°89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JO 18.01.1989 ; J. CHEVALLIER, « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, op. cit., p. 143 s., spéc. p. 148.

⁷⁵ J. CHEVALLIER, *ibid.*

⁷⁶ M. COLLET, « Valeur(s) de la régulation », in M. DEGUERGUE, L. FONBAUSTIER (dir.), *Mélanges en l'honneur de J. Morand Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 241 s., not. p. 247.

Sous le vocable d'« outils normatifs ordinaires » sont entendus les différents types d'actes administratifs unilatéraux qui sont employés en matière de régulation. Une fois précisée la place de l'acte administratif unilatéral parmi les différents instruments de régulation, il nous revient d'établir une *typologie détaillée* des actes administratifs unilatéraux de régulation.

§ 2. *L'identification des actes administratifs unilatéraux de régulation*

L'intensité des rapports entre les actes administratifs unilatéraux et la concurrence varie. Le critère de distinction repose sur la *finalité* particulière que les actes administratifs unilatéraux sont appelés à satisfaire. Il existe, à cet effet, trois cas de figure.

La première hypothèse comprend les actes qui ne sont liés que de façon **indirecte** au marché. Dans ce cas, ils restent **confrontés au droit de la concurrence**.

L'intégration de ce dernier dans la légalité administrative est un acquis du droit positif⁷⁷, qui est venu compléter les diverses règles encadrant la participation de l'administration dans l'économie⁷⁸. Si l'acte administratif unilatéral n'est pas en lui-même un acte de « production, de distribution et de services » pour être soumis à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il peut avoir des effets sur une activité de « production, de distribution ou des services »⁷⁹. Ainsi, il n'échappe pas au droit de la

⁷⁷ En ce sens, v. not. la jurisprudence *Million et Marais* (CE, Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, req. n° 1669907, Rec. p. 406 ; *AJDA* 1998, p. 247, note O. GUÉZOU ; *RDP* 1998, p. 256, note Y GAUDEMET ; *CJEG* 1997, p. 441, concl. J.-H. STAHL ; *AJDA* 1997, p. 945, chron. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD). Sur la portée de l'intégration du droit de la concurrence dans la légalité administrative, v. not. A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009 et G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », t. 51, 2006. Sur les évolutions des méthodes de contrôle du juge dues à cet infléchissement de la légalité administrative, v. not. C. BRÉCHON-MOULÈNES, « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », *AJDA* 2000, p. 679 ; J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA* 2000, p. 687.

⁷⁸ L'intervention de l'administration en matière économique est notamment encadrée par la liberté du commerce et de l'industrie et liberté d'entreprendre. Sur l'articulation de ces libertés entre elles, ainsi qu'avec la libre concurrence, v. G. DRAGO et M. LOMBARD (dir.), *Libertés économiques*, Éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2003.

⁷⁹ Sur ce point, v. P. TERNEYRE, E. GLASER, « L'impact des règles de la concurrence sur les actes et les comportements de l'Administration », *RFDA*, 29 octobre 2007, n° 44-45, p. 26 ; D. BERLIN, « Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence », *AJDA* 1995, p. 267.

concurrence. Ce dernier constitue une source d'obligations indirectes pour l'administration, au sens qu'elle ne doit pas favoriser, faciliter ou entériner une pratique anticoncurrentielle⁸⁰. Le droit de la concurrence est *opposable*⁸¹ aux actes administratifs unilatéraux et aux contrats administratifs⁸², à l'instar du droit de la consommation⁸³ ou du droit pénal⁸⁴, et impose de les appréhender dans leurs effets.

Les autorités de régulation sont tenues de respecter l'ensemble des règles qui composent la légalité administrative tant lorsqu'elles édictent d'actes individuels que pendant l'exercice de leur pouvoir réglementaire. Dans un arrêt *ADEIC*⁸⁵, le Conseil d'État a jugé à cet égard que lorsque l'ARCEP exerce la compétence réglementaire qu'elle tient des dispositions du Code des postes et des communications électroniques, il lui incombe de ne pas placer les opérateurs en situation de méconnaître les dispositions du code de la consommation. Cette interdiction reste valable même dans l'hypothèse où l'acte réglementaire de l'ARCEP s'inscrirait dans le but de favoriser le développement de la concurrence sur le marché des communications électroniques⁸⁶. Procédant à une balance d'intérêts analogue à celle opérée par les autorités de régulation, la haute juridiction administrative a refusé de faire prévaloir le développement de la concurrence sur les règles de consommation, qui sont d'ordre public⁸⁷.

À côté des actes administratifs unilatéraux qui ne sont qu'indirectement liés à la concurrence, il y a également ceux qui **apportent des restrictions à cette dernière**.

⁸⁰ En ce sens, v. D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

⁸¹ En ce sens, v. G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, *op. cit.*, p. 259.

⁸² CE, Sect. 3 nov. 1997, *Société Million et Marais*, *op. cit.*

⁸³ CE, Sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *BJCP* 2001, p. 527, concl. C. BERGEAL.

⁸⁴ CE, Ass., 6 décembre 1996, *Société Lambda*, *Rec. p.* 466 : *RFDA* 1997, p. 173 ; *AJDA* 1997, p. 152 ; *D.* 1997, p. 57, *RDP* 1997, p. 567.

⁸⁵ CE Sect., 15 oct. 2003, *Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ADEIC) et autres*, req. n° 240645 ; M. BAZEX, S. BLAZY, *DA*, n° 1, janvier 2004, comm. 18.

⁸⁶ Le Conseil d'État était appelé à se prononcer, en l'espèce, sur une décision de l'ART qui permettait aux opérateurs des communications électroniques de considérer que la non-réponse de leurs abonnés après une information à deux reprises de ces derniers sur un nouveau service d'appels locaux valait acceptation de l'extension de leurs contrats à ce nouveau service. Le juge a considéré que la situation créée par l'acte de l'ARCEP était contraire à l'article L. 122-3 du Code de la consommation qui interdit aux professionnels d'exiger le paiement immédiat ou différé de biens ou de services fournis sans que ceux-ci aient fait l'objet d'une commande préalable du consommateur.

⁸⁷ En ce sens, v. M. BAZEX, S. BLAZY, note sous CE Sect., 15 oct. 2003, *Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ADEIC) et autres*, *op. cit.*

Cette catégorie recèle les aides d'État⁸⁸, les actes adoptés en matière de concentrations économiques⁸⁹ et ceux qui octroient des droits exclusifs ou spéciaux aux opérateurs⁹⁰. Les limitations établies par ces actes au fonctionnement de la concurrence se justifient par des objectifs d'intérêt général, qui varient selon le type d'acte concerné. Dans la même catégorie doivent être rangées les autorisations permettant l'accès à une profession réglementée⁹¹.

Le troisième et dernier type de rapports qui puisse se présenter entre les actes administratifs unilatéraux et la concurrence est exprimé par les actes qui s'inscrivent dans une mission de régulation. Le lien entre ceux-ci et la concurrence est *étroit* et *direct*. Les actes administratifs unilatéraux de régulation ne doivent pas seulement respecter la concurrence, *mais la faire créer, contribuer à son développement et assurer son maintien*. Source d'obligations positives à l'égard de l'administration, ils ne sont pas seulement appréhendés dans leurs effets, mais également dans leur objet et, notamment, dans leur *finalité*. C'est à ces actes qu'est consacrée la présente étude.

La régulation est ainsi l'expression d'un type de rapports entre les actes administratifs unilatéraux et la concurrence. Elle recèle plusieurs stades auxquels sont assignés différents objectifs : elle comprend la levée des barrières d'accès au marché,

⁸⁸ Sur la notion d'aide d'État, v. à titre d'exemple : J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Economica, 2007, pp. 208-219.

⁸⁹ Comme le souligne le professeur François Blanc dans sa thèse, le contrôle des concentrations économiques repose sur un paradoxe. Le fonctionnement normal de la concurrence implique que les entreprises soient laissées libres d'accroître « leur puissance par la diminution de leur nombre, car elles ont une propension au regroupement » (F. BLANC, *Les engagements dans le droit français des concentrations*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 284, 2015, p. 1). Ainsi, la concurrence favorise la concentration, laquelle nuit néanmoins à la concurrence. Alors que l'opération de concentration puise sa source dans la concurrence, elle peut s'avérer nuisible à son fonctionnement normal sur le marché, ce qui rend nécessaire l'intervention de l'État. L'Autorité de la concurrence peut accompagner tout acte autorisant une concentration d'une injonction à l'égard des parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou d'observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique. Sur ce pouvoir, v. l'art. L. 430-7-III du Code de commerce ; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, pp. 153-154.

⁹⁰ Sur la notion de droits exclusifs et celle de droits spéciaux, v. not. J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, *op. cit.*, pp.151-153.

⁹¹ Comme le constate le professeur J.-B. Auby : « les restrictions à l'accès aux professions limitent par essence le jeu de concurrence, donc le stimulant qu'il constitue » (J.-B. AUBY, *Les professions réglementées entre club et qualité*, *DA*, août-septembre 2008, p. 1). Le droit de l'Union européenne permet aux États membres d'instaurer des restrictions d'accès aux professions dans la mesure où celles-ci sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. En droit français, de telles limitations se justifient par la protection de l'ordre public général ou d'un ordre public spécial, comme la sécurité ou la santé publiques. Sur ce point, v. A. PERRIN, *Les professions réglementées*, *DA*, août-septembre 2008, pp. 18-22.

l'installation progressive de la concurrence en son sein et la recherche d'un juste équilibre parmi les forces antagonistes qui s'y déploient. En outre, elle vise à renforcer la concurrence sur les marchés insuffisamment mûrs et à permettre le rétablissement du fonctionnement concurrentiel du marché par des mécanismes de règlement des différends et de sanction, dans l'hypothèse où un opérateur économique ne se conformerait pas aux obligations imposées *a priori* par les institutions de régulation. À chacun de ces objectifs correspond un acte administratif unilatéral donné.

Ainsi, si les actes administratifs unilatéraux peuvent se distinguer en plusieurs catégories en fonction de l'intensité de leurs rapports avec la concurrence, les actes administratifs unilatéraux de régulation, *manifestation du lien le plus étroit possible entre les actes administratifs unilatéraux et la concurrence*, se regroupent également en diverses catégories en fonction du stade précis de régulation dans lequel ils s'inscrivent.

À cet effet, les actes administratifs unilatéraux de régulation pourraient être regroupés en deux catégories : les actes administratifs unilatéraux de régulation *stricto sensu* (A) et les actes administratifs unilatéraux de régulation *lato sensu* (B).

A. Les actes administratifs unilatéraux de régulation stricto sensu

Cette catégorie englobe deux types d'actes. D'un côté, elle comprend les *actes individuels* qui permettent aux opérateurs d'accéder au marché ou imposent des obligations aux entreprises ayant une influence significative sur le marché, dans un souci de favoriser le fonctionnement de la concurrence en son sein. De l'autre côté, elle est composée des *actes réglementaires* qui précisent et encadrent les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché. Peuvent être considérés comme actes administratifs unilatéraux de régulation *stricto sensu*, par exemple, les autorisations de téléphonie mobile, actes individuels, ou les décisions réglementaires de l'ARCEP qui fixent les modalités d'interconnexion en matière de communications électroniques⁹².

⁹² V. par exemple : ARCEP, Décision n° 2009-1106 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, JORF n°0014 du 17 janvier 2010, texte n° 29.

Les premières visent l'ouverture du marché à de nouveaux opérateurs, alors que les secondes construisent la concurrence sur le marché grâce à l'« organisation planifiée »⁹³ des comportements qui se déploient en son sein.

Ayant comme objet principal les marchés de services en réseau qui sont des services publics⁹⁴, la régulation part du principe que le service public peut être assuré dans un environnement concurrentiel. La notion de marchés de services en réseau comprend les marchés des communications électroniques, de l'énergie ou du transport ferroviaire, qui sont soumis à une procédure d'ouverture à la concurrence, initiée par le droit de l'Union européenne⁹⁵ et finalisée par l'appareil normatif et procédural national.

L'accès des opérateurs économiques à ce type de marchés est conditionné en règle générale par la délivrance d'une licence de la part de l'administration. En outre, les conditions d'exercice de la concurrence en leur sein peuvent être déterminées par des actes réglementaires. Les exemples d'actes administratifs unilatéraux employés au sein de la présente recherche seront tirés des services des communications électroniques, de l'énergie ou du transport ferroviaire, qui ont pour dénominateur commun d'être organisés en réseau.

L'autorisation administrative est un outil incontournable de régulation sectorielle. Elle permet notamment aux autorités de régulation d'assurer l'allocation optimale des ressources aux opérateurs économiques, afin qu'ils puissent développer leurs activités au sein des marchés concernés⁹⁶. En outre, l'acte réglementaire est un moyen pour les autorités de régulation de préciser le cadre juridique régissant l'accès au marché.

Aux actes administratifs unilatéraux de régulation au sens strict du terme s'ajoutent les actes administratifs unilatéraux *lato sensu*. Cette dernière catégorie inclut les actes adoptés en matière de règlement des différends et de sanction.

⁹³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *op. cit.*, p. 34.

⁹⁴ Sur le concept de services publics en réseau(x), v. A. LAGET-ANNAMAYER, *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité*, Bruxelles/ Bruylant, Paris/ LGDJ, 2002, p. 10 s.

⁹⁵ Pour une illustration des différentes évolutions apportées à la conception française du service public par le droit de l'Union européenne, v. C. KALOUDAS, « La conception française du service public à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *Rev. UE*, mars 2013, n° 566, p. 156 s.

⁹⁶ Tel est le cas, par exemple, des fréquences hertziennes dont la rareté est avérée par l'ARCEP.

B. Les actes administratifs unilatéraux de régulation lato sensu

Les autorisations d'accès, les décisions imposant des obligations aux opérateurs puissants et les actes réglementaires encadrant l'exercice de la concurrence sur le marché sont les *moteurs* du système de régulation. Ils visent soit à assurer directement l'ouverture d'un marché à la concurrence, soit, le cas échéant, à faciliter le développement de la concurrence sur le marché. En ce sens, ils relèveraient de l'*ex ante*. En revanche, les actes adoptés en matière de règlement des différends et de sanction interviennent dans un second temps, en conséquence à un dysfonctionnement du marché, voire à une *infraction* aux règles de régulation. Par conséquent, ils devraient être rangés dans l'*ex post*.

Si l'on restait attaché à une séparation stricte entre l'*ex ante* et l'*ex post*, la présente thèse devrait comprendre uniquement les actes individuels et réglementaires qui participent à la construction du marché et au développement de la concurrence en son sein.

Ne relevant pas de l'*ex ante*, les décisions adoptées en matière de règlement des différends et de sanction seraient *a priori* insusceptibles d'être qualifiées d'actes administratifs unilatéraux de régulation. Cependant, ces décisions sont bien incluses dans le spectre dans la présente recherche, dans la mesure où l'on considère qu'elles constituent des actes administratifs unilatéraux de régulation *lato sensu*.

En effet, le critère de la distinction entre les actes administratifs unilatéraux de régulation au sens strict et au sens large du terme n'est pas temporel, mais **finaliste**.

Les actes émis par les autorités de régulation en matière de règlement des différends et de sanction font partie de ce que le professeur M.-A. Frison-Roche appelle « ex post d'intendance »⁹⁷. Ces actes transcendent la distinction entre l'*ex ante* et l'*ex post*,⁹⁸ se

⁹⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *op. cit.*, p. 36.

⁹⁸ Sur le dépassement de cette distinction en matière de régulation, v. S. BRACONNIER, « Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique ? », *RDJ* 2014, p. 261 et s., spéc. p. 263.

superposent aux systématisations fondées sur celle-ci⁹⁹ et révèlent son caractère atemporel, voire artificiel. **Ils s'inscrivent dans un système d'organisation de l'économie *ex ante*, auquel est rattaché un « *ex post* d'intendance »¹⁰⁰, c'est-à-dire créé pour satisfaire aux besoins de l'*ex ante* et pour garantir son effectivité.** Si les décisions adoptées en matière de règlement des différends et de sanction relèvent de l'*ex post*, elles servent à la réalisation des objectifs incorporés dans des autorisations ou des règlements, qui relèvent de l'*ex ante*.

Le dépassement de la distinction entre l'ex ante et l'ex post.- Comme le souligne le professeur Marie-Anne Frison-Roche : « l'*ex ante* est l'intervention sur un phénomène avant que celui-ci ne se cristallise, tandis que l'*ex post* est l'intervention sur un phénomène après son avènement (...). L'*ex ante* prend comme principe le gouvernement des actions, l'*ex post* prend comme principe la liberté des actions »¹⁰¹. Le professeur se détache d'une conception chronologique de l'*ex ante* et de l'*ex post*. Elle rattache cette distinction à deux systèmes de conception politique de l'économie différents. L'*ex ante* est fondé sur la contrainte et appelle l'organisation des comportements. Il relève du pouvoir normatif, se matérialise dans la loi et dans la décision administrative et représente un système politique au sein duquel le droit oriente l'action des opérateurs économiques vers des objectifs donnés. De l'autre côté, l'*ex post* implique la liberté d'action des opérateurs. Ces derniers sont tenus de rendre compte de tout comportement abusif qui pourrait résulter de l'usage qu'ils font de cette liberté devant l'organe compétent pour en tirer les conséquences¹⁰². Ainsi, l'*ex post* relève du pouvoir répressif, il s'exprime à travers des décisions à caractère juridictionnel et constitue un trait d'un système politique où les opérateurs sont laissés libres de développer leur activité selon leurs propres choix commerciaux. Ces deux formes d'organisation de la vie économique ne sont pas étanches ; en l'espèce, il

⁹⁹ Opposée au droit de la concurrence sur la base de la distinction *ex ante* et *ex post*, la régulation se rapproche finalement de celui-ci, notamment en raison des actes juridiques qui participent à sa mise en œuvre. C'est par un instrument unique, l'acte administratif unilatéral de régulation, que sont réalisées les deux catégories de fonctions. Si les actes administratifs unilatéraux de régulation sont l'instrument principal dont fait usage l'administration pour assurer l'ouverture d'un marché donné à la concurrence, ils participent également au maintien de celle-ci en son sein.

¹⁰⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *op. cit.*, p. 36.

¹⁰¹ *Ibid*, p. 33.

¹⁰² L'*ex ante* correspondrait ainsi aux systèmes légalistes, et l'*ex post* à des systèmes qui mettent le juge au cœur du fonctionnement des institutions. En ce sens, v. M.-A. FRISON-ROCHE, *ibid.*, pp. 33 et 44.

s'agirait « (...) moins d'une opposition qu'une gradation qui conduit de l'ex ante le plus pur à l'ex post le plus pur »¹⁰³.

L'opposition entre l'*ex ante* et l'*ex post*¹⁰⁴ a servi de fondement conceptuel à la distinction entre la régulation et le droit de la concurrence. Le droit de la concurrence censure les comportements abusifs des entreprises après qu'ils ont été commis (hors le contrôle des concentrations), alors que la régulation a pour objectif de structurer ces comportements pour éviter les abus. « Experte, essentiellement préventive, temporaire et asymétrique », la régulation s'identifierait à l'*ex ante*, alors que le droit de la concurrence, « généraliste, principalement curatif, permanent et symétrique »¹⁰⁵, serait l'apanage de l'*ex post*.

La distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle est très nette aux États-Unis et apparaît aussi en droit de l'Union.

D'une part, la Cour suprême des États-Unis s'oppose à toute forme de chevauchement des compétences en la matière, et envisage séparément les fonctions attachées à la régulation et celles liées au droit de la concurrence¹⁰⁶. Cette position s'harmonise avec le système politique d'organisation de l'économie des États-Unis. Ce dernier ne s'oppose pas à la création des monopoles. Bien au contraire, il encourage leur création, la quête d'une situation monopolistique étant considérée comme un facteur qui

¹⁰³ *Ibid.*, p. 38.

¹⁰⁴ Sur cette distinction, v. M. BAZEX, « Les modalités du recours à la régulation *ex ante* et le contrôle exercé par le juge administratif », note sous CE, sect., 27 avr. 2009, *Sté Bouygues Télécom*, req. n° 312741, *DA* novembre, 2009, n° 11, comm. 156, p. 40. ; M. BAZEX et S. BLAZY, *La régulation ex ante comme moyen de faire émerger la concurrence*, note sous CE sect., 25 févr. 2005, *France Télécom*, req. n° 247866, *DA* avril 2005, p. 26 ; P. CHONÉ, « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », *op. cit.*, p. 49 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation, in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, *op. cit.*, p. 33 ; S. NAUGUÈS, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », *op. cit.*, p. 672 ; T. PEZ, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *RDP*, 1^{er} mars 2014, n° 2, p. 358.

¹⁰⁵ S. NAUGUÈS, *ibid.*

¹⁰⁶ Sur ce point, v. not. la jurisprudence américaine *Verizon Communications Inc. c/ Trinko* (LLP 540 US 398 2004), telle qu'analysée par S. NAUGUÈS, in « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », *op. cit.* et par P. CHONÉ, in « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », *op. cit.*, spéc. pp. 47 et 61 s.

contribue finalement à la croissance, dès lors qu'elle conduit les opérateurs à prendre des risques et à investir dans l'innovation¹⁰⁷.

D'autre part, le droit de l'Union distingue clairement entre le droit de la concurrence et la réglementation *ex ante*, en privilégiant l'application du premier¹⁰⁸. Cette prépondérance accordée au droit de la concurrence apparaît notamment dans le secteur des communications électroniques. Dans un tout premier temps, le législateur de l'Union a mis en place, en l'espèce, un cadre réglementaire visant à créer des conditions d'une concurrence effective au sein du secteur, dans la perspective de faciliter la transition d'une situation de monopole à un marché de services pleinement ouvert à la concurrence. Une fois que le marché des communications électroniques ait atteint un niveau de maturité élevé, le droit de l'Union *a cédé la place* au droit de la concurrence¹⁰⁹.

Dans un souci de minimiser les interventions *ex ante*, le législateur de l'Union encadre d'ailleurs le pouvoir des autorités réglementaires nationales en matière de définition des marchés pertinents et d'identification des opérateurs disposant d'une puissance significative sur ces marchés. À cet effet, il établit à l'avance la liste des marchés au sein desquels pourront intervenir ces autorités pour pouvoir exercer leur pouvoir de réglementation *ex ante*¹¹⁰.

¹⁰⁷ C'est dans cette logique que s'inscrit le refus constant de la Cour Suprême des États-Unis de reconnaître la théorie des infrastructures essentielles. Imposer à un détenteur d'une telle infrastructure de permettre à ses concurrents d'y avoir accès ne serait pas compatible avec le modèle américain, qui privilégie les monopoles. Pour une présentation du modèle américain, v. P. CHONÉ, « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », *op. cit.*, p. 52 s.

¹⁰⁸ Sur cette distinction, v. la 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 »), JOCE L 108 du 24.4.2002, p. 36 et, notamment, les recommandations adoptées par la Commission européenne le 11 février 2003 (JOCE L 114 du 08.05.2003, p. 45) et le 17 décembre 2007 (JOCE L 344 du 28.12.2007, p. 65) concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*.

¹⁰⁹ Selon cette logique, plus un marché est mûr, moins il y a besoin de recourir à la régulation, le seul droit de la concurrence étant censé être suffisant pour gérer les dysfonctionnements éventuels que pourrait poser le libre exercice, par les opérateurs, de leur activité économique. Cette acception est incompatible avec la définition de la régulation adoptée dans le cadre de la présente étude, selon laquelle cette fonction demeure essentielle même si l'objectif d'ouverture d'un marché donné à la concurrence a été atteint, afin de s'assurer notamment du respect des impératifs du service public.

¹¹⁰ Cette liste est indicative, dans le sens où les Etats membres pourraient définir d'autres marchés internes ou de nouveaux marchés. Cependant, dans cette hypothèse, les projets de décision des autorités réglementaires nationales restent soumis au contrôle de la Commission. Sur ce point, v. les art. 7 par. 3 et 4 de la « directive cadre » précitée et les art. L 37.1, L 38, L 38-1, et L 38-2 du CPCE.

De surcroît, il pose trois critères cumulatifs justifiant cette intervention. Il invite d'abord les autorités réglementaires nationales à mesurer le niveau de développement de la concurrence dans les différents marchés et à évaluer s'il y a des barrières élevées et non provisoires concernant l'accès à ceux-ci, que ces barrières soient dues à son organisation structurelle, à la législation ou au pouvoir réglementaire. Ensuite, les autorités réglementaires nationales sont tenues d'examiner la situation générale de la concurrence au-delà de ces entraves pour vérifier si elle permet d'espérer que le marché évoluera vers une concurrence effective. Dans un dernier temps, il importe de vérifier si le droit de la concurrence est capable de remédier *à lui seul* aux défaillances éventuelles du marché¹¹¹. Si ce n'est pas le cas, la réglementation *ex ante* prend le relais.

En droit français, la distinction entre la régulation, relevant de l'*ex ante*, et le droit de la concurrence, censé relever de l'*ex post*, devient de moins à moins étanche. Dans son arrêt *Numericable* du 21 mars 2016¹¹², le Conseil d'État a rangé l'Autorité de la concurrence parmi les autorités de régulation économique, contribuant considérablement au brouillage de la frontière entre la régulation et le droit de la concurrence.

L'inclusion des sanctions et des actes de règlement des différends dans la présente recherche permet de démontrer le caractère relatif de la distinction entre l'*ex ante* et l'*ex post* qui est considérée comme l'élément clef de la systématisation entre la régulation et le droit de la concurrence.

Lorsqu'on se réfère aux actes administratifs unilatéraux de régulation dans notre plan et nos développements, on entend sous ce vocable seuls **les actes administratifs unilatéraux de régulation *stricto sensu***, à savoir les autorisations d'accès au marché et les actes réglementaires précisant les conditions d'exercice de la concurrence en son sein. Les actes adoptés en matière de règlement des différends et de sanction font leur apparition dans la seconde partie de la thèse et sont envisagés comme des outils de mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation *stricto sensu*. Si l'on les

¹¹¹ V. la recommandation précitée de la Commission européenne du 17 décembre 2007, p. 66.

¹¹² CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, req. n° 390023, concl. V. DAUMAS. Sur cet arrêt, v. *infra*, p. 465 s.

qualifie d'actes administratifs unilatéraux de régulation, c'est parce qu'ils poursuivent une fonction de régulation « par voie d'intendance ».

Une fois défini l'objet de la recherche, il faudrait préciser les *raisons justifiant* l'examen des actes administratifs unilatéraux de régulation.

Section 2. L'intérêt de l'étude

Si la doctrine étudie largement les actes administratifs unilatéraux, les recherches qui leur sont consacrées concernent notamment la théorie de l'acte administratif unilatéral¹¹³, l'évolution historique de ce dernier¹¹⁴, la procédure tenant à son élaboration¹¹⁵, son contrôle¹¹⁶ ou ses classifications¹¹⁷. La présente étude s'inscrit dans une problématique différente. Elle ne porte pas sur la totalité des actes administratifs

¹¹³ L. SEUROT, *L'autorisation administrative*, Thèse dact., Université de Lorraine, 2013 ; A. MAFILLE-TOURTIN, *La notion d'acte administratif unilatéral*, Thèse dact., Université de Brest, 2011 ; B. DEFOORT, *La décision administrative*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 286, 2015 ; N. VAITER-ROMAIN, *L'acte administratif unilatéral. Retour sur les tentatives de conceptualisation*, Thèse dact., Université Paris-Est Créteil, 2010 ; R. ARSAC, *L'autorisation : étude de droit administratif*, Thèse dact., Université Grenoble 2, 2005 ; L. FONTAINE, *La notion de décision exécutoire en droit public français*, Thèse dact., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2001.

¹¹⁴ A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 124, 2013 ; F. BLANCPAIN, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Thèse dact., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1979 ; VINCENT (F.), *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 70, 1966.

¹¹⁵ E. CHAPERON, *La procédure de la décision administrative unilatérale*, Thèse dact., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1996 ; M. ZAGHLOUL, *La participation des administrés à l'acte administratif unilatéral*, Thèse dact., Université Toulouse 1 Capitole, 1986.

¹¹⁶ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, préc. ; J. GOURDOU, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, Thèse dact., Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1996 ; B. SEILLER, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Thèse dact., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1995 ; A. CALOGÉROPOULOS, *Le contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 145, 1983 ; J.-J. ISRAËL, *La régularisation en droit administratif français. Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 138, 1981.

¹¹⁷ J.-M. RAINAUD, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 73, 1966 ; L. TALLINEAU, *Les actes particuliers non créateurs de droits. Essai critique de la théorie des droits acquis en droit administratif*, Thèse dact., Université de Poitiers, 1972 ; M. MONNIER, *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 166, 1992 ; S. THÉRON, *La notion de condition : contribution à l'étude de l'acte administratif*, Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2002 ; E. MELLA, *Essai sur la nature de la délibération locale*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 234, 2003 ; C. CONIL, *L'acte de puissance publique conditionnel : Contribution à l'étude des conditions d'entrée en vigueur et de retrait des actes unilatéraux de droit public*, Thèse dact., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2008 ; R. DEAU, *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, Thèse dact., Université d'Angers, 2006. Pour une esquisse des différentes études consacrées aux actes administratifs unilatéraux, v. not. B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., pp. 2 et 3.

unilatéraux, mais uniquement sur un type de ceux-ci ; parmi l'ensemble des actes administratifs unilatéraux y sont étudiés seuls ceux qui poursuivent une finalité de régulation.

Ces actes méritent un examen particulier pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la coexistence de ces actes avec les actes de droit souple pose diverses interrogations liées tant à la sécurité juridique qu'au contrôle juridictionnel (§ 1). Ensuite, bien que les actes étudiés aient un caractère unilatéral, leur régime est orienté vers la meilleure prise en compte de l'ensemble des opérateurs, peu importe si ces derniers sont leurs destinataires effectifs ou potentiels (§ 2). Présentant diverses particularités, le régime des actes administratifs unilatéraux de régulation fait émerger la question de leur spécificité (§ 3).

§ 1. Les questions liées à la sécurité juridique et au contrôle juridictionnel

La polymorphie des actes employés en matière de régulation et la difficile distinction entre ce qui relève de l'acte administratif unilatéral et les « actions administratives informelles »¹¹⁸, voire les « actes invitatifs »¹¹⁹ ou les actes appartenant au « droit souple »¹²⁰, peuvent créer une certaine confusion aux opérateurs quant au caractère prescriptif ou non de la règle qui leur est adressée par le régulateur.

L'impératif de sécurité juridique revêt une importance particulière en matière de régulation. Il postule notamment que la norme de régulation soit intelligible. L'identification des actes administratifs unilatéraux de régulation et leur distinction par rapport aux actes de droit souple serait essentielle, dans la mesure où elle permettrait de rendre plus intelligibles les différentes normes de régulation.

¹¹⁸ Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *op. cit.*, p. 645.

¹¹⁹ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, 2009, p. 217.

¹²⁰ Sur cette forme de normativité, v. CE, Rapport annuel 2013, *Le droit souple*, La documentation française, 2013 ; V. également les thèses suivantes : S. GERRY-VERGNIÈRES, *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, 2012 ; B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. « Les thèses de l'IFR », LGDJ, 2013 ; W. ZAGORSKI, *Le contentieux des actes administratifs non décisifs. Contribution à une typologie du droit souple*, Mare & Martin, 2016.

L'insécurité juridique en matière de régulation ne trouve pas uniquement sa source dans l'intelligibilité normative qui procède de la distinction difficile entre droit souple et droit « dur ». C'est même lorsqu'on se situe *sur le terrain de l'acte administratif unilatéral* que peuvent ressurgir des questions concernant la sécurité juridique. En effet, l'étude des différentes caractéristiques du régime d'élaboration et de mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation fait apparaître son caractère imprévisible. C'est ce point qui justifie la consécration d'une étude aux actes administratifs unilatéraux de régulation et non pas à un autre acte visant la poursuite d'une finalité d'intérêt général particulière, comme c'est le cas, par exemple, des actes adoptés en matière d'urbanisme. En effet, ce type d'actes répond à un régime bien ordonné. En revanche, le régime des actes administratifs unilatéraux de régulation est particulièrement complexe et difficile à saisir.

Cette complexité est peut-être créée délibérément par le législateur. Ce dernier ne se limite pas à laisser aux autorités de régulation une marge de manœuvre quant à l'opportunité de choisir entre les outils de droit souple ou de droit « dur » pour exercer leur mission. Il veille également à créer un état de souplesse au profit de ces autorités lorsqu'elles adoptent ou mettent en œuvre des actes administratifs unilatéraux.

Par exemple, les autorités de régulation peuvent apprécier librement la nécessité de recourir ou non à des processus participatifs et disposent également d'une large marge de manœuvre quant au choix de telle ou telle modalité de mise en concurrence lors de l'attribution d'une autorisation d'accès au marché. Les actes administratifs unilatéraux de régulation sont les seuls actes administratifs unilatéraux à bénéficier d'un tel régime souple *dans son ensemble*.

La souplesse qui régit l'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation comporte des risques. L'identification des différents points du régime des actes administratifs unilatéraux de régulation qui construisent un état de droit flexible *au sein même* de l'acte administratif unilatéral est cruciale, dès lors qu'elle est liée à la protection des opérateurs économiques qui sont à la fois des administrés et des opérateurs sur un marché concurrentiel. En effet, les autorités de régulation pourraient instrumentaliser la flexibilité des règles applicables à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux de régulation, afin d'échapper aux différentes contraintes que

pose chaque catégorie d'acte administratif et qui s'accompagnent des exigences procédurales bien établies. Par exemple, elles peuvent décider d'associer les opérateurs à l'élaboration d'un acte qui devrait revêtir la forme d'acte individuel pour le ranger ensuite dans la catégorie d'acte réglementaire et pouvoir l'abroger plus aisément.

Dans le dédale normatif de la régulation se posent également différentes interrogations liées au contrôle juridictionnel. Le juge administratif refusait depuis longtemps de contrôler les actes adoptés en matière économique qui n'entraient pas formellement dans la catégorie de l'acte administratif unilatéral, mais produisaient toutefois des effets importants sur leurs destinataires, que ceux-ci fussent juridiques ou économiques. Dénués de caractère décisive, les actes de droit souple des autorités de régulation échappaient au contrôle juridictionnel. Le juge disposait d'un seul instrument en la matière, celui de la requalification, mais il n'y recourait pas lorsqu'il était confronté à l'examen d'un acte administratif unilatéral de régulation.

La doctrine est partagée sur le point de savoir si le caractère décisive d'un acte est une condition indispensable pour qu'il puisse être qualifié d'acte administratif unilatéral. Selon le professeur P. Delvolvé, seuls les actes juridiques¹²¹ portant modification de l'ordonnement juridique peuvent entrer dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux¹²².

En revanche, le professeur B. Seiller adopte une conception plus large de l'acte administratif unilatéral, qui lui permet d'y inclure également les actes non normatifs. Il souligne que « (...) tous les actes administratifs unilatéraux ne constituent pas des décisions administratives »¹²³ et affirme que « (...) si toutes les décisions administratives sont des actes administratifs unilatéraux l'inverse n'est pas vrai »¹²⁴. Confirmant cette idée, le nouveau code des relations entre le public et l'administration

¹²¹ Le Doyen G. Jèze fournit une définition très éclairante de l'acte juridique, selon laquelle : « les actes juridiques sont les manifestations de volonté d'individus – gouvernants, agents publics, simples particuliers – en exercice d'un pouvoir légal et en vue de produire un effet de droit » (G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, Tome 1, La technique juridique du droit public français*, Dalloz, 2005 [réédition de la 3e édition parue en 1925], p. 25).

¹²² P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, éditions Sirey, 1983, p.12.

¹²³ B. SEILLER, *Droit administratif. Tome 2 : l'action administrative*, op. cit., p 128.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 120. Dans le même sens, v. R. CHAPUS : « (...) acte unilatéral et décision ne se confondent pas : cette dernière est au premier ce que l'espèce est au genre » (*Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n° 669).

distingue entre « les actes administratifs unilatéraux décisifs et non décisifs » et dispose que les premiers « peuvent être également désignés sous le terme de décisions »¹²⁵. Découplant la qualification d'acte administratif unilatéral du caractère décisif de l'acte concerné, le code inciterait à « prolonger le raisonnement, à s'émanciper encore davantage de la logique contentieuse et à relativiser le lien entre justiciabilité et normativité »¹²⁶.

En matière de régulation, le juge administratif a dissocié clairement la justiciabilité des actes soumis à son examen de leur caractère décisif. Il a admis, à cet effet, de connaître des actes de droit souple des autorités de régulation avec les arrêts *Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016¹²⁷. L'intégration des actes de droit souple dans le prétoire du juge était nécessaire pour plusieurs raisons.

Dans la mesure où les autorités de régulation peuvent exercer leur mission à travers des actes de normativité variée, le fait de conditionner la recevabilité du recours contre leurs actes au caractère décisif de ces derniers pourrait avoir d'effets pervers. En effet, les autorités de régulation seraient tentées d'opter pour les actes de droit souple, afin d'échapper au contrôle juridictionnel. Avant la jurisprudence *Fairvesta* et *Numericable*, le juge administratif ne pouvait que requalifier l'acte de droit souple en acte décisif pour le soumettre à son contrôle. Or, le mécanisme de requalification présente un caractère largement artificiel.

Conscient des problèmes que peut induire le couplage entre la normativité et la justiciabilité des actes adoptés dans un système où coexistent des actes de droit souple

¹²⁵ V. l'art. L. 200-1 du code.

¹²⁶ F. MELLERAY, « Les apports du CRPA à la théorie de l'acte administratif unilatéral », *AJDA* 2015, p. 2491. Sur l'apport du code des relations entre le public et l'administration à la définition de l'acte administratif unilatéral, v. également P. DELVOLVÉ, « La définition des actes administratifs », *RFDA* 2016, p. 35.

¹²⁷ CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et a.*, req. n^{os} 368082, 369083 et 368084, concl. S. VON COESTER ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, req. n^o 390023, concl. V. DAUMAS ; *AJDA*, avril 2016, n^o 13, p. 717, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *Revue de Droit Bancaire et Financier*, mai 2016, n^o 3, p. 76, note P. PAILLER ; *DA*, mai 2016, n^o 5, p. 49, note A. SÉE ; *RLC*, mai 2016, n^o 50, p. 23, repère P. IDOUX ; *Banque et droit*, mai 2016, p. 61, note P.-G. MARLY ; *Gaz. Pal.*, mai 2016, n^o 18, p. 20, note A. TAIBI ; *JCPG*, mai 2016, n^o 22, p. 1073, note T. PERROUD ; *Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires*, juin 2016, n^o 6, p. 419, chron. R. VANDERMEEREN ; *Gaz. Pal.*, juin 2016, n^o 22, p. 27, chron. B. SEILLER ; *RFDA*, juillet 2016, n^o 3, p. 497, concl. S. VON COESTER (arrêt *Fairvesta*) ; *RFDA*, juillet 2016, n^o 3, p. 506, concl. V. DAUMAS (arrêt *Numericable*). Sur ces arrêts, v. *infra*, p. 465 s.

et des actes administratifs unilatéraux, le juge administratif a apporté une contribution majeure à l'évolution du contentieux administratif : avec les arrêts *Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016, il a fait entrer dans son champ de contrôle les actes de droit souple des autorités de régulation, qui sont « *de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent* »¹²⁸. Par cette formulation, le Conseil d'État a dissocié clairement la recevabilité du recours pour excès de pouvoir du caractère décisive des actes soumis à son examen, en la *liant aux effets* qu'ils produisent (notamment à leurs effets économiques).

Aux questions contentieuses que pose la coexistence, en matière de régulation, entre les actes administratifs unilatéraux et les actes de droit souple s'ajoutent d'autres interrogations qui sont liées uniquement aux actes administratifs unilatéraux, et plus précisément à leur contrôle juridictionnel.

Les méthodes traditionnelles du juge administratif seraient-elles suffisantes pour lui permettre d'exercer pleinement l'office du juge de la régulation ? L'examen des actes administratifs unilatéraux de régulation devrait-il donner lieu à de méthodes particulières, notamment au niveau de l'instruction, permettant au juge de faire face aux différentes questions complexes que posent ces actes ?

L'étude du contrôle juridictionnel des actes administratifs unilatéraux de régulation permettra de mesurer les transformations éventuelles de l'office du juge administratif en matière de régulation. Il se pose à cet effet la question de la *spécificité contentieuse* de ces actes.

Or, la question de la spécificité des actes administratifs unilatéraux de régulation déborde le plan contentieux. Elle se pose notamment à propos de **leur régime**. Le recensement des différents éléments inhabituels que présente le régime de ces actes permettrait de démontrer si ces actes constituent une catégorie à part au sein des actes administratifs unilatéraux.

¹²⁸ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a.*, *op. cit.*, consid. 4 ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté NC Numericable*, *op. cit.*, consid. 5.

Parmi les différents éléments distinctifs du régime des actes administratifs unilatéraux de régulation, force est de traiter séparément celui consistant en l'association des opérateurs au mécanisme décisionnel. Cette dernière contribue à atténuer le caractère unilatéral des actes adoptés.

§ 2. *L'assouplissement du procédé unilatéral*

Comme le note le professeur Y. Gaudemet, le droit administratif « est singularisé par sa construction tout entière autour du procédé exorbitant de l'acte unilatéral, à telle enseigne que la disposition de ce procédé est communément utilisée comme critère du droit administratif et de la compétence contentieuse du juge administratif »¹²⁹. Les actes administratifs unilatéraux affectent l'ordonnancement juridique indépendamment de toute forme de consentement de leurs destinataires¹³⁰. L'indifférence par rapport au consentement des administrés qui sont concernés par l'acte administratif est conçue comme un élément qui confirme leur caractère unilatéral. L'acte administratif unilatéral « (...) a pour effet de modifier l'ordonnancement juridique, de conférer des droits ou de créer des obligations de par la seule volonté de son auteur »¹³¹. Il s'applique à son destinataire en « (...) dehors de toute acceptation de sa part car [l'administration] a été habilitée pour modifier, par sa seule volonté, l'ordonnancement juridique »¹³².

Ainsi, l'acte administratif unilatéral crée des obligations ou fait naître des droits *indépendamment du consentement*¹³³ ou, selon une autre formulation, *sans*¹³⁴ le consentement de l'assujetti ou du bénéficiaire. Bien que les deux formulations

¹²⁹ Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *Nonagesimo anno, Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 613 s., spéc. p. 616. En revanche, le professeur B. Seiller dissocie le procédé unilatéral de l'exorbitance des actes administratifs unilatéraux par rapport aux actes du droit privé. En ce sens, v. B. SEILLER, « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 2-2004, p. 481 et s.

¹³⁰ En ce sens, v. G. DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en l'honneur de Charles Eisenmann*, éd. Cujas, 1975, p. 205.

¹³¹ Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, 21^e éd., LGDJ, 2015, n° 628, p. 284.

¹³² P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, Coll. Précis Domat, 10^{ème} éd., 2015, p. 320.

¹³³ *Ibid.*, p. 321.

¹³⁴ Selon le professeur P. DELVOLVÉ, l'acte administratif unilatéral « est un acte juridique adopté unilatéralement par une autorité administrative, portant sur l'ordonnancement juridique et affectant les droits ou les obligations des tiers sans leur consentement » (P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, 1983, n° 4).

(« indépendamment » - « sans ») ne soient pas identiques, elles sont parfois utilisées indistinctement par la doctrine¹³⁵. En effet, le mot « indépendamment » implique que l'administration peut prendre en compte la volonté du destinataire de l'acte, sans qu'elle soit toutefois liée par cette dernière. Elle a la possibilité ou, si la loi l'impose, l'obligation de recueillir les avis des destinataires d'un acte administratif unilatéral avant son édicition, mais, il incombe à elle seule de décider des conséquences de cet avis sur l'acte finalement adopté.

Lorsque l'administration adopte un acte administratif unilatéral pour réguler le marché, elle doit être au plus près des attentes des opérateurs, même si, juridiquement, l'acte édicté procède de sa volonté unique. Les opérateurs économiques, destinataires des actes administratifs unilatéraux de régulation, doivent être au cœur du mécanisme d'élaboration de ces derniers, dans la mesure où ils disposent des connaissances techniques qui peuvent être précieuses pour le régulateur. Cela peut aboutir à l'adoption des actes négociés, élaborés en application d'une technique contractuelle qui repose sur la recherche d'un consensus¹³⁶.

Appelés à réguler la concurrence, les actes administratifs unilatéraux ne se trouvent pas eux-mêmes exemptés de la concurrence. Cette dernière est, d'abord, comme on l'a déjà souligné, une concurrence normative, l'acte administratif unilatéral coexistant, en matière de régulation, avec les outils de droit mou. Qui plus est, elle est une concurrence entre les règles et les procédures du *droit administratif classique*, et les règles applicables en matière de *régulation*, qui présentent un caractère finaliste.

Consacrer une étude aux actes administratifs unilatéraux de régulation permet de démontrer, d'une manière générale, la force intrinsèque de l'instrument le plus caractéristique du droit administratif, qui lui permet de faire face aux exigences de la régulation. Lorsqu'il est utilisé pour réguler le marché, l'acte administratif unilatéral *se transforme*.

¹³⁵ Pour une illustration des possibles acceptations de la notion d'unilatéralité dans la doctrine, v. B. DEFOORT, *La décision administrative*, *op. cit.*, p. 178 (n° 251) et p. 207 (n° 300) s.

¹³⁶ En principe, la recherche du consentement des opérateurs n'est pas envisageable en matière de sanctions ou d'actes de règlement des différends. Dans ces hypothèses, c'est plutôt par le renforcement des garanties procédurales qui accompagnent l'édicition de ces actes que s'opère le rapprochement avec les opérateurs sur le marché.

Les profondes mutations que subissent les actes administratifs unilatéraux lorsqu'ils sont employés pour réguler le marché invitent à s'interroger sur la spécificité de cet instrument de régulation.

§ 3. *La spécificité éventuelle des actes administratifs unilatéraux de régulation*

La question de l'originalité des actes auxquels donne lieu la régulation ne cesse d'intéresser la doctrine. Or, elle est examinée soit sous une perspective particulière, soit comme préalable à la question de la spécificité de la régulation à elle-même. Par exemple, dans la thèse du professeur M. Collet, cette question est traitée du point de vue contentieux¹³⁷. Le professeur y étudie l'ensemble des actes des autorités administratives indépendantes, sans réserver une place particulière aux actes de régulation, et insiste sur leur caractère administratif. Il démontre que leur contrôle juridictionnel n'est pas différent de celui exercé à propos des autres actes administratifs unilatéraux. Au bout de cette démonstration, il conclut que le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes ne pourrait pas servir de critère justifiant leur traitement à part. Si sa thèse a un objet étendu, dès lors qu'elle comprend tous les actes des autorités administratives indépendantes, peu importe leur finalité ou le degré de leur normativité, le professeur M. Collet envisage ces actes uniquement sous l'angle de leur contrôle juridictionnel. Il arrive à cet effet à démontrer que s'il pouvait y avoir une originalité des actes des autorités administratives indépendantes (y compris donc les actes des autorités de régulation), celle-ci ne devrait pas reposer sur leur contrôle par le juge.

S'inscrivant dans la continuité de la thèse de M. Collet, le professeur A. Sée consacre sa thèse à la notion de régulation du marché en droit administratif. Il procède à une étude critique de celle-ci, qui passe par l'examen de son régime, ainsi que des actes auxquels elle donne lieu. Le professeur affirme d'abord que la régulation s'exerce par des actes administratifs unilatéraux. Ensuite, il constate que ces actes ne sont pas différents des autres actes administratifs unilatéraux. Pour soutenir cette idée, il fait appel au « classicisme » tant du pouvoir réglementaire des autorités de régulation que « des actes

¹³⁷ M. COLLET, Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes, *op. cit.*

de régulation doctrinaux »¹³⁸. Selon le professeur, la non-spécificité de la *notion* de régulation serait confirmée par l'absence de spécificité tant des *actes* employés pour sa réalisation que du *régime* qui lui est applicable. Ainsi, A. Sée se concentre-t-il sur la notion de régulation, l'examen des actes auxquels elle donne lieu étant pour lui un moyen de démontrer que celle-ci ne forme pas une catégorie juridique nouvelle, et qu'elle relève plutôt du discours descriptif. Ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'il traite des actes auxquels donne lieu la régulation, cet examen figurant pour lui comme support à son étude critique de la *notion* de régulation. Le professeur A. Sée considère que les actes administratifs unilatéraux employés en matière de régulation ne sont pas spécifiques, parce que toute caractéristique qui pourrait éventuellement justifier leur spécificité (par exemple la consultation des opérateurs) se rencontre également à propos d'autres actes administratifs unilatéraux (en ce qui concerne la consultation en particulier, celle-ci se retrouve, par exemple, en matière d'actes adoptés dans le domaine du droit de l'environnement).

Notre travail s'inscrit dans une perspective différente. On ne vise pas à conceptualiser la notion de régulation, mais on se concentre sur l'acte administratif unilatéral. En outre, on ne cherche pas à vérifier si les actes administratifs unilatéraux de régulation présentent des caractéristiques qui ne se retrouvent pas parmi d'autres actes administratifs unilatéraux. Cette différence de méthode se justifie par le fait que l'on ne conçoit pas la notion de spécificité de la même manière.

Selon le dictionnaire Larousse, le mot « spécifique » désigne, dans son sens linguistique, « *un mot dont la **compréhension est plus grande et l'extension plus petite que celles de son générique.** (Ainsi moineau, corbeau, aigle etc., sont des termes spécifiques par rapport à oiseau qui leur est générique)* »¹³⁹.

C'est dans ce sens que sont conçus les actes administratifs unilatéraux de régulation dans le cadre de la présente étude. La compréhension à laquelle donne lieu une autorisation d'accès au marché ou un acte précisant les modalités d'interconnexion

¹³⁸A. SEE, *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, Thèse, Université de Strasbourg, 2010.

¹³⁹V. l'entrée : « spécifique », in C. DUBOIS (dir.), *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, Paris, Librairie Larousse, 1985, t. 9, p. 9745 (nous soulignons).

entre opérateurs concurrents *est plus large* que celle de l'acte administratif unilatéral, qui est leur générique. Ces actes sont appréhendés non seulement comme des actes administratifs unilatéraux, mais également comme des actes qui poursuivent un objectif de régulation. En outre, leur extension est plus petite que celle de l'acte administratif unilatéral qui constitue la catégorie de genre ; ils ne sont qu'un *type d'actes administratifs unilatéraux*.

Soutenir que tel ou tel acte administratif unilatéral n'est pas spécifique parce qu'il présente des caractéristiques qui peuvent se rencontrer auprès d'autres actes administratifs unilatéraux repose sur une conception très restrictive de la notion de spécificité. Cette approche laisse supposer qu'il y ait des caractéristiques des actes administratifs unilatéraux qui seraient réservées à un type particulier de ceux-ci. Or, en droit, il paraît difficile d'envisager qu'une composante d'une catégorie puisse présenter une ou plusieurs caractéristiques l'opposant radicalement aux autres composantes de la même catégorie.

Appartenant à la catégorie de genre de l'acte administratif unilatéral, les actes administratifs unilatéraux de régulation cumulent toutes les caractéristiques de base qui participent de la définition de la notion d'acte administratif unilatéral et certaines caractéristiques inhabituelles pour les autres actes administratifs unilatéraux, qui sont liées à la mission qui leur est assignée.

Ainsi, le fait de constater que telle ou telle caractéristique des actes administratifs unilatéraux de régulation trouve également à s'appliquer à d'autres actes administratifs unilatéraux ne nous paraît pas suffire à lui-même pour qu'ils ne soient pas qualifiés de spécifiques. Si l'on suivait cette logique, les résultats de notre recherche seraient dans une grande partie prédéterminés, la spécificité de l'objet étudié étant facile à exclure à l'avance.

En outre, envisager la régulation comme police ne nous paraît pas exclure *a priori* l'idée selon laquelle les actes administratifs unilatéraux destinés à sa mise en œuvre pourraient présenter des spécificités¹⁴⁰.

Les questions qui servent de fil conducteur dans la présente étude sont les suivantes : **les actes administratifs unilatéraux de régulation pourraient-ils être qualifiés d'actes spéciaux ? Dans l'affirmative, en quoi consisterait cette spécificité ?** Pour répondre à ces questions, on a été amené à examiner l'ensemble des éléments du régime de ces actes qui seraient dérogatoires au *régime commun* de l'acte administratif unilatéral.

Section 3. La démarche adoptée

L'identification des différents traits du régime des actes administratifs unilatéraux de régulation est effectuée selon une méthode inductive : à chaque fois, notre démonstration est illustrée par des exemples d'actes administratifs tirés de différents secteurs. En s'appuyant sur tel ou tel acte, on s'efforce de tirer des conclusions sur les évolutions que connaît le régime des actes administratifs unilatéraux lorsqu'ils deviennent un instrument de régulation (§ 1). Afin de pouvoir recenser et évaluer l'ensemble de ces évolutions, on est amené à adopter un plan transversal : en commençant par la genèse des actes administratifs unilatéraux de régulation, on les observe jusqu'à leur annulation potentielle par le juge (§ 2).

¹⁴⁰ La qualification de la régulation de police ou de mission excédant la police ne dépendrait pas du caractère particulier ou non des instruments auxquels elle donne lieu, mais de sa finalité. Le professeur Y. Gaudemet qualifie, par exemple, la régulation de « nouveau pavillon de la normativité » et insiste sur l'importance du droit souple comme instrument de régulation, tout en considérant en même temps qu'elle est une police économique. Le professeur G. Marcou souligne inversement que la régulation est exercée par voie d'actes administratifs unilatéraux, tout en notant qu'elle constitue une mission plus générale que la police. En ce sens, v. Y. GAUDEMET, « Droit de la concurrence : une autre introduction », in « Le Code de commerce 1807-2007 », Dalloz, 2007, p. 397 s. ; G. MARCOU, « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, p. 11 s.

§ 1. Une méthode inductive

Le fonds de la présente recherche est constitué des actes adoptés au sein du secteur des communications électroniques, de l'énergie et du transport ferroviaire. Ce choix se justifie par le fait que, par rapport à son objet, c'est en matière de services en réseau que la régulation trouve son terrain de prédilection. Les opérateurs qui fournissent des services en réseau sont amenés à utiliser de grandes infrastructures qui sont difficiles à créer, développer et reproduire ou à exploiter des ressources rares. L'administration veille à garantir l'accès des opérateurs à ces ressources ou à ces infrastructures, dans le but de faciliter la construction et le déploiement de la concurrence, tout en s'assurant en même temps que les autres composantes de l'intérêt général soient respectées¹⁴¹. L'acte administratif unilatéral est l'instrument principal dont dispose l'administration pour ouvrir l'accès au réseau, réglementer les conditions d'exercice de la concurrence en son sein et garantir l'allocation optimale de ses capacités, celles-ci étant contingentées.

Les différentes finalités qu'est appelé à servir l'acte administratif unilatéral lorsqu'il devient outil de régulation influent sur son régime. Ce dernier connaît des évolutions significatives pour s'adapter aux exigences de la régulation. L'examen de ces évolutions dans leur globalité implique d'adopter un plan d'étude transversal.

§ 2. Un plan d'étude transversal

Le plan de démonstration adopté remplit plusieurs fonctions.

D'abord, il sert à recenser les caractéristiques inhabituelles des actes examinés. Ensuite, fondé sur le couple « adoption - mise en œuvre », qui renvoie aux méthodes d'étude classiques en matière d'actes administratifs unilatéraux¹⁴², il est fidèle à la perspective d'étude envisagée. En outre, il confirme le caractère transversal de la régulation, qui

¹⁴¹ Comme le démontre le professeur G. Clamour dans sa thèse, l'intérêt général se compose de plusieurs éléments. La concurrence constitue une composante de l'intérêt général parmi les autres. Il revient à l'administration, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir normatif, de mettre en balance cette composante de l'intérêt général avec ses autres composantes. En ce sens, v. G. CLAMOUR, Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité de droit public en économie de marché, op. cit.

¹⁴² Sur ce point, v. *infra*, p. 319 s.

apporte des aménagements au régime des actes administratifs unilatéraux tout au long de leur existence dans l'ordonnement juridique.

L'examen des particularités du régime des actes administratifs unilatéraux de régulation ne pourrait que commencer par l'étude des questions de compétence. En effet, ces actes sont adoptés, en principe, par des autorités de régulation.

La création des autorités de régulation est largement due au droit de l'Union et a été nécessaire pour accompagner le processus d'ouverture à la concurrence des secteurs naguère soumis au monopole de l'État. Le droit de l'Union recourt en principe au vocable « autorités réglementaires nationales » pour désigner les organismes compétents pour réaliser l'objectif de libéralisation des différents marchés¹⁴³.

Les États membres devraient être laissés libres quant au choix de la forme juridique exacte que pourront revêtir ces autorités, en vertu du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale¹⁴⁴. Or, les strictes conditions d'indépendance que pose le droit de l'Union à plusieurs niveaux¹⁴⁵ encadrent considérablement leur marge d'appréciation. En France, le modèle d'autorité de régulation par excellence est celui de l'autorité administrative indépendante.

Dans un article consacré au statut des autorités administratives indépendantes, le professeur Jacques Chevallier rappelle que : « (...) les garanties d'indépendance et organique et fonctionnelle dont elles bénéficient leur confèrent une place à part au sein de l'administration : affranchies de tout contrôle hiérarchique ou de tutelle, elles

¹⁴³ Sur cette notion, v. *infra*, p. 79.

¹⁴⁴ Sur ce principe, v. C. N. KAKOURIS, « Existe-t-il une autonomie procédurale judiciaire des États membres ? », in *État-Loi-Administration. Mélanges Ep. Spiliotopoulos*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 159 ; E. PRÉVÉDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne. Recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, London, Esperia Publications, 2000 ; M. LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Éditions Apogée, 2006, p. 419 ; R. MEHDI, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », in *Droit administratif européen*, J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), Bruylant, 2007, p. 685 s.

¹⁴⁵ Sur ce point, v. not. la thèse de H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles : communications électroniques, énergie et postes*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008.

constituent des autorités isolées, placées " hors appareil " (...) »¹⁴⁶. Partant du constat qu'elles se trouvent « en marge de l'architecture administrative classique »¹⁴⁷, il rattache leur particularité à la mission de régulation qui pèse sur elles. Censées traduire une nouvelle conception de l'État, les autorités administratives indépendantes ont connu un grand essor dans le paysage institutionnel français depuis les années 1980¹⁴⁸. Leur action se développe au sein des secteurs sensibles de la vie économique et sociale¹⁴⁹ qui appellent un encadrement particulier par l'administration.

En fonction de leur qualité d'*autorités*, les autorités de régulation disposent d'un vrai pouvoir de décision, qui se manifeste notamment par leur compétence d'édicter d'actes administratifs unilatéraux. Le professeur Y. Gaudemet souligne qu'elles « restent une émanation de l'État », et il en apporte pour preuve le fait que « les actes qu'elles prennent sont des actes administratifs »¹⁵⁰. Autorités dites « *de régulation* », elles visent à assurer l'ouverture des marchés antérieurement monopolisés à la concurrence. *Autorités administratives*, elles ne disposent pas, *en principe*, de personnalité juridique propre¹⁵¹ et cherchent à concilier la protection de la concurrence avec les autres composantes de l'intérêt général. *Autorités indépendantes*, elles sont l'expression d'une administration « a-hiérarchique » et restent soustraites à la pression des opérateurs économiques.

Les autorités de régulation recèlent des contradictions ; alors qu'elles émanent de l'État, elles sont indépendantes de l'exécutif, comme si ce dernier était incapable de mener efficacement la tâche de régulation. Aperçues comme un instrument qu'utilise l'État

¹⁴⁶ J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA*, septembre-octobre 2010, p. 896.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Dans son rapport de 2001 consacré aux autorités administratives indépendantes, le Conseil d'État regroupe dans cette catégorie trente-quatre organismes et insiste sur la diversité de leurs missions et sur l'hétérogénéité de leurs statuts et pouvoirs. Sur ce point, v. CE, *Considérations générales sur les AAI, Rapport public 2001*, La documentation française, 2001, pp. 300-321.

¹⁴⁹ Le caractère sensible des secteurs au sein desquels les autorités administratives indépendantes développent leurs activités justifierait, selon J.-P. FELDMAN, leur liberté d'action et leur indépendance : « Il s'agit, expose la doctrine, de donner plus de liberté et d'indépendance à certains services des administrations centrales de l'État du fait qu'ils ont la responsabilité de secteurs sensibles » (J.-P. FELDMAN, « Les autorités administratives indépendantes sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *Recueil Dalloz*, 9 déc. 2010, n° 43, p. 2852 s., spéc. p. 2853).

¹⁵⁰ Y. GAUDEMET, « Table ronde sur les autorités de régulation », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai-juin 2008, p. 9 s., spéc. p. 12.

¹⁵¹ Tel est le cas, par exemple, de la CRE et de l'ARCEP. En revanche, l'ARAFER est une autorité publique indépendante.

pour réussir son désengagement politique, elles traduisent en même temps une sorte de méfiance face aux structures administratives habituelles, qui sont présumées manquer d'impartialité. En ce sens, elles « se construisent contre l'État dans sa facture classique »¹⁵².

Le statut d'indépendance dont bénéficient les autorités de régulation nous paraît difficile à concilier avec leur compétence d'adopter des actes administratifs unilatéraux. Selon le principe démocratique, pour qu'un pouvoir soit légitime, il faut qu'il soit exercé par des autorités directement élues par les citoyens ou, au moins, soumises au contrôle hiérarchique ou de tutelle de l'État¹⁵³. Si l'on suivait une conception stricte de la légitimité démocratique, il serait difficile de justifier la dévolution d'une telle compétence à des autorités affranchies du pouvoir politique et soustraites au contrôle hiérarchique ou de tutelle¹⁵⁴.

Parmi les différentes questions de compétence qui pourraient se poser à propos des autorités de régulation, une place particulière devrait être réservée à celles concernant leur pouvoir réglementaire, conçu comme pouvoir de réguler le marché par voie de normes générales et impersonnelles. Dans ce cadre, il faudrait notamment étudier les points de tension éventuels entre ces autorités et le Premier ministre, qui dispose du pouvoir réglementaire général en vertu de l'article 21 de la Constitution, et de vérifier si leur pouvoir réglementaire est soumis à des conditions d'exercice différentes selon le secteur concerné.

¹⁵² Y. GAUDEMET, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in *Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 561 s., spéc. p. 572.

¹⁵³ En ce sens, v. J.-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006, p. 15 s.

¹⁵⁴ Y. GAUDEMET, « Autorités administratives indépendantes », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAND et a., *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 91. Le Sénat, dans un rapport publié en 2015, a émis plusieurs réserves en ce qui concerne la légitimité des autorités administratives indépendantes. V. en ce sens : J. MÉZARD, « Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler », rapport fait au nom de la *CE Autorités administratives indépendantes*, n° 126, tome I (2015-2016), 28 octobre 2015, publié sur : <https://www.senat.fr/rap/r15-126-1/r15-126-11.pdf> ; M.-C. DE MONTECLER, « Le Sénat sonne à nouveau la charge contre les AAI », *AJDA* 2015, p. 2060. La commission d'enquête insistait, dans ce rapport, sur la nécessité de fixer un « statut général » des autorités administratives indépendantes. Faisant sienne cette idée, le Sénat a adopté, le 4 février 2016, une proposition de loi organique relative aux autorités administratives indépendantes et aux autorités publiques indépendantes (Prop. Loi org. n° 226) et une proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (Prop. Loi n° 225).

L'étude des questions relatives à la *légitimité* et la *compétence* des autorités de régulation sera suivie par l'examen du *régime applicable à la confection* des actes administratifs unilatéraux de régulation. Le régime de base qui s'applique en la matière est celui de l'acte administratif unilatéral¹⁵⁵. Cependant, ce régime subit des mutations profondes pour bien s'adapter à la fonction de régulation, qui vise à protéger à la fois la protection du fonctionnement concurrentiel du marché, ce dernier étant conçu comme institution bénéficiant d'une valeur transcendante, et les autres composantes de l'intérêt général.

Les règles qui s'appliquent à la *procédure d'élaboration* des actes administratifs unilatéraux de régulation sont marquées par l'objectif de *renforcer la participation* des opérateurs économiques au mécanisme de prise de décision. Le recours à la consultation contribue à atténuer le caractère unilatéral des actes adoptés, dans la mesure où elle permet la prise en compte de l'avis de leurs destinataires. Restant « hors du droit commun », cette caractéristique procédurale des actes administratifs unilatéraux de régulation mérite un examen particulier.

L'implication des professionnels du secteur à l'élaboration de ces actes est un gage d'efficacité de la régulation. Sans perdre leur caractère d'actes administratifs unilatéraux, ces actes deviennent mieux acceptables par leurs destinataires, ce qui contribue à ce que ces derniers exécutent spontanément les normes qu'ils contiennent.

L'impératif de protection du fonctionnement concurrentiel du marché est difficile à atteindre sans la prise en compte des entreprises qui exercent leur activité en son sein. La consultation des opérateurs se pose ainsi comme une exigence étroitement liée à l'intérêt général et tend progressivement à se substituer au procédé unilatéral « pur ». L'idée générale de *l'administration concertée*, qui trouve à s'appliquer également en matière d'actes administratifs unilatéraux de régulation, repose sur la recherche du consensus des administrés.

¹⁵⁵ En ce sens, v. M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*

En droit administratif, la satisfaction de l'intérêt général est typiquement présentée comme un objectif qui transcende la volonté des particuliers. Transposée en matière de régulation, la notion d'intérêt général devient transactionnelle¹⁵⁶. La recherche du consensus des entreprises concurrentes contribue à la *définition de l'intérêt général* la plus complète possible.

Or, la participation des opérateurs à l'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation ne peut pas s'arrêter au stade de leur *élaboration*. Les opérateurs doivent également être placés au centre de l'*attribution* de ces actes.

En effet, les rapports de droit que crée l'attribution d'une autorisation d'accès au marché sont loin d'être bipartites. Par exemple, même si la délivrance d'une licence de téléphonie mobile à une certaine entreprise est un acte qui lie, d'abord, l'entreprise bénéficiaire à l'État, elle déploie ses effets sur tout le marché concerné. L'acte ne touche pas seulement l'entreprise bénéficiaire, mais également ses concurrents potentiels (ceux qui se sont vu refuser une telle licence) ou effectifs (ceux qui déploient déjà leur activité sur le marché concerné). En outre, lorsque l'administration attribue une licence permettant l'exploitation d'une ressource rare aux fins d'exercer une activité économique, elle doit passer par un mécanisme de *mise en concurrence* permettant à tous les opérateurs intéressés d'y prendre part.

L'attribution d'un tel acte doit être menée selon une procédure transparente où tous les candidats potentiels sont invités à présenter leur offre. L'obligation de transparence découle notamment du droit de l'Union européenne. Par exemple, la législation sectorielle relative au marché des communications électroniques prévoit que les États : « *veillent à ce que l'attribution du spectre aux fins des services de communications électroniques et l'octroi des autorisations générales ou des droits individuels d'utilisation de telles radiofréquences par les autorités nationales compétentes soient fondés sur des critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés* »¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Sur cette évolution, v. G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, *op. cit.*

¹⁵⁷ 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

La mise en concurrence des opérateurs intéressés par l'attribution des licences qui ouvrent l'accès au marché constitue une obligation pour l'administration et se fonde directement sur le droit de la concurrence. Comme le souligne le professeur S. Nicinski : « lorsque le nombre d'autorisations susceptibles d'être délivrées est limité, voire lorsque l'autorisation est unique, le droit de la concurrence déploie tous ses effets »¹⁵⁸.

La théorie des ressources rares et celle des facilités essentielles, toutes deux issues du droit de la concurrence, trouvent à s'appliquer également en matière d'actes administratifs unilatéraux¹⁵⁹. Lorsque le nombre d'intéressés souhaitant avoir accès au marché n'excède pas la quantité des ressources disponibles, il n'est pas nécessaire de passer par un mécanisme de mise en concurrence. Dans cette hypothèse, l'attribution des ressources concernées est conditionnée juste par un minimum de sujétions techniques auxquelles doivent répondre les entreprises intéressées.

En revanche, lorsque le nombre de candidats potentiels excède le nombre de ressources disponibles, l'administration est tenue d'opérer un choix parmi eux. Face à une telle situation, le droit de l'Union européenne impose aux États d'appliquer « une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de la procédure, de son déroulement et de sa clôture »¹⁶⁰.

l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, JOUE, 18 déc. 2009, n° L 337/37, art. 9, par. 1.

¹⁵⁸ S. NICINSKI, « Autorisations administratives. Les autorisations administratives unilatérales et le droit public des affaires », in *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, AJDA 2009, p. 1236, spéc. p. 1237.

¹⁵⁹ La théorie des ressources rares et des infrastructures essentielles ne se recoupent pas. Selon la distinction faite par P.-A. Jeanneney et M. Chichportich : « la ressource rare se distingue de la facilité essentielle en ce que la première est accordée sous la forme d'une autorisation administrative par une personne dotée de prérogatives de puissance publique alors que la seconde crée une obligation pesant sur une entreprise en position dominante au bénéfice de ses concurrents. », in P.-A. JEANNENEY et M. CHICHPORTICH, « Les ressources rares », *RJEP*, janvier 2010, p. 2. Sur la distinction entre ressources rares et infrastructures essentielles, v. *infra*, p. 255 s.

¹⁶⁰ Directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (dite directive « Services »), JOUE, 27 déc. 2006, n° L 376/36, art. 12.

Dans la mesure où l'*adoption* des actes administratifs unilatéraux de régulation doit satisfaire à plusieurs exigences, il conviendrait de s'assurer de l'existence des mécanismes efficaces permettant la *mise en œuvre* de ces actes. La mise en œuvre d'un acte est le *corollaire nécessaire* de son adoption, dès lors qu'elle permet d'en tirer toutes les conséquences juridiques.

En effet, lors de la mise en œuvre des autorisations d'accès au marché, l'administration doit concilier les droits patrimoniaux qui en découlent pour leurs titulaires avec le respect du droit de la concurrence et les exigences du service public. Source de privilèges dans la concurrence, ces autorisations acquièrent une valeur appréciable en argent. Il se pose ainsi la question de leur *patrimonialisation*.

La notion de patrimonialisation décrit le phénomène de l'appropriation des actes administratifs, qui peut donner lieu à leur cession onéreuse. L'examen de la question de la patrimonialisation nous permettra de réfléchir sur le caractère *intuitu personae* ou *intuitu rei* des autorisations d'accès au marché et sur la véritable nature des droits qu'elles confèrent.

La mise en œuvre des *autorisations* et des *actes réglementaires* adoptés en matière de régulation est d'ailleurs assurée, comme on l'a déjà souligné, grâce à d'autres actes administratifs : les *actes de règlement des différends* et les *sanctions*. Ces quatre types d'actes créent *un système de régulation calqué sur l'acte administratif*, qui est complémentaire au système de régulation par voie de droit souple.

Compétent pour contrôler les actes administratifs unilatéraux pris au sein des marchés régulés, le juge administratif occupe une place déterminante dans le mécanisme complexe de la régulation¹⁶¹. Juge de la régulation, il vise la protection du fonctionnement concurrentiel du marché. Juge administratif, il veille à ce que toutes les autres considérations d'intérêt général soient respectées.

¹⁶¹ Selon F. Dupuis-Toubol, le juge viendrait en « complémentarité du régulateur » (F. DUPUIS-TOUBOL, « Le juge en complémentarité du régulateur », *LPA*, 23 janvier 2003, n°17, p. 20).

Le contrôle des actes qui font l'objet de notre recherche ne présente pas de réelle spécificité en *tant que tel*¹⁶² ; le recours qui peut être formé à leur encontre est le recours pour excès de pouvoir, et les moyens d'annulation pouvant être soulevés par les requérants ne diffèrent pas de ceux susceptibles d'être soulevés dans le cadre du contrôle des autres actes administratifs unilatéraux. La *matière première* du contrôle reste ainsi la même.

Quid toutefois des méthodes utilisées par le juge administratif ? Ce dernier a-t-il été amené à les faire évoluer, afin de répondre au mieux à sa fonction de juge de la régulation ? Resterait-il des améliorations à faire ?

Des développements précédents, il s'ensuit que les évolutions éventuelles que connaîtraient les actes administratifs unilatéraux lorsqu'ils sont utilisés pour réguler le marché seraient à rechercher tant dans leur *procédure d'adoption* (première partie) que *dans leur mise en œuvre* (seconde partie). L'analyse successive de ces deux stades distincts du point de vue temporel, mais **s'inscrivant dans un même processus de régulation**, permettrait d'envisager notre objet d'étude de manière globale.

¹⁶² En ce sens, v. M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*

PARTIE I. L'ADOPTION DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX DE RÉGULATION

Le terme « adoption » est plus large que le terme « élaboration ». Utilisé en l'espèce, il englobe toutes les étapes successives de l'entrée en vigueur des actes. Il comprend leur élaboration, leur édicition et leur attribution éventuelle. L'étude de l'adoption des actes administratifs unilatéraux qui servent à l'instauration et au maintien de la concurrence sur le marché fait apparaître les différentes évolutions que connaît la théorie de l'acte administratif unilatéral lorsqu'elle interfère avec la régulation.

La première évolution a un *caractère institutionnel*. Elle est liée à la genèse des autorités administratives indépendantes, qui sont les acteurs centraux de la régulation et, par conséquent, les principaux producteurs des actes examinés. Or, si les mutations institutionnelles qu'a provoquées l'apparition de ces autorités dans le paysage administratif français ont une valeur en soi pour la science administrative, c'est *leur combinaison avec des considérations matérielles* qui importe pour le droit administratif. En droit administratif, l'indépendance d'une autorité administrative ne peut pas être traitée comme une question purement institutionnelle. Elle devrait être envisagée sous l'angle de son pouvoir de prendre des actes administratifs unilatéraux.

Étudier l'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation implique ainsi, d'abord, de s'interroger sur les problèmes que pourrait poser l'indépendance des autorités de régulation sur le plan de l'exercice de leur pouvoir normatif. En outre, l'examen de la procédure suivie pour l'élaboration et l'attribution de ces actes met en lumière l'apport significatif de la régulation au régime de l'acte administratif unilatéral. Il révèle *l'importance particulière accordée aux opérateurs, destinataires éventuels des actes, au sein du mécanisme de prise de décision*.

La participation de ceux-ci à l'*élaboration* des actes contribue à l'atténuation de la technique unilatérale. Les opérateurs réapparaissent dans le mécanisme décisionnel à propos de l'*attribution* des autorisations d'accès aux ressources rares. Ces dernières sont octroyées après *mise en concurrence* des différents opérateurs. La soumission des

actes administratifs à des mécanismes d'adoption qui encadrent la marge d'appréciation des autorités compétentes est *a priori* étrangère à leur nature. Elle mérite ainsi un examen à part.

Des développements précédents, il s'ensuit que l'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation doit être examinée à deux niveaux. Dans un premier temps, il convient d'identifier le rapport entre l'indépendance des autorités de régulation et leur **compétence** d'édiction des actes (Titre 1). Dans un second temps, l'accent sera mis sur la **procédure** suivie par ces autorités aux fins de l'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation, celle-ci étant essentiellement marquée par des considérations économiques qui participent à l'érosion du procédé unilatéral (Titre 2).

Titre 1. La compétence d'édition des actes

Les actes administratifs unilatéraux de régulation sont plutôt élaborés au sein des autorités de régulation¹⁶³. Les autorités de régulation sont appréhendées comme si elles étaient *a priori*, de par leur statut même, le meilleur choix qui s'offre à l'État pour exercer sa mission de régulation¹⁶⁴. La réduction de la régulation aux autorités de régulation repose sur un présupposé qui veut que la régulation soit une mission originale et qu'elle doive, dès lors, être exercée par des autorités particulières et selon des modalités spécifiques. Comme on l'a vu, cette idée ne se confirme ni par le droit positif ni par la pratique des institutions chargées de la régulation du marché.

En somme, ce n'est pas parce que la régulation constitue une mission différente des autres missions administratives qu'elle est plutôt confiée aux autorités de régulation. La dévolution de la régulation aux autorités administratives indépendantes est le fruit d'un choix du droit français qui paraît justifié parce qu'il contribue à ce que leurs décisions- qui sont dans une grande partie des décisions administratives- soient prises de manière impartiale. En outre, ce choix est encouragé par le droit de l'Union, qui ne prévoit toutefois *aucune obligation directe* à l'égard des États membres en ce qui concerne la désignation des organismes auxquels sera assignée la fonction de régulation ou leurs moyens d'action.

Les actes administratifs unilatéraux de régulation présentent la particularité d'être plutôt élaborés et édictés par des autorités de régulation, qui ne sont pas comme les autres autorités administratives, au moins de par leur statut. Le statut d'indépendance dont bénéficient les autorités de régulation par rapport au pouvoir exécutif ou parfois

¹⁶³ En ce sens, v. M. LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, op. cit., p. 203 s. Le professeur commence ses développements par l'affirmation que « l'expression de "régulateur indépendant" ne serait qu'un pléonasme si l'existence d'une « régulation » ne se reconnaissait qu'à l'indépendance de l'organe qui en est chargé ». La fonction de régulation peut être également exercée, comme on l'a déjà soulignée, par les autorités centrales de l'État.

¹⁶⁴ Le professeur M. LOMBARD note à cet égard qu'« Il existe une sorte de postulat implicite-ou parfois explicite- selon lequel la fonction de régulation aurait principalement vocation à être assurée par le moyen d'autorités indépendantes du politique » (V. M. LOMBARD, « Introduction générale », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, op. cit., pp. 2-3, spéc. p. 3.

même vis-à-vis du législateur peut créer des points de tension avec leur compétence d'édiction des actes administratifs unilatéraux¹⁶⁵.

Bien que la question relative au statut des autorités de régulation occupe une place importante au sein de la doctrine du droit public, elle y est traitée indépendamment de la compétence dont disposent ces autorités pour édicter des actes administratifs unilatéraux. En revanche, ces deux éléments (statut des autorités - compétence d'édiction des actes administratifs unilatéraux pour réguler le marché) nous semblent indissolublement liés. Ainsi, si nous traitons les autorités de régulation lors de cette étude, c'est sous la perspective précise de leur compétence de prendre des actes administratifs unilatéraux pour mettre en balance les forces antinomiques du marché. Notre intérêt est focalisé sur ce type d'actes, les autorités de régulation étant envisagées comme leurs principaux producteurs.

La « nébuleuse institutionnelle »¹⁶⁶ de la régulation associe plusieurs acteurs¹⁶⁷ : alors que l'administration ordinaire, titulaire classique du pouvoir d'édiction des actes administratifs, connaît un certain recul par rapport aux autorités administratives indépendantes chargées de réguler le marché, elle conserve sa place dans le mécanisme de régulation¹⁶⁸.

Or, l'organisation de la régulation au plan national n'échappe pas aux contraintes du droit de l'Union¹⁶⁹. Les strictes conditions d'indépendance que pose le dernier à l'égard des autorités chargées de la régulation du marché peuvent pratiquement conduire à

¹⁶⁵ Cette compétence est principalement confiée aux autorités placées sous le contrôle de l'exécutif et reste encadrée par le législateur.

¹⁶⁶ Cette expression est empruntée aux professeurs C. BLUMANN et L. DUBOIS qui l'utilisent pour désigner le système institutionnel complexe du droit de l'Union européenne (v. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2013, pp. 223-329).

¹⁶⁷ Comme le note le professeur G. Marcou : « le statut des autorités de régulation laisse déjà apercevoir qu'elles n'exercent jamais la totalité des pouvoirs de régulation. La fonction de régulation est toujours partagée, et l'autorité politique y conserve toujours une place » (G. MARCOU, « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, p. 43).

¹⁶⁸ Le professeur M. Lombard souligne à cet effet que : « l'expression de "régulateur indépendant" ne serait qu'un pléonasme si l'existence d'une « régulation » ne se reconnaissait qu'à l'indépendance de l'organe qui en est chargé » (M. LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », *op. cit.*, p. 203). La fonction de régulation serait ainsi susceptible d'être également assurée par des organismes administratifs classiques, notamment par les ministres compétents au sein des secteurs concernés.

¹⁶⁹ En ce sens v. J-Y CHÉROT, « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », *LPA* 2002, n° 110, p. 17 s., not. p. 23.

l'abandon des formes institutionnelles classiques au profit des autorités de régulation, qui sont organisées sous forme d'autorités administratives indépendantes.

Dans son rapport de 2001, le Conseil d'État souligne que les autorités administratives indépendantes, catégorie de genre qui recoupe les autorités de régulation : « (...) sont pleinement des autorités de l'État, et leur nature administrative apparaît aujourd'hui comme un élément incontestable (...) »¹⁷⁰. Le degré d'indépendance des autorités de régulation dans l'exercice de leur compétence varie selon si elles adoptent des actes unilatéraux ou réglementaires. Si les autorités de régulation prennent le pas sur les autorités classiques de l'État en matière d'octroi des actes individuels, voire des autorisations d'accès à un marché de services donné, leur pouvoir réglementaire demeure circonscrit et, dans certains cas, subordonné au ministre compétent au sein du secteur concerné.

En outre, les autorités de régulation ne sont indépendantes dans l'exercice de leur mission que dans le cadre de leurs compétences, telles que définies par le législateur national et le droit de l'Union européenne. Inscrites dans la hiérarchie des normes et liées par celle-ci, elles ne disposent pas du pouvoir de déterminer leurs compétences à elles-mêmes.

En tant que caractéristique de leur statut, l'indépendance des autorités de régulation accompagne toutes les hypothèses où elles édictent des actes administratifs unilatéraux. Cependant, bien qu'elle soit une indépendance organique, elle déploie également des effets *sur le plan matériel*, dès lors qu'elle influe sur le processus de prise de décision. Il importe ainsi de dresser les différentes facettes de l'indépendance des autorités de régulation et de mesurer leur influence respective sur l'exercice de leur compétence d'édition des actes administratifs unilatéraux (Chapitre 1). Cette démarche fait ressortir la distinction entre indépendance organique et indépendance matérielle, conçue comme autonomie normative. L'organisation de l'exercice de la compétence des autorités de régulation est marquée par la nécessité de concilier *l'impératif d'efficacité* avec le *respect de la hiérarchie des normes*. La tension entre ces deux exigences apparaît notamment à propos du pouvoir réglementaire des autorités de régulation.

¹⁷⁰ *Ibid.*

Variable selon le secteur concerné, justifié par l'objectif d'efficacité qui implique la rapidité d'action des autorités de régulation, et aménagé de telle façon qu'il permette le respect de la hiérarchie des normes, ce pouvoir mérite un examen particulier (Chapitre 2).

Chapitre 1. La conciliation entre l'indépendance des autorités de régulation et l'exercice de leur compétence d'édition des actes

Les autorités de régulation sont indépendantes tant par rapport aux opérateurs économiques qui exercent leur activité au sein du secteur qu'elles sont appelées à réguler¹⁷¹ que vis-à-vis de l'État¹⁷². Chargées de la régulation des rapports de force concurrentiels entre les opérateurs économiques, elles doivent être protégées contre le risque de « capture » par les intérêts privés qui concourent au sein du marché¹⁷³. Compétentes pour faciliter le développement de la concurrence sur des marchés jadis soumis aux monopoles publics, elles ne sauraient non plus être soumises au pouvoir exécutif.

Or, dans quelle mesure le statut d'indépendance dont jouissent ces autorités se concilie-t-il avec leur compétence d'édicter des actes administratifs unilatéraux pour réaliser leur fonction de régulation ?

D'une part, leur indépendance par rapport au pouvoir exécutif semble *a priori* peu compatible avec leur qualité d'autorités administratives et génère des interrogations quant à la légitimité de ces organismes dans l'exercice de leur prérogative tenant à réguler le marché par voie d'actes administratifs unilatéraux. En revanche, leur indépendance à l'égard des opérateurs économiques contribue à ce qu'elles réalisent leur mission de manière efficace, dès lors qu'elle facilite l'exercice impartial de leurs compétences.

Hormis ces deux facettes de l'indépendance des autorités de régulation, le droit de l'Union fait apparaître une troisième forme de celle-ci : l'indépendance par rapport au pouvoir législatif. Créées pour mettre en œuvre le droit et les objectifs de l'Union, les

¹⁷¹ Sur ce point, v. not. G. DEZOBRY, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés », *RFAP*, n° 143, 2012, p. 645.

¹⁷² Sur cette forme d'indépendance, v. not. G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, n° 143, 2012, p. 621.

¹⁷³ Sur la théorie économique de la capture, v. not. G. STIGLER, « The Theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics*, vol. 2, 1972, p. 3. Pour une présentation de la théorie de G. STIGLER et de ses évolutions, v. R. LANNEAU, entrée « capture », in M. BAZEX, G. ECKERT, R. LANNEAU, C. LE BERRE, B. DU MARAIS, A. SÉE (dir.), *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2015, fiche 16, p. 158.

autorités de régulation se voient attribuer certaines compétences qui sont protégées contre les interventions éventuelles du législateur national. Les actes administratifs unilatéraux qu'adoptent les autorités de régulation pour exercer les compétences directement attribuées par le droit de l'Union sont des *actes de mise en œuvre* de ce dernier et acquièrent ainsi une place à part au sein des actes administratifs unilatéraux.

Une fois les trois formes d'indépendance des autorités de régulation identifiées, il convient de mesurer leurs incidences sur l'exercice, par ces dernières, de leur compétence d'adopter des actes administratifs unilatéraux pour réguler le marché¹⁷⁴. D'un côté, leur indépendance par rapport au pouvoir exécutif semble difficile à concilier avec cette compétence (Section 1). De l'autre côté, les deux autres formes d'indépendance des autorités de régulation, dictées par le droit de l'Union européenne, visent à conforter le statut des autorités de régulation et à faciliter l'exercice impartial de cette compétence (Section 2).

Section 1. L'indépendance par rapport au pouvoir exécutif : une entrave éventuelle à l'exercice de la compétence d'édiction des actes

La compétence d'édiction des actes administratifs unilatéraux relève *a priori* de l'administration. Alors qu'elle peut être confiée sous certaines conditions très strictes à des personnes privées¹⁷⁵, elle constitue la plus importante et la plus radicale parmi les

¹⁷⁴ Toutefois, dans l'exercice de leur compétence d'édiction des actes administratifs unilatéraux pour réguler le marché, les autorités de régulation sont pleinement soumises au juge, qui contrôle, entre autres, si les règles applicables à l'exercice de ladite compétence ont été respectées.

¹⁷⁵ Un acte adopté par un organisme de droit privé n'est administratif que s'il satisfait à deux conditions cumulatives : d'abord, il doit être adopté dans le cadre d'une mission de service public. Ensuite, il doit procéder de l'exercice d'une prérogative de puissance publique. Ces deux conditions sont indissolublement liées entre elles : c'est dans les strictes limites de sa mission de service public que l'organisme de droit privé en question doit exercer sa prérogative tenant à l'édiction de l'acte concerné. En ce sens, v. : TC, 4 sept 2001, *Bouchot-Plaisant c. Fédération départementale des chasseurs de l'Allier*, Rec. p. 746, cit. in *GAJA, op. cit.*, p. 305 ; TC, 13 déc. 2004, *Société Guibor EURL c. Société Euronext Paris*, Rec. p. 520, cit. in *GAJA, ibid.* En tout cas, si des prérogatives de puissance publique peuvent être déléguées à des personnes privées, l'autorité publique en tant que telle ne se délègue jamais. En ce sens, v. H. DE GAUDEMAR, « Les sujétions de puissance publique », in *La puissance publique, actes du colloque organisé par l'AFDA*, éditions LexisNexis, 2012, p. 197 s., spéc. p. 204. Sur la possibilité reconnue au profit des personnes privées d'édicter des actes administratifs unilatéraux, v. CE Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, Rec. p. 239 ; *RDP* 1943, p. 57, concl. A. SEGALAT, note A. BONNARD ; *GAJA, op. cit.*, n° 49, p. 301. V. aussi : CE Ass. 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec. p. 86 ; *GAJA, op. cit.*, n° 50, p. 310 ; CE, 28 juin 1946, *Morand*, Rec. p. 183 ; CE Sect. 13 janvier 1961, *Sieur Magnier*, Rec. p. 33 ; *RDP* 1961, p. 155, concl. J. FOURNIER. Sur les critères de distinction entre

prérogatives de puissance publique dont fait usage l'administration pour imposer sa volonté aux administrés au nom de l'intérêt général¹⁷⁶. L'indépendance des autorités de régulation par rapport à l'exécutif est censée leur permettre d'échapper aux pressions politiques qui seraient susceptibles de compromettre la réalisation de leur objectif. Provenant des organismes soustraits aux intérêts politiques de court terme, les actes administratifs unilatéraux de régulation s'inscrivent dans la réalisation des objectifs de long terme, parmi lesquels priment l'instauration et le développement de la concurrence sur un marché donné¹⁷⁷.

Le détachement des autorités de régulation par rapport à l'exécutif leur confère une place spécifique dans l'ordonnement juridique. L'attribution généralisée de la compétence d'édition des actes administratifs unilatéraux à des organismes qui « constituent une partie de l'exécutif en lévitation par rapport au politique »¹⁷⁸ soulève la question relative à la légitimité de ces institutions dans l'exercice de ce pouvoir.

Ainsi, si l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du pouvoir exécutif pouvait être appréhendée comme une caractéristique essentielle de leur statut qui leur permet d'exercer leur compétence conformément à l'intérêt général, elle serait également susceptible de compromettre leur **légitimité**.

personnes publiques et personnes privées, v. not. E. SPILIOPOULOS, *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 19, 1959, spéc. pp. 23-42.

¹⁷⁶ Comme le souligne le professeur R. CHAPUS : « (...) le pouvoir de prendre des décisions s'imposant par la seule volonté de leur auteur et par conséquent indépendamment du consentement de ceux qu'elles concernent est un pouvoir remarquable de l'administration : la première des prérogatives de puissance publique » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 668, p. 501). Dans le même sens, le Doyen G. VEDEL et le professeur P. DELVOLLE remarquent que : « (...) parmi les prérogatives de puissance publique dont dispose l'administration, la plus caractéristique est sans doute de pouvoir prendre des décisions exécutoires, c'est-à-dire de faire naître unilatéralement des obligations et éventuellement des droits au profit ou à la charge de tiers sans le consentement de ceux-ci (...) » (G. VEDEL, P. DELVOLLE, *Droit administratif*, T. 1, coll. Thémis, 12^{ème} éd., PUF, 1992, p. 233). Sur la place du consentement des administrés au sein de la définition de l'acte administratif unilatéral, v. W. KLOEPFER, « L'acte unilatéral et le consentement », *RRJ* 2004, n° 2, p. 937 s.

¹⁷⁷ « Dessaisir le politique de certaines compétences serait-il le seul moyen de faire prévaloir le long terme sur le court terme ? », s'interroge le professeur Martine Lombard (M. LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », *op. cit.*, p. 206).

¹⁷⁸ T. TUOT, « Perspectives d'évolution », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, p. 219 s., spéc. p. 223.

La dévolution à un organisme de la compétence d'édicter des actes administratifs unilatéraux contribue à sa qualification d'autorité. En ce sens, les autorités administratives indépendantes sont des autorités parce qu'« elles ont en général, le pouvoir de poser des normes, elles exercent parfois un pouvoir réglementaire (...), [ou] elles prennent aussi des décisions individuelles »¹⁷⁹.

L'intégration des autorités de régulation dans la catégorie d'autorités du fait de leur pouvoir d'édiction des actes administratifs unilatéraux.- Cependant, la compétence d'édiction des actes administratifs unilatéraux n'est pas attribuée à toute autorité administrative indépendante. Certaines autorités qui interviennent en matière de protection des droits sont privées de ce pouvoir. Par exemple, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) est compétente principalement pour fournir des avis aux particuliers qui se voient refuser l'accès aux documents administratifs ou des conseils à l'administration pour la mise en œuvre du droit d'accès ou du droit à la réutilisation des informations publiques¹⁸⁰. De même, la « Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité » (HALDE)¹⁸¹ ne possède qu'un pouvoir de recommandation, d'avis, de médiation ou de transaction pénale et la « Commission nationale du débat public » (CNDP) ne dispose même pas de fonctions consultatives¹⁸², son rôle étant limité à l'organisation des débats publics et à la construction de leur bilan.

Malgré le fait que ces organismes ne disposent pas d'un vrai pouvoir de décision, ils sont tous qualifiés d'autorités administratives indépendantes par la loi¹⁸³. Alors qu'en

¹⁷⁹ P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif, op. cit.*, p 155.

¹⁸⁰ Le pouvoir de la CADA d'infliger des sanctions est cantonné à la seule hypothèse dans laquelle elle constate une infraction aux règles relatives à la réutilisation des informations publiques. Il ne s'exerce pas à propos des violations liées à l'accès aux documents administratifs. En ce sens, v. l'article 22 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (créé par l'article 10 de l'ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005, JORF, 7 juin 2005). Or, les avis de la CADA sur le caractère communicable d'un document sont requis avant l'engagement d'une action contentieuse et, en ce sens, ils constituent une voie de recours précontentieuse. Sur ce point, v. CE, *Commaret*, 19 févr. 1982, Rec. p. 78.

¹⁸¹ Sur cette autorité, v. R. GRÄEFFLY, « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations », *AJDA* 2005, p. 934 ; C. PETTITI et S. SCALBERT, « La loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE », *Gaz. du Pal.*, mars-avril 2005, p. 796.

¹⁸² Les avis et recommandations qu'elle émet disposent d'un caractère général ou méthodologique. Ils visent plutôt à renforcer la culture de la concertation et à préparer le déroulement des débats publics.

¹⁸³ Sur la CADA, v. l'article 20 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 (créé par l'article 10 de l'ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005) portant diverses mesures d'amélioration des relations entre

droit administratif la qualification d'une institution comme autorité implique son pouvoir ou, au moins, sa volonté de modifier l'ordonnancement juridique, le législateur n'hésite pas à conférer ce label à des organismes dont la compétence se limite à un rôle consultatif ou incitatif. Cette qualification se justifie par le pouvoir d'influence qu'exercent ces organismes par les avis, les recommandations ou les propositions qu'ils formulent et par la publication de leurs rapports annuels d'activité. C'est en raison de ce pouvoir d'influence que peuvent être « qualifiés d'autorités administratives indépendantes (...) des organismes tels que la CADA ou la commission consultative de la défense nationale, alors qu'elles n'ont pas de pouvoir de décision et ne sont donc pas d'autorités au sens juridique du terme »¹⁸⁴.

Comme le constate d'ailleurs le Conseil d'État, malgré le fait que les autorités administratives indépendantes ne disposent pas toutes de la compétence d'édicter des décisions exécutoires, « (...) leur pouvoir d'influence et de persuasion, voire "*d'imprécation*", aboutit au même résultat »¹⁸⁵. Si la haute juridiction administrative rappelle que le terme « autorité » signifie qu'il s'agit d'organismes qui ne peuvent être cantonnés à un rôle purement consultatif¹⁸⁶, elle insiste aussi sur le fait que le seul pouvoir d'influence dont disposent certaines institutions a pu conduire à ce qu'elles se voient qualifiées d'autorités administratives indépendantes par le législateur¹⁸⁷.

Les actes administratifs unilatéraux de régulation sont la traduction matérielle d'un paysage institutionnel profondément renouvelé. Or, dès lors qu'ils recouvrent l'exercice d'une prérogative de puissance publique, il se pose la question de la légitimité des organismes chargés de leur édicition. La dévolution, d'une manière générale, d'une

l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. Sur la HALDE, v. l'article 1 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE. Sur la CNDP, v. l'article 134 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

¹⁸⁴ P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif, op. cit.*, p. 156. En outre, comme le suggère le professeur R. CHAPUS : « (...) ce même pouvoir d'influence est propre à conférer une fonction juridique et sociale importante à divers organismes qui n'ont pas celui de décider et qui sont aisément considérés comme des AAI (et parfois qualifiés, on le sait, par le législateur lui-même) » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 296, p. 228). En ce sens, v. également C. GUETTIER, *Institutions administratives*, Dalloz, 2010, pp. 179-180.

¹⁸⁵ CE, *Considérations générales sur les AAI, Rapport public 2001, op. cit.*, p. 290.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 289.

¹⁸⁷ Sur ce point, v. P. GÉLARD, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Sénat n° 404 et A.N. n° 3166, 15 juin 2006, pp. 33-34, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-off/i3166-ti.asp>.

compétence d'édiction des actes administratifs unilatéraux à des autorités qui rompent avec l'administration ordinaire (§ 1) est un signe révélateur de la mutation de la théorie de l'acte administratif unilatéral. Elle implique notamment de s'interroger sur la légitimité de ces organismes, celle-ci étant une condition d'exercice de tout pouvoir dans un État de droit (§ 2).

§ 1. L'attribution d'une compétence administrative à des autorités rompant avec l'administration ordinaire

Malgré le fait que l'intégration de certaines autorités administratives indépendantes dans la catégorie d'autorité postule le recours à des critères assez laxistes, les autorités de régulation y entrent aisément, dès lors qu'elles disposent toutes d'un pouvoir de décision. Plus précisément, elles sont nées avec la compétence de prendre des actes administratifs unilatéraux pour réaliser leur mission de régulation (A). Les priver de celle-ci serait incompatible avec leur mission de régulation qui appelle la mobilisation de tous les instruments offerts par le droit au service de ses objectifs. Cependant, si la régulation est associée à la création des autorités administratives indépendantes, elle n'est pas l'apanage de celles-ci. Les autorités classiques de l'État conservent également une certaine place dans ce dispositif¹⁸⁸(B).

A. Une compétence consubstantielle aux autorités de régulation

Comme le constate le professeur Jean-Louis Autin, les plus importantes parmi les autorités administratives indépendantes : « sont dotées d'un arsenal de prérogatives qui visent à leur assurer le contrôle total- au sens anglo-saxon du terme, c'est-à-dire la maîtrise- de toute une sphère d'activité. C'est notamment le cas des autorités intervenant dans le domaine économique car (...) elles exercent une véritable fonction de régulation »¹⁸⁹.

¹⁸⁸ En ce sens, v. not. Y. GAUDEMET, « Introduction », in « La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? », *op. cit.*, pp. 15-16.

¹⁸⁹ J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, septembre-octobre 2010, p. 880.

Les autorités de régulation prennent une série d'actes administratifs unilatéraux pour organiser et faire fonctionner la concurrence sur les marchés concernés, dans le respect de l'intérêt général. Leur compétence varie : elles édictent tant des actes individuels, notamment sous forme d'autorisations administratives que des règlements, en vertu du pouvoir réglementaire qui leur est conféré par la loi.

Par exemple, l'ARCEP délivre des licences de téléphonie mobile et précise par voie réglementaire les règles relatives aux droits et obligations tenant à l'exploitation de catégories de réseaux et de services et définit les modalités d'accès au marché des communications électroniques et de l'interconnexion entre les opérateurs¹⁹⁰. De même, la CRE prend des actes réglementaires visant à spécifier les missions des gestionnaires des réseaux publics électriques et gaziers en matière d'exploitation et de développement, à établir les conditions de raccordement aux réseaux d'électricité et de gaz naturel et à définir les modalités d'utilisation des réseaux électriques et gaziers et des installations de gaz naturel liquéfié¹⁹¹. Le pouvoir réglementaire des autorités de régulation est strictement encadré par le droit de l'Union européenne¹⁹².

Lorsque les autorités de régulation adoptent des actes individuels, elles sont appelées à appliquer la loi à un cas donné¹⁹³. Dans cette hypothèse, elles s'emploient à concrétiser les normes existantes qui posent elles-mêmes des limites à leur compétence. À cet effet, le statut d'indépendance dont elles bénéficient pourrait être appréhendé comme une garantie fondamentale pour l'exercice de leur compétence. Dénués de toute influence politique, de toute forme de pression économique par les opérateurs, parfois même protégés à l'encontre des interventions du législateur, ces organismes présentent *a priori* toutes les garanties leur permettant d'adopter des mesures individuelles justes et conformes à l'intérêt général.

¹⁹⁰ Sur ce point, v. les art. L. 36-6 et L. 34-8 I du CPCE.

¹⁹¹ Sur le pouvoir réglementaire de la CRE, v. les art. L. 134-1 et L. 134-2 du Code de l'énergie.

¹⁹² Par exemple, lorsque la CRE arrête les tarifs réglementés de vente d'électricité, elle est tenue de veiller à ce qu'ils couvrent la totalité des coûts auxquels est exposé le fournisseur. Sur ce point, v. M. SCHLESINGER, « Contentieux de l'énergie. La fixation des tarifs réglementés et le juge des marchés régulés », *RJEP*, n° 703, décembre 2012, ét. 8, p. 3.

¹⁹³ Sur la notion de « cas individuel », v. M. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Athènes, Coll. de l'Institut Français d'Athènes, n° 82, 1954, p. 62 s.

En revanche, si l'indépendance des autorités de régulation peut avoir des implications sur la façon dont elles exercent leur compétence, elle reste une indépendance statutaire, organique. Elle implique que ni l'État ni les opérateurs ne puissent participer à la synthèse de ces autorités, voire orienter leur action. N'ayant pas le caractère d'indépendance normative, elle ne postule pas la reconnaissance d'un vaste pouvoir réglementaire à leur profit. Cette restriction est doublement justifiée. D'un côté, étant politiquement irresponsables, les autorités de régulation ne devraient pas être laissées entièrement libres de poser les règles du marché, voire à construire une politique de concurrence. Cette mission relève du gouvernement qui est soumis au contrôle du Parlement. De l'autre côté, l'encadrement du pouvoir réglementaire des autorités de régulation s'impose pour une raison proprement juridique qui tient à la confrontation de ce pouvoir au pouvoir réglementaire général dont dispose le Premier ministre en vertu de l'article 21 de la Constitution.

Bien que toutes les autorités de régulation soient nées avec la compétence d'édicter des actes administratifs unilatéraux, elles n'en sont pas les titulaires exclusifs. Il reste possible pour les autorités centrales de l'État de se voir attribuer une mission de régulation. Cependant, cette possibilité est réduite du fait de l'obligation que prévoit le droit de l'Union à l'égard des États tenant à assurer l'indépendance des autorités réglementaires nationales.

B. Une compétence partagée avec les autorités centrales de l'État

La prolifération des autorités administratives indépendantes est appréhendée comme élément central de la définition de la régulation, voire comme condition de sa réalisation. Censée être une « nouvelle manière d'être de la puissance publique »¹⁹⁴, la régulation ne saurait être exercée exclusivement par les organismes administratifs ordinaires. Bien que les autorités de régulation soient reconnues comme « la forme organisationnelle par excellence de la fonction régulatrice »¹⁹⁵, elles ne sont pas les seules institutions de l'État à exercer cette mission. Comme le constate le professeur Y.

¹⁹⁴ J.-L. AUTIN, « Intervention des autorités administratives indépendantes », *JCL. Libertés* 2009, fasc. 300, 2009 (à jour au 1^{er} mai 2009), p. 1.

¹⁹⁵ G. DELLIS, « Régulation et droit public "continental". Essai d'une approche synthétique », *RDV* 2010, n° 4, p. 957 s., spéc. p. 961.

Gaudemet, les « autorités classiques de l'État s'essaient aussi parfois, avec plus ou moins de bonheur, à ce droit de régulation, pour relayer l'exercice ordinaire des compétences que la loi leur reconnaît et quelques fois au-delà de celles-ci »¹⁹⁶. Ainsi, malgré le fait que la régulation soit couramment identifiée aux seules autorités de régulation organisées sous la forme d'autorités administratives indépendantes, son organisation « en fait un pouvoir partagé (...). En effet, dans tous les secteurs où de telles autorités ont été instituées, elles n'exercent jamais qu'une partie des pouvoirs qui concourent à la régulation »¹⁹⁷.

La possibilité pour l'État de partager la fonction de régulation entre l'administration centrale et les autorités administratives indépendantes est d'ailleurs confirmée par la Cour de Justice de l'Union Européenne¹⁹⁸. La notion utilisée en droit de l'Union européenne pour décrire les organismes chargés de mettre en œuvre et de garantir l'objectif d'ouverture des marchés à la concurrence est celle d'« autorité réglementaire nationale ». Cette notion désigne « l'organisme ou les organismes chargés par un État membre d'une quelconque des tâches de réglementation assignées dans les directives qui organisent l'ouverture des marchés à la concurrence »¹⁹⁹.

Tous les actes qui servent à l'instauration et au maintien de la concurrence sur un marché donné sont fabriqués au miroir du droit de l'Union qui emploie le terme « autorités réglementaires nationales » pour désigner les organismes compétents pour leur édicton²⁰⁰. La notion d'autorités réglementaires nationales et celle d'autorités de régulation ne sont pas identiques. La notion d'autorités de régulation qu'emploie le droit interne est plus étroite par rapport au concept européen. Elle exprime le choix

¹⁹⁶ Y. GAUDEMET, « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », *op. cit.*, pp. 15-16.

¹⁹⁷ G. MARCOU, « Régulation, services publics et intégration européenne en France », in G. MARCOU, F. MODERNE, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, t. 2 : les expériences européennes*, *op. cit.*, p. 136.

¹⁹⁸ En ce sens, v. CJCE, 9 mars 2008, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones c/ Administración del Estado*, aff. C-82/07, I- 1267, JCP A 2008, p. 2289.

¹⁹⁹ En ce sens, v. l'art. 2 sous g) de la 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, dite directive « cadre » (JO L 108, p. 33).

²⁰⁰ La notion d'« autorité réglementaire nationale » désigne l'organisme ou les organismes chargés par un État membre d'une quelconque des tâches de réglementation prévues dans les directives qui organisent l'ouverture des marchés à la concurrence. V., par. ex., l'art. 2 sous g) de la 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, dite directive « cadre » (JO L 108, p. 33).

politique de l'État français consistant à confier à des autorités administratives indépendantes la réglementation et, d'une façon plus générale, la régulation des secteurs soumis à la libéralisation.

Par conséquent, la mise en œuvre par les États de leur obligation d'instaurer des autorités réglementaires nationales n'implique pas nécessairement la création des autorités administratives indépendantes. Les États membres peuvent également opter pour les structures administratives traditionnelles ou combiner celles-ci avec des autorités de régulation revêtant la forme d'autorités administratives indépendantes. Il se peut ainsi que l'autorité réglementaire nationale procède d'une ou de plusieurs autorités de régulation, des ministres seuls ou même d'une conjonction des autorités centrales de l'État et des autorités indépendantes.

Cependant, la liberté des États membres quant à la désignation et à l'organisation des autorités réglementaires nationales est soumise à certaines conditions. D'une part, les États veillent à ce que la répartition entre les différentes institutions nationales des missions qui leur sont conférées par les directives de libéralisation « soit rendue publique, aisément accessible et notifiée à la Commission (...) »²⁰¹. D'autre part, leurs choix relatifs à l'organisation institutionnelle de la régulation ne peuvent être exercés que dans le respect des objectifs et des obligations fixés par le droit de l'Union. Les strictes conditions d'indépendance que prévoit le droit de l'Union à l'égard des autorités réglementaires nationales et, notamment, le principe de séparation entre l'opérateur et le régulateur²⁰² encadrent considérablement l'autonomie institutionnelle dont bénéficient les États membres.

²⁰¹ CJCE, 9 mars 2008, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones c/ Administración del Estado*, aff. C-82/07, *op. cit.* (v. notamment le deuxième point du dispositif de l'arrêt). V. également H. DELZANGLES, « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationales par la Cour de justice de l'Union européenne », note sous CJUE, 6 oct. 2010, aff. C-222/08, *Commission c/ Royaume de Belgique* et CJUE, 6 oct. 2010, aff. C-389/08, *Commission c/ BASE NV e.a.*, *RJEP*, août-septembre 2011, p. 40 et s., not. p. 42.

²⁰² Cette obligation est apparue dans le secteur des communications électroniques à propos des appareils terminaux (directive 88/301 de la Commission, 16 mai 1988, JOCE, L 131, 27 mai, art. 6 abrogée par la directive 2008/63 de la Commission, 20 juin 2008, JOUE, L 162 du 21 juin, relative à la concurrence dans les marchés des équipements terminaux de télécommunications). En outre, elle a été comprise dans la directive relative à l'attribution des autorisations d'exploitation des services de télécommunications et des fréquences radioélectriques (directive 90/388 de la Commission, 28 juin 1990, JOCE, L 192 du 24 juillet, art. 7, abrogée par la directive 2002/77 du Parlement européen et du Conseil, 16 sept 2002, JOUE, L 249, du 17 septembre, relative à la concurrence dans les marchés et réseaux de communications électroniques), ainsi que dans la « directive-cadre » (directive 2002/21 du Parlement

Le droit de l'Union impose à ces derniers de garantir l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant notamment « (...) en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs »²⁰³. Le principe de séparation effective entre l'opérateur et le régulateur se pose comme une première limite à leur autonomie institutionnelle. La dissociation juridique et fonctionnelle entre la fonction de réglementation - comprise dans la mission de régulation - et les activités d'entreprise revêt une importance majeure dans les cas où l'État demeure présent sur le marché, dès lors qu'il détient le contrôle ou le capital des entreprises qui exercent leurs activités économiques en son sein. Dans cette hypothèse, son impartialité est mise en doute, l'« État régulateur » du marché ayant la possibilité, par l'exercice de son propre pouvoir normatif, de favoriser les activités économiques de l'« Etat opérateur » sur le marché.

Par conséquent, si en théorie le juge et le droit de l'Union se montrent particulièrement sensibles à l'égard de l'autonomie des États membres quant au choix des organismes chargés de la mise en œuvre de la législation européenne²⁰⁴, cette autonomie s'avère artificielle : elle connaît tant de limites, que l'on peut raisonnablement douter qu'il s'agisse d'une véritable autonomie. Bien que la création des autorités de régulation ne soit pas directement imposée par le droit de l'Union européenne - elle ne peut pas d'ailleurs l'être - elle est devenue *de facto* nécessaire pour que les États membres puissent satisfaire aux diverses obligations que prévoit le droit de l'Union à leur égard.

européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 7 mars 2002, JOCE, L 108 du 24 avril, art. 3-1). Le principe de la séparation des fonctions de régulateur et d'opérateur s'applique aussi aux secteurs de l'énergie et du gaz. Sur ce point, v. : directive 2009/72 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive n 2003/54/CE, *op. cit.*, art. 35-4 ; directive 2009/73 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive no 2003/55/CE, *op. cit.*, art. 39 § 4. Ce principe s'étend également au secteur des services postaux (directive 97/67 du Parlement européen et du Conseil, 15 décembre 1997, JOCE, L 15 du 21 janv. 1998, concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, art. 22, al. 1er). Pour une analyse de cette réglementation, v. G. ECKERT et J.-P. KOVAR, *in* « Entreprises publiques », *Rep. Comm. Dalloz*, septembre 2011, par. n° 102 s.

²⁰³ En ce sens, v. CJCE, 19 mars 1991, *République française c. Commission*, C- 202/88, Rec. p. I-01223, *AJDA*, 1991, note P. LE MIRE ; CJCE, 13 décembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM SA.*, C-18/88, Rec. p. I-05941 ; CJCE, 17 novembre 1992, *Espagne c. Commission*, C-271/90, Rec. p. I 5859 ; CJCE, 27 octobre 1993, *Decoster*, C-69/91, Rec. p. I-05335.

²⁰⁴ CJCE, 11 fév. 1971, *Fleischkontor*, aff. 39/70 ; CJCE, 15 déc. 1971, *International fruit company*, aff. 51/71 à 54/71.

En l'état actuel, la régulation du secteur de l'électricité et du gaz naturel est marquée par la participation des autorités centrales de l'État, notamment en ce qui concerne l'exercice du pouvoir réglementaire tenant à la fixation des tarifs de vente. Ces derniers sont établis par arrêté conjoint des ministres chargés de l'énergie et de l'économie, après avis de la CRE²⁰⁵.

Or, l'avenir du pluralisme institutionnel en matière de régulation est incertain pour certains secteurs couverts par la législation européenne. Ainsi, les directives applicables au secteur de l'électricité et du gaz naturel prévoient que désormais, chaque État membre doit désigner « une seule autorité de régulation nationale au niveau national »²⁰⁶. Cette disposition pourrait conduire à la privation des autorités centrales de l'État de toutes leurs compétences relatives à la régulation du secteur de l'énergie au profit de la CRE qui resterait le seul organisme compétent en la matière.

Cependant, si la logique institutionnelle de régulation dans le secteur de l'électricité et du gaz naturel est similaire à celle qui s'applique dans le secteur des communications électroniques, les directives relatives aux communications électroniques « n'ont pas repris cette exigence d'unicité de l'autorité de régulation nationale »²⁰⁷. Le droit français applicable dans ce secteur prévoit que « la fonction de régulation (...) 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 »²⁰⁸. C'est également le ministre des communications électroniques et des postes qui conduit la

²⁰⁵ V. les art. L-337-4, al. 2 et L. 445-2 du Code de l'énergie. Pour une analyse approfondie des conditions de fixation des tarifs réglementés en matière d'électricité et de gaz naturel, v. M. SCHLESINGER, « Contentieux de l'énergie.- La fixation des tarifs réglementés et le juge des marchés régulés », *op. cit.* Depuis le 8 décembre 2015 (fin de la période transitoire prévue dans l'art. L. 337-4, al. 2 du Code de l'énergie), la CRE occupe un rôle majeur au sein du dispositif de fixation des tarifs réglementés. Selon l'art. L. 337-4, al. 1 du Code de l'énergie : « la Commission de régulation de l'énergie transmet aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie ses propositions motivées de tarifs réglementés de vente d'électricité. La décision est réputée acquise en l'absence d'opposition de l'un des ministres dans un délai de trois mois suivant la réception de ces propositions (...) ». Comme le note M. Schlesinger dans l'article précité : « Compte tenu de la fragilité des tarifs réglementés au regard du droit de l'Union européenne et des enjeux politiques liés à la fixation de ces tarifs, cette nouvelle procédure fournit des garanties d'indépendance renforcées ».

²⁰⁶ V. les directives n° 2009/72 (JOUE L 211/ 55, article 35) et 2009/73 (JOUE, L 211/94, article 39) du Parlement européen et du Conseil du 14 août 2009.

²⁰⁷ H. DELZANGLES, « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationales par la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 43.

²⁰⁸ V. l'art. L-32 par. 3 du Code des postes et des communications électroniques.

position française dans les négociations internationales et la représentation de la France dans les organisations internationales et celles de l'Union européenne qui sont compétentes en la matière²⁰⁹. Or, son pouvoir d'édicter des actes administratifs unilatéraux pour réguler le marché s'est vu diminuer après la transposition de la directive relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques²¹⁰, qui a marqué la substitution du régime de l'autorisation individuelle à celui de l'autorisation générale²¹¹.

Dans le cadre du régime antérieur, la délivrance des autorisations individuelles relevait de la compétence du ministre chargé des communications électroniques. La suppression de ce régime a été accompagnée d'un transfert de compétences au profit de l'ARCEP, qui s'est investie du pouvoir de recueillir les déclarations de la part des opérateurs économiques²¹². Cependant, si le ministre des communications électroniques et des

²⁰⁹ Dans ce cadre, le ministre peut demander à l'ARCEP d'être associée « à la préparation de la position française dans les négociations internationales dans le domaine des communications électroniques ». V. l'art. L 36-5 par. 2 du CPCE.

²¹⁰ Le secteur des communications électroniques a fait l'objet d'un encadrement particulier par le droit de l'Union européenne. Les textes législatifs les plus importants en la matière sont compris dans le « paquet télécoms » de 2009. Ce dernier est notamment composé de 2 directives qui modifient les 5 directives adoptées en 2002 relatives à l'instauration d'un cadre juridique commun pour la réglementation et la régulation des réseaux et des services de communications électroniques. Il comprend d'abord la directive 2009/140/CE (JO L 337 du 18.12.2009, pp. 37–69) du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant :

a. la directive « cadre » (2002/21/CE, JO L 108 du 24.4.2002, pp. 33-50) relative à un cadre juridique harmonisé pour la réglementation des réseaux et services de communications électroniques et des ressources et services associés,

b. la directive « autorisation » (2002/20/CE, JO L 108 du 24.4.2002, pp. 21–32) qui établit un régime d'autorisation générale unique applicable à l'établissement et à la fourniture de réseaux et services de communications électroniques, ainsi qu'un régime d'octroi d'usage des fréquences radioélectriques et des numéros de téléphone et

c. la directive « accès et interconnexion » (2002/19/CE, JO L 108 du 24.4.2002, pp. 7–20) qui définit les conditions d'accès aux réseaux et aux ressources associées, les conditions générales de l'interconnexion et les obligations pesant sur des opérateurs puissants, dans la perspective de l'ouverture du marché à tous les opérateurs intéressés. Le « paquet télécoms » de 2009 comporte ensuite la directive 2009/136/CE (JO L 337 du 18.12.2009, pp. 37–69) du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant :

a. la directive « service universel » (2002/22/CE, JO L 337 du 18.12.2009, pp. 37–69) relative au service universel, aux droits des utilisateurs finals et aux obligations correspondantes des entreprises et

b. la directive « données personnelles » (2002/58/CE, JO L 201 du 31.7.2002, pp. 37–47) qui concerne le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. Le paquet a été transposé en droit interne par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques (JORF n° 0197 du 26 août 2011, p. 14473).

²¹¹ Sur cette évolution, v. A. LAGET-ANNAMAYER, entrée : « pouvoir d'autorisation » in M. BAZEX, G. ECKERT, R. LANNEAU, C. LE BERRE, B. DU MARAIS, A. SÉE (dir.), *Dictionnaire des régulations, op. cit.*, fiche 48, p. 450 s., spéc. pp. 451-452.

²¹² Selon l'article L 33-1, par. 1 du CPCE : « L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont libres sous réserve

postes ne peut plus prendre d'actes individuels de régulation, il reste l'acteur final dans le processus réglementaire mené par l'ARCEP, dès lors qu'il est compétent pour homologuer la plupart des actes réglementaires pris par elle²¹³.

Les ministres compétents dans les secteurs respectifs ne sont pas les seules autorités centrales de l'État à exercer une fonction de régulation. Le premier ministre, détenteur normal et habituel du pouvoir réglementaire général en vertu de l'article 21 de la Constitution, joue également un rôle important dans le système de la régulation. L'instrument juridique du décret en Conseil d'Etat est notamment utilisé lorsqu'il est question d'imposer des obligations de service universel aux opérateurs économiques ou de préciser les conditions d'exercice de ce dernier, l'ARCEP restant cantonnée à un rôle consultatif²¹⁴.

La dévolution de la compétence d'édiction des actes administratifs unilatéraux à des autorités indépendantes du politique permet à l'État de satisfaire à ses obligations européennes et d'éviter le conflit d'intérêts qui se crée lorsqu'il agit à la fois comme autorité normative et opérateur économique. Cependant, dans la mesure où il comprend l'exercice d'une prérogative de puissance publique, ce transfert des compétences des organes centraux de l'État à des autorités administratives indépendantes fait ressortir la question de la légitimité de ces dernières.

La question de la légitimité d'un organe ou d'une institution ne se pose que s'il dispose d'un pouvoir de décision. Il importe ainsi de souligner que s'il y a lieu de s'interroger sur la légitimité des autorités de régulation, c'est parce qu'elles disposent d'un tel

d'une déclaration préalable auprès de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ».

²¹³ En ce sens, v. l'article L 36-7 du CPCE. Sur la portée de l'homologation ministérielle, v. *infra*, p. 148 s.

²¹⁴ Par exemple, selon l'article L 2 du CPCE : « Un décret en Conseil d'État, pris après consultation de La Poste, et après avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et de la Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques, précise les caractéristiques de l'offre de service universel que La Poste est tenue d'assurer ». Ce décret fixe également les droits et obligations de La Poste au titre de ses missions de service public des envois postaux. Par ailleurs, c'est par décret en Conseil d'État que sont également précisées les conditions d'attribution du service universel dans le domaine des communications électroniques, ainsi que les méthodes de l'évaluation, de la compensation et du partage des coûts nets de ce service (v. l'art. L 35-3, par. 4 du CPCE).

pouvoir. S'ils sont le fruit d'une organisation institutionnelle évoluée et d'un droit administratif qui tend progressivement à se libérer des considérations organiques, les actes administratifs unilatéraux de régulation n'en traduisent pas moins l'exercice d'un pouvoir qui doit, en tant que tel, être légitime. Étant donné que les autorités de régulation administrent sans être des administrations au sens technique du terme²¹⁵, leur légitimité s'avère douteuse.

§ 2. La légitimité incertaine des autorités de régulation dans l'exercice de leur compétence d'édiction des actes administratifs unilatéraux

C'est sur la soumission de l'administration au principe hiérarchique, à la tutelle ou au contrôle préalable des ministres que repose sa légitimité. Celle-ci peut exercer ses différentes prérogatives « parce qu'elle obéit aux ministres, eux-mêmes membres d'un gouvernement collectivement responsable devant le Parlement, (...) puisque, à la fin des fins, la société, via ses représentants, pourra lui demander des comptes, comme l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen le prévoit »²¹⁶.

La dévolution d'une compétence d'édiction des actes administratifs unilatéraux aux autorités de régulation ne se justifierait pas si l'on suivait cette conception classique de la légitimité. Or, elle trouve son fondement et sa justification dans la nature particulière des actes administratifs unilatéraux de régulation : marqués par leur objectif et adoptés principalement pour mettre en œuvre le droit de l'Union, ces actes invitent à une lecture matérielle du droit administratif. La forme juridique de l'organisme chargé de leur adoption compte peu par rapport à la mission qu'ils sont amenés à servir.

Les actes administratifs unilatéraux de régulation postulent notamment une *appréhension finaliste* de l'acte administratif unilatéral. Empreints des considérations matérielles, ils sont édictés par des organismes qui disposent d'un statut spécialement conçu pour servir la mission de régulation. La prolifération de leurs principaux producteurs- des autorités de régulation - est due dans une grande mesure au droit de

²¹⁵ En ce sens, v. S. TRAORÉ, « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ? », DA, août-septembre, 2004, p. 17.

²¹⁶ T. TUOT, « Perspectives d'évolution », *op. cit.*, p. 226.

l'Union qui est, lui aussi, dominé par des considérations finalistes liées à l'établissement du marché commun.

Par conséquent, même si les autorités de régulation seraient illégitimes dans l'exercice de leur compétence, si l'on suivait les critères classiques de la légitimité démocratique (A), l'appréhension matérielle des actes administratifs unilatéraux que postule la fonction de régulation relativise la question de leur légitimité (B).

A. Un pouvoir illégitime selon la conception classique de la légitimité démocratique

La conception classique de la légitimité démocratique désigne une légitimité des pouvoirs liée à leur source. Cette conception « n'est pas spécifique en France, même si elle peut se réclamer notamment de Montesquieu et de Tocqueville, puisqu'elle procède d'une culture politique liée à la notion de démocratie électorale »²¹⁷. Ainsi, pour vérifier si la légitimité d'un pouvoir exercé au sein d'une démocratie est légitime, il convient de commencer par l'identification de sa source. La légitimité démocratique s'identifie à la légitimité politique. La source du pouvoir normatif est à rechercher dans la loi, qui est censée représenter la volonté populaire.

Dotées tant de la compétence d'édicter des actes individuels que d'un pouvoir réglementaire, les autorités de régulation disposent d'une armature juridique complète en vue de l'exercice de leur mission. Or, l'attribution de la compétence d'édiction des normes impersonnelles à des autorités formées par des experts dont la qualité décisive repose sur leur formation principalement technique, peut créer des tensions avec le principe démocratique. Les autorités de régulation exercent un pouvoir concédé par le législateur dans des domaines qui appellent des décisions principalement politiques.

²¹⁷ M. LOMBARD, « La régulation dans un État de droit », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, op. cit., p. 26 s., spéc. p. 29. Certains auteurs cherchent à fonder la légitimité de ces autorités sur leur efficacité, qui dérive du statut particulier d'indépendance dont elles disposent par rapport aux structures administratives classiques de l'État. Dans la pratique anglo-saxonne, cette forme de légitimité est désignée sous le vocable de « output legitimacy » et s'oppose à l'« input legitimacy », la légitimité reposant sur l'élection. Sur ce point, v. M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », op. cit., p. 537.

Cependant, le fait que ce pouvoir leur a été délégué par les institutions qui procèdent de l'élection ne suffit pas à lui-même pour qu'elles soient considérées comme légitimes²¹⁸.

En matière de régulation, une distinction essentielle doit être opérée entre compétence et légitimité : si la compétence est octroyée aux autorités de régulation par le législateur et ne fait ainsi aucun doute, leur légitimité doit être regardée comme une question politique²¹⁹. Le choix de confier une compétence qui appartient normalement à l'administration classique à des autorités indépendantes du politique et, en ce sens, différentes du modèle administratif ordinaire constitue, avant tout, un choix politique.

Dans un État de droit, la compétence est un pouvoir juridique dont l'attribution et la délégation sont maîtrisées par la loi et la Constitution. Les autorités de régulation sont instituées par la loi et tenues par le principe de légalité, à l'instar de toute autorité administrative. Or, cela n'implique pas nécessairement que ces autorités sont légitimes dans l'exercice de leur pouvoir²²⁰. **La compétence relève de la technique juridique, alors que la légitimité relève du politique.**

Ainsi, comme le constate le professeur Claude Lucas de Leyssac : « Ce n'est tout de même pas la faute des autorités de régulation si l'État, à un moment donné, a souhaité remettre entre leurs mains une partie de ses prérogatives qu'il ne se sentait plus à même d'exercer ! Ce qui conduit parfois ces autorités à se retrouver confrontées à des choix de politique économique qu'il ne leur appartient effectivement pas de faire, notamment parce qu'elles ne sont pas légitimes pour cela »²²¹.

²¹⁸ En ce sens, v. M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *op. cit.*, p. 537 s. Le professeur souligne l'insuffisance de cette délégation vis-à-vis des exigences de la démocratie politique, en évoquant la théorie anglaise d'*accountability*. Pour une présentation de cette notion et pour une comparaison entre le système de contrôle français et anglais, v. J-P. DUPRAT, « La soumission des régulateurs à régulation », *AJDA* 2006, p. 1203 s.

²¹⁹ En ce sens, v. Y. GAUDEMET, *in* « Table ronde sur les autorités de régulation », *op. cit.*, p. 12.

²²⁰ Comme le souligne A. SEBAN : « (...) on ne saurait confondre la légalité et la légitimité : un pouvoir légal peut être un pouvoir illégitime (...) ». V. A. SEBAN, « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », *LPA*, 3 juin 2002, n° 110, p. 63.

²²¹ En ce sens, v. l'intervention de J.-C. LUCAS DE LEYSSAC, *in* *Les autorités de régulation*, *op. cit.*, p. 12.

Le choix politique auquel procède l'État de se dessaisir de certaines de ses prérogatives au profit des autorités de régulation²²² emporte, à son tour, le transfert à ces organismes d'une série de choix politiques en matière économique.

Le fait que les autorités de régulation échappent aux modalités ordinaires de contrôle administratif, politique ou parlementaire affaiblit leur rapport avec le peuple souverain²²³. Même si les membres de ces autorités sont choisis par des organes directement élus par le peuple, les autorités de régulation échappent au contrôle gouvernemental et parlementaire lors de l'exercice de leurs compétences²²⁴.

Malgré le fait qu'il soit une source de légitimité importante, le contrôle parlementaire des autorités de régulation en France reste assez limité, ses insuffisances étant dénoncées dans tout débat ou étude qui lui sont consacrés²²⁵. Il s'analyse dans le contrôle de l'activité et du budget de ces autorités par les commissions permanentes. D'un côté, le contrôle de leur activité s'effectue à travers les rapports annuels et les auditions de leurs représentants. En outre, le Parlement dispose d'un droit de regard sur les nominations de leurs membres. De l'autre côté, le contrôle budgétaire s'exerce lors de la discussion des projets de loi de finances et des projets de loi de règlement²²⁶. Ce type de contrôle permet au Parlement de contrôler dans quelle mesure les moyens mis à disposition au profit de ces autorités sont adéquats par rapport aux missions qui leur sont assignées²²⁷.

²²² Comme le note L. FABIUS : « Alors même que la loi fondatrice a mal défini les rôles respectifs de ces régulateurs et des ministères chargés des mêmes secteurs, ou les objectifs assignés aux organes de la régulation (...) ou lorsque la régulation indépendante est introduite là où les directives européennes ne l'imposent pas (comme par exemple pour la sécurité des transports terrestres), ou encore lorsque les champs d'action de plusieurs régulateurs se chevauchent, c'est bien de choix politiques qu'il s'agit » (L. FABIUS, « Sur la régulation économique indépendante », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, p. 241 s., spéc. p. 244).

²²³ En ce sens, v. G. DELLIS, « Régulation et droit public continental. Essai d'une approche synthétique », *op. cit.*, p. 962.

²²⁴ Cf. le lien fort entre les agences américaines et le Président, chef de l'exécutif dans le système constitutionnel des États-Unis. Sur ce point, v. J.-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », *op. cit.*, p. 20 ; E. ZOLLER, « L'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux États-Unis », *RDP*, mars 2014, p. 379 s.

²²⁵ Pour une présentation des insuffisances du contrôle politique des autorités de régulation en France, v. J.-P. DUPRAT, « La soumission des régulateurs à régulation », *préc.*

²²⁶ E. OLIVA, « L'autonomie budgétaire et financière des autorités de régulation économique », *RDP*, mars 2014, n° 2, p. 340 s.

²²⁷ Sur ce point, v. P. GÉLARD, *Autorités administratives indépendantes 2006-2014 : un bilan*, Rapport d'information n° 616 (2013-2014) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes, Sénat, 11 juin 2014.

Par conséquent, l'appréhension des autorités de régulation comme « des segments de l'exécutif placés sous le contrôle de la représentation nationale »²²⁸ se désigne comme une pure fiction, comme un compromis entre le législateur, l'administration et le juge. Dévolue aux autorités administratives indépendantes du pouvoir exécutif, la compétence d'édiction des actes administratifs unilatéraux de régulation devrait-elle continuer à être considérée comme prérogative de puissance publique ? Adoptés par des autorités qui disposent d'un statut différent des autorités administratives ordinaires, ces actes traduiraient-ils la banalisation de l'acte administratif unilatéral ?

La réponse à ces questions dépend de l'importance que l'on rattache au critère organique pour l'identification d'un acte administratif unilatéral ou, d'une façon plus globale, d'une prérogative de puissance publique.

Dès lors que les autorités de régulation ne satisfont pas aux exigences que pose la conception classique de la légitimité, la doctrine de la régulation s'efforce de fonder leur légitimité sur d'autres critères qui seraient à rechercher dans l'efficacité de leur action²²⁹ ou dans les garanties procédurales qui accompagnent l'exercice de leur activité²³⁰. La légitimation par l'efficacité appelle une appréhension des actes dans leurs effets, alors que la légitimation par la procédure passe par les garanties procédurales qui s'appliquent notamment au stade de la confection des actes.

Toutefois, fonder la légitimité des autorités de régulation sur des sources différentes que l'élection politique²³¹ ne nous paraît guère concevable dans le système juridique français. Couplées de la compétence d'édiction des actes administratifs unilatéraux dès leur création, les autorités de régulation ne seraient-elles nées illégitimes ?

²²⁸ J.-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », *op. cit.*, p. 17.

²²⁹ Sur l'efficacité comme source de légitimité des autorités de régulation (« output legitimacy »), v. M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *op. cit.*, p. 537.

²³⁰ Conçue dans ce sens, la légitimité des autorités de régulation peut se rapprocher de celle du juge. Sur l'idée selon laquelle le respect des garanties de procédure serait une source de légitimité du juge, v. M. B. MERCADAL, « La légitimité du juge », RIDC, vol. 54, n°2, avril-juin 2002, pp. 277-291 et, notamment, p. 282 et s. Sur l'application de cette théorie aux autorités de régulation, v. A. SEBAN, « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », LPA, 3 juin 2002, n° 110, p.66.

²³¹ Sur l'évolution des sources de la légitimité démocratique, v. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Coll. « Points, Essais », Paris, Éditions du Seuil, 2010.

Au lieu d'essayer de créer, voire d'inventer de nouvelles sources de légitimité à leur profit, on s'efforcera de montrer le caractère relatif de la question. Cette démarche sera appuyée sur un mode de lecture particulier de la théorie générale de l'acte administratif unilatéral dans la mesure où il est empreint des considérations matérielles.

B. Une légitimité fondée sur des considérations matérielles

La notion même d'actes administratifs unilatéraux de régulation est révélatrice du caractère finaliste de ces actes. Ils sont des actes *de* régulation, ils se définissent par rapport à leur objet. Conçue comme mission administrative tenant à garantir l'intérêt général -notion unitaire mais composite-, la régulation innerve son instrument de mise en œuvre.

Le statut d'indépendance des autorités de régulation est considéré comme une garantie à l'exercice de leur fonction de régulation. Lorsque les actes administratifs unilatéraux sont adoptés pour réguler le marché, ils connaissent une première mutation : marqués par leur objectif, ils transcendent des considérations organiques. La régulation postule *une appréhension matérielle* de l'acte administratif unilatéral. Les autorités qui sont compétentes pour adopter leur édicton s'inscrivent dans la même logique : tout en restant administratives, elles sont conduites par la finalité d'ouverture d'un marché donné à la concurrence. Leur statut s'est construit de telle manière qu'il peut servir au mieux les objectifs de la régulation.

Dénuée des considérations organiques et dominée par des préoccupations matérielles, une telle grille de lecture de l'acte administratif unilatéral en matière de régulation va de pair avec la tendance actuelle en droit administratif qui repose sur le déclin du critère organique dans l'identification des instruments de l'action administrative²³². La

²³² Par exemple, la jurisprudence administrative admet la possibilité pour les personnes privées d'adopter d'actes administratifs unilatéraux et reconnaît aussi le caractère administratif des contrats conclus entre personnes privées. Pour les actes administratifs unilatéraux, v. la jurisprudence *Monpeurt et s., préc.* En ce qui concerne les contrats, v. l'art. L 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques et la décision du TC, 18 octobre 1999, *Mme Martinetti*, Rec. p. 468, TC, 7 juillet 1975. V. également : TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, Rec. p. 787 et l'arrêt de revirement : TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal c/ Société des autoroutes du Sud de la France* ; *GAJA, op. cit.*, n° 118, p. 936 ; TC, *Commune d'Agde*, Rec. p. 798 ; D. 1977.8, note Ch. BETTINGER ; *JCP* 1975, II, 18.171,

régression de ce critère s'accompagne naturellement d'un renforcement du critère matériel.

Le critère organique s'avère inopérant pour définir la notion de prérogatives de puissance publique. Au lieu d'identifier les prérogatives de puissance publique par référence à leurs titulaires²³³, il conviendrait de s'intéresser aux rapports de droit qu'elles créent, voire aux effets qu'elles produisent sur leurs destinataires. Afin d'identifier une prérogative de puissance publique, on serait ainsi amené à se placer du côté du destinataire de ce pouvoir et pas du côté de l'autorité qui l'exerce. Les prérogatives de puissance publique seraient ainsi définies comme des « (...) pouvoirs juridiques par lesquels (au moyen notamment de la création d'une norme) leurs titulaires disposent de la faculté *de nier la volonté de certains sujets de droit*, c'est-à-dire d'agir sans leur consentement (élément d'unilatéralité), en disposant plus précisément de l'un de leurs *droits acquis et/ou reconnu par l'ordre juridique* (en décidant soit de détruire ou de nier l'un de leurs droits acquis, soit de refuser un droit qu'ils revendiquent), *faculté assortie d'un monopole* (ou plus précisément d'un privilège d'exclusion) à l'égard de tout autre sujet de l'ordre juridique qui ne peut donc en revendiquer l'usage »²³⁴.

C'est dans cette logique que s'inscrivent les actes administratifs unilatéraux que prennent les autorités compétentes pour réguler le marché. Ils s'adressent à un nombre déjà connu ou, au moins, limité des opérateurs dont ils visent à organiser l'accès à un marché donné. Si ces actes instituent une prérogative de puissance publique, c'est parce qu'ils peuvent être tout à fait contraires à la politique commerciale des opérateurs économiques ou établir de très strictes conditions d'accès à une ressource en raison de sa rareté. Centrés sur l'objectif de l'instauration et le maintien de la concurrence sur un marché donné et empreints d'une forte finalité d'intérêt général, ils contribuent à minimiser la portée du critère organique.

note F. MODERNE, CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne Billancourt*, Rec. p.130 ; D. 2007, p. 1937, note J.-D. DREYFUS.

²³³ En ce sens, v. N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », in *La puissance publique*, actes du colloque organisé du 22 au 24 juin 2011 par l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) à la faculté de droit de l'Université Pierre Mendès France de Grenoble II, LexisNexis, 2012, p. 173 s., spéc. p. 183.

²³⁴ N. CHIFFLOT, *ibid*, p. 194 (nous soulignons).

La forme juridique que revêt l'autorité administrative dont ils émanent n'a guère d'importance. Ce qui importe, c'est que **l'accès au marché** soit assuré à tous les opérateurs qui satisfont à un minimum de conditions posées par la loi, tout en vérifiant que les autres exigences d'intérêt général, notamment celles relatives au service public, sont respectées. Par conséquent, la question de l'indépendance du régulateur ne se pose que pour confirmer qu'il « en présente bien toutes les garanties »²³⁵.

Si la première configuration de l'indépendance des autorités de régulation, celle vis-à-vis de l'État, fait apparaître plusieurs interrogations en ce qui concerne la légitimité de ces institutions dans l'exercice de pouvoir d'édiction des actes administratifs unilatéraux, leur indépendance par rapport aux opérateurs économiques n'est qu'une garantie à l'exercice impartial de cette compétence. En outre, si difficile soit-elle à admettre dans le système legaliste français, l'hypothèse d'une éventuelle indépendance par rapport au législateur contribue à la consolidation de leur statut et au renforcement de leurs compétences. Ancrées dans le droit de l'Union européenne, ces deux dernières formes d'indépendance participent à l'exercice efficace par les autorités de régulation de leur mission d'intérêt général.

Section 2. Des formes d'indépendance au service de l'exercice de la compétence d'édiction des actes

L'indépendance des autorités de régulation par rapport au pouvoir exécutif pose des interrogations quant à leur légitimité en tant que titulaires de la compétence de réguler le marché par voie d'actes administratifs unilatéraux. En revanche, celle par rapport aux opérateurs économiques (§ 1) ne présente que des avantages pour l'exercice de cette prérogative de puissance publique, puisqu'elle est indissolublement liée à l'obligation d'impartialité qui pèse sur l'administration lors de l'exercice de tout pouvoir de décision. En outre, la création par le droit de l'Union des blocs de compétence à leur profit qui restent à l'abri du législateur national (§ 2) participe à la confection d'un

²³⁵ T. TUOT, « Perspectives d'évolution », *op. cit.*, p. 219.

statut européen des autorités de régulation et à la consolidation de leur pouvoir normatif.

§ 1. L'indépendance par rapport aux opérateurs économiques

La dissociation des autorités de régulation des objectifs microéconomiques des opérateurs présents sur les marchés concernés constitue une garantie essentielle à l'exercice de leur compétence d'édiction des actes administratifs unilatéraux. Elle permet notamment la réalisation de l'obligation d'impartialité pesant sur l'administration en tant qu'autorité normative (A)²³⁶. Cette forme d'indépendance est d'ailleurs imposée par le droit de l'Union européenne parce qu'elle est considérée comme nécessaire pour la réalisation du marché commun (B).

A. Une condition de l'exercice impartial de la compétence d'édiction des actes

La régulation implique des garanties supplémentaires d'indépendance auxquelles l'administration classique est censée être, de par sa nature même, incapable de satisfaire. L'indépendance n'a pas le même sens que l'impartialité. **Principe directeur de l'action administrative²³⁷, l'impartialité est un élément qui caractérise une certaine fonction, alors que l'indépendance constitue une qualité découlant du statut d'un organisme.** Les autorités administratives doivent faire preuve d'impartialité tant pendant la phase de l'adoption de leurs décisions que lors de leur mise en œuvre.

²³⁶ Selon le professeur M. LOMBARD : « l'indépendance du régulateur peut être conçue comme ayant prioritairement pour fonction de garantir l'impartialité du processus de décision lorsque l'administration est dans un conflit d'intérêt, notamment dans les secteurs récemment ouverts à la concurrence » (V. M. LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », *op. cit.*, p. 206).

²³⁷ Pour cette notion, v. E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA* 1999, p. 478. L'impartialité administrative a été érigée en principe général du droit par le Conseil d'État (CE, 4 mars 1949, *Trèbes*, S. 1950, III, p. 21 ; CE Sect. 29 avril 1949, *Bourdeaux*, Rec. p. 488 ; CE Ass. 27 avril 1951, *Mélamède*, Rec. p. 226 ; CE 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, Rec. p. 413). Ce principe n'est pas spécifique aux autorités de régulation, mais, en tant que principe général du droit, il s'applique à toutes les autorités administratives. Sur son application en matière d'autorités administratives indépendantes, v. not. H. DELZANGLES, « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation », *AJDA* 2014, p. 1021.

Si l'indépendance et l'impartialité se distinguent conceptuellement, elles se lient finalement entre elles par leurs **effets** sur l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de prise de décision. Comme le souligne le professeur Michel Degoffe : « L'indépendance n'est pas une fin en soi. Elle doit faciliter l'édiction d'une décision impartiale »²³⁸. Ce lien apparaît notamment en matière de régulation où tant l'indépendance que l'impartialité acquièrent une importance particulière en raison de la présence des monopoles historiques sur les marchés concernés.

L'indépendance organique dont bénéficient les autorités de régulation leur est attribuée tout spécialement pour faciliter la réalisation de leur obligation d'être **impartiales dans l'exercice de leur compétence**²³⁹. C'est dans cette perspective qu'elles se sont vu attribuer un tel statut²⁴⁰. En ce sens, leur indépendance transcende le terrain organique et produit des effets matériels dont l'expression juridique est représentée par le concept d'impartialité.

La soumission des autorités de régulation à l'obligation d'impartialité est liée, dans un tout premier temps, à leur nature d'autorités administratives. A l'instar de toute autorité administrative, celles-ci sont tenues d'être impartiales dans l'exercice de leur compétence. Or, en matière de régulation en particulier, où le risque des conflits d'intérêts est accru, l'indépendance des autorités de régulation n'est pas seulement un facteur qui permet la réalisation de leur mission de manière impartiale, mais elle figure plutôt comme une condition de leur impartialité. Elle vise notamment à assurer leur autonomie de décision²⁴¹ et à prévenir les conflits d'intérêts qui pourraient se produire

²³⁸ M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA* 1998, p. 712.

²³⁹ En ce sens, v. notamment J.-P. FELDMANN, « Les "autorités administratives indépendantes" sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *Recueil Dalloz*, 9 décembre 2010, n° 43, p.2853.

²⁴⁰ Le statut d'une autorité est lié à la mission qu'elle est appelée à servir. En ce sens, v. M. LOMBARD et T. TUOT, « Introduction », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, op. cit., p. 201. Cette logique est corroborée par l'avocat général J. MAZÁK à propos des autorités de contrôle en matière de protection des données à caractère personnel. Comme le suggère l'avocat général, le niveau d'indépendance dont doivent bénéficier ces organismes « pour pouvoir exercer efficacement leurs missions dépend de l'objet de l'existence de ces autorités de contrôle entendu dans ce sens ». Sur ce point, v. J. MAZÁK, concl. sous CJUE, 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-518/07 (pt 21 des concl.). Sur cet arrêt, v. : M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence communautaire. Autorités administratives indépendantes et principes démocratiques », *AJDA* 2010, p. 938 ; F. KAUFF-GAZIN, « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation », *Europe*, juil. 2010, ét. n° 9, p. 12 et s.

²⁴¹ Comme le suggère Q. EPRON : « (...) ces institutions sont à la fois des autorités administratives et des autorités indépendantes, c'est-à-dire des autorités qui exercent un pouvoir de décision de manière

au sein des marchés où s'installe et se développe progressivement la concurrence. Comme le note le professeur Gérard Marcou, « de l'analyse de la législation des pays européens » émerge la conclusion que « (...) l'indépendance souvent invoquée des autorités de régulation n'a qu'une portée fonctionnelle, garantir l'impartialité de certaines décisions »²⁴². En ce sens, l'impartialité des autorités de régulation est la traduction matérielle de leur indépendance.

L'impartialité se rattache à des sources différentes dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et dans celle du Conseil d'État. Le Conseil d'État lie cette exigence à l'article 6 par. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (ConvEDH), alors que le Conseil constitutionnel l'associe à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC). Le fait de rattacher l'impartialité à l'article 16 de la DDHC est une conséquence naturelle de l'office du Conseil constitutionnel²⁴³. Ce dernier ne pourrait pas se fonder sur l'article 6 de la ConvEDH, à défaut d'être transformé en juge de la conventionalité des lois, mission qu'il refuse de faire sienne²⁴⁴.

En outre, après une période d'hésitation²⁴⁵, le Conseil d'État s'est aligné, avec l'arrêt *Didier*²⁴⁶, sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme quant à

autonome ». Sur ce point, v. Q. EPRON, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, vol. 27, n° 5, sept-oct. 2011, p. 1007.

²⁴² G. MARCOU, « Introduction », in G. MARCOU, F. MODERNE (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, t. 2 : les expériences européennes*, op. cit., p. 19.

²⁴³ En ce sens, v. F. MARTUCCI, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », *Concurrences*, n° 1-2014, p. 32 s, spéc. p. 41.

²⁴⁴ Ce refus fut expressément exprimé dans sa célèbre décision *IVG* de 1975 (Cons. const., déc. n° 74-54 DC du 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rec. 1975). Le Conseil constitutionnel y a considéré que si les traités disposent d'une valeur supérieure aux lois en vertu de l'article 55 de la Constitution, il ne lui appartient pas de sanctionner cette hiérarchie, dans la mesure où l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement, mais lui confie seulement la compétence de se prononcer sur la constitutionnalité des lois déferées à son examen. Sur cette décision, v. L. FAVOREU, L. PHILIP, *RDP* 1975, pp. 185 et 1335 ; J. RIVERO, *AJDA* 1975, p. 134 ; M. LAGRANGE, *RTD eur.* 1975, p. 49, J. RIDEAU, *Cah. dr. europ.* 1975, pp. 606-630, A. PELLET, *Gaz. Pal.*, 1976, I, p. 25. Pour une analyse plus récente, v. « Interruption volontaire de grossesse I et II », in P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA et A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 18^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2016, n° 15, p. 197 s. ; G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cahiers Conseil Constitutionnel*, 1999, n° 7, dossier : *la hiérarchie des normes*, p. 93 ; B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *ibid.*, p. 101.

²⁴⁵ Pour une présentation des divergences initiales entre le Conseil d'État, le juge judiciaire et la CEDH quant à l'applicabilité de l'article 6 de la ConvEDH aux institutions administratives, v. S. BRACONNIER, « Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique ? », op. cit., p. 270 et s.

l'application des exigences qui découlent de l'article 6 par. 1 de la ConvEDH devant les autorités administratives prononçant des sanctions²⁴⁷. D'un côté, selon le juge européen, il n'y a point besoin que ces dernières respectent toutes les obligations issues de l'article 6 par. 1 de la Convention. Il suffit que leurs actes infligeant des sanctions puissent faire l'objet d'un recours de plein contentieux permettant de pallier aux carences de la procédure suivie devant l'autorité administrative²⁴⁸. Ainsi la Cour de Strasbourg n'applique-t-elle pas automatiquement toutes les garanties issues de l'article 6 par. 1 aux autorités administratives exerçant un pouvoir de sanction²⁴⁹.

Cependant, tant la CourEDH que le Conseil d'État sont particulièrement exigeants en ce qui concerne le respect des garanties d'impartialité et d'indépendance. Ils imposent que celles-ci soient respectées dès le début, à savoir pendant le déroulement de la procédure devant l'autorité administrative, le fait qu'elles puissent être invoquées ultérieurement dans le cadre d'un recours de plein contentieux ne suffisant pas pour combler les lacunes précontentieuses²⁵⁰. En ce sens, ce n'est pas au hasard que l'arrêt *Didier*, arrêt

²⁴⁶ CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, Rec. p. 399 ; *GAJA*, *op. cit.*, n° 98, p. 705 ; *JCP G* 2000, II, n° 10267, note F. SUDRE ; *RFDA* 2000, p. 584, concl. A. SEBAN ; *AJDA* 2000, p. 172 ; *ibid*, p. 126, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *D.* 2000, p. 62, obs. M. BOIZARD ; *RTD com.* 2000, p. 405, obs. N. RONTCHEVSKY.

²⁴⁷ En ce sens v. M. COLLET, « Autorités de régulation et procès équitable », note sous CE, Sect., 27 octobre 2006, *M. Parent et autres*, *AJDA* 2007, n° 2, p. 80. *Contra* v. J.-L. AUTIN, fasc. 75 : « autorités administratives indépendantes », *JCL adm.*, 20 sep. 2010, n° 115. Cet auteur note que le Conseil d'État est plus exigeant que la CEDH vis-à-vis de l'application de l'article 6 par. 1 devant les autorités administratives, ce qui le conduit à assurer un plus haut niveau de protection procédurale à l'égard des administrés. Plus précisément, le professeur souligne que si la CEDH « (...) reporte l'essentiel des exigences procédurales issues de l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme à la phase de recours juridictionnel contre la décision de l'AAI » (nous soulignons), le Conseil d'État impose, à travers la jurisprudence *Didier* du 3 décembre 1999 (Rec. p. 399) : « une application plus précoce des garanties de l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme, en y soumettant déjà partiellement la phase administrative de la procédure qui conduit au prononcé, par l'AAI, de sa décision ».

²⁴⁸ Selon la CourEDH, pour que la nécessité pesant sur les États de prévoir un recours de pleine juridiction soit satisfaite, il faut au moins que le juge qui statue dans le cadre d'un tel recours puisse contrôler la proportionnalité entre la sanction infligée et la faute commise. En ce sens, v. not. CEDH, 26 sept 1995, *Diennet c/ France*, *AJDA* 1996, p. 978, note. J.-P. FLAUSS ; *JCP G* 1996, I 3910, n°25, obs. F. SUDRE.

²⁴⁹ Sur l'application de l'article 6 aux autorités administratives et, notamment, sur la distinction entre l'étape administrative et l'étape juridictionnelle de la procédure de sanction, v. CEDH, *Öztürk c/ RFA*, 21 févr. 1984, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2015, n° 25, p. 278. V. également la jurisprudence citée par J.-L. AUTIN, in « autorités administratives indépendantes », fasc. 75, *op. cit.*, n° 115 s.

²⁵⁰ En ce sens, v. CEDH, 28 mai 1997, *De Haan c. Pays-Bas*, req. n° 22839/9 ; CEDH, 7 novembre 2000, *Kingsley c. Royaume-Uni*, req. n° 35605/97 ; CEDH, *Dubus S.A. c. France*, préc ; CEDH, 22 avril 2010, *Chesne c. France*, req. n° 29808/06 ; CEDH, 20 janvier 2011, *Vernes c. France*, req. n° 30183/06.

de principe en matière d'application des exigences de l'article 6 de la ConvEDH aux autorités administratives, concerne une autorité de régulation²⁵¹. Il confirme la position très ferme du juge administratif vis-à-vis de l'application, en matière de régulation, des exigences découlant du principe d'impartialité.

Dans un arrêt postérieur à l'arrêt *Didier*, l'arrêt *Parent*²⁵², le Conseil d'État se livre à un épiluchage minutieux des différentes garanties procédurales qui seraient susceptibles d'être invoquées devant les autorités administratives et opère une hiérarchie entre elles. Ainsi distingue-t-il entre celles qui doivent être respectées depuis le début, dès l'ouverture de la période précontentieuse, et celles dont le respect peut être modulé dans le temps, voire reporté au stade du jugement. Les obligations liées à l'impartialité font partie des « garanties immédiates »²⁵³, dans la mesure où « leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès »²⁵⁴.

Partant du constat que l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, la CourEDH souligne que ce principe peut donner lieu à diverses appréciations, notamment sous la perspective de l'article 6 § 1 de la ConvEDH. À cet effet, elle opère une distinction entre une démarche subjective, tenant à déterminer « ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »²⁵⁵.

Développée au sein du prétoire du juge en tant que condition d'exercice de sa fonction²⁵⁶, l'impartialité a migré vers tous les organismes administratifs²⁵⁷. Étant de

²⁵¹ CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, *op. cit.*

²⁵² CE, sect., 27 oct. 2006, n° 276069, *Parent et autres*, Rec., 2006, p. 454 ; *AJDA* 2007, p. 80, note M. COLLET ; *LPA*, 20 déc. 2006, p. 4, concl. M. GUYOMAR.

²⁵³ Expression empruntée à M. GUYOMAR, *ibid.*

²⁵⁴ Parmi les garanties immédiates figurent notamment celles liées aux droits de la défense, comme le droit pour la personne visée de se défendre elle-même ou de recourir à l'assistance d'un défenseur de son choix. Aux antipodes des « garanties différées » se situent les « garanties immédiates », à savoir celles susceptibles d'être directement invoquées devant les juridictions. Le Conseil d'État range dans cette catégorie le droit à l'assistance gratuite d'un avocat pour tout accusé n'ayant pas les moyens de rémunérer un défenseur, ce droit étant considéré comme spécifique à la procédure juridictionnelle au sens strict. Sur cette distinction, v. M. GUYOMAR, concl. sur CE, Sect., 27 oct. 2006, *Parent et a.*, *op. cit.*

²⁵⁵ CEDH, 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, req. n° 8692/79, § 30.

²⁵⁶ Sur l'application des exigences de l'article 6 par. 1 de la Convention aux juridictions, v. CEDH, 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg*, req. n° 14570/89 ; *RTDH* 1996, p. 275, obs. D. SPIELMAN ; *D.*

nature à contaminer l'ensemble de la procédure de manière irréversible, l'impartialité doit être respectée dès la phase administrative, et ce tant dans sa dimension objective²⁵⁸, que subjective²⁵⁹.

En tant que principe général du droit²⁶⁰ et principe à valeur constitutionnelle²⁶¹, elle s'impose à l'ensemble de l'activité normative de l'administration. Du point de vue institutionnel, son champ d'application ne se limite pas aux tribunaux au sens de la ConvEDH, mais comprend également des organismes qui échappent aux conditions de l'article 6 par. 1 de la Convention, peu importe leur nature administrative ou juridictionnelle. En outre, du point de vue matériel, elle ne concerne pas seulement le domaine des sanctions, mais lie également l'administration dans l'adoption des mesures de police ou de toute autre acte administratif. En ce sens, elle figure comme une obligation générale pesant sur les institutions publiques. Ces dernières y sont liées tant dans l'exercice de leurs pouvoirs à caractère juridictionnel que lors de la mise en œuvre de leurs compétences proprement administratives.

1996, p. 301, note F. BENOIT-ROHMER ; *AJDA* 1996, p. 383, chron. J.-F. FLAUSS ; *JCP* 1996, I, 3910, n° 4, obs. F. SUDRE ; *JCP* 1997, I, n° 4017, chron. J. PETIT ; *RFDA* 1996, p. 777, note J.-L. AUTIN et F. SUDRE ; *JDI* 1996, p. 253, chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER.

²⁵⁷ En ce sens, v. CE, 7 juill. 1965, *Féd. nat. transports routiers*, Rec. 1965, p. 413.

²⁵⁸ Sur ce point v. l'arrêt Didier, *op. cit.*

²⁵⁹ En ce sens, v. l'arrêt *Parent et autres* précité, dans lequel était mise en doute l'impartialité de la Commission des sanctions de l'AMF en raison du lien qu'avait un de ces membres avec l'une des personnes poursuivies.

²⁶⁰ Le principe d'impartialité reflète la simple idée, selon laquelle : « nul ne peut être juge et partie à la même cause ». Pour la première illustration de ce principe dans la jurisprudence administrative, v. CE, 11 août 1864, *Ville de Montpellier*, p. 767. Sur la consécration explicite de l'impartialité comme principe général du droit liant les juridictions dans l'exercice de leur fonction, v. CE Ass., 6 avril 2000, *SA Entreprises Razel Frères*, *RFDA* 2001, p. 1299, concl. A. SEBAN ; *AJDA* 2001, p. 456, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN. Sur l'application de ce principe à l'activité de l'administration, v. not. B. QUIRINY, « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *RDP* 2006, p. 375 ; E MITTARD, L'impartialité administrative, *AJDA* 1999, p. 478 et, not. CE, 29 avril 1949, *Bourdeaux*, Rec. p. 188 ; CE, 27 octobre 1999, *Fédération française de football*, *JCP* 2000, n° 10367, note R. PIASTRA (à propos des fédérations sportives agissant en matière disciplinaire).

²⁶¹ Sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'application du principe d'impartialité aux autorités de régulation, v. F. MARTUCCI, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », *op. cit.*, p. 32 s. L'auteur y procède à l'analyse comparée des quatre décisions QPC suivantes, dans lesquelles le Conseil constitutionnel a fourni le noyau dur des garanties constitutionnelles auxquelles sont soumises les autorités de régulation lors de l'exercice de leur pouvoir de sanction : déc. n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, *Société Sud Radio Services et autre* ; déc. n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numericable SAS et autre* ; déc. n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre* ; déc. n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur*.

L'impartialité objective.-En droit administratif, l'impartialité trouve notamment à s'appliquer lorsque l'administration est confrontée à un conflit d'intérêts éventuel ou effectif concernant elle-même ou les administrés. La régulation en fournit plusieurs illustrations. L'impartialité de l'administration est en jeu, par exemple, dans le cas où elle cumulerait les caractéristiques de régulateur et d'opérateur économique sur un marché donné. Dans cette hypothèse, l'impartialité, conçue objectivement et se rapprochant de l'indépendance, implique d'évaluer dans quelle mesure les structures administratives mises en place permettent à l'administration d'assurer ces deux missions sans que l'une influe sur la réalisation de l'autre. Cette forme d'impartialité a des effets plus généraux que ceux déployés à propos de l'impartialité subjective. À son défaut, c'est l'ensemble de la procédure qui sera contaminée. Dans cette hypothèse, le texte régissant l'activité en cause devra être modifié dans ses dispositions relatives au statut des organismes compétents.

Ainsi, le destinataire d'une décision juridictionnelle éventuelle constatant le manque d'impartialité objective est le législateur, et non pas seulement les parties au procès. Celui-ci est tenu d'agir dans les plus brefs délais pour modifier l'organisation institutionnelle au sein de l'administration, afin qu'elle soit conforme aux exigences posées par ce type d'impartialité²⁶². En outre, l'administration est tenue de respecter le principe d'impartialité, cette fois-ci envisagée notamment sous son aspect subjectif, dans le cas où elle attribuerait un acte qui donne accès à une ressource rare pour lequel

²⁶² Par exemple, en matière administrative, la décision du Cons. const. du 5 juill. 2013 QPC précitée a donné lieu à une procédure tenant à réorganiser le pouvoir de sanction de l'ARCEP, qui a été finalisée par l'adoption de l'ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014 et du décret n° 2014-867 du 1er août 2014 relatif à la procédure de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (JO du 3 août 2014). Pour une présentation de la réforme institutionnelle de l'ARCEP intervenue par ces textes, v. M. LOMBARD, « Le collège de l'ARCEP se dédouble afin de pouvoir poursuivre et sanctionner », in *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation*, AJDA 2014, p. 1874 s. Sur les implications institutionnelles que peut avoir la constatation d'une violation du principe d'impartialité par le juge, v. : CEDH, 28 sept 1995, *Procola c/ Luxembourg*, sér. A, n° 326, Gaz. Pal. 7-18 novembre 1995, p. 27, note L.-E. PETTITI ; D. 1996, p. 301, note BENOIT-ROHMER ; AJDA 1996, p. 383, chron. J.-F. FLAUSS ; JCP 1997, I, n° 4017, chron. J. PETIT ; RFDA 1996, 777, note J.-L. AUTIN et F. SUDRE. Dans cette décision, la CEDH a constaté une violation du principe d'impartialité, parce que les *mêmes membres* du Conseil d'État luxembourgeois ayant participé à l'adoption d'un avis sur un règlement ont examiné le recours contre ce règlement. Prenant acte de la décision de la Cour de Strasbourg, l'État luxembourgeois a mis fin à ce cumul des fonctions juridictionnelles et consultatives au sein du Conseil d'État. Plus précisément, il adopté la loi du 7 nov. 1996 qui privait le Conseil d'État luxembourgeois de ses fonctions juridictionnelles, au profit d'une cour administrative suprême, et le cantonnait à l'exercice des fonctions consultatives. Sur cette évolution, v. D. SPIELMANN, « Le Conseil d'Etat luxembourgeois après l'arrêt Procola », *RTDH* 1996, p. 297 ; G. MARCOU, « Une cour administrative suprême : particularité française ou modèle en expansion ? », *Pouvoirs*, n°123, nov. 2007, p. 133.

seraient intéressés plusieurs opérateurs. Ce principe serait lié, en la matière, à l'obligation pesant sur l'administration d'organiser une procédure d'attribution non discriminatoire et transparente.

La CourEDH considère que les notions d'indépendance et d'impartialité objective sont étroitement liées²⁶³ et les examine ensemble lorsqu'elles intéressent toutes deux la même espèce²⁶⁴. Le rapprochement entre l'indépendance et l'impartialité dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg se confirme notamment par l'importance qu'attache celle-ci à la « théorie des apparences » pour vérifier l'existence tant de la première que de la seconde²⁶⁵. Cette théorie est liée à la « confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus »²⁶⁶. La CourEDH en fait une exigence d'intérêt général²⁶⁷.

Appliquée en matière administrative, la « théorie des apparences » implique que l'organisme en cause ne génère aucun doute au justiciable quant à un éventuel préjugement de son affaire par lui²⁶⁸. Ainsi, la CourEDH « ne se contente pas d'écarter tout *risque* de préjugement, mais étend son contrôle de façon à exclure toute *impression* de préjugement qui pourrait naître dans l'esprit du justiciable »²⁶⁹.

Impartialité et saisine d'office. - Les autorités de régulation sont notamment tenues par le principe d'impartialité lorsqu'elles exercent leur pouvoir de saisine d'office. Ce

²⁶³ CEDH, Grande Chambre, 6 mai 2003, *Kleyn c / Pays-Bas* § 192, RTDH 2004, p. 365, note G. GONZALEZ ; CEDH, *Dubus S.A. c. France*, 11 juin 2009, req. n° 5242/04, § 54.

²⁶⁴ En ce sens, v. CEDH, *Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, § 73.

²⁶⁵ Sur cette théorie, v. not. CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, série A, n° 11, § 31 ; CEDH, 7 juin 2001, *Kress c. France*, req. n° 39594/98, §§ 82-87 ; CEDH, *Vernes c. France*, 20 avr. 2011 (devenu définitif le 20 avril 2011), req. n° 30183/06, §41.

²⁶⁶ CEDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*, req. 9186/80, § 26. La Cour de Strasbourg rappelle dans cet arrêt l'adage anglais, selon lequel : « justice must not only be done : it must also be seen to be done » (« la justice doit non seulement être rendue mais doit également avoir l'apparence d'être rendue »). Cette formule a été énoncée par le juge Gordon Hewart dans un arrêt portant sur l'impartialité des juges au Royaume-Uni : *Rex v. Sussex Justices ex parte McCarthy* *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, 1924, 1 K.B. 256, 259. Pour une présentation des origines de la « théorie des apparences », v. S. GANDREAU, « La théorie des apparences en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common law », RDP 2005, p. 319.

²⁶⁷ En ce sens, v. CEDH, *Guja c. Moldova*, 12 févr. 2008, § 90.

²⁶⁸ Pour une illustration des différents effets de la « théorie des apparences » sur le droit administratif, v. J.-P. WEISS, *L'apparence en droit administratif français*, Thèse dact., Paris 2, 2009.

²⁶⁹ En ce sens, v. G. HOUILLON, « La procédure devant la Commission bancaire censurée par la CEDH », note sous CEDH, 11 juin 2009, *Dubus SA c/ France*, req. n° 5242/04, DA, août 2009, n° 8, comm. 111.

dernier est indissolublement lié à leur mission, c'est un moyen pour qu'elles parviennent mieux à réguler le marché. Gardiennes du fonctionnement concurrentiel du marché, elles devraient être capables d'agir à tout moment. Elles ne sauraient dépendre de l'action des opérateurs ni pour exercer leur pouvoir de sanction ni pour prendre des mesures conservatoires. Si le prononcé des sanctions ou la prise de mesures conservatoires dépendait de l'initiative des opérateurs, le risque de capture de l'autorité serait très élevé, la régulation du marché dépendant finalement de leur politique commerciale ou de la conjoncture.

Confronté à l'exigence d'impartialité, le pouvoir de saisine d'office connaît des limites. S'alignant sur la jurisprudence de la CourEDH, le Conseil d'État et le Conseil Constitutionnel acceptent que la possibilité conférée par la loi aux organismes administratifs de se saisir d'office des cas qui relèvent de leur compétence n'est pas contraire en soi à l'exigence d'impartialité consacrée à l'article 6§1 de la CEDH²⁷⁰. En revanche, en ce qui concerne les juridictions en particulier, le Conseil constitutionnel ne leur offre pas, en principe, la faculté de se saisir d'office. Selon le Conseil Constitutionnel : « (...) la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité »²⁷¹. Cette formulation laisse apparaître le rattachement du Conseil constitutionnel au principe d'impartialité qui encadre, cette fois-ci, le pouvoir législatif dans l'hypothèse, a priori exceptionnelle, où le législateur octroie un pouvoir de saisine d'office à une juridiction.

Admis dans son principe, le pouvoir dont disposent les autorités administratives de s'autosaisir est soumis à des restrictions. Les autorités de régulation doivent notamment faire preuve d'impartialité dans l'acte par lequel elles décident de se saisir de certains

²⁷⁰ En ce sens, v. CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi Universal*, req. n° 353856 ; Cons. const., déc. n° 2012-280 QPC.

²⁷¹ Cons. const., déc. n° 2012-286 QPC, 7 déc. 2012, *Pyrénées services et autres* (cons. n° 4), *D.* 2012, p. 2886, obs. A. LIENHARD ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et droit d'autosaisine de celui qui juge », *D.* 2013, chron., p. 28.

faits²⁷². Comme le souligne le Conseil d'État dans l'arrêt *Société Habib Bank* : « la lecture de cet acte ne saurait, sous peine d'irrégularité de la décision à rendre, donner à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu »²⁷³. Tout d'abord, avant d'adopter un acte de saisine d'office, l'autorité de régulation doit s'interroger sur la nécessité de son intervention. L'acte de saisine d'office ne doit pas être formulé de telle façon que l'issue de l'affaire puisse être déterminée à l'avance. Bien que cette décision ait été approuvée dans son principe par la Cour de Strasbourg, le juge européen en a multiplié les exigences²⁷⁴ en soulignant la nécessité d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité du requérant a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure²⁷⁵.

Les autorités de régulation ne doivent pas seulement être effectivement impartiales, mais offrir également des garanties adéquates qui permettent d'exclure tout doute éventuel sur leur impartialité. L'exigence d'impartialité influe notamment sur leur statut et sur leur organisation interne : leurs membres doivent être à l'abri de toute forme de pression, notamment politique, et leur organisation interne doit permettre la séparation de la fonction d'instruction et de celle de sanction.

Ces autorités ne sont soumises aux exigences d'indépendance et d'impartialité issues de l'article 6 ConvEDH que dans la mesure où elles exercent un pouvoir de sanction. En revanche, le droit de l'Union prévoit en la matière des exigences plus vastes dans leur champ d'application, mais plus étroites dans leur contenu : il impose aux États de faire en sorte que les autorités de régulation soient indépendantes lors de *l'exercice de*

²⁷² Le Conseil d'État a jugé que tant la décision des autorités de régulation de s'autosaisir que le refus de s'autosaisir présentent un caractère administratif. V. en ce sens : CE, 30 déc. 2002, *Mme de Rimonthel de Lombares*, LPA 2003, n° 59, p. 7, concl. M. GUYOMAR ; AJDA 2003, p. 902, note P. BLANC.

²⁷³ CE, 20 oct. 2000, *S^{té} Habib Bank Limited*, req. n° 180122, Rec. p. 433 ; JCP G 2001, II, p. 10459, concl. F. LAMY ; AJDA 2000 : p.1071, note P. SUBRA DE BIEUSSES et p. 1001, chron. M. GUYOMAR, P. COLLIN ; D. 2001, p. 2665, note A. LOUVARIS ; *ibid.*, p. 1072, obs. M. SOUSSE ; D. 2002, p. 634, obs. H. SYNDET ; *Rev. science crim.* 2001, p. 598, obs. J. RIFFAULT ; *RTD com.* 2001, p. 197, obs. M. CABRILLAC. Sur le pouvoir de saisine d'office des autorités de régulation (à propos de la Commission bancaire), v. également CE, 30 juill. 2003, *Soc. Dubus SA*, req. n° 240884, AJDA 2004, p. 26, note A. LAGET-ANNAMAYER.

²⁷⁴ En ce sens, v. P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA* 2010, p. 924. V. également F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2013, p. 113 s.

²⁷⁵ CEDH, 11 juin 2009, *Dubus S.A. c. France*, req. n° 5242/04 § 60.

l'ensemble de leurs pouvoirs, tout en adoptant une conception plus étroite de leur indépendance, celle-ci étant conçue en principe à l'égard des opérateurs.

Le degré d'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du pouvoir exécutif relève encore de l'autonomie institutionnelle des États membres²⁷⁶. La seule forme d'indépendance expressément imposée par le droit de l'Union européenne en l'état actuel est celle par rapport aux opérateurs économiques, même si les derniers paquets relatifs aux secteurs de l'énergie et des communications électroniques semblent aller un peu plus loin dans les exigences concernant l'indépendance des autorités réglementaires nationales, faisant émerger la question de leur indépendance par rapport à l'exécutif.

B. Une forme d'indépendance imposée par le droit de l'Union européenne

L'ouverture d'un marché jadis soumis au monopole de l'État à la concurrence est un processus progressif. Dans une première phase, elle implique la levée des barrières réglementaires d'accès au marché. Ensuite, l'État revient pour réglementer, planifier ou inciter. Or, il se peut aussi que l'État conserve des intérêts financiers sur les nouveaux marchés, en raison de la présence des opérateurs historiques en leur sein. Le risque de conflit des intérêts est particulièrement présent dans les cas concrets où l'État agit tant comme opérateur économique que comme régulateur du marché²⁷⁷.

Dans cette hypothèse, la privation des autorités administratives ordinaires de leur compétence d'édicter des actes administratifs unilatéraux et la dévolution conséquente de cette compétence à des autorités indépendantes des intérêts patrimoniaux de l'État figure comme une garantie pour que l'intérêt général que ces actes soient appelés à servir soit satisfait.

²⁷⁶ Toutefois, celle-ci est encadrée dans le cas où l'État exercerait certaines activités économiques sur le marché, susceptibles de concurrencer les opérateurs économiques.

²⁷⁷ Ainsi, les textes intervenus au niveau du droit de l'Union « (...) pour la libéralisation des communications électroniques, de l'électricité, du gaz naturel puis de la poste, ont imposé des règles tendant à éviter qu'une autorité publique se trouve confrontée à un conflit d'intérêts entre les nécessités d'une régulation objective et transparente et des intérêts patrimoniaux dont elle aurait par ailleurs la charge, comme autorité de tutelle d'un opérateur économique ». V. M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *op. cit.*, p. 534.

Avant l'ouverture des marchés de services en réseau à la concurrence, les fonctions de réglementation et d'exploitation des réseaux étaient cumulées au sein des entreprises publiques dans la plupart des États membres de l'Union européenne²⁷⁸. La Cour a condamné cette pratique dans l'affaire dite *British Telecom*²⁷⁹ où elle a censuré l'attribution d'un pouvoir normatif à l'égard de l'opérateur historique des communications électroniques au Royaume-Uni.

La création des autorités de régulation a permis à l'État de conserver et rassurer son pouvoir normatif en matière économique. Comme le souligne le professeur Robert Kovar, l'attribution d'un tel pouvoir à une entreprise « peut laisser craindre qu'elle soit tentée d'en faire un instrument de sa stratégie d'entreprise sur le marché en le détournant du service d'intérêt général. Ce pouvoir perd ainsi sa légitimité et ne peut plus être regardé comme celui d'une autorité publique »²⁸⁰.

Si la Cour de Justice de l'Union européenne envisage l'indépendance des autorités réglementaires nationales qui interviennent en matière économique sous le seul aspect de leur rapport avec les opérateurs économiques, elle ne réserve pas le même sort aux autorités chargées de la protection des droits fondamentaux. Dans l'arrêt *Commission contre Allemagne*²⁸¹, elle adopte une conception large de l'indépendance de ces dernières, dès lors qu'elle l'envisage tant par rapport aux opérateurs économiques que vis-à-vis du pouvoir exécutif.

L'arrêt *Commission contre Allemagne* a été rendu suite à un recours en manquement introduit par la Commission à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne. Dans cet arrêt, la Cour de Justice de l'Union européenne a contrôlé la transposition de la directive 94/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du

²⁷⁸ En ce sens, v. G. ECKERT, J.-P. KOVAR, « Entreprises publiques », *Rep. Comm. Dalloz*, septembre 2011, par. n°100 s.

²⁷⁹ CJCE, 20 mars 1985, *Italie c/ Commission*, aff. 41/83, Rec. p. 873. Sur le principe de séparation entre opérateur et régulateur, v. ég. CJCE, 19 mars 1991, *France c/ Commission*, aff. C-202/88, Rec. p. I. 1223 (affaire dite « Terminaux de télécommunications ») ; CJCE, 13 déc. 1991, *RTT c/ GB-INNO-BM*, aff. C-18/88, Rec. p. I. 5973.

²⁸⁰ R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée ? » (seconde partie), *RTD eur.* 1996, p. 495, cité par G. ECKERT et J.-P. KOVAR, in « Entreprises publiques », *op. cit.*, par. n° 100.

²⁸¹ CJUE, 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-518/07, Rec. p. I-1885.

traitement des données personnelles²⁸². Cette directive prescrit la « totale indépendance » des autorités réglementaires nationales compétentes pour la protection des données. Or, la loi allemande transposant cette directive prévoyait la soumission des autorités chargées du contrôle dans le secteur non-public à la tutelle des *Länder*.

L'Allemagne faisait valoir, en l'espèce, que l'indépendance des autorités de contrôle devait être conçue uniquement par rapport aux organismes contrôlés et non pas à l'encontre de l'État. Elle soutenait que sa Constitution impliquerait une soumission accrue de l'administration au gouvernement, dès lors que ce dernier est responsable devant le Parlement. Comme le souligne F. Gazin : « défendant son système, l'Allemagne interprète l'exigence d'indépendance des autorités de contrôle, tel que préconisée à l'article 28 de la directive, comme limitée à une indépendance "fonctionnelle", cantonnée au seul regard des entités du secteur non public soumises à son contrôle »²⁸³.

Si cet arrêt ne concerne qu'une autorité qui intervient en matière de protection des droits, la doctrine l'appréhende d'une manière plus générale, en considérant qu'il permet de tirer des conclusions en ce qui concerne la portée de l'indépendance de l'ensemble des autorités réglementaires nationales. Selon une telle approche, l'arrêt *Commission contre Allemagne* s'inscrirait notamment dans le souci du juge de l'Union de créer un véritable statut européen des autorités réglementaires nationales²⁸⁴, sa portée devant être étendue aux autorités de régulation. Cependant, soutenir que par cet arrêt la Cour établit, d'une manière générale, l'indépendance des autorités réglementaires nationales par rapport à l'exécutif ne nous paraît pas envisageable.

²⁸² Directive 95/46/CE du Parlement Européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données JO n° L 281 du 23/11/1995, pp. 31-50.

²⁸³ F. KAUFF-GAZIN : « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? A propos de l'affaire C-518/07 », *op. cit.*, p. 13.

²⁸⁴ En ce sens, v. F. KAUFF-GAZIN, *ibid.* ; M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Autorités administratives indépendantes et principes démocratiques », in *Chronique de jurisprudence communautaire*, AJDA, 10 mai 2010, p. 938 ; H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen des autorités de régulation », *RJEP*, décembre 2011, n° 2, p. 4. La Cour de justice a réitéré sa position adoptée dans l'arrêt *Commission c/ Allemagne* dans un arrêt opposant la Commission et l'Hongrie relatif à la loi hongroise applicable en matière de protection des données : CJUE, GC, 8 avr. 2014, *Commission c/ Hongrie*, aff. C-288/12, *Europe*, juin 2014, n° 6, comm. 243, note F. GAZIN.

Selon l'Allemagne, l'abandon de toute tutelle de l'État serait contraire au principe de démocratie, tel que protégé par le traité sur l'Union européenne²⁸⁵. Pour l'État allemand, ledit principe impliquerait la soumission de tout organisme administratif au gouvernement, ce dernier étant responsable devant le Parlement. Or, la Cour a écarté ce raisonnement, en jugeant que les autorités chargées de la protection des données devaient être dénuées de « toute influence extérieure, y compris celle directe ou indirecte de l'État ou des Länder, et pas seulement de l'influence des organismes concernés »²⁸⁶. S'éloignant de son avocat général qui validait le choix institutionnel de l'Allemagne en la matière, le juge de l'Union a rejeté l'argumentation de l'Allemagne. Il a considéré que le principe de démocratie « ne s'oppose pas à l'existence d'autorités publiques situées en dehors de l'administration hiérarchique **classique** et plus ou moins indépendantes du gouvernement »²⁸⁷.

Cette phrase suggère des interrogations. Pour F. Gazin, elle signifie que « le principe de démocratie n'implique pas ipso facto la possibilité de contrôle démocratique parlementaire »²⁸⁸. Or, le professeur continue en soulignant que « cette prise de position s'accompagne toutefois de garde-fous. La Cour ne va pas jusqu'à conférer une immunité juridictionnelle ou parlementaire à ces autorités. Instituées par la loi nationale, voire parfois par la Constitution, celles-ci doivent aussi, bien entendu, respecter la loi sous le contrôle des juridictions compétentes, ce qui est, semble-t-il, le cas pour les autorités de régulation concernées »²⁸⁹. Si la Cour reste très sensible au respect de l'autonomie institutionnelle des États (« *plus ou moins indépendantes du gouvernement* »), elle leur prohibe de mettre les autorités réglementaires nationales à l'abri du contrôle parlementaire et juridictionnel. En soumettant leur indépendance à cette double condition, le juge de l'Union refuse de lui reconnaître une portée absolue.

En outre, cette formulation fait apparaître la démarche de la Cour consistant à classer les autorités publiques selon leur degré de dépendance par rapport au gouvernement. D'un côté, le juge de l'Union reconnaît que le modèle « classique » est celui fondé sur

²⁸⁵ V. l'art. 6 par. 1 du TUE.

²⁸⁶ Pt 25 de l'arrêt.

²⁸⁷ Pt 42 de l'arrêt (nous soulignons).

²⁸⁸ F. KAUFF-GAZIN : « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? A propos de l'affaire C-518/07, Commission c/ Allemagne », *op. cit.*, p. 15.

²⁸⁹ *Ibid.*

le principe hiérarchique. De l'autre côté, il admet l'existence des autorités « situées en dehors de l'administration hiérarchique classique » auxquelles elle confère *a contrario* un statut original. Or, si la Cour qualifie le modèle hiérarchique de « classique », pourquoi exige-t-elle que les autorités concernées soient mises à l'abri de toute influence extérieure, y compris celle directe ou indirecte de l'État ou des Länder²⁹⁰ ?

La réponse à cette question est à rechercher dans la directive 94/46/CE. Cette dernière impose expressément que les autorités publiques de contrôle exercent leur mission en « toute indépendance »²⁹¹, ce qui implique qu'elles soient entourées des plus grandes garanties d'indépendance possibles. En outre, le domaine des droits fondamentaux bénéficie d'une protection particulière par la Cour. La jurisprudence du juge de l'Union en la matière fait apparaître sa sensibilité à l'égard du respect de ces droits qui justifie leur traitement à part²⁹². En ce sens, la portée de l'arrêt *Commission contre Allemagne* doit être relativisée. **Elle reflète plus une politique jurisprudentielle de la Cour en matière de protection des droits qu'une position globale de la Cour vis-à-vis de l'indépendance des autorités réglementaires nationales.**

En matière de régulation, le législateur européen tient compte des systèmes constitutionnels des États membres lorsqu'il leur impose des obligations concernant l'indépendance de leurs autorités réglementaires. Par exemple, bien que la dernière directive relative au marché des communications électroniques aille au-delà de la conception traditionnelle de leur indépendance, à savoir celle conçue par rapport aux opérateurs économiques, exigeant que les États membres « agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire », elle réserve à leur profit la possibilité

²⁹⁰ Pt 25 de l'arrêt.

²⁹¹ Cons. 62 et art. 28 de la directive.

²⁹² En ce sens, v. not. les arrêts suivants, cités par F. Kauff-Gazin, *in* « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? A propos de l'affaire C-518/07 » », *op. cit.*, p. 14 (note infrapaginale n° 15) : CJCE, grande chambre, 16 déc. 2008, aff. C-524/06, *Huber c/Bundesrepublik Deutschland*, Rec., 2008, I, p. 9705 ; *Europe* 2009, comm. 53, obs. F. KAUFF-GAZIN ; CJCE, 20 mai 2003, aff. C-465/00, C-138/01 et C-139/01, *Österreichischer Rundfunk et a.*, Rec., 2003, I, p. 4989 ; CJCE, 29 janv. 2008, aff. C-275/08, *Promusicae*, Rec., 2008, I, p. 271 ; *Europe* 2008, comm. 98, obs. E. BERNARD.

d'y « exercer une surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel »²⁹³.

Des développements précédents, il s'ensuit que si le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Commission c/ Allemagne* est très utile pour comprendre sa position à l'égard de l'indépendance des autorités nationales chargées de protéger les droits fondamentaux, la généralisation de sa portée à l'ensemble des autorités réglementaires nationales ne nous paraît guère envisageable. Le fait d'imposer que les autorités de régulation soient entièrement indépendantes par rapport à l'exécutif serait incompatible avec le choix auquel a procédé le législateur de certains États membres, parmi lesquels figure la France, consistant à construire la régulation autour du procédé de l'acte administratif unilatéral. En droit français, une telle conception poussée de l'indépendance impliquerait notamment de faire disparaître de l'ordonnancement juridique toutes les dispositions qui soumettent le pouvoir réglementaire des autorités de régulation à homologation ministérielle.

Alors que la réflexion doctrinale et jurisprudentielle sur l'indépendance des autorités de régulation est centrée plutôt sur leurs rapports avec les opérateurs économiques ou avec le pouvoir exécutif, la jurisprudence de la Cour ouvre de nouvelles pistes de réflexion en la matière. Le juge de l'Union tient à revoir la relation qui existe entre ces organismes et le législateur national. Il pose notamment la question de leur immunité éventuelle dans l'exercice de leur compétence par rapport à l'intervention de ce dernier.

§ 2. L'indépendance par rapport au législateur national

En droit français, le rapport entre les autorités de régulation et le pouvoir législatif est notamment examiné sous la perspective du contrôle *ex post* de leur activité par le législateur qui prend la forme de contrôle ou d'évaluation parlementaire²⁹⁴. Dans son

²⁹³ Directive 2009/140/CE, *op. cit.*, art. 3 *bis*.

²⁹⁴ Sur ce point, v. P. DAUTRY, « Les autorités administratives indépendantes : un nouvel objet d'évaluation parlementaire », *RFDA* 2010, p. 884 et s. ; P. IDOUX, « L'avenir des autorités de régulation : les pistes du rapport Dosière-Vanneste », *RLC*, n° 26, janvier-mars 2011, par. n° 1759, p. 90 s. ; R. DOSIÈRE et C. VANNESTE, *Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement (tome 1)*, Rapport du Comité d'évaluation et de contrôle

rapport public de 2001, le Conseil d'État insiste sur la nécessité de renforcer les mécanismes de contrôle parlementaire des autorités administratives indépendantes²⁹⁵ en déplorant en même temps la rare utilisation même des moyens déjà existants. Les actes administratifs unilatéraux de régulation sont des actes de l'exécutif, conçu dans un sens large qui englobe les autorités de régulation. Ces actes sont pleinement soumis au contrôle juridictionnel, et les organismes qui sont compétents pour leur édicition sont subordonnés au législateur qui peut les faire disparaître à un moment donné.

Dès lors que les autorités de régulation « ne disposent pas de la compétence de leur compétence (...), (elles) ne peuvent être strictement indépendantes vis-à-vis du pouvoir législatif »²⁹⁶. En France, le pouvoir législatif contrôle les autorités de régulation à travers le contrôle parlementaire, il peut aménager leurs compétences, voire les priver de certaines de leurs compétences au profit des organes centraux de l'exécutif et dispose également d'un pouvoir très radical consistant en la possibilité de provoquer leur dissolution, en les faisant ainsi disparaître de l'ordonnement juridique.

Or, la Cour de justice de l'Union européenne tend à redéfinir les rapports entre le législateur national et les autorités de régulation. L'examen de ces rapports laisse apparaître deux situations extrêmes. D'abord, la Cour reconnaît *un domaine des compétences réservé aux autorités réglementaires nationales, qui reste à l'abri de toute intervention législative*. En même temps, adoptant une logique inverse, elle offre la possibilité aux États membres *d'attribuer la qualité d'autorité réglementaire nationale au législateur*, ce qui lui permettrait d'intervenir à la place des autorités administratives indépendantes pour mettre en œuvre les objectifs européens de régulation.

des politiques publiques, Ass. nation., nov. 2010, publié sur le lien suivant : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-ti.asp>.

²⁹⁵ La haute juridiction administrative constate à cet égard que même si « les textes régissant les autorités administratives indépendantes les plus importantes ont explicitement prévu la possibilité, pour les Commissions parlementaires, de les auditionner, (...) cette possibilité n'a été que faiblement utilisée jusqu'ici et poursuit qu'aucun dispositif d'ensemble n'a d'ailleurs été conçu par le Parlement pour assurer son contrôle sur les autorités administratives indépendantes qu'il a instituées » (V. CE, *Considérations générales sur les AAI. Rapport public 2001, op. cit.*, p. 369).

²⁹⁶ H. DELZANGLES, « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationales par la Cour de justice de l'Union Européenne », note sous CJUE, 6 oct. 2010, *Commission c/Royaume de Belgique*, aff. C-222/08 et CJUE, 6 oct. 2010, *Commission c/ BASE NV et a.*, aff. C-389/08, *RJEP*, août-septembre 2011, p. 40.

D'un côté, le droit de l'Union émancipe les autorités de régulation par rapport au législateur national dans l'exercice d'une série de leurs compétences. De l'autre côté, elle procède à une interprétation poussée de l'autonomie institutionnelle des États membres, en permettant à ces derniers d'ériger le législateur en autorité réglementaire nationale.

Ni la première solution, qui consiste à mettre les autorités réglementaires nationales à l'abri des interventions du législateur national, ni la seconde, tenant à attribuer au législateur le label d'autorité réglementaire nationale, ne nous paraissent transposables en droit français, pour des raisons différentes à chaque fois. Posée dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (A), l'hypothèse d'une éventuelle émancipation des autorités réglementaires nationales par rapport au législateur est difficile à admettre dans le système juridique français, qui place le dernier au cœur du fonctionnement des institutions et au sein duquel s'accroissent les demandes visant le renforcement du contrôle politique des autorités de régulation. En outre, le fait d'investir le législateur de la qualité d'autorité réglementaire nationale (B) ne se concilie pas avec la séparation des pouvoirs telle que conçue en France, et pourrait entraver la protection juridictionnelle des administrés.

A. Une perspective envisagée par la Cour de justice de l'Union européenne

Soucieuse de protéger la compétence des autorités réglementaires nationales, la Cour considère qu'il incombe à elles seules d'effectuer la pondération des objectifs que pose le droit de l'Union en matière d'ouverture des différents marchés à la concurrence²⁹⁷. La reconnaissance, par le droit de l'Union, d'une série de compétences propres au profit des autorités réglementaires nationales, dans le sens où elles bénéficieraient d'une immunité totale face au législateur, contribue à renforcer davantage leur statut dans l'ordre juridique interne. La finalité principale de l'indépendance des autorités de régulation par rapport au législateur national consiste à s'assurer que leurs compétences ne s'altèrent pas par des interventions circonstanciées de ce dernier.

²⁹⁷ En ce sens, v. CJUE, 3 déc. 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-424/07, *Europe* 2010, comm. n° 77, obs. A. BOUVERESSE.

En ce qui concerne le secteur des communications électroniques, par exemple, le droit de l'Union précise minutieusement les objectifs qui doivent régir l'action des autorités réglementaires nationales²⁹⁸. La première mission de ces autorités consiste à promouvoir la concurrence dans le respect de l'intérêt général : elles veillent à ce que la concurrence ne soit ni faussée, ni entravée et à ce qu'elle contribue tant au développement économique qu'au bénéfice des consommateurs. Ensuite, elles participent à la réalisation du marché intérieur, ce qui implique notamment la suppression des obstacles à la fourniture de réseaux, de ressources et de services de communications électroniques, ainsi que la mise en place et le développement de réseaux transeuropéens et de services paneuropéens. Enfin, elles se concentrent sur la protection des intérêts des citoyens européens. À cette fin, elles assurent notamment la réalisation des obligations de service universel, la protection des consommateurs dans leurs relations avec les fournisseurs, le respect de la vie privée, la prise en compte des besoins des groupes sociaux particuliers, comme les handicapés ou les personnes âgées. En outre, elles garantissent le contrôle de l'intégrité et la sécurité des réseaux et elles sont compétentes pour définir les marchés pertinents et évaluer si ces derniers sont effectivement concurrentiels²⁹⁹. Ces compétences leur sont attribuées **directement** par le droit de l'Union, qui leur réserve également le pouvoir de hiérarchiser les objectifs fixés par la législation sectorielle³⁰⁰. Puisant leur source directement dans le droit de l'Union, ces compétences seraient-elles à l'abri du législateur national ?

Dans ce contexte, s'est posée à la Cour la question de savoir si le législateur national pouvait intervenir dans les domaines couverts par les directives pour modifier les missions des autorités réglementaires nationales. L'affaire portée devant elle concernait la loi allemande transposant le cadre réglementaire de l'Union européenne en matière de communications électroniques (la « Telekommunikationsgesetz », ci-après TKG). Cette loi avait fait l'objet de deux modifications concernant les nouveaux marchés. Par ces

²⁹⁸ Sur ce point, v. Directive 2002/21/CE (directive « cadre »), *op. cit.*, art. 8. Pour une illustration des missions des autorités réglementaires nationales compétentes en matière de communications électroniques, v. P. ACHILLEAS, « Droit des communications électroniques de l'Union européenne », fasc. 1225, *JurisClasseur Europe*, vol.5, 2005, notamment n° 48.

²⁹⁹ En ce sens, v. Directive 2002/21/CE (directive « cadre »), *op. cit.*, art. 15 et 16.

³⁰⁰ Pour une présentation détaillée des compétences directement attribuées par la directive 2009/72/CE aux autorités de régulation nationales compétentes en matière d'énergie, v. L. GRARD, « Les racines européennes de la nouvelle organisation française du marché de l'électricité », *Europe*, mars 2011, n° 3, p. 5 s., spéc. pp. 6-7. L'auteur fonde sa démonstration sur les articles 9 § 10, 10 § 4, 22 § 5, 37 § 1 a et 37 § 3 de la directive.

modifications, le gouvernement exemptait les nouveaux marchés de la réglementation relative aux communications électroniques.

Comme le souligne M. Poiaras Maduro, avocat général sur cette affaire : « dans des circonstances normales, la République fédérale d'Allemagne pourrait faire un tel choix politique ; **mais pas quand il existe une réglementation communautaire du secteur des télécommunications**. En la matière, le choix a déjà été opéré par le législateur communautaire de soumettre ce secteur à réglementation, avec toutes les facultés d'intervention que cela implique. Indubitablement, le secteur des télécommunications comprend les nouveaux marchés définis par l'article 3, paragraphe 12 b, de la TKG. Par conséquent, la République fédérale d'Allemagne ne peut modifier la décision du législateur communautaire et ne peut, à titre de règle générale, exempter ces nouveaux marchés de la réglementation »³⁰¹. Le législateur allemand a enfreint le droit de l'Union, dans la mesure où il avait rendu inapplicable la législation relative aux communications électroniques à une certaine catégorie de marchés, en réduisant de telle sorte la compétence des autorités réglementaires nationales. Il a ainsi excédé ses compétences en se substituant au législateur européen.

En outre, la Cour a été confrontée à la question de savoir à quelle autorité confie le droit de l'Union la compétence de pondérer les divers objectifs fixés par la directive « cadre » sur les communications électroniques³⁰². Les États disposent d'une large marge d'appréciation quant au choix des moyens de transposition d'une directive³⁰³. Or, cette liberté est encadrée par leur obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le plein effet de la directive concernée, conformément à l'objectif visé par elle³⁰⁴. En somme, la finalité que poursuit la directive joue le rôle de fil conducteur dans sa mise en œuvre.

Le législateur national devrait-il être cantonné à son rôle ordinaire consistant à contrôler la façon dont les autorités réglementaires nationales mettent en œuvre ces

³⁰¹ M. POIARES MADURO, concl. sur CJCE, 3 décembre 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-424/07, ECLI:EU:C:2009:252 (nous soulignons).

³⁰² La notion utilisée à l'époque était celle de télécommunications.

³⁰³ En ce sens, v. CJCE, 9 novembre 2006, *Commission/Irlande*, aff. C-216/05, Rec. p. I-10787, pt 26 ; CJCE, 25 juillet 1991, *Emmott*, aff. C-208/90, Rec. p. I-4269, pt 18.

³⁰⁴ V. not. CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, Rec. p. I-2483, pt 40.

objectifs ou disposerait-il, au contraire, d'un pouvoir d'action autonome lui permettant d'aller plus loin et de procéder à leur hiérarchisation à lui-même ? Optant pour la première solution, M. Poiares Maduro souligne que, selon le droit de l'Union, c'est sur les autorités réglementaires nationales, et non sur les législateurs nationaux, qu'incombe la réalisation de divers objectifs de régulation fixés par le droit de l'Union- et donc leur pondération. Le législateur national se limite à « veiller à ce que les ARN prennent les mesures nécessaires à la poursuite de ces objectifs, comme la Cour l'a confirmé à plusieurs reprises. Même l'autonomie des États membres dans l'organisation et la structuration de leurs ARN est soumise à la poursuite de ces objectifs »³⁰⁵.

En suivant son avocat général, la Cour de justice de l'Union européenne a dissocié clairement les tâches des autorités réglementaires nationales des missions du législateur national, en définissant clairement leurs rôles respectifs dans le mécanisme de régulation. La mise en œuvre des objectifs de régulation relève des autorités réglementaires nationales, le législateur restant cantonné à une mission de surveillance de ces dernières lors dans la réalisation de leur mission.

Inscrits dans ce contexte institutionnel, les actes administratifs unilatéraux qu'adoptent les autorités de régulation sont largement dictés par le droit de l'Union. En outre, si les actes administratifs unilatéraux de régulation sont adoptés selon des règles de procédure internes, leurs effets dépassent l'ordonnement juridique national, dans la mesure où ces actes visent la réalisation du marché commun.

Pour le droit de l'Union, l'instrument juridique de l'acte administratif unilatéral n'est qu'un mécanisme que prévoit le droit interne pour la mise en œuvre des obligations européennes et pour la réalisation des objectifs posés par la réglementation sectorielle.

Bien que le juge de l'Union renforce le statut des autorités de régulation en consacrant dans certaines hypothèses leur immunité par rapport au pouvoir législatif, il est également sensible face au strict respect de l'autonomie institutionnelle des États

³⁰⁵ M. POIARES MADURO, concl. sur CJCE, 3 décembre 2009, *Commission c/ Allemagne*, op. cit., § 64-65.

membres. C'est dans un souci de respecter cette dernière qu'il a accepté que le législateur national puisse assurer des fonctions normalement dévolues aux autorités réglementaires nationales. Cette possibilité ne paraît pas transposable dans l'ordre juridique français où la régulation est largement opérée par voie d'actes administratifs unilatéraux.

B. Le législateur national, autorité réglementaire nationale

Le droit de l'Union fournit les règles matérielles que les États membres sont amenés à exécuter dans leur ordre juridique interne. Lorsqu'il leur attribue des pouvoirs ou leur impose des obligations, la question de savoir comment organiser et répartir l'exercice de ces pouvoirs, et assurer l'exécution de ces obligations relève, selon le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, des systèmes constitutionnels respectifs des États membres. Dès lors qu'il n'existe aucun mécanisme d'exécution propre en droit de l'Union, la mise en œuvre de ce dernier s'effectue à travers les règles, les institutions et les procédures nationales³⁰⁶.

Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale est le corollaire du principe d'administration indirecte. Ce dernier découle, à son tour, du principe de coopération loyale consacré dans l'article 4 par. 3 TUE qui impose aux États membres de prendre toutes mesures générales ou particulières en vue d'exécuter leurs obligations découlant des traités³⁰⁷.

Si l'autonomie institutionnelle est couplée souvent dans la doctrine à l'autonomie procédurale, à notre sens, les deux notions ne se recoupent pas. L'autonomie procédurale concerne les règles de procédure qu'emploient les États membres pour mettre en œuvre les règles substantielles posées au niveau de l'Union³⁰⁸. En revanche,

³⁰⁶ Sur la problématique relative à l'identification d'un pouvoir exécutif propre et autonome au sein du droit de l'Union européenne, v. J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, 2009.

³⁰⁷ Sur le principe d'administration indirecte, v. notamment C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 495-529.

³⁰⁸ Sur l'autonomie procédurale, v. CJCE, 16 déc. 1976, aff. 33/76, *Rewe Zentralfinanz EG et Rewe Zentral AG c/ Lanwirtschatskammer fuer das Saarland*, Rec. p. 1989, not. n° 5 qui prévoit qu' « **en l'absence de réglementation communautaire en la matière**, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des

l'autonomie institutionnelle est liée au choix des organes chargés de mettre en œuvre ce droit³⁰⁹.

C'est l'arrêt *International fruit company*³¹⁰ qui a marqué l'autonomisation de la notion d'autonomie institutionnelle par rapport à celle d'autonomie procédurale³¹¹. La Cour y a souligné que le choix des « organes internes déterminés » pour la mise en œuvre du droit de l'Union relève des États membres. L'autonomie institutionnelle des États membres se rattache aux « principes généraux qui sont à la base du système institutionnel »³¹² de l'Union et qui régissent les relations entre l'Union et les États membres. Elle relève notamment du principe de coopération loyale posé par l'article 4 par. 3 TFUE.

En matière de régulation, la marge d'appréciation des États membres quant à la mise en œuvre des objectifs qui leur sont assignés par le droit de l'Union et quant au choix de la forme juridique que doivent revêtir leurs autorités réglementaires nationales est encadrée respectivement par le principe de séparation entre l'opérateur et le régulateur et par l'obligation pesant sur eux d'assurer l'indépendance des autorités réglementaires nationales.

Le législateur de l'Union a approfondi les obligations liées à cette dernière. Si le juge de Luxembourg s'avère particulièrement respectueux de la marge d'appréciation dont disposent les États membres dans le choix des institutions chargées de mettre en œuvre

recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire » (nous soulignons). L'autonomie procédurale des États membres n'est pas absolue. Ceux-ci sont autonomes uniquement dans la mesure où il n'y aurait pas d'harmonisation des règles procédurales en droit de l'Union. Pour un exemple d'harmonisation procédurale, v. la directive « recours » en matière de passation des marchés publics (directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JO n°L 335 du 20.12.2007, p.31).

³⁰⁹ L'autonomie institutionnelle dont bénéficient les États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union peut être dégagée à partir des deux arrêts suivants : CJCE, 11 févr. 1971, *Norddeutsches Vieh und Fleischkontor/Hauptzollamt Hamburg St Annen*, aff. 39/70, Rec. p. 49 ; CJCE, 15 déc. 1971, *International fruit company*, aff. 51/71 à 54/71, Rec. p. 1107.

³¹⁰ CJCE, 15 déc. 1971, *International fruit company*, *op. cit.*, pt n° 4.

³¹¹ En ce sens, v. G. MARCOU, J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La Charte européenne de l'autonomie locale et l'impact du droit communautaire sur les collectivités locales des États membres », *Rapport au Comité européen des autorités locales et régionales et au Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe*, CDLR (31), 14 septembre 2011, p. 9 s et, not., p. 11.

³¹² CJCE, 21 sept 1983, *Deutsche Milchkontor c/ RFA*, aff. 205 à 215/82, Rec. I-2633, pt 17.

les règles européennes de régulation, le législateur de l'Union encadre de plus en plus l'organisation institutionnelle des États dans le but d'assurer l'indépendance des autorités de régulation. Les textes qui organisent l'ouverture d'un marché à la concurrence obligent parfois les États membres de prendre des mesures d'organisation particulières³¹³ et d'aménager l'ordre institutionnel national pour qu'il soit conforme au droit de l'Union³¹⁴.

La limitation du pouvoir législatif des États membres « trouve son fondement dans la raison d'être des ARN, créées et implantées pour servir des fins spécifiques que les États (...) ont entendu voir accomplies par des organismes techniques, séparés fonctionnellement du travail gouvernemental et de l'activité parlementaire »³¹⁵.

Les dernières évolutions de la législation sectorielle révèlent l'*interprétation poussée* qu'adopte le législateur européen quant à la notion d'indépendance des autorités réglementaires nationales. Par exemple, en matière d'énergie, alors que la directive 2003/54/CE était respectueuse à l'égard du principe d'autonomie institutionnelle, dans la mesure où elle laissait la possibilité aux États de confier des fonctions de régulation à des organismes administratifs classiques, la nouvelle directive 2009/72 accroît les obligations prévues à l'égard des États en ce qui concerne l'indépendance des autorités de régulation. En effet, cette dernière n'est plus conçue uniquement par rapport aux opérateurs économiques, mais implique également 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 »³¹⁶. La Commission rejoint le législateur européen à cet égard, en notant que l'exigence d'indépendance exclut « tout lien hiérarchique entre les autorités de régulation nationales et tout autre organe ou institution »³¹⁷. La directive 2009/72 ne se contente pas de laisser aux États membres le libre choix de la forme juridique qui leur

³¹³ V. par ex. Directive 2002/21/CE (directive « cadre »), art. 12, *op. cit.*

³¹⁴ En ce sens, v. P. CRUZ VILLALÓN (pt 37), concl. sur CJUE, 6 oct. 2010, *Commission c/ BASE NV et a.* : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=80489&doclang=FR#Footnote>.

³¹⁵ *Ibid*, pt 46.

³¹⁶ Directive 2009/72/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *op. cit.*, art. 35, par. 4.

³¹⁷ Commission, document de travail. Note interprétative sur la directive 2009/72/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et sur la directive 2009/73/CE des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (en anglais), Bruxelles, 22 janvier 2010, p. 6 : https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf.

paraît la plus apte à garantir la séparation entre les fonctions d'opérateur et de régulateur, mais prône un véritable modèle européen de régulation indépendante.

En outre, cette directive rattache une importance particulière à la nécessité de renforcer l'autorité des régulateurs de l'énergie et de garantir la prévisibilité de leurs décisions. Elle impose aux États membres de faire en sorte que ces régulateurs aient « (...) 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 de suggérer qu'une juridiction compétente leur inflige de telles sanctions »³¹⁸, en encadrant ainsi les choix procéduraux des États en matière de régulation en faveur du droit dur. De surcroît, elle affirme la nécessité d'investir ces institutions du pouvoir d'adopter « (...) des mesures propres à avantager les consommateurs en favorisant la concurrence effective nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité »³¹⁹, en guidant, de cette manière, le législateur national dans la hiérarchisation des différents objectifs de régulation.

De surcroît, en matière de communications électroniques, le législateur de l'Union arrive jusqu'au point d'indiquer au législateur national les dispositions à adopter pour garantir l'indépendance des autorités de régulation. Il invite à cet effet les États membres à prévoir une disposition expresse garantissant l'indépendance des autorités réglementaires nationales dans l'exercice de leurs différentes fonctions vis-à-vis de « toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité dans l'appréciation des questions qui lui sont soumises »³²⁰.

Or, les obligations européennes pesant sur les États membres d'assurer l'indépendance des autorités réglementaires nationales **ne doivent pas conduire à faire disparaître leur autonomie institutionnelle**. C'est sous la lumière de cette dernière que doivent être lues les dispositions précitées. Si le législateur de l'Union insiste sur l'indépendance des autorités réglementaires nationales et en accroît progressivement les

³¹⁸ Directive 2009/72 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *op. cit.*, cons. n° 38 (nous soulignons).

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ Directive 2009/140/CE faisant partie du « paquet télécoms », *op. cit.*, cons. n° 13.

exigences, en limitant, en même temps l'autonomie institutionnelle des États membres, le juge de l'Union s'avère d'ailleurs particulièrement respectueux à l'égard de celle-ci.

Plus précisément, la Cour a admis que le législateur national puisse se voir attribuer la qualité d'autorité réglementaire nationale et exercer, lui aussi, la fonction de régulation que les États membres confient normalement aux autorités réglementaires nationales organisées sous la forme d'autorités de régulation indépendantes. Dans un arrêt rendu suite à une demande d'interprétation déposée par la Cour constitutionnelle belge, la Cour de justice a jugé que : « la directive 2002/22³²¹ 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 pour autant que, dans l'exercice de cette fonction, il réponde aux conditions de compétence, d'indépendance, d'impartialité et de transparence prévues par lesdites directives et que les décisions qu'il prend dans le cadre de cette fonction puissent faire l'objet de recours effectifs auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées »³²².

L'attribution au législateur national des missions qui incombent aux autorités réglementaires nationales en vertu de la réglementation européenne ne serait admise que si, dans l'exercice de ces tâches, le législateur était apte à satisfaire aux exigences particulières d'organisation et de fonctionnement que posent les directives. C'est au juge national que laisse le droit de l'Union le soin de vérifier si le législateur satisfait à ces conditions³²³. L'autonomie dont disposent les États membres quant à l'organisation de leurs autorités réglementaires est placée sous la surveillance du juge national qui, en tant que sa qualité primordiale de juge de l'Union, est le premier responsable pour vérifier si les objectifs, le sens et la lettre du droit de l'Union ont été respectés par le législateur.

³²¹ 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 »), JO L 108, 24/04/2002, pp. 51-77.

³²² V. CJUE, 6 oct. 2010, *Commission c/ BASE NV et a.*, *op. cit.*, pt 30.

³²³ *Ibid.*, cons. n° 31.

Lorsque le législateur national assume le rôle d'autorité réglementaire nationale, il n'agit pas sous sa forme classique³²⁴ : il ne peut que poursuivre les objectifs fixés par le droit de l'Union et il exerce une fonction de régulation à l'instar des autorités administratives des États membres. Étant donné qu'il devient autorité réglementaire nationale, il doit présenter les mêmes garanties d'indépendance qui sont requises pour toute autre autorité entrant dans cette catégorie.

Comme on l'a déjà souligné, le principe de la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation oblige les États membres de garantir l'indépendance des autorités réglementaires nationales et l'impartialité des décisions qu'elles prennent pour réguler le marché. Or, ces conditions nous paraissent difficilement réalisables au regard du statut du pouvoir législatif dans le système institutionnel des États membres. De surcroît, il est peu probable que le législateur national puisse être indépendant par rapport aux intérêts financiers de l'État dans les hypothèses où ce dernier conserve de tels intérêts sur un marché soumis au processus de libéralisation.

Par conséquent, si la Cour admet la possibilité pour le législateur national d'intervenir en tant qu'autorité réglementaire nationale, ce n'est que pour pousser jusqu'au bout la théorie de l'autonomie institutionnelle sur le plan théorique. Sa position est dépourvue d'effet pratique, dès lors que « le législateur ne peut, eu égard à sa position institutionnelle, fournir les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par les directives lorsque l'État est acteur sur le marché »³²⁵.

Dans ce contexte, il nous semble peu probable que les États membres puissent notamment réaliser l'obligation que prévoit le droit de l'Union à leur égard consistant en la « dissociation entre les fonctions de médiateur investi de prérogatives de

³²⁴ L'intervention du législateur en tant qu'autorité réglementaire nationale se différencie de son action en tant que pouvoir normatif souverain. Dans le premier cas de figure, il exerce directement une fonction de régulation de la concurrence, alors que dans le second, il adopte des décisions disposant d'une simple incidence sur les compétences des autorités de régulation, sans revêtir la qualité d'autorité réglementaire nationale.

³²⁵ V. H. DELZANGLES, « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationales par la Cour de justice de l'Union européenne », note sous CJUE, 6 oct. 2010, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. C-222/08 et CJUE, 6 oct. 2010, *Commission c/ BASE NV et a.*, *op. cit.*, p. 43.

puissance publique et celles d'entrepreneur espérant légitimement réaliser des profits »³²⁶.

Le fait de confier au législateur national des tâches relevant des autorités réglementaires nationales serait d'autant moins possible en droit de l'Union vu la préoccupation croissante du législateur européen visant à renforcer l'indépendance des autorités de régulation par rapport à tout type d'intervention extérieure ou d'influence politique. Soucieux de garantir cette indépendance, le législateur européen prévoit expressément qu'« une telle influence externe rend un organisme législatif national impropre à agir en qualité d'autorité réglementaire nationale dans le cadre réglementaire »³²⁷.

Par ailleurs, dans le système constitutionnel de la France, les actes du législateur ne peuvent pas être contrôlés par le juge par voie d'action. La reconnaissance, au profit du législateur, d'une compétence propre en matière de régulation heurterait de front à ce système constitutionnel, dès lors qu'elle pourrait conduire à ce que les opérateurs économiques soient privés de leur droit d'accès au juge.

Réserver le rôle des autorités réglementaires nationales aux autorités administratives, sous le contrôle du juge, nous semble ainsi être la seule solution pour que soient respectées les exigences de l'État de droit. Tant la soumission des autorités de régulation au juge que le contrôle parlementaire sur leur activité représentent un contrepoids essentiel au statut renforcé que leur réserve le droit de l'Union.

Planifiée en partie par le droit de l'Union et assurée par le droit national selon ses propres outils et institutions, l'indépendance des autorités de régulation vise à les aider à réaliser leurs compétences de manière impartiale. Il revient au législateur national de définir et répartir les compétences entre les différentes autorités de régulation. Celui-ci doit concilier, dans ce cadre, l'effet utile du droit de l'Union avec les exigences constitutionnelles qui irriguent l'ordre national. L'étude du pouvoir réglementaire des autorités de régulation fait apparaître le caractère particulièrement complexe que présente ce travail de conciliation.

³²⁶ V. P. CRUZ VILLALÓN, concl. sur CJUE, 6 oct. 2010, *Commission c/ BASE NV et a.*, op. cit., pt 32.

³²⁷ Directive 2009/140/CE, op. cit, consid. n° 13.

Conclusion du chapitre 1

L'étude des actes administratifs unilatéraux de régulation implique l'examen du régime applicable aux organismes chargés de leur élaboration. La confection et l'édiction de ces actes sont principalement confiées aux autorités de régulation, qui forment une sous-catégorie au sein des autorités administratives indépendantes. Le droit de l'Union participe, avec la ConvEDH, à l'élaboration d'un fonds européen des règles applicables aux autorités de régulation. Venant s'ajouter au droit de l'Union, la ConvEDH influe, à travers son article 6, tant sur la structure de ces institutions que sur la procédure suivie devant elles.

Si les autorités de régulation sont les acteurs centraux dans le mécanisme de régulation, les autorités administratives classiques y conservent une certaine place. L'exercice de la fonction de régulation par des autorités administratives ordinaires est un fait du droit positif et confirme le rapprochement entre la régulation et la police.

Or, alors que les autorités centrales de l'État peuvent toujours se voir attribuer la compétence de réguler le marché, la dévolution de celle-ci aux autorités de régulation qui revêtent la forme d'autorités administratives indépendantes devient finalement la règle, notamment en raison des obligations que prévoit le droit de l'Union européenne à l'égard des États membres en ce qui concerne l'indépendance des autorités réglementaires nationales.

Si le droit de l'Union ne lie pas les États membres quant à la forme juridique que vont revêtir leurs autorités réglementaires nationales, il les oblige en même temps à assurer la séparation entre la fonction de régulateur et celle d'opérateur économique, ainsi qu'à garantir leur indépendance. Par conséquent, bien que les États membres soient libres d'apprécier la nécessité de recourir ou non au modèle organisationnel de l'autorité administrative indépendante, celui-ci *semble finalement s'imposer* comme la solution la plus pertinente pour la réalisation des diverses obligations européennes qui pèsent sur eux en matière de régulation.

D'un côté, l'indépendance par rapport aux opérateurs économiques élimine le risque de « capture » du régulateur par les intérêts privés. De l'autre côté, la perspective

d'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du législateur national, admise dans son principe par le juge de l'Union, implique que les autorités de régulation *soient mises à l'abri des interventions législatives* dans l'exercice d'une série de compétences qui leur sont directement attribuées par le droit de l'Union³²⁸.

Bien que les racines des autorités de régulation soient à rechercher dans le droit de l'Union, ces autorités demeurent des organismes nationaux. Alors que leurs compétences sont définies par le législateur de l'Union, la mise en œuvre et l'aménagement de celles-ci doivent rester l'œuvre du législateur national. Le respect des règles de répartition des compétences que prévoit le droit français implique notamment la circonscription du pouvoir réglementaire des autorités de régulation et sa soumission à la hiérarchie des normes.

³²⁸ Sur ce point, v. par ex. la directive 2009/72/CE, *op. cit.*, art. 37.

Chapitre 2. L'encadrement du pouvoir réglementaire des autorités de régulation

Les autorités de régulation disposent de la compétence d'édicter des règlements, notamment pour préciser les conditions d'accès au marché. Celle-ci est soit exclusive, soit partagée avec le ministre du secteur concerné³²⁹.

Par exemple, les règles concernant les conditions d'utilisation des fréquences hertziennes sont précisées par l'ARCEP³³⁰, alors que les modalités et les conditions d'attribution et de modification des autorisations d'utilisation de fréquences sont établies par décision du ministre chargé des communications électroniques sur sa proposition³³¹.

En outre, la CRE n'est pas compétente pour arrêter le montant des contributions dues par chaque redevable aux fins de compenser les charges de service public supportés par les opérateurs électriques. Cette compétence appartient aux ministres chargés de l'économie, du budget et de l'énergie³³². La CRE n'a en la matière qu'un pouvoir de proposition. Le Conseil d'État a jugé que la CRE peut bien adresser au contributeur défaillant une mise en demeure, mais il lui a interdit d'aller au-delà, voire de fixer l'imposition à la place des ministres compétents³³³. Or, en même temps, il a encadré la compétence ministérielle en matière de fixation des tarifs de vente, afin de s'assurer que lesdits tarifs ne sont pas inférieurs aux coûts moyens complets de chaque opérateur³³⁴.

³²⁹ Sur cette répartition, v. les art. L 36-6, L-42 et art. L42-2 al. 2 et al. 3 du CPCE. Pour une présentation synthétique de la répartition des compétences entre l'ARCEP et le ministre chargé des communications électroniques, v. T. PEZ, *Le domaine public hertzien, Attribution et exploitation des fréquences radioélectriques*, LGDJ, 2011, p. 51.

³³⁰ Sur ce point, v. les art. L 36-6 et L-42 du CPCE.

³³¹ Art. L. 42-2 du CPCE.

³³² V. la loi du 2000-108, 10 février 2000, *op. cit.*, art. 5.

³³³ En ce sens, v. CE, 13 mars 2006, *Sté Eurodif SA*, req. n^{os} 263433, 265967, 255333 et 258224, *RJEP* 2006, n^o 632, p. 245, concl. C. VÉROT ; *Cont. conc. consom.*, août 2006, n^o 8, chron. « Concurrence : interventions économiques des personnes publiques », n^o 2, chron. J.-M. GLATT. Dans cet arrêt, la haute juridiction administrative a également affirmé que dans la mesure où les contributions au fonds du service public de la production d'électricité sont un impôt, leur contentieux relève du juge de plein contentieux. V. dans le même sens (arrêt rendu le même jour) : CE, 13 mars 2006, *RFF*, req. n^o 265582, T. p. 860.

³³⁴ Sur ce point, v. CE, 7 juill. 2006, *Sté Poweo*, req. n^{os} 289012 et 289776 : *Cont. conc. consom.* 2006, comm. 189, note M. BAZEX.

Le degré de participation des autorités centrales de l'État à l'édition des actes administratifs unilatéraux de régulation conditionne la forme juridique particulière de l'acte réglementaire édicté à chaque fois. Les actes réglementaires de régulation peuvent ainsi revêtir plusieurs formes, comme celle du décret, le cas échéant en Conseil d'État ou de l'arrêté ministériel. Or, l'examen du pouvoir réglementaire des autorités de régulation déborde l'étude de tel ou tel acte réglementaire particulier. Il consiste, d'une manière plus générale, en l'analyse de la question de savoir comment concilier les obligations que postule l'inscription du pouvoir réglementaire de ces autorités dans la hiérarchie des normes avec le besoin de les doter d'une plénitude des pouvoirs qu'elles pourront adapter à la situation précise qui se présente devant elles pour répondre efficacement aux nécessités du marché.

L'examen du pouvoir réglementaire des autorités de régulation permet de comprendre la portée de leur indépendance. Comme il a été déjà souligné, l'indépendance des autorités de régulation est plutôt un élément de leur statut. Elle ne comprend aucune possibilité à leur égard de définir leurs propres compétences. Leur pouvoir réglementaire reste doublement circonscrit : d'une part, par les règles générales de répartition des compétences qui mettent en place ce pouvoir dans la hiérarchie des normes et, d'autre part, par les règles spécifiques qui s'appliquent à tel ou tel secteur.

Or, comment ce pouvoir se construit-il ? Présente-t-il des différences par rapport au pouvoir réglementaire dont disposent les autres autorités administratives « secondaires » ? Quelles sont ses limites, et quelles règles trouveraient à s'appliquer en cas de conflit avec les autres sources du pouvoir normatif qui concourent en matière de régulation ?

Si les autorités de régulation sont qualifiées de « secondaires », c'est pour se distinguer des autorités centrales de l'exécutif par rapport à l'étendue de leur pouvoir réglementaire. Le pouvoir réglementaire des autorités de régulation s'inscrit dans un réseau normatif au sein duquel il interfère avec la loi et le pouvoir réglementaire général. Les règles constitutionnelles relatives à la distribution du pouvoir réglementaire au sein de l'exécutif attribuent le pouvoir réglementaire général au Premier ministre, sous réserve de la compétence dont dispose le Président de la

République pour signer les « décrets délibérés en Conseil des ministres » en vertu de l'article 13 de la Constitution³³⁵.

L'article 21 de la Constitution interdit la dévolution de la compétence réglementaire générale à une autorité autre que le Premier ministre³³⁶. Cependant, il permet la déconcentration du pouvoir réglementaire et la dévolution conditionnée de certains segments de ce pouvoir à de divers organismes, au nombre desquels figurent les autorités de régulation. Si ces dernières se voient attribuer un pouvoir réglementaire, celui-ci reste subordonné au pouvoir réglementaire général, comme l'impose la hiérarchie des normes³³⁷ et l'implique l'unité du pouvoir réglementaire, telle que consacrée à l'article 21 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel se livre à une interprétation rigoureuse de l'article 21 de la Constitution pour s'assurer que le démembrement du pouvoir réglementaire ne nuit pas à son unité. En ce sens, si la déconcentration du pouvoir réglementaire reste possible, elle est conditionnée à l'impératif constitutionnel d'unité³³⁸.

Pour ce qui est du pouvoir réglementaire des autorités de régulation, il convient de distinguer entre sa *dévolution* et son *exercice*. La première est effectuée selon des règles communes à tout secteur qui visent à s'assurer que le législateur respecte la hiérarchie des normes lorsqu'il attribue un tel pouvoir à une autorité de régulation (Section 1). Or, si la mise en place du pouvoir réglementaire des autorités de régulation est harmonisée dans les différents marchés, les conditions particulières applicables à son *exercice* varient selon le secteur concerné (Section 2).

³³⁵ Ainsi, si le pouvoir réglementaire est unitaire, « l'autorité réglementaire nationale est duale ». En ce sens, v. A. HAQUET, *La loi et le règlement*, LGDJ, 2007, p. 28 s., not. pp. 28 et 32-33.

³³⁶ Sur ce point, v. Cons. const., Déc. 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, consid. 22, Rec. p. 33.

³³⁷ Comme le souligne B. FAURE : « un principe non écrit préside au partage du pouvoir réglementaire dans l'État : tout règlement d'une autorité secondaire doit trouver sa source dans un texte supérieur l'habilitant en ce sens » (B. FAURE, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *op. cit.*, p.120). En cens, v. également M. LOMBARD, « Régulation et hiérarchie des normes. Propos conclusifs », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Droit et économie de la régulation, vol. 2, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 77.

³³⁸ En ce sens, v. S. RENAUD, « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *RRJ*, 1^{er} déc. 2001, n°16, p. 2204.

Section 1. Une dévolution de pouvoir menée dans le respect de la hiérarchie des normes

Dans l'ordre juridique français, le pouvoir réglementaire est unitaire. Il comprend, d'abord, le pouvoir réglementaire général, conçu comme la possibilité pour l'autorité compétente de poser des règles générales et impersonnelles dans toutes les matières sauf celles qui sont réservées au législateur³³⁹. En outre, il est composé de divers pouvoirs réglementaires spéciaux. Ces derniers concernent un domaine de compétence précis et leur exercice peut être confié à plusieurs autorités. L'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national relève du Premier ministre sous réserve de la compétence du Président de la République pour signer les décrets délibérés en Conseil des ministres³⁴⁰. La dévolution d'un pouvoir réglementaire à des autorités autres que celles désignées par la Constitution est assurée par le législateur dans le respect de la jurisprudence constitutionnelle.

Expression de la déconcentration du pouvoir réglementaire, l'attribution d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation s'est consolidée progressivement. Le Conseil constitutionnel encadre ce pouvoir pour s'assurer qu'il n'excède pas les limites imposées par la hiérarchie des normes. C'est le législateur qui attribue aux autorités de régulation leurs compétences réglementaires, tout en s'assurant que celles-ci restent limitées tant en ce qui concerne leur champ d'application que leur contenu. Or, les autorités de régulation tendent à interpréter largement leurs textes fondateurs dans la perspective d'accroître leur pouvoir réglementaire. Le juge administratif se rallie à une telle interprétation dans un souci de doter les autorités de régulation d'un large éventail

³³⁹ Les professeurs G. VEDEL et P. DELVOLVÉ notent que le pouvoir réglementaire dont dispose le gouvernement est le « pouvoir réglementaire normal », et se fondent sur les articles 37 et 34 de la Constitution pour distinguer entre les matières intégralement remises au législateur, celles qui ne lui sont réservées que quant à leurs principes fondamentaux et celles qui ne lui sont aucunement réservées, pour lesquelles le pouvoir réglementaire reste pleinement compétent. En ce sens, v. G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 326 s.

³⁴⁰ Le chef de l'État a une compétence d'attribution en matière réglementaire. Comme l'observe A. HAQUET : « La compétence générale du Premier ministre n'interdit pas au chef de l'État d'être une autorité réglementaire supérieure (...). Dans le cas où le Président et le Premier Ministre ne s'accorderaient pas sur l'exercice de ce pouvoir, « la concurrence entre les deux autorités ne peut porter préjudice qu'au Premier ministre. Le président peut vider la compétence réglementaire du Premier ministre en évoquant les décrets ». V. A HAQUET, *La loi et le règlement*, *op. cit.*, p. 32. Sur l'articulation entre le pouvoir réglementaire du Premier ministre et celui du Président de la République, v. également B. SEILLER, *Droit administratif. Tome 1 : les sources et le juge*, 6^{ème} éd., Flammarion, 2016, pp. 112-117.

de compétences qui leur permettent d'affermir « l'interactivité entre le droit et le fait »³⁴¹. La limitation du pouvoir réglementaire des autorités de régulation par le législateur est une conséquence de l'inscription de celui-ci dans la hiérarchie des normes.

La hiérarchie des normes implique que le pouvoir réglementaire des autorités de régulation soit mis en place de telle manière que soit assurée l'unité du pouvoir réglementaire (§ 1). Dans un souci de garantir le respect de l'unité du pouvoir réglementaire, le Conseil constitutionnel a posé de strictes limites à la dévolution d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation (§ 2).

§ 1. Les limites posées par le principe d'unité du pouvoir réglementaire

Si le pouvoir réglementaire peut être fragmenté, partagé entre plusieurs autorités, déconcentré, il revient toujours au Premier ministre d'assurer son unité. Exigence constitutionnelle (A), l'unité du pouvoir réglementaire fait obstacle à ce que soit reconnu un pouvoir réglementaire autonome au profit des autorités de régulation qui serait fondé sur leur fonction (B).

A. L'unité du pouvoir réglementaire, exigence constitutionnelle

Le pouvoir réglementaire dont dispose le Premier ministre puise sa source dans la Constitution³⁴². Dès lors, le chef du gouvernement peut intervenir par voie

³⁴¹ CE, *Considérations générales sur les AAI, Rapport public 2001, op. cit.*, p. 280.

³⁴² La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire sans texte est également possible dans d'autres cas. V. par ex. le pouvoir des chefs de service de fixer les modalités d'organisation et de fonctionnement de leur service, tel que consacré par la jurisprudence *Jamart* (CE, Sect., 7 févr. 1936, *Jamart*, Rec. p. 172 ; *GAJA, op. cit.*, n° 45, p. 274). V. également le pouvoir réglementaire dont dispose le Premier ministre pour assurer le bon ordre sur l'ensemble du territoire (pouvoir de police) : CE, *Labonne*, Rec. p. 737, *GAJA, op. cit.*, n° 34, p. 203. Sur le même sujet, v. CE, Ass., 13 mai 1960, *SARL « Restaurant Nicolas »*, Rec. p. 324, CE, 2 mai 1973 ; Association culturelle des Israélites nord-africains de Paris, Rec. p. 82 ; CE, 4 juin 1975, *Sieurs Bouvet de la Maisonneuve et Millet*, Rec. p. 330 ; CE, 17 févr. 1978, Association dite : « Comité pour léguer l'esprit de la Résistance », Rec. p. 82 ; CE, Sect., 22 déc. 1978, Union des chambres syndicales d'affichage et publicité extérieure, Rec. p. 530 ; Cons. const., déc. n° 2000-434 DC du 20 juill. 2000, Rec. p. 107 et DC 87-149 I du 20 févr. 1987, Rec. p. 22 (déc. relatives à la police de la chasse).

réglementaire à tout moment, sans avoir besoin d'un texte législatif particulier l'autorisant à cet effet.

La Révolution française a réservé le pouvoir normatif à la loi, expression de la volonté générale. Jusqu'au milieu du 20^{ème} siècle, la loi et le règlement étaient définis « par référence aux *fonctions* assumées par leur auteurs »³⁴³. La suprématie de la loi se justifiait par la haute fonction dévolue à l'organisme chargé de son édicition : c'est parce que le Parlement participait à l'exercice de la souveraineté nationale et énonçait la volonté générale qu'il s'était vu confier la compétence d'édicition des lois. En revanche, n'assurant pas de telles fonctions, l'autorité réglementaire restait cantonnée à l'exécution de la loi. Le critère organique était bien présent à l'époque, mais il « renvoyait au rôle dévolu à l'autorité normative »³⁴⁴.

La conception française du pouvoir réglementaire de l'administration s'est forgée étape par étape tout au long du 19^{ème} et durant le début du 20^{ème} siècle. Si un tel pouvoir existait déjà sous l'Ancien Régime, il se confondait avec les autres expressions du pouvoir royal³⁴⁵. Son outil d'exercice, le règlement, se rapproche de la loi du point de vue matériel³⁴⁶, dès lors que tous les deux sont des moyens de production des règles de droit. Si le règlement « constitue un acte administratif en raison du caractère des organes dont il émane et si dès lors, à ce titre il appartient à la juridiction administrative d'en contrôler la légalité, il participe également du caractère de l'acte législatif, puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire »³⁴⁷.

La Constitution de 1958 consacre le partage entre le domaine de la loi et du règlement. L'aspiration initiale des auteurs de ce texte avait été de limiter le domaine de la loi en faveur du pouvoir réglementaire. Alors que le législateur était maître de sa compétence

³⁴³ A. HAQUET, *La loi et le règlement*, LGDJ, 2007, p. 10.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ Sur ce point, v. J-M. AUBY, « Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'administration en droit administratif français », in *Mél. M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 9.

³⁴⁶ Selon L. DUGUIT : « le règlement est une loi au sens matériel parce qu'il est un acte-règle » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing-de Boccard, 3^e éd., 1928). Sur la distinction entre les actes-règles, les actes conditions et les actes subjectifs, telle qu'établie par L. Duguit, v. B. SEILLER, *Droit administratif. Tome 2 : l'action administrative, op. cit.*, pp. 148-149.

³⁴⁷ TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, Rec. p. 498. Bien que cette jurisprudence soit célèbre pour le mécanisme de renvoi préjudiciel qu'elle instaure au profit du juge administratif en matière d'appréciation de la légalité des actes administratifs, elle fait également état de la nature composite, à la fois administrative et « législative », des actes réglementaires.

sous la III^{ème} et la IV^{ème} République, la Constitution de la V^{ème} République a réservé la maîtrise de la répartition des compétences normatives au pouvoir constituant³⁴⁸. Le domaine de la loi est devenu exceptionnel, le pouvoir réglementaire ayant supplanté la loi « quant à sa qualité de pouvoir normatif de droit commun »³⁴⁹. L'objectif des constituants fut d'encadrer le domaine de compétences de la loi pour doter le pouvoir exécutif d'une « véritable autonomie normative »³⁵⁰. La loi a ainsi un domaine d'intervention limité : elle fixe les règles ou détermine les principes de certaines matières, telles que précisées dans l'article 34 de la Constitution. Selon l'article 37 de la Constitution, « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ». Le législateur dispose ainsi d'une compétence d'attribution, le domaine réglementaire étant défini *a contrario*.

Par contre, l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une autorité autre que le Premier ministre doit être prévue et organisée par la loi. Les autorités chargées du pouvoir réglementaire en sont dépendantes : elles sont instituées par un texte législatif, qui leur octroie un pouvoir réglementaire et en fixe l'étendue et les limites. En ce qui concerne les autorités de régulation en particulier, ledit pouvoir leur est notamment attribué par leurs textes fondateurs. Admis dans son principe, le pouvoir réglementaire des autorités de régulation doit s'exercer selon des modalités lui permettant d'être conforme aux normes qui lui sont supérieures.

La loi a un domaine d'intervention limité : elle fixe les règles ou détermine les principes de certaines matières précisées dans l'article 34 de la Constitution. Selon l'article 37 de la Constitution, « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ». Le législateur dispose ainsi d'une compétence d'attribution, le domaine réglementaire étant défini *a contrario*.

L'unité du pouvoir réglementaire est garantie par la Constitution qui attribue le pouvoir réglementaire à des autorités précises et ne connaît qu'une forme de celui-ci : le pouvoir réglementaire général. D'un premier point de vue, l'article 21 de la Constitution semble

³⁴⁸ En ce sens, v. B. MATTHIEU, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 73 s., spéc. p. 75.

³⁴⁹ L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, septembre-octobre 1987, p. 871.

³⁵⁰ B. MATTHIEU, « La part de la loi, la part du règlement », *op. cit.*, p. 87.

exclure la possibilité de confier le pouvoir réglementaire à une autorité autre que le Premier ministre. Cette disposition attribue le pouvoir réglementaire au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République³⁵¹. Il n'y a ainsi qu'un pouvoir réglementaire, « concentré entre les mains du Premier ministre »³⁵².

La dévolution d'un pouvoir réglementaire à des autorités autres que celles désignées par la Constitution ne peut qu'être l'œuvre du législateur. Les autorités de régulation ne peuvent pas se permettre de mobiliser d'autres sources que la loi, afin de se voir reconnaître un pouvoir réglementaire. L'hypothèse d'une autonomie du pouvoir réglementaire des autorités de régulation fondée sur leur mission serait à exclure.

B. La négation d'une prétendue autonomie du pouvoir réglementaire des autorités de régulation

Ancrée dans l'article 37 de la Constitution, la notion de règlement autonome désigne la possibilité dont dispose le pouvoir réglementaire d'intervenir dans toute matière qui ne relève pas du domaine de la loi, sans qu'il y ait besoin que la loi l'autorise à cet effet. Le gouvernement tient son pouvoir normatif directement de la Constitution, ce qui permet au Premier ministre d'édicter des « règlements spontanés, pris certes pour l'application d'une loi, alors même que celle-ci est restée muette quant au renvoi à opérer au règlement aux fins d'exécution »³⁵³.

Ainsi le pouvoir réglementaire ne serait-il autonome que dans le sens où il pourrait s'exercer de façon spontanée sans qu'il y ait renvoi exprès à la loi. L'autonomie du pouvoir réglementaire, telle que prévue à l'article 37 de la Constitution, implique que son dépositaire n'aie pas besoin d'habilitation législative pour agir³⁵⁴. Cependant, elle ne comprend aucune possibilité à son égard de se soustraire à son obligation de légalité.

³⁵¹ L'article 21 de la Constitution prévoit que le premier ministre « [...] assure l'exécution des lois » et « [...] exerce le pouvoir réglementaire ».

³⁵² J.-Y. CHÉROT, « " Le premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire ". Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution », *RRJ* 2001, n° 5 (édition spéciale), p. 2191.

³⁵³ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel* (éd. 2017), Dalloz, 19^{ème} éd., 2016, p. 235.

³⁵⁴ Sur ce point, v. CE, 8 févr. 1985, *Association des centres distributeurs d'Edouard Leclerc*, Rec. p. 27.

Celui-ci reste soumis tant aux normes constitutionnelles qu'aux principes généraux du droit³⁵⁵. Dans tous les cas, le pouvoir réglementaire a pour fonction de mettre en œuvre la loi et reste subordonné à celle-ci.

Les règlements autonomes se distinguent des règlements d'exécution des lois prévus par l'article 21 de la Constitution et des règlements pris pour l'application des lois. Établie par J.-M. Auby³⁵⁶, la distinction entre les règlements d'exécution des lois et ceux pris pour l'application des lois est fondée sur le différent objet auquel se rattachent ces deux types d'actes réglementaires³⁵⁷. Selon l'auteur, les règlements d'exécution fixent les conditions d'application et les mesures complémentaires de la loi. Sans eux, la loi resterait inapplicable. En revanche, les règlements pris pour l'application de la loi n'ajoutent rien à la loi. Ils ont pour fonction unique de concrétiser les dispositions législatives, de faire appliquer la loi. Le pouvoir réglementaire pris pour l'application de la loi ne pourrait pas être considéré comme un véritable pouvoir réglementaire, dès lors qu'il « n'est pas une prérogative distincte, ce n'est qu'un aspect du pouvoir de prendre des décisions administratives pour exercer une compétence, c'est-à-dire une fonction déterminée »³⁵⁸.

« Les règlements autonomes existent-ils ? »³⁵⁹, s'interroge Louis Favoreu en 1977 pour répondre par la négative dix ans après³⁶⁰. Le professeur déconstruit la notion de règlements autonomes et insiste sur l'unité du pouvoir réglementaire. Il souligne que le fondement du pouvoir réglementaire réside dans seul l'article 37 de la Constitution, l'article 21 désignant juste l'autorité chargée du pouvoir réglementaire général, voire les organes compétents pour en assurer l'unité. En s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, il parvient à démontrer que les règlements

³⁵⁵ En ce sens, V. J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif. Cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêts avec corrigés*, op. cit., p. 327 ; R. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, chron., p. 119. Sur la soumission du pouvoir réglementaire de l'article 37 aux principes généraux du droit, v. CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, Rec. p. 394 ; GAJA, op. cit., n° 72, p. 471.

³⁵⁶ Sur ce point, v. J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 20 septembre 1984, p. 468 s., spéc. p. 470.

³⁵⁷ En ce sens, v. A. HAQUET, *La loi et le règlement*, op. cit., p. 107 s.

³⁵⁸ Ces propos sont empruntés à J.-C. DOUENCE, qui les emploie à propos du pouvoir réglementaire des collectivités locales. Sur ce point, v. J.-Y. CHÉROT, « " Le premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire ". Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution », op. cit., p. 2193.

³⁵⁹ L. FAVOREU, « Les règlements autonomes existent-ils? », in *Mél. G. Burdeau*, 1977, p. 405 s.

³⁶⁰ L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », op. cit., pp. 871-884.

dits « autonomes » de l'article 37 ne sont pas différents des règlements de l'article 21 : tous deux restent soumis à la Constitution, aux lois ainsi qu'au même régime contentieux. Le professeur note que tous les règlements ont un lien plus ou moins fort avec la loi. C'est le degré de dépendance par rapport à elle qui détermine d'ailleurs leur régime contentieux.

Considérer que la fonction des autorités de régulation pourrait servir de source du pouvoir réglementaire à leur profit nous paraît juridiquement inexact. Comme le souligne A. Haquet, si la fonction assurée par un organisme permet de légitimer le pouvoir qui lui est attribué et de comprendre le régime juridique de ses actes, juridiquement elle ne commande rien : « c'est la *compétence* qui constitue le critère de répartition du pouvoir normatif »³⁶¹. En effet, l'examen circonstancié des diverses expressions du pouvoir réglementaire finit par la négation de son autonomie. Cette dernière « a en effet été combattue, que ce fût au niveau national (pas de domaine réglementaire autonome hermétique au législateur), au niveau local (pas de compétence exclusive des autorités locales) ou à l'égard des autorités indépendantes (pas de domaine réglementaire initial) »³⁶².

L'unité du pouvoir réglementaire n'exclut pas sa déconcentration. La dévolution d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation est essentielle pour l'exercice de leur mission. Grâce à ce pouvoir, elles peuvent adapter constamment le droit aux faits selon les besoins spécifiques de chaque marché et répondre aux nécessités évolutives de l'intérêt général³⁶³. Or, lorsque le législateur attribue un tel pouvoir aux autorités de régulation, il veille à ce que celui-ci n'empiète pas sur le pouvoir réglementaire général du Premier ministre. Si les autorités de régulation se voient confier une compétence réglementaire pour satisfaire à certaines de leurs missions, c'est « dans une mesure

³⁶¹ A. HAQUET, *La loi et le règlement*, *op. cit.*, p. 15.

³⁶² V. A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité », *op. cit.*, p. 403.

³⁶³ Comme le souligne le Conseil d'État dans son rapport public de 2001 consacré aux autorités administratives indépendantes : « On attend en effet de la régulation qu'elle assure en continu l'interactivité entre le droit et le fait. Ce qui veut dire qu'il appartient à l'autorité de régulation de faire évoluer en permanence la règle qu'elle applique pour mieux suivre l'évolution de comportements sur le terrain ou l'inventivité des opérateurs, et qu'elle doit parallèlement mettre fin en permanence aux comportements déviants ou susceptibles d'affecter les équilibres du système et plus encore, si possible, les prévenir » (CE, *Considérations générales sur les AAI, Rapport public 2001*, *op. cit.*, p. 280).

étroite qui ne compromettrait pas la compétence principale du gouvernement »³⁶⁴. Dès lors, s'il y a une tendance à la généralisation du pouvoir réglementaire des autorités de régulation pour faciliter l'exercice de leur fonction, celle-ci doit se concilier avec le principe de spécialité réglementaire³⁶⁵. Le Conseil constitutionnel encadre strictement le pouvoir réglementaire des autorités de régulation pour garantir le respect de l'unité du pouvoir réglementaire, telle que prescrite par la hiérarchie des normes.

§ 2. *Les précisions apportées par le Conseil constitutionnel*

La reconnaissance, par le Conseil Constitutionnel, d'un pouvoir réglementaire au profit des autorités de régulation a été progressive. Le premier pas a été franchi avec sa jurisprudence relative au pouvoir réglementaire de leurs homologues qui interviennent en matière de protection des droits fondamentaux. La mission précise de l'autorité en cause n'exerce aucune influence sur la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire à son profit par le Conseil constitutionnel. Ce qui importe pour le Conseil constitutionnel, c'est que toutes ces autorités entrent dans la catégorie des autorités « autres que le Premier ministre ». La terminologie employée pour décrire le destinataire de l'habilitation législative varie. Le Conseil constitutionnel utilise à cet effet indistinctement les termes « autorité de l'Etat »³⁶⁶ ou « autorité publique »³⁶⁷.

Dans un esprit favorable à la reconnaissance d'un pouvoir normatif de régulation au profit des autorités autres que le Premier ministre, le Conseil constitutionnel a précisé que l'article 21 de la Constitution ne fait pas obstacle à ce que le législateur leur confie « le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre la loi »³⁶⁸. Cette formulation a été utilisée en 1986 à propos du pouvoir reconnu par la loi sur la communication audiovisuelle à la Commission Nationale de Communication et des Libertés qui fut remplacée en 1989 par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel. Le Conseil constitutionnel a réitéré cette jurisprudence en 1989 en lui

³⁶⁴ B. FAURE, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *op. cit.*, p. 119.

³⁶⁵ B. FAURE, *ibid.*, p. 121.

³⁶⁶ déc. n° 89-248 DC du 17 janv. 1989, RJC I-339 et 93-324 DC du 3 août 1993, RJC I-537.

³⁶⁷ déc. n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, RJC I-365 et 91-304 DC du 15 janv. 1992

³⁶⁸ Cons. const., déc. n° 89-217 DC du 18 septembre 1986, Rec. p. 141, RJC I, p. 283.

apportant plus de limites³⁶⁹. Il a ainsi jugé que si le législateur peut confier à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer les normes permettant de mettre en œuvre une loi, « c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant dans leur champ d'application que par leur contenu »³⁷⁰. Dans cette décision, il était question de la compétence réglementaire du CSA consistant à déterminer « par voie réglementaire, non seulement les règles déontologiques concernant la publicité mais également l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues ». La portée de son pouvoir réglementaire en la matière étant trop étendue, celui-ci fut censuré par rapport à l'article 21 de la Constitution³⁷¹.

Initialement consacrée à propos d'une autorité comme le CSA, qui vise principalement à la protection des droits et des libertés publiques, la possibilité d'octroi d'un pouvoir réglementaire au profit des autorités administratives indépendantes a été vite répandue aux autorités de régulation, plus précisément à l'ARCEP (ART à l'époque)³⁷² et la CRE³⁷³. En tant qu'« autorités autres que le Premier ministre », ces autorités ne peuvent que se voir attribuer un pouvoir « supplétif » (B), dans les conditions posées par le Conseil constitutionnel (A).

³⁶⁹ Cons. const., déc. n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Rec. p. 18, *RJC I*, p. 339.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ En ce sens, v. J.-Y. CHÉROT, « " Le premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire ". Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution », *op. cit.*, pp. 2194-2195.

³⁷² Sur le pouvoir réglementaire de l'ARCEP, v. Cons. const., déc. n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, JO du 27 juillet 1996, p. 11400, Rec. p. 99. V. également, S. BRACONNIER, « La régulation des services publics », *RFDA* 2001, p. 43 ; J. CHEVALLIER, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *RFDA* 1996, p. 909 ; H. MAISL, « Commentaire de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications », *AJDA* 1996, p. 762 ; O. SCHRAMECK, « Contrôle de la répartition des compétences entre la loi et le règlement à propos de l'instance de régulation des télécommunications », *AJDA* 1996, p. 694 ; P.-G. PEROT, « La nouvelle réglementation des télécommunications », *LPA*, 1^{er} nov. 1996, p. 15 ; M. BERTRAND et V. MICHEL, « Chronique de la jurisprudence constitutionnelle », *LPA*, 11 juin 1997, p. 16.

³⁷³ Le pouvoir réglementaire de la CRE est prévu aux articles L. 134-1 et L. 134-2 du code de l'énergie. Le texte initial qui confiait à la CRE la compétence d'édicter des normes générales et impersonnelles pour réguler le marché de l'énergie était la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (JORF, n°35 du 11 février 2000, p. 2143). Cette loi permettait à l'Autorité d'agir « en cas de besoin », ce qui pouvait supposer la reconnaissance d'une large marge de manœuvre à son égard quant à l'exercice de son pouvoir réglementaire. Cette faculté a été abrogée par la suite. Il convient de noter que la loi de 2000 n'a pas été déférée au Conseil Constitutionnel. Ses dispositions relatives au pouvoir réglementaire de la CRE pourraient ainsi être sanctionnées si elles faisaient l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité.

A. Les conditions de dévolution d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation selon le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur le pouvoir réglementaire de l'ART dans sa décision n° 96-378 DC³⁷⁴. Dans celle-ci, il a d'abord rappelé qu'il incombe au Premier ministre d'assurer l'exécution des lois et d'exercer le pouvoir réglementaire, en vertu de l'article 21 de la Constitution, sous réserve des dispositions de l'article 13. Il a ensuite réitéré sa formulation classique, selon laquelle « si ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité publique autre que le Premier ministre le soin de fixer les normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »³⁷⁵.

Cette double condition fut posée pour la première fois dans la décision n° 89-248 DC³⁷⁶, mais elle était cependant sous-jacente déjà dans la décision n° 86-217 DC³⁷⁷. Dans cette dernière, le Conseil Constitutionnel a utilisé une formulation équivalente, en considérant que si des autorités autres que le Premier ministre peuvent exercer un pouvoir réglementaire, ce ne sera que « dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements ». La première partie de cet énoncé (« dans un domaine déterminé ») équivaut à la nécessité que le pouvoir réglementaire d'une autorité autre que le Premier ministre soit limité dans son champ d'application, alors que sa seconde partie (« dans le cadre défini par les lois et règlements ») correspond à l'exigence que les mesures arrêtées soient limitées dans leur contenu.

Dans sa décision n° 96-378 DC précitée, le Conseil Constitutionnel a validé le pouvoir réglementaire de l'ART, tel que prévu dans l'article L. 36-6 à l'égard de ces conditions. Dans un tout premier temps, il a considéré que la compétence de l'ART était limitée dans son contenu, dans la mesure où l'article précité soumettait son exercice au respect

³⁷⁴ Cons. const., déc. n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, *op. cit.*

³⁷⁵ Cons. n° 11 de l'arrêt.

³⁷⁶ En particulier, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition législative habilitant le Conseil supérieur de l'audiovisuel à fixer par voie réglementaire les règles déontologiques concernant la publicité et l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues.

³⁷⁷ Cons. const., déc. n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141.

des dispositions du Code des postes et des télécommunications et de ses règlements d'application.

Le Conseil constitutionnel examine de manière stricte l'habilitation législative donnée au pouvoir réglementaire, afin de vérifier son étendue et sa portée. L'habilitation donnée par la loi à une autorité autre que le Premier ministre d'arrêter les normes permettant sa mise en œuvre est doublement limitée : tant en « surface » qu'en « profondeur »³⁷⁸. Le pouvoir réglementaire des autorités autres que le Premier ministre ne peut ni être trop étendu ni porter sur des questions essentielles, celles-ci devant être régies par le gouvernement qui est d'ailleurs politiquement responsable.

Le pouvoir réglementaire des autorités de régulation reste ainsi un pouvoir subordonné et second³⁷⁹. Ce constat est confirmé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce dernier a affirmé que l'intervention du pouvoir réglementaire national ne peut pas être soumise aux règlements fixés par une autorité administrative indépendante³⁸⁰. En outre, le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur ne peut pas conditionner l'exercice par le Premier ministre de son pouvoir réglementaire à l'avis conforme d'une telle autorité³⁸¹.

Le professeur Favoreu résume l'ensemble des rapports entre la Constitution, la loi et le règlement en une seule phrase. Selon le professeur, il incombe « aux normes constitutionnelles, [de statuer sur] l'essentiel ; aux normes législatives, l'important ; aux normes réglementaires, le secondaire et le détail »³⁸². Ayant vocation à régir des questions techniques, la régulation devient le terrain de prédilection du pouvoir réglementaire. La technicité des matières soumises à régulation figure à la fois comme *critère d'attribution* des pouvoirs réglementaires aux autorités de régulation et comme

³⁷⁸ P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA et A. ROUX (ouvrage créé par L. FAVOREU et L. PHILIP), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 115. Sur l'étendue de ce contrôle, v. Cons. const., déc. n° 2001-452 DC du 6 déc. 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, consid. 18 ; M. DEGOFFE, « Constitution et compétences normatives économiques des "autorités de régulation" », *LPA*, 22 janv. 2009, p. 18.

³⁷⁹ En ce sens, v. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 115.

³⁸⁰ Sur ce point, v. Cons. const., déc. n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, op. cit., consid. n° 60.

³⁸¹ Cons. const., déc. n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, Rec. p. 129, consid. n° 37.

³⁸² L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », op. cit., p. 883.

limite à la dévolution de tels pouvoirs à leur profit. Le champ de compétence réglementaire desdites autorités ne peut pas excéder le cadre des questions techniques et présente un caractère « supplétif ».

B. Le caractère « supplétif » du pouvoir réglementaire des autorités de régulation

La loi dote les autorités de régulation du pouvoir d'édicter des normes générales et impersonnelles pour faciliter l'émergence et le maintien de la concurrence dans les secteurs concernés. L'examen comparé des textes attributifs de compétence à l'ARCEP et à la CRE en matière réglementaire fait apparaître plusieurs divergences quant à l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir réglementaire conféré à chaque autorité. Le seul point commun que présentent ces autorités en la matière consiste en le fait que leur pouvoir réglementaire ne peut porter que sur des questions techniques.

La technicité des questions appelant à être régulées par voie réglementaire est non seulement un critère d'attribution d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation par le législateur, mais également un élément qui permet la reconnaissance d'un tel pouvoir par le juge administratif, voire même parfois par le juge judiciaire. Ainsi, selon la Cour de Cassation, les autorités de régulation sont libres de décider seules sur des questions techniques ou économiques concernant l'exercice de la concurrence sous condition que leur pouvoir réglementaire ne se traduise pas par de moindres garanties procédurales par les parties³⁸³.

Le pouvoir réglementaire des autorités de régulation diffère quant à son étendue au sein des différents secteurs. L'ARCEP dispose d'une compétence réglementaire « étendue, quoique très technique », alors que la CRE a « un pouvoir que l'on peut qualifier de supplétif »³⁸⁴. Le pouvoir réglementaire de l'ARCEP peut être tant symétrique

³⁸³ En ce sens, v. Cass., 1^{ère} civ., 14 nov. 2000, *Société Cooper Communications*, JCPG 2000, rubrique « Actualités », p. 2220, cité par S. BRACONNIER, in « La régulation des services publics », *op. cit.*, p. 50 (note infrapaginale n° 52).

³⁸⁴ A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité. », *RDJ* 2008, n° 2, p. 395.

qu'asymétrique³⁸⁵. D'un côté, le pouvoir réglementaire symétrique consiste en l'imposition des obligations à tous les opérateurs, peu importe leur puissance économique. La source législative du pouvoir réglementaire symétrique de l'ARCEP réside dans l'article L. 36-6 du CPCE. Ce dernier attribue à l'ARCEP la compétence de préciser les règles concernant les droits et obligations afférents à l'exploitation des différentes catégories de réseaux et de services. L'ARCEP est également compétente, en vertu de cet article, pour fixer les prescriptions applicables aux conditions techniques et financières d'interconnexion, d'accès et d'itinérance locale, ainsi que les conditions d'utilisation des fréquences. Finalement, l'article L. 36-6 du CPCE investit l'ARCEP de la compétence relative à l'établissement et l'exploitation des réseaux et à la détermination de leurs points de terminaison. Toutes les décisions réglementaires de l'ARCEP prises dans le cadre de cet article sont soumises à l'homologation du ministre des communications électroniques³⁸⁶.

De l'autre côté, le pouvoir réglementaire asymétrique de l'ARCEP n'a pour destinataires que les opérateurs « réputés exercer une influence significative sur le marché », tels que désignés par elle lors de l'analyse du marché effectuée dans le cadre de l'article L. 37-1 du CPCE. L'imposition des obligations supplémentaires à l'égard des opérateurs puissants vise à permettre aux autres opérateurs de développer plus leur activité sur le marché et renforce ainsi le déploiement de la concurrence en son sein³⁸⁷. Parmi ces obligations figure notamment celle consistant à ce que les opérateurs puissants permettent aux autres opérateurs de bénéficier d'une interconnexion et d'accéder à leur propres réseaux à des tarifs orientés vers les coûts correspondants³⁸⁸.

L'interconnexion est « un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux ouverts au public »³⁸⁹. Elle permet aux utilisateurs de chaque opérateur de communiquer avec les autres utilisateurs du même opérateur et avec ceux des autres opérateurs. Si les réseaux exploités par les divers opérateurs ne seraient pas

³⁸⁵ En ce sens, v. J. ADDA, « Les règlements des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques », *Concurrences* 2010, n° 4, p. 75 s., spéc. p. 81.

³⁸⁶ P. BATTISTINI, « Le pouvoir normatif de l'autorité de régulation des télécommunications », *RRJ* 2001, n° 5, p. 2225.

³⁸⁷ Selon l'article 37-2 du CPCE : « 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 effective et durable et les supprime dès lors qu'une telle concurrence existe ».

³⁸⁸ Sur les obligations asymétriques que peut imposer l'ARCEP, v. l'art. L. 38 CPCE.

³⁸⁹ Art. L 32, al. 9 du CPCE.

physiquement et logiquement liés entre eux, leurs abonnés n'auraient pas la possibilité d'effectuer des appels vers des abonnés des autres opérateurs. Ils ne pourraient non plus utiliser les services des autres opérateurs. Les prestations d'interconnexion et d'acheminement des données présentent des enjeux très importants du point de vue du financement des réseaux, de leur fonctionnement efficace et conditionnent le développement de la concurrence sur le marché. La haute technicité que présente le domaine de l'interconnexion justifie la reconnaissance d'un vaste pouvoir réglementaire de l'ARCEP en la matière.

Le pouvoir réglementaire asymétrique est spécifique par rapport aux autres types du pouvoir réglementaire, dès lors qu'il est conditionné à la désignation par l'ARCEP des opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques. Ne s'appliquant qu'à des opérateurs prédéfinis et recensés dans une liste distincte, ce type de pouvoir réglementaire est moins « général » et « impersonnel » que le pouvoir réglementaire « classique ». En outre, si l'ARCEP constate, au cours de la régulation, qu'un opérateur ne figurant pas dans la liste des opérateurs puissants réunit les conditions impliquant de l'y faire entrer, elle ne pourra pas lui imposer des obligations asymétriques tout de suite, ce qui rend son action moins efficace.

Dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, l'ARCEP ne saurait aller au-delà de la loi. En ce sens, elle « met un œuvre un régime juridique, mais ne l'invente pas »³⁹⁰. Elle ne peut que concrétiser la loi³⁹¹. À cet effet, comme le souligne le professeur Arnaud Haquet, il n'est pas possible « de dire que les autorités indépendantes déterminent leurs propres compétences sous prétexte qu'elles auraient à assumer une mission générale de régulation »³⁹². Aucune autonomie réglementaire ne saurait être envisageable au profit de l'ARCEP, nonobstant sa mission de régulation. La limitation de son pouvoir découle

³⁹⁰ A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité. », *op. cit.*, pp. 409-410.

³⁹¹ En ce sens, v. J.-C. VENEZIA, « Les règlements d'application », in *Mél. R. Chapus : droit administratif*, Montchrestien, 1992, Paris, p. 673 s., spéc. p. 676.

³⁹² A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité. », *op. cit.*, p. 409.

du principe de la hiérarchie des normes qui trace le cadre de l'action des autorités de régulation, voire fonde leur légitimité³⁹³.

En tant que pouvoir dévolu à une autorité autre que le Premier ministre, le pouvoir réglementaire de la CRE reste également subordonné à la loi et cantonné aux questions techniques, mais il présente des différences essentielles par rapport au pouvoir de son homologue en matière de communications électroniques. La loi instituant la CRE lui attribuait le pouvoir de « (...) préciser par décision publiée au Journal Officiel, *en tant que besoin*, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, les règles concernant » une série de matières relatives à la régulation du marché de l'électricité³⁹⁴. La phrase « en tant que besoin » ne figure pas dans la rédaction actuelle du code de l'énergie³⁹⁵. Sa suppression était essentielle, dès lors que cette disposition avait pour conséquence « d'attribuer à la CRE une trop grande marge d'appréciation quant à la nécessité d'user son pouvoir normatif, eu égard aux exigences posées par le Conseil Constitutionnel dans la décision relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel »³⁹⁶.

La même disposition existe néanmoins en matière ferroviaire. L'article L. 2131-7 du code des transports, qui porte sur la compétence réglementaire de l'ARAFER, lui laisse le soin de préciser, « (...) dans le respect des dispositions législatives et réglementaires (...) en tant que de besoin (...) » et dans le cadre de ses missions, les règles relatives aux conditions d'accès au réseau et de son utilisation. Parmi les compétences réglementaires de l'ARAFER figure notamment celle consistant à définir les modalités d'accès aux gares, qui sont qualifiées d'infrastructures essentielles au sens du droit de la concurrence.

L'ARAFER veille, par l'exercice de son pouvoir réglementaire, à garantir la transparence dans le secteur ferroviaire. Elle est compétente pour préciser les règles comptables et financières qui s'appliquent aux activités soumises à régulation, dans la

³⁹³ M. LOMBARD, « Régulation et hiérarchie des normes, propos conclusifs », *op. cit.*, p. 78.

³⁹⁴ V. loi n° 2000-108 du 10 février 2000, JO n° 35 du 11 février 2000, p. 2143, art. 37.

³⁹⁵ V. l'art. L-134-1 du Code de l'énergie.

³⁹⁶ J.-V. BOREL, « 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 », RRJ 2001-5, Cahiers de méthodologie juridique, p. 2246. *Contra*, M. GUÉNAIRE (dir.), *Code de l'énergie*, LexisNexis, 2013, p. 92.

perspective d'élaborer un cadre harmonisé et transparent relatif à l'ensemble des activités régulées³⁹⁷.

Au pouvoir réglementaire supplétif, mais propre, dont bénéficie l'ARAFER, vient s'ajouter sa compétence consultative étendue en matière réglementaire qui comprend notamment le pouvoir d'émettre un avis conforme concernant la fixation des redevances acquittées par les opérateurs dans le secteur ferroviaire pour utiliser le réseau (péages)³⁹⁸.

Le point commun des différentes compétences réglementaires des autorités de régulation précitées est qu'elles portent sur des questions secondaires, l'essentiel en matière de régulation étant réservé au législateur.

Le principe de la hiérarchie des normes ne se limite pas à encadrer la mise en place du pouvoir réglementaire des autorités de régulation. Il joue également un rôle de fil conducteur dans les diverses tentatives du juge administratif visant l'extension dudit pouvoir. Si le juge administratif est de plus en plus enclin à reconnaître un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation, il s'assure en même temps que cette reconnaissance s'opère dans le respect de la hiérarchie des normes.

Section 2. Un pouvoir répondant à des conditions d'exercice différentes selon le secteur concerné

La fixation des règles techniques applicables aux entreprises qui exercent leurs activités au sein des secteurs ouverts à la concurrence par les autorités de régulation s'opère-t-elle toujours selon des conditions qui garantissent leur indépendance ? L'examen des conditions sous lesquelles s'exerce le pouvoir réglementaire au sein des différents secteurs fait apparaître une divergence importante relative au degré d'association du ministre. La participation de ce dernier à l'exercice du pouvoir réglementaire en matière de régulation se réalise à travers l'homologation des actes réglementaires pris par les

³⁹⁷ P. VIEU, « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *RFDA* 2012, p. 35.

³⁹⁸ Pour une présentation détaillée de ces pouvoirs, v. ARAFER, *Rapport d'activité pour 2013*, La documentation française, 2013, p. 8 s.

autorités de régulation. En matière de régulation, le ministre, autorité centrale de l'État, est associé à la procédure de confection des actes réglementaires pris tant dans le secteur des communications électroniques que dans le secteur ferroviaire. La soumission du pouvoir réglementaire des autorités de régulation à homologation ministérielle est la règle (§ 1), seul le secteur de l'énergie en étant exempté (§ 2).

§ 1. Un pouvoir en principe soumis à homologation ministérielle

L'homologation en droit administratif est un sujet oublié de la doctrine. Ils ne lui sont spécifiquement consacrés que les travaux du professeur C. Fardet, notamment sa thèse³⁹⁹. Dans cette dernière, le professeur tente de définir la notion d'homologation en droit administratif et présente son régime. L'homologation ministérielle des actes des autorités de régulation pose des interrogations quant à sa nature et sa portée. L'homologation conduit-elle à un partage du pouvoir réglementaire entre les autorités de régulation et l'État ? Comment se concilie-t-elle avec leur nature d'autorités administratives indépendantes ? Finalement, devrait-elle être généralisée en matière de régulation ou plutôt supprimée afin que les autorités de régulation soient restées seules dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire ? Pour répondre à ces questions, il convient d'identifier la notion d'homologation administrative (A) et d'examiner les effets que déploie l'homologation ministérielle des actes réglementaires de régulation en particulier (B).

A. La notion d'homologation

Le professeur Fardet qualifie l'homologation de « fondement ou condition d'un acte juridique normateur »⁴⁰⁰. L'homologation est le complément juridique d'un acte qui lui permet de développer pleinement ses effets. Elle peut être prononcée par le juge ou par l'administration. L'homologation administrative, seule qui nous intéresse ici, peut avoir divers objets (1). Son identification implique de la distinguer des notions voisines (2).

³⁹⁹ C. FARDET, *L'homologation en droit administratif*, Thèse dact., Bibl. Cujas, Paris 2, 1996. V. également, du même auteur : « La notion d'homologation », *Droits* 1999, n° 28, p. 181.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 89.

1. Les différents objets éventuels de l'homologation administrative

Les objets sur lesquels peut porter l'homologation administrative varient. Dans une première hypothèse, elle peut avoir pour objet un fait donné, par exemple une lésion. L'homologation des blessures de guerre en est un exemple significatif. Elle implique que l'administration vérifie dans quelle mesure la lésion invoquée par l'administré entre dans la catégorie des blessures de guerre ouvrant droit à une pension militaire d'invalidité. Dans ce cas, l'homologation ne porte pas sur une norme, mais sur un fait auquel elle confère une valeur normative. L'homologation, ou, le cas échéant, le refus d'homologation⁴⁰¹, d'une lésion en tant que blessure de guerre constitue un acte administratif relevant, des tribunaux administratifs ou du Conseil d'État.

En outre, l'homologation peut porter sur des contrats de droit privé. C'est le cas notamment de l'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée. Dans cette hypothèse, le code de travail précise que « l'homologation ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la convention. Tout litige concernant la convention [de rupture], l'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence du conseil des prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif »⁴⁰². L'homologation ne change en rien la nature de la convention de rupture homologuée ni transfère au juge administratif son contentieux. L'inspection du travail (DIRECTTE), chargée d'homologuer les contrats de rupture, vérifie le libre consentement des parties, les éléments sur lesquels est fondé l'accord du salarié et le respect des conditions posées par la loi, comme le respect du délai de rétractation⁴⁰³.

Vient ensuite l'homologation des normes privées, telle qu'effectuée par l'Association française de normalisation (AFNOR). Par voie d'homologation, l'AFNOR officialise des normes privées, elle les rend publiques et obligatoires. La décision du directeur de l'AFNOR en la matière « présente, en raison des effets qui y sont attachés, un caractère

⁴⁰¹ La décision par laquelle le ministre refuse d'homologuer une blessure comme blessure de guerre figure parmi les décisions qui doivent être motivées en vertu de la loi du 11 juillet 1979. En ce sens, v. CE, 26 février 2001, *M. Léopold X.*, req. n° 207661, mentionné aux tables Lebon.

⁴⁰² Article L. 1237-14 du code de travail.

⁴⁰³ En ce sens, v. Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 « relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée ».

réglementaire »⁴⁰⁴. En revanche, les décisions par lesquelles le directeur de l'AFNOR reste cantonné à l'enregistrement d'une norme, qui n'ont pas pour effet, à la différence des arrêtés ministériels d'homologation, de rendre cette norme obligatoire, ne constituent pas des actes administratifs, même si l'AFNOR est chargée d'une mission de service public⁴⁰⁵.

En ce qui concerne l'homologation ministérielle des tarifs arrêtés par les opérateurs sur les marchés régulés, il convient de distinguer entre l'acte prononçant l'homologation et l'offre tarifaire proposée par l'opérateur concerné. Appelé à se prononcer sur une demande de mesures conservatoires présentée par l'Association française des opérateurs privés de télécommunications, le Conseil (devenu Autorité) de la concurrence a reconnu que l'homologation ministérielle d'une décision tarifaire de France Télécom constituait une « décision administrative susceptible de recours devant la juridiction administrative »⁴⁰⁶. Cependant, il a également considéré que la fixation des tarifs par les opérateurs est une activité « de production, de distribution ou de services » détachable de la décision d'homologation du ministre de l'économie et susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle. Ainsi, bien qu'homologuées, les décisions prises par une personne privée dans ses relations avec ses clients dans un secteur ouvert à la concurrence demeurent des actes de droit privé. Comme l'a clairement affirmé le Conseil de la concurrence (avant sa transformation en Autorité de la concurrence) : « *si l'homologation ministérielle constitue une décision de nature administrative susceptible de recours devant la juridiction administrative, elle n'a pas pour effet de conférer aux décisions prises par une personne de droit privé, dans ses relations avec les clients dans le secteur concurrentiel, le caractère d'acte administratif* »⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ CE, 17 février 1992, *Société Textron*, AJDA 1992, p. 450. Sur ce point, v. G. MARCOU, « Le pouvoir réglementaire et les sujets de droit privé dans l'ordre juridique français : attribution, exercice et contrôle du pouvoir réglementaire », in T. I. KHABRIEVA, G. MARCOU, *Les procédures administratives et le contrôle à la lumière de l'expérience européenne en France et en Russie*, Société de législation comparée, coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris (Université de Paris I / CNRS UMR 8103), 2012, p. 169 s.

⁴⁰⁵ CE, 14 oct. 1991, *Section régionale Normandie-Mer du Nord du comité interprofessionnel de conchyliculture*, req. n° 90260, Tables Lebon, p. 777.

⁴⁰⁶ Cons. conc., déc. n° 98-MC-03 du 19 mai 1998 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT), *Gaz. Pal.* 1999 : *Cahier de droit de la concurrence interne et communautaire*, p. 268.

⁴⁰⁷ *Ibid.* V. également TC, 12 juin 1961, *Sieur Rolland c/SNCF*, Rec. p. 866.

Cette affirmation s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence du Conseil d'État⁴⁰⁸ et du Tribunal des Conflits⁴⁰⁹. D'un côté, le Conseil d'État a rejeté pour incompétence la requête dirigée contre une décision tarifaire prise par le directeur de la Société auxiliaire pour les transports d'approvisionnement de la région parisienne, en jugeant que la circonstance que ladite décision avait été approuvée par le commissaire du Gouvernement près de ladite société n'avait pas été de nature à lui conférer le caractère d'un règlement administratif⁴¹⁰. De l'autre côté, le Tribunal des conflits a décidé que l'homologation ministérielle des règlements de la SNCF concernant les régimes de retraite de son personnel par le ministre ne saurait leur conférer le caractère d'actes administratifs⁴¹¹. Par conséquent, si l'homologation a une valeur normative propre, parce qu'elle participe à la confection de l'ordonnancement juridique, elle ne change en rien la nature juridique de l'acte privé homologué.

L'ancien article L. 36-7, al. 5 du CPCE soumettait les tarifs et les objectifs tarifaires pluriannuels du service universel, ainsi que les tarifs des services pour lesquels il n'existait pas de concurrents sur le marché, à homologation conjointe des ministres chargés des télécommunications et de l'économie après avis public de l'ART. L'obligation d'homologation tarifaire fut supprimée avec la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle⁴¹², qui a été prise pour transposer le paquet Télécoms de 2002. Ce texte a privé le ministre chargé de l'Économie et des Télécommunications de sa compétence en matière d'encadrement des tarifs du service universel pour l'attribuer à l'ART⁴¹³. Le

⁴⁰⁸ CE, *sieur Basseix*, 18 juin 1954, Rec. p. 361. Si le Conseil d'État utilise, dans l'arrêt *sieur Basseix*, le terme « approuver » au lieu du terme « homologuer », le Conseil de la Concurrence ne fait pas distinction entre les deux, même s'il évoque cette jurisprudence à plusieurs reprises. V. p.e. : Cons. conc., déc. n° 98-MC-03, *op. cit.* ; Cons. conc., déc. n° 04-D-22 du 21 juin 2004 relative à la saisine de l'Association française des opérateurs privés en télécommunications (AFOPT) et de l'Association des opérateurs de services de télécommunications (AOST) portant sur la commercialisation par France Télécom du tarif promotionnel Primaliste, publiée sur : <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/textes/juris/04-d-22> ; Cons. conc, avis n° 98-A-16 du 3 novembre 1998 concernant un projet de décret relatif aux conditions d'homologation des cahiers des charges des activités artisanales prévus à l'article 21 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, publié sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/98a16.pdf>.

⁴⁰⁹ TC, *sieur Rolland c/ SNCF*, 12 juin 1961, Rec. p. 866.

⁴¹⁰ CE, 18 juin 1954, *sieur Basseix*, *op. cit.*

⁴¹¹ TC, 12 juin 1961, *sieur Rolland c/ SNCF*, *op. cit.*

⁴¹² JORF, n°159, 10 juillet 2004, p. 12483.

⁴¹³ En ce sens, v. Cons. const., déc. n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, LPA, 7 juillet 2004, n° 135, p. 3, note J.-E. SCOETTTL.

transfert de cette compétence à l'autorité de régulation était indispensable vu la législation européenne applicable dans le secteur des communications électroniques qui réserve aux autorités réglementaires nationales la compétence pour surveiller l'évolution et le niveau des tarifs de détail applicables aux services définis comme relevant des obligations du service universel⁴¹⁴. Ce transfert s'imposait d'ailleurs pour assurer le respect de l'obligation de séparation effective entre opérateur et régulateur qui était menacée en l'espèce, dès lors que la participation majoritaire de l'État au capital de France Télécom était gérée par le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

La nomenclature des actes susceptibles de faire l'objet d'homologation ne comprend pas uniquement des actes de droit privé. L'homologation peut également porter sur les décisions de l'administration. C'est le cas, par exemple, de l'homologation ministérielle d'une série de décisions réglementaires de l'ARCEP, telle que prévue à l'article L. 36-6 du CPCE. Les arrêtés ministériels pris sur le fondement de l'article 36-6 du CPCE portent sur différents objets. Ils homologuent notamment des décisions fixant les conditions d'utilisation des installations ou des fréquences radioélectriques. En outre, ils portent homologation des actes par lesquels l'ARCEP revient sur une décision antérieure ou des actes précisant les conditions de couverture téléphonique et d'accès à Internet. L'homologation ministérielle d'une décision réglementaire prise par une autorité de régulation est, elle aussi, un acte réglementaire. La nature réglementaire de l'homologation est d'ailleurs confirmée par le fait qu'elle n'a pas en principe à être motivée⁴¹⁵. L'homologation des actes réglementaires des autorités de régulation diffère de l'homologation tarifaire du point de vue de sa finalité. L'homologation tarifaire visait à encadrer les tarifs pratiqués par les monopoles historiques dans la perspective de permettre aux nouveaux entrants de développer leur activité dans des conditions économiquement viables. En revanche, l'homologation des actes réglementaires des autorités de régulation n'est aucunement liée au niveau de maturité du marché. Sinon, elle devrait également être prévue en matière d'électricité, au sein duquel la procédure de libéralisation progresse beaucoup plus lentement.

⁴¹⁴ Sur ce point, v. la directive n° 2002/22/CE (directive « service universel »), art. 9 par. 1.

⁴¹⁵ Sur la motivation des actes portant homologation, v. C. FARDET, *L'homologation en droit administratif*, op. cit., p. 461 s.

L'homologation doit être distinguée du contrat dans la mesure où elle ne postule la prise en compte du consentement de son destinataire ni ne vise à régir des relations réciproques, « de l'approbation en ce qu'elle n'est qu'une reconnaissance et non un consentement, de l'agrément (en ce que son objet est statique) et de l'autorisation (en ce qu'elle n'est pas une dérogation à un régime d'interdiction) »⁴¹⁶. Hormis cette distinction conceptuelle, l'homologation se distingue des autres notions voisines notamment par rapport à ses effets.

2. La distinction de l'homologation administrative par rapport aux notions voisines

La différence principale de l'homologation administrative vis-à-vis des notions qui lui sont proches réside dans le fait qu'elle ne change pas la nature de l'objet sur lequel elle porte. Lorsque l'administration homologue un acte, elle n'exprime pas son consentement par rapport à celui-ci. L'approbation conduit par contre à ce que l'administration consentit à l'édiction d'un acte. Le fait qu'elle exprime son accord quant à l'objet approuvé a pour conséquence d'attribuer à celui-ci des qualités juridiques importantes, voire de lui conférer une nature administrative⁴¹⁷. C'est parce que l'administration exprime son consentement, que l'objet approuvé s'investit de la nature administrative. Manifestation de volonté forte, qui dépasse la simple acceptation, l'approbation « contamine » son objet en le transformant en acte administratif⁴¹⁸. Une différence fondamentale entre l'approbation et l'homologation repose également sur les pouvoirs de l'autorité compétente à chaque fois. L'autorité chargée de l'homologation ne peut pas apporter des modifications à l'objet homologué, alors que celle chargée de l'approbation peut modifier l'objet soumis à son examen⁴¹⁹.

L'homologation se distingue également de l'agrément et de l'autorisation. D'un côté, la différence primordiale entre l'agrément et l'homologation est que le premier, à la différence de la seconde, vise des personnes juridiques, auxquelles elle octroie une série

⁴¹⁶ C. FARDET, *ibid.*, p. 3.

⁴¹⁷ C. FARDET, *ibid.*, p. 322.

⁴¹⁸ Tel est le cas, par exemple, de l'approbation des clauses d'un contrat, qui deviennent actes réglementaires.

⁴¹⁹ C. FARDET, *L'homologation en droit administratif, op. cit.*, pp. 335-340.

d'avantages : il consacre, d'abord, leur existence, et leur permet ensuite de prétendre à une série de bénéfices, notamment financiers⁴²⁰. De l'autre côté, l'autorisation se distingue clairement de l'homologation dans la mesure où elle est une condition d'exercice d'une entière activité et non seulement une condition d'un acte juridique. En outre, si l'autorisation peut être modifiée ou retirée, cela n'est pas le cas pour l'homologation.

Procédé de droit commun en matière de régulation, l'homologation semble *a priori* peu compatible avec cette dernière. Indépendantes sur le plan institutionnel, les autorités de régulation se retrouvent, à travers l'homologation, dépendantes du ministre sur le plan de prise de décision. L'homologation ministérielle ne porte que sur les actes réglementaires pris par les autorités de régulation, la totalité de leurs actes individuels lui échappant. La soumission du pouvoir réglementaire des autorités de régulation à homologation se justifie par le souci de ne pas leur laisser le soin de préciser les règles de fonctionnement des domaines importants pour la vie économique. Pour mesurer la compatibilité de l'homologation avec la régulation, il convient d'identifier les effets de l'homologation ministérielle des actes réglementaires de régulation.

B. Les effets de l'homologation ministérielle des actes réglementaires de régulation

Comme il a été déjà souligné, le pouvoir réglementaire de l'ARCEP est largement soumis à homologation ministérielle et consiste en la « précision » des règles dans une série de matières techniques. L'emploi du mot « préciser » dans l'article 36-6 du CPCE est significatif de la nature du pouvoir réglementaire de l'ARCEP : ce dernier ne consiste pas en la création *ex nihilo* du régime applicable en matière de communications électroniques, mais en la fixation des règles techniques qui sont indispensables pour la mise en œuvre du régime déjà institué par la loi. Dès lors, il est conforme aux exigences posées par la jurisprudence constitutionnelle.

La lecture comparée des articles 36-6 et 36-7 du CPCE, le premier désignant les compétences de l'ARCEP soumises à homologation ministérielle et le second son domaine des

⁴²⁰ Les organismes agréés peuvent, par exemple, obtenir des subventions.

compétences propres, fait apparaître le constat suivant : si l'ARCEP est seule compétente pour prendre des actes individuels, par exemple des actes par lesquels elle attribue des fréquences aux opérateurs ou elle impose des sanctions, son pouvoir réglementaire reste dans une large mesure subordonné à homologation intervenant par arrêté du ministre chargé des communications électroniques. Cela paraît justifié par rapport aux rôles respectifs de l'exécutif et des autorités administratives indépendantes dans le mécanisme de régulation.

D'un côté, l'Etat, maître de la politique économique, conserve un droit de regard sur les actes réglementaires de l'ARCEP qui fixent les conditions techniques, le cadre juridique et les paramètres économiques nécessaires pour le développement et le maintien de la concurrence sur le marché des communications électroniques. De l'autre côté, l'ARCEP, experte et proche du marché, reste seule compétente pour l'application individuelle des règles de régulation.

Parmi les compétences soustraites à l'homologation ministérielle figurent notamment la définition des mesures d'encadrement pluriannuel des tarifs, l'établissement d'un plan national de numérotation téléphonique⁴²¹, ainsi que de la liste des opérateurs censés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques et auxquels l'ARCEP impose des obligations asymétriques pour assurer le fonctionnement optimal du marché. En outre, l'ARCEP arrête seule les montants des contributions au financement des obligations de service universel et assure la surveillance des mécanismes de ce financement dont la méthode d'élaboration est fixée par décret en Conseil d'Etat, édicté après avis de la Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques.

⁴²¹ Le pouvoir réglementaire de l'ARCEP consistant à établir le plan national de numérotation téléphonique et à attribuer aux opérateurs les ressources en numérotation nécessaires à leur activité a fait l'objet d'une QPC devant la Cour de cassation (v. C. cass, ch. crim., 9 juil. 2014, 14-90.018) . Non soumis à homologation, ce pouvoir fut contesté par rapport à l'article 21 de la Constitution. La Cour de cassation a toutefois prononcé un non lieu à renvoi, parce qu'elle a considéré que la question ne portait pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application. Dès lors, la question n'était pas nouvelle.

Les actes réglementaires de régulation soumis à homologation contiennent une norme⁴²², voire une règle⁴²³ de régulation en germe. Ils ne déploient leurs effets qu'après l'avènement de l'arrêté ministériel d'homologation. Ainsi, l'édition de ces actes ne coïncide pas avec le début de leur validité. Subordonnés à une condition suspensive, ils sont nés juridiquement imparfaits⁴²⁴. La première conséquence de l'homologation consiste ainsi en ce qu'elle rend l'acte de régulation juridiquement complète, faisant ainsi créer une norme de régulation⁴²⁵. En outre, l'homologation a d'importantes conséquences sur le plan contentieux (2). Avant leur analyse, il convient d'examiner la nature du contrôle exercé par le ministre compétent (1).

1. L'étendue du contrôle ministériel

La question de l'étendue du contrôle qu'exerce le ministre sur les actes soumis à homologation est liée à celle de savoir s'il y a un vrai partage de compétence en la matière entre lui et l'autorité indépendante chargée de réguler le secteur concerné. L'examen de ces questions permettra de mesurer la compatibilité de l'homologation ministérielle avec la nécessaire indépendance des autorités de régulation. L'homologation est exercée dans un contexte particulier, dès lors qu'elle a pour objet des actes émanant d'autorités indépendantes. Inscrite dans un tel contexte, elle se

⁴²² L'acte juridique est appréhendé ici comme s'il était tout simplement « le véhicule » de la norme. Sur le lien entre acte juridique et norme, v. D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Odile Jacob, 1997, p. 271 s..

⁴²³ Selon la définition classique établie par H. KELSEN, la norme est la « signification d'un acte de volonté » (H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, pp. 2-3). La doctrine distingue parfois la norme de la règle, faisant de la première une catégorie de genre qui recoupe la seconde. Le critère d'identification d'une norme de règle de droit repose sur sa généralité : seules les normes générales sont considérées comme règles de droit. Comme le note le professeur E. MILLARD : « Dans la tradition juridique, les normes à portée générale sont souvent désignées sous le nom de règles juridiques, et de nombreux auteurs considèrent qu'il faudrait concevoir les règles comme désignant cette seule catégorie de normes. C'est aussi pour permettre la prise en compte de prescriptions qui ne sont pas des règles que Kelsen se réfère aux normes ; c'est en négligeant cela qu'une partie de la doctrine juridique demeure réticente à l'idée de norme individuelle (...) » (E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 21, p. 60 ». Sur le lien entre norme et règle de droit, v. not. C. EISENMANN, *Droit administratif. Questions du régime des actes*, La Cité du Droit, Paris, t. 2, pp. 210-211, cit. par C. FARDET, in *L'homologation en droit administratif*, op. cit., pp. 86-87.

⁴²⁴ G. MARCOU, « Le pouvoir réglementaire et les sujets de droit privé dans l'ordre juridique français : attribution, exercice et contrôle du pouvoir réglementaire », op. cit., p. 191.

⁴²⁵ On retient ici la conception kelsénienne de la norme qui conditionne l'existence de celle-ci à sa validité.

rapproche du droit de veto⁴²⁶. Lors de l'exercice de sa compétence, le ministre ne peut qu'accepter ou rejeter l'acte soumis à homologation.

Le ministre n'opère qu'un moindre contrôle sur l'acte soumis à son examen. Il vérifie dans quelle mesure l'acte en cause figure parmi ceux que la loi soumet à homologation. Il veille ainsi au respect des dispositions législatives attributives de compétence. Il ne peut ni exercer un véritable contrôle de légalité, celui-ci relevant du juge, ni, qui plus est, un contrôle d'opportunité, au risque de se substituer à l'autorité administrative indépendante compétente pour édicter l'acte. Son rôle reste ainsi subordonné et second. Le ministre ne peut refuser l'homologation que si l'acte réglementaire en cause viole manifestement la légalité nationale ou européenne.

La mise en œuvre, par les ministres compétents au sein des différents secteurs concernés, de leur pouvoir d'homologation fait apparaître sa faible portée. Le contrôle ministériel consiste à examiner si les autorités de régulation respectent les textes qui régissent leur pouvoir normatif. Il ne peut pas conduire à la réformation de l'acte soumis à homologation. Le fait que le ministre compétent, le cas échéant, pour homologuer les actes administratifs de régulation dispose d'une marge d'appréciation très limitée dans le cadre de l'exercice de cette compétence, contribue à admettre plus aisément le système d'homologation vis-à-vis de l'impératif d'indépendance des autorités de régulation.

Les ministres compétents homologuent d'ailleurs systématiquement les actes qui leur sont soumis, ne serait-ce que parce que les autorités de régulation veillent à leur présenter des actes strictement conformes aux règles régissant l'exercice de leur compétence réglementaire⁴²⁷. L'acte d'homologation ne reprend pas intégralement l'acte homologué. Il se limite à le mentionner et prononce son homologation. L'acte ministériel d'homologation prévoit finalement sa propre publication⁴²⁸.

⁴²⁶ En ce sens, v. C. FARDET, *L'homologation en droit administratif*, *op. cit.*, p. 165.

⁴²⁷ G. MARCOU, « Le pouvoir réglementaire et les sujets de droit privé dans l'ordre juridique français : attribution, exercice et contrôle du pouvoir réglementaire », *op. cit.*, p. 192.

⁴²⁸ Par exemple, v. l'arrêté du 4 mars 2014 homologuant la décision n° 2013-1515 de l'ARCEP du 17 décembre 2013 modifiant la décision n° 2012-1241 du 2 octobre 2012 fixant les conditions d'utilisation des fréquences par les stations radioélectriques du service d'amateur ou du service d'amateur par satellite, JORF n°0060 du 12 mars 2014, p. 5154.

Les conditions qui accompagnent l'exercice du pouvoir d'homologation ministérielle dans le secteur ferroviaire sont plus protectrices de l'indépendance de l'ARAFER par rapport à celles applicables en matière de communications électroniques. Les actes réglementaires de l'ARAFER doivent être transmis au ministre chargé des transports qui dispose d'un délai de réponse de deux mois. L'absence d'opposition du ministre dans le délai susmentionné vaut homologation. Optant pour la solution de l'homologation tacite en cas de silence du ministre, le législateur minimise la portée de la compétence ministérielle⁴²⁹.

Lorsque le Conseil d'Etat est appelé à se prononcer sur un acte réglementaire pris par une autorité administrative indépendante non soumis à homologation, il contrôle d'abord si l'autorité qui est à l'origine de l'acte litigieux a été habilitée par le législateur à exercer cette compétence et vérifie ensuite si l'autorité concernée a agi dans les limites posées par la loi⁴³⁰. Dans le cas des actes soumis à homologation, l'objet de son contrôle change. Si l'homologation n'a aucun effet sur le contenu de l'acte homologué, elle a toutefois d'importantes conséquences contentieuses.

2. Les conséquences contentieuses de l'homologation

L'homologation se pose comme une condition *sine qua non* de l'opposabilité de l'acte concerné. La conséquence principale de l'homologation ou du refus d'homologation sur le plan contentieux consiste en le fait que c'est à partir de ces décisions que commence à courir le délai du recours pour excès de pouvoir. En outre, tout recours pour excès de pouvoir et toute demande des mesures provisoires doivent être portés à l'encontre du seul arrêté d'homologation ou, le cas échéant, du seul refus d'homologation, et non de l'acte homologué⁴³¹. Le refus d'homologuer est une décision faisant grief⁴³² et doit être

⁴²⁹ Art. L. 2131-7 du Code des transports.

⁴³⁰ Sur ce point, v. F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, « Procédure et conditions de l'attribution des préfixes téléphoniques », note sous CE, Ass., 26 juin 1998, *Sté AXS Télécom* (Rec. p. 248), *AJDA* 1998, p. 636 ; V. également les concl. de P. HUBERT sur cette affaire, in *CJEG* 1998, p. 379.

⁴³¹ P. BATTISTINI, « Le pouvoir normatif de l'autorité de régulation des télécommunications », *op. cit.*, p. 2239.

⁴³² En ce sens, v. CE, Sect. 27 janv. 1989, *Goumot*, Rec. p. 38 (arrêt concernant un refus implicite d'homologation dans le secteur de l'audiovisuel). Pour un exemple en matière de mesures provisoires, v. CE, *Soc. T-ONLINE France*, réf., 19 janvier 2004, req. n° 263012, mentionné aux tables Lebon. La société requérante demandait en l'espèce au Conseil d'État d'ordonner la suspension de la décision du

motivé. L'homologation a pour effet de dissocier le contenu de l'acte de sa force exécutoire : si le contenu de l'acte est établi par l'autorité de régulation compétente, sa force exécutoire est conditionnée à son homologation. En toute hypothèse, l'homologation doit être expressément prévue par la loi. Le ministre ne peut pas instaurer librement une telle procédure aux fins d'exercer un contrôle supérieur sur les actes élaborés par l'autorité de régulation⁴³³.

Or, l'existence de deux catégories d'actes réglementaires en matière de régulation, l'une composée de ceux qui sont homologués et l'autre de ceux qui ne le sont pas, risque de créer des dysfonctionnements dans le mécanisme de régulation dans son ensemble, étant donné notamment les différents effets contentieux qui sont rattachés à chaque catégorie. La fluctuation quant à l'exigence d'homologation fait créer un système à deux vitesses : d'un côté se situent les actes soumis à homologation ministérielle, non immédiatement exécutoires depuis leur édicition, et de l'autre côté ceux qui sont uniquement le fruit des autorités de régulation, exécutoires de plein droit dès leur édicition, et donc plus conformes à l'exigence d'efficacité que sous-tend la régulation. Les seuls actes qui échappent à homologation ministérielle en matière de régulation sont ceux pris par la CRE. Son pouvoir réglementaire mérite ainsi un examen particulier.

§ 2. Le pouvoir réglementaire de la CRE, un pouvoir échappant à l'homologation ministérielle

Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes est largement soumis à homologation ministérielle. Cette dernière s'impose non seulement pour certains actes de l'ARCEP⁴³⁴ ou pour les actes réglementaires de l'ARAFER⁴³⁵, mais également pour le règlement général de l'AMF

11 décembre 2003 par laquelle les ministres chargés de l'économie et des télécommunications ont homologué les décisions tarifaires de France Télécom n°2003-144 et 2003-145 relatives à l'évolution de la tarification des offres « Collecte IP/ADSL » et « Accès IP/ADSL ».

⁴³³ G. MARCOU, « Le pouvoir réglementaire et les sujets de droit privé dans l'ordre juridique français : attribution, exercice et contrôle du pouvoir réglementaire », *op. cit.*, p. 192.

⁴³⁴ Art. 36-6 du CPCE.

⁴³⁵ Art. L. 2131-7 du Code des transports.

fixant les règles d'organisation et de fonctionnement applicables aux acteurs sur les marchés financiers⁴³⁶ ou pour les décisions de l'ASN par lesquelles elle « définit les modalités d'organisation du réseau national de mesures de la radioactivité de l'environnement, la nature des informations qui lui sont transmises et les modalités selon lesquelles ces informations sont mises à la disposition du public »⁴³⁷.

Échappant à homologation ministérielle, les actes de la CRE figurent comme une véritable exception dans le paysage normatif de la régulation. Or, à la différence de la loi sur les communications électroniques, la loi précisant les modalités de régulation du marché de l'électricité n'a pas été déférée au Conseil Constitutionnel. Ainsi, ce dernier n'a pas eu la possibilité de se prononcer sur la question relative à la constitutionnalité de la non-soumission des actes réglementaires de la CRE à homologation ministérielle (A). Celle-ci ne nous paraissant pas faire de doute, il conviendrait d'examiner la perspective de supprimer l'obligation d'homologation pour l'ensemble des actes réglementaires pris par les autorités de régulation (B).

A. La constitutionnalité de la non-soumission des actes réglementaires de la CRE à homologation ministérielle

À la différence de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité n'a pas été déférée au Conseil Constitutionnel pour examen dans le cadre du contrôle *a priori* prévu à l'article 61 de la Constitution. Ainsi, le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de se prononcer expressément sur la question relative à la constitutionnalité de la non-soumission du pouvoir réglementaire de la CRE à homologation ministérielle. Or, cette question peut toujours faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité.

⁴³⁶ Art. L. 621-6 du Code monétaire et financier.

⁴³⁷ Art. R 1333-11 du CSP. En outre, selon l'article R. 1333-11.III du CSP, doit être soumise au ministre de santé pour homologation la décision de l'Autorité de sûreté nucléaire, par laquelle elle définit « (...) la liste détaillée des informations à joindre à la demande d'agrément, les critères de qualification auxquels doivent satisfaire les laboratoires agréés ainsi que les modalités de délivrance, de renouvellement, de contrôle, de suspension ou de retrait de cet agrément ».

La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité est de plus en plus fréquemment utilisée en matière de régulation. Elle a déjà conduit à une réorganisation institutionnelle dans le secteur des communications électroniques⁴³⁸. Son emploi dans le domaine de l'électricité⁴³⁹ pourrait soit conduire à la révision des règles de répartition des compétences dans le cas où le Conseil constitutionnel considérerait l'homologation une condition *sine qua non* pour la constitutionnalité de l'attribution d'un tel pouvoir, soit, dans le cas contraire, ouvrir la voie à la suppression de cette condition pour les autres autorités de régulation. Il est ainsi indispensable de mesurer l'importance que rattache le Conseil constitutionnel à l'homologation ministérielle.

À cet effet, il importe d'examiner la décision n° 96-378⁴⁴⁰. Dans celle-ci, il était question du pouvoir réglementaire de l'ART quant à l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public, ainsi qu'à la fourniture au public du service téléphonique. Les auteurs de la saisine faisaient valoir le caractère excessif des pouvoirs de réglementation que conférait la loi à l'ART. Le Conseil Constitutionnel a rejeté ce moyen en se fondant sur les critères classiques de sa jurisprudence de 1989 concernant le CSA. Il a réitéré la formule selon laquelle l'article 21 de la Constitution combiné avec l'article 13 ne font pas obstacle à ce que « le législateur confie à une autorité publique autre que le Premier ministre le soin de fixer les normes permettant de mettre en œuvre une loi », sous condition que cette habilitation « ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ». Il a ensuite considéré que la compétence réglementaire dont disposait l'ART en l'espèce en vertu de l'article L. 36-1 était bien limitée dans son champ d'application devant être exercée dans le respect des dispositions du CPCE et de ses règlements d'application.

⁴³⁸ Sur ce point, v. Cons. const., déc. n° 2013-331 QPC du 5 juill. 2013., *op. cit.* Cette décision a donné lieu à l'établissement d'une nouvelle procédure de sanction au sein de l'ARCEP, menée selon le modèle de la CNIL qui avait été déléguée et validée par le Conseil d'État. Plus précisément, les fonctions de poursuite et de jugement ont été séparées des autres missions de l'ARCEP et confiées à une formation distincte, composée de trois membres de son collège. Par ailleurs, les décisions adoptées en matière de mise en demeure, instruction, règlement des différends et enquête sont prises par une formation composée de quatre membres restants du collège, y compris le président de l'Autorité. Sur la décision précitée, v. également *infra*, p. 429.

⁴³⁹ La seule décision rendue pour l'instant par le Conseil constitutionnel sur une QPC concernant directement les dispositions de la loi 2000-108 était relative au régime régissant la contribution au service public de l'électricité : v. Cons. const., déc. n° 2014-419 (QPC), 8 octobre 2014, *Société Praxair SAS*, JORF, 10 octobre 2014, p. 16485. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé en faveur de la constitutionnalité des dispositions en cause, en rejetant les griefs des requérants qui soutenaient que le législateur avait omis de définir les règles relatives aux taux et aux modalités de recouvrement de l'imposition correspondant à leur contribution au service public de l'électricité.

⁴⁴⁰ Cons. const., déc. n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Réglementation des télécommunications*, RJC –I, p. 675.

Il a ainsi regardé dans l'habilitation législative au profit de l'ART pour s'assurer qu'elle concernait uniquement des mesures « de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ». Or, pour conclure au caractère limité et encadré du pouvoir réglementaire de l'ART, le Conseil constitutionnel ne s'est pas contenté de vérifier son étendue, mais il s'est également fondé sur le fait que celui-ci fut soumis à homologation ministérielle. Après avoir rappelé que « la compétence réglementaire dévolue à l'Autorité s'exerce sous le contrôle du ministre chargé des télécommunications », il a considéré que « **par suite** le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 21 de la Constitution ne peut qu'être écarté » (nous soulignons). Or, quelle est la portée de cette affirmation ? Le Conseil constitutionnel fait-il de l'homologation ministérielle une condition indispensable pour admettre la constitutionnalité de l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une autorité autre que le Premier ministre ?

Il convient de répondre à cette dernière question par la négative. Le Conseil constitutionnel n'attribue qu'une importance relative au pouvoir d'homologation du ministre. Ce constat est confirmé d'abord par le fait qu'il a validé tant les pouvoirs propres de l'ART⁴⁴¹ que ceux du CSA, qui échappent entièrement à l'homologation ministérielle. En outre, la pratique de l'exercice de l'homologation, le cas échéant, par les ministres compétents confirme sa faible portée. L'homologation est plutôt un « artifice de présentation », dès lors qu'elle permet aux actes pris par les autorités de régulation de se rattacher à l'exécutif, sans toutefois conduire à un vrai partage de compétence⁴⁴². Elle contribue à légitimer le pouvoir des autorités de régulation, mais elle ne bouleverse en rien leur compétence réglementaire.

En ce sens, le fait de subordonner l'exercice par une autorité de régulation d'un pouvoir réglementaire à homologation ministérielle n'est pas un critère de la constitutionnalité de la dévolution d'un tel pouvoir à son égard, mais plutôt un élément concourant à sa légitimation. Le seul critère permettant de le justifier en termes de

⁴⁴¹ V. l'art. 37-7 du CPCE.

⁴⁴² En ce sens, v. B. DU MARAIS, « L'État à l'épreuve du principe de concurrence : analyse et prospective juridique », *Politiques et management public*, vol. 20, n° 1, mars 2002, p. 121 s., spéc. p. 136.

compétence est celui relatif à son étendue et à son intensité. Pour être conforme à la Constitution, il faut, voire il suffit, que le pouvoir réglementaire d'une autorité de régulation soit prévu par la loi et qu'il porte sur des questions à la fois techniques - les autorités de régulation ayant l'expertise nécessaire pour les régir efficacement - et secondaires, l'essentiel en matière de politique économique relevant du législateur.

Ainsi, si le pouvoir de la CRE était confronté à une QPC, il ne devrait pas être censuré sur le fondement de sa non-soumission à homologation ministérielle. Pour vérifier dans quelle mesure une QPC portant sur sa compétence réglementaire aurait de chances à aboutir, il conviendrait également d'examiner son étendue. Les articles L.134-1 et L. 134-2 énoncent clairement que le pouvoir réglementaire de la CRE doit être exercé « dans le respect des dispositions législatives et réglementaires ». En ce sens, son champ d'application reste limité. En outre, selon les mêmes articles, le pouvoir réglementaire de la CRE consiste seulement en ce qu'elle « précise les règles » dans une série de domaines. De ce fait, il est limité quant à son contenu. Étant conforme à la double condition à laquelle soumet le Conseil constitutionnel la dévolution d'un pouvoir réglementaire à une autorité autre que le Premier ministre, le pouvoir de la CRE ne nous paraît pas poser problème quant à sa constitutionnalité, et ce malgré sa non-soumission à homologation ministérielle. Le Conseil constitutionnel se borne à formuler les exigences substantielles auxquelles doit satisfaire le pouvoir réglementaire des autorités de régulation (« *pouvoir limité quant à son champ d'application et son contenu* »). L'homologation étant une contrainte procédurale, il revient au législateur d'apprécier la nécessité d'en faire une condition pour l'attribution du pouvoir réglementaire à une autorité de régulation.

Le seul élément qui pourrait éventuellement poser problème en la matière, c'est que l'article CRE dispose, à la différence de l'ARCEP, d'une vraie compétence réglementaire en matière de séparation comptable⁴⁴³. L'examen comparé des textes relatifs au pouvoir réglementaire de l'ARCEP et de la CRE fait apparaître le pouvoir supplémentaire de la CRE consistant à ce qu'elle précise « les périmètres de chacune des activités comptablement séparées, les règles d'imputation comptable appliquées

⁴⁴³ Sur ce point, v. J.-V. BOREL, « 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 », *op. cit.*, p. 2246.

pour obtenir les comptes séparés et les principes déterminant les relations financières entre ces activités »⁴⁴⁴. Les principes de tenue de comptes séparés pour les activités de fourniture aux clients éligibles et non éligibles sont proposés par les opérateurs, la CRE intervenant dans un second temps pour en porter approbation après avoir recueilli l'avis de l'Autorité de la concurrence⁴⁴⁵.

En revanche, en matière de communications électroniques, l'ARCEP ne dispose pas d'un vrai pouvoir réglementaire en matière de séparation comptable, dès lors qu'elle n'est pas habilitée à poser des règles applicables à l'ensemble des opérateurs. En l'espèce, son pouvoir réglementaire n'a pour destinataires que les opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur donné⁴⁴⁶.

Plus particulièrement, l'exercice du pouvoir réglementaire de l'ARCEP en matière de séparation comptable s'effectue à deux temps. Dans un premier temps, elle est tenue d'établir une liste des opérateurs puissants sur le marché conformément à la procédure désignée dans la législation européenne⁴⁴⁷. Ce n'est qu'après avoir fixé cette liste que l'ARCEP peut exercer sa compétence réglementaire, celle-ci portant uniquement sur les opérateurs figurant dans la liste. Ses destinataires étant définis à l'avance, le pouvoir « réglementaire » de l'ARCEP manque du caractère impersonnel que doit avoir tout pouvoir réglementaire.

⁴⁴⁴ Art. L.111-89 du Code de l'énergie. Pour un exemple d'exercice de ce pouvoir, v. : CRE, 10 juin 2004, délibération relative aux principes de dissociation comptable applicables aux entreprises exerçant une ou plusieurs activités dans le domaine de l'électricité ; CRE, 10 juin 2004, délibération relative aux principes de dissociation comptable applicables aux entreprises exerçant une ou plusieurs activités dans le domaine du gaz naturel, disponibles sur : <http://www.cre.fr/reseaux/principes/dissociation-comptable>.

⁴⁴⁵ Selon l'art. L. 111-89 du Code de l'énergie, c'est dans des conditions fixées par voie réglementaire que s'exerce son pouvoir d'approbation des règles proposées par les opérateurs économiques tenus par l'obligation de séparation comptable relatives à l'imputation, aux périmètres comptables et aux principes qui déterminent les relations financières entre les différentes activités. Cependant, dès lors que le règlement d'application requis par cet article n'a pas encore été adopté, la CRE continue à exercer ce pouvoir après avis de l'autorité de la concurrence, comme précisé dans le deuxième alinéa article 8-I de la loi n° 2003-8 qui reste en vigueur.

⁴⁴⁶ Selon l'art. L 38, par. 1, al. 5 du CPCE, les opérateurs réputés exercer une influence significative sur le marché des communications électroniques peuvent se voir imposer l'obligation consistant à « isoler sur le plan comptable certaines activités en matière d'interconnexion ou d'accès, ou tenir une comptabilité des services et des activités qui permette, y compris sur les marchés de détail associés à un marché de gros sur lequel l'opérateur est réputé exercer une influence significative (...) ».

⁴⁴⁷ La procédure d'exercice par l'ARCEP de son pouvoir réglementaire en la matière est strictement encadrée par le droit de l'Union européenne : v. 2002/21/CE (directive « cadre »), *op. cit.*, art. 16 ; directive 2002/19/CE (« directive accès »), *op. cit.*, art. 11, par. 1.

Or, la reconnaissance d'une vraie compétence réglementaire de la CRE en matière de séparation comptable suffirait-elle pour considérer que son pouvoir réglementaire est plus étendu par rapport à ce que permettrait la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et donc susceptible d'être censuré dans le cadre d'une éventuelle QPC ?

L'obligation de séparation comptable est issue du droit de l'Union européenne. Ce dernier impose, par exemple, aux entreprises présentes sur les marchés du gaz et de l'électricité de tenir « dans leur comptabilité interne, des comptes séparés pour chacune de leurs activités de transport et de distribution, comme elles devraient le faire si les activités en question étaient exercées par des entreprises distinctes, en vue d'éviter les discriminations, les subventions croisées et les distorsions de concurrence »⁴⁴⁸. La tenue des comptes séparés au sein des opérateurs sur le marché du gaz et de l'énergie vise à éliminer les « subventions croisées » entre leurs activités en monopole et leurs activités ouvertes à la concurrence.

Cette obligation s'étend également au marché des communications électroniques. Le droit de l'Union investit les autorités réglementaires nationales compétentes en matière de communications électroniques de la compétence d'imposer des « obligations de séparation comptable en ce qui concerne certaines activités dans le domaine de l'interconnexion et/ou de l'accès », dans un souci de s'assurer notamment du respect des obligations de transparence et de non-discrimination⁴⁴⁹. Il prévoit notamment que les autorités réglementaires nationales peuvent imposer aux opérateurs des obligations de comptabilisation des coûts, afin d'éviter les prix prédateurs et la concentration en matière de détermination des prix. Les décisions portant sur la spécification des obligations de comptabilisation et de restitution des coûts imposés aux opérateurs sont des actes réglementaires⁴⁵⁰.

S'inscrivant dans sa mission générale de régulation, l'attribution à la CRE de la compétence réglementaire consistant à préciser les règles applicables en matière de séparation comptable s'inscrit dans sa mission générale de régulation. Technique et secondaire, ce pouvoir nous

⁴⁴⁸ Directive n° 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive n° 2003/54, *op. cit.*, art. 31-3 ; Directive n° 2009/73 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive n° 2003/55/CE, *op. cit.*, art. 31 par. 3. Sur la notion de « subventions croisées », v. Commission, décision n° 2001/354/CE du 20 mars 2001, *Deutsche Post*, JO L 125, p. 27.

⁴⁴⁹ Sur ce point, v. Directive 2002/19 (« directive accès »), *op. cit.*, art. 11, par. 1.

⁴⁵⁰ Pour un exemple de tel acte, v. la décision n° 2013-0520 de l'ARCEP du 16 mai 2013, JO du 22 juin 2013, texte n° 70.

paraît conforme aux exigences auxquelles a assorti le Conseil constitutionnel la dévolution d'un pouvoir réglementaire à une autorité autre que le Premier ministre. Dès lors une éventuelle QPC en la matière ne nous paraît pas avoir des chances à aboutir.

Étant donné que la soumission du pouvoir réglementaire des autorités de régulation à homologation ministérielle n'est pas condition de sa constitutionnalité, il se pose la question de la suppression généralisée de l'homologation pour l'ensemble des actes réglementaires des autorités de régulation.

B. La perspective de suppression de l'homologation en matière de régulation

Hormis le fait que l'homologation des actes réglementaires pris par les autorités compétentes au sein des marchés régulés n'implique pas, en principe, la mise en œuvre d'un vrai pouvoir de contrôle de la part des ministres compétents, figurant ainsi tout simplement comme une entrave à l'efficacité de l'action des autorités de régulation, elle paraît également peu compatible avec le droit de l'Union européenne qui devient de plus en plus exigeant quant à l'indépendance des autorités de régulation (1). En tout cas, si l'homologation ministérielle pouvait être maintenue, ce ne serait que sous condition que le ministre intensifie le contrôle sur les actes soumis à homologation (2).

1. Une mise en cause par le droit de l'Union européenne

Le droit de l'Union européenne permet aux États de déroger à ses règles lorsqu'elles portent atteinte à leur identité constitutionnelle. Or, l'invocation du principe d'identité constitutionnelle aux fins de justifier le pouvoir d'homologation ministérielle devrait être exclue. Insusceptible d'être rattachée à ce principe (a), et source d'importantes tensions avec le droit de l'Union européenne (b), l'homologation des actes de régulation pourrait éventuellement être supprimée.

a. L'impossible rattachement de l'homologation à l'identité constitutionnelle de la France

Dans la préface de la thèse de F.-X Millet consacrée à l'examen de la notion d'identité constitutionnelle⁴⁵¹, les Professeurs B. de Witte et G. Marcou interrogent la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à l'indépendance des autorités administratives indépendantes⁴⁵² sous le prisme du concept de l'identité constitutionnelle des États membres. Dans ce cadre, ils soulignent que la Cour rejette « la conception de la Constitution selon laquelle il ne saurait exister d'autorité indépendante dont le gouvernement ne saurait répondre devant le Parlement ». Étant donné la fonction dérogoire de la notion d'identité constitutionnelle au principe de primauté du droit de l'Union, il convient de s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure elle pourrait être employée pour justifier le pouvoir d'homologation ministérielle.

Le recours à la notion d'identité constitutionnelle peut faire obstacle à la primauté du droit de l'Union. Partant du principe selon lequel la primauté « est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne⁴⁵³, le Conseil constitutionnel note expressément « que la transposition d'une

⁴⁵¹ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2013, t. 142, p. 14 ; A. LEVADE, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Pedone, 2010, p. 109.

⁴⁵² CJUE, 9 mars 2010, *Commission contre Allemagne*, aff. C-518/07, *op. cit.* p.; CJUE, 16 octobre 2012, *Commission contre Autriche*, aff. C-614/10 ; *RTD eur.*, 1^{er} juil. 2013, n° 3, p. 671, comm. F. BENOÎT-ROHMER ; *Europe*, 1^{er} août 2012, n° 12, p. 11, note F. GAZIN.

⁴⁵³ Cons. const., déc. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Le professeur E. DUBOUT rattache la primauté du droit de l'Union à l'article 88-1 de la Constitution. Il note que si la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* se limite à attribuer un statut constitutionnel à seule l'obligation de transposition des directives, il serait possible d'en déduire que c'est « bien l'ensemble du droit communautaire (et même de l'Union) dont la primauté est subsumée » au sein de l'article 88-1 de la Constitution (E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010/3, p. 454, note infrapaginale n° 10). Une telle approche impliquerait d'envisager la primauté et la Constitution non pas comme des attributs de deux ordres parfaitement distincts, mais plutôt comme des notions interdépendantes. Le débat relatif à l'articulation entre la Constitution et la primauté du droit de l'Union serait ainsi déplacé. Dans l'hypothèse de conflit entre le droit de l'Union et la Constitution, au lieu d'essayer d'identifier la « règle d'or » qui serait applicable pour son résolution (l'arrêt Arcelor figure comme une parfaite illustration d'un tel effort), il conviendrait plutôt de rechercher à concilier leurs exigences de manière harmonieuse, une telle démarche étant également employée en matière de conflits des règles constitutionnelles entre elles.

directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »⁴⁵⁴.

La notion d'« identité constitutionnelle » est employée en droit interne. Son pendant en droit de l'Union européenne est celle d'« identité nationale ». La Cour de Justice de l'Union européenne affirme que la sauvegarde de cette dernière constitue « un but légitime respecté par l'ordre juridique de l'Union, ainsi que le reconnaît d'ailleurs l'article 4, paragraphe 2 du TUE »⁴⁵⁵.

Le concept d'identité nationale est plus étendu que celui d'identité constitutionnelle. Il s'impose tant au législateur de l'Union dans l'exercice de ses compétences qu'au juge européen lorsqu'il assure sa fonction de contrôle. Il a pour objet de garantir le respect de l'application uniforme du droit de l'Union tout en s'assurant de la prise en compte des éléments spécifiques, inhérents au système juridique des États dans son ensemble.

En ce sens, le concept d'identité nationale implique le respect des éléments « qui relèvent de la nature de l'État, pouvant être intégrés dans une matrice commune adaptable à l'ensemble des États membres, sans bénéficier nécessairement d'une garantie constitutionnelle »⁴⁵⁶.

En revanche, celui d'identité constitutionnelle « s'entend comme l'ensemble des caractéristiques idiosyncrasiques permettant d'individualiser un État et auxquelles le pouvoir constituant a offert une garantie constitutionnelle »⁴⁵⁷. Par conséquent, le champ d'application du concept d'identité nationale excède les éléments pouvant trouver un fondement constitutionnel, alors que le champ du concept d'identité constitutionnelle reste limité aux éléments consacrés par la Constitution.

⁴⁵⁴ Cons. const., déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. La formule utilisée par le Conseil constitutionnel dans cette décision remplace celle développée dans sa décision 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* : « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ». Sur ce point, v. S. MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre "identité nationale et identité constitutionnelle" », *RFDC*, 2012/3, n° 91, p. 13 s., spéc. p. 18.

⁴⁵⁵ CJUE, GC, *Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-51/08, Rec. p. I-4231, pt 124.

⁴⁵⁶ S. MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre « identité nationale et identité constitutionnelle », *op. cit.*, p. 29.

⁴⁵⁷ *Ibid.*

Or, cette double consécration, tant en droit de l'Union qu'en droit national, pourrait servir de passerelle entre l'ordre juridique de l'Union et l'ordre constitutionnel, conduisant à leur convergence et contribuant ainsi à la résolution du conflit constitutionnel⁴⁵⁸.

Le Conseil constitutionnel se refuse de contrôler les lois de transposition, sauf à ce qu'elles ne respectent pas l'identité constitutionnelle de la France. S'il affirme que « (...) la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle »⁴⁵⁹, une telle transposition « (...) ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »⁴⁶⁰. Ainsi, le concept d'identité constitutionnelle fait créer un devoir de vigilance à l'égard des autorités nationales lors de la transposition des directives, celles-ci étant tenues de laisser inapplicable toute norme européenne contraire à la Constitution.

Si le concept d'identité constitutionnelle trouve à s'appliquer lors de la réception dans l'ordre interne des obligations découlant du droit de l'Union, celui d'identité nationale est notamment invoqué devant le juge de l'Union pour justifier une mesure nationale dérogeant aux dispositions dudit droit. Selon la Cour de Justice de l'Union, une telle dérogation ne serait admise que si elle n'apparaît pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi⁴⁶¹. Si tous deux sont des limites à la primauté, le concept européen d'identité nationale, composé des normes nationales tant constitutionnelles qu'extra-constitutionnelles est strictement encadré par le principe de proportionnalité. En revanche, le concept d'identité constitutionnelle fait partie du système juridique national et il est indissolublement lié à la suprématie de la Constitution dont il assure la garantie.

⁴⁵⁸ En ce sens, v. le résumé de F.-X. MILLET, in *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op. cit.*

⁴⁵⁹ Cons. const., déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *op. cit.* (rappelée par le CE dans l'arrêt *Arcelor* : CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, req. n° 287110, Rec. p. 55 ; *RFDA* 2007, p. 384, concl. M. GUYOMAR).

⁴⁶⁰ Cons. const., déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *op. cit.*

⁴⁶¹ CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C 208/09, pt 89.

L'invocation du concept d'identité nationale devant le juge de l'Union pour justifier le maintien de l'homologation ministérielle ne nous paraît pas avoir des chances à aboutir, étant donné la faible portée que reconnaît le Conseil constitutionnel à l'homologation, celle-ci n'étant pas considérée comme condition indispensable pour la constitutionnalité de la dévolution d'un pouvoir réglementaire à une autorité de régulation. Insusceptibles d'être résolus sur la base de ce fondement, les conflits produits entre l'homologation et le droit de l'Union pourraient éventuellement conduire à sa suppression généralisée en matière de régulation.

b. Les points de tension entre l'homologation et le droit de l'Union européenne

Le droit de l'Union s'avère de plus en plus exigeant quant à l'indépendance des autorités de régulation. Rendant leur pouvoir normatif partiellement dépendant de l'exécutif, l'homologation est difficile à concilier avec les exigences accrues du législateur européen relatives à leur indépendance (α). En outre, l'homologation se pose comme une entrave procédurale à l'effectivité du droit de l'Union (β).

a. L'homologation ministérielle, obstacle éventuel à l'indépendance des autorités de régulation

L'instauration de la procédure d'homologation en matière de régulation a servi un objectif précis : à travers celle-ci le législateur a voulu s'assurer que l'autorité indépendante ne contrevient pas la volonté de l'exécutif dans des domaines éminemment politiques. Marquant le rapprochement entre les autorités de régulation et le ministre, autorité administrative « classique », l'homologation permet de trouver le bon dosage entre indépendance et contrainte politique. Cependant, sa pérennité est incertaine, étant donné notamment les obligations renforcées que prévoit le droit de l'Union européenne à l'égard des Etats membres concernant l'indépendance des autorités de régulation.

Le droit de l'Union met en cause non seulement le pouvoir réglementaire direct des autorités centrales de l'exécutif en matière de régulation, mais également le moindre droit de regard que pourrait avoir l'État sur le pouvoir réglementaire des autorités de

régulation. Cela est notamment perceptible en matière d'énergie. D'un côté, le législateur européen impose aux États de faire en sorte que les autorités de régulation « puissent prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique »⁴⁶². De l'autre côté, la Commission les invite à veiller à ce que les décisions des autorités de régulation nationales soient « immédiatement contraignantes et directement applicables »⁴⁶³. Cela implique, selon la Commission, que celles-ci ne soient conditionnées à aucune forme de consentement de la part d'une autre autorité publique, ni, d'une manière générale, de toute autre tiers. Elles doivent notamment échapper à tout pouvoir d'examen, de suspension ou de veto de la part du gouvernement ou du ministre. Dispensés d'homologation, les actes pris en matière d'énergie satisfont à ces obligations.

Le problème se pose pour les actes réglementaires adoptés dans les secteurs des communications électroniques ou du transport ferroviaire au sein desquels subsiste la procédure d'homologation. En matière de communications électroniques, le droit de l'Union impose que les autorités de régulation : « agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire »⁴⁶⁴. En outre, en matière ferroviaire, le droit de l'Union impose que l'organisme de contrôle national unique du secteur ferroviaire soit indépendant au plan organisationnel, fonctionnel, hiérarchique et décisionnel de toute entité publique ou privée. Plus précisément, s'inscrivant dans la même logique que celle exprimée dans les dernières directives concernant les communications électroniques et l'énergie, la directive 2012/34/UE prévoit que les personnes chargées de la prise de décisions au sein de l'organisme de contrôle « ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée » dans l'exercice de leurs fonctions⁴⁶⁵.

⁴⁶² Directive 2009/72/CE préc., art. 35, par. 5, al. a.

⁴⁶³ Commission, *Document de travail. Note interprétative sur la directive 2009/72/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et sur la directive 2009/73/CE des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel* (en anglais), *op. cit.*

⁴⁶⁴ Directive 2009/140/CE préc., art. 3 b.

⁴⁶⁵ Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (directive dite « refonte »), JOUE L 343 du 14 décembre 2012, p. 32, art 55, pp. 57-58.

Bien que le législateur de l'Union s'avère très exigeant quant aux obligations pesant sur les États visant à garantir l'indépendance des autorités de régulation, il émet également une réserve par rapport à celles-ci, en énonçant qu'elles n'excluent « pas une surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel »⁴⁶⁶. Cette réserve au profit des États peut être lue de différentes manières. Par « surveillance », serait entendu, selon une première approche, le contrôle exercé sur l'activité des autorités de régulation par les parlements nationaux. Selon une autre interprétation, la « surveillance » pourrait également inclure un contrôle minimum de l'État sur les actes pris par ces autorités, voire un droit de regard non seulement sur leur activité en général, mais aussi sur chacun de leurs actes. Se rapprochant du veto, l'homologation consiste précisément en ce type de regard. Cependant, entre ces deux modes d'interprétation, c'est plutôt le premier qui apparaît être plus fidèle à la logique du droit de l'Union qui s'avère être de plus en plus protecteur de l'indépendance des autorités de régulation en laissant respectivement au juge et aux parlements nationaux le soin de contrôler leurs actes et d'évaluer leur action par rapport aux exigences du principe démocratique.

Hormis le fait que l'homologation ministérielle des actes pris par l'ARCEP paraît difficilement compatible avec les dispositions du droit de l'Union qui visent à consolider l'indépendance des autorités de régulation, elle contraste avec la nécessité de rapidité qui domine la régulation. L'homologation alourdit la procédure de décision des autorités de régulation, les privant ainsi de la nécessaire flexibilité que postule leur mission. Qui plus est, elle figure comme une entrave procédurale à l'effectivité du droit de l'Union.

β. L'homologation ministérielle, entrave procédurale à l'effectivité du droit de l'Union

Le législateur européen attache une importance particulière à l'effectivité des décisions des autorités de régulation. Il réserve à seuls les organismes de recours « établis conformément à l'article 4 » le pouvoir de suspendre ou d'infirmier les décisions prises

⁴⁶⁶ Directive 2009/140/CE, *op. cit.*, art. 3 bis.

par les autorités réglementaires nationales⁴⁶⁷. Or, conditionner les actes des autorités de régulation à homologation a pour conséquence que ceux-ci ne soient pas d'application immédiate. Leurs effets sont suspendus jusqu'à la décision du ministre qui peut d'ailleurs les infirmer, sans qu'il fasse part toutefois des « organismes de recours » autorisés par la législation européenne.

La qualification de l'homologation d'entrave procédurale n'est pas sans lien avec l'usage que fait le ministre de ce pouvoir. Comme l'on a déjà souligné, celui-ci ne refuse presque jamais d'homologuer les actes soumis à son examen, ni y exerce de véritable contrôle. Cette pratique ne permet pas de compenser la lenteur provoquée par la procédure d'homologation par rapport à l'application du droit de l'Union dont les actes réglementaires des autorités de régulation sont la déclinaison. Si l'homologation pouvait être maintenue, ce n'est que sous réserve que le ministre intensifie le contrôle des actes examinés.

2. Un maintien conditionné par l'intensification du contrôle ministériel

S'il y a une justification éventuelle de l'homologation, celle-ci est à rechercher notamment dans sa fonction légitimatrice. L'association du ministre au pouvoir réglementaire des autorités de régulation leur confère la légitimité nécessaire dont doit faire preuve toute autorité ayant un pouvoir normatif. En outre, le fait que l'homologation porte uniquement sur les actes réglementaires des autorités de régulation et non sur leurs actes individuels contribue à ce qu'elle soit mieux conciliable avec leur indépendance. Les actes individuels sont l'instrument privilégié dont font usage les organismes de régulation pour exercer leur mission. Soumettre ces types d'actes à homologation serait incompatible avec la fonction même de régulation qui postule l'adaptation permanente du droit au fait et rendrait les autorités de régulation pleinement dépendantes de l'exécutif. Composées par des experts et à l'écoute du marché, les autorités de régulation seraient dans la meilleure place pour appliquer, en matière économique, le droit dans des situations individuelles.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, art. 1^{er}, par 3 b.

La question de la suppression de l'homologation ministérielle a été posée lors du débat parlementaire à propos du projet de loi portant réforme ferroviaire⁴⁶⁸. Il fut soutenu⁴⁶⁹ que le principe même d'homologation remet en cause l'indépendance de l'ARAFER, telle que conçue en droit de l'Union européenne. Or, l'amendement proposant la suppression de l'homologation fut finalement retiré par ses auteurs, le rapporteur ayant souligné qu'une telle suppression ne signifierait pas l'indépendance de l'ARAFER, mais plutôt que le ministre « se dépouille de l'intégralité du pouvoir réglementaire »⁴⁷⁰. Le ministre a ainsi finalement conservé sa compétence en la matière.

Si les ministres compétents, le cas échéant, au sein des secteurs régulés homologuent les actes réglementaires qui leur sont soumis de manière quasi-automatique, le refus ministériel opposé aux premières décisions réglementaires de l'ARAFER (ARAF à l'époque) invite à se réinterroger sur la portée de l'homologation.

Il s'agissait, en l'espèce, de deux décisions de l'ARAFER, l'une relative à l'attribution de sillons par SNCF Réseau⁴⁷¹, gestionnaire du réseau ferré national, et l'autre à l'utilisation par ce dernier de capacités pour des travaux devant être effectués sur le réseau⁴⁷². Le ministre a refusé d'homologuer ces décisions, pour des raisons touchant tant à la légalité qu'à la sécurité juridique. L'ARAFER a ainsi dû prendre deux nouvelles décisions, celles-ci ayant finalement été homologuées par le ministre⁴⁷³.

Le refus opposé à la première décision était motivé par le fait qu'elle ne comportait pas de mesures transitoires pour l'application de ses dispositions relatives à la conclusion

⁴⁶⁸ Projet de loi n° 1468, publié sur le lien suivant : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl1468.asp>.

⁴⁶⁹ V. l'amendement CD 298.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ ARAFER, décision n° 2014-015 du 15 juillet 2014 relative à l'attribution de sillons par le gestionnaire du réseau ferré national, disponible sur : http://regulation-ferroviaire.fr/wp-content/uploads/2014/08/20140715_2014-015_Decision_ARAF-AttributionSillons_Pub.pdf. La notion de sillon horaire (forme abrégée : sillon) désigne la « période durant laquelle une infrastructure donnée est affectée à la circulation d'un train entre deux points du réseau ferré » (*Vocabulaire des transports et de l'urbanisme-liste de termes, expressions et définitions adoptés*, JORF n° 246 du 21 octobre 2004, texte n° 93, p. 17848) ou « la capacité d'infrastructure requise pour faire circuler un train à un moment donné d'un point à un autre » (art. L.2122-3 du code des transports).

⁴⁷² ARAFER, décision n° 2014-014 du 15 juillet 2014 relative à la réservation et à l'utilisation par le gestionnaire du réseau ferré national de capacités pour les travaux.

⁴⁷³ ARAFER, décision n° 2014-022 du 18 novembre 2014 relative à l'attribution de sillons par SNCF-Réseau ; ARAFER, décision n° 2014-023 du 18 novembre 2014 relative à la réservation et à l'utilisation par SNCF-Réseau de capacités pour les travaux.

des accords de qualité sillons. L'ARAFER est ainsi revenue à sa décision pour ajuster les règles concernant la modification ou la suppression de sillons par SNCF Réseau pour la réalisation des travaux⁴⁷⁴.

En revanche, pour justifier son refus d'homologuer la seconde décision de l'ARAFER, le ministre a évoqué son caractère illégal. En effet, cet acte méconnaissait les dispositions réglementaires en vigueur qui précisaient les cas et les modalités de modification ou de suppression des accords de qualité sillons⁴⁷⁵. La réglementation applicable en l'espèce prévoyait diverses contraintes procédurales à l'égard du gestionnaire du réseau. Avant d'arrêter une suppression ou une modification des sillons déjà attribués, ce dernier était tenu d'adresser des préavis aux bénéficiaires et de procéder à une concertation avec les entreprises ferroviaires, la suppression sans préavis n'étant possible que dans des circonstances exceptionnelles⁴⁷⁶.

L'article 3 de la décision en cause limitait trop les cas permettant à RFF (devenue : « SNCF Réseau ») d'entreprendre des travaux sur les infrastructures ferroviaires. Il n'autorisait la modification ou la suppression d'un sillon attribué pour la réalisation des travaux qu'en cas d'urgence, par exemple pour fixer un rail cassé ou une caténaire rompue, alors que le décret autorisait la modification ou la suppression des sillons pour

⁴⁷⁴ ARAFER, décision n° 2014-022, *op. cit.*, art. 3.

⁴⁷⁵ L'accord de qualité (sillons), ou AQS, est un accord entre le gestionnaire du réseau « (...) et l'un quelconque de ses clients (entreprise ferroviaire ou candidat autorisé) qui a pour objet de fixer et suivre le niveau de qualité des services d'infrastructure offerts par RFF [devenue SNCF Réseau] à son client en fonction des attentes particulières du client et des possibilités de RFF, dans le but de l'améliorer ». Cet accord définit les droits et obligations réciproques du gestionnaire et des entreprises ferroviaires en ce qui concerne l'attribution et le suivi des sillons compris dans son périmètre ainsi que leur bonne utilisation par l'entreprise ferroviaire. C'est grâce à cet accord que les opérateurs peuvent savoir à quelle heure leurs trains pourront circuler sur des tronçons ferroviaires donnés. En ce sens, v. ARAFER, « Document de référence du réseau national, horaire de service 2012. Trame d'un accord de qualité (sillons) », annexe 3.4, préamb., art. 1, p. 1, disponible sur : http://www.rff.fr/public/force_download.php?dir=IMG&url=Annexe_3_4_Trame_d_un_accord_de_qualite-2.pdf.

⁴⁷⁶ Selon l'art. 25 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 : « La décision de modification ou de suppression est précédée d'un préavis de quinze jours adressé au bénéficiaire des sillons en cause et **d'une concertation** avec les entreprises ferroviaires intéressées » (nous soulignons). Ce n'est qu'en cas « d'urgence et de nécessité absolue, notamment en cas d'accident, de défaillance rendant l'infrastructure momentanément inutilisable ou pour tout autre fait empêchant l'utilisation de l'infrastructure dans des conditions normales de sécurité » que le gestionnaire du réseau peut supprimer sans préavis, les sillons attribués, et ce juste « pendant le temps nécessaire à la remise en état des installations ou à la disparition du fait générateur de l'arrêt des circulations ».

réaliser également d'autres travaux sur le réseau, non justifiés par l'urgence, mais s'inscrivant dans l'amélioration de la circulation⁴⁷⁷.

Après le refus du ministre, cet article a dû être rédigé à nouveau. Le nouvel article imposait à SNCF réseau, avant toute modification ou suppression de sillon éventuelle, de recueillir l'avis de l'entreprise ferroviaire intéressée dès que possible ou, au plus tard, un mois avant le jour de circulation prévu. Il instaurait également une obligation à l'égard du gestionnaire du réseau lui imposant de mener une concertation avec les entreprises du réseau et d'indemniser l'entreprise concernée par la modification ou la suppression du sillon en cause en cas d'impossibilité de trouver une solution respectant ses contraintes.

Il est vrai que l'intervention du ministre à propos de ces actes a eu des conséquences importantes dans la mesure où elle a permis le strict respect de la légalité et a rendu les textes en cause plus intelligibles pour les opérateurs. À travers l'homologation, le ministre se révèle être plus pédagogue que censeur. Son refus a eu plutôt le caractère d'un rappel adressé à l'ARAFER des dispositions applicables à l'exercice de son pouvoir normatif et, d'une manière plus générale, de son devoir de vigilance lors de l'élaboration des actes réglementaire quant au respect des garanties procédurales favorisant l'association des opérateurs dans le processus normatif de régulation.

Les deux premières décisions réglementaires adoptées par l'ARAFER sont importantes pour plusieurs raisons. Tout d'abord, comme on l'a déjà souligné, parce qu'elles se sont heurtées à un refus d'homologation de la part du ministre chargé des transports, dérogeant ainsi la pratique courante en la matière consistant à ce que le ministre homologue quasi-automatiquement les actes réglementaires qui lui sont soumis.

Or, il convient également de remarquer que ces décisions ont été l'aboutissement d'une large concertation avec les entreprises du secteur concerné. De plus, elles ont été édictées suite à diverses décisions de règlement des différends qu'avait prises l'ARAFER en réponse à la

⁴⁷⁷ Plus précisément, il disposait que : « Sauf cas d'urgence et de nécessité absolue, le gestionnaire de l'infrastructure organise la réalisation des travaux de maintenance et de développement au sein du programme général des capacités travaux ou, à défaut, dans les capacités d'infrastructure disponibles ».

saisine des entreprises du secteur contre RFF, gestionnaire du réseau⁴⁷⁸. L'exercice par l'ARAFER de son pouvoir réglementaire révèle les ajustements permanents apportés à la théorie de l'acte administratif unilatéral en matière de régulation et, d'une manière générale, les rapprochements entre les différentes catégories du droit administratif. Elles invitent ainsi, avec les autorisations d'accès au marché, à s'interroger davantage sur le régime des actes administratifs unilatéraux de régulation.

⁴⁷⁸ Il s'agissait des trois décisions suivantes : 1. Différend T3M-RFF - Décision n° 2014-018 du 15 juillet 2014 portant exécution de l'article 7 de la décision n° 2013-018 du 1er octobre 2013 portant sur la demande formée par T3M dans le cadre d'un différend l'opposant à Réseau ferré de France relatif aux conditions d'allocation et de suivi des sillons, de facturation et de remboursement de la redevance de réservation ; 2. Différend Euro Cargo Rail-RFF - Décision n° 2014-016 du 15 juillet 2014 portant exécution des articles 7 et 11 de la décision n° 2013-016 du 1^{er} octobre 2013 portant sur la demande formée par Euro Cargo Rail dans le cadre d'un différend l'opposant à Réseau ferré de France relatif aux conditions d'allocation et de suivi des sillons, de facturation et de remboursement de la redevance de réservation ; 3. Différend VFLI-RFF - Décision n° 2014-019 portant exécution des articles 7 et 11 de la décision n° 2013-019 du 1er octobre 2013 portant sur la demande formée par VFLI dans le cadre d'un différend l'opposant à Réseau ferré de France relatif aux conditions d'allocation et de suivi des sillons, de facturation et de remboursement de la redevance de réservation.

Conclusion du chapitre 2

Les autorités de régulation ont acquis un pouvoir réglementaire de manière progressive. La reconnaissance d'un tel pouvoir à leur profit, admise dans son principe par le Conseil constitutionnel, a été strictement encadrée pour satisfaire aux exigences de la *hiérarchie des normes*. Ces autorités entrent, à l'instar des autres autorités administratives indépendantes, dans la catégorie des « autorités autres que le Premier ministre ».

La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation leur permet d'exercer leur mission *plus efficacement*. Composées des experts, les autorités de régulation sont censées être plus aptes que le pouvoir central de l'exécutif à régler des situations techniques. Le pouvoir réglementaire leur est attribué par le législateur, à qui incombe également de le mettre en place de telle manière qu'il respecte la *hiérarchie des normes*.

Si le pouvoir réglementaire des autorités de régulation reste toujours limité dans son contenu, peu importe le secteur économique dans lequel il s'exerce, les conditions d'exercice de ce pouvoir diffèrent selon le secteur concerné.

Ainsi, dans certaines hypothèses, le pouvoir réglementaire des autorités de régulation est soumis à homologation ministérielle, alors que dans d'autres, il en est dispensé. L'exigence d'homologation vaut pour la plupart des actes de l'ARCEP, ainsi que pour tous les actes de l'ARAFER. En revanche, le pouvoir réglementaire de la CRE y échappe entièrement.

Le Conseil constitutionnel ne semble pas exiger l'homologation. **La soumission du pouvoir réglementaire des autorités de régulation à homologation n'est pas une condition de sa constitutionnalité, mais plutôt un moyen concourant à sa légitimité.** À travers le pouvoir d'homologation, l'acte reste en quelque sorte attaché à l'exécutif, mais celui-ci ne lui exerce toutefois qu'un contrôle très limité. Mise en place pour s'assurer que les autorités de régulation ne contraignent pas la volonté étatique dans des domaines fortement politiques, l'homologation est finalement devenue une formalité machinale, le ministre homologuant quasi-automatiquement les actes qui lui sont

soumis. Cette pratique s'explique en partie par le fait que les autorités de régulation veillent à présenter aux ministres des actes auxquels il lui serait difficile d'opposer un refus.

La soumission des actes réglementaires des autorités de régulation à homologation ministérielle les prive de leur applicabilité immédiate. **Les actes réglementaires soumis à homologation sont des actes conditionnels.** Si la norme de régulation qu'ils recèlent est produite par seules les autorités de régulation, ce n'est qu'après l'exercice de cette prérogative ministérielle qu'ils déploient leurs effets. L'homologation retarde les effets des actes administratifs unilatéraux pris par les autorités de régulation. En outre, elle constitue une **entrave procédurale** à l'exercice des compétences que les autorités réglementaires nationales tirent du droit de l'Union.

Le maintien ou non de l'exigence d'homologation est avant tout une question politique. Sa suppression permettrait de renforcer l'efficacité d'action des autorités de régulation et de mieux respecter les exigences européennes liées à l'indépendance de ces autorités. En revanche, la soumission du pouvoir réglementaire des autorités de régulation à homologation ministérielle serait notamment un moyen de s'assurer que l'État ne se désengage pas entièrement de la mission de police que constitue la régulation.

Conclusion du titre 1

Le recours à des autorités administratives indépendantes en matière de régulation n'est pas ordonné directement par le droit de l'Union européenne. Celui-ci ne s'intéresse ni aux moyens ni aux organismes employés par les États membres pour l'exécution de leurs obligations européennes. Il pose uniquement des règles et des objectifs qu'il incombe aux États de mettre en œuvre à l'aide de leurs propres mécanismes institutionnels et procéduraux. Les États membres disposent ainsi d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne la désignation des autorités réglementaires nationales.

Ces dernières peuvent être constituées soit par des autorités administratives classiques, par exemple par des ministres responsables au sein des secteurs concernés, soit par des autorités de régulation organisées sous la forme d'autorités administratives indépendantes, soit par une combinaison de ces deux systèmes d'organisation administrative. L'État français a opéré le même choix politique que ses homologues européens, en confiant la régulation principalement à des autorités de régulation organisées sous forme d'autorités administratives indépendantes.

La question de l'indépendance des autorités de régulation est loin d'avoir un caractère purement institutionnel. Elle déploie des effets sur le plan matériel à travers la notion de compétence. Les autorités de régulation revêtent la forme d'autorités administratives indépendantes, tout en étant compétentes en même temps pour prendre des actes administratifs unilatéraux pour réguler le marché. Leur indépendance comprend plusieurs formes. Elle est conçue d'abord vis-à-vis du secteur régulé. Cette forme d'indépendance se concilie aisément avec leur compétence d'adopter des actes administratifs unilatéraux, dans la mesure où elle leur permet de prendre leurs décisions de manière impartiale. En outre, le droit de l'Union pousse vers l'indépendance par rapport à l'exécutif et, sous certaines conditions, par rapport au législateur. L'indépendance par rapport au pouvoir législatif est inconcevable à la conception française de la hiérarchie des normes. L'indépendance par rapport à l'exécutif est difficile à concilier avec la compétence généralisée dont disposent ces autorités consistant à réguler le marché par voie d'actes administratifs unilatéraux. Elle soulève notamment des interrogations quant à sa légitimité.

Dans la mesure où les autorités de régulation sont les centres principaux de production normative en matière de régulation, il se pose, en sus de la question de leur légitimité, celle relative à leur place dans la hiérarchie des normes. Le pouvoir réglementaire des autorités de régulation est révélateur des tensions entre la hiérarchie des normes et l'efficacité économique. Sa dévolution est guidée par la nécessité de respecter l'unité du pouvoir réglementaire et reste soumise aux mêmes conditions dans tous les secteurs régulés : les autorités de régulation sont investies d'un pouvoir réglementaire par le législateur, qui doit faire en sorte que ce pouvoir reste limité par rapport à son intensité et son étendue. Or, les conditions dont dépend son exercice sont différentes, ce qui crée un *système de régulation fragmenté*. D'un côté se situent les actes dispensés d'homologation, actes *nés complets*, et de l'autre côté ceux qui sont soumis à homologation, *actes non immédiatement exécutoires*. L'harmonisation des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire des autorités de régulation s'impose pour le fonctionnement optimal du mécanisme de régulation dans son ensemble.

Titre 2. La procédure d'adoption des actes

L'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation est l'aboutissement du processus d'élaboration et, le cas échéant, d'attribution menés par les autorités compétentes. L'élaboration et l'attribution de ces actes présentent une caractéristique commune : elles impliquent l'association des opérateurs économiques au mécanisme décisionnel. Les opérateurs participent à des consultations tenues par les autorités de régulation et peuvent ainsi influencer éventuellement sur le contenu de la décision prise. Si la consultation des opérateurs est particulièrement répandue en matière d'actes réglementaires, elle se rencontre aussi à propos de certains actes individuels⁴⁷⁹.

L'élaboration des actes réglementaires de régulation révèle la mutation fondamentale que connaît le régime juridique de l'acte administratif unilatéral lorsque ce dernier est employé pour réguler le marché. Comme on l'a déjà souligné⁴⁸⁰, le procédé unilatéral postule que l'administration reste indifférente par rapport au consentement du destinataire de l'acte administratif. Le fait d'ériger les destinataires des actes de régulation en co-acteurs de leur élaboration est ainsi un trait d'évolution de la théorie de l'acte administratif unilatéral. L'atténuation de l'unilatéralisme qu'implique la participation des opérateurs économiques à la confection de ces actes s'inscrit dans un mouvement développé depuis longtemps tenant au renforcement des droits de l'administré et à la consolidation de sa place vis-à-vis de l'administration⁴⁸¹.

Maître des métaphores, André de Laubadère note que : « le style Empire, en matière administrative, c'est la multiplication des enquêtes préalables, la publicité des diverses phases de l'élaboration, les délais, qui alourdissent les lignes de l'action administrative comme les cuivres ciselés celles des meubles, mais multiplie les garanties préalables au profit des administrés. S'il y a eu en France un âge d'or de la garantie préalable de la

⁴⁷⁹ V., par ex., les consultations publiques menées par l'ARCEP en vue de l'attribution des licences UMTS : <http://www.arcep.fr/?id=8562>.

⁴⁸⁰ V. *supra*, p. 50 s.

⁴⁸¹ Sur l'évolution du statut de l'administré, v. not. J. RIVERO, « L'administré face au droit administratif », *AJDA* 1995, numéro spécial, p. 147 s; Bénédicte DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 172, 1993 ; D. TRUCHET, « Le point de vue de juriste : personnes, administrés, usagers, clients ? », in IFSA, *Administration : droits et attentes des citoyens*, Paris, La documentation française, 1998, p. 23 s.

décision pour le particulier, c'est bien celui-là »⁴⁸². Pour continuer le jeu des métaphores, il convient de noter que c'est grâce au dialogue nourri avec les administrés que l'administration ne devienne « ce gigantesque automate appliquant et particularisant mécaniquement le droit que l'on a parfois construit dans le confort abstrait d'une analyse trop étroitement juridique »⁴⁸³.

Or, l'association des opérateurs au mécanisme décisionnel ne s'arrête pas à leur participation à l'élaboration des actes (Chapitre 1). Ceux-ci sont également appelés à prendre part aux différentes procédures de mise en concurrence organisées par les autorités de régulation aux fins d'attribuer des actes individuels permettant l'accès au marché, comme c'est le cas des licences de téléphonie mobile (Chapitre 2).

⁴⁸² J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges J. Dabin*, p. 813, cité par A. DE LAUBADÈRE, « L'administration concertée », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, Paris, p. 407 s., spéc. p. 423.

⁴⁸³ Y. GAUDEMET, « Remarques à propos des circulaires administratives », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 561 s., spéc. p. 563.

Chapitre 1. La participation des opérateurs à la confection des actes

La régulation entraîne la métamorphose du régime juridique de l'acte administratif unilatéral. Les mutations que subit ce dernier divergent selon qu'il s'agit d'un acte individuel ou réglementaire. Lorsque l'acte individuel est employé en matière de régulation, il connaît un dédoublement fonctionnel⁴⁸⁴. D'une part, il est utilisé comme moyen de construire un marché en assurant son ouverture à la concurrence. D'autre part, il est employé comme instrument visant à garantir le maintien de la concurrence au sein d'un marché libéralisé par la résolution des différends qui peuvent y resurgir et la sanction des comportements contraires aux règles et objectifs de régulation. Ce dédoublement fonctionnel commande l'application d'un double régime aux actes individuels de régulation : à côté du régime proprement administratif est développé un régime quasi-juridictionnel⁴⁸⁵.

Les formalités et les effets de l'association des opérateurs économiques à la procédure d'édiction des actes individuels de régulation varient selon si l'acte en cause vise principalement à réaliser une fonction d'ouverture à la concurrence ou à assurer le maintien de celle-ci. Lors de l'élaboration d'un acte poursuivant la dernière finalité, que se soit une décision de règlement des différends ou une sanction, les autorités chargées de réguler le marché sont tenues de respecter les droits de la défense de l'opérateur concerné et de motiver leurs décisions. Il s'agit là des obligations classiques que doit respecter toute autorité administrative lorsqu'elle exerce une fonction contentieuse. En revanche, la procédure d'élaboration des actes individuels qui s'inscrivent dans une perspective d'ouverture d'un marché donné à la concurrence présente une certaine particularité : bien que ces actes soient individuels, leur édiction est précédée d'une consultation publique.

⁴⁸⁴ Sur les évolutions du régime des actes individuels lorsque ceux-ci sont employés comme outils de régulation, v. not. D. CUSTOS, « Autorités de régulation et métamorphose du régime juridique de la décision individuelle », in C. PRÉBISSY SCHNALL, G. GUGLIELMI, G. KOUBI (dir.), *Droit et économie : interférences et interactions. Mélanges en l'honneur du Pr. Michel BAZEX*, LexisNexis, Litec, 2009, p. 65 s.

⁴⁸⁵ Sur cette distinction, v. D. CUSTOS, *ibid.*, pp. 69-72.

Dans cette hypothèse, la consultation ne vise pas à permettre aux opérateurs d'influer sur le contenu de l'acte individuel, mais plutôt à aider l'autorité de régulation concernée à décider s'il y a besoin d'édicter un tel acte. La quatrième licence de téléphonie mobile 3G fournit l'exemple le plus significatif de mise en œuvre de ce processus⁴⁸⁶. L'ARCEP a lancé deux consultations publiques relatives aux autorisations d'utilisation de fréquences pour l'établissement et l'exploitation de réseaux de communications mobiles de deuxième et troisième génération. L'objectif principal de celles-ci consistait à interroger les acteurs sur leur intérêt pour la quatrième licence 3G, encore disponible à l'époque, afin de déterminer si le schéma de partage des fréquences parmi les trois opérateurs sur le marché des communications électroniques dans les bandes de 900 et 1800 MHz réutilisées pour les réseaux mobiles de troisième génération devait être établi sur la base de trois ou quatre opérateurs. L'ARCEP souhaitait notamment recueillir les éventuels commentaires des opérateurs sur le principe du renouvellement de l'autorisation GSM de Bouygues Télécom dans des conditions identiques à celles appliqués au renouvellement des autorisations d'Orange France et SFR.

Cette consultation a eu des conséquences cruciales sur le marché des communications électroniques. Grâce à elle, l'Autorité a constaté l'intérêt manifeste de plusieurs opérateurs pour l'attribution de la quatrième licence 3G, alors qu'avant la tenue de la consultation, aucun intérêt n'avait été exprimé pour l'obtention de la quatrième licence malgré les deux appels à candidatures organisés auparavant. Cette nouvelle appréciation de la concurrence sur le marché a conduit l'ARCEP à proposer au ministre chargé des communications électroniques le lancement d'un appel à candidatures pour l'attribution de la quatrième licence 3G⁴⁸⁷.

En l'espèce, la consultation n'a pas eu comme finalité de permettre aux opérateurs d'influer sur le contenu de l'acte en question, mais d'éclairer l'ARCEP sur l'opportunité de l'adoption de cet acte et sur les modalités selon lesquelles se réaliserait son attribution. En revanche, en matière d'actes réglementaires, l'association des

⁴⁸⁶ Sur la procédure d'attribution de la 4^{ème} licence 3G, v. not. E. GUILLAUME et L. COUDRAY, « Le contentieux de la 4^e licence 3G, À propos de la décision du Conseil d'État, Bouygues Telecom du 12 octobre 2010 », *RJEP* février 2011, n° 683, p. 11 s.

⁴⁸⁷ Sur cette consultation, achevée le 17 novembre 2006, v. les deux communiqués de presse de l'ARCEP, l'un datant du 5 octobre 2006 et l'autre du 23 novembre 2006, publiés sur son site Internet : www.arcep.com.

opérateurs au processus décisionnel est plus importante, dès lors qu'elle peut conduire à ce qu'ils contribuent à la détermination du sens même de la décision.

Les modalités et le degré de participation des opérateurs économiques à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux de régulation varient selon les différents secteurs. Les autorités de régulation n'ont aucune obligation de mettre en place des mécanismes participatifs, exception faite du secteur des communications électroniques⁴⁸⁸. Or, la création de ces mécanismes s'impose étant donné notamment les avantages que comporte la participation pour l'action des autorités de régulation. La généralisation de la participation en matière de régulation se justifie pour plusieurs raisons. L'identification des illustrations de la participation des opérateurs à la confection des actes administratifs unilatéraux de régulation en droit positif (Section 1) permettra de mieux apprécier sa portée (Section 2).

Section 1. Les illustrations de la participation

Le vocabulaire utilisé pour désigner les différentes modalités d'association du destinataire d'un acte administratif à son élaboration est très riche. Sont notamment utilisés à cet effet les termes « participation », « consultation », « concertation », ou « négociation »⁴⁸⁹. Chacun de ces termes mérite un examen particulier.

Le terme « participation » a un contenu neutre. Il signifie tout simplement que les opérateurs prennent part à l'élaboration de l'acte en cause, sans préjuger en rien du sort réservé à leurs remarques par l'administration. Né et développé au sein du domaine de l'environnement, le droit à la participation du public aux décisions administratives s'est rapidement étendu aux secteurs régulés. Le recours à des procédures participatives contribue à ce que les opérateurs économiques deviennent à la fois destinataires de la norme de régulation et co-acteurs de son élaboration⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ V. l'art. L. 32-1-III du CPCE. Sur ce point, v. également *infra*, p. 199 s.

⁴⁸⁹ Sur cette distinction, v. Conseil d'État, *Rapport public pour 2011 : Consulter autrement, participer effectivement*, La documentation française, 2011, pp. 26-29.

⁴⁹⁰ Le terme « co-acteur » est préféré par rapport au terme « co-auteur » dans la mesure où la participation des opérateurs n'entraîne pas de transfert de compétence à leur profit. Les opérateurs n'expriment qu'un avis sur la mesure envisagée. Il revient ensuite à l'administration seule de tirer les conséquences de la participation et de prendre la mesure finale.

La participation se distingue de la concertation. Cette dernière est moins neutre, dans la mesure où elle postule une interaction entre l'administration et les administrés, une action « en concert » lors de l'élaboration de la règle de droit⁴⁹¹. La concertation fut notamment développée en matière d'économie suite à la seconde guerre mondiale. Elle est née avec la planification du plan Monnet⁴⁹². Les auteurs de ce texte avaient souligné les mérites de l'économie concertée qui marquait une rupture par rapport au modèle de l'économie dirigée à caractère bureaucratique et corporatif⁴⁹³. Le professeur André de Laubadère faisait de la concertation une « idée à la mode » dès 1974 notant en même temps qu'en tant que barbarisme, elle ne figurait pas dans les dictionnaires⁴⁹⁴. Apparue depuis dans ces derniers⁴⁹⁵, la concertation s'avère être une modalité procédurale de plus en plus utilisée en matière d'élaboration des politiques publiques. La concertation implique que l'administration tient au moins compte des remarques formulées par les parties prenantes lors de l'élaboration de sa décision.

La concertation consiste en l'association d'un maximum d'acteurs à l'élaboration de la décision sur la base d'un dialogue, d'un échange des vues entre ceux-ci et l'administration. Elle doit ainsi se distinguer de la consultation au sens strict du terme qui a un sens fortement institutionnel et une portée limitée, dès lors qu'elle implique un échange entre deux ou plusieurs organismes : celui qui est chargé d'édicter un acte et un autre organisme dont la saisine et l'avis peuvent être obligatoires ou facultatifs⁴⁹⁶. Cependant, lorsque le terme « consultation » est couplé avec l'adjectif « publique », il se rapproche de la concertation.

L'ultime étape de l'association des destinataires d'une décision à son élaboration consiste en la négociation de son contenu avec eux. En matière de régulation en

⁴⁹¹ Sur cette notion, v. A. DE LAUBADÈRE, « L'administration concertée », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, Paris, p. 407 s.

⁴⁹² J. RIVERO, « Le Plan Monnet et le droit », Dalloz, *Chronique*, 1947, p. 129; rééd. in A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT et G. VEDEL, *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 48.

⁴⁹³ A. DE LAUBADÈRE, « L'administration concertée », *op. cit.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 409.

⁴⁹⁵ Par exemple, Larousse la définit comme une « pratique qui consiste à faire précéder une décision d'une consultation des parties concernées ». V. l'entrée « concertation », in C. DUBOIS (dir.), *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, Paris, Librairie Larousse, 1982, t. 3, p. 2479.

⁴⁹⁶ Pour les différents types d'avis en droit administratif, v. B. SEILLER, *Droit administratif. Tome 2 : l'action administrative*, *op. cit.*, pp. 145-146.

particulier, la négociation aboutit à une corégulation du marché. La norme de régulation devient œuvre commune de l'autorité de régulation et des opérateurs économiques. La régulation partagée ou corégulation est la modalité de régulation la moins interventionniste après l'autorégulation.

La participation des opérateurs économiques à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux de régulation n'est pas suffisamment réglementée en droit français. Ses contours demeurent flous. Cependant, les autorités de régulation ont de plus en plus recours à des procédures participatives. Cette pratique est inspirée des exemples tirés d'autres disciplines ou ordres juridiques où la participation est déjà très développée (§ 1). La mise en œuvre généralisée de telles procédures permet d'ailleurs d'assurer le respect de différents principes forgés progressivement grâce au droit de l'Union européenne (§ 2).

§ 1. Les modèles de la participation en droit positif

L'association des destinataires de l'acte administratif unilatéral à son élaboration participe de la transformation de la relation entre l'administration et la démocratie. Elle traduit le passage de l'« administration démocratique » à la « démocratie administrative »⁴⁹⁷. Attribut de la « citoyenneté administrative »⁴⁹⁸, elle témoigne d'une conception renouvelée de l'action administrative qui est marquée par le renforcement des droits procéduraux des administrés.

⁴⁹⁷ Sur cette évolution, v. J. CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », RFAP, 2011/1 n° 137-138, p. 217 s., not. pp. 224-226. Pour les origines de la notion, v. J. RIVERO, « A propos de la métamorphose de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration », in Mélanges Savatier, Dalloz, 1965, p. 821 s.; A. MESTRE, « La démocratie administrative », in Mélanges offerts à Paul Couzinet, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 561 et s., not. p. 568 ; B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », RFAP 2011, p. 21 s.

⁴⁹⁸ Sur cette notion, v. Bénédicte DELAUNAY, L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945, op. cit. ; G. DUMONT, La citoyenneté administrative, Thèse dact., Université Panthéon-Assas, Bibliothèque Cujas, 2002 ; A.-S. MICHON-TRAVERSAC, La citoyenneté en droit public français, LGDJ, éd. Institut Universitaire Varenne, 2010.

L'idée de démocratie administrative est enracinée dans diverses lois adoptées à partir de 1970 : c'est le cas des lois concernant le Médiateur⁴⁹⁹, l'accès aux documents administratifs⁵⁰⁰, l'informatique et les libertés⁵⁰¹, la motivation des actes individuels⁵⁰² ou le Défenseur des droits⁵⁰³. Sont intervenus ensuite de différents textes renforçant l'association des administrés au processus de prise de décision. Tel est le cas du décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers⁵⁰⁴, ou des lois relatives à la démocratisation des enquêtes publiques⁵⁰⁵ et la participation du public en matière environnementale⁵⁰⁶. A été également adoptée la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations qui constitue, pour l'instant, le texte le plus important comportant les règles relatives à la procédure administrative non contentieuse⁵⁰⁷.

Les rapports entre l'administration et les administrés ont été également améliorés grâce à d'autres réglementations visant la simplification des formalités administratives⁵⁰⁸ ou les échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives⁵⁰⁹. La participation des citoyens à la confection des actes réglementaires s'est notamment renforcée grâce à la loi du 17 mai 2011 relative à la

⁴⁹⁹ V. la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République, JORF, 4 janvier 1973, p. 164.

⁵⁰⁰ V. la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (JORF, 18 juillet 1978, p. 2851), modifiée par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (JORF, 12 juillet 1979, rectificatif JORF du 13 juillet 1979 inclus, p. 1711).

⁵⁰¹ V. la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF, 7 janvier 1978, p. 227.

⁵⁰² V. la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, JORF, 12 juillet 1979, p. 1711.

⁵⁰³ V. la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF, 30 mars 2011, p. 5504. Adoptée sur le fondement du nouvel article 71-1 de la Constitution, cette loi s'inscrit dans le cadre de la modernisation des institutions telle qu'envisagée par la révision constitutionnelle de 2008.

⁵⁰⁴ V. le décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers.

⁵⁰⁵ V. la loi n°83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, JORF, 13 juillet 1983, p. 2156.

⁵⁰⁶ V. la loi n° 95-101 du 2 février 1995 (« loi Barnier ») relative au renforcement de la protection de l'environnement, JORF, 3 février 1995, p. 1840.

⁵⁰⁷ JORF, 13 avril 2000, p. 5646.

⁵⁰⁸ V. le décret n°2000-1277 du 26 décembre 2000 portant simplification de formalités administratives et suppression de la fiche d'état civil.

⁵⁰⁹ V. l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives.

simplification et l'amélioration de la qualité du droit⁵¹⁰. Celle-ci comportait une innovation majeure consistant à permettre aux autorités administratives de substituer une consultation du public menée sur Internet à la saisine obligatoire d'une commission consultative.

Ce mouvement favorable à la protection des administrés, s'est poursuivi avec la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013⁵¹¹. Celle-ci habilitait le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens et vise à renforcer le dialogue entre eux, à simplifier leurs relations, à consolider la transparence de l'administration et à conforter sa réactivité⁵¹². Elle autorisait notamment le Gouvernement à adopter par voie d'ordonnance un code des relations entre l'administration et le public comportant l'ensemble des règles de la procédure administrative, auxquelles il est difficile d'accéder parce qu'elles sont d'origine jurisprudentielle ou elles se trouvent dans des législations disparates.

À la différence de la plupart des États européens, la France ne disposait pas de code de procédure administrative non contentieuse⁵¹³. Elle faisait partie « du groupe des États où les règles de procédure de source jurisprudentielle se juxtaposent à des lois partielles (Grande-Bretagne, Irlande, Belgique) »⁵¹⁴. Mettant fin à cette exception française, le code des relations entre le public et l'administration adopté par l'ordonnance n° 2015-1341 et le décret n° 2015-1342 du 23 octobre 2015 pourrait contribuer considérablement à la simplification et l'amélioration des relations entre l'administration et les citoyens. Ce code pose notamment les règles générales de la participation des citoyens aux décisions publiques. Précisant, dans un premier temps, les principes généraux de la concertation, le code clarifie ensuite les règles relatives aux

⁵¹⁰ JORF, 18 mai 2011, p. 8537. Sur cette loi, v. H. BELRHALI-BERNARD, « La nouvelle loi de simplification du droit, le rapport public 2011 du Conseil d'État et les consultations sur Internet », *DA*, octobre 2011, p. 31 s. Sur les consultations sur Internet, v. l'étude critique de Bénédicte DELAUNAY : « Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations », *AJDA* 2011, p. 1187 s.

⁵¹¹ JORF n°0263 du 13 novembre 2013 page 18407.

⁵¹² En ce sens, v. l'exposé des motifs du projet de loi n° 664 (première lecture au Sénat).

⁵¹³ Sur l'état de codification de la procédure administrative aux États européens, aux États-Unis, en Australie, au Canada, en Chine, en Israël et au Paraguay, v. J.-B. AUBY (dir.), G. BERMAN (préf.), *Codification of administrative procedure*, Bruylant, janvier 2014. Pour une présentation synthétique de différentes tentatives de codification en France, v. P. GONOD, « Codification de la procédure administrative. La fin de "l'exception française" ? », *AJDA* 2014, p. 395 et s.

⁵¹⁴ P. GONOD, *ibid.*, pp. 397-398.

consultations ouvertes, aux commissions administratives à caractère consultatif et aux enquêtes publiques. Ensuite, il traite d'autres formes d'association des citoyens aux décisions publiques, parmi lesquelles se retrouvent notamment les initiatives populaires nationales et la participation aux décisions locales⁵¹⁵.

Le code des relations entre le public et l'administration ne réserve aucune place particulière à la consultation organisée par les autorités de régulation. Cependant, il crée un régime original de droit commun applicable aux mécanismes d'association du public spontanément mis en œuvre par les autorités administratives. Dans son article L. 131-1, il prévoit que : « lorsque l'administration décide, en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires, d'associer le public à la conception d'une réforme ou à l'élaboration d'un projet ou d'un acte, elle rend publiques les modalités de cette procédure, met à disposition des personnes concernées les informations utiles, leur assure un délai raisonnable pour y participer et veille à ce que les résultats ou les suites envisagées soient, au moment approprié, rendus publics ». Cette disposition revêt une importance particulière pour les autorités de régulation, étant donné que le recours à des processus participatifs spontanés est la règle en matière de régulation. Lorsque les autorités de régulation décident d'organiser une consultation publique, elles sont tenues de respecter cet article. Sinon, elles risqueraient de voir annulée toute décision adoptée à l'issue d'un tel processus.

Si l'instauration d'un régime de droit commun applicable aux procédures d'association du public mises en place spontanément par les autorités de régulation constitue déjà une avancée considérable⁵¹⁶, il conviendrait également de réfléchir sur la perspective d'adoption d'un dispositif particulier régissant l'association du public en matière de régulation. Une telle réglementation se justifierait d'abord par la technicité des matières susceptibles de faire l'objet de consultation, qui conduit à une limitation *de facto* des parties prenantes (opérateurs et, moins souvent, associations des consommateurs). En outre, elle serait indispensable au vu des enjeux que comporte la consultation pour le

⁵¹⁵ L'*AJDA* et la *RFDA* ont consacré deux dossiers spéciaux à l'étude de ce code. V. : *AJDA*, dossier spéc. n° 43/2015 et n° 44/2015 : « La lex generalis des relations entre le public et l'administration » ; *RFDA*, dossier spéc. n° 1/2016 : « Le code des relations entre le public et l'administration ».

⁵¹⁶ En ce sens, v. S. SAUNIER, « L'association du public aux décisions de l'administration », *AJDA*, dossier spéc. n° 43/2015 : « La lex generalis des relations entre le public et l'administration », p. 2426 s., spéc. pp. 2430-2431.

fonctionnement des entreprises. La confection d'un droit procédural applicable à la tenue des processus participatifs pourrait s'appuyer sur plusieurs sources d'inspiration.

La participation du public aux décisions administratives est particulièrement répandue dans le domaine de l'environnement. Figurant comme la branche du droit la plus caractéristique de mise en œuvre de tels processus, le droit de l'environnement mérite un examen particulier dans la mesure où il pourrait servir de base pour l'élaboration d'un cadre procédural unique régissant la participation en matière de régulation (A). En outre, il conviendrait d'étudier le modèle procédural américain de « notice and comment », qui est l'exemple international le plus significatif en ce qui concerne la participation du public à la procédure d'élaboration des décisions administratives et de le comparer au droit français. Cette démarche nous permettra de tirer diverses conclusions sur l'état actuel de la participation en matière d'actes administratifs adoptés par les autorités de régulation en France (B).

A. L'exemple du droit de l'environnement

Les enseignements du droit de l'environnement font apparaître les avantages que comporte la participation pour la qualité des normes administratives. Consolidé grâce à la protection que lui ont conférée tant la Constitution, que le législateur national et européen et le droit international, l'exemple de la participation en droit de l'environnement est l'archétype de la participation du public à l'élaboration des décisions administratives (1). La transposition de certains principes applicables en matière de participation dans le domaine environnemental à la participation dans les secteurs régulés permettrait de pallier à certaines faiblesses que comporte le système de participation actuel en matière de régulation (2).

1. L'archétype de la participation du public à l'élaboration des décisions administratives

La nécessité d'informer le public et de faciliter sa participation aux décisions relatives à la protection de l'environnement est apparue tant en droit international⁵¹⁷ qu'en droit de l'Union européenne. En droit international, le principe de participation est notamment protégé par la Convention d'Aarhus⁵¹⁸. Celle-ci vient « consacrer un droit de l'homme à l'environnement et renforce la démocratie administrative »⁵¹⁹. La participation du public aux décisions environnementales a été consolidée grâce au droit de l'Union qui est venu mettre en œuvre les obligations prévues par la Convention d'Aarhus. Il convient à cet égard de mentionner la directive n° 2003/4 du 28 janvier 2003 du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement⁵²⁰. Celle-ci fournit une définition très large de la notion d'information environnementale qui reprend celle de la Convention d'Aarhus. Les obligations découlant de cette Convention sont également mises en œuvre par la directive n° 2003/35 du 26 mai 2003 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive CEE n° 85/337 du 27 juin 1985 relative aux « Études d'impact », qui vise notamment à parfaire le dispositif relatif

⁵¹⁷ Pour les prémices de la participation en matière d'environnement en droit international, v : Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de Stockholm, juin 1972, principe 19 ; Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, juin 1992, principe 10. Le principe 10 de la Déclaration de Rio prévoit notamment que « la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés », ce qui implique, au niveau national, que les citoyens aient « accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques ». À la différence de la Convention d'Aarhus, ces textes n'ont pas d'effet contraignant. Or, ils ont servi de précurseur à la consolidation du droit à la participation du public, tel que prévu dans la Convention d'Aarhus.

⁵¹⁸ Adoptée sous l'égide de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies le 25 juin 1998 et ratifiée par la France en 2002, la Convention d'Aarhus contient diverses dispositions relatives à la participation en matière environnementale. Sur ce point, v. not. l'art. 8 de la Convention, intitulé : « Participation du public durant la phase d'élaboration de dispositions réglementaires et/ou d'instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale » et ses articles 4 et 5 relatifs au droit à l'information du public. Ces derniers imposent aux autorités publiques de mettre à la disposition du public, dans le cadre de leur législation nationale, les informations sur l'environnement qui leur sont demandées. La Convention fournit des définitions extensives des notions de « *public* » et d'« *informations sur l'environnement* », permettant ainsi l'élargissement du champ d'application du principe de participation.

⁵¹⁹ Conseil d'État, *Rapport public pour 2011 : Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 54. Sur la nécessité d'appréhender la participation comme un droit, voire comme un droit constitutionnellement garanti, et non pas comme un simple principe, v. L. FONBAUSTIER, « La participation du public », *AJDA* 2015, p. 518.

⁵²⁰ JOCE L 156, 25/06/2003, pp. 17-25.

à la participation du public lors de l'élaboration de certains programmes concernant l'environnement⁵²¹.

Le juge de l'Union confère, à son tour, une protection particulière au principe de participation tel que consacré à la Convention d'Aarhus, en le liant à l'unité et l'efficacité du droit de l'Union⁵²². Il a d'ailleurs été appelé à se prononcer sur les conséquences contentieuses du principe de participation. Plus précisément, il a été confronté à la question de savoir si les personnes ayant eu la possibilité de participer à l'élaboration d'un acte concernant l'environnement conservent le droit de former un recours juridictionnel à l'encontre de cet acte⁵²³. La Cour de justice de l'Union européenne a clairement affirmé que la participation à la procédure de prise de décision dans les conditions prévues par la directive 85/337/CEE n'a aucun effet sur les conditions d'exercice du recours juridictionnel. Elle a noté que la participation est distincte de ce recours. Les personnes ayant participé à une décision prise en matière d'environnement ne devraient ainsi se voir privées, du fait même de cette participation, de leur droit d'exercer un recours à l'encontre de la décision. Le fait qu'elles ont déjà pu faire valoir leur point de vue lors de l'étape de participation à l'élaboration de la décision ne saurait conduire à limiter leur droit au recours.

Ancré dans l'article 7 de la Charte de l'environnement, le droit à la participation en matière environnementale a acquis une valeur constitutionnelle⁵²⁴. Cet article prévoit le droit de toute personne d'accéder aux informations environnementales détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant un impact sur l'environnement. Il ne s'agit pas d'un simple principe, mais d'un véritable droit au profit des citoyens⁵²⁵. Faisant partie des droits et libertés garantis par la

⁵²¹ JOCE L 41, 14/02/2003, pp. 26-32.

⁵²² Cf. CJUE, 15 janv. 2013, *Joseph Krizan*, aff. C-416/10 : *Droit de l'environnement*, 1^{er} juill. 2013, pp. 265-269, note B. HAGÈGE-RADUTA ; *JCPG*, 28 janv. 2013, n° 5, p. 195, note F. PICOD ; *Journal du droit international (Clunet)*, 1^{er} avr. 2014, n° 2, p. 672, note D. DERO-BUGNY.

⁵²³ Sur ce point, v. CJCE 15 oct. 2009, *Djurgården-Lilla*, aff. C-263/08 : *AJDA*, 7 déc. 2009, n° 41, p. 2280, note M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; *Europe*, 1^{er} déc. 2009, n° 12, p. 30, note L. IDOT ; *RTD eur.* 2011, n° 4, p. 819, note L. COUTRON.

⁵²⁴ Le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle de l'ensemble des droits et devoirs prévus dans la Charte de l'environnement. Sur ce point, v. Cons. const., déc. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, *AJDA* 2008, p. 1614, note O. DORD ; *D.* 2009, p. 1852, obs. V. BERNAUD et L. GAY ; *ibid.*, 2009, p. 2448, obs. F. TRÉBULLE ; *RFDA* 2008, p. 1233, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD ; *Constitutions* 2010, p. 56, note A. LEVADE.

⁵²⁵ En ce sens, v. L. FONBAUSTIER, « La participation du public », *AJDA*, *op. cit.*

Constitution, le droit à la participation en matière environnementale est susceptible d'être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), en vertu de l'article 61-1 de la Constitution.

La mise en œuvre du principe de participation par des actes administratifs unilatéraux a donné lieu à une jurisprudence importante du Conseil constitutionnel⁵²⁶. Il convient de souligner que ce dernier veille à s'assurer de la meilleure participation des citoyens aux décisions publiques ayant une incidence directe sur l'environnement. À cet effet, il a invalidé plusieurs dispositions du code de l'environnement⁵²⁷ parce qu'elles ne permettaient pas la participation effective du public.

C'est dans cette perspective qu'il a notamment censuré l'article L. 120-1 du Code de l'environnement issu de la loi Grenelle II du 12 juillet 2010. Dans sa décision n° 2012-282 QPC, *Association France Nature Environnement et autre*, le Conseil constitutionnel, se refusant à adopter une conception trop restrictive de la distinction entre actes individuels et réglementaires, a frappé d'inconstitutionnalité l'article précité parce qu'il limitait la participation du public aux seules décisions réglementaires⁵²⁸. Il a considéré que l'exclusion du champ d'application de l'article L. 120-1 du Code de l'environnement des décisions non réglementaires pouvant avoir une incidence directe et significative sur l'environnement privait de garanties légales l'exigence constitutionnelle prévue par l'article 7 de la Charte de l'environnement.

Suite à la décision du Conseil constitutionnel a été adoptée la loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement⁵²⁹. Celle-ci a reformulé l'article L. 120-1 du code de

⁵²⁵ JOCE L 156, 25/06/2003, pp. 17-25

⁵²⁶ Cons. const., déc. n° 2011-183/184 QPC, 14 octobre 2011 ; Cons. const., déc. n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012 ; Cons. const., déc. n° 2012-269 et n° 2012-270 QPC, 27 juillet 2012.

⁵²⁷ Les articles concernés sont l'art. L. 511-2 du Code de l'environnement portant sur les décrets de nomenclature, l'article L. 512-7 III du Code de l'environnement relatif aux arrêtés fixant des prescriptions générales applicables aux installations enregistrées et l'article L. 512-5, al 1.

⁵²⁸ Cons. const., déc. n° 2012-282 QPC, *Association France Nature Environnement et autre*, 23 novembre 2012.

⁵²⁹ Loi n° 2012-1460 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, JORF n° 0302, 28 déc. 2012, p. 20578. Sur les censures systématiques prononcées par le Conseil constitutionnel en matière de droit de l'environnement sur le

l'environnement en étendant son ancien champ d'application à l'ensemble des décisions « autres que les décisions individuelles de l'État, y compris les autorités administratives indépendantes, et de ses établissements publics, ayant une incidence sur l'environnement lorsque celles-ci ne sont pas soumises, par les dispositions législatives qui leur sont applicables, à une procédure particulière organisant la participation du public à leur élaboration ».

La nécessité de renforcer le droit à la participation du public en matière environnementale a donné lieu à la création d'une institution particulière chargée d'organiser les débats publics. Il s'agit de la Commission nationale du débat public (CNDP) créée par la loi L.95-101 du 2 février 1995 (« loi Barnier »)⁵³⁰. La CNDP a notamment pour mission de permettre aux citoyens de se prononcer sur les projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national présentant un impact significatif sur l'environnement et une importance économique et sociale particulière. Transformée en autorité administrative indépendante en 2002 par la loi relative à la démocratie de proximité⁵³¹, la CNDP est chargée pour se prononcer, après saisine du maître de l'ouvrage, sur l'opportunité d'organiser un débat public en fonction du projet envisagé à chaque fois. Si elle décide qu'un débat public est inutile, il lui reste possible de proposer au maître d'ouvrage de mener une concertation. La participation des citoyens est assurée soit grâce à un débat public organisé par la CNDP et pour lequel elle nomme une commission spécifique, la commission particulière du débat public (CPDP), soit dans le cadre d'une concertation pour laquelle elle nomme un garant.

Le garant est une personne ou un groupe de personnes chargé d'accompagner le maître d'ouvrage et le public lors de la concertation. Il n'est ni juge, ni arbitre. Il n'est appelé ni à trancher sur un conflit ni à presser les parties prenantes pour aboutir à un projet consensuel. Il veille notamment à ce que les recommandations de la CNDP et les règles

fondement du principe de participation du public, v. R. NOGUELLOU, « Le principe de participation du public », *DA*, n° 2, févr. 2013, alerte 11.

⁵³⁰ Sur les missions et les modalités de fonctionnement de la CNDP, v. Conseil d'État, *Rapport public pour 2011 : Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, pp. 147-156. V. aussi : le décret d'application n° 96-388 du 10 mai 1996 relatif à la consultation du public et des associations en amont des décisions d'aménagement ; la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité ; les lois « Grenelle » I et II (n° 2009-967 et n° 2010-788 des 3 août 2009 et 12 juillet 2010).

⁵³¹ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, *JORF* du 28 février 2002, p. 3808.

de concertation soient respectées. Neutre dans l'exercice de ses fonctions, le garant occupe une fonction comparable à celle de la CPDP, dans la mesure où il est chargé de définir les règles de participation du public. Il lui incombe d'assurer la sincérité et le fonctionnement de la procédure de concertation. À cet effet, il peut être saisi de toute question ou demande portant sur le déroulement de la procédure de concertation. Indépendant des parties prenantes, il lui revient de renforcer la confiance entre elles afin de faciliter le dialogue.

Le rapport du Conseil d'État de 2011 consacré à la participation des citoyens aux décisions publiques insiste sur la présence d'un tiers garant pour assurer l'impartialité et la régularité de tout processus participatif⁵³². En matière d'environnement, le maître de l'ouvrage ne saurait par exemple se voir confier la tâche de mener la concertation seul. L'intervention d'un tiers garant est essentielle pour éviter le conflit d'intérêts qui pourrait se produire en l'espèce. Cette fonction est remplie par la CNDP dans le cas d'organisation des débats publics et des garants nommés par elle dans le cas d'une concertation recommandée qui est mise en œuvre par la CNDP lorsqu'il n'est pas nécessaire de recourir à la procédure plus compliquée du débat public.

La participation en matière de régulation et celle en matière environnementale diffèrent sur deux points principaux. En effet, la participation en matière de régulation n'a pas de fondement constitutionnel. En outre, elle n'est pas institutionnalisée. Encore imparfaite, elle mérite d'être renforcée. Les enseignements du droit de l'environnement pourraient être très utiles pour l'élaboration d'un cadre applicable à la procédure de participation à la confection des actes administratifs unilatéraux de régulation.

2. Une transposition éventuelle aux secteurs régulés

À la différence du droit de l'environnement, le nombre de parties prenantes lors des processus participatifs organisés par les institutions chargées de réguler le marché est limité. En outre, celles-ci sont connues à l'avance : il s'agit des entreprises touchées par la réglementation envisagée et disposant des informations et des connaissances

⁵³² En ce sens, v. Conseil d'État, *Rapport public pour 2011 : Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 124.

techniques leur permettant de mieux éclairer l'autorité de régulation concernée. Or, le fait de réserver la participation au processus de consultation aux opérateurs économiques pourrait conduire à la capture du régulateur. D'une manière générale, les autorités de régulation sont appelées à concilier l'indépendance par rapport au secteur régulé avec la nécessité de maintenir de bons rapports avec le secteur concerné pour exercer leur mission plus efficacement. Un équilibre comparable est recherché lorsque les autorités de régulation organisent des procédures participatives : elles veillent à créer des conditions permettant la participation la plus étendue possible des opérateurs concernés tout en s'assurant que la norme adoptée ne soit le fruit d'une influence excessive d'un ou plusieurs d'entre eux. Lors de l'organisation de la consultation, il convient que les autorités de régulation « (...) prennent les précautions nécessaires afin de prendre en compte les *desiderata* du secteur comme variable d'ajustement de la décision publique, elle-même orientée vers l'intérêt général »⁵³³, ce qui comprend certes l'intérêt des opérateurs mais ne se résume pas à celui-ci.

L'intervention d'un tiers garant en la matière à l'image du droit de l'environnement permettrait d'éviter le risque de capture. Au lieu de réserver aux autorités de régulation le soin d'organiser la consultation et de suivre son déroulement, il conviendrait d'envisager la perspective de confier ces missions à un tiers, que ce soit la CNDP ou une autorité administrative indépendante spécialement créée à cet effet⁵³⁴. Sinon, les autorités de régulation compétentes au sein des secteurs concernés pourraient toujours conserver cette mission, mais à condition qu'elles élargissent le champ d'application de la participation selon le modèle du débat public.

À cet effet, elles devraient créer les conditions nécessaires permettant l'association des groupes d'intérêt divers, par exemple des associations des consommateurs, aux dispositifs

⁵³³ H. DELZANGLES, « La redéfinition des contours de l'État administratif », in *Colloque : Les dimensions de la sphère publique en droit de la concurrence*, *Revue de jurisprudence commerciale*, janvier/février 2015, n° 1, p. 101 s., spéc. p.109.

⁵³⁴ Dans son rapport public précité, le Conseil d'État préconise l'extension de la compétence de la CNDP à l'ensemble des débats publics à dimension nationale. Il note que l'alternative à cette solution serait de « diffuser l'esprit du tiers garant à plusieurs niveaux et instances plutôt que d'avoir une approche excessivement instrumentale du débat public ». Dans un esprit favorable à la transposition des enseignements du droit de l'environnement aux autres secteurs, il propose d'ailleurs d'instaurer au profit de toutes les autorités de régulation une disposition analogue à celle introduite dans le Code de l'environnement par la loi Grenelle II qui permet à la CNDP de désigner un garant lorsqu'elle décide de ne pas recourir à la procédure de débat public. En ce sens, v. CE, *Rapport public pour 2011 : Consulter autrement, participer effectivement*, pp. 124 et 125.

participatifs, voire encourager la participation de tout citoyen qui serait intéressé par la mesure envisagée. Représentant l'intérêt des consommateurs, ces associations pourraient jouer un rôle de contrepoids aux entreprises. Composées d'experts, elles disposent d'ailleurs des connaissances leur permettant de participer efficacement. Or, la participation effective des citoyens à l'élaboration des actes de régulation présente plus des difficultés. Sa réalisation implique que les autorités de régulation présentent la mesure envisagée de manière la plus intelligible possible. Impliquant un travail fin et approfondi de la part de celles-ci afin qu'elles rendent le projet d'acte compréhensible pour le grand public sans qu'il soit en même temps dénué de sa technicité, l'ouverture de la consultation au grand public renforcerait la qualité de la norme de régulation, et ce très en amont, dès le stade même de sa conception.

D'un côté, parmi les différentes branches du droit, c'est le droit de l'environnement qui figure comme l'exemple le plus caractéristique de mise en œuvre du droit à la participation en France. De l'autre côté, parmi les différents ordres juridiques, c'est au sein des États-Unis qu'est protégé le plus le droit du public de participer à l'élaboration des décisions administratives. Faisant partie de la culture administrative du citoyen américain, la participation y est garantie grâce aux règles procédurales particulières, désignées sous le vocable de « notice and comment », qui imposent à l'administration, lorsqu'elle élabore une réglementation, de rendre public son projet et de recueillir les avis soit de tous les citoyens, soit de ceux qui font partie des groupes d'intérêt spécifiques⁵³⁵. Procédure de droit commun en droit américain, le modèle de « notice and comment » mérite un examen particulier dans la mesure où ses traces sont à retrouver dans le droit français des communications électroniques. Celui-ci pourrait d'ailleurs servir de base pour l'élaboration du droit procédural applicable à la participation en matière d'actes réglementaires de régulation.

B. Le modèle américain

Le droit américain rattache une attention particulière à la procédure administrative non contentieuse. À la différence de la France, la procédure administrative non contentieuse aux États-Unis est codifiée dans un texte, l'« Administrative Procedure Act ». L'article

⁵³⁵ Sur la procédure de « notice and comment », v. not. E. ZOLLER, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA* 2004, p. 757 et s, spéc. pp. 762-764.

553 de l' « Administrative Procedure Act » oblige les agences américaines⁵³⁶ à reconnaître « à toute personne intéressée un droit de pétition en vue de prendre, amender ou retirer un règlement ». Il s'agit de la procédure dite de « notice and comment ».

Le « notice » désigne leur devoir de publier le projet d'acte réglementaire, ainsi que les éléments ayant conduit à sa formulation. En outre, le « comment » implique que les agences américaines recueillent les différents avis, et comprend également la possibilité pour le public de remettre en cause le projet soumis à consultation⁵³⁷. Fortement procéduralisée, la participation du public à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux pris par les agences américaines (1) concerne l'ensemble des activités économiques relevant de leur champ de protection. Le droit de l'Union et le droit français pris pour son application prévoient des dispositions analogues, mais celles-ci ne trouvent à s'appliquer que dans le secteur des communications électroniques (2).

1. La procéduralisation de la participation dans l'ordre juridique des États-Unis

La procédure de « notice and comment » réunit plusieurs acteurs : y prennent notamment part des avocats, des experts de l'agence concernée et des représentants des destinataires de la réglementation envisagée, notamment des associations des consommateurs. Ce processus ne permet pas aux différents acteurs de discuter entre eux. Ceux-ci se limitent à exprimer leurs avis, et il incombe ensuite à l'agence seule de prendre la mesure définitive. L'objectif de la procédure de « notice and comment » est ainsi d'informer le public d'une norme envisagée et de lui permettre de s'exprimer sur celle-ci⁵³⁸.

Outre la procédure générale de « notice and comment », le droit américain comporte une procédure de réglementation négociée. La différence principale de cette procédure par

⁵³⁶ La notion d'« agence » en droit américain recoupe la notion française d'« autorité administrative ».

⁵³⁷ La procédure de « notice and comment » s'applique, en droit américain, tant à l'élaboration des actes réglementaires qu'à la confection des actes législatifs. Sur ce rapprochement procédural, v. D. CUSTOS, « Droits administratifs américain et français : sources et procédure », *RIDC*, 2-2007, p. 285 s., not. pp. 298-302.

⁵³⁸ En ce sens, v. D. CUSTOS, *ibid.*, p. 301.

rapport au « notice and comment » consiste dans le fait qu'elle permet aux parties prenantes de négocier la norme examinée. Dans le cadre de la procédure de « notice and comment », les parties intéressées n'interagissent pas, même si l'agence choisit de tenir une audience. L'agence est tenue uniquement de publier le projet de règlement sur le registre fédéral et de donner l'occasion au public de formuler des commentaires. En revanche, la procédure de réglementation négociée est fondée sur l'échange des points de vue entre les parties concernées.

Les agences américaines peuvent décider librement de recourir ou non au mécanisme de réglementation négociée⁵³⁹. Or, si elles choisissent finalement d'y avoir recours, elles sont tenues de suivre une procédure particulière. Lorsqu'est mise en œuvre la procédure négociée, le projet d'acte est débattu au sein d'un comité de négociation. Ce dernier assemble des représentants de tous les intérêts concernés. L'agence y participe également, mais elle n'y occupe aucune place particulière. Elle est placée sur un pied d'égalité avec les personnes qui représentent les différents intérêts en cause. Elle n'assure pas la direction du débat. Celle-ci est confiée à une tierce personne, indépendante de l'agence et des parties prenantes, appelée « facilitateur » (« facilitator » en anglais). Le « facilitateur » a un rôle de médiateur neutre. Il aide à la résolution des différends pouvant se présenter lors du débat et contribue à trouver une solution consensuelle. Postulant la recherche d'un consensus parmi les différentes parties prenantes, la procédure de réglementation négociée se différencie fondamentalement du « notice and comment » qui a pour objet principal de permettre aux intéressés de s'exprimer sur la mesure envisagée.

L'objectif de la procédure négociée consiste ainsi à ce que toutes les parties prenantes arrivent à accepter la solution prise. Celles-ci doivent négocier le projet de règlement à bonne foi. Ce n'est qu'après avoir obtenu l'accord unanime des intérêts représentés que l'agence peut le publier. Après cette publication, il est soumis à commentaires selon la procédure générale de « notice and comment ». La procédure négociée consiste à trouver un consensus dès les toutes premières étapes de la création de la norme. Si celui-ci n'est pas atteint, l'agence peut utiliser les éléments ayant obtenu l'assentiment

⁵³⁹ Sur cette procédure, v. not. E. ZOLLER, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *op. cit.*, pp. 761-762.

des parties prenantes, ainsi que toutes les informations obtenues pour élaborer le projet de décision.

Les procédures de « notice and comment » et de réglementation négociée portent sur différents objets. La procédure de « notice and comment » a pour objet un projet de règlement déjà élaboré par l'agence, alors que la réglementation négociée intervient à un stade antérieur, dès lors qu'elle consiste en la recherche d'un consensus aux fins de la confection d'un tel projet. Ainsi, lors de la procédure de réglementation négociée, le projet de règlement n'est pas élaboré par l'agence seule, à la différence de la procédure de « notice and comment ».

La procédure négociée présente plusieurs avantages. Tout d'abord, elle permet l'interaction entre les parties, alors que la procédure de « notice and comment » leur permet juste de s'exprimer, sans interagir. Consistant à recueillir le consensus des parties intéressées au stade du projet d'acte, elle est d'ailleurs plus efficace et moins coûteuse à long terme. Ayant participé à la conception de la règle, les parties ont moins d'intérêt de la contester après publication.

Le droit américain soumet la mise en œuvre de la procédure de réglementation négociée à des conditions particulières. Il y a plusieurs critères dont doivent prendre en considération les agences américaines pour déterminer si elles vont recourir ou non à cette procédure. Elles doivent notamment vérifier qu'il y a en cause un nombre limité d'intérêts et qu'il est effectivement possible de convoquer un comité de négociation au sein duquel ceux-ci seront adéquatement représentés. En outre, elles sont tenues de s'assurer que le processus de négociation ne retardera excessivement l'émission de la règle et que l'agence dispose des ressources suffisantes pour couvrir les coûts de fonctionnement du comité de négociation⁵⁴⁰.

Les développements précédents permettent de tirer diverses conclusions en ce qui concerne la façon dont est appréhendé l'acte administratif unilatéral dans le droit américain. Ne s'arrêtant pas à la simple information des destinataires de la règle ou à

⁵⁴⁰ Pour une explication de la procédure de réglementation négociée (negotiated rulemaking), v. : D. M. PRITZKER, D. S. DALTON, *Negotiated rulemaking sourcebook*, Administrative Conference of the United States. Office of the Chairman, 1995; P. CROLEY, *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government*, Princeton University Press 2008, pp. 84-85.

leur participation à son élaboration, le droit de la procédure administrative non contentieuse des États-Unis prévoit une procédure de réglementation négociée « qui non seulement réduit, comme les deux autres acquis procéduraux, la teneur hiérarchique de l'acte administratif, mais ébranle la nature unilatérale de ce dernier »⁵⁴¹. L'administration reste la seule compétente pour édicter l'acte administratif unilatéral ayant été précédé par la procédure négociée. Or, marqué par une logique de négociation, « l'acte formellement unilatéral prend une forte allure d'acte plurilatéral »⁵⁴².

Le droit de l'Union européenne et le droit français pris pour sa mise en œuvre connaissent une procédure similaire à celle de « notice and comment ». Or, celle-ci s'applique uniquement au sein du secteur des communications électroniques.

2. La mise en place partielle d'une procédure de « notice en comment » en matière de régulation en France

Comme on l'a déjà souligné, la participation des opérateurs économiques à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux de régulation est essentielle dès lors qu'elle permet aux autorités chargées de réguler le marché d'accéder à une série d'informations techniques qui sont nécessaires pour l'exercice de leur pouvoir normatif. Malgré l'importance que revêt la participation en matière de régulation, elle n'est devenue obligatoire qu'au sein du secteur des communications électroniques en vertu du droit de l'Union européenne. La participation en matière de communications électroniques est d'ailleurs organisée selon des modalités telles qu'elles se rapprochent du « notice and comment » américain⁵⁴³. L'ARCEP est tenue par la loi de recueillir et de publier les remarques des opérateurs sur le marché des communications électroniques lors de l'élaboration de ses décisions réglementaires les plus importantes (a). Si cette obligation ne pèse que sur l'ARCEP, les autorités de régulation compétentes au sein des autres secteurs, conscientes de l'utilité des processus participatifs pour le mécanisme de régulation, ont généralisé le recours à la consultation des opérateurs avant d'exercer leur pouvoir réglementaire (b).

⁵⁴¹D. CUSTOS, « Droits administratifs américain et français : sources et procédure », *op. cit.*, p. 303.

⁵⁴²*Ibid.*

⁵⁴³ En ce sens, v. J.-B. AUBY, « Nouvelles de la démocratie administrative », *DA*, n° 4, avril 2010, repère 4.

a. Une obligation législative de consultation des opérateurs dans le secteur des communications électroniques

Le Code des postes et des communications électroniques impose dans son article L. 32-1-III au ministre des communications électroniques et à l'ARCEP de publier les mesures envisagées et de recueillir les différentes observations des personnes intéressées lorsque ces mesures ont des effets importants sur le marché. Il s'agit d'une procédure identique à celle de « notice and comment ».

L'article L. 32-1 du Code des postes et des communications électroniques impose à l'ARCEP d'exercer ses attributions dans des conditions objectives et transparentes. Cette autorité est tenue de publier les mesures envisagées ayant une incidence importante sur un marché des communications électroniques dans un délai raisonnable avant leur adoption, qui ne peut être inférieur à un mois en vertu de l'article D. 304 du même code. Elle doit ensuite recueillir toutes les observations éventuelles et rendre public leur résultat. Toutefois, si l'ARCEP est obligée de publier ses projets de décisions réglementaires plus d'un mois avant leur adoption, elle n'est aucunement tenue de publier les modifications qu'elle leur a apportées pour tenir compte des observations recueillies ni de publier les résultats des appels à commentaires auxquels elle a procédé en application de l'article L. 32-1 avant l'adoption de ses décisions. En ce sens, le fait de ne pas répondre aux remarques des opérateurs n'est pas de nature à entraîner l'illégalité de l'acte réglementaire adopté suite à une consultation au motif qu'il serait insuffisamment motivé au regard des obligations découlant des articles 37-1 et 37-2 du Code des postes et des communications électroniques.

L'instauration des procédures favorisant l'information et la participation des destinataires de l'acte administratif unilatéral à son élaboration trouve son fondement dans le droit de l'Union européenne. Selon l'article 6 de la « directive-cadre » du 7 mars 2002 relative aux services et réseaux de communications électroniques intitulé « mécanisme de consultation et de transparence » : « *Sauf dans les cas relevant de l'article 7, paragraphe 6, ou des articles 20 ou 21, les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales, lorsqu'elles ont l'intention, en application de la présente directive ou des directives particulières, de prendre des mesures ayant des*

incidences importantes sur le marché pertinent, donnent aux parties intéressées l'occasion de présenter leurs observations sur le projet de mesures dans un délai raisonnable. Les autorités réglementaires nationales publient les procédures de consultation nationales. Les États membres veillent à ce que soit mis en place un guichet d'information unique permettant l'accès à toutes les consultations en cours. Les résultats de la procédure de consultation sont rendus publics par l'autorité réglementaire nationale, sauf s'il s'agit d'informations confidentielles au sens du droit communautaire et national sur le secret des affaires »⁵⁴⁴.

L'introduction d'une procédure de réglementation négociée dans ce secteur nous paraît fort envisageable. Un tel dispositif serait conforme à la logique du droit de l'Union qui pousse de plus à plus les États à adopter des mécanismes d'ouverture de la décision publique ayant des rapports avec le droit de l'Union à ses destinataires potentiels. La négociation de la norme de régulation avec les différents opérateurs renforcerait d'ailleurs sa qualité et son efficacité. Cependant, l'administration devrait faire en sorte que la négociation avec les opérateurs n'aboutisse au transfert du pouvoir de décision à ces derniers et qu'elle ne conduise à sa « capture » par des intérêts privés.

Même si elles ne sont pas obligées à agir ainsi par la loi, les autorités de régulation qui sont chargées de réguler le marché de l'énergie et celui du transport ferroviaire ont fréquemment recours à la consultation des opérateurs, notamment avant d'adopter un acte administratif unilatéral s'inscrivant dans l'exercice de leur mission.

b. Une pratique courante de consultation des opérateurs dans les autres secteurs régulés

La consultation en matière d'énergie est régie par le nouveau règlement intérieur de la CRE, adopté en 2013 qui a abrogé celui de 2001⁵⁴⁵. Ce nouveau règlement a apporté une modification importante à la procédure de tenue des consultations par la CRE dans la mesure où il a privé son président de sa compétence en la matière en la confiant à son

⁵⁴⁴ Directive 2002/21 du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *op. cit.*, art. 6.

⁵⁴⁵ Décision du 10 octobre 2013 relative au règlement intérieur de la Commission de régulation de l'énergie, JORF, n°120 du 24 mai 2001, p. 8345, texte n° 112, art. 3.

collège. Ainsi, le nouveau règlement intérieur de la CRE prévoit que : « lorsque le collège de la commission décide de l'organisation d'une consultation publique, une synthèse des contributions recueillies dans le cadre de cette consultation est rendue publique, sauf si les contributeurs s'y opposent et sous réserves des secrets protégés par la loi »⁵⁴⁶. En outre, il dispose que : « Le collège de la commission peut procéder à l'audition par lui-même, ou par un comité d'études, de toute personne qu'il lui paraît utile de consulter sur une affaire »⁵⁴⁷. Le pouvoir d'organisation des consultations reste un pouvoir discrétionnaire, la modification apportée par le nouveau règlement de la CRE portant uniquement sur le titulaire dudit pouvoir.

Dans l'hypothèse où la CRE décide de recourir à une consultation, elle publie une note technique, dans laquelle elle illustre les mesures envisagées et formule une série de questions auxquelles sont invités à répondre les opérateurs. Ces derniers sont tenus de lui communiquer leurs réponses par écrit dans un délai donné. Ils peuvent également être entendus par la CRE, par un groupe de travail constitué en son sein ou par le rapporteur ou les rapporteurs adjoints. La CRE peut ensuite, sous réserve des secrets protégés par la loi, publier les réponses recueillies dans le cadre de la consultation et le compte rendu des auditions auxquelles elle a procédé. Outre la note technique et les réponses non confidentielles, la CRE publie parfois des annexes comportant des propositions concrètes qui lui sont adressées par les opérateurs ou la synthèse des réponses des opérateurs.

La consultation en matière de régulation n'obéit pas aux mêmes règles dans tous les secteurs. Si le droit de l'Union l'a rendue obligatoire pour l'ARCEP lorsqu'elle envisage d'adopter des actes susceptibles d'exercer une influence sur la réalisation du marché intérieur, elle reste facultative pour ceux de la CRE, mais encadrée par son règlement intérieur. En revanche, la consultation au sein du secteur ferroviaire n'est pas réglementée et peut être employée dans plusieurs hypothèses. L'ARAFER est chargée d'une mission d'observation des conditions d'accès au réseau et peut procéder à toute consultation qu'elle lui paraît nécessaire pour élaborer et publier ensuite tout acte administratif ou acte de droit souple relevant de sa compétence.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ *Ibid.*

Comme on l'a déjà souligné, la procédure de consultation est obligatoire pour l'ARCEP, alors qu'elle ne l'est ni pour l'ARAFER ni pour la CRE. Cette divergence s'explique par le différent traitement que réserve le droit de l'Union européenne en la matière à chacun de ces secteurs. Même si celui-ci est particulièrement exigeant en matière de communications électroniques quant à la participation des opérateurs économiques aux décisions des autorités réglementaires nationales, il ne prévoit que quelques règles disparates en matière de consultation publique et n'impose nulle part la participation des opérateurs à la confection des décisions des autorités de régulation compétentes dans les secteurs de l'énergie et du transport ferroviaire.

En matière d'électricité, le droit de l'Union favorise plutôt la consultation des utilisateurs. Le champ d'application *ratione personae* de la consultation reste limité. Il ne comprend qu'un cas de consultation publique, celui concernant les utilisateurs effectifs ou potentiels du réseau au sujet du plan décennal de développement du réseau. Dans cette hypothèse, les entreprises ne sont consultées que si elles arrivent à prouver qu'elles sont des utilisateurs potentiels du réseau⁵⁴⁸. En outre, dans le secteur du transport ferroviaire, la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, adoptée en transposition de la directive européenne du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen⁵⁴⁹, ne prévoit aucun mécanisme de consultation publique similaire à celui prévu en matière de communications électroniques. Cependant, marquée par des considérations institutionnelles, elle a imposé la création d'une institution particulière, le comité des opérateurs du réseau. Institué le 17 novembre 2015, ce comité constitue l'instance permanente de consultation et de concertation entre SNCF Réseau et ses membres⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ En ce sens, v. la 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 (JOUE du 14 août 2009, pp. 55-93), art. 22, par. 4. Selon cet article : « L'autorité de régulation consulte, dans un esprit d'ouverture et de transparence, tous les utilisateurs effectifs ou potentiels du réseau au sujet du plan décennal de développement du réseau. Les personnes ou les entreprises qui affirment être des utilisateurs potentiels du réseau peuvent être tenues de justifier cette affirmation. L'autorité de régulation publie le résultat du processus de consultation, plus particulièrement pour ce qui concerne les éventuels besoins en matière d'investissement ».

⁵⁴⁹ Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (directive dite « refonte »), JO L 343 du 14 déc. 2012.

⁵⁵⁰ Sur les missions dudit comité, v. ARAFER, avis n° 2015-019 du 27 mai 2015 sur le projet de décret relatif au comité des opérateurs du réseau et à la charte du réseau, disponible sur : <http://regulation->

Si le principe de participation du public à l'élaboration des décisions administratives n'est pas propre aux autorités de régulation, il revêt une importance particulière lorsqu'il trouve à s'appliquer devant elles, dès lors qu'il participe à la consolidation de leur légitimité. La régulation a d'ailleurs été le premier domaine au sein duquel a été imposée une procédure de participation du public. Bien avant d'être propagée en matière environnementale, la participation du public à la confection des actes réglementaires est apparue dans le secteur des communications électroniques, sous l'influence du droit de l'Union⁵⁵¹.

Les deux illustrations de la participation en droit positif, l'une issue d'une branche de droit relativement nouvelle orientée vers la meilleure prise en compte des destinataires des décisions administratives par l'administration, et l'autre d'un ordre juridique marqué par une culture participative forte, pourraient servir de modèle pour les autorités de régulation lorsqu'elles mettent en œuvre des procédures participatives. Si la législation actuelle limite la participation des opérateurs économiques à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux pris en matière de communications électroniques, il convient d'envisager la perspective de généralisation de celle-ci à l'ensemble des marchés de services en réseau. La consolidation de la participation en matière de régulation s'impose notamment afin d'assurer le respect de différents principes ancrés dans le droit de l'Union européenne.

La participation des opérateurs économiques à la confection des actes administratifs unilatéraux de régulation semble s'imposer par la fonction même de régulation qui implique que les autorités de régulation restent l'écoute du marché. L'étude des exemples précités a déjà permis d'identifier les modalités éventuelles selon lesquelles pourrait s'organiser la participation en matière de régulation en droit français. Une fois ce travail accompli, il conviendrait d'identifier les sources éventuelles de la

ferroviaire.fr/wp-content/uploads/2015/05/Avis-2015-019-du-27-mai-2015.pdf. V. également : <http://www.sncf-reseau.fr/fr/acces-reseau-ferre/boite-outils/comite-des-operateurs-du-reseau>.

⁵⁵¹ V. la directive 2002/21 du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *op. cit.*, art. 6.

participation en droit positif et de s'interroger sur la perspective de généraliser la mise en œuvre des procédures participatives en matière de régulation.

§ 2. Les principes directeurs de la participation

Si la participation en matière de régulation est obligatoire uniquement au sein du secteur des communications électroniques, la généralisation de l'obligation de participation s'impose pour différentes raisons. D'un côté, le recours systématique à des procédures participatives permet de renforcer la légitimité des autorités de régulation. Apportant des tempéraments à la technique unilatérale, elle rend d'ailleurs leur action plus efficace, dès lors qu'elle leur permet d'interagir avec le secteur concerné.

Le recours des autorités chargées de réguler le marché à des procédures permettant de recueillir les observations des destinataires des actes administratifs unilatéraux avant leur édicton permet également le respect de deux principes essentiels dont le contenu a été défini progressivement à travers l'interaction entre le juge de l'Union et le juge administratif : le principe de bonne administration (A) et celui de transparence (B).

A. Le principe de bonne administration

Le droit de l'Union impose aux institutions européennes de donner, « par les voies appropriées, aux citoyens et aux associations représentatives la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union »⁵⁵². La Commission européenne soumet notamment à concertation les livres blancs et les livres verts. L'adoption de cette pratique lui permet de satisfaire aux obligations posées par le principe de bonne administration⁵⁵³.

Ce dernier recouvre plusieurs exigences (1) et encadre l'activité normative des autorités de régulation (2).

⁵⁵² TUE, art. 11 par. 1.

⁵⁵³ Pour la première jurisprudence relative à ce principe, v. CJCE, 10 déc. 1957, *Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. jointes 1 et 14/57, Rec. p. 201

1. Le contenu du principe

Concept né au sein du droit de l'Union, la bonne administration encadre l'action des institutions européennes⁵⁵⁴. Elle constitue un terme fourre-tout qui englobe plusieurs droits procéduraux visant à limiter les actions arbitraires de l'Union : le droit d'être entendu et de faire ses déclarations, le droit d'accès au dossier, le droit à réparation et le droit de s'adresser aux institutions dans l'une des langues de l'Union et de recevoir une réponse dans cette même langue⁵⁵⁵. Puisant sa source dans l'article 41-1 de la Charte des droits fondamentaux, la bonne administration implique que toute personne ait « le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union »⁵⁵⁶. Réitérant les exigences posées à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, cette disposition postule que les institutions européennes traitent chaque cas soigneusement et avec impartialité, et cela dans tous ses éléments. Il implique que l'élaboration de leurs décisions soit précédée de la participation la plus étendue possible des États.

D'une manière plus générale, le principe de bonne administration traduit un nouveau modèle de gouvernance européenne fondé sur l'échange d'informations entre les

⁵⁵⁴ Sur le principe de bonne administration, v. : L. AZOULAI, L. CLEMENT-WILZ, « La bonne administration », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, *Traité de droit administratif européen*, 2e édition, 2014, Bruylant, p. 671 s. ; E. CHEVALIER, *Bonne administration et Union européenne – Contribution à l'étude de l'espace administratif européen*, Thèse, Université de Limoges, 2010 ; R. BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Thèse, Paris, L'Harmattan, 2010 ; J. LASSALLE, *Le principe de bonne administration en droit communautaire*, Thèse, Paris II, 2008 ; N. MARTY, *La notion de bonne administration : à la confluence des droits européens et du droit administratif français*, Thèse, Montpellier I, 2007 ; D. SIMON, « Le principe de 'bonne administration' ou la 'bonne gouvernance' concrète », in *Le droit de l'Union européenne en principes : liber amicorum en l'honneur de J. RAUX*, Rennes, éd. Apogée, 2006, p. 155 s.

⁵⁵⁵ En ce sens, v. L. AZOULAI, L. CLEMENT-WILZ, « La bonne administration », *op. cit.*, p. 672.

⁵⁵⁶ Le professeur J. Dutheil de la Rochère considère que la bonne administration est un exemple caractéristique du caractère influent, mais pas contraignant de la Charte sur la protection des droits fondamentaux dans l'Union. En ce sens, v. J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration », in A. Arnull, P. Eckhout et T. Tridimas (dir.), *Continuity and change in EU law. Essays in honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, 2008, p. 157 s. En revanche, le professeur P. Delvolvé reste sceptique quant à la portée du principe de bonne administration. Il n'y voit qu'une affirmation générale, dépourvue de valeur normative propre. En ce sens, v. P. DELVOLVÉ, *À la recherche de la bonne administration. Rapport général*, Conférence européenne organisée par le Conseil de l'Europe en coopération avec la Faculté de Droit et d'Administration, Université de Varsovie, 2007, disponible sur : <https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Conferences/DA-ba-Conf%202007%2015%20f%20-%20P.%20Delvolv%C3%A9.pdf>.

organes de l'Union et les citoyens. Il ne s'applique en droit interne que dans des hypothèses où est impliqué le droit de l'Union⁵⁵⁷.

Or, le fondement conceptuel de la bonne administration est le même en droit interne et en droit de l'Union européenne : il repose sur l'idée de moralité administrative. « Souvent plus exigeante que la légalité »⁵⁵⁸, la moralité administrative est spécifique par rapport à la moralité au sens commun. Sur le plan contentieux, la moralité de l'administration est contrôlée tant à travers l'examen de la légalité externe de ses actes qu'à travers la notion de détournement de pouvoir.

Bien que le principe de bonne administration ait un champ d'application limité, le droit de l'Union forge progressivement un modèle de bonne administration qui transcende les droits nationaux et déploie ses effets sur leur organisation administrative interne. Cette tendance du législateur européen est particulièrement perceptible dans la directive « services »⁵⁵⁹. Celle-ci pose diverses règles que les États sont tenus à respecter lors de la mise en œuvre de la réglementation nationale. La directive précitée prévoit, entre autres, un système d'évaluation mutuelle⁵⁶⁰, des exigences de coopération

⁵⁵⁷ Sur l'obligation pesant sur les États membres de respecter le principe de bonne administration lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union, v. J. KOKOTT, concl. sur CJUE, 25 mars 2010, *Commission c/ Espagne*, C-392/08 (Rec. p. I-2537), ECLI:EU:C:2009:773, point 16 ; V. aussi, CJCE, C-428/05, 21 juin 2007, *Laub*, Rec. p. I-5069, point 25.

⁵⁵⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^e ed, 1933, réed. Dalloz, 2002, p. 360, cité par L. AZOULAI et L. CLEMENT-WILZ, in « La bonne administration », *op. cit.*, p. 684.

⁵⁵⁹ En ce sens, v. J. SIRINELLI, « La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle approche de l'intervention publique en matière économique », *RDP*, 01 juillet 2011, n° 4, p. 883. En revanche, le professeur J. Dutheil de la Rochère voit dans la formulation limitative de l'article 41 de la Charte, selon laquelle le principe de bonne administration serait cantonné aux « institutions et organes et organismes de l'Union », la nécessité de dispenser les États de l'obligation de prendre en compte ledit principe dans les procédures purement internes, y compris dans celles impliquant l'application du droit de l'Union. En ce sens, v. J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « The EU Charter of fundamental rights, non binding but influential. The exemple of good administration », *préc.*, p. 170, cit. par L. AZOULAI et L. CLEMENT-WILZ, in « La bonne administration », *op. cit.*, p. 695.

⁵⁶⁰ V. la directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (directive « services »), *op. cit.*, art. 39. Le processus d'évaluation mutuelle encadre la procédure de transposition de la directive. Il postule que les États membres procèdent, pendant la phase de transposition, à un examen minutieux de leur législation, afin de vérifier si les exigences posées par la directive existent dans leur propre système juridique. Au plus tard à l'issue de la transposition, ils rédigent un rapport sur les résultats de cet examen. Ils soumettent ensuite ce rapport aux autres États membres et à toutes les parties intéressées qui disposent de six mois pour présenter leurs observations concernant les rapports transmis. La Commission accompagne les États tout au long du processus de transposition, et même après cette dernière, pour les aider à élaborer, le cas échéant, une méthode commune. Sur le processus d'évaluation mutuelle, v. : J.-S. BERGÉ, L'évaluation mutuelle et la directive services : retour d'expérience sur une volonté de « mieux légiférer » (en

administrative⁵⁶¹ ou l'intégration des services nationaux dans un réseau européen d'administration⁵⁶².

Cet encadrement procédural contribue à l'élaboration d'un standard de bonne administration au sein de l'ensemble de l'Union européenne⁵⁶³. Même si la directive 2006/123/CE ne s'applique pas aux services fournis dans les domaines de l'énergie, des communications électroniques ou du transport ferroviaire, l'harmonisation procédurale à laquelle elle procède en ce qui concerne une série de services à caractère économique pourrait servir de précurseur à une pareille harmonisation des procédures nationales en matière de régulation. Même en l'absence d'une telle harmonisation, la nécessité de préserver l'intégrité des constitutions administratives des États membres ne pourrait pas résister à « la force de l'objectif d'intégration et à l'existence déjà avancée d'une réalité administrative composite dans laquelle les institutions européennes et organes nationaux opèrent conjointement et dans laquelle les modèles s'influencent réciproquement »⁵⁶⁴. Dépassant l'idée « du bien et du mal »⁵⁶⁵, le principe de bonne administration implique, en droit national, que les organismes administratifs exercent leur compétence de manière à éviter une appréciation trop rigide des dispositions légales, en les adaptant à la réalité économique et sociale. Il postule notamment l'adoption d'une grille de lecture des règles procédurales orientée vers la meilleure protection des administrés⁵⁶⁶. L'application de ce principe en matière de régulation

collaboration avec F. LEPLAT) in F. PERALDI-LENEUF et S. de la ROSA (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, éd. Pedone, 2013, p. 127 s.

⁵⁶¹ La coopération administrative contribue au meilleur fonctionnement du marché intérieur des services. Elle permet notamment aux États d'éviter l'adoption des dispositions supplémentaires applicables aux prestataires ou la duplication des contrôles des activités transfrontalières. En ce sens, v. not. la directive « Services », *op. cit.*, consid. n° 105.

⁵⁶² V. l'art. 32 de la directive « Services ». Selon cet article, le mécanisme d'alerte est un processus que tout État doit mettre en œuvre lorsqu'il s'aperçoit « des circonstances ou des faits graves et précis en rapport avec une activité de service et susceptibles de causer un préjudice grave à la santé ou à la sécurité des personnes ou à l'environnement sur son territoire ou sur le territoire d'autres États membres ». Dans ce cas, l'État est tenu d'en informer rapidement l'État membre d'établissement, les autres États membres concernés et la Commission.

⁵⁶³ En ce sens, v. J. SIRINELLI, « La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle approche de l'intervention publique en matière économique », *op. cit.*

⁵⁶⁴ L. AZOULAI, L. CLEMENT-WILZ, « La bonne administration », *op. cit.*, p. 695.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 682.

⁵⁶⁶ En ce sens, v. not. T. FORTSAKIS, « Principles governing good administration », *European Public Law*, 2005, vol. 11, p. 207 s. V. également : *Recommandation CM/Rec (2007) 7 du Comité des Ministres aux États membres relative à une bonne administration*, publiée sur : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155899&Site=CM>.

contribuerait notamment à ce que les autorités chargées de réguler le marché renforcent la participation des opérateurs économiques à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux relevant de leur champ de compétence.

2. Les effets du principe sur l'activité normative des autorités de régulation

La portée du principe de bonne administration est assez faible, dans la mesure où celui-ci n'a pas de valeur normative propre, mais il est le support d'autres droits, notamment procéduraux. Le juge de l'Union souligne que ce principe « ne confère pas, par lui-même, de droits aux particuliers (...), sauf lorsqu'il constitue l'expression de droits spécifiques comme le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable, le droit d'être entendu, le droit d'accès au dossier, le droit à la motivation des décisions »⁵⁶⁷. Si le principe de bonne administration présente un caractère trop vague pour conférer à lui seul des droits aux citoyens, il pourrait servir de fondement pour l'adoption d'une législation protectrice pour eux, tant sur le plan procédural que sur le plan matériel⁵⁶⁸. Serait notamment considérée comme telle une législation visant à renforcer l'impartialité de l'administration lors de la procédure de prise de décision ou à garantir la participation des destinataires de l'acte administratif unilatéral à son élaboration.

Appliqué en matière de régulation, le principe de bonne administration postule la prise en compte la plus large et complète possible des opérateurs économiques par les autorités chargées de réguler le marché. Celles-ci sont tenues d'informer les opérateurs de la mesure envisagée et de leur permettre de s'exprimer sur celle-ci. Le recours à des procédures participatives permettrait aux autorités de régulation, titulaires du pouvoir normatif, non seulement de gagner en efficacité et de faire preuve de « bonne administration », mais également de satisfaire aux exigences posées par le principe de transparence.

⁵⁶⁷ TPICE, 4 octobre 2006, *Hans-Martin Tillack c. Commission*, aff. T-193/04, Rec. p. II-3995, pt 127. Dans le même sens, v. également TPICE, 6 décembre 2001, *Area Cova et a./Conseil et Commission*, aff. T-196/99, Rec. p. II-3597, pt 43.

⁵⁶⁸ La meilleure protection du principe de bonne administration impliquerait, par exemple, la mise en place des mécanismes permettant le respect des droits acquis de certaines personnes ou de consolider le respect de la vie privée.

B. Le principe de transparence

Les fondements du principe de transparence sont à rechercher dans le droit de l'Union. Mettant l'accent sur le lien entre la transparence et la participation, le juge de l'Union note qu'une transparence accrue garantit « (...) une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel ainsi qu'une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens dans un système démocratique »⁵⁶⁹. La Commission insiste sur la nécessité de renforcer la confiance des citoyens européens aux institutions et note que « la visibilité externe du processus administratif et de l'élaboration des politiques est essentielle à la compréhension et à la crédibilité de ceux-ci »⁵⁷⁰. Né au sein du droit de l'Union, le principe de transparence transcende les droits des États membres (1). Son interprétation extensive par le juge administratif en matière de régulation (2) a conduit au renforcement des obligations des autorités de régulation quant à la participation des opérateurs à l'élaboration de leurs décisions.

1. L'identification du principe dans l'ordre juridique national et européen

En droit de l'Union, la transparence et la participation sont associées à la démocratie. Le fonctionnement de l'Union est ancré dans la démocratie représentative. Les décisions des institutions de l'Union doivent être prises « ouvertement et aussi près que possible des citoyens »⁵⁷¹. Pour assurer la meilleure participation des citoyens européens aux décisions prises au niveau de l'Union, les institutions européennes sont tenues de faire en sorte que les citoyens puissent faire connaître et échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union. Le droit de l'Union fait du dialogue avec la société civile un moyen permettant d'assurer la transparence de l'œuvre normative des institutions européennes⁵⁷².

⁵⁶⁹ CJUE, 3 juillet 2014, *Conseil de l'Union européenne contre Sophie in 't Veld*, aff. C-350/12, pt 53.

⁵⁷⁰ V. la Communication de la Commission : *Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue - Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées*, COM/2002/0704 final.

⁵⁷¹ Art. 10 du TUE.

⁵⁷² Cf. les art. 10 et 11 du TUE.

Invitant à adopter une vision plus participative de la démocratie, l'article 11 du TUE vient compléter l'article 10 TUE qui érige la démocratie représentative en principe directeur de l'action de l'Union. Selon le paragraphe 3 dudit article, la Commission doit notamment procéder à de larges consultations ouvertes « en vue d'assurer la cohérence et la transparence des actions de l'Union »⁵⁷³.

Or, le droit de l'Union ne se limite pas à imposer de telles obligations aux institutions européennes. Dans certaines hypothèses, il étend l'obligation de consultation aux autorités nationales. Tel est le cas de la directive « cadre » qui s'applique en matière de communications électroniques⁵⁷⁴. Celle-ci oblige les autorités réglementaires nationales de procéder à des consultations tant au niveau national qu'eupéen. Lorsqu'elles envisagent de prendre des mesures ou de poser des restrictions ayant des conséquences importantes sur le marché des communications électroniques pertinent, les autorités réglementaires nationales sont tenues de donner aux parties intéressées la possibilité de présenter leurs observations sur le projet de mesures dans un délai raisonnable. Dans un souci de transparence, le droit de l'Union impose aux États d'instaurer un guichet d'information unique permettant au public d'être informé des consultations en cours, et aux autorités réglementaires nationales de publier les procédures de consultation et leurs résultats⁵⁷⁵.

La procédure de consultation nationale est complétée par une procédure de notification à la Commission. L'article 7 de la directive - « cadre » impose aux autorités nationales de régulation du marché des communications électroniques de notifier à la Commission, à l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) et aux régulateurs des communications électroniques des autres pays de l'UE, les mesures qu'elles envisagent de prendre pour pallier aux problèmes relatifs au fonctionnement de la concurrence sur le marché⁵⁷⁶. Ces consultations portent notamment sur la définition et l'analyse des marchés pertinents, la désignation des opérateurs ayant une influence significative sur marché, et l'imposition des obligations à leur égard. Dans certains cas, la

⁵⁷³ Art. 11 TUE, al. 3.

⁵⁷⁴ 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, *op. cit.*

⁵⁷⁵ En ce sens, v. *ibid.*, art. 6.

⁵⁷⁶ Pour une présentation détaillée des procédures prévues dans cet article, v. C. VLACHOU, *La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques, énergie)*, Thèse préc., pp. 259-269.

notification d'un projet de décision à la Commission peut donner lieu à un contrôle approfondi par elle. Plus précisément, si elle estime qu'un projet de mesure notifié par l'autorité nationale est contraire à une disposition du droit de l'Union ou peut se poser comme obstacle au fonctionnement du marché commun, elle commence un examen approfondi. En fonction des résultats de ce dernier, la Commission, peut retirer ses réserves si ses doutes ne sont plus justifiés ou, dans le cas contraire, opposer un veto à la décision de l'autorité réglementaire nationale en lui demandant de retirer ses propositions concernant la définition du marché pertinent ou la désignation d'un opérateur puissant⁵⁷⁷.

La coexistence de deux types de consultation, l'une menée au niveau national et l'autre au niveau européen fait apparaître la question de leur articulation. La « directive cadre » précise que les États doivent d'abord procéder à la consultation nationale avant de recourir à la consultation de l'ORECE, de la Commission ou des autorités réglementaires nationales des autres États membres. L'obligation de passer d'abord par la consultation nationale s'impose afin que l'autorité réglementaire nationale puisse tenir compte des avis des parties intéressées avant de finaliser le projet qui sera soumis à la Commission. Cela permet d'éviter le recours à une nouvelle consultation européenne s'il y a de modifications apportées à une mesure élaborée suite à la consultation nationale.

Les règles relatives à la consultation menée par les institutions de l'Union relèvent du droit souple. La Commission a élaboré un cadre général applicable aux consultations engagées par elle, exposé dans une communication de 2002⁵⁷⁸. Dans cette dernière, la Commission pose les principes généraux et fournit un socle de règles minimales applicables aux consultations qu'elle organise. Elle insiste sur la nécessité de mener les diverses procédures de consultation dans des conditions équitables, d'établir des délais permettant la meilleure participation des parties concernées et de prévoir des mécanismes d'analyse et de retour des informations recueillies. La nécessité de renforcer la participation des citoyens européens aux décisions des institutions de l'Union a été formulée dans un livre blanc publié par la Commission consacré à la gouvernance européenne. Dans ce document, la Commission souligne que « la qualité,

⁵⁷⁷ *Ibid.*, cons. 15.

⁵⁷⁸ Communication de la Commission : *Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue-Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées*, *op. cit.*

la pertinence et l'efficacité des politiques de l'Union dépendent d'une large participation des citoyens à tous les stades, de la conception à la mise en œuvre des politiques »⁵⁷⁹.

La transparence et la participation ne se recoupent pas. La transparence recèle moins d'obligations à l'égard de l'administration que la participation. Elle comprend notamment un devoir d'information des destinataires de la décision administrative dans la perspective de leur permettre d'« observer le processus décisionnel, alors que la participation fait référence à la possibilité d'y prendre part »⁵⁸⁰. En outre, elle recouvre l'accès aux documents ou, de manière générale, aux informations qui révèlent le raisonnement ayant conduit à l'adoption d'une décision et la façon dont celle-ci a été prise. En ce sens, la transparence est une étape préalable à la participation.

S'inscrivant dans la même perspective, le droit de l'Union lie la transparence au principe de non-discrimination. Le juge de l'Union veille notamment au respect de la transparence lors de la procédure de passation des marchés publics⁵⁸¹. C'est en vertu de ce principe qu'incombe aux pouvoirs adjudicateurs de « garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »⁵⁸². Ayant un champ d'application étendu en matière de marchés publics⁵⁸³, la transparence ne se limite pas à ce domaine, mais trouve à s'appliquer à l'ensemble de l'action des institutions de l'Union⁵⁸⁴. Elle a également irradié les ordres juridiques nationaux conduisant au renforcement des garanties

⁵⁷⁹ Commission, *Gouvernance européenne - Un livre blanc*, COM/2001/0428 final, JO n° 287 du 12/10/2001 pp. 1-29.

⁵⁸⁰ D. CURTIN et J. MENDES, « Transparence et participation : des principes démocratiques pour l'administration de l'Union européenne », *RFAP* 2011, n° 137-138, p. 101 s., spéc p. 103.

⁵⁸¹ Sur ce point, v. not. : CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria Verlag GmbH*, aff. C-324/98, *AJDA* 2001, p. 106, note L. RICHER ; *ibid.*, p. 329, chron. H. LEGAL, C. LAMBERT et J.-M. BELORGEY ; *RFDA* 2011, p. 377, chron. L. CLÉMENT-WILZ, F. MARTUCCI et C. MAYEUR-CARPENTIER ; *Contrats Marchés publ.* 2001, p. 50, note F. LLORENS ; *BJCP* 2001, p. 132, concl. N. FENELLY ; *ibid.*, p. 145, note C. MAIGÜÉ ; *JCP* 2001 I, p. 318.

⁵⁸² V. les pt 61-62 de l'arrêt *Telaustria*, préc.

⁵⁸³ En ce sens, v. R. NOGUELLOU, « La portée du principe communautaire de transparence », note sous CJCE, GC, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03, *RDI* 2008, p. 40.

⁵⁸⁴ Pour une illustration des différentes applications de ce principe en droit de l'Union, v. J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne*, LGDJ, 1999.

procédurales aboutissant à la prise de décision au niveau national et, subséquentement, à la convergence des ordres juridiques respectifs.

Enraciné dans le droit de l'Union, le principe de transparence acquiert une importance particulière en matière de régulation. Il consiste à permettre aux destinataires possibles de la décision d'y accéder respectant ainsi la logique concurrentielle⁵⁸⁵. Les obligations que crée ce principe à l'égard des autorités de régulation ont été précisées progressivement par la jurisprudence. Le juge administratif a rangé la transparence parmi les normes de contrôle des actes administratifs unilatéraux pris en matière de régulation et il a précisé sa portée.

2. Une interprétation extensive du principe par le juge administratif en matière de régulation

Couplée avec la notion de procédure, la transparence a acquis une valeur constitutionnelle. Dans sa décision n° 2003-473 DC, le Conseil constitutionnel a rattaché l'article 1^{er} du code des marchés publics, qui prévoit entre autres que les marchés publics respectent le principe de « transparence des procédures », aux articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789⁵⁸⁶.

Le Conseil d'État a considéré à son tour que « si certains marchés publics de service ayant pour objet des prestations (...), peuvent être passés sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général, il ne saurait en résulter que tous ces marchés puissent être conclus sans respecter les principes rappelés par l'article 1^{er} du code des marchés publics »⁵⁸⁷. La haute juridiction administrative a ainsi jugé que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas dispenser de façon générale la passation de tous

⁵⁸⁵ Sur cette fonction de la transparence, v. R. NOGUELLOU, « La décision administrative et son destinataire », *RFDA* 2013, n° 4, pp. 732-736, not. p. 734.

⁵⁸⁶ Cons. const., déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, *AJDA* 2003, p. 1404, note E. FATÔME ; *AJDA* 2003, p. 1391, note J.-E. SCHOETTL ; *AJDA* 2003, p. 2348, ét. E. FATÔME et L. RICHER.

⁵⁸⁷ CE, 13 nov. 2006, *Sté Free SAS*, req. n° 291691, *Cont. conc. consom.*, n° 4, avril 2007, p. 15, chron. A. SÉE.

ces contrats d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence sans méconnaître la transparence des procédures⁵⁸⁸.

Le principe de transparence déborde la matière contractuelle. La régulation du marché des communications électroniques fournit plusieurs exemples confirmant le lien fort entre la procédure d'élaboration d'un acte administratif unilatéral et le principe de transparence. Le juge administratif veille à l'application de ce dernier lorsqu'il contrôle les actes réglementaires de l'ARCEP. Sa jurisprudence a permis de renforcer la portée du principe de transparence de manière progressive.

Tout d'abord, le Conseil d'État en a fait découler une simple obligation pesant sur les autorités de régulation d'informer les opérateurs du processus décisionnel, voire d'éclairer « avec célérité l'ensemble des acteurs du marché sur les analyses et appréciations de l'autorité indépendante en charge de la régulation de ce secteur économique »⁵⁸⁹. Il est ensuite allé un peu plus loin en faisant de la transparence un principe encadrant le pouvoir normatif des autorités de régulation lors de la définition des modalités d'évaluation du coût du service universel⁵⁹⁰.

Finalement, dans sa décision *Free* du 13 novembre 2006, la haute juridiction administrative a approfondi davantage la portée de la transparence, en lui rattachant des effets plus importants que la simple obligation d'informer les opérateurs⁵⁹¹. La société *Free* contestait en l'espèce deux décisions réglementaires de l'ARCEP relatives à l'utilisation des catégories de numéros dudit plan⁵⁹². Dans cet arrêt, le Conseil d'État a précisé les contours du principe de transparence et il a eu l'occasion d'approfondir le degré de son contrôle sur les décisions prises par les autorités de l'ARCEP concernant le plan national de numérotation. Plus précisément, il en a fait une règle procédurale affectant la légalité externe des actes administratifs concernés dans la mesure où elle

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ CE, réf., 20 octobre 2003, *Louis Dreyfus Communication (LD COM)*, req. n° 260477, mentionné aux tables Lebon, cit. par A. SÉE, *in chron. sous CE*, 13 nov. 2006, *Sté Free SAS*, *op. cit.*

⁵⁹⁰ CE, 18 juin 2003, *Société Tiscali Telecom*, req. n° 250608, *AJDA* 2003, p. 1888, note N. FOULQUIER.

⁵⁹¹ CE, 13 nov. 2006, *Sté Free*, *op. cit.*

⁵⁹² ARCEP, déc. n° 05-1085 et 05-1086, 15 déc. 2005. Sur la compétence de l'ARCEP en la matière, v. l'art. L. 44 du CPCE.

implique la « concertation approfondie avec les acteurs du secteur » et la « consultation des commissions compétentes »⁵⁹³.

Ainsi, en matière de régulation, le principe de transparence s'avère être une source d'obligations variables : non seulement il implique l'information des opérateurs, mais également leur association à l'élaboration de la norme de régulation. Il postule que ceux-ci puissent influencer sur le processus de prise de décision. Cette approche diverge ainsi de la conception traditionnelle de la transparence et se rapproche de la participation.

Si l'exemple du droit de l'environnement en droit français du modèle de « notice and comment » en droit américain permettent de tirer divers enseignements sur l'utilité que présente la prise en compte du public à l'élaboration des décisions administratives, il convient de noter qu'ils ne présentent pas le même champ d'application que la participation en matière de régulation. Le public auquel s'adressent les notices de consultation publiées par les autorités de régulation n'est pas le « grand public », mais plutôt les opérateurs économiques qui exercent leur activité au sein du secteur concerné et qui sont les destinataires directs de l'acte administratif unilatéral en vue duquel est organisée la consultation. Cela s'explique par la technicité des matières sur lesquelles porte, le cas échéant, la consultation en matière de régulation. Seuls les opérateurs maîtrisent les connaissances techniques leur permettant de répondre aux questions complexes que soumettent à consultation les autorités de régulation.

La participation en matière de régulation a une importance particulière : elle érige les opérateurs en pièce maîtresse du dispositif de régulation et renforce en même temps l'efficacité et la légitimité de l'action des autorités chargées de réguler le marché. Or, elle apporte aussi un tempérament à la technique unilatérale. Sa portée va au-delà même des considérations d'efficacité, dès lors qu'elle touche au cœur de la théorie de l'acte administratif unilatéral.

⁵⁹³ CE, 13 nov. 2006, *Sté Free*, *op. cit.*

Section 2. La portée de la participation

Impliquant la prise de décision de la part de l'administration indépendamment du consentement et, d'une manière plus large, de la volonté de leurs destinataires, le procédé unilatéral contraste avec la régulation⁵⁹⁴. L'emploi de la technique unilatérale se justifie par l'obligation pesant sur l'administration d'assurer le respect de l'intérêt général. Or, en matière de régulation, la réalisation de l'intérêt général passe par la satisfaction des intérêts des opérateurs. Le recul de la technique d'élaboration unilatérale (§ 1) permet d'établir un lien entre les systèmes juridique et économique et de réduire la distance entre la norme et le fait que crée l'unilatéralité. En outre, la participation assure la continuité entre la phase précontentieuse et la phase contentieuse, les opérateurs impliqués dans le processus participatif étant en même temps ceux qui auront intérêt à contester l'acte concerné ultérieurement devant le juge (§ 2).

§ 1. Le recul de la technique d'élaboration unilatérale

Procédant d'un unilatéralisme atténué, les actes administratifs unilatéraux de régulation sont des actes concertés. Marquée par l'objectif de prise en compte des destinataires des décisions administratives, leur élaboration invite à une nouvelle lecture de l'acte administratif unilatéral. Le recul de la technique unilatérale au profit de la concertation a un double apport. D'un côté, il participe à la consolidation du statut des opérateurs économiques (A). De l'autre côté, il contribue au renforcement de l'efficacité des autorités de régulation (B).

A. La consolidation du statut des opérateurs économiques

Les opérateurs économiques sont les destinataires principaux des actes administratifs unilatéraux de régulation. Les consommateurs ne sont protégés au sein du mécanisme de régulation qu'indirectement, à travers notamment les obligations qui sont imposées

⁵⁹⁴ Sur l'incompatibilité entre le procédé unilatéral et le fonctionnement concurrentiel du marché, v. A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 2009, p. 70 s.

aux opérateurs lors de l'attribution d'une autorisation d'accès au marché. La prise en compte des opérateurs économiques par les autorités de régulation pendant l'élaboration des actes administratifs unilatéraux qui trouveront à s'appliquer à eux-mêmes (1) est un trait d'évolution de la théorie de l'acte administratif unilatéral. En outre, la participation s'ajoute aux autres garanties procédurales dont bénéficient les opérateurs (2) qui exercent leurs activités sur les marchés régulés.

1. La participation, modalité d'association des entreprises destinataires de l'acte administratif à son élaboration

Il y a plusieurs rapports possibles entre l'administration et les destinataires de l'acte administratif unilatéral⁵⁹⁵. D'un côté, ceux-ci peuvent être associés à l'élaboration de l'acte. Dans ce cadre, ils peuvent demander à l'administration de prendre un acte administratif unilatéral, lui imposer l'édiction d'un tel acte, déterminer son contenu ou même se voir transférer le pouvoir de prise de décision. De l'autre côté, les destinataires de l'acte administratif unilatéral peuvent être impliqués dans sa mise en œuvre. Leur information conditionne notamment l'entrée en vigueur de l'acte administratif unilatéral. Pour commencer à déployer leurs effets, les actes individuels doivent être notifiés à leurs destinataires, alors que les actes réglementaires doivent être publiés, leur publication étant appréhendée comme un moyen d'information de leurs destinataires.

L'association des opérateurs économiques, destinataires des actes administratifs unilatéraux de régulation, dans le mécanisme de confection de ces derniers revêt plusieurs formes. La première consiste en leur consultation qui peut soit être laissée à la discrétion du régulateur soit être imposée par la loi. Ensuite, vient l'autorégulation ou la « régulation privée participative » qui désigne le phénomène selon lequel les opérateurs exercent leur activité en toute indépendance par rapport au régulateur, celui-ci ne pouvant intervenir qu'au moyen des accords ou conventions conclus avec les

⁵⁹⁵ Sur ce point, v. R. NOGUELLOU, « La décision administrative et son destinataire », *op. cit.*

opérateurs. Finalement, les opérateurs peuvent être érigés en corégulateurs du marché ou se voir déléguer entièrement la compétence de réguler le marché⁵⁹⁶.

Conçue comme moyen d'associer les opérateurs économiques au processus de régulation, la participation concerne l'élaboration tant des actes individuels que réglementaires. La participation des opérateurs aux actes réglementaires de régulation comprend plusieurs étapes. Elle implique d'abord l'information des opérateurs du projet de décision. Elle se recoupe en ce sens largement avec la transparence. Ensuite, elle postule leur association à l'élaboration du contenu de la mesure envisagée. Le degré d'implication des entreprises concurrentes dans la fabrication de celle-ci varie. L'autorité de régulation peut soit se limiter à recueillir leurs observations et en tenir compte à son gré en vue de l'élaboration de la décision finale, soit interagir encore plus largement avec elles, dans la perspective d'adopter un acte concerté. Issu du consensus entre les différents opérateurs visés par lui, ce type d'acte est l'illustration de la participation la plus poussée possible.

La participation des opérateurs économiques à l'élaboration des actes individuels n'a pas le même sens que celle qui a lieu en matière d'actes réglementaires. Tout d'abord, l'organisation d'un processus participatif avant l'adoption d'un acte individuel apparaît surprenante dans la mesure où de tels processus ne sont prévus en principe qu'à propos des actes réglementaires. Qui plus est, en matière de régulation, la consultation des opérateurs par l'administration avant l'édiction d'un acte individuel n'a pas les mêmes effets que celle organisée avant l'adoption d'un acte réglementaire. La consultation engagée avant l'attribution de la 4^{ème} licence de téléphonie mobile en est la preuve. Celle-ci n'a pas influé sur le contenu de l'acte, mais elle a permis à l'ARCEP de mieux apprécier l'opportunité de son adoption.

Or, la différence principale entre la participation en matière d'actes individuels et réglementaires de régulation consiste en le point suivant : en matière d'actes réglementaires, les opérateurs économiques qui prennent part à la consultation sont également les destinataires de l'acte envisagé. En revanche, la situation des opérateurs qui participent à un processus consultatif organisé en matière d'actes individuels est

⁵⁹⁶ Pour une esquisse des différentes formes d'implication des opérateurs dans le mécanisme de régulation, v. F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RFDA*, 2004/1 N°109, p. 23 s.

spécifique. Dans cette hypothèse, il y a plusieurs parties à la consultation, mais un seul destinataire, voire bénéficiaire de l'acte. **Ainsi, la consultation contribue en l'espèce au renforcement de la protection des tiers dans le mécanisme de régulation, ceux-ci étant les grands oubliés de ce processus.** Ce renforcement est notamment réalisé à travers le respect de l'exigence de contradiction.

2. La participation, moyen d'extension de l'exigence de contradiction à l'ensemble des opérateurs économiques

La question des garanties procédurales devant les autorités de régulation est particulièrement traitée par le Professeur P. Idoux. Dans une étude consacrée aux rapports entre le débat contradictoire et la régulation, le Professeur note que l'exigence de contradiction recouvre « toutes les procédures permettant aux intéressés de débattre préalablement du sens d'un acte, dans des conditions qui doivent garantir l'effectivité du débat sans compromettre le caractère équitable de la procédure »⁵⁹⁷. La tenue d'un débat contradictoire s'effectue, en matière de régulation, à plusieurs niveaux et transcende la distinction entre actes individuels et réglementaires.

D'un côté, en matière d'actes réglementaires de régulation, la participation des opérateurs figure comme une expression amoindrie de l'exigence de contradiction. Dans cette hypothèse, le débat contradictoire n'est plus un outil de défense, mais un instrument de bonne administration. Le respect de la règle de contradiction implique, selon son acception la plus large, que l'autorité compétente ne se limite pas à tenir compte de leurs remarques, mais qu'elle négocie avec eux le contenu de l'acte, sans toutefois que cette négociation aboutisse à un transfert du pouvoir de prise de décision au marché.

De l'autre côté, en matière d'actes individuels, l'exigence de contradiction implique le respect du principe général des droits de la défense. Ce dernier trouve notamment à s'appliquer devant les autorités de régulation lorsqu'elles prononcent une sanction. Ensuite, cette exigence s'exprime à travers le droit à un procès équitable dont le respect doit notamment être assuré lorsque les autorités de régulation sont appelées à régler un

⁵⁹⁷ P. IDOUX, « Débat contradictoire et régulation économique », *RJEP*, n° 713, novembre 2013, ét. 15, pt 3.

litige entre opérateurs. Le droit à un procès équitable contribue à la démocratisation de la procédure administrative. Il participe à la confection d'une démocratie procédurale qui vient compléter la démocratie représentative⁵⁹⁸. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à un procès équitable doit être mis en œuvre de manière « concrète et effective », étant donné « la place éminente [qu'il] occupe dans une société démocratique »⁵⁹⁹. La mosaïque des exigences liées au respect de la règle de contradiction se complète avec la participation des opérateurs à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux de régulation.

La tenue d'un débat contradictoire se poursuit au-delà de l'adoption, par les autorités de régulation, des actes de règlement des différends et des sanctions. Les autorités de régulation peuvent être amenées à organiser un tel débat même lorsqu'elles adoptent des actes qui se trouvent au cœur des fonctions administratives. Par exemple, la délivrance des autorisations de téléphonie mobile implique que l'ARCEP valide les capacités individuelles des opérateurs intéressés par leur attribution. Ceux-ci sont tenus de fournir à l'ARCEP plusieurs informations qu'il lui revient ensuite d'apprécier. L'octroi d'une autorisation est précédé d'une audition publique des candidats, pendant laquelle ces derniers « défendent » leur candidature, et l'autorité de régulation tranche, non pas dans un objectif de sanctionner un opérateur donné ou de donner une solution à un différend concernant l'accès au réseau, mais pour évaluer tous les éléments de leur dossier. La mise en place d'une procédure quasi-juridictionnelle, marquée par la présence de l'entreprise candidate à l'attribution de l'autorisation, d'une part, et de l'organisme chargé d'examiner son dossier, d'autre part, ainsi que l'application d'une procédure orale contradictoire contribue à la juridictionnalisation de la procédure d'édiction des autorisations d'accès au marché. Particulièrement perceptible en matière de régulation, ce phénomène de juridictionnalisation a envahi l'action administrative annonçant « (...) peut-être une nouvelle révolution du droit administratif français »⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ En ce sens, v. A. LOUVARIS, « Lois techniciennes et droit à un procès équitable : le cas des lois de régulation économique », *LPA*, 5 juillet 2007, n° 134, p. 60 et s., not. pt 8.

⁵⁹⁹ CEDH, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, 9 octobre 1979, §24 ; *Artico c. Italie*, n° 6694/74, 13 mai 1980, §33.

⁶⁰⁰ D. CUSTOS, « Autorités de régulation et métamorphose du régime juridique de la décision individuelle », *op. cit.*, p. 72.

L'application du principe du contradictoire en matière de régulation s'impose pour diverses raisons. Elle permet notamment la meilleure réalisation de l'intérêt général, qui acquiert un caractère transactionnel en matière de régulation, et contribue à renforcer la légitimité des autorités de régulation. Elle témoigne d'ailleurs du rapprochement entre la culture administrative française et la logique anglo-saxonne qui reste imprégnée des procédures participatives consistant à mettre un projet d'acte administratif unilatéral en débat, et elle s'oriente vers le respect de la nécessité de reddition de comptes du régulateur public, telle qu'exprimée par le concept anglo-saxon d'« accountability »⁶⁰¹. Le renforcement du dialogue avec les opérateurs du secteur concerné avant l'édiction d'un acte administratif unilatéral permet aux autorités administratives de satisfaire encore plus aux obligations pesant sur elles en ce qui concerne le respect de l'exigence d'impartialité objective. La généralisation des procédures participatives contribue à dissiper les doutes éventuels concernant leur impartialité et confère à leur activité normative les garanties qu'implique la « théorie des apparences »⁶⁰².

La consultation organisée par l'ARCEP avant l'attribution de la quatrième licence de téléphonie mobile s'inscrit dans une pareille logique. Ayant permis la participation de l'ensemble des opérateurs à un processus destiné à éclairer l'autorité de régulation sur l'opportunité d'adoption et les modalités d'attribution d'un acte individuel, elle reflète le souci d'étendre le champ d'application matériel de la participation au-delà des actes réglementaires et son champ d'application personnel à l'ensemble des opérateurs, que ce soit le destinataire de l'acte envisagé ou les autres opérateurs. Outre de consolider le statut des opérateurs au sein du mécanisme de régulation, la participation permet aux autorités de régulation d'exercer leur action de manière efficace. C'est grâce aux processus participatifs que les autorités de régulation peuvent acquérir une vision globale du marché et être mieux éclairées sur des questions techniques.

⁶⁰¹ Sur ce concept, v. C. BIANCULLI, X. FERNANDEZ-I-MARIN et J. JORDANA (dir., en anglais), *Responsabilité et gouvernance de la réglementation (« regulation »)*. *Audiences, contrôles et les responsabilités dans la politique de réglementation (« regulation »)*, décembre 2014, éditions Palgrave Macmillan ; OECD, *Groupe de travail sur la gestion et la réforme de la réglementation (« regulatory management »)*. *Vers la conception des autorités de régulation indépendantes et responsables, pour une régulation d'haute qualité. Actes d'une réunion d'experts à Londres, Royaume-Uni (en anglais)*, 10-11 janvier 2005, document publié sur : <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35028836.pdf>.

⁶⁰² Sur les obligations pesant sur les autorités administratives en vertu de la « théorie des apparences », v. *supra*, p. 100.

B. Le renforcement de l'efficacité des autorités de régulation

Le recours à la participation permet aux autorités de régulation d'interagir avec les opérateurs, de rester à l'écoute des besoins du marché, et d'adopter des normes plus intelligibles. Pour que la participation des opérateurs soit efficace, il convient que les parties concernées soient consultées suffisamment tôt. C'est seule leur consultation précoce qui permet la véritable association des opérateurs à l'élaboration de la décision définitive de l'autorité compétente⁶⁰³. Érigeant les destinataires de la norme de régulation en co-acteurs de celle-ci, les processus participatifs rendent finalement l'action des autorités de régulation plus efficace parce qu'ils réduisent l'asymétrie d'informations et permettent aux opérateurs de faire part aux autorités de régulation des éléments utiles pour améliorer leur décision définitive (1). En outre, la participation aide les autorités de régulation à la réalisation des différentes missions dont elles sont en charge (2).

1. La participation, une modalité de réduction de l'asymétrie d'informations

Le terrain de la régulation s'avère être très propice à l'utilisation des procédures de participation. Celles-ci permettent à l'administration de recueillir diverses informations détenues par les opérateurs, sous réserve de celles qui sont protégées par le secret des affaires, et d'être ainsi mieux éclairée sur des questions fort techniques. En outre, la mise en œuvre des mécanismes de participation correspond mieux à la transformation de la conception de l'intérêt général, telle qu'opérée en matière économique. Devenu une notion plus transactionnelle que transcendante, l'intérêt général implique la prise en compte des intérêts des entreprises et leur conciliation avec la nécessité de favoriser le développement de la concurrence sur le marché.

D'une manière générale, l'association des opérateurs à la confection du contenu de la norme de régulation vient compenser l'assouplissement de cette dernière qui se voit perdre « une partie de sa fixité et de ses sanctions »⁶⁰⁴. Ensuite, elle permet non seulement de renforcer la légitimité des autorités de régulation en rendant leurs

⁶⁰³ Sur l'importance de consultation précoce des parties prenantes aux processus participatifs, v. Conseil d'État, *Rapport public pour 2011 : Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁰⁴ A. DE LAUBADÈRE, « L'administration concertée », *op. cit.*, p. 415.

décisions mieux acceptables, et donc plus aisément exécutables par leurs destinataires, mais figure également comme un moyen permettant à celles-ci de recueillir plusieurs informations nécessaires pour l'exercice de leur compétence.

Le professeur André de Laubadère note que seule l'administration économique est si propice à la concertation, dès lors que les autres secteurs que celui de l'économie n'appellent pas la même nécessité de recueil des informations réciproques. Il souligne qu'à la différence de l'administration générale, l'administration économique ne pourrait pas se contenter de l'emploi de ses méthodes ordinaires de décision unilatérale⁶⁰⁵.

Comme on l'a déjà souligné, la participation des opérateurs économiques à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux de régulation est essentielle dès lors qu'elle permet aux autorités chargées de réguler le marché d'accéder à une série d'informations techniques qui sont nécessaires pour l'exercice de leur pouvoir normatif. La tenue des consultations est facilitée grâce à Internet. Les consultations sur Internet sont particulièrement utilisées en droit international par l'ONU et en droit de l'Union par la Commission, notamment avant l'adoption d'un livre vert ou d'un livre blanc⁶⁰⁶. Cette modalité d'organisation de la consultation du public est très importante dans la mesure où elle facilite l'échange d'informations entre les parties prenantes à la consultation et l'autorité organisatrice.

La consultation sur Internet s'avère être une modalité très efficace dans la mesure où elle permet aux autorités de régulation de publier à la fois la mesure envisagée et une synthèse des remarques recueillies. La diffusion de cette dernière a une valeur propre dans le mécanisme de régulation, dès lors qu'elle permet à tous les acteurs du marché d'accéder à des informations dont ils ignoraient l'existence réduisant ainsi les avantages informationnels dont pourraient abuser certains opérateurs, notamment les opérateurs historiques.

Lors de l'exercice de leur mission, les autorités de régulation doivent veiller à la mise en place des procédures permettant de concilier deux exigences : celle consistant à

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 420.

⁶⁰⁶ En ce sens, v. Bénédicte DELAUNAY, « Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations », *op. cit.*

assurer la transparence de leur action avec celle visant à agir efficacement pour répondre rapidement aux besoins évolutifs du marché⁶⁰⁷. La participation des opérateurs à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux de régulation permet aux autorités de régulation de satisfaire pleinement à ces exigences. Elle s'offre comme une voie alternative à l'intervention des organes consultatifs classiques, qui trouveraient d'ailleurs peu de place dans un système de régulation construit autour de l'indépendance du régulateur.

Or, il convient de souligner qu'en matière économique, le régulateur doit notamment faire en sorte que la participation des opérateurs à l'élaboration de ses décisions ne conduise pas à sa capture. L'articulation entre le risque de capture, particulièrement accru dans le domaine de la régulation, et la nécessité d'assurer la participation des opérateurs aux décisions publiques de régulation se trouve au cœur des préoccupations du régulateur. La réduction de l'asymétrie d'informations qu'implique la participation ne doit pas conduire à ce que l'autorité de régulation compétente au sein du marché concerné favorise les intérêts d'un ou plusieurs opérateurs économiques.

La réduction de l'asymétrie d'informations, telle que facilitée par l'emploi d'Internet comme modalité de participation des opérateurs à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux de régulation, permet aux autorités de régulation de mieux apprécier les conditions de fonctionnement de la concurrence sur le marché et d'exercer ainsi plus efficacement leurs diverses compétences.

2. La participation, appui à l'exercice des diverses compétences des autorités de régulation

La participation poursuit plusieurs fonctions. Elle vise non seulement à aider les autorités de régulation à préparer un acte réglementaire, mais également à mieux exercer leur propre pouvoir consultatif ainsi que les autres compétences qui leur sont, le

⁶⁰⁷ La nécessité d'opérer une conciliation entre la transparence et l'efficacité apparaît dans tous les cas où l'administration a recours à une procédure de consultation, peu importe le domaine d'activité sur lequel porte cette dernière. La conciliation efficace entre ces exigences est une preuve de « bonne administration ». En ce sens, v. Conseil d'État, *Rapport public pour 2011 : Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.* p. 97.

cas échéant, attribuées par les textes. L'exemple de la participation en matière de régulation ferroviaire en est la meilleure illustration.

Le lancement des consultations publiques permet à l'ARAFER d'informer les opérateurs de son action et de leur poser des interrogations sur différentes questions techniques. Le dialogue avec eux, pouvant parfois aboutir à un acte concerté, renforce la qualité de ses décisions, permet la meilleure gestion des risques et l'anticipation des évolutions du marché⁶⁰⁸.

La publication par l'ARAFER de ses projets de décision permet aux acteurs du ferroviaire d'apporter leur éclairage sur des sujets techniques. Les consultations sont accueillies très favorablement par les opérateurs. Même si l'autorité n'a pas, pour l'instant, d'obligation légale d'organiser des consultations, celles-ci sont devenues très fréquentes dans la pratique.

La procédure de consultation se décompose en trois temps. Dans un premier temps, l'ARAFER notifie aux acteurs du secteur les sujets qu'elle envisage de soumettre au débat en leur envoyant en même temps tous les documents permettant la mise en œuvre de la consultation (questionnaires, projet de décision). Cette notification peut être suivie d'une consultation directe des opérateurs à travers des réunions de travail conduites par l'Autorité⁶⁰⁹. En tout dernier lieu, l'ARAFER synthétise les différentes propositions formulées et publie sa synthèse. Le régulateur veille à publier systématiquement leurs commentaires, car cela lui permet d'atteindre un niveau élevé de transparence.

L'ARAFER a pu recourir à la consultation des entreprises concernées dans plusieurs hypothèses. Elle a par exemple décidé de mener une consultation publique pour mieux exercer son propre pouvoir de consultation.

L'article 2133-8 du code des transports prévoit que l'ARAFER est « consultée sur les projets de textes réglementaires relatifs à l'accès au réseau ferroviaire, à la conception,

⁶⁰⁸ Sur l'utilité que comporte la consultation pour l'exercice efficace par l'ARAFER de sa mission de régulation, v. : <http://regulation-ferroviaire.fr/publication/consultations-publiques/>.

⁶⁰⁹ V. par ex. la réunion de travail organisée par l'ARAFER sur le sujet des conditions de mise en place de dessertes intérieures à l'occasion de services d'acheminement des passagers sur une courte distance (cabotage) : <http://regulation-ferroviaire.fr/publication/consultations-publiques/>.

la réalisation et l'utilisation des infrastructures et des matériels de transport ferroviaires ». C'est en vertu de cette disposition que lui ont été soumis pour avis les projets d'ordonnance et de décrets de transposition de la directive 2012/34/UE (« directive refonte ») qui établit un espace ferroviaire unique européen⁶¹⁰.

Avant de rendre cet avis, elle a eu recours à une consultation des acteurs du marché⁶¹¹. Elle a à cet effet publié intégralement les projets de transposition transmis par le ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie et une notice de consultation dans laquelle elle présentait ces projets brièvement et invitait les intéressés à lui transmettre leurs observations dans un délai donné. Elle y indiquait clairement que, dans un souci de transparence, elle allait publier l'intégralité des commentaires soumis, sous réserve de ceux couverts par le secret des affaires, en précisant en même temps que le caractère secret ou non des informations transmises devait être indiqué par les participants eux-mêmes. Après présentation de chaque thème soumis à consultation, l'ARAFER invitait les intéressés à porter à sa connaissance tout élément éventuel pouvant l'aider à élaborer son avis relatif aux actes de transposition.

De même, l'ARAFER a organisé une consultation publique avant d'exercer sa compétence consultative concernant la mise en place d'un comité d'opérateurs du réseau⁶¹². La création de ce dernier est prévue par la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire⁶¹³. Ce comité est placé auprès de SNCF réseau et comprend différents acteurs du marché ferroviaire : outre des représentants des entreprises ferroviaires, il est composé des gestionnaires d'infrastructures, des exploitants d'installations de service et des autorités organisatrices de transport. Il lui incombe notamment d'adopter une charte du réseau et il reste compétent pour régler les différends afférents à son interprétation et son exécution.

⁶¹⁰ Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (directive dite « refonte »), *op. cit.*

⁶¹¹ Sur ce point, v. : ARAFER, Consultation publique de l'Autorité sur les projets d'ordonnance et de décrets de transposition de la directive 2012/34/UE, disponible sur : <http://regulation-ferroviaire.fr/wp-content/uploads/2015/05/Notification-consultation-publique-de-l-ARAF-sur-les-projets-de-transposition-de-la-directive-refonte.pdf>.

⁶¹² ARAFER, *Consultation publique sur le projet de décret relatif au comité des opérateurs du réseau et à la charte du réseau*, 20 avril 2015-10 mai 2015, disponible sur : <http://regulation-ferroviaire.fr/wp-content/uploads/2014/06/Consultation-publique-Decret-COR.pdf/>.

⁶¹³ JORF n°0179 du 5 août 2014 page 12930. V. l'article 1er de cette loi, qui a introduit dans le code des transports l'article L. 2100-4.

Avant de formuler son avis en la matière, l'Autorité s'est adressée aux opérateurs par voie de consultation ouverte ayant pour objet de définir les compétences et les modalités de fonctionnement du comité des opérateurs du réseau, ainsi que le contenu et le mode d'élaboration de la charte du réseau. En outre, la consultation visait à identifier les modalités de règlement amiable des différends relatifs à l'interprétation et l'application de la charte du réseau. La notice de consultation limitait clairement son champ d'application. Ne pouvaient prendre part à celle-ci que les destinataires de la réglementation envisagée, à savoir les demandeurs et bénéficiaires de sillons et les exploitants des installations de service reliées.

En outre, l'ARAFER a soumis à consultation les projets de décret d'application de la loi ferroviaire du 4 août 2014⁶¹⁴. La consultation publique qu'elle a menée avec divers acteurs du secteur lui a permis de s'informer sur leurs interrogations portant sur les mesures d'application envisagées. Les remarques formulées lors de cette consultation concernaient notamment les conditions d'indépendance et l'équilibre financier de SNCF Réseau, ainsi que les pouvoirs de l'ARAFER.

Suite à cette consultation, l'ARAFER a rendu ses différents avis sur les projets de décret relatifs aux missions et statuts de la SNCF, de la SNCF Réseau, gestionnaire du réseau ferré, et de la SNCF Mobilité, chargée de l'exploitation des trains. Elle a également rendu un avis sur le projet de décret concernant l'indépendance des fonctions de répartition des capacités et de tarification de l'infrastructure ferroviaire. L'ARAFER a également consulté les opérateurs du secteur régulé avant de rendre son avis sur les projets de décision relatifs à la détermination des redevances dues par les opérateurs en contrepartie des prestations régulées en gare de voyageurs pour l'horaire de service de 2014⁶¹⁵.

L'Autorité a décidé aussi de recourir à une consultation publique avant de rendre son avis sur l'instauration du nouveau dispositif relatif aux accords-cadres⁶¹⁶. Elle s'est tournée vers les

⁶¹⁴ Les projets de décrets et les avis de l'ARAFER sont disponibles sur le lien suivant : <http://regulation-ferroviaire.fr/projets-de-decrets-dapplication-de-la-loi-du-4-aout-2014-portant-reforme-ferroviaire/>

⁶¹⁵ La notice de consultation de l'ARAFER est disponible sur : http://regulation-ferroviaire.fr/wp-content/uploads/2014/06/20120607-29_ConsultPub_TxRemCapitx_NotifFR.pdf

⁶¹⁶ Pour la notice de consultation de l'Autorité, v. : http://regulation-ferroviaire.fr/wp-content/uploads/2014/06/201204-06_ConsultPub_AccordsCadres_NotifFR.pdf

acteurs du marché pour recueillir leurs remarques sur l'utilité et la capacité d'infrastructure réservée par les accords, leur durée ainsi que les mesures tarifaires qui les accompagnent. Elle a d'ailleurs mis à leur disposition l'accord-type élaboré par la RFF en leur demandant de l'évaluer.

En sus de recourir à la consultation des acteurs du secteur ferroviaire avant l'exercice de sa compétence consultative, l'ARAFER emprunte cette voie avant d'adopter des mesures réglementaires. Elle y a eu recours, par exemple, avant l'adoption des décisions relatives à la création d'incitations visant à encourager RFF et les utilisateurs du réseau ferré national à un meilleur usage des capacités de l'infrastructure⁶¹⁷.

La décision de l'ARAFER d'adopter de telles mesures fut le fruit des différentes décisions de règlement de différends relatives aux conditions d'allocation et de suivi des sillons, de facturation et de remboursement de la redevance de réservation⁶¹⁸. Plus précisément, différents opérateurs avaient saisi l'ARAFER sur le fondement de l'article L. 2134-2 du code des transports qui lui attribue une compétence de règlement des différends pouvant resurgir lorsqu'un opérateur rencontre des obstacles quant à l'accès au réseau ferroviaire. Suite à la procédure de règlement des différends, perçue par l'ARAFER en l'espèce comme une « concertation », l'Autorité a conclu à la nécessité d'intensifier sa réglementation pour s'assurer du traitement plus rapide des sillons précaires par le RFF et pour favoriser une optimisation des capacités réservées par le gestionnaire de l'infrastructure et son gestionnaire délégué pour la réalisation des travaux. La compétence de l'ARAFER en la matière s'appuyait sur l'article L. 2131-7 du code des transports qui lui octroie un pouvoir réglementaire soumis à homologation ministérielle consistant à préciser les conditions techniques et administratives d'accès au réseau et de son utilisation.

La notice de consultation publiée par l'Autorité rendait compte des résultats issus de la saisine de l'ARAFER et décrivait les mesures que l'Autorité comptait prendre pour régler les

⁶¹⁷ ARAFER, *Consultation sur les décisions envisagées par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires concernant la création d'incitations visant à encourager RFF et les utilisateurs du réseau ferré national à un meilleur usage des capacités de l'infrastructure*, 4 juin 2014 - 25 juin 2014, disponible sur : http://regulation-ferroviaire.fr/wp-content/uploads/2014/06/20120604-25_ConsultPub_IncitationsCapacites_NotifFR.pdf.

⁶¹⁸ Ces décisions sont disponibles sur le lien suivant : <http://regulation-ferroviaire.fr/publication/consultations-publiques/consultation-publique-incitations-a-un-meilleur-usage-des-capacites-de-linfrastructure-ferroviaire/>

différends⁶¹⁹. Dans ce document, elle présentait notamment de manière transparente les dispositions qu'elle envisageait d'arrêter afin d'inciter le gestionnaire de l'infrastructure RFF et les demandeurs de capacités, sillons et travaux, à une meilleure utilisation des capacités du réseau ferré national.

Le lien entre la procédure de règlement des différends et la consultation apparaît encore plus clairement dans une autre hypothèse. En effet, l'ARAFER a dû ordonner une consultation comme mesure d'instruction dans le cadre d'une procédure de règlement d'un différend relatif à la fourniture du courant de traction sur le réseau ferré national⁶²⁰. Or, à la différence du cas précédent, la consultation ne visait pas, en l'espèce, à aider l'ARAFER à donner une solution au différend sur lequel elle était appelée à se prononcer, mais à lui permettre de mieux organiser l'exercice de son pouvoir normatif. L'Autorité a eu recours à cette consultation pour pouvoir apprécier s'il y a avait besoin d'adopter une décision réglementaire et pour se préparer au mieux à l'éventualité d'une telle décision. Le champ d'application de la consultation a ainsi été assez large. L'ARAFER y a associé non seulement les acteurs du secteur ferroviaire, mais également ceux du secteur de l'énergie, dont les connaissances techniques pouvaient lui être utiles.

L'ARAFER a également mené une consultation publique pour recueillir les remarques des opérateurs sur les procédures, les critères et la méthode qu'elle envisageait de mettre en place pour réaliser les missions dont elle était chargée par le code des transports concernant les services de transport international des voyageurs. Cette consultation présentait une originalité : si d'un côté l'ARAFER a construit la consultation, comme d'habitude, autour des questions précises, elle ne leur a pas fourni son projet de décision, mais « un canevas dont l'architecture pourrait être celle d'une décision future de l'Autorité », en précisant en même temps que celui-ci ne saurait

⁶¹⁹ ARAFER, *Consultation sur les décisions envisagées par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires concernant la création d'incitations visant à encourager RFF et les utilisateurs du réseau ferré national à un meilleur usage des capacités de l'infrastructure*, op. cit.

⁶²⁰ La consultation est disponible sur le lien suivant: http://regulation-ferroviaire.fr/wp-content/uploads/2014/06/201207-09_ConsultPub_CourantTraction_NotifFR.pdf.

« être considéré comme un projet de décision, mais plutôt comme un guide à la réflexion » et qu'il ne devait donc préjuger « en rien des choix finaux de l'Autorité »⁶²¹.

Composante de la démocratie administrative, la participation permet, d'une manière générale, à l'administration de nourrir un dialogue constant avec les citoyens, qui lui permet de mieux comprendre leurs besoins et d'y adapter son action. Réciproquement, les citoyens se familiarisent avec les différentes modalités de fonctionnement de l'action publique, ils appréhendent mieux les contraintes dans lesquelles elle se déploie et y adaptent, par conséquent, leurs exigences.

En matière de régulation en particulier, la participation rend l'activité des autorités de régulation plus intelligible pour les opérateurs et, de ce fait, plus efficace. Or, les effets de la participation des opérateurs à la confection des actes pris par les autorités de régulation des services en réseau dépassent le cadre strict de l'élaboration de ces actes. La participation déploie également ses effets sur le plan contentieux.

§ 2. Les effets contentieux de la participation

La première interrogation que pose la participation des opérateurs à l'élaboration des actes pris par les autorités de régulation d'un point de vue contentieux consiste à savoir si le juge administratif lui réserve un traitement différent, voire spécifique, par rapport aux procédures consultatives ordinaires. L'examen de la jurisprudence permet de répondre à cette question par la négative. La consultation institutionnalisée coexiste parfaitement avec la participation (A). En outre, les opérateurs ayant participé à un processus consultatif auraient éventuellement intérêt à contester l'acte finalement adopté. À cet effet, il convient d'explorer l'articulation entre la participation au stade précontentieux et la contestation contentieuse de l'acte (B).

⁶²¹ La notice de consultation est disponible sur le lien suivant : http://regulation-ferroviaire.fr/wp-content/uploads/2014/06/201210-12_ConsultPub_Cabotage_NotifFR.pdf/

A. La coexistence de la participation avec les procédures consultatives ordinaires

D'une manière générale, les autorités de régulation ne sont pas tenues de recourir à des processus participatifs. Comme on l'a déjà souligné, le seul domaine où est obligatoire l'organisation de tels processus est celui des communications électroniques. Or, même dans ce cas, les obligations de l'ARCEP s'arrêtent au recours effectif à la consultation du public et le recueil des observations des entreprises concernées.

Par conséquent, la seule hypothèse qui pourrait poser problème en l'espèce concernerait les cas où l'ARCEP omettrait de recourir à la consultation publique malgré son obligation légale. Dans cette hypothèse, seraient mis en œuvre les critères instaurés par la jurisprudence *Danthony*⁶²² : la légalité externe de l'acte réglementaire finalement adopté ne pourrait être contestée que si l'omission de l'administration de consulter les opérateurs avant l'édition dudit acte pouvait être considérée comme susceptible d'exercer une influence sur son sens ou si elle avait privé les opérateurs intéressés d'une garantie.

La première hypothèse doit être écartée dans la mesure où les autorités de régulation ne sont pas tenues de se conformer aux remarques des opérateurs. Même si cela est peu probable, la décision finale des autorités de régulation peut éventuellement s'écarter des observations des opérateurs. Ces dernières ne préjugent en rien du sens de la décision finalement adoptée.

Ainsi, l'omission de la consultation des opérateurs ne saurait emporter l'annulation de l'acte édicté que si elle est considérée comme privant les intéressés d'une garantie. Cette condition n'est remplie qu'en matière de régulation du marché des communications électroniques où la consultation reste obligatoire : l'omission de l'ARCEP de recourir à la consultation prévue par la loi prive les opérateurs de la faculté que leur offre le législateur de pouvoir exprimer leur point de vue⁶²³.

⁶²² CE, 23 déc. 2011, *Danthony*, req. n° 335033, Rec. p. 649 ; *AJDA* 2012, p. 7 ; *ibid.*, p. 195, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *ibid.*, p. 1484, étude C. MIALOT ; *RFDA* 2012, p. 284, concl. G. DUMORTIER ; *RFDA* 2012, p. 296, note P. CASSIA ; *RFDA* 2012, p. 423, étude R. HOSTIOU ; *Cah. Cons. const.* 2012, p. 246, obs. V. BERNAUD.

⁶²³ Pour un raisonnement analogue dans l'hypothèse où l'administration omettrait d'organiser une consultation en matière environnementale avant l'édition d'une décision « ayant une incidence sur l'environnement », v. J.-C. HÉLIN, « On ne badine pas avec la participation du public », note sous CAA

L'obligation pesant sur l'ARCEP de recourir à la consultation des opérateurs avant d'exercer son pouvoir normatif ne se limite pas aux hypothèses où elle envisage de prendre un acte réglementaire ayant une influence sur le marché. Elle recouvre aussi les hypothèses où elle procède à une analyse du marché aux fins d'identifier les opérateurs qui ont une puissance significative en son sein et de leur imposer diverses obligations en matière d'interconnexion et d'accès⁶²⁴. La participation des opérateurs à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux de régulation coexiste parfaitement avec la consultation, par les autorités de régulation, des autres organismes, notamment de l'Autorité de la Concurrence. La procédure par laquelle l'ARCEP impose des obligations asymétriques aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur le marché est une parfaite illustration de cette coexistence (1). Cependant, lorsque les autorités de régulation sont tenues de consulter un autre organisme en vertu d'un texte, la consultation de celui-ci ne peut pas être remplacée par celle des opérateurs (2).

1. Un exemple de la coexistence : la procédure d'imposition des obligations asymétriques aux opérateurs exerçant une puissance significative sur le marché

La jurisprudence relative aux actes d'imposition des obligations aux opérateurs réputés exercer une puissance significative sur le marché confirme la coexistence, en matière de régulation, entre la consultation des opérateurs et celle des organismes administratifs. L'arrêt du Conseil d'État du 4 juin 2012, *Sté BT France*, corrobore cette coexistence⁶²⁵.

Nancy, 22 janvier 2015, *Association pour la protection des animaux sauvages (ASPAS)*, (1^{er} et 2nd esp.) ; TA Fort-de-France, 30 décembre 2014, *Groupement foncier agricole Tiber, Société civile immobilière Faber* (3^e esp.), *AJDA*, 15 juin 2015, n° 20, p. 1164.

⁶²⁴ Ces pouvoirs de l'ARCEP font partie de la régulation « asymétrique » prévue aux articles L. 38 et L. 38-1 du CPCE, dont la mise en œuvre est encadrée par l'article L. 37-1. Ils s'opposent aux pouvoirs de régulation « symétrique » dont dispose l'ARCEP en application des art. L. 34-8 et L. 37-2 du CPCE. L'obligation pesant sur l'ARCEP de recourir à une consultation publique lors de toutes les étapes du processus tenant à l'imposition des obligations asymétriques aux opérateurs censés exercer une puissance significative sur le marché est prévue à l'art. D. 301 du CPCE.

⁶²⁵ CE, 4 juin 2012, *Sté BT France*, req. n° 351976 ; *Concurrences* 2012, n° 3, pp. 204-205, note H. DELZANGLES ; *RJEP*, novembre 2012, comm. 57, concl. D. BOTTEGHI.

L'affaire litigieuse concernait l'imposition à France Télécom de différentes obligations en vertu de l'exercice par l'ARCEP de son pouvoir de régulation asymétrique du marché. L'édition d'un acte imposant des obligations asymétriques à un opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché doit être précédée par l'identification du marché pertinent et de l'opérateur puissant. Dans le cadre de toutes ces opérations (identification du marché pertinent et de l'opérateur puissant, adoption de l'acte imposant des obligations asymétriques à ce dernier), l'ARCEP doit avoir recours à une consultation publique⁶²⁶.

L'ARCEP a pris en l'espèce une décision par laquelle elle identifiait le marché de gros pertinent des offres d'accès haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational, ce marché ayant été déjà désigné comme pertinent par la Commission. Cette qualification ouvrait la voie à l'imposition de différentes obligations réglementaires aux opérateurs. Après avoir désigné la société France Télécom comme opérateur ayant une puissance significative sur le marché précité, l'ARCEP lui a imposé d'offrir ses prestations de gros haut débit à des tarifs reflétant les coûts et de ne pas pratiquer des tarifs d'éviction.

L'objectif de l'ARCEP était de favoriser les investissements des concurrents de France Télécom dans la création de leurs propres infrastructures. Cela leur permettrait d'être dispensés de l'obligation d'utiliser le réseau de France Télécom, opérateur historique, pour exercer leur propre activité. Faisant prévaloir la concurrence par les infrastructures sur le partage des infrastructures, l'ARCEP a marqué une rupture par rapport à sa pratique antérieure. Elle s'est ainsi rapprochée de l'Autorité de la concurrence qui insistait depuis longtemps sur les avantages que présente la concurrence par les infrastructures pour le bon fonctionnement du marché⁶²⁷.

L'arrêt *Sté BT France* de 2012 pose des interrogations relatives à la nature des actes d'imposition des obligations asymétriques, confirme le rapprochement entre l'office de l'ARCEP et celui de l'Autorité de la concurrence et participe à l'évolution du degré de contrôle du juge administratif en matière de régulation⁶²⁸. Or, dans le cadre des

⁶²⁶ En ce sens, v. l'art. D. 301 du CPCE. V. également CE, 19 juin 2009, *Association Renseignement pour tous*, req. n° 310453, *Gaz. Pal.*, 5 décembre 2009, n° 339, p. 50, note A. SAKON.

⁶²⁷ Sur ce point, v. T. PEZ, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *op. cit.*, p. 374.

⁶²⁸ Sur ces dimensions de l'arrêt, v. *infra*, p. 448 s.

développements suivants ne seront examinés que ses points permettant de comprendre l'importance rattachée par le juge à la consultation institutionnelle et l'articulation de cette dernière avec la consultation des opérateurs.

L'ARCEP a procédé ici à toutes les consultations des opérateurs prévue par le code des communications électroniques. Or, il lui était reproché d'avoir commis différentes irrégularités liées à la consultation de l'Autorité de la concurrence et de la Commission européenne.

D'un côté, selon British Télécom, la décision litigieuse adoptée par l'ARCEP devait être annulée parce que la décision finalement adoptée par le régulateur différait du projet initial, tel que soumis à l'Autorité de la concurrence pour avis⁶²⁹. Le requérant soutenait que l'ARCEP aurait dû consulter à nouveau l'Autorité de concurrence avant d'apporter toute modification au projet initial.

En l'espèce, aucun texte n'imposait à l'ARCEP de saisir l'Autorité de la concurrence pour avis avant d'adopter sa décision. Elle l'a toutefois consultée facultativement.

Dans l'hypothèse où une autorité décide de recourir à un avis alors qu'aucune loi ne l'oblige d'agir ainsi, elle est tenue de mener la consultation dans des conditions régulières. Or, elle n'est aucunement liée par l'avis de l'organisme consultatif ; elle peut apporter toute modification qui lui semble nécessaire au texte soumis à examen sans être obligée de saisir l'organisme consultatif à nouveau⁶³⁰. En revanche, lorsqu'une consultation est obligatoire en vertu de la loi, le texte définitif ne doit pas porter sur une question nouvelle, voire être substantiellement différent de celui soumis à l'organisme consultatif⁶³¹.

⁶²⁹ Aut. conc., avis n° 11-A-05, 8 mars 2011, par. 33 : M. BAZEX, *DA*, mai 2011, n° 5, p. 51 ; *Cont. Conc. Cons.*, mai 2011, n° 5, p. 21, n° 125, note D. BOSCO. Dans cet avis, l'Autorité de la concurrence invitait l'ARCEP à différencier les obligations imposées, en recommandant un allègement de la régulation *ex ante* dans les zones devenues concurrentielles du marché résidentiel et un « effort soutenu de la part du régulateur » sur le marché professionnel. Cependant, dans sa décision finale, l'ARCEP ne différenciait pas entre le marché résidentiel et le marché professionnel.

⁶³⁰ En ce sens, v. CE, sect., 15 mars 1974, n° 85703, *Syndicat national CGT – FO des fonctionnaires et agents du commerce intérieur et des prix*, Rec. 1974, p. 188.

⁶³¹ CE, sect., 12 nov. 1954, *Sieur Jammes*, Rec. 1954, p. 585 ; CE, ass., 23 oct. 1998, n° 169797, *Union des fédérations CFDT des fonctions publiques et assimilés*, Rec. p. 360, concl. H. SAVOIE.

Ayant eu recours à une consultation facultative, l'ARCEP pouvait apporter en l'espèce toute modification qu'elle jugerait utile au projet de décision sans être tenue de consulter à nouveau l'Autorité de la concurrence. Le Conseil d'État a ainsi rejeté le premier moyen invoqué par British Télécom relatif à la procédure suivie par l'ARCEP.

De l'autre côté, British Télécom soutenait que l'ARCEP aurait méconnu l'obligation pesant sur elle en vertu de l'article 7 de la « directive cadre », dès lors qu'elle n'avait pas suivi les observations de la Commission sur son projet de décision⁶³². Saisie sur ce dernier, la Commission a contesté le maintien de l'interdiction de pratiquer des prix d'éviction. Optant pour la protection des opérateurs sur le marché de gros souhaitant à investir dans le dégroupage, l'ARCEP a toutefois maintenu cette interdiction.

La haute juridiction administrative a noté que lorsque les autorités réglementaires nationales adoptent un acte imposant des obligations asymétriques à l'opérateur désigné comme ayant une puissance significative sur le marché, elles ne sont pas tenues de suivre l'avis de la Commission. Elles doivent juste recueillir les observations de la Commission, de l'ORECE et des ARN des autres États membres et de les prendre en considération. Celles-ci présentent le caractère d'avis simple. Aucune hiérarchie n'est établie d'ailleurs entre les avis de ces différents acteurs. En ce sens, l'autorité réglementaire nationale peut se soustraire aux observations de la Commission et suivre celles de l'ORECE ou d'une ARN d'un autre État. En application de ce raisonnement, le Conseil d'État a rejeté le second moyen invoqué par British Télécom, qui se rapportait à la procédure tenue par l'ARCEP.

La procédure d'imposition des obligations aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur le marché illustre parfaitement la coexistence entre la consultation institutionnelle menée au niveau national (consultation de l'Autorité de la concurrence) ou européen (consultation de la Commission) et la consultation du public.

La sphère de la décision publique en matière de régulation est envahie par l'idée de la participation du public au travail normatif des autorités de régulation. Celle-ci coexiste avec la consultation des organismes nationaux ou européens (procédures consultatives

⁶³² Sur cette procédure, v. H. DELZANGLES, note sous CE, 4 juin 2012, *Sté BT France*, *op. cit.*

ordinaires) et peut parfois être obligatoire en vertu de la loi, comme on l'a vu dans le cas des actes réglementaires de l'ARCEP ou des décisions par lesquelles elle impose des obligations asymétriques aux opérateurs puissants. Cependant, malgré son importance particulière en matière de régulation, la consultation publique, même lorsqu'elle est obligatoire, ne peut pas se substituer aux procédures consultatives ordinaires.

2. L'impossible substitution de la consultation publique aux procédures consultatives ordinaires en matière de régulation

La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 relative à la simplification et l'amélioration de la qualité du droit (dite « loi Warsmann »)⁶³³ attribuait une importance particulière aux consultations menées sur Internet⁶³⁴. Son article 16 permettait aux autorités administratives, lorsqu'elles sont tenues par la loi ou des dispositions réglementaires de procéder à la consultation d'une commission consultative avant d'édicter un acte réglementaire, à l'exclusion des mesures nominatives, d'organiser, à sa place, une consultation ouverte lui permettant de recueillir, sur un site Internet, les remarques des personnes concernées. Cet article a été abrogé par l'article 6 al. 8 de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre, alors que le décret n° 2015-1342 du 23 octobre 2015 a abrogé le décret n° 2011-1832 du 8 décembre 2011 relatif aux consultations ouvertes sur l'internet⁶³⁵. Les règles énoncées dans l'article 16 de la loi du 17 mai 2011 sont reproduites dans les articles L. 132-1 à L. 132-3 du code des relations entre le public et l'administration presque à l'identique⁶³⁶.

En principe, la consultation ouverte sur Internet se substitue aux consultations institutionnelles obligatoires en application d'une disposition législative ou réglementaire et permet de « libérer le recueil des opinions des destinataires de l'action administrative de l'effet réducteur de la représentation sur laquelle repose l'intervention

⁶³³ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, JORF n°0115 du 18 mai 2011, p. 8537.

⁶³⁴ Sur ce point, v. l'art. 6 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, *op. cit.*

⁶³⁵ V. l'art. 5, al. 10 le décret n° 2015-1342 du 23 octobre 2015.

⁶³⁶ En ce sens, v. S. SAUNIER, « L'association du public aux décisions de l'administration », *AJDA*, dossier spéc. n° 43/2015 : « La lex generalis des relations entre le public et l'administration », *op. cit.*, p. 2429.

institutionnalisée des organes consultatifs traditionnels »⁶³⁷. Cependant, même lorsqu'est organisée une consultation sur Internet au lieu d'une consultation institutionnalisée, la commission consultative à laquelle est substituée la consultation sur Internet peut faire part de ses observations dans le cadre de cette consultation, mais son avis s'ajouterait tout simplement aux autres remarques recueillies.

Reprise dans le code des relations entre le public et l'administration, la nouveauté instaurée par l'article 16 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 permet à l'administration d'organiser des consultations sans avoir besoin de recourir à des procédures consultatives lourdes. Elle s'inscrit dans un mouvement de déprocéduralisation de la consultation qui permet d'accroître le niveau de participation du public. Dans la mesure où elle permet la généralisation des consultations sur Internet, elle contribue au renforcement de la culture participative des citoyens. Or, cet allègement procédural doit également être accompagné des garanties solides au profit des parties à la consultation, équivalentes à celles dont elles se voient privées du fait de la consultation sur Internet.

La possibilité pour une autorité administrative de substituer une consultation sur Internet à une consultation obligatoire connaît toutefois plusieurs exceptions. Plus précisément, restent obligatoires les **consultations d'autorités administratives indépendantes prévues par des dispositions législatives et réglementaires**, les procédures d'avis conforme, celles qui concernent l'exercice d'une liberté publique, constituent la garantie d'une exigence constitutionnelle ou traduisent un pouvoir de proposition ainsi que celles mettant en œuvre le principe de participation.

Ainsi, l'apport de l'article 16 de la loi précitée, tel que codifié dans le code des relations entre l'administration et le public, en matière de régulation reste très faible. En effet, lorsque les autorités de régulation recueillent un avis avant l'édition d'un acte relevant de leurs attributions, celui-ci émane en principe de l'Autorité de la concurrence

⁶³⁷ D. CUSTOS, « Autorités de régulation et métamorphose du régime juridique de la décision individuelle », *op. cit.*, p. 66. Faisant des consultations menées sur Internet un substitut aux consultations obligatoires confiées par les textes à différents organismes, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 a modifié radicalement le paysage de la consultation en France. Selon cette loi, l'organisation d'une consultation sur Internet ne prive pas l'autorité consultative concernée de la possibilité de fournir son avis. Or, ce dernier n'a que la même valeur que les remarques exprimées par les participants à une consultation organisée sur Internet.

ou d'une autre autorité de régulation qui, du fait de leur qualité d'autorités administratives indépendantes, font partie des exceptions mentionnées ci-dessus.

Bien que le recours à la consultation des opérateurs ait pour vocation première de permettre à ceux-ci de les faire participer à l'élaboration des actes pris par les autorités de régulation, il peut déployer ses effets à un stade ultérieur, celui de la contestation contentieuse de l'acte⁶³⁸. L'étude de l'articulation entre ces deux processus s'impose pour plusieurs raisons.

B. L'articulation entre la participation au stade précontentieux et la contestation contentieuse de l'acte concerné

Les liens entre la participation des opérateurs à la confection des actes administratifs pris par les autorités de régulation et leur contestation juridictionnelle se manifestent à plusieurs niveaux. D'un point de vue strictement procédural, il se pose la question de l'intérêt à agir des opérateurs ayant déjà participé à l'élaboration d'un tel acte (1). Or, l'apport de la participation ne se résume pas à cette question procédurale ; d'une manière plus large, la participation contribue à assurer la continuité du mécanisme de régulation (2).

1. La question de l'intérêt à agir des opérateurs ayant participé à la consultation

Le contentieux de la quatrième licence de téléphonie mobile a donné l'occasion au Conseil d'État de se prononcer sur l'articulation entre la participation des opérateurs à l'élaboration d'un acte administratif édicté en matière de régulation et la contestation de cet acte devant le juge. Dans l'arrêt *Bouygues* du 12 octobre 2010, la haute juridiction administrative a considéré que les requérants ne pouvaient pas contester le montant de la redevance due par le quatrième opérateur sur le fondement des principes de transparence et de confiance légitime, parce qu'ils avaient pu faire connaître leurs

⁶³⁸ En ce sens, v. S. ROSE-ACKERMANN et T. PERROUD, « L'élaboration des politiques et le droit public en France : la participation du public, les autorités de régulation et les études d'impact » (en anglais : « Policymaking and public law in France : public participation, agency independence, and impact assessment »), in *Columbia journal of European law*, vol 19.2, p. 223 s., spéc. pp. 285-286.

observations au Gouvernement avant que ne soit arrêté le montant de la redevance par décret, grâce à une consultation publique menée par l'ARCEP⁶³⁹.

La haute juridiction administrative avait déjà adopté un raisonnement similaire dans l'arrêt *Bouygues* du 27 avril 2009 portant sur le recours pour excès de pouvoir exercé par l'opérateur contre une décision de l'ARCEP, dans laquelle elle fixait le calendrier de rétrocession des fréquences en vue de l'installation du quatrième opérateur sur le marché⁶⁴⁰. Appelé à se prononcer sur la question de savoir si cet acte violait le principe de non-discrimination, le juge a fondé sa décision sur deux éléments.

D'un côté, il a considéré que les diverses consultations mises en place par l'ARCEP avaient permis aux différents opérateurs « (...) d'anticiper les conséquences des restitutions de fréquences envisagées (...) ». À l'instar des autres opérateurs de téléphonie mobile, Bouygues Télécom « (...) a été mise en mesure d'anticiper la nécessité de procéder aux rétrocessions exigées en contrepartie de réutiliser en norme 3G certaines des fréquences jusqu'alors exploitées en norme 2G »⁶⁴¹.

⁶³⁹ CE, 12 octobre 2010, *Sté Bouygues Télécom*, req. n° 332393, Rec. p. 378 ; B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Le Conseil d'État valide l'attribution de la 4e licence 3G » (conclusions), *RJEP*, 1^{er} février 2011, n° 683, p. 19 ; G. ECKERT, « Licence d'exploitation de réseaux de téléphonie mobile de troisième génération », *Contrats et Marchés publics*, 1^{er} décembre 2010, n° 12, p. 38 ; J. ADDA, « Télécommunications-quatrième licence mobile-attribution-redevance : Le Conseil d'État rejette les requêtes dirigées contre le décret fixant la part fixe de la redevance due par le quatrième opérateur de réseau de téléphonie mobile ainsi que contre les divers actes de procédures ayant conduit à attribuer à un opérateur l'autorisation d'exploiter en France métropolitaine un réseau 3G ouvert au public », *Concurrences*, n° 4-2010, p. 215.

⁶⁴⁰ CE, 27 avril 2009, *Sté Bouygues Télécom*, req. n° 31274, Rec. p. 872 ; B. DELAUNAY, « L'attribution d'une quatrième licence de téléphonie mobile n'est pas discriminatoire », *AJDA*, 29 juin 2009, p. 1248 ; F. LENICA, « Contrôle de la rétrocession des fréquences radio-électriques » (conclusions), *RJEP*, 1^{er} juill. 2009, n° 666, p. 24 ; P. IDOUX, « La spécificité du contentieux de la régulation économique en question(s) », *RLC*, 1^{er} oct. 2009, n° 21, p. 50 ; L. COSTES, « 4^e licence 3G, Bouygues Télécom débouté par le Conseil d'État », *Rev. Lamy imm.*, 1^{er} mai 2009, n° 49, p. 57 ; R. NOGUELLOU, « 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*, 1^{er} mai 2010, n° 3, p. 825 ; C. LE BERRE, « Chronique de jurisprudence relative au droit public de la concurrence. Note sous Conseil d'État, 27 avril 2009, Société Bouygues Télécom, requête numéro 312741 », *Gaz. Pal.*, 4 déc. 2009, n° 338-339, p. 44 ; M. BAZEX, « Les modalités du recours à la régulation ex ante et le contrôle exercé par le juge administratif », *DA*, 1^{er} nov. 2009, n° 11, p. 40 ; F. FORSTER, « Attribution de la quatrième licence 3G : rejet du recours de Bouygues Télécom. Note sous Conseil d'État, deuxième et septième sous-sections, 27 avril 2009, Société Bouygues Télécom, requête numéro 312741, 21 octobre 2009 », *Gaz. Pal.* 2009, n° 294-295, p. 38.

⁶⁴¹ *Ibid.*

De l'autre côté, le Conseil d'État a rattaché les risques spécifiques de dégradation de son service invoqués par la société Bouygues Télécom aux « (...) choix qu'elle avait opérés concernant le déploiement plus tardif de son réseau dans la norme UMTS de troisième génération (3G) ».

Ayant eu la possibilité de participer aux différentes consultations publiques et adopté une stratégie particulière dont elle devait subir les risques elle-même, la société Bouygues Télécom n'était pas fondée, selon le juge, « (...) à invoquer une discrimination illégale au regard de l'article L. 42-1 du CPCE, résultant du calendrier des rétrocessions de fréquences fixé par l'ARCEP compte tenu des difficultés techniques que lui causeront ces rétrocessions (...) ».

La haute juridiction administrative a d'ailleurs noté que lors de la concertation approfondie menée par l'ARCEP en 2006 et 2007, la société requérante « (...) n'a pas proposé de schéma ou de calendrier alternatif susceptible de pallier les risques (...) » qu'elle mettait en avant dans le cadre de son recours.

Le juge administratif impose ainsi un devoir de vigilance et d'anticipation à l'égard des entreprises lorsqu'elles participent à une consultation, leurs remarques et leurs choix pendant celle-ci pouvant déterminer le bien-fondé des moyens invoqués ultérieurement au contentieux.

La participation d'une entreprise à une consultation pourrait également influencer sur l'appréciation de la recevabilité de sa demande d'**intervention à une instance en cours**. Cette hypothèse apparaît clairement dans les conclusions de Frédéric Lenica, rapporteur public sur l'affaire *Bouygues Télécom* de 2009 précitée relative à la rétrocession des fréquences en vue de l'attribution d'une quatrième licence de téléphonie mobile⁶⁴².

⁶⁴² F. LENICA, concl. sur CE, 27 avr. 2009, *Bouygues Telecom* ; *RJEP*, juillet 2009, n° 666, comm. 34. En ce sens, v. B. DELAUNAY, « L'attribution d'une quatrième licence de téléphonie mobile n'est pas discriminatoire », note sous CE, 27 avril 2009, *Société Bouygues Télécom*, *AJDA* 2009, p. 1248.

Même si la société Free Télécom n'avait pas encore obtenu cette quatrième licence, elle souhaitait intervenir au cours d'instance. Le rapporteur public a proposé au Conseil d'État d'admettre la recevabilité de sa demande d'intervention.

D'un côté, il a évoqué le nombre limité des opérateurs présents à l'époque sur le marché des communications électroniques ainsi que des opérateurs à venir pour conclure dont les destins étaient « *suffisamment liés entre eux, (...) pour que le maximum d'arguments puisse être débattu (...) au cours de la phase contentieuse* »⁶⁴³. De l'autre côté, il a noté qu'« *au surplus* », il ressortait des pièces du dossier que la société Free avait « *très activement participé aux consultations organisées par l'ARCEP dans la perspective du lancement de la quatrième licence* » qui était conditionnée à la restitution des fréquences par les trois opérateurs présents à l'époque sur le marché, si bien qu'il « *paraîtrait excessivement artificiel de dissocier, sur le fond, ce processus de rétrocession de l'ensemble plus global des opérations visant à rendre cette attribution possible* »⁶⁴⁴.

Le Conseil d'État a suivi son rapporteur public, en traitant avec souplesse la question de la recevabilité de la demande d'intervention présentée par la société Free. La haute juridiction administrative a adopté une démarche prospective : même si l'identité du titulaire de la quatrième licence n'était pas encore connue, le juge s'est fondé sur une série d'éléments, parmi lesquels figurait la participation de la société Free à la consultation publique, pour reconnaître finalement la recevabilité de sa demande d'intervention.

Nourri dans la phase d'élaboration de la décision grâce à la consultation des opérateurs, le dialogue entre opérateurs devrait être maintenu lors de l'étape de la contestation de la mesure devant le juge par le biais de l'audition de tous les opérateurs intéressés. La continuité entre les phases précontentieuse et contentieuse témoignerait d'ailleurs du *continuum* que constitue le processus de régulation.

⁶⁴³ F. LENICA, concl. sur CE, 27 avr. 2009, *Bouygues Telecom*, *op. cit.*

⁶⁴⁴ *Ibid.*

2. La participation, mécanisme de garantie de la continuité de la régulation

La participation des opérateurs à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux de régulation permet de relier la procédure administrative à la procédure contentieuse. Elle assure la continuité entre ces deux phases. Les opérateurs ayant participé à la consultation organisée avant l'édiction d'un acte sont en principe les acteurs du contentieux susceptible de se produire après. La participation des opérateurs économiques, incarnée dans leurs droits procéduraux lors de la phase contentieuse et relevant largement du droit mou lors du stade de l'élaboration de l'acte, est le point clé qui assure la continuité entre ces deux procédures. Le principe du contradictoire, inhérent aux procédures juridictionnelles, trouve ainsi son expression précoce dans la phase précontentieuse⁶⁴⁵.

La procédure participative tenue devant les autorités de régulation ne pouvait guère être qualifiée de contradictoire. La participation, même lorsqu'elle se présente sous ses formes très poussées de concertation et de négociation, reste beaucoup moins radicale que la procédure contradictoire. À la différence de cette dernière, elle ne postule pas la tenue d'un véritable débat devant l'autorité de régulation.

Or, comme on l'a déjà souligné, l'examen de la jurisprudence relative à la 4^{ème} licence de téléphonie mobile laisse apparaître l'hypothèse selon laquelle les remarques invoquées par les opérateurs lors d'une consultation organisée avant l'adoption d'un acte et, d'une manière générale, leur participation à celle-ci, pourrait déterminer leur traitement par le juge au contentieux, que ce soit sur le plan de l'appréciation de leur intérêt à agir ou de la recevabilité des moyens invoqués. Une telle acceptation confirme l'importance de la participation, celle-ci **enchaînant la phase précontentieuse avec la phase contentieuse.**

⁶⁴⁵ Sur l'application du principe du contradictoire en matière de régulation, v. P. IDOUX, « Débat contradictoire et régulation économique », *op. cit.* et, du même auteur : « Le régulateur, le pouvoir de sanction, l'opérateur contrevenant et le tiers intéressé », note sous CE, 4 juill. 2012, n° 334062 et 347163, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, *RLC* 2012, 1^{er} oct. 2012, n° 33, p. 77.

La participation s'avère très importante pour la protection des tiers en matière de régulation, à savoir de ceux qui ne seront pas directement visés par l'acte final. D'une manière générale, les tiers sont ignorés par les règles de procédure qui s'appliquent lors de la phase non contentieuse ou précontentieuse. Seuls les destinataires des décisions individuelles en sont visés⁶⁴⁶. Les tiers s'estimant lésés par un acte administratif unilatéral peuvent notamment être protégés par voie contentieuse, en se tournant vers le juge administratif. La seule procédure administrative qui leur offre une pareille possibilité en matière de régulation est celle du règlement des différends.

La participation de tous les opérateurs intéressés par l'attribution d'une autorisation à une consultation publique contribue au décloisonnement de la procédure administrative non contentieuse et au renforcement du niveau de protection procédurale des tiers en matière de régulation. Par conséquent, même si la participation n'est pas soumise à des règles de procédure propres, elle acquiert une importance particulière sur le plan procédural dans la mesure où elle est susceptible de déployer ses effets sur le plan contentieux.

⁶⁴⁶ En ce sens, v. P. IDOUX, « Le régulateur, le pouvoir de sanction, l'opérateur contrevenant et le tiers intéressé », note sous CE, 4 juill. 2012, n° 334062 et 347163, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, *op. cit.*

Conclusion du chapitre 1

Lorsque les actes administratifs unilatéraux sont employés en matière de régulation, ils connaissent une transformation profonde : les opérateurs économiques, destinataires des actes administratifs unilatéraux de régulation, sont systématiquement associés à leur élaboration. Les autorités de régulation mettent les projets d'actes administratifs en consultation publique et invitent les intéressés à y apporter leurs remarques. Le cycle des participants à la consultation est étroit et plus ou moins connu à l'avance. Il s'agit, le cas échéant, des entreprises intéressées par l'attribution d'une autorisation d'accès au marché ou touchées par un acte réglementaire.

Dans le secteur de l'énergie et du transport ferroviaire, les autorités de régulation restent libres d'apprécier l'opportunité du recours à une consultation et de préciser les modalités de son déroulement. Or, en matière de communications électroniques, la consultation est devenue obligatoire en vertu du droit de l'Union européenne, pour les actes « ayant une incidence importante sur un marché »⁶⁴⁷. Encore imparfaite d'un point de vue procédural, la participation en matière de régulation pourrait trouver dans le droit de l'environnement, tout comme dans le droit américain, des repères importants permettant la consolidation de la procédure applicable à son déroulement.

Lorsque les autorités de régulation recourent à une consultation publique, elles ne sont aucunement tenues de suivre les observations formulées par les parties prenantes à la consultation. Or, finalement, elles en tiennent au moins compte lors de la confection de leurs actes. L'atténuation de la technique unilatérale que postule la prise en compte, par les autorités de régulation, des remarques émises par les destinataires de leurs décisions rapproche celles-ci des contrats administratifs.

⁶⁴⁷ Art. L. 32-1-III du CPCE. Cette formulation rappelle celle des décisions des autorités publiques « ayant une incidence sur l'environnement » (v. les art. L. 120-1 L. 120-2 du code de l'environnement créés par l'art. 244 de la loi n° 2010-788 du 12 juill. 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « Grenelle 2 » ; JORF n°0160, 13 juillet 2010, p. 12905). Si tant la législation précitée que l'article 7 de la Charte de l'environnement relatif à la participation du public font référence tout simplement aux mesures « ayant une incidence sur l'environnement » sans préciser leur gravité, la jurisprudence considère que seules les décisions ayant une incidence importante ou significative sur l'environnement ont vocation à entrer dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte. Sur ce point, v. not. L. FONBAUSTIER, « Chronique de jurisprudence relative à la Charte de l'environnement (année 2013). Des principes aux droits, en passant par les objectifs », *Environnement*, mai 2014, n° 5, chron. 2, par. 23-26.

Le recours à des mécanismes de consultation permet aux autorités de régulation d'exercer plus efficacement leur mission. L'échange d'informations avec les opérateurs sur des questions complexes contribue à ce que les autorités de régulation soient en mesure de mieux apprécier la nécessité de renforcer le fonctionnement de la concurrence sur le marché. Or, en même temps, ces autorités doivent veiller à ce que la participation des opérateurs ne conduise pas à leur capture.

La participation des opérateurs économiques à l'élaboration des actes administratifs sert également à relier la phase non contentieuse à la phase contentieuse, en renforçant en même temps la protection des tiers à l'acte administratif adopté. La participation s'avère être ainsi un gage de continuité du processus de régulation.

L'association des opérateurs à la procédure d'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation ne s'arrête pas à leur participation à l'élaboration de ces actes. Les opérateurs se trouvent également au centre de la procédure d'attribution des autorisations d'accès aux ressources rares dans la mesure où l'administration ne peut accorder un tel acte qu'après leur mise en concurrence.

Chapitre 2. La mise en concurrence des opérateurs intéressés par l'attribution des autorisations d'accès aux ressources rares

La rareté des ressources auxquelles ouvrent l'accès les autorisations adoptées au sein des marchés régulés et le nombre élevé des opérateurs intéressés par leur délivrance imposent que l'attribution de ces actes soit effectuée selon un processus de mise en concurrence. Élaborés par consensus entre les opérateurs et l'administration, ces actes sont attribués suite à une confrontation des opérateurs entre eux.

L'emploi de la technique contractuelle lors de la confection des autorisations d'accès au marché est une première manifestation du décroisement des outils d'action administrative en matière de régulation. Ce constat se confirme intégralement si l'on regarde comment sont attribuées les autorisations d'accès au marché. Particulièrement utilisés en matière de contrats, mais inhabituels en matière d'actes administratifs unilatéraux, les mécanismes de mise en concurrence qui sont employés en la matière reflètent la régénération conceptuelle de l'acte administratif unilatéral et contribuent à l'enrichissement de sa théorie.

Le recours à des processus de mise en concurrence aux fins d'attribuer un acte administratif unilatéral peut surprendre, ces procédures étant plutôt suivies à propos de la conclusion des contrats administratifs. Cependant, la mise en concurrence des opérateurs intéressés par l'attribution des autorisations d'accès aux ressources rares est obligatoire pour l'administration, le caractère unilatéral des actes ne pouvant pas lui faire obstacle.

L'attribution des licences de téléphonie mobile figure comme l'exemple le plus significatif de mise en œuvre de cette obligation et révèle la diversité des sources sur lesquelles elle s'appuie (Section 1). Lorsque les autorisations d'accès à une ressource rare que délivrent les autorités chargées de réguler le marché comportent occupation du domaine public, comme c'est le cas des licences de téléphonie mobile, l'obligation pesant sur elles de recourir à une procédure de mise en concurrence semble *a priori* difficile à concilier avec les règles de la domanialité publique, mais, finalement, elle s'avère compatible (Section 2).

Section 1. Une obligation rattachée à différentes sources : l'exemple des licences de téléphonie mobile

L'acte administratif unilatéral est le meilleur moyen de réguler l'accès à une ressource rare, comme c'est le cas des fréquences hertziennes. Particulièrement utilisée en matière de police, la forme juridique de l'autorisation administrative est adaptée à la rareté de la ressource. Or, lorsque l'autorisation administrative est appelée à mettre en œuvre des préoccupations concurrentielles, son régime connaît d'importantes évolutions qui se traduisent notamment par l'atténuation de la technique unilatérale. Le fait de soumettre l'attribution de certains actes administratifs unilatéraux édictés en matière de régulation à une procédure de mise en concurrence est un exemple caractéristique de cette mutation dans la mesure où il fait apparaître le rôle central de l'ensemble des opérateurs dans le mécanisme de régulation.

L'autorisation administrative par laquelle l'administration attribue une ressource rare à un opérateur recèle une valeur qui procède directement de la rareté de la ressource. Corollaire de la rareté, la mise en concurrence invite à une lecture finaliste des outils d'action de l'administration et se superpose à la nature unilatérale ou contractuelle de l'acte utilisé. Ainsi l'administration ne pourrait-elle pas invoquer le caractère unilatéral de l'acte employé pour échapper à ses obligations de mise en concurrence. Dans la mesure où il y a plusieurs candidats pour un nombre limité d'autorisations, l'attribution de celles-ci doit être effectuée après leur mise en concurrence.

Les licences de téléphonie mobile de troisième ou de quatrième génération sont une illustration significative d'actes individuels de régulation, voire d'autorisations d'utilisation des ressources rares⁶⁴⁸. La mise en concurrence de ces actes s'appuie

⁶⁴⁸ Les évolutions technologiques dans le secteur des communications électroniques ont conduit à la succession de quatre générations de téléphonie mobile. La téléphonie mobile de première génération (1G) consistait notamment en l'acheminement de la voix. L'apparition de la deuxième génération (2G) a permis l'accès à Internet à bas débit à travers les appareils de téléphonie mobile compatibles. Utilisant la technologie UMTS (Système universel de télécommunications mobiles), la troisième génération (3G) a rendu possible la combinaison des services de téléphonie mobile avec des services d'accès à Internet à haut débit. L'accès à Internet a été approfondi davantage avec les services de quatrième génération (4G) qui permettent le développement d'un réseau à très haut débit. Pour une présentation de ces quatre générations de téléphonie mobile, v. P. IDOUX, « La spécificité du contentieux de la régulation économique en question(s) », note sous CE, 27 avr. 2009, *Bouygues Télécom*, req. n° 312741, in *RLC*, n° 21, octobre-décembre 2009, n° 1469, pp. 50-51.

principalement sur des règles de régulation d'origine européenne (§ 1). Elle s'impose également pour que l'administration puisse respecter le droit de la concurrence dont l'intégration dans la légalité administrative l'a rendu opposable à son action (§ 2).

§ 1. Les règles de régulation, source principale de l'obligation

L'obligation pesant sur l'administration de mettre en concurrence les opérateurs intéressés par l'attribution des licences de téléphonie mobile trouve son fondement directement dans le droit dérivé de l'Union qui s'applique dans le secteur des communications électroniques. Si ce dernier laisse les États membres libres quant au choix des modalités d'attribution des autorisations d'accès à des ressources rares, parmi lesquelles figurent notamment les licences de téléphonie mobile, il ne leur confère aucune marge de manœuvre quant à l'appréciation de l'opportunité de recourir ou non à une procédure de mise en concurrence. Une telle procédure est obligatoire lorsqu'un État membre subordonne l'exercice d'une activité à la délivrance d'une licence, et que le nombre de licences susceptibles d'être attribuées est limité⁶⁴⁹. La législation européenne applicable dans le secteur des communications électroniques prévoit que dans cette hypothèse, l'Etat membre est tenu, « *après avoir déterminé la procédure, lancer un appel à candidatures* » pour l'octroi des licences⁶⁵⁰. En outre, l'attribution de ces actes doit être effectuée selon des critères de sélection « *objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés* »⁶⁵¹.

Reprenant les exigences du droit de l'Union, l'article L. 42-1 du CPCE impose à l'ARCEP d'attribuer les autorisations d'utilisation de fréquences « *dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires et en tenant compte des besoins d'aménagement du territoire* ». L'article 42-2 du CPCE prévoit également que « *lorsque la bonne utilisation des fréquences l'exige, l'Autorité de régulation des*

⁶⁴⁹ En ce sens, v. la 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 »), *op. cit.*, art. 7. Selon la modification apportée à cet article par la directive 2009/140/CE, les critères de sélection adoptés par les États membres « *doivent dûment prendre en considération la réalisation des objectifs de l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») ainsi que les exigences de l'article 9 de cette directive* ». V. directive 2009/140/CE, *op. cit.*, art. 5. En droit national, v. l'art. L. 42-1 du CPCE.

⁶⁵⁰ Directive 2002/20/CE, *op. cit.*, art. 7, par. 1, al. (d).

⁶⁵¹ Directive 2002/20/CE, *op. cit.*, art. 7 par. 3.

communications électroniques et des postes peut, après consultation publique, limiter, dans une mesure permettant d'assurer des conditions de concurrence effective, le nombre d'autorisations de les utiliser ». La limitation des autorisations et la mise en place d'une procédure de sélection particulière s'impose « *dans le cas où une situation de rareté est constatée en raison des contraintes techniques de disponibilité des fréquences* »⁶⁵². La sélection de leurs titulaires est effectuée soit par appel à candidatures, soit par une procédure d'enchères⁶⁵³.

Le fait d'appliquer aux licences de téléphonie mobile un régime *a priori* inhabituel en matière d'actes administratifs unilatéraux est lié à leur nature complexe (A). L'attribution de ces actes n'a pas pour seul objectif d'assurer l'égalité entre les opérateurs, mais s'inscrit dans une finalité plus générale : à travers l'attribution des actes l'administration régule le marché (B).

A. La nature composite des licences de téléphonie mobile

Lors de l'attribution des licences de téléphonie mobile, l'ARCEP, affectataire des fréquences⁶⁵⁴, doit satisfaire différentes finalités, liées tant à la protection du marché qu'à la meilleure exploitation du domaine public hertzien. La diversité des finalités poursuivies par l'ARCEP en la matière est liée au caractère polymorphe des licences de téléphonie mobile. D'un côté, ces actes constituent des autorisations d'occupation privative du domaine public hertzien (1). De l'autre côté, ils figurent comme condition d'exercice d'une activité économique sur des segments du marché de la téléphonie mobile importants (2).

⁶⁵² Agence nationale des fréquences, *Organisation et évolution de la gestion du spectre*, Rapport du groupe de travail du conseil d'administration de l'ANFR, mars 2008, p. 8.

⁶⁵³ La possibilité pour l'ARCEP de choisir entre ces deux mécanismes est prévue dans l'article L. 42-2, par. 3 du CPCE.

⁶⁵⁴ Sur le processus d'affectation des fréquences, v. T. PEZ, *Le domaine public hertzien. Attribution et exploitation des fréquences radioélectriques*, *op. cit.*, p. 27 s.

1. Des autorisations d'occupation privative du domaine public hertzien

S'interrogeant sur l'appartenance des ondes électromagnétiques au domaine public hertzien, le professeur Didier Truchet rattachait, dans un article de 1989, l'application du régime protecteur de la domanialité publique aux seuls biens matériels, notamment immobiliers⁶⁵⁵. Selon cette approche, les fréquences, en tant que biens immatériels, devraient être exclues de son champ d'application.

Si le professeur reconnaît la nécessité de soumettre l'utilisation des fréquences à des obligations d'intérêt général, il note qu'il n'y a point besoin que la réalisation de cette mission passe par l'application des règles de la domanialité publique. Partant du constat que cette dernière imiterait excessivement le pouvoir d'appréciation de l'administration dans la gestion de son domaine, il souligne que la police seule serait suffisante pour que l'administration puisse encadrer l'utilisation des fréquences.

Cependant, le législateur a opté pour l'intégration du spectre hertzien dans le domaine public de l'État. Or, malgré la qualification législative des licences de téléphonie mobile d'autorisations d'occupation privative du domaine public hertzien (a), celles-ci dérogent à certaines fondamentales du droit applicable aux autorisations privatives du domaine public, ce qui permettrait de les qualifier d'actes administratifs spéciaux (b).

a. Une qualification ancrée dans la loi

Le domaine public est constitué des biens qui sont affectés directement à l'usage du public ou aux besoins d'un service public et qui font l'objet d'un aménagement spécial. Les fréquences hertziennes sont considérées comme dépendances du domaine public par détermination de la loi⁶⁵⁶. Leur intégration dans le domaine public a été progressive. La loi a d'abord affirmé que l'utilisation du spectre hertzien constitue un mode

⁶⁵⁵ D. TRUCHET, « Controverse : les ondes appartiennent-elles au domaine public ? Contre », *RFDA* 1989, p. 251.

⁶⁵⁶ V. CG3P, art. L. 2124-26 et L. 2111-17 ; CPCE, L. 41-1. En outre, le Conseil constitutionnel a expressément affirmé que « l'utilisation des fréquences radioélectriques sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat ». V. Cons. const., déc. n° 2000-442 DC du 28 déc. 2000, JO 31 déc. 2000, p. 21194 ; *DA* 2001, comm. 41.

d'occupation privatif du domaine public⁶⁵⁷. Ensuite, elle a qualifié les fréquences hertziennes elles-mêmes de dépendances du domaine public⁶⁵⁸. Les licences de téléphonie mobile ouvrent l'accès à l'utilisation de ces fréquences. Techniquement, il s'agit des décisions « *attribuant des fréquences* » à l'opérateur concerné pour « *l'établissement et l'exploitation d'un réseau mobile* »⁶⁵⁹ ou, selon une autre formulation, l'autorisant « *à établir et exploiter un réseau radioélectrique (...) ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public* »⁶⁶⁰.

La qualification de l'utilisation des fréquences hertziennes de mode d'occupation privative du domaine public a pour conséquence sa soumission à un régime particulier. Alors que les principes qui régissent les utilisations collectives sont la liberté, l'égalité et la gratuité, l'occupation privative du domaine public n'est possible que si l'occupant possède une autorisation⁶⁶¹ dont l'octroi est subordonné au versement d'une redevance de sa part⁶⁶².

⁶⁵⁷ Selon l'article 22 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, tel qu'issu de l'article 10 de la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 : « l'utilisation, par les titulaires d'autorisation, de fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République, constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat ». Sur ce point, v. T. PEZ, *Le domaine public hertzien. Attribution et exploitation des fréquences radioélectriques*, op. cit., p. 20.

⁶⁵⁸ Codifié aujourd'hui à l'article 43 du CPCE, l'art. L. 97-1 de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications consacrait l'existence d'un « domaine public des fréquences radioélectriques ». En outre, l'art. L. 32, al. 5 du CPCE fait référence au « domaine public-y compris hertzien » et l'article L. 2111-17 CG3P, prévoit que « les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'État ». Pour une présentation de toutes ces fluctuations dans les textes législatifs, v. T. PEZ, *Le domaine public hertzien. Attribution et exploitation des fréquences radioélectriques*, op. cit., p. 21.

⁶⁵⁹ V. par ex. : ART, Décision n° 01-647 en date du 7 septembre 2001 attribuant des fréquences à la Société Française du Radiotéléphone pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau mobile de troisième génération ; ART, Décision n° 01-648 en date du 7 septembre 2001 attribuant des fréquences à la société Orange France pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau mobile de troisième génération (disponibles sur le site Internet de l'autorité : www.arcep.fr).

⁶⁶⁰ V. par exemple : 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 ; ARCEP, Décision n° 2010-0043 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 (4^{ème} licence 3G).

⁶⁶¹ L'exigence, en l'espèce, d'une autorisation administrative est expressément prévue dans la loi. Selon l'art. L. 2122-1 du CG3P : « nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique [...] ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous ». En ce qui concerne le spectre hertzien en particulier, l'article 41-1 dispose 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 » et 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 ».

⁶⁶² Selon l'art. L 2125-1 du CG3P : « toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance (...) ». V. également le décret n° 2007-1532 du 24 octobre 2007 relatif aux redevances d'utilisation des fréquences

Le droit de l'Union encadre considérablement la marge d'appréciation des États membres quant à la possibilité de soumettre une activité des communications électroniques à un régime d'autorisation. Dans un souci de limiter autant que possible les barrières réglementaires à l'entrée, la « directive autorisation »⁶⁶³ a supprimé la nécessité d'obtenir une autorisation individuelle de l'autorité réglementaire nationale pour opérer un réseau ou un service de communications électroniques, en réservant l'obtention des droits individuels d'utilisation à seule l'utilisation de fréquences ou de numéros⁶⁶⁴.

Par conséquent, dans les bandes où il n'y a aucune situation de rareté avérée, les autorisations sont délivrées au fil de l'eau. L'utilisation des fréquences appartenant à ces bandes est soumise tout simplement à un régime de déclaration⁶⁶⁵. Très simple dans sa mise en œuvre et peu interventionniste, cette procédure est la règle en matière d'attribution des autorisations d'utilisation de fréquences⁶⁶⁶. Ainsi, en cas de non rareté de la ressource attribuée, la marge d'appréciation de l'ARCEP est considérablement réduite. Le régulateur se limite à vérifier si le demandeur satisfait aux conditions de l'article L. 42-1 du CPCE.

Les autorisations d'occupation des fréquences hertziennes sont des actes d'utilisation d'une ressource rare. Ainsi, elles entrent dans le champ des dérogations prévues par le droit de l'Union. Ce dernier ne s'oppose pas au principe même de soumission de l'accès aux fréquences hertziennes rares à un régime d'autorisation. Il laisse également les États libres de décider des modalités de mise en concurrence suivie pour l'attribution des autorisations d'accès à ces fréquences. Or, il ne laisse aucune liberté aux États

radioélectriques dues par les titulaires d'autorisations d'utilisation de fréquences délivrées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, JORF n° 250 du 27 octobre 2007, p. 17605.

⁶⁶³ Directive 2002/20/CE, *op. cit.*s

⁶⁶⁴ En ce sens, v. A. DE STREEL et R. QUECK, « Services d'intérêt économique général et communications électroniques », in *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, J.-V. LOUIS et S. RODRIGUES (éd), Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 339 s., spéc. pp. 350-351.

⁶⁶⁵ V. l'art. L. 33-1 du CPCE.

⁶⁶⁶ La déclaration administrative préalable est une simple formalité que doit remplir l'intéressé. À la différence de l'autorisation administrative, elle ne comprend aucun contrôle *a priori* de la part de l'administration. Sur la distinction entre autorisation préalable et déclaration préalable, v. not. T. M'SAÏDIÉ, « La déclaration administrative préalable à l'exercice d'une activité », *AJDA* 2013, p. 514 s.

quant à l'appréciation de la nécessité de recourir à un processus de mise en concurrence. Celle-ci est obligatoire une fois la rareté de la ressource avérée. Toute loi nationale allant dans un sens différent serait contraire au droit de l'Union.

En tant que biens du domaine public de l'État, les ressources hertziennes sont régies par un régime de droit public composé des règles spéciales, au nombre desquelles figure notamment l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité. En outre, comme on l'a déjà souligné, en cas de rareté des fréquences, leur utilisation est subordonnée à la délivrance d'une autorisation de la part de l'administration. Cependant, l'utilisation des ressources hertziennes dont la rareté est avérée par l'ARCEP se différencie fondamentalement des autres modes d'occupation privative du domaine public, ce qui justifierait la qualification des autorisations y ouvrant l'accès d'actes administratifs particuliers.

b. Les licences de téléphonie mobile, actes dérogatoires au régime des autorisations privatives du domaine public

Les autorisations d'occupation privative du domaine public sont révocables, elles ont un caractère personnel et ne sont pas cessibles, sauf si la loi dispose autrement⁶⁶⁷. Cependant, bien qu'elles entrent dans la catégorie des autorisations d'occupation privative du domaine public, les autorisations d'utilisation des ressources hertziennes dérogent aux règles applicables à cette catégorie. Plus particulièrement, ces actes créent un véritable **droit au renouvellement** au profit de leurs titulaires et sont cessibles sous certaines conditions. Ces dérogations au régime applicable aux autorisations d'occupation privative du domaine public permettraient, comme l'affirme une partie de la doctrine⁶⁶⁸, de qualifier les autorisations d'utilisation de fréquences d'actes administratifs spéciaux.

Cette qualification se confirme dès la naissance de ces actes. Ainsi, ce n'est pas seulement parce qu'ils sont cessibles et qu'ils créent des droits acquis à l'égard de leurs bénéficiaires qu'ils pourraient être qualifiés d'actes administratifs spéciaux. Comme

⁶⁶⁷ Sur les caractères généraux de l'autorisation domaniale, v. Y GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 15^{ème} éd., LGDJ, 2014, p. 274 s.

⁶⁶⁸ En ce sens, v. T. PEZ, « Communication numérique et domaine public hertzien », in B. TEYSSIÉ (dir.), *La communication numérique, un droit, des droits*, Éditions Panthéon-Assas, décembre 2012, p. 395 s., not. p. 401.

nous l'avons déjà souligné, le caractère particulier des licences de téléphonie mobile apparaît déjà dès le stade de leur adoption, en raison de la mise en œuvre obligatoire d'un mécanisme de consultation qui permet à l'ensemble de leurs destinataires éventuels d'influer sur leur contenu.

En outre, la qualification des licences de téléphonie mobile d'actes administratifs spéciaux se confirme par une autre caractéristique desdits actes : leur attribution, étape ultime de leur adoption, doit être précédée d'une procédure de mise en concurrence. Cette obligation apparaît a priori incompatible avec la qualification de ces actes d'autorisations d'occupation privative du domaine public. Elle contraste notamment avec la liberté dont dispose l'administration dans la gestion du domaine public. Cependant, la délivrance des licences à l'issue d'une mise en concurrence des opérateurs intéressés par leur attribution s'impose notamment parce qu'elle permet d'assurer la libre et égale concurrence sur le marché. Cette obligation est liée au fait que ces actes figurent comme condition d'accès des opérateurs au marché.

2. Un moyen d'accès au marché

Afin de pouvoir exercer leur activité économique au sein d'un marché des services en réseau, les opérateurs doivent parfois accéder au préalable à des ressources rares. Issue du droit de la concurrence, la notion de ressources rares se rapproche de celle d'infrastructures essentielles sans toutefois s'y identifier. La délimitation de ces deux notions est cruciale dans la mesure où elles ne créent pas les mêmes obligations à l'égard de l'administration (a). Autorisations d'accès à des ressources rares (b), les licences de téléphonie mobile impliquent notamment, pour l'administration, un devoir de recourir à un processus de mise en concurrence adéquat permettant de choisir les opérateurs qui présentent les meilleures garanties pour l'intérêt général.

a. La distinction entre la notion de ressources rares et celle d'infrastructures essentielles

Inspirée du droit américain des concentrations économiques (droit *anti-trust* américain) et se situant à la charnière entre l'économie et le droit, la théorie des facilités

essentielle a été rapidement introduite en droit administratif français⁶⁶⁹. Sont qualifiées de facilités essentielles les installations détenues par une entreprise en position dominante, qui sont difficiles à reproduire, mais nécessaires aux concurrents de cette entreprise pour qu'ils puissent exercer leur activité économique au sein du marché concerné⁶⁷⁰. Le concept de facilités essentielles présente une nature conflictuelle⁶⁷¹. D'un côté, ces installations sont détenues par des entreprises souhaitant, naturellement, les réserver à leurs propres fins d'exploitation. De l'autre côté, leur utilisation a un caractère collectif dans la mesure où elle figure comme condition d'exercice d'une activité économique sur un marché donné. Le détenteur d'une infrastructure essentielle peut se trouver dans une situation d'abus dans deux hypothèses : soit lorsqu'il oppose au demandeur un refus injustifié d'accès à elle⁶⁷², soit lorsqu'il lui propose un prix d'accès prédateur, à savoir qui ne soit pas proportionné, équitable, orienté vers les coûts ou transparent⁶⁷³.

Pour que l'infrastructure en cause puisse être qualifiée d'essentielle, il faut qu'elle soit indispensable à la réalisation de l'activité économique de l'opérateur souhaitant y accéder et qu'il n'existe pas de « solutions alternatives économiquement raisonnables, fussent-elles moins avantageuses »⁶⁷⁴. Le coût de reproduction de la facilité doit être si

⁶⁶⁹ Sur cette notion, v. not. M. THILL-TAYARA et C. COUADOU, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », *Cont. conc. consom.* 1999, n° 5, p. 4 s. ; L. RICHER, « Le droit à la paresse ? Essential facilities. Version française », *Recueil Dalloz. Cahier des affaires*, 16 déc. 1999, p. 523 s. ; M. BAZEX, « Entre concurrence et régulation. La théorie des facilités essentielles », *RCC*, n° 119, janvier 2001, p. 37 s. ; G. CANIVET, « Le droit de la propriété confronté à la théorie des infrastructures essentielles », *Revue Lamy droit des aff.*, déc. 2006, p. 79 s. ; S. NICINSKI, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », *JCPA*, 29 octobre 2007, p. 57 s. ; F. MARTY et J. PILLOT, « L'application de la théorie des facilités essentielles dans la décision "voyages-sncf.com" : une analyse économique », *RLC*, n° 19, avril-juin 2009, p. 20 s. ; F. MARTY et J. PILLOT, « Pratiques de boycott ou refus d'accès à une facilité essentielle ? De Terminal Railroad à l'IRM d'Arcachon », *RLC*, n° 26, janvier-mars 2011, p. 17 s.

⁶⁷⁰ Sur les critères d'application de la théorie des infrastructures essentielles, v. not. Cons. conc., déc. n° 96-D- 51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance, *BOCCRF*, 8 janvier 1997, p. 3.

⁶⁷¹ En ce sens, v. M. BAZEX, « Entre concurrence et régulation. La théorie des facilités essentielles », *op. cit.*

⁶⁷² Cf. la décision et les deux arrêts cités in *Lamy droit économique*, Wolters Kluwer, 2015, art. 1170, pp. 436-437 : Cons. conc., déc. n° 98-D-77, 15 déc. 1998, *Aéroports de Paris* ; CA Paris, première ch., 8 févr. 2000, *BOCCRF*, 7 mars, p. 135 ; *LPA*, 24 juill. 2000, p. 14 ; Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-12.451, Bull. civ. IV, n° 5, *JCP G* 2004, IV, n° 1402 ; *RJDA* 2004, n° 633 ; *JCP E* 2004, n° 316.

⁶⁷³ Sur ce point, v. la décision suivante (cit. in *Lamy droit économique, ibid.*) : Cons. conc., déc. n° 07-D-28, 13 sept 2007, *Port autonome du Havre* ; *Cont. conc. consom.* 2007, comm. 276, obs. M. BAZEX ; *Cont. conc. consom.* 2007, comm. 277, obs. G. DECOCQ ; *RLC* 2008/14, n° 1001, obs. S. DESTOURS ; *RLDA* 2007/20, n° 1240, obs. C. ANADON.

⁶⁷⁴ Cass. com., 12 juill. 2005, *NMPP c. MLP*, n° 04-12.388, Bull. civ. IV, n° 163, *Rev. Lamy dr. aff.* 2005, n° 86, p. 54, obs. S. MÉAR.

élevé que l'entreprise concernée ne puisse le supporter dans des conditions économiquement viables.

Tel est le cas, par exemple, des infrastructures ferroviaires (rails de train ou gares), des installations portuaires⁶⁷⁵ ou du réseau d'accès filaire de France Télécom⁶⁷⁶. En outre, serait qualifié de facilité essentielle le parc nucléaire français⁶⁷⁷. La loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant organisation du marché de l'électricité (loi « NOME ») impose à EDF de vendre à un prix orienté vers les coûts jusqu'à 25 % de son énergie nucléaire à ses concurrents au titre du mécanisme de l'ARENH (« Accès Régulé à l'Electricité Nucléaire Historique »), pour une période allant jusqu'à 2025⁶⁷⁸. L'ouverture d'une partie du parc nucléaire à l'ensemble des fournisseurs permet aux consommateurs de « s'approvisionner sur le marché auprès des concurrents d'EDF, sans perdre le bénéfice du coût de l'électricité nucléaire »⁶⁷⁹.

Il n'existe aucun principe général permettant de transposer en droit administratif les exigences du droit de la concurrence liées à la théorie des infrastructures essentielles⁶⁸⁰. La réalisation des obligations que pose cette théorie passe notamment, en droit administratif, par l'application des règles européennes relatives à l'accès aux différents réseaux, qui sont prévues dans les directives sectorielles.

La notion de facilités essentielles se distingue de celle de ressources rares. Sont qualifiées de rares les ressources qui sont contingentées soit par nature, comme c'est le cas des fréquences hertziennes, soit par le législateur pour des raisons d'ordre public⁶⁸¹. Sont également des ressources rares les préfixes et les numéros ou blocs de numéros.

⁶⁷⁵ Cons. conc., déc. n° 07-D-28, 13 sept 2007, *Port autonome du Havre*, *op. cit.*

⁶⁷⁶ Cons. conc., déc. n° 99-MC-01 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société NC Numericable, 12 janv. 1999, *BOCCRF*, 27 avr., p. 179 ; *Contrats, conc., consom.* 1999, n° 112 ; Recueil *Lamy*, n° 779, comm. V. SÉLINSKY.

⁶⁷⁷ En ce sens, v. L. GRARD, « Les racines européennes de la nouvelle organisation française du marché de l'électricité. À propos de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », *op. cit.*, pp. 8-9.

⁶⁷⁸ V. les art. L. 336-1, L. 336-2 et L. 336-8 du code de l'énergie.

⁶⁷⁹ L. GRARD, « Les racines européennes de la nouvelle organisation française du marché de l'électricité. À propos de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », *op. cit.*, p. 9.

⁶⁸⁰ Sur ce point, v. S. NICINSKI, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », *op. cit.*, p. 57.

⁶⁸¹ En ce sens, v. J.-F. CALMETTE, *La Rareté en droit public*, éd. L'HARMATTAN, Coll. : Logiques juridiques, 2004, p. 203.

L'article 44 du CPCE impose ainsi à l'ARCEP d'attribuer ces numéros dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires aux opérateurs qui le demandent⁶⁸². La rareté des ressources a parfois pour conséquence la hiérarchisation entre leurs différents usages. Par exemple, en matière d'attribution des sillons ferroviaires, il y a des règles de préséance qui trouvent à s'appliquer lorsque le réseau est saturé⁶⁸³.

À l'instar des facilités essentielles, les ressources rares sont indispensables pour l'exercice d'une activité économique⁶⁸⁴. La distinction entre les infrastructures essentielles et les ressources rares est importante dans la mesure où c'est notamment l'accès aux secondes qui appelle l'intervention de l'administration. Plus précisément, la théorie des infrastructures essentielles ne génère des obligations qu'à l'égard des entreprises détentrices des infrastructures. Celles-ci doivent d'abord négocier librement avec les opérateurs pour déterminer les conditions d'accès aux installations. L'administration n'intervient qu'en cas d'échec des négociations. Sa marge de manœuvre est très réduite en l'espèce. L'autorité de régulation compétente peut, le cas échéant, soit enjoindre au détenteur de l'infrastructure d'y ouvrir l'accès à ses concurrents ou à modifier les tarifs d'accès pour qu'ils soient orientés vers les coûts, soit lui imposer la conclusion des contrats avec eux. La conclusion des contrats forcés doit rester l'ultime solution, la règle en la matière étant la libre détermination des conditions d'accès par les parties.

En revanche, l'intervention de l'administration est beaucoup plus importante en matière de ressources rares. Le concept de rareté appelle une intervention *a priori* de la part de l'administration. L'attribution d'une ressource « rare car contingentée »⁶⁸⁵ est ainsi toujours effectuée par voie d'autorisation administrative. Le procédé de l'autorisation administrative est très adapté à ce type de situations car il permet aux pouvoirs publics de gérer la rareté. Les licences de téléphonie mobile sont un exemple caractéristique d'autorisations d'accès à des ressources rares en matière de régulation.

⁶⁸² Aux fins d'assurer l'équité entre les candidats, l'ARCEP a attribué le 16 septembre 1997 les premiers préfixes téléphoniques par tirage au sort.

⁶⁸³ V. le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, JORF n°57 du 8 mars 2003, p. 4063, art. 22.

⁶⁸⁴ Sur cette notion, v. not. P.-A. JEANNENEY et M. CHICHPORTICH, « Les ressources rares », *op. cit.* ; J.-F. CALMETTE, *La Rareté en droit public*, préc.

⁶⁸⁵ J. CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 57.

b. Les licences de téléphonie mobile, autorisations d'accès à des ressources rares

Autorisations d'accès à des ressources rares, les licences de téléphonie mobile sont attribuées selon des procédures particulières qui s'inspirent du droit de la commande publique sans toutefois s'identifier à celui-ci. Leur attribution doit être menée dans des conditions transparentes et non-discriminatoires. L'examen de la procédure d'attribution de ces actes révèle le rôle central de l'ensemble des opérateurs lors de l'adoption des actes individuels de régulation.

Lorsqu'il y a plusieurs opérateurs souhaitant accéder à une ressource rare, l'administration est tenue d'opérer un **choix**. Étant donné que les ressources auxquelles donne accès l'autorisation sont limitées, mais en même temps indispensables pour l'exercice d'une activité concurrentielle, son attribution figure à elle-même comme une modalité de régulation : la délivrance de l'autorisation à un seul opérateur exclut les autres de la même activité, ce qui influe sur la situation générale d'exercice de la concurrence sur le marché. Cela impose que l'autorisation soit attribuée après mise en concurrence de tous les opérateurs intéressés.

Si l'attribution des fréquences est opérée à travers une autorisation administrative, cet instrument classique du droit administratif permettant de gérer au mieux la rareté de la ressource hertzienne, elle doit en même temps être menée dans le respect des préoccupations concurrentielles qui se superposent à la forme spécifique de l'outil utilisé. **L'administration ne peut pas invoquer le caractère unilatéral de l'acte employé pour échapper à son obligation de mettre en concurrence les différents opérateurs intéressés par l'attribution des fréquences.**

La délivrance d'une licence à un opérateur donné équivaut à l'octroi, à son profit, d'un avantage dans la concurrence. L'attribution des autorisations s'offre d'ailleurs comme une modalité de construction d'un nouveau marché. Par exemple, la naissance du marché des services mobiles à haut débit en France a été rendue possible grâce à la délivrance des licences 3G. Leurs attributaires initiaux se sont pratiquement vu octroyer le droit de créer un nouveau marché, celui des services mobiles à haut débit, et non pas d'exercer leur activité au sein d'un marché existant. En ce sens, ces licences sont des

autorisation *pour* le marché⁶⁸⁶. Ainsi, alors que le CPCE laisse à l'ARCEP le soin de décider de l'opportunité de limiter le nombre d'autorisations et de l'organisation d'une procédure d'attribution⁶⁸⁷, tant la limitation des licences que le recours à un processus de mise en concurrence s'imposent en cas de rareté des fréquences. Dans cette dernière hypothèse, les opérateurs économiques, destinataires potentiels des autorisations d'utilisation de fréquences, acquièrent une place particulière au sein du mécanisme d'adoption de ces actes. Si le recueil des remarques des opérateurs économiques lors des processus consultatifs menés en vue de l'élaboration des autorisations s'offre comme une première modalité d'atténuation du procédé unilatéral, l'assouplissement de ce dernier se poursuit au stade de leur attribution. Cette dernière est loin d'être un simple processus permettant le choix des candidats les plus performants. Elle figure à elle-même comme une modalité de régulation.

B. Le choix du mode d'attribution des licences de téléphonie mobile, une modalité de régulation du marché

La mise en concurrence en matière d'actes individuels de régulation diffère fondamentalement de celle menée à propos des marchés publics. Lorsque l'administration organise une procédure d'attribution d'une licence de téléphonie mobile, elle assure une fonction régulatrice du marché. La mise en concurrence menée en l'espèce a pour objet l'attribution d'une autorisation indispensable *pour* l'accès à un marché : l'administration ne met pas en concurrence des entreprises qui se trouvent déjà en situation concurrentielle, comme c'est le cas des candidats à un marché public, mais des opérateurs intéressés à participer à un marché qui est en germe et dont le nombre d'acteurs est préétabli en fonction du nombre d'autorisations délivrées.

Comme on l'a déjà souligné, lorsque les ressources sont limitées, et qu'il y a plusieurs opérateurs qui souhaitent y accéder, l'administration est tenue d'opérer un choix entre eux. Elle se retrouve, dans cette hypothèse, dans l'obligation de mettre en concurrence les candidats potentiels. Or, si l'administration ne dispose, en l'espèce, d'aucune marge

⁶⁸⁶ Sur la distinction entre la concurrence *pour* le marché et la concurrence *dans* le marché, v. M. MOUGEOT, F. NAEGELEN, « La concurrence pour le marché », *Revue d'économie politique*, 2005/6, vol. 115, p. 739 s.

⁶⁸⁷ V. l'art. 42-2 CPCE.

de manœuvre quant à l'appréciation de l'opportunité de recourir ou non à un processus de mise en concurrence aux fins d'attribuer une autorisation d'accès aux ressources concernées, elle reste libre quant au choix des modalités d'attribution de cet acte. Elle peut à cet effet choisir entre le mécanisme d'enchères et celui de soumission comparative. Chacun de ces processus est fondé sur des critères d'attribution différents. Le choix de tel ou tel mode d'attribution est commandé par la politique de régulation que souhaite mettre en œuvre l'administration à chaque fois. Il permet notamment à l'administration d'établir une hiérarchie parmi les différents objectifs de régulation.

Dans le cadre des enchères, le prix est le critère d'attribution principal, voire le seul critère⁶⁸⁸. En revanche, celui-ci n'est qu'un critère parmi les autres dans l'hypothèse où l'administration a recours au mécanisme de soumission comparative pour attribuer une autorisation⁶⁸⁹. En outre, chacun de ces deux modes d'attribution est animé par une logique différente. Les enchères répondent à une logique moins interventionniste. Leur emploi témoigne de la confiance de l'administration dans les forces du marché, vu que le montant de la redevance que devra acquitter le titulaire de la licence est déterminé, en l'espèce, par les opérateurs eux-mêmes. En revanche, lorsque l'administration met en place une procédure de soumission comparative, elle conserve une large marge de manœuvre dans le choix de l'attributaire et peut faire prévaloir des critères non principalement économiques. Les enchères satisfont plutôt à des impératifs économiques, dès lors qu'elles permettent à l'administration d'extraire rapidement le plus grand profit de l'exploitation du domaine public (1). Or, la fonction de régulation, telle que conçue en France, est mieux assurée par le processus de soumission comparative qui laisse une large marge de manœuvre à l'administration et réside dans le mélange entre différents critères, tant économiques que non-économiques (2).

⁶⁸⁸ Sur le mécanisme d'enchères, v. not. : E. COHEN, M. MOUGEOT, *Enchères et gestion publique*, Rapport du Conseil d'Analyse Économique, La documentation française, Paris, 2001 ; M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Droit et économie de la régulation*, vol. 2 : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, op. cit., p. 79 s.

⁶⁸⁹ Pour un panorama des processus adoptés pour l'attribution des licences du spectre hertzien en Europe, v. P.-H. MORAND, F. NAEGELEN, « L'attribution des licences hertziennes », *Revue française d'économie*, vol. 16, n° 1, 2001, p. 215 s.

1. Les enchères, un mécanisme empreint des considérations économiques

L'article 114 de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a introduit une nouvelle disposition à l'article L. 42-2 du CPCE, selon laquelle, en cas de rareté des fréquences, les titulaires des licences d'exploitation des fréquences hertziennes peuvent être sélectionnés par une procédure d'enchères. En vertu de cet article, le ministre chargé des communications électroniques peut désormais « (...) prévoir que le ou l'un des critères de sélection est constitué par le montant de la redevance que les candidats s'engagent à verser si la fréquence ou la bande de fréquences leur sont assignées ».

Les économistes insistent sur le caractère transparent et l'efficacité de la procédure d'enchères⁶⁹⁰. Ces dernières correspondent plutôt à une logique propriétaire du domaine public. Elles impliquent la fixation du prix par le marché et l'attribution de la licence au « plus disant ». L'application de cette procédure en matière d'attribution des licences d'utilisation des fréquences hertziennes permettrait à l'État de tirer le plus grand profit de l'exploitation de son domaine.

Les enchères répondent à un objectif d'efficacité économique et reflètent une conception libérale de régulation du marché (a). Cependant, impliquant la fixation du prix par les opérateurs et non pas par l'administration, elles paraissent *a priori* incompatibles avec le caractère unilatéral de l'autorisation (b).

a. Un mécanisme d'attribution libéral

L'attribution d'une autorisation d'occupation du domaine public selon un processus d'enchères repose sur l'idée que le droit d'occupation privative d'une dépendance du domaine public pendant une durée déterminée constitue un élément d'actif, acquis pour un prix non remboursable et incontestable proposé par les opérateurs eux-mêmes et fondé sur leurs profits espérés⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ En ce sens, v. E. COHEN, M. MOUGEOT, *Enchères et gestion publique*, op. cit.

⁶⁹¹ En ce sens, v. CE, Rapport public pour 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE n° 53, La documentation française, 2002, p. 382.

Le mécanisme d'enchères permet d'assurer le respect de la transparence dans la mesure où l'administration ne bénéficie en la matière d'aucun pouvoir discrétionnaire dans le choix de l'attributaire. Elle est tenue de choisir le « plus disant ». Si elle conserve d'une certaine marge d'appréciation dans ce mécanisme, celle-ci se limite à l'établissement du cahier des charges annexé à l'autorisation qui définit les obligations pesant sur le titulaire.

En outre, les enchères conduisent à ce que les opérateurs annoncent les profits qu'ils espèrent acquérir par l'octroi de la licence, ce qui conduit à la réduction de l'asymétrie d'informations⁶⁹². Le rôle des opérateurs dans le cadre de la procédure d'enchères est particulièrement important dans la mesure où c'est eux qui déterminent le montant de la licence. Les opérateurs s'érigent dans cette hypothèse en co-acteurs de la régulation, dès lors qu'ils contribuent à ce que soit estimé le potentiel du marché et la rentabilité des services correspondants.

La première application des enchères en France a eu lieu en matière d'attribution des licences 4G dans les bandes de 2,6 GHz et 800 MHz⁶⁹³. Cependant, l'ARCEP n'a pas opté, en l'espèce, pour un processus d'enchères « pures ». Elle a décidé de recourir à un mécanisme d'enchères combinatoires à un tour sous plis fermés. Impliquant que les enchérisseurs ne puissent pas accéder aux offres de leurs concurrents, le mécanisme d'enchères sous plis fermés contribue à éviter le risque de collusion entre les candidats. À la différence des enchères « pures », les enchères combinatoires permettent de mener l'attribution de la licence selon plusieurs critères, parmi lesquels doit néanmoins figurer le prix. Les enchères combinatoires se rapprochent ainsi de la soumission comparative.

⁶⁹² Le Conseil d'État insiste sur cette fonction des enchères. Dans une étude consacrée aux redevances pour occupation du domaine public, il affirme d'une manière générale « *que la puissance publique ne connaît pas les coûts des entreprises : elle doit donc les mettre en concurrence grâce à un mécanisme qui les conduise à révéler ces coûts* » (CE, Section du rapport et des études, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, La documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 29 nov. 2002, p. 67, nous soulignons). Le recours à un processus de mise en concurrence semble ainsi s'imposer lors de l'attribution des licences ouvrant l'accès à des marchés régulés, ceux-ci étant dominés par une asymétrie d'informations entre les régulateurs et les opérateurs. Après avoir révélé l'importance de la mise en concurrence pour la réduction de l'asymétrie d'informations, le Conseil d'État souligne que le mécanisme d'enchères est plus efficace de ce point de vue que la soumission comparative, qui repose sur des critères qualitatifs. Or, il constate finalement que le mécanisme d'enchères est difficile à concilier avec les règles de la domanialité publique.

⁶⁹³ Sur la procédure d'attribution des licences dans ces bandes de fréquences, v. : http://www.arcep.fr/uploads/tx_arcepcahier/048_Encheres_01.pdf.

Le choix de la méthode de l'Autorité en la matière a été guidé par trois objectifs : l'aménagement numérique du territoire, le renforcement de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile et la valorisation du domaine public de l'État⁶⁹⁴. À cet effet, la notation des candidats a été fondée tant sur le montant qu'ils proposaient pour l'attribution des fréquences disponibles que sur leur engagement d'accueillir des opérateurs mobiles virtuels (MVNO)⁶⁹⁵ et de respecter des objectifs de couverture départementale⁶⁹⁶.

Les fréquences appartenant à la bande 800 MHz sont qualifiées de « fréquences en or » dans la mesure où elles présentent des caractéristiques particulièrement avantageuses pour leurs titulaires : elles pénètrent mieux à l'intérieur des immeubles, et leur propagation dans les zones à faible population est plus efficace parce qu'elle nécessite moins d'antennes relais. La procédure d'attribution des autorisations d'exploitation de ces fréquences s'est déroulée en trois temps et s'y sont portées candidates quatre sociétés : Bouygues Telecom, Free Fréquences (détenue par Iliad et Free Mobile), Orange France et SFR.

L'ARCEP a d'abord examiné la recevabilité des dossiers pour confirmer si chaque candidature respectait les conditions de forme requises par l'appel à candidatures. Ensuite, elle a procédé à la phase de la qualification des candidats. Afin de pouvoir passer cette étape, les entreprises candidates devaient satisfaire aux conditions de l'article L.42-1 du CPCE⁶⁹⁷ et ne pas exercer, directement ou indirectement, une

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ En ce sens, v. ARCEP, Déc. 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, disponible sur : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/11-0598.pdf. Venant de l'anglais, l'expression « MVNO » (« Mobile Virtual Network Operator ») désigne les opérateurs de réseau mobile virtuels, à savoir ceux qui, ne possédant pas de concession de spectre de fréquences ni d'infrastructure de réseau propres, concluent des accords avec les opérateurs possédant un réseau mobile, également connus sous le sigle « MNO », issu de l'anglais « Mobile Network Operator ». Sur ces termes, v. CAA Versailles, ch. 7, 11 juin 2015, *Société AT&T Global Network Services France SAS*, n° 13VE03645, *inéd.*

⁶⁹⁶ V. ARCEP, Déc. 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, publiée sur : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/11-0600.pdf.

⁶⁹⁷ Cet article prévoit que l'ARCEP ne peut refuser une autorisation d'utilisation de fréquences que pour l'un des quatre motifs suivants : « 1° La sauvegarde de l'ordre public, les besoins de la défense nationale ou de la sécurité publique ; 2° La bonne utilisation des fréquences ; 3° L'incapacité technique

influence déterminante sur tout autre candidat à la procédure ni subir une influence déterminante d'une personne physique ou morale. Ayant validé toutes les candidatures au regard de ces conditions, l'ARCEP a ensuite vérifié les engagements des candidats de respecter les obligations d'ordre individuel, celles-ci étant fixées dans l'appel à candidatures. Ces engagements ont été rattachés à l'autorisation de chaque titulaire. Finalement, le régulateur a contrôlé si les entreprises candidates respectaient les obligations prévues par la section II de l'article L. 33-1 du CPCE.⁶⁹⁸

Après validation de toutes les candidatures au regard des exigences de ce stade, l'ARCEP a procédé à l'étape finale, à savoir celle de sélection. Ce dernier stade comprend l'évaluation des offres présentées par les candidats. La procédure de sélection a abouti à la délivrance d'une autorisation aux sociétés Bouygues Telecom, Orange France et SFR. La candidature de la société Free Mobile n'a pas été retenue. Or, dans un souci de favoriser le développement de la concurrence sur le marché des services 4G, l'ARCEP a prévu la possibilité pour la société *Free*, titulaire déjà à l'époque d'une autorisation dans la bande 2,6 GHz⁶⁹⁹, de bénéficier d'une prestation d'accueil en itinérance auprès de la société *SFR*, titulaire de deux blocs de fréquences. Cependant, la société *Free* n'a finalement pas profité de cette possibilité en raison des coûts très élevés que comportait pour l'opérateur l'itinérance sur le réseau 4G. L'opérateur s'est limité à conclure un contrat d'itinérance sur les réseaux 2G et 3G avec la société *Orange*⁷⁰⁰. Le déploiement de ses services 4G est effectué grâce aux investissements

ou financière du demandeur à faire face durablement aux obligations résultant des conditions d'exercice de son activité ; 4° La condamnation du demandeur à l'une des sanctions mentionnées aux articles L. 36-11, L. 39, L. 39-1 et L. 39-4 ».

⁶⁹⁸ Cet article oblige les opérateurs réalisant un chiffre d'affaires annuel sur le marché des communications électroniques supérieur à un seuil fixé par arrêté des ministres chargés des communications électroniques et de l'économie, d'individualiser, sur le plan comptable, l'activité déclarée. En outre, il impose aux opérateurs qui se trouvent dans une situation de monopole ou de position dominante au sein d'un marché autre que celui des communications électroniques d'individualiser cette activité sur le plan juridique.

⁶⁹⁹ ARCEP, Déc. n° 2011-1169 en date du 11 octobre 2011 autorisant la société Free Mobile à utiliser des fréquences dans la bande 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public (disponible sur : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/11-1169.pdf).

⁷⁰⁰ Depuis 2015, il se pose la question de la révision ou de la suppression de ce contrat d'itinérance, notamment après la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (« loi Macron », JORF n°0181 du 7 août 2015, p. 13537, texte n° 1) qui a attribué à l'ARCEP la compétence de demander aux titulaires d'une licence d'exploitation des fréquences la modification de leurs contrats de partage de réseaux mobiles pour des raisons liées au respect des objectifs de régulation,

dans les infrastructures (antennes relais) entrepris par l'opérateur et en vertu des licences dont il dispose dans la bande 2,6 GHz⁷⁰¹ et de 1800 MHz⁷⁰².

Le véritable essor des services d'Internet mobile à très haut débit viendra grâce à la délivrance des autorisations permettant l'utilisation des blocs de la bande de fréquences 700 MHz⁷⁰³, réalisée par l'ARCEP par quatre décisions en date du 8 décembre 2015⁷⁰⁴. L'occupation des fréquences de la bande 700 MHz s'avère cruciale pour les opérateurs, parce que celles-ci présentent divers avantages techniques, permettent le déploiement des services Internet 4G et pourront être utilisées dans le futur pour le développement des services 5G⁷⁰⁵.

Or, l'attribution des licences dans la bande 700 MHz est notamment importante pour une autre raison : elle a permis à l'ARCEP d'appliquer pour la première fois un mécanisme d'enchères « pures ». Si les enchères « pures » constituent le processus d'attribution le moins interventionniste et présentent le mérite d'être transparentes car elles ne laissent pas de marge de manœuvre à l'administration, elles sont difficiles à concilier avec le caractère unilatéral des licences. Lorsque l'attribution d'une licence

tels que définis à l'article L. 32-1 du CPCE. La suppression éventuelle de ce contrat permettrait de renforcer les investissements dans les infrastructures. Sur ce point, v. *infra*, p. 522 s.

⁷⁰¹ ARCEP, Déc. n° 2011-1169, *op. cit.*

⁷⁰² ARCEP, Déc. n° 2014-1542 en date du 16 décembre 2014 autorisant la société Free Mobile à utiliser des fréquences dans la bande 1800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public (disponible sur : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/14-1542.pdf). Par cette décision, l'ARCEP a attribué à la société *Free* 5 MHz sur la bande de 1800 MHz. En outre, par sa décision n° 2015-1080 modifiant la décision n° 2014-1542 précitée, l'ARCEP a attribué à *Free* 10 MHz duplex supplémentaires sur la même bande de 1800 MHz, qui pourraient être utilisés pour le déploiement de ses services 4G (déc. disponible sur : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/15-1080.pdf).

⁷⁰³ Ces fréquences sont surnommées « fréquences en or », à l'instar de celles de la bande 800 MHz, en raison de leurs avantages techniques.

⁷⁰⁴ V. ARCEP, Décisions n° 2015-1566, 2015-1567, 2015-1568, 2015-1269 en date du 8 décembre 2015 autorisant respectivement les sociétés Bouygues Telecom, Free Mobile, Orange et SFR à utiliser des fréquences dans la bande 700 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public.

⁷⁰⁵ À la différence de ses concurrents, *Free* n'a pas pu acquérir une autorisation qui lui permettrait d'utiliser des fréquences appartenant à la bande 800 MHz, qui servent au déploiement des services 4G. Cependant, à l'issue du processus d'attribution des fréquences dans la bande 800 MHz, l'ARCEP, a permis à *Free*, dans un souci de renforcer la concurrence au sein du marché de la téléphonie mobile, de conclure un contrat d'itinérance avec la société *SFR*, possibilité que l'opérateur n'a finalement jamais pu mettre en œuvre parce que l'itinérance en matière de réseau 4G s'est avérée être extrêmement coûteuse. Or, en matière d'attribution des fréquences dans la bande 700 MHz, l'ARCEP a décidé de ne prévoir aucun dispositif particulier au profit de la société *Free*. Elle ne lui a donné aucune possibilité d'itinérance sur le réseau de ses concurrents ni lui a réservé de blocs de fréquences. La société *Free* a finalement réussi à obtenir deux blocs de fréquences dans la bande 700 MHz, ce qui devrait renforcer la concurrence au sein du marché des services 4G.

est effectuée selon ce mécanisme, le montant de la redevance est fixé par les opérateurs eux-mêmes, et non pas par l'administration. Le processus d'enchères paraît ainsi *a priori* incompatible avec le caractère unilatéral de l'autorisation administrative, qui implique la non-intervention de ses destinataires dans la fixation de ses conditions d'édiction et, notamment, du montant de la redevance requise pour son attribution.

La fixation de la redevance due pour la délivrance d'une licence par ses destinataires éventuels participe à l'atténuation du procédé unilatéral. L'opérateur qui offre le montant le plus élevé fixe *in fine* une condition de délivrance de l'autorisation. Or, comment l'acte pourrait-il être qualifié d'acte administratif unilatéral si son octroi est soumis à une condition fixée par son destinataire ?

b. Une conciliation difficile avec le caractère unilatéral des autorisations

Le Conseil d'État révélait, dans son rapport intitulé « collectivités publiques et concurrence », l'incompatibilité du mécanisme d'enchères avec les articles L. 30 et L. 33 du Code du domaine de l'État qui imposaient la fixation administrative des prix de locations et concessions relatives au domaine national et prévoyaient la possibilité pour l'administration de réviser les conditions financières des autorisations à l'issue de la période fixée pour le paiement de la redevance⁷⁰⁶. Or, comme on l'a déjà noté, ces articles ont été abrogés⁷⁰⁷. Il n'y a ainsi actuellement aucune règle imposant que la redevance due pour la délivrance d'une autorisation d'occupation domaniale soit fixée par l'administration.

Il convient d'établir, en l'espèce, une distinction entre la compétence pour adopter la licence et le pouvoir de fixation du montant la redevance due pour sa délivrance. Seul le second est confié au marché. La décision d'attribuer ou non la licence appartient à l'administration seule. Avant de délivrer la licence, l'administration est tenue de vérifier si l'offre du « plus disant » respecte le droit de la domanialité publique et si

⁷⁰⁶ CE, Rapport public pour 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, *op. cit.*, p. 382.

⁷⁰⁷ L'abrogation de l'article 30 était prévue par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du CG3P. Or, cette ordonnance conditionnait l'abrogation à la publication de la partie réglementaire du CG3P. Le décret correspondant a été pris le 22 novembre 2011 (décret n° 2011-1612, JORF n°0272 du 24 novembre 2011, p. 19708).

L'attribution de l'acte à celui-ci est conforme au droit de la concurrence. Si elle constate que le montant de la redevance ou l'attribution de l'acte ne satisfont pas à ces exigences, elle peut refuser sa délivrance au « plus disant ». Or, ce dernier pourrait dans ce cas s'adresser au juge administratif pour obtenir réparation du dommage subi du fait de la non-obtention de la licence.

La décision de l'administration de recourir à une procédure d'enchères aux fins d'attribuer une autorisation d'utilisation de fréquences ne modifie en rien l'application, en l'espèce, des règles de la domanialité publique. La redevance proposée par le vainqueur des enchères doit ainsi refléter l'avantage retiré par l'occupant du domaine. Cela permet de supposer que l'administration puisse refuser la licence au plus disant si le montant de la redevance qu'il est apte à verser est inférieur à cet avantage. Cependant, cette hypothèse serait rare, étant donné que, même lorsqu'une licence est attribuée suite à une procédure d'enchères, il revient toujours au ministre de fixer le seuil au-dessous duquel l'autorisation d'utilisation de fréquences n'est pas attribuée⁷⁰⁸. L'administration maintient ainsi, dans ce cas, la possibilité d'intervenir en quelque sorte dans la fixation de la redevance due pour la licence. Cette possibilité offerte par la loi encadre considérablement la marge de manœuvre de l'administration lorsqu'elle décide de recourir à un processus d'enchères « pures » aux fins d'attribuer une licence. Dans cette hypothèse, si l'administration n'a pas fixé un seuil « minimum », il nous paraît difficile d'admettre qu'elle puisse refuser l'attribution de la licence au plus disant, sous peine de voir sa responsabilité engagée.

La seule hypothèse où l'administration serait pleinement justifiée à ne pas attribuer la licence au « plus disant » serait celle où l'attribution aurait pour effet de le placer dans une situation d'abus de position dominante automatique. Ainsi, même dans le cas des enchères fondées exclusivement sur le prix, il ne peut pas être exclu que l'administration n'octroie finalement pas la licence au « plus disant » pour des raisons liées au respect du droit de la concurrence. L'intégration de ce dernier dans la légalité administrative impose un devoir de vigilance à l'administration lorsqu'elle édicte des actes administratifs. L'administration est tenue de prévoir les effets anticoncurrentiels

⁷⁰⁸ Sur ce point, v. l'art. L. 42-2, al. 6 du CPCE.

que pourrait avoir l'attribution d'une licence, même si celle-ci est organisée selon une procédure d'enchères, et de ne pas délivrer l'acte lorsque sa délivrance serait constitutive d'une violation du droit de la concurrence.

Le principe selon lequel la redevance doit refléter l'avantage retiré par le bénéficiaire a deux conséquences : celle de son versement périodique en fonction des avantages procurés à l'occupant du domaine et celle du caractère révisable de la redevance. Les enchères semblent *a priori* incompatibles avec ces deux exigences, dès lors que la redevance versée par le vainqueur à l'issue de cette procédure est forfaitaire et qu'elle ne peut être révisée ni remboursée.

La question du paiement anticipé des redevances n'est pas propre aux enchères⁷⁰⁹. Les avantages retirés de l'exploitation du domaine public de l'État évoluent en fonction de l'activité du titulaire. La redevance versée pour son occupation doit ainsi être modifiée périodiquement pour s'adapter aux évolutions du revenu de l'occupant du domaine.

L'article L. 2125-4 du CG3P limite la possibilité de paiement anticipé des redevances aux occupations n'excédant pas les 5 ans. Or, l'article L. 42-2 du CPCE prévoit la possibilité de déroger à cette règle pour les redevances entrant dans son champ d'application, à savoir pour celles qui sont versées en contrepartie de la délivrance d'une autorisation d'exploitation des fréquences dont le nombre est limité. En cas de rareté des fréquences l'ARCEP peut ainsi prévoir un paiement anticipé de la redevance, indépendamment de la procédure suivie⁷¹⁰.

La question de la révision du montant des redevances est réglée, de son côté, en application des règles générales du droit administratif. À l'instar de la question précédente, elle n'est pas spécifique aux enchères⁷¹¹. Selon le Conseil d'État, cette

⁷⁰⁹ T. PEZ, *Le domaine public hertzien. Attribution et exploitation des fréquences radioélectriques*, op. cit, p. 81.

⁷¹⁰ Dans un souci de s'assurer que la redevance due pour l'occupation du domaine public reflète l'intégralité des avantages procurés à son titulaire, l'ARCEP a recours, en principe, à un système mixte de fixation de son montant : ce dernier est composé d'une part fixe (droit d'entrée) et d'une part variable, en fonction du chiffre d'affaires annuel de l'opérateur correspondant à l'activité concernée. Tel a été, par exemple, le système suivi en matière de licences de téléphonie mobile de troisième génération.

⁷¹¹ T. PEZ, *Le domaine public hertzien. Attribution et exploitation des fréquences radioélectriques*, op. cit, p. 82.

révision équivaut au retrait de la licence accordée⁷¹². Cette assimilation pose un obstacle à l'administration lorsqu'elle souhaite modifier la redevance. Comme on l'a déjà souligné, les actes d'exploitation des fréquences font naître des droits au profit de leurs titulaires, ce qui exclut leur retrait. Si le retrait est impossible, la modification de la redevance, assimilée au retrait, reste également impossible. Le montant très élevé acquitté par les opérateurs qui se voient attribuer une licence à une procédure d'enchères « pures » justifie d'autant plus la naissance à leur profit des droits acquis au maintien de l'acte. **La décision de l'administration de recourir à un mécanisme d'enchères s'analyserait ainsi en un abandon volontaire de son pouvoir de modification unilatérale du montant de la redevance due par le titulaire.**

Le mécanisme d'enchères « pures » est ainsi difficile à concilier avec le caractère unilatéral que revêtent les autorisations d'exploitation des fréquences. En outre, il se heurte au principe d'égalité. Les licences de téléphonie mobile sont des autorisations *pour* le marché. Elles sont revendiquées par des opérateurs qui se trouvent tous dans la même position : ils souhaitent accéder à un marché qui n'est pas encore créé. Étant donné qu'ils sont dans une situation identique, ils doivent être traités de la même manière. Plus précisément, l'administration doit faire en sorte qu'ils versent le même montant pour une même licence. Cependant, la mise aux enchères de plusieurs autorisations et l'attribution de celles-ci uniquement en fonction du montant proposé par les opérateurs pourrait conduire à ce que chaque autorisation soit délivrée à un prix différent, sans que cette différenciation puisse être justifiée par des raisons objectives.

Des développements précédents, il s'ensuit que le mécanisme d'enchères n'est pas très adapté au droit public français. Cela permet d'expliquer la réticence du gouvernement français à mettre en œuvre ce processus pour attribuer les licences de téléphonie mobile de troisième génération. Si la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a permis à l'administration de recourir aux enchères fondées exclusivement sur le prix⁷¹³, il nous paraît que le mécanisme d'enchères « pures », mis en œuvre pour la première fois en France dans le cadre de l'attribution des autorisations d'exploitation des

⁷¹² En ce sens, v. CE, 12 décembre 1923, *Peysson*, Rec. p. 826 ; CE, Sect., 22 décembre 1989, *Chambre de commerce et d'industrie du Var*, Rec. p. 268, cit. in T. PEZ, *ibid.*

⁷¹³ V. l'art. 42-2 du CPCE, tel que modifié par l'art. 114 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008, JORF n°0181 du 5 août 2008, p. 12471.

fréquences dans la bande 700 MHz, ne sera utilisé que très marginalement par l'ARCEP. **L'autre option offerte à l'Autorité, la soumission comparative, correspond plus au système de régulation, tel que conçu en France dans la mesure où il permet au régulateur d'établir une hiérarchie entre des objectifs économiques et non économiques et de l'imposer à l'attributaire de la licence.** En sus de servir de processus d'attribution, la soumission comparative devient ainsi **un moyen de régulation** du marché émergent.

2. La soumission comparative, un processus plus adapté à la fonction de régulation

La soumission comparative correspond mieux à la régulation telle que conçue en France, dans la mesure où elle permet à l'administration de fonder l'attribution de la licence à des critères qualitatifs et de s'assurer ainsi que les exigences du service public sont respectées. Lorsque l'administration met en place une procédure de soumission comparative, la licence est délivrée au « mieux disant ».

Le recours à ce mécanisme est préférable lorsque le régulateur peut prévoir plus aisément les évolutions technologiques et économiques et établir ainsi la rente estimée par l'usage du spectre hertzien⁷¹⁴. Cette procédure lui permet de bénéficier d'une large marge d'appréciation dans le choix de l'attributaire de la licence. La marge d'appréciation du régulateur est conditionnée au degré de précision des critères d'attribution. Son pouvoir discrétionnaire est d'autant plus large que ces derniers sont formulés de manière trop générale. Tel fut le cas de certains critères utilisés dans l'appel à candidatures lancé par l'ARCEP pour l'attribution de la quatrième licence 3G⁷¹⁵. La large marge de manœuvre dont bénéficie le régulateur dans le cadre du processus de soumission comparative est un facteur qui met en doute la transparence de ce mécanisme.

⁷¹⁴ En ce sens, v. E. COHEN, M. MOUGEOT, *Enchères et gestion publique, op. cit.*, p. 146.

⁷¹⁵ Par exemple, l'Autorité a prévu en l'espèce un critère relatif à la « *crédibilité du projet* » ou à « *la faisabilité économique de la proposition ou ses effets sur l'industrie* ». Sur les critères choisis pour l'attribution de la quatrième licence UMTS et leur pondération, v. ARCEP, *Critères de sélection pour le 4^{ème} appel à candidatures UMTS*, extraits des annexes de la décision de l'ARCEP n° 2009-0610 du 16 juillet 2009 : <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/dossiers/umts/criteres-selection-4eme3G.pdf>.

Le succès d'une procédure de soumission comparative repose largement sur la **crédibilité des engagements** formulés par les opérateurs lors de la phase de sélection. Le régulateur intervient dans cette hypothèse à deux niveaux : d'abord *a priori* pour évaluer les engagements, et ensuite *a posteriori* pour assurer leur respect. La pondération des différents critères dans l'appel permet à l'autorité de régulation chargée de conduire la procédure d'attribution d'imposer aux opérateurs sa propre conception du marché. Ce n'est pas seulement *via* la fixation des différents critères qu'elle peut réguler le marché, mais également à travers leur hiérarchisation.

L'obligation pesant sur l'administration de mettre en concurrence les opérateurs intéressés par l'attribution d'une autorisation d'accès à une ressource rare, comme c'est le cas des fréquences hertziennes, s'appuie directement sur les règles contenues dans les directives sectorielles et se justifie par des raisons liées à la régulation du marché. À côté de ces sources directes de l'obligation de mise en concurrence, il convient d'examiner une source indirecte : le droit de la concurrence.

§ 2. Le droit de la concurrence, source indirecte de l'obligation

La mise en concurrence et le droit de la concurrence ne se recoupent pas⁷¹⁶. La mise en concurrence a un caractère procédural. En matière de gestion domaniale, elle recouvre l'obligation pesant sur l'administration d'adopter une procédure qui lui permette d'ouvrir l'accès au domaine public aux opérateurs qui présentent les meilleures garanties pour l'intérêt général. En revanche, le droit de la concurrence est composé des règles principalement substantielles qui visent à assurer le libre fonctionnement de la concurrence entre les différents opérateurs qui exercent une activité économique sur un marché donné.

L'attribution des licences de téléphonie mobile est marquée par le croisement des exigences de la régulation avec celles liées à la mise en concurrence et au droit de la concurrence. Lorsque l'administration délivre un tel acte, elle ne se comporte pas

⁷¹⁶ Sur cette distinction, v. not. A. LOUVARIS, « Biens publics et concurrence : bref inventaire des fruits d'une union de raison », Mélanges Fatôme, Dalloz, 2011, p. 289.

comme opérateur économique, mais comme autorité publique. Par conséquent, le droit de la concurrence n'est pas directement applicable à cette activité. Or, il lui reste opposable.

La mise en concurrence constitue, en l'espèce, *un moyen* permettant à l'administration de faire en sorte que l'attribution de la licence ne conduise pas son titulaire à méconnaître le droit de la concurrence. Elle sert à garantir le respect de ce dernier.

Ainsi, si l'attribution des licences de téléphonie mobile n'est pas une activité économique (A), elle est confrontée au droit de la concurrence (B), dont le respect implique que ce processus se déroule selon un mécanisme de mise en concurrence.

A. L'attribution des licences de téléphonie mobile, une activité non-économique

La procédure d'attribution des licences UMTS n'est pas harmonisée en droit de l'Union européenne. Ce dernier impose seulement aux États de « *veiller à ce que l'attribution du spectre et l'octroi des autorisations d'utilisation de fréquences soient fondés sur des critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés* »⁷¹⁷. La politique des États relative aux fréquences n'a été harmonisée que dans le domaine du dividende numérique. Celui-ci comprend les fréquences libérées suite au passage de la télévision analogique à la télévision numérique⁷¹⁸. Ces fréquences ont été redistribuées en particulier pour le déploiement des services mobiles Internet à très haut débit. Le Parlement européen et le Conseil ont demandé aux États membres de l'Union, par une décision du 14 mars 2012⁷¹⁹, de mettre en œuvre un processus d'autorisation afin de permettre l'utilisation de la bande 800 MHz pour des services de communications électroniques. À l'instar des autres pays européens, la France a utilisé cette bande pour le développement du réseau 4G⁷²⁰.

⁷¹⁷ Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, *op. cit.*, art. 9, par. 1.

⁷¹⁸ V. la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, *op. cit.*, art. 21 ; P. ACHILLEAS, Un an de régulation du marché des communications électroniques, *Commun. comm. élect.*, n° 2, février 2011, chron. 2, par. 2.

⁷¹⁹ Décision no 243/2012/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 établissant un programme pluriannuel en matière de politique du spectre radioélectrique, JO L 81 du 21.3.2012, pp. 7-17.

⁷²⁰ L'ARCEP a délivré, à cet effet, plusieurs autorisations d'utilisation de fréquences de cette bande en 2012. V. ARCEP, Décisions n° 2012-0037, n° 2012-0038 et n° 2012-0039 autorisant respectivement les

En droit de l'Union, la question de l'attribution des fréquences relève du principe de subsidiarité. Consacré à l'article 5 du Traité sur l'Union européenne, ce principe limite la possibilité d'intervention de l'Union dans les matières qui ne ressortissent pas à sa compétence exclusive. Une telle intervention n'est possible que si les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'aux niveaux régional et local, alors qu'ils peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union européenne⁷²¹. Ainsi, dans le cadre des compétences non exclusives de l'Union, c'est le principe de subsidiarité qui définit les conditions dans lesquelles son action est prioritaire par rapport à celle des États membres.

Le principe de subsidiarité est crucial pour le fonctionnement de l'Union dans la mesure où il joue un rôle de fil conducteur dans le processus de prise de décision au niveau européen⁷²². Il permet notamment que les décisions européennes soient prises le plus près possible des citoyens et compose, avec les principes d'attribution et de proportionnalité, le socle commun des principes applicables au processus décisionnel dans l'Union européenne.

Dans l'affaire *T-Mobile Austria GmbH et a. c/ Autriche*, le juge de l'Union a reconnu que l'octroi des licences de téléphonie mobile constitue une condition indispensable à l'accès des opérateurs économiques au marché de la téléphonie mobile⁷²³. Or, il a affirmé en même temps que cette activité ne faisait pas participer l'autorité compétente

sociétés Bouygues Telecom, la société Orange France la Société Française du Radiotéléphone à utiliser des fréquences dans la bande 800 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, disponibles sur le lien suivant : http://www.arcep.fr/index.php?id=9971&no_cache=1.

⁷²¹ F. CHALTIEL-TERRAL, « Le principe de subsidiarité après Lisbonne », *LPA* 2013, n° 89, p. 4.

⁷²² La mise en œuvre du principe de subsidiarité par les institutions de l'Union est encadrée par le protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le traité de Lisbonne a renforcé le rôle des parlements nationaux en matière de contrôle du respect du principe de subsidiarité. Ceux-ci sont en mesure d'exercer un droit d'opposition lors de l'élaboration des projets législatifs en renvoyant la proposition législative devant la Commission ou, par l'intermédiaire de leur État membre, de contester un acte législatif devant la Cour de justice de l'Union s'ils estiment que le projet ou l'acte en question violent, le cas échéant, le principe de subsidiarité (sur ce point, v. le protocole n° 2 préc.).

⁷²³ CJCE, GC, 26 juin 2007, *T-Mobile Austria GmbH et a. c/ Autriche*, aff. C-284/04 : *RJEP*, n° 649, janvier 2008, comm. 3, p. 13, note L. VALLÉE.

au marché concerné et qu'elle ne présentait pas, par conséquent, de caractère économique.

La Cour de justice de l'Union fut appelée à se prononcer, en l'espèce, sur la nature de l'activité exercée par la «TCK»⁷²⁴, autorité de régulation des communications électroniques en Autriche, consistant à accorder, par voie de mise aux enchères, des droits d'utilisation portant sur certaines fréquences du spectre électromagnétique à des opérateurs économiques pour une durée déterminée. L'identification de la nature économique ou non de cette activité était indispensable pour déterminer si elle était soumise à la TVA. La sixième directive « TVA »⁷²⁵ qualifie d'« activités économiques » celles de « producteur, de commerçant ou de prestataire de services, et notamment les opérations comportant l'exploitation d'un bien corporel ou incorporel en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence »⁷²⁶.

Selon la jurisprudence, dès que la facturation d'une prestation soumise à la TVA contient uniquement un prix global sans indiquer la TVA, le montant de celle-ci est calculé « en dedans »⁷²⁷. Dans ce cas, même si le montant n'est pas expressément mentionné sur la facture, il est réputé avoir été facturé. La déduction de la TVA n'est possible dans cette hypothèse qu'après obtention par les opérateurs concernés d'une facture rectificative mentionnant expressément son montant.

L'autorité autrichienne réclamait en l'espèce auprès des opérateurs une redevance composée d'un prix global, sans mention de la TVA. Ceux-ci demandaient ainsi une facture rectificative comportant le montant de la TVA pour pouvoir le déduire de la redevance due. Leur satisfaction dépendait de la question de savoir si l'attribution des

⁷²⁴ « Telekom Control Kommission » (en français : « Commission de contrôle des télécommunications »).

⁷²⁵ Sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme, JOCE, n° L 145 du 13/06/1977, pp. 1-40.

⁷²⁶ *Ibid.*, art. 4, par. 2.

⁷²⁷ Selon la jurisprudence du Conseil d'État : « Lorsqu'un assujetti réalise une affaire moyennant un prix convenu qui ne mentionne aucune taxe sur la valeur ajoutée, dans des conditions qui ne font pas apparaître que les parties seraient convenues d'ajouter au prix stipulé un supplément de prix égal à la taxe sur la valeur ajoutée applicable à l'opération, la taxe due au titre de cette affaire doit être assise sur une somme égale au prix stipulé, diminué du montant de ladite taxe ». V. CE, 14 décembre 1979, *Comité de propagande de la banane*, req. n° 11798 ; *Dr. fisc.* 1980, n° 15, comm. 869, concl. B. MARTIN-LAPRADE ; *RJF* 2/80, n° 99 et p. 42, chron. J.-F. VERNY ; CE, 28 juillet 1993, *SA Mitsukoshi France*, Rec. p. 242 ; *Dr. fisc.* 1993, n°45, comm. 2153 ; *CPE* 1993, p. 1063 ; *RJF* 8-9/1993, n°1140, concl. O. FOUQUET, p 631

licences pouvait être qualifiée d'opération qu'un assujetti accomplit dans le cadre de son activité économique, le droit de l'Union soumettant seul ce type d'opération à la TVA⁷²⁸.

Le juge de l'Union refuse de ranger automatiquement la régulation dans la catégorie des activités non économiques. Il n'exclut pas qu'une activité de régulation puisse être qualifiée en même temps d'activité économique au sens de la sixième directive « TVA », de sorte que l'autorité chargée de l'assurer puisse être considérée comme un assujetti pour cette activité.

Une telle appréciation laisse supposer que la régulation comporte éventuellement certaines missions qui peuvent ne pas être considérées comme relevant « typiquement des prérogatives de puissance publique », et présentent ainsi un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du Traité⁷²⁹.

⁷²⁸ Selon la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977 (préc.), art. 4 § 1 et 2 : « 1. Est considéré comme assujetti quiconque accomplit, d'une façon indépendante et quel qu'en soit le lieu, une des activités économiques mentionnées au paragraphe 2, **quels que soient les buts ou les résultats de cette activité**. 2. Les activités économiques visées au paragraphe 1 sont toutes les activités de producteur, de commerçant ou de prestataire de services, y compris les activités extractives, agricoles et celles des professions libérales ou assimilées. Est notamment considérée comme activité économique une opération comportant **l'exploitation d'un bien corporel ou incorporel en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence** » (nous soulignons).

⁷²⁹ D'une manière générale, la Cour qualifie d'activité économique « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné » (CJCE, 16 juin 1987, *Commission/Italie*, aff. 118/85, Rec. p. 2599, pt 7 ; CJCE, 18 juin 1998, *Commission/Italie*, C-35/96, Rec. p. I-3851, pt 36 ; CJCE, 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. p. I-8089, pt 19). Sur la notion d'activité économique en droit de l'Union, v. également CJCE, 23 avr. 1991, *Höfner c/ Macrotron GmbH*, aff. C-41/90, Rec. p. I-1979 ; *AJDA* 1992, p. 253, chron. J.-D. COMBREXELLE, E. HONORAT et C. SOULARD ; *RDSS* 1991, p. 515, obs. X. PRÉTOT, *RTD com.* 1991, p. 512 et p. 524, obs. C. BOLZE ; *RTD eur.* 1993, p. 81, chron. E. TRAVERSA ; *ibid.* 1995, p. 859, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT. La Cour adopte notamment une définition négative de la notion d'activité économique. Échappent à cette qualification les activités qui impliquent l'exercice des prérogatives typiquement de puissance publique ou qui correspondent à des fonctions exclusivement sociales. Sur la première catégorie d'activités, v. : CJCE, 19 janv. 1994, *SAT et Eurocontrol*, aff. C-364/92, Rec. p. I-43 ; *D.* 1995, p. 33, note G. LHUILIER ; *Europe* 1994, comm. 114, obs. L. IDOT ; *RMC* 1995, p. 50, note L. VOGEL ; *RAE* 1994, p. 175, obs. J.-B. BLAISE et C. ROBIN ; CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl c/ Servizi ecologici porto di Genova SpA*, aff. C-343/95, Rec. p. I-1547 (not. pt 23) ; *AJDA* 1997, p. 772, étude H. CHAVRIER, E. HONORAT et G. DE BERGUES ; *RTD eur.* 1997, p. 459, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT ; *ibid.*, p. 629, chron. C. LONDON. Sur les activités correspondant à des fonctions exclusivement sociales, v. : CJCE, 17 févr. 1993, *Poucet, Pistre c/ AGF c/ CANCAVA*, aff. C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637 ; *D.*, 1993, p. 277, obs. X. PRÉTOT ; *Dr. soc.* 1993, p. 488, note P. LAIGRE, *ibid.*, p. 494, obs. J.-J. DUPEYROUX ; *RDSS* 1993, p. 310, obs. G. VACHET ; *ibid.*, p. 554, note P. CHENILLET ; *RTD com.* 1993, p. 429, obs. C. BOLZE ; *ibid.* 1994, p. 645, étude G. LHUILIER ; *RTD eur.* 1995, p. 39, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT. Une définition positive de l'activité économique serait néanmoins à rechercher dans la jurisprudence *Höfner*. Dans cette dernière, le juge de l'Union a qualifié d'économique toute activité « susceptible d'être exercée par une entreprise privée recherchant un but lucratif ». Dans le

La Cour a considéré que la délivrance d'une licence UMTS ne devait pas être regardée comme exploitation d'un bien. Elle a rattaché cette activité aux prérogatives étatiques de contrôle et de réglementation de l'utilisation du spectre électromagnétique. Réfutant le caractère économique de l'attribution des licences UMTS, elle a souligné que celle-ci vise à assurer une utilisation rationnelle du spectre hertzien, à prévenir le brouillage avec les systèmes de télécommunications par radio et les autres systèmes techniques spatiaux ou terrestres et à permettre la gestion efficace des fréquences.

Selon la Cour, le fait que les opérateurs ont la possibilité de céder leurs droits d'utilisation est sans importance en l'espèce, dès lors qu'« *un tel transfert, outre qu'il reste soumis au contrôle de l'autorité réglementaire nationale responsable de l'assignation des fréquences, conformément à l'article 9, paragraphe 4, de la directive 2002/21, ne saurait s'apparenter à la délivrance d'une autorisation par les pouvoirs publics* »⁷³⁰. En outre, la soumission de la délivrance des licences de téléphonie mobile au paiement d'une redevance ne modifie pas la qualification juridique de cette activité.

La seule activité qui présente un caractère économique est celle des titulaires des licences, qui exploitent les fréquences hertziennes et en retirent des recettes ayant un caractère de permanence.

La Cour n'a pas suivi Mme J. Kokott, avocat général sur l'affaire, qui estimait que l'attribution des licences était bien une activité économique. L'avocat général notait que l'octroi des fréquences contre le versement d'une redevance constituerait une modalité d'exploitation d'un bien pour en retirer des recettes présentant un caractère de permanence⁷³¹. Or, malgré cette qualification, elle proposait d'exonérer l'opération litigieuse de la taxe sur la valeur ajoutée, en faisant application de l'article 4 par. 5 de la sixième directive « TVA », qui prévoit une telle exonération pour les activités

même sens, v. G. TESAURO, concl. sur CJCE, 17 fév. 1993, *Poucet et Pistre*, aff. joint. C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-658, pt 8.

⁷³⁰ CJCE, GC, 26 juin 2007, *T-Mobile Austria GmbH et a. c/ Autriche*, op. cit., pt 37.

⁷³¹ J. KOKOTT, concl. sur CJCE, GC, 26 juin 2007, *T-Mobile Austria GmbH et a. c/ Autriche*, Rec. p. I-05189.

qu’accomplissent les États en tant qu’autorités publiques⁷³². L’avocat général a ainsi opéré une distinction entre la notion d’activité économique au sens du droit de la concurrence et celle pouvant ressortir de la directive, considérant que la première est plus étroite que la seconde. Cette différenciation s’expliquerait, selon Mme Kokott, par le fait que la directive prévoyait l’application d’un dispositif particulier aux États lorsqu’ils agissent en tant qu’autorités publiques. À la différence de son avocat général, la Cour n’a réservé aucun traitement à part aux opérations soumises à la TVA par rapport aux autres activités économiques. Elle s’est fondée en l’espèce sur les critères ordinaires de qualification d’une opération d’activité économique, refusant de faire de la directive une nouvelle source de définition de cette notion.

Or, si le juge de l’Union admet que l’attribution d’une autorisation fait partie des fonctions régaliennes des États membres, il considère également que l’exercice de ces fonctions n’exclut pas la prise en compte des données d’ordre économique dans le cadre de la gestion patrimoniale d’une ressource publique rare, telle que les fréquences composant le domaine public hertzien⁷³³. Il affirme le double rôle des États membres en la matière consistant la fois à réguler le secteur des communications électroniques et à gérer le domaine public hertzien.

Or, si l’attribution des licences de téléphonie mobile ne présente pas de caractère économique et ne peut pas, par conséquent être directement soumise au droit de la concurrence, elle doit toutefois respecter ce droit. Le Tribunal a considéré dans l’affaire *Aéroports de Paris c/ Commission* que même si la mise à disposition, par *Aéroports de Paris*, des installations aéroportuaires n’était pas une activité économique à elle-même pour se voir appliquer directement le droit de la concurrence, elle devait respecter ledit droit, dans la mesure où elle concourait à l’exécution de prestations de nature économique fournies par *Aéroport de Paris* et participait ainsi à son activité

⁷³² Selon cet article : « les États, les régions, les départements, les communes et les autres organismes de droit public ne sont pas considérés comme des assujettis pour les activités ou opérations qu’ils accomplissent **en tant qu’autorités publiques**, même lorsque, à l’occasion de ces activités ou opérations, ils perçoivent des droits, redevances, cotisations ou rétributions » (nous soulignons).

⁷³³ En ce sens, v. TPICE, 4 juillet 2007, *Bouygues SA et Bouygues Télécom SA contre Commission des Communautés européennes*, aff. T-475/04., Rec. p. II-02097, pt 104 ; LPA, 25 février 2008, n° 40, p. 10, note B. BILLA et J.-F. CALMETTE ; *Gaz. du Pal.*, 10 janvier 2008, n° 10, p. 8, note T. JANSSENS et P. JERÔME. *Concurrences* 2007, n°4, p. 106, chr. C. GIOLITO ; *Europe* 2007, n° 8, p. 24, note L. IDOT.

économique⁷³⁴. L'attribution des licences de téléphonie mobile répond à la même logique. Si elle n'est pas une activité économique, elle doit être envisagée sous l'angle des effets qu'elle pourrait avoir sur le fonctionnement de la concurrence.

L'attribution d'une licence de téléphonie mobile sans mise en concurrence préalable des opérateurs engendrerait un abus de position dominante automatique. Si le droit de la concurrence ne s'identifie pas à la mise en concurrence, cette dernière devient en l'espèce le seul moyen pour garantir le respect du premier.

B. L'attribution des licences de téléphonie mobile, une activité confrontée au respect du droit de la concurrence

Lorsqu'une autorisation d'occupation du domaine public est nécessaire pour l'exercice d'une activité économique et ne fait pas l'objet d'une procédure d'attribution menée selon des critères objectifs, transparents et non discriminatoires, sa délivrance s'analyse comme un octroi d'un droit exclusif ou spécial au sens du droit de la concurrence⁷³⁵.

Le droit de l'Union définit les droits exclusifs comme « *des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif, qui lui réservent le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné* »⁷³⁶. Ces droits sont conférés à leurs bénéficiaires directement, c'est-à-dire sans aucune procédure préalable de publicité ou de mise en concurrence. En outre, constituent des droits spéciaux les « *droits accordés par un État membre à un*

⁷³⁴ TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris/Commission*, aff. T-128/98, Rec. p. II-3929, pts 120 et 121.

⁷³⁵ Sur la distinction entre droits exclusifs et droits spéciaux, v. CJCE, 19 mars 1991, *République française contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-202/88, Rec. p. I-01223. Sur la notion de droits spéciaux, v. CJCE, 17 nov. 1992, *Espagne c/Commission*, aff. C-271, Rec. p. I-5833, concl. F.-G. JACOBS ; CJCE, 12 déc. 1996, *The Queen et British Telecom*, aff. C-302/94, concl. G. TESAURO, Rec. p. I-6417 ; CJCE, 25 oct. 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. p. I-08089. Sur la notion de droits exclusifs, v. CJCE, *Corbeau*, 19 mai 1993, aff. C-320/91, Rec. p. I-02533 ; CJCE, 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff. C-219/97, Rec. p. I-06121 ; CJCE, *Brentjens*, aff. jointes C-115/97 à C-117/97, Rec. p. I-06025 ; CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov*, aff. jointes C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-06451.

⁷³⁶ Directive 2006/111/CE de la Commission 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, JOUE, L. 318/17, 17 nov. 2006, art. 2 (f). L'identification d'un droit exclusif ou spécial est cruciale, dans la mesure où la directive impose aux entreprises privées et publiques qui bénéficient des droits spéciaux ou exclusifs de tenir des comptes séparés pour les produits ou les services afférents à ces droits et pour les autres produits ou services qui entrent dans leur champ d'activité.

*nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui, sur un territoire donné, **limite** à deux ou plus le nombre de ces entreprises, autorisées à fournir un service ou à exercer une activité, **selon des critères qui ne sont pas objectifs**, proportionnels et non discriminatoires ou **désigne, selon de tels critères**, plusieurs entreprises concurrentes, comme autorisées à fournir un service ou exercer une activité ou **confère** à une ou plusieurs entreprises, **selon de tels critères**, des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes »⁷³⁷. Le point commun entre un droit exclusif et un droit spécial réside dans le fait que tous les deux sont attribués selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires.*

Il s'ensuit, *a contrario*, que la soumission d'un titre d'occupation domaniale à une procédure d'attribution aboutissant à une sélection selon des critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires conduit à ce que le droit d'occupation du domaine public conféré à l'occupant ne puisse pas entrer dans la catégorie des droits exclusifs ou spéciaux. De la combinaison des articles 102 et 106 TFUE, il s'ensuit que les États membres ne doivent pas placer les entreprises auxquelles ils accordent des droits exclusifs ou spéciaux dans une situation qui les conduirait nécessairement à commettre un abus de position dominante. Pour le droit de l'Union, il ne suffit pas que les opérateurs concernés s'abstiennent des pratiques nuisibles au fonctionnement de la concurrence sur le marché. Celui-ci impose également aux autorités publiques de prévenir les pratiques anticoncurrentielles lorsqu'elles exercent leurs compétences. Le droit de la concurrence est opposable à l'administration lorsqu'elle décide d'accorder un droit exclusif ou spécial⁷³⁸.

Dans la mesure où l'attribution d'un droit exclusif ou spécial crée une situation dérogatoire aux règles de concurrence, elle doit trouver des justifications adéquates. Le droit de l'Union prévoit deux séries de justifications en la matière : les droits exclusifs ou spéciaux ne peuvent être accordés qu'à des organismes chargés d'accomplir une

⁷³⁷ Directive 2006/111/CE, *op. cit.*, art. 2 (g).

⁷³⁸ En ce sens, v. CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International BV contre Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, aff. C-67/96, Rec. I-05751.

mission de SIEG et que s'ils sont nécessaires à la réalisation de cette mission⁷³⁹. Sinon, ils doivent répondre à une raison impérieuse d'intérêt général⁷⁴⁰. Dans cette hypothèse, il faut que les restrictions aux règles de libre concurrence, de libre prestation de services, de liberté d'établissement et de libre circulation des marchandises apportées par le droit exclusif ou spécial soient appropriées pour réaliser l'objectif visé et qu'elles n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

La notion de droits exclusifs ou spéciaux est liée à celle de position dominante. L'attribution de ces droits conduit en principe à mettre leur bénéficiaire en situation de position dominante⁷⁴¹. Comme on l'a déjà souligné, le fait d'être en position dominante n'est pas interdit en soi. C'est l'abus de position dominante qui est sanctionné. Lorsque l'État agit comme autorité normative, il doit faire en sorte que ses actes ne conduisent pas à placer les entreprises en situation d'abuser automatiquement de la position dominante qu'ils leur confèrent ou laquelle ces entreprises détiennent déjà⁷⁴².

⁷³⁹ Sur ce point, v. S. NICINSKI, *Droit public des affaires, op. cit.*, pp. 133-142.

⁷⁴⁰ Selon l'art. 4 de la directive « services » (préc.), seraient qualifiées ainsi les raisons « reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services et des travailleurs, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle ». Sur la notion de raisons impérieuses d'intérêt général, v. V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTD eur.*, avril 1998, n° 2, p. 191 s. ; du même auteur, « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », in E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : In varietate concordiam*, Bruxelles, Bruylant/Larcier, 2013, p. 205 s. ; D. MARTIN, « "Discriminations", "Entraves" et "Raisons impérieuses" dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité (première partie) », *cah. dr. europ.* 1998, p. 261 ; B. BERTRAND « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général », *Europe*, janv. 2012, p. 6. V. également, à titre d'exemple, les arrêts suivants, cités par S. NICINSKI, in *Droit public des affaires, op. cit.*, pp. 136-137 : CJCE, 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, op cit. ; CJCE, 25 juillet 1991, *Commission c/ Royaume des Pays-Bas (Mediawet)*, aff. C- 353/89, Rec. p. I-04069 ; TPI, 8 juill. 1999, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV*, aff. T-266/97, Rec. p. II-02329 ; CJCE (grande chambre), 6 mars 2007, *Procédures pénales contre Massimiliano Placanica (C-338/04), Christian Palazzese (C-359/04) et Angelo Sorricchio (C-360/04)*, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Rec. p. I-01891.

⁷⁴¹ En ce sens, v. Cons. conc., 20 juill. 1999, décis. n° 99-D-51 relative à des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de l'énergie (Climespace), *BOCCRF*, n° 20 du 11 décembre 1999 : *Con. Conc. Cons.*, 1^{er} févr. 2000, n° 2, p. 12, note M. MALAURIE-VIGNAL. V. également : *Cons. conc.*, 31 déc. 2003, avis n° 03-A-21 relatif à la position de la Mutualité fonction publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics *BOCCRF*, n° 4 du 26 avril 2005.

⁷⁴² Pour la première application de la théorie de l'abus de position dominante automatique par la Cour, v. : CJCE, 10 déc. 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA contre Siderurgica Gabrielli SpA*, aff. C-179/90, Rec. p. I-05889 ; Sur cette théorie, v. égal. : CJCE, 12 fév. 1998, *Silvano Raso*, aff. C-163/96, Rec. p. 533 ; CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, aff. C-209/98, Rec. p. 3743, pt 82 ; CJCE, 17 mai 2001, *TNT Traco Spa*, aff. C-340/99, Rec. p. 4109, p. 47. Le Conseil d'État se réfère

Appliquée en matière de gestion domaniale⁷⁴³, la théorie de l'abus de position dominante automatique encadre le pouvoir d'appréciation du gestionnaire d'une dépendance du domaine public.

Ce dernier peut placer les opérateurs économiques dans une situation d'abus automatique dans deux cas. Le premier comprend l'hypothèse où la dépendance domaniale peut recevoir plusieurs opérateurs, mais le gestionnaire décide d'en réserver l'occupation à un nombre restreint d'opérateurs, voire à un seul. La seconde hypothèse concerne le cas où la dépendance domaniale peut recevoir un nombre limité d'opérateurs, mais le gestionnaire accorde juste une seule autorisation ou moins d'autorisations que le nombre d'opérateurs que pourrait supporter le domaine public⁷⁴⁴.

Les licences de téléphonie mobile sont à la fois des actes conférant un avantage concurrentiel à leurs bénéficiaires et des autorisations d'occupation privative du domaine public. Cette nature composite justifie leur soumission à un régime complexe : elles doivent respecter non seulement les règles du droit de la concurrence, mais aussi le droit de la domanialité publique. Le fait d'obliger l'administration à organiser un processus de mise en concurrence aux fins d'attribuer une autorisation d'occupation du domaine public hertzien se heurterait à la liberté générale dont elle bénéficie en matière d'attribution des titres d'occupation domaniale. Il convient ainsi de s'interroger sur la conciliation entre l'obligation de mise en concurrence et les règles de la domanialité publique.

expressément à cette notion dans les arrêts suivants : CE, 29 juill. 2002, *Société Cegedim*, Rec. p. 280 ; *CJEG* 2003, p. 16, concl. C. MAUGÛE ; *AJDA* 2002, p. 1072, note S. NICINSKI ; *DA* 2002, n°11, p. 13, note M. BAZEX et S. BLAZY ; *DA* 2002, p. 901, obs. G. GONZALEZ ; CE, 23 mai 2012, *RATP*, n° 348909, *AJDA* 2012, p. 1037 ; *JCPA* 2013, n° 3, p. 33, note H. PAULIAT ; *RJEP* 2012, p. 20 ; *Cont. March. publ.* 2012, rep. 8, obs. F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; *RJEP* 2012, n° 701, p. 20, comm. M. UBAUD-BÉRGERON ; *RDI* 2012, p. 566, note N. FOULQUIER ; *AJDA* 2012, p. 1129, trib. S. BRACONNIER ; *ibid.*, p. 1146, chron. *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation*, note E. GLASER ; *Contrats et Marchés publ.* 2012, comm. 258, note S. ZIANI ; *AJCT* 2012, p. 445, obs. A.-S. JUILLES.

⁷⁴³ Sur ce point, v. CE, Sect., 26 mars 1999, *Sté EDA, Sté Hertz France et autres*, Rec. p. 96 ; *AJDA* 1999, p. 427, concl. J.-H. STAHL, note M. BAZEX ; *RFDA* 1999, p. 977, note D. POUYAUD ; *RDP* 1999, p. 1545, note S. MANSON ; *RDP* 2000, p. 353, obs. C. GUETTIER, *D.* 2000, p. 204, note J.-P. MARKUS.

⁷⁴⁴ Ces hypothèses sont envisagées par C. VAUTROT-SCHWARZ, in « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *AJDA*, 30 mars 2009, p. 568 s., spéc. p. 570.

Section 2. Une obligation difficilement conciliable avec les règles de la domanialité publique

Les autorisations d'utilisation de fréquences hertziennes sont des titres d'occupation domaniale particuliers, car elles figurent comme une condition de création d'un nouveau marché. L'administration se voit ainsi sa marge d'appréciation se réduire considérablement en l'espèce. Elle est obligée de mener l'attribution de ces actes selon un processus de mise en concurrence permettant la participation de tous les opérateurs intéressés. Cependant, la qualification des licences de téléphonie mobile d'autorisations d'occupation privative du domaine public devrait avoir pour effet que l'administration soit entièrement libre quant au choix de leur titulaire.

Comment concilier l'obligation de mise en concurrence avec la liberté dont bénéficie l'administration dans l'administration du domaine public ? Si l'on se rattache à l'affirmation du Conseil d'État dans l'arrêt *Jean Bouin*, il faudrait n'admettre aucune dérogation à la liberté de l'administration dans la gestion du domaine public⁷⁴⁵. Or, comme on l'a déjà affirmé, les licences de téléphonie mobile ne sont pas seulement de titres d'occupation domaniale. Elles sont également des actes de régulation et peuvent avoir des effets importants sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché⁷⁴⁶. Soutenir que l'administration devait rester tout à fait libre dans leur attribution équivaudrait à admettre que l'une composante de leur nature, celle liée à leur qualification d'autorisations d'occupation privative du domaine public l'emporte sur l'autre, celle rattachée à leur finalité de régulation. Au lieu d'envisager les deux expressions de la nature des licences de téléphonie mobile en termes d'antithèse, il conviendrait de les traiter comme parties constitutives d'un acte unique. L'obligation pesant sur l'administration de mettre en concurrence les opérateurs intéressés par l'attribution de ces actes ne devrait pas être appréhendée comme une limitation de leur liberté dans la gestion du domaine public, mais plutôt comme une

⁷⁴⁵ CE, sect., 3 déc. 2010, *Ass. Paris Jean Bouin*, req. n° 338272-338527, Rec. p. 472, *BJCP* 2011, n°74, p. 36, concl. N. ESCAUT ; *AJDA* 2010, p. 2343 ; C. CHAMARD-HEIM, F. MELLERAY, R. NOGUELLOU, P. YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 2^e édition, Dalloz, 2015, n° 51, p. 501, note R. NOGUELLOU ; *AJDA* 2011, p. 18, étude S. NICINSKI et E. GLASER ; *Contrats marchés publ.* 2011, comm. n° 25, note G. ECKERT ; *DA* 2011, comm. n° 17, note F. BRENET et F. MELLERAY ; *RDI* 2011, p. 162, note S. BRACONNIER et R. NOGUELLOU.

⁷⁴⁶ En ce sens, v. H. LEGAL, « L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques », *AJDA* 2007, p. 949.

dérogation à celle-ci (§ 1). Le recours à un mécanisme de mise en concurrence permet d'ailleurs d'assurer la réalisation des finalités propres au droit de la domanialité publique, ce qui confirme leur complémentarité (§ 2).

§ 1. Une dérogation à la liberté de l'administration dans la gestion du domaine public

Le Conseil d'État affirme, dans l'arrêt *Jean Bouin*⁷⁴⁷, que l'administration n'est pas tenue de soumettre les autorisations ou les contrats d'occupation domaniale à une procédure préalable de publicité et, le cas échéant, de mise en concurrence⁷⁴⁸. La qualification des licences de téléphonie mobile d'autorisations d'occupation privative du domaine public devrait ainsi, *primo facie*, exempter l'ARCEP de toute obligation de mise en concurrence.

Dans un souci de consolider la liberté de l'administration dans l'octroi des titres d'occupation domaniale, la haute juridiction administrative note qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'un titre d'occupation domaniale, « (...) même si l'occupant du domaine public est un opérateur sur le marché concurrentiel »⁷⁴⁹. Cependant, il nous paraît que, dans cette dernière hypothèse, plusieurs éléments militent en faveur de la reconnaissance d'une telle obligation à l'égard de l'administration. Clairement affirmée dans la jurisprudence (A), la liberté de l'administration dans la gestion du domaine public doit être encadrée en cas d'autorisations domaniales demandées par des opérateurs qui souhaitent exercer leur activité économique au sein d'un marché régulé (B).

⁷⁴⁷ CE, sect., 3 déc. 2010, *Ass. Paris Jean Bouin*, *op. cit.*

⁷⁴⁸ Selon le Conseil d'État : « si, dans le silence des textes, l'autorité gestionnaire du domaine peut mettre en œuvre une procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence, afin de susciter des offres concurrentes, en l'absence de tout texte l'imposant et de toute décision de cette autorité de soumettre sa décision à une procédure préalable, **l'absence d'une telle procédure n'entache pas d'irrégularité une autorisation ou une convention d'occupation d'une dépendance du domaine public** » (nous soulignons).

⁷⁴⁹ CE, sect., 3 déc. 2010, *Ass. Paris Jean Bouin*, *op. cit.*

A. Une liberté clairement affirmée

S'interrogeant sur la possibilité d'importer les exigences issues de la théorie des infrastructures essentielles en droit administratif, le professeur Sophie Nicinski note qu'une telle démarche « *pourrait venir contredire une conception ancestrale de la gestion du domaine public* » consistant en la liberté de l'administration dans le choix des modalités relatives à son occupation⁷⁵⁰.

En droit français, il n'y a aucun principe ni règle soumettant l'octroi des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence⁷⁵¹. L'absence, dans le code général de la propriété des personnes publiques, de toute disposition en la matière est due à deux raisons.

D'un côté, comme le soulignent les commentateurs de ce code, il n'appartient pas à celui-ci de rappeler que des règles émanant d'autres législations (marchés publics, règles de concurrence) sont applicables⁷⁵². Le renvoi, à chaque fois, à d'autres législations, conduirait à l'extension du champ d'application du code à l'infini.

De l'autre côté, l'édiction d'une règle générale imposant le recours à une procédure de mise en concurrence avant l'attribution d'un titre d'occupation domaniale risquerait de conduire à des incohérences dès lors qu'elle ne tiendrait pas compte de la diversité des occupations domaniales. Dans certains cas, la mise en concurrence n'aurait pas de sens compte tenu de l'activité concernée. Pour reprendre un exemple classique, il serait inutile de faire précéder d'une mise en concurrence l'autorisation délivrée à un cafetier pour l'installation des chaises sur le trottoir devant son café, celui-ci étant, par essence, le seul intéressé par l'attribution de cet acte⁷⁵³.

⁷⁵⁰ S. NICINSKI, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », *op. cit.*, p. 57.

⁷⁵¹ *Ibid.*

⁷⁵² C. MAUGÜE et G. BACHELIER, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1073, cité par S. NICINSKI, *in* « Faut-il soumettre la délivrance des titres du domaine public à une procédure de mise en concurrence », *Mél. Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 373 s. spéc., p. 377.

⁷⁵³ Sur cet exemple, v. C. VAUTROT-SCHWARZ, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *Cont. et March. publ.*, n° 12, déc. 2012, ét. 8, pt 44, S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres du domaine public à une procédure de mise en concurrence », *op. cit.*, p. 382 ; C. MAUGÜE et G. BACHELIER, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *op. cit.*, p. 1084 ; A. LE MIÈRE

La solution de l'arrêt *Jean Bouin* a été confirmée par le Conseil d'État par sa décision *RATP* du 23 mai 2012⁷⁵⁴. Dans cet arrêt, la haute juridiction administrative réaffirme la liberté de l'administration dans la gestion du domaine public. En outre, elle établit une distinction nette entre les exigences issues du droit de la concurrence et celles liées à la liberté du commerce et de l'industrie du point de vue de leur impact sur les choix opérés par les autorités administratives lorsqu'elles gèrent le domaine public.

Le Conseil d'État considère que la décision de délivrer ou non une autorisation domaniale « *n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie* »⁷⁵⁵. Systématisant le contenu de cette liberté, le juge administratif note qu'elle postule que les personnes publiques ne soumettent pas l'exercice d'une activité économique à des restrictions injustifiées par l'intérêt général et disproportionnées à l'objectif poursuivi⁷⁵⁶. En outre, elle implique que l'administration s'abstienne de toute activité susceptible de concurrencer l'initiative privée⁷⁵⁷, sauf s'il y a carence ou insuffisance de cette dernière⁷⁵⁸. Dans un souci de consolider la liberté de l'administration dans l'attribution des titres d'occupation domaniale, le Conseil d'État note que cette activité est insusceptible de porter atteinte, par elle-même, à la liberté du commerce et de l'industrie⁷⁵⁹. Le juge refuse de voir dans cette dernière une obligation quelconque de l'administration de promouvoir le jeu de la concurrence entre les opérateurs intéressés par l'occupation de son domaine.

Le juge envisage les exigences liées au respect du droit de la concurrence séparément par rapport à celles posées par la liberté du commerce et de l'industrie. Il rappelle que

et D. HASDAY, « Attribution des autorisations d'occupation du domaine public : cadre juridique et mise en concurrence », *CP-ACCP*, mai 2005, p. 53 s. spéc. p. 57.

⁷⁵⁴ CE, 23 mai 2012, *RATP*, *op. cit.*

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ Sur cette facette de la liberté du commerce et de l'industrie, v. CE, ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec. p. 362 ; *GAJA*, *op. cit.*, n° 62, p. 394.

⁷⁵⁷ En ce sens, v. CE, sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* ; *GAJA*, *op. cit.*, n° 41, p. 249 ; CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272-338527, *Ass. Paris Jean Bouin*, *op. cit.*

⁷⁵⁸ Le principe de non-concurrence entre opérateurs publics et privés en matière économique s'est mué, avec l'avis *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, en principe d'égale concurrence entre eux. Sur ce point, v. CE, sect., avis cont., *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, 8 nov. 2000, Rec. 2000, p. 492 ; *AJDA* 2000, p. 987, note M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *RFDA* 2001, p. 112, concl. C. BERGEAL ; *CJEG* 2001, p. 58, note M. DEGOFFE et J.-D. DREYFUS.

⁷⁵⁹ En ce sens, v. CE, 23 mai 2012, *RATP*, n° 348909, *op. cit.*

lorsque les personnes publiques gèrent leur domaine public, elles sont tenues de respecter le droit de la concurrence, en faisant notamment en sorte de ne pas placer « *automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce* »⁷⁶⁰.

Ce n'est pas au hasard que le juge administratif réserve une place particulière à l'abus de position dominante automatique. Parmi les différentes règles de concurrence, ce sont notamment celles relatives à l'abus de position dominante qui risquent d'être violées lorsqu'une personne publique gère une dépendance domaniale où se déploie une activité économique. Le juge rappelle à l'administration, par cette formulation, son devoir de vigilance en la matière, visant à ce qu'elle ne place pas le titulaire d'un titre d'occupation domaniale, *via* l'attribution de celui-ci, dans une situation le conduisant à commettre automatiquement un abus de position dominante. Le refus du juge de voir dans le principe de liberté du commerce et de l'industrie un facteur supplémentaire d'encadrement de la marge d'appréciation de l'administration dans la délivrance des titres d'occupation domaniale confirme son rattachement à l'esprit qui anime la jurisprudence *Jean Bouin*⁷⁶¹.

Le raisonnement issu de la jurisprudence *Jean Bouin* ne peut pas s'appliquer en matière de délivrance des titres d'occupation domaniale au sein des secteurs régulés. Saisie par les exigences de la libre concurrence, la gestion du domaine public se retrouve renouvelée. **Lorsque l'occupation domaniale est constitutive d'un avantage économique pour l'occupant, l'obligation de l'administration de respecter le droit de la concurrence ou de mener, le cas échéant, une procédure de mise en concurrence, est indépendante du caractère unilatéral ou contractuel de l'outil qu'elle utilise à chaque fois pour assurer la gestion du domaine public.** La rencontre du droit de la domanialité publique et du droit de la concurrence implique une lecture finaliste des instruments de gestion du domaine public. Ces derniers sont orientés vers la protection non seulement de l'intérêt du domaine mais également de celui du marché. La liberté de l'administration dans l'attribution des titres d'occupation domaniale doit

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ CE, sect. 3. déc. 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin, Société Paris Tennis, op. cit.*

être limitée lorsque l'occupation du domaine figure comme condition d'exercice d'une activité sur un marché concurrentiel, voire sur un marché régulé.

B. Un encadrement nécessaire

En matière de licences de téléphonie mobile, l'occupation du domaine public hertzien figure comme condition de création d'un marché. Fortement critiqué par la doctrine⁷⁶², l'arrêt *Jean Bouin* affirme que l'administration doit rester libre dans la gestion de son domaine, même si celui-ci est occupé par un opérateur économique qui déploie son activité sur un marché ouvert à la concurrence.

La portée de cet arrêt doit être nuancée à plusieurs égards. La position du Conseil d'État trouverait sa première limite dans le droit de la concurrence. Comme on l'a déjà souligné, l'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative a eu d'importants effets sur le droit de la domanialité publique. Composante de la légalité administrative, le droit de la concurrence est opposable à l'administration lorsqu'elle attribue des titres d'occupation du domaine public.

Lorsque la gestion du domaine public interfère avec l'exercice d'une activité économique, voire, d'une manière générale, avec le fonctionnement de la concurrence sur un marché donné, la liberté de l'administration se trouve encadrée tant par le droit de la concurrence que par les grands principes du droit de l'Union européenne, parmi lesquels figurent notamment la liberté d'établissement et la libre prestation des services.

La voie jurisprudentielle à la reconnaissance d'une obligation pesant sur l'administration de recourir à un processus de mise en concurrence lors de l'attribution des titres d'occupation domaniale a été ouverte par le Tribunal administratif de Nîmes. Ce dernier a considéré qu'« *une convention d'occupation du domaine public n'est pas exclue du champ d'application des règles fondamentales du traité de l'Union européenne qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à*

⁷⁶² V. not. C. VAUTROT-SCHWARZ, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *op. cit.*

assurer l'égalité d'accès à ces contrats ; elle ne peut être conclue sans formalité préalable de publicité et de mise en concurrence »⁷⁶³. Si révolutionnaire puisse-t-elle paraître, cette prise de position s'inscrit dans la continuité d'un avis émis en 2004⁷⁶⁴ par l'Autorité de la concurrence (Conseil de la concurrence à l'époque) et se justifie par la nécessité de respecter diverses obligations posées par le droit de l'Union européenne. Elle s'aligne d'ailleurs sur les recommandations formulées par le Conseil d'État dans son rapport public de 2002⁷⁶⁵. Dans ce dernier, la haute juridiction administrative incite les personnes publiques à renforcer leur vigilance lorsqu'elles gèrent leur domaine public afin de s'assurer notamment que les exigences posées par le principe de transparence sont respectées. Le Conseil d'État rappelle que lorsque l'autorisation d'occupation du domaine public est couplée à une délégation de service public, l'administration est tenue de se plier aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Or, il recommande également aux personnes publiques de mettre en œuvre ces processus dans toutes les hypothèses où elles sont appelées à attribuer des titres d'occupation domaniale, et non pas seulement lorsqu'elles attribuent des autorisations domaniales « pures »⁷⁶⁶.

L'Autorité de la concurrence a eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'attribution des titres d'occupation domaniale dans son avis précité à propos d'une affaire concernant les distributeurs des journaux gratuits⁷⁶⁷. Cet avis confirme la nécessité pour l'administration de recourir à un processus de mise en concurrence lorsque le titre d'occupation domaniale qu'elle est appelée à attribuer figure également

⁷⁶³ TA Nîmes, 24 janv. 2008, *Sté des trains touristiques G. Eisenreich*, req. n° 0620809 ; *AJDA* 2008, p. 2172, note J.-D. DREYFUS ; *RLC* 2008, n° 16, p. 38, note G. CLAMOUR ; *Cont. Mar. publ.* 2010, comm. 391, note G. ECKERT. Ce jugement a été déféré à la Cour administrative d'appel de Marseille. Or, qualifiant la délibération attaquée de mesure préparatoire, le juge d'appel n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si les conventions d'occupation du domaine public devaient être soumises à une procédure de mise en concurrence. V. CAA Marseille, 6 sept 2010, *SARL Trains touristiques Eisenreich*, req. n° 08MA011997 ; *JCPA* 2011, n° 2187, obs. S. DELIANCOURT. Comme le note le professeur S. Nicinski, dans un arrêt antérieur, datant de 2007 (TA Paris, 30 mai 2007, *Préfet de Paris, BJDCP*, déc. 2007, n° 7, p. 492, concl. J. DELBÈQUE, note P. TERNEYRE), le tribunal administratif de Paris s'était déjà « (...) engagé dans une voie très innovante puisque, sans qualifier un BEA de marché ou de concession aux sens français ou européen, il a tout simplement constaté que le bail transférait une activité économique à un tiers, ce qui déclenchait les grands principes issus du traité (publicité et mise en concurrence) » (S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres du domaine public à une procédure de mise en concurrence », *op. cit.*, pp. 381-382).

⁷⁶⁴ Cons. conc., 21 oct. 2004, avis n° 04-A-19 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits, *RJEP* 2005, p. 144, note P. DUPEYRÉ.

⁷⁶⁵ CE, Rapport public pour 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, *op. cit.*

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 380.

⁷⁶⁷ Cons. conc, avis n° 04-A-19, *op. cit.*

comme condition d'exercice d'une activité économique. Lorsque l'accès d'un opérateur à un marché donné est conditionné à la détention d'un titre d'occupation du domaine public, la délivrance de celui-ci équivaut au transfert d'un avantage économique. Dans cette hypothèse, le gestionnaire du domaine est tenu, selon l'Autorité de la concurrence, d'assurer l'égalité entre les différents opérateurs économiques en organisant une publicité préalable à son attribution. La publicité permettrait aux opérateurs intéressés de remettre « *de propositions portant sur leurs engagements quant à l'utilisation du domaine et sur un montant de redevance d'occupation du domaine* »⁷⁶⁸.

L'information des opérateurs contribue à assurer leur traitement égalitaire. En outre, elle accroît l'attractivité du domaine public, renforçant la concurrence, au bénéfice de son gestionnaire et des consommateurs.

L'approche de l'Autorité de la concurrence a été corroborée par le droit de l'Union. L'obligation de l'administration de recourir à un processus de mise en concurrence avant la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public à caractère économique se fonde non seulement sur le droit européen de la concurrence, mais également sur l'application des grands principes issus du Traité⁷⁶⁹. Selon le Livre vert sur les partenariats public-privé adopté par la Commission européenne en 2004 : « (...) tout acte, qu'il soit contractuel ou unilatéral, par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers est à examiner à la lumière des règles et principes découlant du Traité, notamment en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services (articles 43 et 49 du Traité CE). Ces principes incluent notamment les principes de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle »⁷⁷⁰.

L'application du droit européen de la concurrence et des grands principes issus du Traité est indépendante du caractère contractuel ou unilatéral de l'acte utilisé. Ce qui importe, selon la Commission, c'est le fait de *confier* la prestation d'une activité

⁷⁶⁸ *Ibid.*, pt 34.

⁷⁶⁹ En ce sens, v. C. VAUTROT-SCHWARZ, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *op. cit.*, not. pts 16 à 20 et 65 à 71 ; S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres du domaine public à une procédure de mise en concurrence », *op. cit.*, p. 383 s.

⁷⁷⁰ Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM/2004/0327 final, pt 8.

économique. Cette formulation est plus étroite que celle employée par l’Autorité de la concurrence, qui soumet à une procédure de mise en concurrence les titres d’occupation domaniale *conférant* un avantage économique⁷⁷¹.

Entre ces deux conceptions, c’est celle de l’Autorité de la concurrence qui reflète au mieux les rapports entre la délivrance des titres d’occupation domaniale et le marché. En effet, pour que l’administration *confie* une activité, il faut que celle-ci relève des activités dont elle est en charge⁷⁷². Le fait de réserver la tenue d’une mise en concurrence aux actes par lesquels est *confié* l’exercice d’une activité économique à un opérateur aurait comme résultat de mettre à l’abri de ce processus les actes par lesquels l’administration alloue une ressource rare. À travers ces derniers, l’administration ne confie pas une activité qu’elle exerce déjà à un opérateur donné, mais permet aux opérateurs d’accéder à des ressources indispensables pour la création d’un marché et l’exercice d’une activité économique en son sein.

La formulation employée par la Commission nous paraît ainsi trop restrictive. En revanche, celle utilisée par l’Autorité de la concurrence permet de dégager un critère solide d’identification du champ d’application de l’obligation de mise en concurrence en matière d’attribution des titres d’occupation domaniale. Serait précédé d’un tel processus tout acte, contractuel ou unilatéral, par lequel l’administration confie une activité économique à un opérateur ou l’habilite tout simplement à exercer une activité « convoitée » par d’autres opérateurs économiques⁷⁷³. Cette acception permettrait d’inclure dans le champ de la mise en concurrence tant les autorisations d’accès à des ressources rares, comme c’est le cas des licences de téléphonie mobile, que celles permettant l’occupation des dépendances domaniales qualifiées d’infrastructures essentielles, comme le sont les rails ferroviaires. **La mise en concurrence s’impose ainsi là où se croisent la rareté, le caractère économique d’une activité et le désir commun des opérateurs de l’exercer.** Si toutes ses conditions sont réunies, seule la

⁷⁷¹ Cons. conc., 21 oct. 2004, avis n° 04-A-19, *op. cit.*, pt 8. Ces deux positions sont mises en comparaison par S. NICINSKI, *in* « Faut-il soumettre la délivrance des titres du domaine public à une procédure de mise en concurrence », *op. cit.*, pp. 382-383.

⁷⁷² En ce sens, v. S. NICINSKI, *ibid.*, p. 383.

⁷⁷³ En ce sens, v. S. NICINSKI, *ibid.*, pp. 377 et 383 ; C. VAUTROT-SCHWARZ, « L’avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d’occupation domaniale », *op. cit.*, pt 13.

mise en concurrence peut permettre de respecter à la fois les exigences que pose la transparence et celles liées au principe d'égalité.

C'est dans cette logique que s'inscrit la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre relative aux services dans le marché intérieur (directive « services »)⁷⁷⁴. Si cette directive exclut les marchés régulés de son champ d'application, s'appliquant notamment aux professions réglementées, elle mérite d'être évoquée en l'espèce dans la mesure où elle confirme le raisonnement exposé ci-dessus. Dans un souci de protection de la liberté d'établissement, la directive « services » encadre la marge d'appréciation des États lorsqu'ils soumettent une activité à un régime d'autorisation préalable. Son article 12-1 prévoit que : « *Lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture* ».

Ainsi, le législateur européen impose aux États membres de recourir à une procédure de mise en concurrence en cas de réunion des trois éléments mentionnés précédemment : il faut qu'il y ait en cause l'accès à une activité économique, que cet accès soit réglementé, car il est lié à une situation de rareté, et qu'il y ait plusieurs opérateurs intéressés par cet accès. Le triptyque « *rareté, avantage économique et intérêt partagé des opérateurs* » nous paraît former un ensemble des critères solides permettant d'apprécier dans quelle hypothèse le recours à un processus de mise en concurrence serait nécessaire.

L'attribution des licences de téléphonie mobile entre dans le champ d'application du « *droit de la collaboration économique* », selon la formulation utilisée par le professeur S. Nicinski⁷⁷⁵. Celui-ci s'appliquerait, comme le note le professeur, à tout acte, unilatéral ou contractuel, par lequel l'administration transfère un avantage économique

⁷⁷⁴ Directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *op. cit.*

⁷⁷⁵ S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres du domaine public à une procédure de mise en concurrence », *op. cit.*, p. 386.

à un opérateur. Cet avantage peut résulter tant de la dévolution, par l'administration, d'une activité économique à un opérateur que de la simple habilitation de celui-ci à exercer une telle activité. En outre, il peut procéder d'une commande adressée à l'opérateur par l'administration pour satisfaire ses propres besoins. Le « *droit de la collaboration économique* » aurait ainsi un champ d'application large.

De même, il aurait un contenu étendu. Il comporterait les exigences découlant du droit de la commande publique, celles liées au droit de la concurrence, ainsi que celles issues des grands principes du Traité. Le respect de ces exigences impliquerait que toute dévolution d'activité entrant dans le champ d'application dudit droit soit précédée d'un processus de mise en concurrence.

Le professeur fournit trois critères de démarcation du champ d'application du « *droit de la collaboration économique* » : la présence d'« *une initiative publique ou une source publique d'avantage économique, une relation de collaboration (dévolution, commande ou habilitation) et une activité économique* »⁷⁷⁶. Les autorisations de téléphonie mobile, et, d'une manière générale, toutes les autorisations domaniales ouvrant l'accès à une ressource rare, satisfont à ces conditions. Leur attribution est une source publique d'avantage économique, et elles habilitent un opérateur à exercer une activité économique. Par conséquent, ces actes entre dans le champ du « droit de la collaboration économique » et leur délivrance devrait être précédée d'un processus de mise en concurrence.

La limitation du nombre de licences de téléphonie mobile a pour conséquence l'émergence d'un marché oligopolistique. Le caractère oligopolistique du marché favorise les abus, que ceux-ci prennent la forme d'abus de position dominante individuelle ou collective⁷⁷⁷. Conscient de ce risque, le législateur de l'Union est intervenu dès très tôt, dès que se mettait en place la libéralisation du marché des communications électroniques, pour imposer aux États de recourir à des processus transparents en matière d'octroi des droits d'utilisation des radiofréquences dont le

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ Pour les critères d'identification d'une position dominante collective, v. TPICE, 6 juin 2002, *Airtours c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. p. II-2585 ; CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala*, C-413/06, Rec. p. I-4951.

nombre est limité. La procédure d'octroi des autorisations au sein des secteurs régulés est ainsi largement réglementée en droit de l'Union européenne⁷⁷⁸. Ce mouvement d'harmonisation procédurale se justifie par l'importance que revêtent ces autorisations pour la réalisation du marché commun. Si, en droit interne, la qualification d'une licence d'autorisation d'occupation privative du domaine public aurait pour conséquence la liberté de l'administration dans l'appréciation de l'opportunité de recourir à une procédure de mise en concurrence, une telle qualification n'aurait aucune importance pour le droit de l'Union. Ce dernier insiste sur le caractère économique d'une activité pour lui appliquer les règles de concurrence, sur son caractère transfrontalier pour la faire entrer dans le champ protecteur de la liberté d'établissement, et sur sa « convoitise économique » pour la soumettre à une procédure de mise en concurrence. Par conséquent, l'affirmation du Conseil d'État dans l'arrêt *Jean Bouin*, selon laquelle « aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public » nous paraît fort discutable. Le droit de l'Union impose expressément aux États de recourir à un processus de mise en concurrence lorsqu'ils décident de limiter le nombre d'autorisations d'exploitation des fréquences tout en leur laissant le choix des modalités de déroulement de ce processus⁷⁷⁹. Dans cette hypothèse, la qualification de ces actes d'autorisations d'occupation du domaine public et la jurisprudence *Jean Bouin*, ne devraient pas faire obstacle à la mise en œuvre des obligations issues du droit de l'Union.

L'autorisation administrative par laquelle l'administration attribue une ressource rare à une entreprise comprend le transfert d'un avantage concurrentiel qui est notamment tiré de la rareté de la ressource. Celui-ci doit être valorisé aux fins de déterminer la redevance que le bénéficiaire de l'autorisation sera tenu de verser pour sa délivrance. L'attribution des licences de téléphonie mobile est une illustration caractéristique de la rencontre du droit de la concurrence avec la mise en concurrence, le droit de la domanialité publique et la régulation.

⁷⁷⁸ V. par exemple la 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 »), *op. cit.*

⁷⁷⁹ *Ibid*, art. 7.

L'obligation pesant sur l'administration de recourir à un processus de mise en concurrence des opérateurs économiques lorsqu'elle attribue une telle licence n'est pas hostile au droit de la domanialité publique. Bien au contraire, la mise en concurrence des opérateurs peut servir à la réalisation des objectifs propres à ce dernier. Plus précisément, elle permet **d'estimer la rareté** rattachée à l'usage d'une ressource appartenant au domaine public et, par voie de conséquence, **de mieux fixer la redevance** que sera amené à acquitter le titulaire de l'autorisation d'occupation domaniale ouvrant l'accès à cette ressource. **Elle constitue ainsi un instrument de valorisation du domaine public et contribue à sa gestion optimale.**

§ 2. La mise en concurrence des opérateurs, un moyen permettant la meilleure gestion du domaine public

L'article L. 2125-3 du CG3P impose au gestionnaire du domaine public de déterminer le montant de la redevance demandée pour son occupation privative en fonction de l'ensemble des avantages procurés au titulaire de l'autorisation⁷⁸⁰. La règle selon laquelle la redevance domaniale tient compte de l'ensemble des avantages procurés à l'occupant du domaine public trouve une justification importante lorsque l'administration attribue des autorisations d'accès à une ressource rare, comme les fréquences hertziennes, compte tenu des enjeux économiques que représentent ces actes pour les opérateurs.

L'administration est obligée de prendre en considération la valeur que recèle une telle autorisation. Pour apprécier cette valeur, elle doit évaluer l'avantage que procure cet acte à son bénéficiaire. L'appréciation de cet avantage permet d'établir ensuite la redevance demandée auprès de ce dernier. Or, comment estimer l'avantage procuré aux bénéficiaires dans un contexte d'asymétrie d'informations où les opérateurs hésitent à dévoiler des informations les concernant ?

⁷⁸⁰ Selon cet article : « *La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation* ».

Les opérateurs possèdent une série d'informations que l'État n'est pas en mesure de connaître : celles-ci peuvent porter sur les coûts effectifs des opérateurs, sur les investissements qui doivent être entrepris pour la construction et l'exploitation du réseau ou sur les perspectives d'évolution de la technologie, voire du marché en général. Toutes ces informations sont essentielles pour que l'administration puisse identifier la valeur que recèle l'usage d'une ressource rare. La mise en concurrence des opérateurs figure comme « *un moyen de réduire cette rente informationnelle et donc d'accroître le bien-être collectif* »⁷⁸¹. Peu importe la forme qu'elle prend, elle contribue à ce que les opérateurs révèlent leurs coûts ainsi que la valeur que représente pour eux la licence. L'identification de la valeur de la licence est essentielle pour que l'administration puisse définir la valeur de l'usage du domaine public hertzien et, par conséquent, la redevance demandée auprès des opérateurs. Les redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques ont pour but de rémunérer l'usage du domaine public hertzien.

La valorisation économique du domaine public est une œuvre complexe. Elle implique notamment que, lors de la fixation de la redevance due, le gestionnaire du domaine tienne compte de tous les avantages dont bénéficiera l'opérateur intéressé par la délivrance de l'autorisation d'occupation domaniale. La détermination de ces avantages implique **une analyse économique fine** de la part de l'autorité chargée de fixer la redevance. Celle-ci doit procéder à une appréciation détaillée de la situation concurrentielle de l'opérateur concerné afin qu'elle puisse traduire financièrement l'avantage retiré du renforcement de sa position par rapport à ses concurrents. Cette appréciation est difficile à réaliser au sein d'un marché oligopolistique dominé par une asymétrie d'informations. Permettant de réduire l'asymétrie d'information, la mise en concurrence des opérateurs intéressés par l'attribution d'une autorisation d'occupation du domaine public hertzien s'avère être un instrument efficace de valorisation du domaine public (A). Si l'administration reste libre quant au choix du procédé particulier de mise en concurrence, l'intérêt général rattaché à l'occupation du domaine est d'ailleurs garanti grâce au cahier des charges annexé à chaque autorisation délivrée (B).

⁷⁸¹ M. MOUGEOT, F. NAEGELEN, « La concurrence pour le marché », *op. cit.*, p. 748.

A. Un instrument de valorisation du domaine public

La délivrance d'une autorisation d'exploitation des fréquences hertziennes est soumise au paiement d'une redevance. En tant que redevance d'occupation du domaine public, cette dernière se distingue de la redevance pour service rendu. Alors que la redevance pour service rendu doit être proportionnée aux coûts auxquels a été exposée l'administration pour fournir le service en question, la redevance due pour l'occupation du domaine public doit refléter les avantages procurés au bénéficiaire.

Or, comme l'a précisé le Conseil d'État dans un arrêt de 2007 : « *le respect de la règle d'équivalence entre le tarif d'une redevance et la valeur de la prestation ou du service peut être assuré non seulement en retenant le prix de revient de ce dernier, mais aussi, en fonction des caractéristiques du service, en tenant compte de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire ; (...) dans tous les cas, le tarif doit être établi selon des critères objectifs et rationnels, dans le respect du principe d'égalité entre les usagers du service public et des règles de la concurrence* »⁷⁸². Par cette décision, la haute juridiction administrative invite à une nouvelle lecture des modalités de fixation du tarif de la redevance pour service rendu. Cette dernière pourra désormais être établie en fonction de l'ensemble des avantages procurés au bénéficiaire de la prestation, et non pas seulement en fonction des coûts supportés par l'administration. Dans cette hypothèse, la redevance pour service rendu se rapproche de la redevance pour occupation privative du domaine public, toutes deux étant établies sur la base d'une appréciation générale du statut du bénéficiaire avant et après l'octroi de l'autorisation ou la fourniture du service par l'administration. Le rapprochement entre les redevances pour occupation du domaine public et les redevances pour service rendu est construit autour du même concept : celui de rentabilité.

L'occupant domanial est un investisseur privé. Le financement privé des investissements d'intérêt public est toujours « [...] à l'ordre du jour, du fait notamment

⁷⁸² CE Ass., 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, req. n° 293229 ; CE Ass., 16 juillet 2007, *Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique*, req. n° 293254, Rec. p. 349, *RJEP* 2007, comm. 15, concl. C. DEVYS. Dans la même logique, v. CE, 7 oct. 2009, *Sté d'équipement de Tahiti et des îles*, req. n° 309499, *RJEP* 2010, n° 674, p. 33, concl. N. BOULOUIS ; *AJDA* 2009, n° 44, p. 2480, note J.-D. DREYFUS ; *AJDA* 2009, n° 44, chron. « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », p. 2439, note P.-A. JEANNENEY ; *LPA* 2009, n° 253, p. 12, note S. ZIANI.

de l'assèchement des finances publiques, comme l'est aussi la valorisation des patrimoines publics »⁷⁸³. Si le concept de rentabilité gagne progressivement du terrain dans les choix de l'administration lorsqu'elle gère le domaine public, il trouve ses limites dans l'utilité publique rattachée à l'exploitation de ce dernier. Le domaine occupé par les titulaires d'une autorisation d'utilisation de fréquences hertziennes en vue de l'établissement et de l'exploitation d'un réseau de téléphonie mobile n'est pas seulement un endroit où sont entrepris d'importants investissements par les titulaires de la licence, mais également un lieu où se déploie une activité d'intérêt public. Ainsi, la tarification du spectre ne devrait pas être guidée uniquement par des objectifs économiques. Comme le note le Forum UMTS, organisation internationale de régulation des fréquences, dans une recommandation : « (...) *la maximisation du revenu ne devrait pas être le but de la tarification du spectre. La redevance exigée pour l'exploitation du spectre peut être utilisée pour inciter à un usage efficace de celui-ci, à la condition que les charges soient équitables, proportionnées, transparentes et neutres pour la concurrence* »⁷⁸⁴.

La particularité du domaine public hertzien consiste dans le fait que c'est l'occupation privative, et non pas l'occupation collective, qui en constitue l'usage ordinaire. Ainsi, la redevance demandée aux bénéficiaires des autorisations d'utilisation de fréquences ne vise pas à compenser un avantage tiré de la privation de la collectivité de la possibilité d'utiliser le domaine. Elle se rapproche du prix de marché, dès lors qu'elle vise à faire rentrer aux deniers publics la somme correspondant à l'avantage concurrentiel procuré au titulaire de la licence qui s'est retrouvé vainqueur à l'issue de la procédure de la mise en concurrence suivie.

La valeur économique des licences de téléphonie mobile de troisième génération a été clairement affirmée par le juge de l'Union européenne. Ce dernier reconnaît que la fonction de régulation des communications électroniques dont se sont dévolus les États peut coexister parfaitement avec la gestion patrimoniale du domaine public hertzien. Il note que : « (...) *les*

⁷⁸³ Y. GAUDEMET, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », *Mél. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 309 s., spéc. pp. 309-310.

⁷⁸⁴ E. COHEN, « Enchères et gestion publique », in E. COHEN, M. MOUGEOT, *Enchères et gestion publique*, Rapport du Conseil d'Analyse Économique, *op. cit.*, p.154. Pour cette recommandation, v. Forum Report 3, Recommendations (en anglais), 1998, disponible sur : <http://www.umtsforum.org/content/view/1473/12>.

licences UMTS, qui autorisent l'exercice des activités économiques de prestations de services de téléphonie mobile dans l'espace hertzien et s'analysent comme des titres d'occupation ou d'utilisation du domaine public correspondant, ont une valeur économique que le gestionnaire dudit domaine est amené à prendre en compte lorsqu'il détermine le montant des redevances qui seront dues par les opérateurs concernés (...) »⁷⁸⁵.

La gestion de la rareté de la ressource hertzienne fait partie de la fonction administrative de régulation. La rareté est gérée en l'espèce à l'aide du mécanisme de l'autorisation administrative. **L'autorisation administrative qui ouvre l'accès à une ressource rare appartenant au domaine public est à la fois un instrument de régulation et un moyen pour l'administration de tirer profit de l'occupation privative du domaine public.** L'appréciation de la valeur économique rattachée à la ressource est essentielle pour l'estimation de l'avantage procuré à l'occupant du domaine public et, par conséquent, pour la fixation de la redevance réclamée auprès de lui pour cette occupation.

La mise en œuvre d'un processus de mise en concurrence par le gouvernement français aux fins d'attribuer quatre licences pour l'introduction des systèmes de communications mobiles et sans fil de troisième génération (UMTS, 3G) révèle l'importance qu'a jouée ce mécanisme pour la valorisation du domaine public. Le 28 juillet 2000, l'ART⁷⁸⁶ a pris une décision proposant au ministre de l'Industrie, de la Poste et des Télécommunications les modalités et les conditions d'attribution des licences UMTS⁷⁸⁷. Dans cette décision, l'Autorité soumettait les titulaires des autorisations à une redevance très élevée (4,95 milliards d'euros). La procédure d'attribution fut menée selon la procédure de soumission comparative. Or, l'appel à candidatures organisé n'a pas eu le succès espéré. Seules les sociétés Orange France et SFR y ont pris part, les

⁷⁸⁵ TPICE, 4 juillet 2007, *Bouygues SA et Bouygues Télécom SA contre Commission des Communautés européennes*, *op. cit.*, pt 101. La valeur économique des licences fut affirmée auparavant dans l'arrêt *Connect Austria* où étaient en cause des redevances imposées à des opérateurs agissant sur divers marchés de services de communications électroniques mobiles. V. CJCE, 22 mai 2003, *Connect Austria*, aff. C-462/99, Rec. 2003, p. I-5197, pts 93 et 94.

⁷⁸⁶ La transformation de l'ART en ARCEP a été effectuée par la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales (JORF n° 117, 21 mai 2005, p. 8825).

⁷⁸⁷ ART, Décision n° 00-835 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.

autres opérateurs ne s'estimant pas pouvoir acquitter le montant requis pour la délivrance d'une licence. Celles-ci ont été autorisées à établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public pour une durée de quinze ans.⁷⁸⁸ Les licences UMTS délivrées à ces opérateurs ont été accompagnées d'un cahier des charges qui prévoyait diverses obligations à leur égard et imposait la liquidation des redevances de mise à disposition et de gestion des fréquences de l'UMTS pour un montant de 4, 954 593 milliards d'euros⁷⁸⁹. Or, la faible participation des opérateurs à la procédure a conduit les autorités françaises à réviser le montant de la redevance à la baisse.

C'est grâce à la mise en concurrence des opérateurs que l'administration a pu s'apercevoir du caractère excessif de la redevance demandée pour l'occupation du domaine public hertzien. La réduction de son montant s'imposait notamment pour permettre à d'autres opérateurs d'accéder au marché de la téléphonie mobile de troisième génération, dès lors qu'il restait encore à attribuer deux licences, ainsi que pour permettre aux deux titulaires de licences d'assurer leur survie sur le long terme sans que le montant de la redevance se répercute finalement sur les consommateurs⁷⁹⁰.

Ainsi, a été organisé un deuxième appel avec la publication de la décision n° 01-1202 de l'ART proposant au ministre chargé des télécommunications les modalités et conditions d'attribution des autorisations pour l'introduction en France des systèmes mobiles de troisième génération⁷⁹¹. Ensuite, l'article 33 de la loi de finances pour

⁷⁸⁸ V. : 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, JORF, 21 août 2001, p. 13416 ; 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, JORF, 21 août 2001, p. 13422.

⁷⁸⁹ Ce montant est l'équivalent de la somme de 32 502 000 000 francs français demandée à l'époque. Sur la procédure d'attribution des trois premières licences UMTS, v. TPICE, 4 juillet 2007, *Bouygues SA et Bouygues Télécom SA contre Commission des Communautés européennes*, op. cit., pts 10-22. Pour un aperçu complet du processus d'attribution des licences UMTS, v. : <http://www.arcep.fr/?id=8562>.

⁷⁹⁰ La détermination de la redevance demandée auprès des opérateurs pour la délivrance d'une licence doit être effectuée dans le respect des préoccupations macro-économiques : si la fixation d'un prix très élevé conduit à l'extraction immédiate de la plus grande valeur de l'octroi d'un tel acte, elle pourrait avoir des effets néfastes sur le long terme, dans la mesure où elle peut conduire à ce que les opérateurs répercutent le coût d'obtention de la licence sur les consommateurs.

⁷⁹¹ Cette décision est disponible sur le lien suivant : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/01-1202.pdf.

2002⁷⁹² modifiant l'article 36 de la loi de finances pour 2001, a fixé un nouveau montant de la redevance due pour l'occupation du domaine public hertzien réparti en un droit d'entrée s'élevant à 619 209 795, 27 euros et en un montant calculé annuellement en fonction du chiffre d'affaires réalisé au titre de l'utilisation des fréquences⁷⁹³. À l'issue du deuxième appel à candidatures a été attribuée une licence à la société Bouygues Télécom, seule candidate à la procédure. Par un arrêté du 3 décembre 2002⁷⁹⁴, le ministre délégué à l'Industrie a autorisé cet opérateur à établir et à exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public à la norme UMTS et à fournir le service téléphonique au public. Le montant réclamé pour l'occupation du domaine public était le même pour le nouvel entrant et pour les opérateurs disposant déjà d'une autorisation depuis 2000. **La participation des opérateurs aux différents appels à contributions a concouru, malgré leur caractère infructueux, à ce que l'ARCEP et le gouvernement exercent plus efficacement leur activité régulatrice, en adaptant le montant de la redevance et les modalités d'attribution des licences aux capacités économiques effectives du marché de la téléphonie mobile.**

La procédure initiale de mise en concurrence a été décisive pour la revalorisation du montant de la redevance qui devait être versée en contrepartie de la délivrance des licences. L'échec du premier appel à candidatures a conduit le gouvernement à réévaluer les capacités des opérateurs, ainsi que leur intérêt réel d'investir au marché émergent des services UMTS. **La mise en concurrence a permis de réduire l'asymétrie d'informations, ce qui a conduit le gouvernement à réviser le prix des licences à la baisse.** La faible participation au premier appel à candidatures a été un indice important du caractère excessif de la redevance demandée. Sans ce premier appel à candidatures, apprécié finalement par le juge comme une simple composante d'un

⁷⁹² Loi n° 2001-1275 du 28 décembre 2001 de finances pour 2002 (JORF, n°302, 29 déc. 2001, p. 21074).

⁷⁹³ Le juge administratif impose depuis longtemps à l'administration de tenir compte des résultats de l'activité exercée dans le cadre de l'occupation dans la fixation de la redevance due par l'occupant du domaine public. Cette dernière doit être calculée : « *en fonction non seulement de la valeur locative d'une propriété privée comparable à la dépendance du domaine public pour laquelle la permission est délivrée, mais aussi de l'avantage spécifique que constitue le fait d'être autorisé à jouir d'une façon privative d'une partie du domaine public* ». V. CE, 10 févr. 1978, *Min. Éco. et Fin. c/ Scudier*, Rec. 1978, p. 66 ; CE, 21 mars 2003, *Synd. intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, Rec. 2003, p. 144 ; CJEG 2003, p. 341, concl. S. AUSTRY ; *Cont. March. publ.* 2003, comm. 128, note G. ECKERT.

⁷⁹⁴ 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, JO du 12 décembre 2002, p. 20490.

processus de mise en concurrence unitaire, l'administration n'aurait pas pu prospecter le marché. Par conséquent, elle n'aurait pas pu déterminer l'avantage procuré aux entreprises par l'attribution de la licence. Étant donné que c'est en fonction de cet avantage que doit être déterminé le montant de la redevance demandée pour l'octroi d'une autorisation d'occupation du domaine public, comme c'est le cas des licences de téléphonie mobile de troisième génération, son appréciation exacte permet de fixer également le juste prix de la licence.

S'estimant lésée par le fait qu'elle était tenue de verser la même redevance que les sociétés Orange et SFR alors que celles-ci avaient obtenu la licence plus tôt, ce qui leur aurait permis d'exercer déjà leur activité au sein du marché concerné, la société Bouygues Télécom a porté plainte auprès de la Commission⁷⁹⁵.

Suite à cette plainte, la Commission a adopté une décision par laquelle elle décidait que la modification des redevances en cause ne pouvait pas être qualifiée d'aide au sens de l'article 87 par. 1 CE. Elle a notamment confirmé la large marge de manœuvre dont disposait l'État français, à l'instar des autres États membres de l'Union, quant à la définition des conditions d'attribution des licences de téléphonie mobile en soulignant toutefois en même temps que celle-ci doit être menée dans des conditions objectives et selon une procédure non discriminatoire et transparente. La Commission a validé le choix du gouvernement français consistant à modifier la redevance en cause, en reconnaissant que cette modification s'inscrivait dans un souci d'accorder toutes les quatre licences disponibles.

Elle a d'ailleurs considéré que l'harmonisation du prix des licences pour tous les titulaires a contribué au respect de la directive 97/13⁷⁹⁶, notamment du point de vue du principe de non discrimination. La Commission a ainsi refusé de voir un avantage sélectif dans le fait que les sociétés Orange et SFR avaient obtenu leur licences une année avant Bouygues un avantage sélectif au sens du droit des aides d'État. En outre, elle a noté que les modalités de tarification adoptées, consistant à ce que les titulaires

⁷⁹⁵ Sur ce point, v. TPICE, 4 juillet 2007, *Bouygues SA et Bouygues Télécom SA contre Commission des Communautés européennes*, *op. cit.*, pt 20.

⁷⁹⁶ 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, JO L 117 du 7 mai 1997, p. 15.

acquittent une redevance fixe considérablement réduite et une taxe annuelle établie en fonction de leur chiffre d'affaires, permettaient de tenir compte de l'entrée différée des opérateurs sur le marché.

La société Bouygues Télécom a contesté la décision de la Commission devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes⁷⁹⁷. Ce dernier a considéré, à son tour, que les concurrents de Bouygues Télécom n'avaient retiré aucun profit de leur avantage temporel constitué par l'antériorité de leurs licences.

Partant du constat que ces opérateurs ont pris du retard dans le développement de leur réseau de troisième génération, le Tribunal fut appelé à se prononcer sur la question de savoir si l'alignement de la redevance d'Orange et de SFR sur celui de Bouygues pouvait être qualifié d'avantage sélectif au sens du droit des aides d'État, étant donné notamment que ces opérateurs s'étaient vu attribuer une licence plus qu'un an et demi avant Bouygues.

D'un côté, le juge de l'Union a reconnu qu'un « *avantage peut résulter aussi bien d'un prix moins élevé fixé pour un bien de valeur identique que d'un prix identique fixé pour un bien de valeur moins élevée* »⁷⁹⁸. Selon la seconde composante de ce raisonnement, demander un prix identique aux trois opérateurs pour la délivrance d'une licence donnant accès au même marché, alors que les deux entre eux avaient pu obtenir cette licence bien avant le troisième opérateur, pourrait éventuellement constituer un avantage sélectif dans la mesure où les deux licences obtenues en premier auraient une valeur plus élevée que celle obtenue en dernier. Or, de l'autre côté, le Tribunal a noté qu'en l'espèce cet avantage potentiel n'avait pas bénéficié aux intéressés. Le juge de l'Union ne s'est pas contenté de qualifier automatiquement le décalage temporel entre l'octroi des deux premières licences et la troisième d'avantage sélectif. Adoptant une vision pragmatique de cette dernière notion, il a examiné dans quelle mesure Orange et SFR avaient effectivement profité de la délivrance précoce de leurs licences.

Il a noté à cet effet que les sociétés Orange et SFR ont lancé leurs services UMTS en 2004, à savoir presque deux ans après l'obtention par la société Bouygues Télécom de sa propre

⁷⁹⁷ En ce sens, v. TPICE, 4 juillet 2007, *Bouygues SA et Bouygues Télécom SA contre Commission des Communautés européennes*, *op. cit.*,

⁷⁹⁸ *Ibid.*, pt 114.

licence. Ce retard a eu comme résultat de priver l'avantage temporel de ces opérateurs de toute son importance. Les opérateurs ont bien pu obtenir une licence avant Bouygues, mais, finalement, ils n'ont pas profité de cette antériorité. Le fait qu'ils auraient pu en profiter est indifférent pour l'identification d'une aide d'État.

En outre, il était question de savoir si l'attribution précoce d'une licence par SFR et Orange aurait eu un effet négatif sur l'image de Bouygues. Le Tribunal a répondu à cette question par la négative en insistant sur les différents choix commerciaux des opérateurs. Il a considéré que Bouygues avait opté pour une technologie alternative à l'UMTS en attendant l'évolution technologique en la matière. Il a considéré que cette différenciation stratégique avait pour conséquence que l'impact de la date de délivrance des licences sur l'image de marque des entreprises concernées ne puisse pas « *être tenu pour constitutif d'une différence notable entre leurs situations respectives* »⁷⁹⁹.

De plus, la société Bouygues a invoqué devant le Tribunal le principe de non-discrimination. Ce dernier a une portée plus étendue que le principe d'égalité qui est son corollaire en droit national. Selon la jurisprudence européenne, une discrimination peut consister « dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes », alors qu'en droit interne le respect du principe d'égalité postule seulement le traitement identique des situations semblables. La participation des opérateurs à la procédure d'attribution représentait un enjeu fondamental pour leur survie économique compte tenu de la place importante qu'occupent les services à très haut débit au sein du marché de la téléphonie mobile. La société Bouygues soutenait ainsi que sa non-participation au premier appel à candidatures, due au montant excessif de la redevance, l'avait exposée au risque de se priver totalement de la possibilité de fournir des services UMTS ou d'entrer très tardivement sur ce marché. Ce risque serait susceptible « de lui être préjudiciable d'un point de vue concurrentiel » par rapport à Orange et SFR qui s'étaient portées candidates à la procédure d'attribution.

Le Tribunal a toutefois considéré que la procédure d'attribution des licences UMTS n'a pas été discriminatoire. Bien au contraire, selon le juge, les modalités d'attribution

⁷⁹⁹ *Ibid.*, pt 123.

choisies en l'espèce par l'État français lui ont permis de se conformer au principe européen de non-discrimination. Le Tribunal a pu arriver à ce constat après avoir mené une analyse globale de la procédure d'attribution menée par l'État français.

Bien que cette procédure se fût déroulée à deux temps, le juge a considéré qu'elle était en réalité « *une procédure unique tendant à l'attribution de quatre licences pour l'introduction du système UMTS en France [...] les deux appels à candidatures ayant été conçus et s'étant déroulés à l'identique sur le plan formel (publicité, calendrier...)* »⁸⁰⁰. Le deuxième appel n'a été organisé que parce que le premier n'avait pas abouti à la délivrance de toutes les quatre licences disponibles, alors que l'octroi de toutes les licences était essentiel pour assurer un niveau élevé de concurrence sur le marché émergent des services UMTS. Le caractère unitaire du processus de sélection impliquait que le respect du principe de non-discrimination fût apprécié globalement, par référence aux deux appels à candidatures organisés.

Le Tribunal a refusé d'appliquer dans cette affaire les règles de marchés publics et des concessions. Dans le cas contraire, il aurait dû censurer la procédure suivie sur le fondement du principe d'intangibilité des critères de choix⁸⁰¹. Le juge a d'ailleurs considéré qu'aucune obligation de telle nature ne pouvait ressortir de la directive 97/13 qui était applicable en l'espèce. Au contraire, ce texte prévoyait la possibilité pour les États de modifier les conditions accompagnant la délivrance d'une licence dans des cas objectivement justifiés et dans le respect du principe de proportionnalité⁸⁰².

Effectivement, si l'attribution des actes individuels de régulation s'inspire des techniques utilisées en droit de la commande publique, elle diffère

⁸⁰⁰ *Ibid.*, pt 134.

⁸⁰¹ Ce principe implique que l'acheteur ne puisse pas modifier les critères de sélection des offres après le dépôt par les candidats de leurs offres. Une fois publiés, les critères doivent rester inchangés tout au long de la procédure d'attribution. En ce sens, v. CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, aff. C-19/00, Rec. p. I-7725 pts 41 à 43 ; CJCE, *Commission c/Belgique*, 25 avril 1996, aff. C-87/94, Rec. p. I-02043, pts 88 et 89. Pour des exemples de censure, par le juge administratif, de la modification des critères d'attribution après le dépôt de leurs offres par les candidats, v. CE, 1er avril 2009, *Sté des autoroutes du Sud de la France*, req. n° 315586, tables Rec. Lebon ; TA Limoges, *Sarl AGRIMATE Conseil c/ Dpt de l'Indre*, 20 nov. 2008, req. n° 07-00452, *Cont. March. pub.*, n° 4, avr. 2009, comm. 131, obs. F. LLORENS.

⁸⁰² Sur ce point, v. la 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, *op. cit.*, art. 8, par. 4.

fondamentalement de ce dernier. Lorsque l'État organise une procédure de sélection en vue d'attribuer un marché public, il se trouve en position d'acheteur. Il veille à assurer, *via* la mise en concurrence, que ses besoins en termes de travaux, de fournitures ou de services soient satisfaits par l'opérateur qui présente l'offre la plus avantageuse pour les deniers publics. Dans cette hypothèse, il est demandeur sur le marché, et non pas régulateur de celui-ci. Les opérateurs concourent sur un marché déjà établi et visent, à travers la conclusion du contrat, à renforcer leur place en son sein. Ils entrent en compétition pour conclure un contrat avec l'administration, qui cherche à satisfaire ses propres besoins. En revanche, les opérateurs intéressés par l'attribution d'une licence de téléphonie mobile concourent *pour* l'accès à un marché émergent, ils souhaitent contribuer à sa création, tout en espérant tirer un profit maximum de l'exercice de l'activité qu'ils développeront ensuite en son sein.

L'application des règles relatives aux marchés publics aurait conduit en l'espèce à la reprise de la procédure dès le début pour l'ensemble des opérateurs. Cette solution serait inopérante en l'espèce dans la mesure où « *dans les faits, les mêmes opérateurs, à savoir Orange, SFR et Bouygues Télécom, auraient de toute façon été les seuls candidats et qu'ils se seraient vu, in fine, délivrer des licences identiques, en substance, à celles qu'elles ont effectivement obtenues* »⁸⁰³. La reprise de la procédure aboutirait d'ailleurs, selon le Tribunal, à retarder excessivement la mise en œuvre des obligations découlant de la directive 97/13, ce retard étant constitutif d'un manquement répréhensible par la Cour de justice de l'Union.

En matière de redevances imposées aux opérateurs pour l'occupation du domaine public hertzien, le juge de l'Union conditionne le respect du principe de non-discrimination à l'équivalence économique des montants réclamés auprès des opérateurs en contrepartie de la licence accordée, ceux-ci ayant pour objet de corriger les déséquilibres économiques éventuels⁸⁰⁴. Adoptant une approche pragmatique, le Tribunal a considéré en l'espèce que dès lors que, dans les faits, il n'y avait aucun opérateur présent sur le

⁸⁰³ TPICE, 4 juillet 2007, *Bouygues SA et Bouygues Télécom SA contre Commission des Communautés européennes*, *op. cit.*, pt 140. Sur la notion d'inopérance, v. F. POULET, *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Bibliothèque Cujas, Paris, 2014.

⁸⁰⁴En ce sens, v. B. BILLA et J.-F. CALMETTE, note sous TPICE, 4 juillet 2007, *Bouygues SA et Bouygues Télécom SA contre Commission des Communautés européennes*, *op. cit.*,

marché à la date de modification du montant due pour la délivrance de la licence, l'alignement des redevances des sociétés Orange et SFR sur celle de Bouygues Télécom s'imposait pour respecter le principe de non-discrimination.

Le Tribunal a ainsi validé l'harmonisation des conditions matérielles applicables à tous les trois attributaires nonobstant le décalage chronologique dans l'attribution de leurs licences respectives. Cette harmonisation permettait d'assurer le respect du principe de non-discrimination, mais également de ne pas retarder l'émergence du marché des services UMTS. Adoptant une approche pragmatique de la notion d'avantage sélectif, il a jugé que l'alignement de la redevance d'Orange et de SFR sur celui de la société Bouygues n'était pas discriminatoire à l'égard de cette dernière.

Au contraire, cet alignement s'imposait, selon le Tribunal, pour respecter le principe de non-discrimination. Le retard d'Orange et de SFR dans le déploiement de leurs services a conduit à ce que leurs licences aient la même valeur que celle de la société Bouygues Télécom, même si elles les avaient obtenues un an et demi avant elle. Le respect du principe de non-discrimination impliquait ainsi d'appliquer le même montant aux trois opérateurs.

Organisée selon une soumission comparative, l'attribution des quatre licences de téléphonie mobile UMTS a été essentiellement fondée sur les engagements adoptés par les opérateurs en termes de qualité de service. En revanche, si l'État avait opté pour le mécanisme d'enchères « pures », il serait tenu d'attribuer les licences aux opérateurs offrant le prix le plus élevé, sans que des critères qualitatifs entrent en ligne de compte pour sa décision. Les enchères « pures » seraient étrangères à la culture de la régulation en France qui est ancrée dans le respect des exigences du service public. **Cependant, même dans l'hypothèse où l'administration déciderait de recourir à un mécanisme d'enchères « pures » aux fins d'attribuer une licence, elle pourrait toujours instiller des éléments qualitatifs dans le processus d'attribution à travers le cahier des charges.**

Or, le rôle de ce dernier ne se limite pas à permettre à l'administration de garantir le respect des impératifs liés au service public lorsqu'elle attribue une licence sur la base des enchères « pures ». Le cahier des charges occupe également une fonction

importante lorsque l'administration a recours au mécanisme de soumission comparative. Il s'érige ainsi en un instrument précieux de garantie de l'intérêt général, indépendamment de la procédure particulière d'attribution adoptée, le cas échéant, par l'administration.

B. Une protection de l'intérêt général garantie à travers le cahier des charges

L'administration reste compétente pour fixer les obligations du titulaire de la licence dans le cahier des charges annexé à celle-ci, indépendamment de la procédure d'attribution suivie. Ainsi, le fait de calquer l'attribution d'une licence uniquement sur le prix ne conduit pas à priver entièrement de l'administration de la possibilité d'imposer à son attributaire le respect des obligations revêtant un caractère non-économique. Cela devient possible grâce au cahier des charges annexé à l'autorisation.

Comme on l'a déjà noté, le mécanisme d'enchères « pures » a été utilisé pour la première fois en France à propos de l'attribution des fréquences dans la bande 700 MHz⁸⁰⁵. Dans son projet de décision proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution des autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 700 MHz⁸⁰⁶, l'Autorité a précisé que la procédure devait se dérouler sous la forme d'enchères ascendantes à plusieurs tours. Le ministre des communications électroniques a fixé un prix de réserve de 416 euros en dessous duquel les fréquences ne pouvaient pas être attribuées. La part fixe de la redevance a été établie en l'espèce uniquement en fonction du résultat des enchères. Cependant, même si aucun critère qualitatif n'est pris en compte pour la fixation du montant de la redevance, l'ARCEP a pu s'assurer de la qualité des prestations fournies par les attributaires en introduisant diverses obligations dans **le cahier des charges**.

Ce dernier figure comme un filet de sécurité dans la mesure où il permet de contrebalancer l'absence des critères qualitatifs dans la procédure d'attribution.

Les titulaires des licences dans la bande 700 MHz sont ainsi soumis aux sujétions classiques en ce qui concerne la couverture nationale, départementale ou des zones

⁸⁰⁵ V. *supra*, p. 266 s.

⁸⁰⁶ Ce projet est disponible sur le lien suivant : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/projdec-modalites-bande-700-juin2015.pdf.

rurales. Ils sont également tenus de réaliser une nouvelle obligation imposée par l'ARCEP consistant à assurer la couverture des trains du quotidien (TER, Transilien, RER).

Par conséquent, grâce au cahier des charges, le recours à un mécanisme d'enchères se concilie avec les exigences liées au service public. L'utilisation combinée d'un cahier des charges particulièrement exigeant et d'un mécanisme d'enchères « pures » permettrait éventuellement à l'État de tirer le plus grand profit de l'exploitation de son domaine, de nourrir des rapports de confiance avec les opérateurs sur le marché, la redevance due pour la délivrance de la licence étant fixée par eux-mêmes, et de s'assurer que des objectifs non-économiques sont respectés.

Or, si l'administration reste libre, dans le cadre des enchères, de conditionner l'attribution de la licence au respect de plusieurs obligations de service public en incluant celles-ci dans le cahier des charges, elle doit tenir compte du fait que l'attribution de la licence suite à une procédure d'enchères implique le versement d'une redevance élevée de la part de l'attributaire. Ainsi, le couplage de celle-ci avec plusieurs obligations de service public risquerait de décourager les opérateurs de participer au processus d'attribution, ces obligations impliquant d'investissements significatifs qui viennent s'ajouter au prix déjà important de la licence.

Le cahier des charges figure comme un outil précieux de régulation du marché. Il permet notamment d'assurer le respect d'un minimum d'obligations de service public liées notamment à la couverture et la qualité de service. Son rôle est primordial, peu importe le mécanisme d'attribution adopté, le cas échéant, par l'administration. Le contenu du cahier des charges diffère en fonction de la procédure d'attribution suivie. Dans l'hypothèse où la licence serait attribuée selon une procédure de soumission comparative, le cahier des charges reprendrait l'ensemble des engagements formulés par l'attributaire de la licence lors du stade de sa candidature. En revanche, dans le cas des enchères, le cahier des charges est confectionné par l'administration seule et comprend les obligations minimales que devra respecter le titulaire de la licence.

Lorsque l'administration décide de recourir à la procédure d'enchères, le cahier des charges s'offre pour elle comme un moyen de garantir que les composantes d'intérêt

général non économiques peuvent être respectées, voire conciliées avec l'impératif d'ouverture du marché à la concurrence⁸⁰⁷. Or, le cahier des charges joue un rôle important même lorsque la licence est attribuée suite à une soumission comparative. Dans cette hypothèse, l'administration fonde la délivrance de la licence essentiellement sur des critères liés à la qualité de la prestation fournie. **En matière de soumission comparative, le cahier des charges ne joue pas le rôle de filet de sécurité, mais figure comme un moyen destiné à pérenniser les rapports entre les attributaires de l'autorisation et l'administration et à faciliter sa mission de surveillance des opérateurs dans l'exécution de leurs engagements.** Il permet à l'administration de vérifier dans quelle mesure les opérateurs respectent les engagements pris, sous peine de se voir retirer leur licence. **Il est en ce sens une sorte de « Constitution » qui régit les rapports de force entre le marché et l'administration.**

Par exemple, la délivrance de la quatrième licence UMTS a été fondée sur les divers engagements des candidats concernant la couverture du territoire et la qualité de service, leurs relations avec les fournisseurs et les consommateurs et leurs actions visant à préserver l'environnement ou les emplois susceptibles d'être créés, sur la cohérence et la crédibilité du projet présenté, ainsi que sur la diversification des services et des offres tarifaires offerts. À chacun de ces critères a été affectée une note différente, les critères le plus importants étant la cohérence et la crédibilité du projet, ainsi que la couverture du territoire. L'attribution de la licence a été fondée sur les engagements que prennent les candidats sur tous ces critères définis à l'avance dans l'appel à candidatures et repris dans le cahier des charges. Le cahier des charges a permis de « graver dans le marbre » les divers engagements des opérateurs, ce qui rend plus facile le contrôle, par l'administration, de leur respect.

La question de l'exécution des engagements des opérateurs est liée à la question plus générale de la mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation. Comme on l'a déjà noté⁸⁰⁸, la notion d'acte administratif unilatéral de régulation comprend deux catégories d'actes : la première est composée des actes individuels qui permettent l'émergence d'un marché ou l'accès des opérateurs à un marché déjà existant, ainsi que

⁸⁰⁷ La fonction du cahier des charges se rapprocherait ainsi, en l'espèce, de la fonction que remplit le service universel au sein des marchés régulés.

⁸⁰⁸ V. *supra*, p. 39 s.

des actes réglementaires qui précisent les conditions d'exercice de la concurrence en son sein. Ceux-ci sont les actes administratifs unilatéraux de régulation *stricto sensu*. La seconde - celle qui nous intéressera principalement dans les développements suivants - comporte les actes de régulation par voie « d'intendance », à savoir ceux qui sont édictés par les autorités de régulation pour assurer le respect des actes appartenant à la première catégorie. Elle englobe deux types d'actes : ceux adoptés par les autorités de régulation en matière de règlement des différends et de sanction. L'acte administratif unilatéral devient ainsi un mécanisme complet de régulation du marché. C'est à travers cet instrument classique du droit administratif que l'administration crée un marché, suit son évolution, encadre l'exercice de la concurrence en son sein, tranche les différends entre les divers opérateurs ou impose des sanctions à ceux-ci lorsqu'ils violent leurs obligations.

L'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation *stricto sensu* a permis de révéler les évolutions que connaît la théorie de l'acte administratif unilatéral lorsqu'elle interfère avec la régulation : la profonde mutation institutionnelle induite par la prolifération des autorités administratives indépendantes est complétée par des changements notables au niveau de la confection des actes administratifs qu'elles édictent. La technique unilatérale est atténuée par la mise en place des processus participatifs qui renforcent le rôle des opérateurs au sein des dispositifs décisionnels. Les opérateurs se situent également au cœur des mécanismes d'attribution des autorisations délivrées en matière de régulation.

Ayant déjà exploré le terrain de l'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation *stricto sensu*, il convient d'examiner les questions que pose leur mise en œuvre.

Conclusion du chapitre 2

L'acte administratif unilatéral revêt une importance particulière lorsque l'administration est appelée à allouer des ressources rares au sein d'un marché régulé, dans la mesure où il constitue l'instrument optimal de gestion de la rareté.

Le régime des autorisations d'accès aux ressources rares édictées en matière de régulation est complexe et répond à diverses préoccupations.

Les licences de téléphonie mobile figurent comme l'exemple le plus significatif de tels actes. Elles constituent à la fois des titres d'occupation privative du domaine public, une source de privilèges dans la concurrence, une modalité de création d'un marché et un instrument d'allocation des ressources rares (fréquences hertziennes). Cette nature composite appelle leur soumission à des règles diverses, issues du droit de la domanialité publique, du droit de l'Union ou du droit de la concurrence.

L'attribution de ces licences figure comme une occasion pour l'administration d'exercer sa fonction de régulation. À travers le choix du mode d'attribution, elle peut faire prévaloir tel ou tel objectif de régulation. D'un côté, la soumission comparative, privilégiée en France en matière d'attribution des licences de téléphonie mobile, est plus proche de la conception française de régulation, dans la mesure où elle postule que le choix de l'attributaire soit notamment déterminé selon des critères qualitatifs. De l'autre côté, les enchères correspondent mieux à l'objectif d'efficacité économique et constituent un processus moins interventionniste. Or, toutes les deux procédures présentent le mérite de permettre la réduction de l'asymétrie des informations entre l'administration et les opérateurs et, par conséquent, la meilleure appréciation de la valeur de la licence. C'est ainsi qu'elles servent finalement la réalisation des objectifs du droit de la domanialité publique.

Le recours à un mécanisme de mise en concurrence à propos de l'attribution d'une licence délivrée au sein d'un marché régulé s'impose lorsque se rencontrent la rareté d'une ressource et la convoitise économique. Le caractère unilatéral des licences ne peut pas faire obstacle à la mise en œuvre de ce processus.

La mise en concurrence des opérateurs intéressés par l'obtention d'une autorisation d'accès aux ressources rares contribue à la consolidation de leur place au sein du processus décisionnel. Ceux-ci participent, le cas échéant, par la fixation du prix (enchères) ou par leurs engagements (soumission comparative), à la détermination des conditions de la licence. Ils sont ainsi loin d'être les simples destinataires d'un acte édicté par l'administration selon un processus unilatéral « sec ».

Conclusion du titre 2

Le régime d'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation est marqué par *une atténuation du procédé unilatéral* qui est liée à la prise en compte des *opérateurs économiques*, destinataires de ces actes, dans le cadre du processus décisionnel.

L'assouplissement de la technique unilatérale se manifeste à deux égards. Il est perceptible, d'abord, au niveau de l'*élaboration* des actes administratifs unilatéraux de régulation.

En effet, les autorités de régulation associent de plus en plus les opérateurs économiques aux différents dispositifs de prise de décision. Réalisée grâce à des mécanismes consultatifs, l'association des opérateurs à l'élaboration des décisions adoptées en matière de régulation permet aux régulateurs d'exercer leur mission plus efficacement. Elle contribue à ce qu'ils acquièrent des connaissances techniques qui leur sont nécessaires pour la confection de leurs actes. En outre, elle facilite l'exécution des décisions adoptées : les opérateurs sont plus enclins à exécuter une décision dont ils ont précisé le contenu en concertation avec l'administration.

Or, le procédé unilatéral ne s'atténue pas seulement à propos de l'élaboration des actes administratifs unilatéraux de régulation, mais également à propos de l'*attribution* des autorisations d'accès aux ressources rares. Les opérateurs se situent, de même, au cœur des mécanismes d'attribution de ces actes. Leur participation aux processus de mise en concurrence mis en place par les autorités de régulation est nécessaire pour que ces dernières puissent réaliser les objectifs de régulation qui leur sont assignés.

L'importance cruciale que revêtent les opérateurs dans l'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation révèle le caractère spécifique de ces actes : centrés sur la protection du marché dans son ensemble et procédant d'une collaboration entre les autorités de régulation et les opérateurs, les actes administratifs unilatéraux de régulation ne sont unilatéraux que sur la forme.

Conclusion de la partie I

Dans le cadre de l'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation s'entremêlent divers règles et objectifs. Les règles classiques du droit administratif rejoignent, en l'espèce, le droit de la domanialité publique, le droit constitutionnel et le droit de l'Union européenne. En outre, l'objectif d'efficacité se trouve en tension permanente avec la hiérarchie des normes.

Cette mosaïque des règles et des objectifs donne naissance à des actes hybrides. Les autorisations d'accès au marché, actes individuels, sont attribuées à titre onéreux et selon une procédure de mise en concurrence, empruntant à des mécanismes d'attribution des contrats administratifs. Elles sont à la fois une source d'enrichissement de l'État, un moyen de réalisation des impératifs du service public et une modalité de mise en œuvre du droit de l'Union. De plus, l'élaboration des actes réglementaires qui précisent les conditions du fonctionnement concurrentiel du marché est notamment menée en application des mécanismes consultatifs qui recèlent des exigences analogues à la motivation et confèrent à ces actes une apparence d'acte individuel.

Le régime applicable à l'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation est incohérent. Il diverge selon le secteur concerné. Ces actes sont édictés dans la plupart des cas par des autorités de régulation disposant de la personnalité morale ou revêtant la forme d'autorités publiques indépendantes. Le pouvoir réglementaire de ces autorités diffère dans ses conditions d'exercice. En outre, le recours à la consultation des opérateurs est en principe facultatif pour elles.

Malgré leur diversité, les règles applicables à l'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation se réunissent finalement par la finalité de régulation qu'elles poursuivent : les autorités de régulation sont indépendantes pour mieux servir les objectifs de régulation, leur pouvoir réglementaire est un instrument de régulation, le recours à la consultation des opérateurs contribue à ce qu'elles soient à l'écoute du marché, et le choix de telle ou telle modalité d'attribution des licences d'accès aux ressources rares leur permet de façonner le marché à leur gré.

Perceptible durant toutes les étapes de l'adoption des actes administratifs étudiés, cette fonction unificatrice de la régulation se poursuivrait-elle au stade de leur mise en œuvre ?

PARTIE II : LA MISE EN ŒUVRE DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX DE RÉGULATION

La régulation du marché vise la satisfaction de l'intérêt général, qui passe entre autres par la réalisation des objectifs liés à l'efficacité économique. Le processus d'adoption des actes administratifs unilatéraux édictés en matière de régulation est fortement marqué par ces objectifs. C'est à l'impératif d'efficacité économique que satisfait le recours des autorités de régulation à des processus de concertation lors de l'élaboration des actes administratifs unilatéraux qu'elles adoptent pour réguler le marché. C'est une finalité économique que poursuit également l'attribution des licences de téléphonie mobile selon un mécanisme de mise en concurrence, dans la mesure où elle participe à la meilleure valorisation du domaine public hertzien.

L'objectif d'efficacité économique transcende le cycle de vie des actes administratifs unilatéraux adoptés en matière de régulation et contribue à la mutation de leur régime. Il influe non seulement sur leur adoption, mais également sur leur mise en œuvre.

Or, que comprend la mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation ?

Le terme « mise en œuvre » n'apparaît nulle part dans les chapitres des ouvrages de droit administratif consacrés aux actes administratifs unilatéraux. La terminologie utilisée dans ceux-ci pour décrire l'étape qui suit l'adoption des actes administratifs unilatéraux est très variable. Les professeurs Lombard, Dumont, Sirinelli, Gaudemet, Petit, Frier et Truchet emploient le terme « *exécution* »⁸⁰⁹, alors que les professeurs Waline, Gonod, Melleray et Yolka optent pour le terme « *application* »⁸¹⁰. En outre, le professeur Chapus utilise les expressions « *entrée en vigueur* » et « *devoir d'obéissance aux décisions administratives et ses sanctions* »⁸¹¹. Finalement, Bernard Stirn et Yann

⁸⁰⁹ M. LOMBARD, G. DUMONT et J. SIRINELLI, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 253-256 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, LGDJ, 2015, p. 283 s., not. p. 290 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 2015, p. 241 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif, op. cit.*, p. 381.

⁸¹⁰ P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Dalloz, 2011, p. 202 s., not. p. 206 ; J. WALINE, *Droit administratif*, 25^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2014, p. 436 s.

⁸¹¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit public », Tome 1, 2001, p. 1091 s. et p. 1171.

Aguila se réfèrent à la « sanction »⁸¹², et le professeur Seiller aux « effets » des actes administratifs, évitant ainsi l'emploi des mots « exécution » ou « application ».

Aucun de ces termes ne nous paraît pertinent pour désigner la réalisation du contenu normatif des actes administratifs unilatéraux adoptés en matière de régulation. Seul le vocable de « mise en œuvre » nous paraît adapté en la matière. La notion de mise en œuvre comprend certes celle d'exécution, mais elle va bien au-delà de cette dernière.

L'« exécution » de l'acte administratif unilatéral comporte toute action visant à « "réaliser" *in concreto* ses effets »⁸¹³. Par exemple, en matière de régulation, l'exécution d'une licence de téléphonie mobile implique que son titulaire procède aux investissements nécessaires pour déployer son réseau et qu'il offre ses services conformément aux obligations souscrites lors de l'attribution de l'acte. L'exécution permet l'inscription de la norme « à la réalité sensible »⁸¹⁴. Elle est l'« entéléchie » de la norme⁸¹⁵. C'est à travers sa propre exécution que la norme trouve sa perfection, qu'elle devient réalité.

Le professeur Y. Gaudemet note à propos de l'exécution des actes administratifs qu'il arrive : « (...) que l'exécution des actes administratifs ne soulève pas de difficultés particulières : c'est le cas lorsque l'exécution ne nécessitant ni acte juridique ni acte matériel particulier, la modification de l'ordonnancement juridique que provoque l'acte suffit à en assurer l'exécution : également lorsque l'acte a pour destinataire l'administration elle-même ou lorsque la norme qu'il pose est une norme permissive (une autorisation par exemple). Enfin, en général, l'exécution des actes administratifs

⁸¹² Y. AGUILA et B. STIRN, *Droit public français et européen*, 2014, Dalloz, coll. « Amphi », p. 258 s. ; B. SEILLER, *Droit administratif. Tome 2 : l'action administrative, op. cit.*, p. 175 s.

⁸¹³ C. MILHAT, *L'acte administratif, entre processus et procédures*, Éditions du Papyrus, Paris, 2007, p. 87.

⁸¹⁴ G. DUPUIS, *Les privilèges de l'administration* (dactyl.), Thèse, Paris, 1962, p. 293.

⁸¹⁵ Inventé par Aristote, ce terme renvoie à la distinction entre acte et puissance. Le mot grec pour « entéléchie », c'est « ἐντελέχεια » (grec ancien). L'« entéléchie » désigne la force par laquelle un objet sans forme passe d'un premier état, celui de la possibilité, à un second, celui de la réalité. Cette force est envisagée par rapport au but auquel elle tend (le mot « entéléchie » comprend le mot « télos » (« τέλος ») qui signifie, en grec ancien, la « fin », conçue comme but. Aristote note, par exemple, que : « (...) l'âme est l'entéléchie première d'un corps naturel possédant la vie en puissance ». V. ARISTOTE, *De l'âme*, II, I, 412a (trad. A. JANNONE, E. BARBOTIN, Paris, Les belles lettres-CUF, 1996). Sur la composition du mot, v. l'entrée « ἐντελέχεια », in H. G. LIDDELL, R. SCOTT et H. S. JONES, *A Greek-English Lexicon (L.S.J.)*, avec un supplément édité par E. A. BARBER, Oxford, Clarendon Press, 1968 (suppl. révisé par P. G. W. GLARE, Oxford, Clarendon Press, 1996).

sera volontaire, spontanée. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Il faut donc prévoir l'hypothèse où l'intéressé ne se soumettrait pas et aménager des moyens pour amener l'acte à exécution »⁸¹⁶.

Si cette affirmation vaut pour la plupart des autorisations administratives, l'exécution des autorisations délivrées au sein des marchés régulés se poursuit très rarement sans problème. Elle peut être entravée par le titulaire de la licence ou, plus fréquemment, par ses concurrents. L'exercice, par les autorités de régulation, de leur pouvoir de sanction, permet de remédier à l'inexécution, par les titulaires des autorisations, des différents engagements pris lors de leur attribution. En outre, la sollicitation des autorités de régulation sur le fondement de leur pouvoir de règlement des différends permet de résoudre les litiges pouvant surgir tout au long de la réalisation, par les titulaires des licences, des diverses obligations pesant sur eux en vertu de ces actes ou de la réglementation en vigueur.

La notion d'exécution implique que l'on se situe seulement du côté du destinataire de l'acte administratif. C'est à celui-ci qu'il incombe d'« exécuter » l'acte qui lui fut attribué. En cas de refus, le droit doit prévoir des mécanismes efficaces destinés à contraindre le destinataire d'une autorisation administrative à assurer son exécution.

Or, comme on l'a déjà souligné, les difficultés qui peuvent se présenter à propos de la réalisation du contenu des actes administratifs unilatéraux adoptés en matière de régulation n'émanent que très rarement de leurs destinataires. Il conviendrait ainsi d'opter pour l'expression « mise en œuvre », celle-ci étant suffisamment large pour inclure le cas des contestations émises par les concurrents du titulaire d'une autorisation délivrée au sein d'un marché régulé.

L'emploi de cette expression se justifie également pour d'autres raisons. La « mise en œuvre » d'une autorisation d'accès à une ressource rare, comme c'est le cas des autorisations d'occupation du domaine public hertzien, est assurée non seulement à travers son « exécution », mais également à travers sa cession et grâce à l'adaptation du régime applicable à son retrait ou à son abrogation par l'administration. La cession d'un

⁸¹⁶ Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 290.

tel acte conduit à la transmission des droits, des obligations et, notamment, de la valeur économique qui lui sont rattachés. Le régime de « mise en œuvre » des actes administratifs unilatéraux de régulation dépasse ainsi l'idée de la simple réalisation de leur contenu normatif.

Qui plus est, le terme « mise en œuvre » permet de rendre compte de la pluralité des acteurs qui interviennent suite à l'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation, aux fins de réaliser, renforcer ou même anéantir leurs effets. Plus précisément, la mise en œuvre de ces actes est assurée par l'administration (Titre 1) et par le juge (Titre 2).

Titre 1. La mise en œuvre des actes par l'administration

Compétentes pour adopter les actes administratifs unilatéraux de régulation, les autorités de régulation sont également chargées d'assurer leur mise en œuvre. Ayant dans un premier temps créé un marché donné *via* l'adoption des actes, elles finalisent leur œuvre régulatrice grâce à leur mise en œuvre.

Comme on l'a déjà noté, le choix du mécanisme d'attribution d'une autorisation d'occupation du domaine public hertzien est à lui seul une modalité de régulation du marché. Lorsque l'ARCEP décide notamment de recourir à une procédure de soumission comparative aux fins d'attribuer une licence de téléphonie mobile, elle peut établir différents critères, en attribuant à chacun d'entre eux le coefficient qu'elle estime utile. La pondération des critères d'attribution permet de hiérarchiser les objectifs de régulation. Les engagements des opérateurs sont formulés sur la base de ces critères et repris ensuite dans leurs autorisations.

L'ARCEP est non seulement compétente pour attribuer des licences d'utilisation de fréquences, mais doit également contrôler si les opérateurs mettent en œuvre ces actes de manière conforme aux engagements qu'ils avaient entrepris à l'issue du processus de mise en concurrence mené par l'Autorité et qui sont inclus dans leurs autorisations. Le contrôle du respect de ces engagements, auquel procède l'ARCEP, est crucial dans la mesure où chacun d'entre eux correspond à un objectif de régulation posé par elle. Ce contrôle lui permet ainsi de garantir la continuité du mécanisme de régulation et l'effet utile de l'attribution des actes.

L'ARCEP doit veiller non seulement à la réalisation des obligations émanant des engagements des opérateurs, mais également de celles qu'elle a elle-même incluses dans le cahier des charges annexé à ces autorisations.

Lorsque les opérateurs se conforment spontanément aux engagements souscrits lors de l'appel à candidatures, la mise en œuvre des actes est assurée de manière optimale, sous réserve qu'il n'y ait aucune contestation de la part des autres opérateurs.

Cependant, dans certaines hypothèses, il se peut que la mise en œuvre d'une licence génère des conflits, liés notamment au refus de son titulaire de permettre à ses concurrents d'accéder au marché en question. Dans ce cas, la mise en œuvre efficace de cet acte peut nécessiter l'intervention de l'autorité de régulation concernée dans le cadre de sa compétence de règlement des différends.

Ainsi, le rôle de l'administration dans la mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation ne se limite pas à l'exercice d'une mission de contrôle de la réalisation, par les opérateurs, des obligations pesant sur eux en vertu de leurs licences et à l'imposition des sanctions à leur égard lorsqu'ils ne s'y conforment pas. Elle comprend également une fonction d'accompagnement des opérateurs dans la réalisation de ces obligations. Celle-ci est assurée grâce au pouvoir de règlement des différends dont disposent les autorités de régulation qui s'avère être un outil efficace de régulation du marché. Ce pouvoir mérite un examen particulier, dans la mesure où il se range difficilement dans les catégories classiques.

Les *sanctions* et les *décisions de règlement des différends* sont des actes administratifs unilatéraux de régulation « de second rang » ou des actes administratifs unilatéraux de régulation « par voie d'intendance » : elles ne visent pas directement à construire un certain marché, mais à assurer l'effectivité, voire la meilleure *mise en œuvre*, des actes poursuivant directement un tel objectif. Plus précisément, les sanctions sont des *instruments de mise en œuvre* des autorisations d'accès au marché, alors que les décisions adoptées en matière de règlement des différends sont un complément nécessaire aux actes réglementaires adoptés par les autorités de régulation.

La mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation est également réalisée grâce à l'application d'un *régime juridique* particulier qui se caractérise notamment par la prise en compte de la valeur économique rattachée à ses actes et par l'impératif de protection du marché dans son ensemble. L'étude du *régime* (Chapitre 1) et des *outils* (Chapitre 2) de mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation par l'administration révèle l'existence d'un système complexe de régulation fondé sur l'acte administratif unilatéral, qui vient s'ajouter à celui composé des actes de droit souple.

Chapitre 1. Le régime de mise en œuvre

Le régime de mise en œuvre des autorisations d'accès aux ressources rares est notamment marqué par la prise en compte de leur valeur économique. Les opérateurs qui sont en possession d'une telle autorisation disposent d'un avantage dans la concurrence qui est valorisable en argent. Il se pose ainsi naturellement la question de la transmissibilité de ces actes, voire de leur patrimonialisation.

La mise en œuvre des autorisations d'accès aux ressources rares au sein des marchés régulés comprend non seulement la réalisation de leur contenu, mais également leur **cession**. Cette dernière est **une modalité de création d'un marché secondaire**. En matière de communications électroniques par exemple, le marché de la cession des licences de téléphonie mobile est un marché secondaire qui vient s'ajouter au marché primaire créé par leur attribution. Dans les deux cas, c'est une opération liée à un acte administratif qui donne naissance à un certain marché.

Cette finalité régulatrice justifie les aménagements apportés au régime des actes en question. En ce qui concerne les autorisations d'occupation du domaine public hertzien en particulier, leur caractère cessible contraste avec le caractère *intuitu personae* des autorisations d'occupation du domaine public, voire, de manière plus générale, avec le caractère *intuitu personae* des actes administratifs unilatéraux⁸¹⁷.

Des développements précédents, il s'ensuit que la mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation est assurée non seulement à travers des mécanismes coercitifs ou d'un dispositif de résolution de règlement des différends, mais également grâce à un régime particulier qui déroge aux règles classiques de la domanialité publique et au caractère personnel des autorisations administratives.

Tant les limitations posées à l'abrogation de certaines autorisations délivrées au sein des marchés régulés que la possibilité reconnue au profit de leurs destinataires de les céder onéreusement facilitent la mise en œuvre de ces actes. Leur cession permet le perfectionnement du processus de régulation qui a été entamé déjà par leur délivrance.

⁸¹⁷ T. PEZ, « Communication numérique et domaine public hertzien », *op. cit.*, p. 401 s.

Dans un article intitulé « Les techniques unilatérales d'intervention des autorités publiques sur le marché », le professeur J. Sirinelli s'interroge sur l'émergence éventuelle d'une nouvelle catégorie d'acte administratif, « (...) celle de « l'acte unilatéral de marché », à laquelle pourraient se rattacher les techniques d'intervention unilatérale de l'autorité publique »⁸¹⁸. L'« acte unilatéral de marché » auquel se réfère le professeur se distingue clairement des actes que l'on regroupe sous le vocable d'« actes administratifs unilatéraux de régulation », dans la mesure où son champ d'application s'étend au-delà des marchés régulés⁸¹⁹. En outre, à la différence des « actes administratifs unilatéraux de régulation », qui visent la création d'un certain marché, l'« acte unilatéral de marché », tel que défini par le professeur Sirinelli, est « (...) celui qui affecte le fonctionnement d'un marché **déterminé** »⁸²⁰.

Les deux types d'actes sont caractérisés par leur ouverture, c'est-à-dire « par l'idée de participation des intéressés » à leur élaboration⁸²¹. Or, comme on l'a déjà vu, en matière d'actes administratifs unilatéraux de régulation, cette participation revêt une importance particulière dans la mesure où les « intéressés » à l'élaboration de ces actes sont également leurs destinataires. La participation est ainsi envisagée comme une modalité d'association du destinataire de l'acte administratif à sa confection, ce qui contraste avec la technique unilatérale « pure » et fait du destinataire de l'acte un co-acteur de la fabrication de la norme.

S'il y a ainsi un véritable rapprochement entre les deux types d'actes, celui-ci consiste en leur européanisation⁸²². Le droit de l'Union européenne a favorisé la création des autorités de régulation en encadrant en même temps l'autonomie dont disposent les États membres dans la définition de leurs pouvoirs. Les actes qu'adoptent ces autorités

⁸¹⁸ J. SIRINELLI, « Les techniques unilatérales d'intervention des autorités publiques sur le marché », in S. DORMONT, T. PERROUD (dir.), *Droit et marché*, coll. « Droit et Économie », LGDJ – lextenso éditions, 2015, p. 81 s., spéc. p. 90.

⁸¹⁹ Par exemple, le professeur fait entrer dans sa définition de l'« acte unilatéral de marché », le décret n° 2009-1663 du 29 décembre 2009 modifiant le décret n° 90-897 du 1er octobre 1990 portant réglementation des artifices de divertissement (JORF n°0302 du 30 décembre 2009, p. 22692). En ce sens, v. J. SIRINELLI, « Les techniques unilatérales d'intervention des autorités publiques sur le marché », *ibid.*

⁸²⁰ J. SIRINELLI, *ibid.*, p. 91 (nous soulignons).

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² *Ibid.*, p. 93.

sont le fruit de l'interaction entre droit national et droit de l'Union. Ce dernier influe d'abord sur les mécanismes nationaux d'adoption des autorisations d'accès au marché. Si le droit de l'Union ne prévoit pour l'instant aucune obligation à l'égard des autorités de régulation nationales compétentes en matière d'énergie ou de transport ferroviaire de recourir à des procédures participatives, il impose la mise en place de tels processus en matière de communications électroniques. En outre, il pousse vers la tenue des processus de mise en concurrence lorsqu'est en cause l'attribution d'une autorisation d'accès à une fréquence rare.

Le mouvement d'eupéanisation se poursuit au stade de la mise en œuvre de ces actes. Par exemple, la possibilité de cession de certaines autorisations adoptées au sein des marchés régulés est directement prévue par le droit de l'Union qui l'envisage comme une modalité permettant la réalisation du marché commun. La cession d'une telle autorisation est ainsi à la fois une modalité de régulation et de mise en œuvre du droit de l'Union.

Le régime applicable à la cession des autorisations d'accès aux ressources rares est spécifique, dans la mesure où il vise à satisfaire la meilleure réalisation de la finalité de régulation qu'elles poursuivent. L'administration intervient pour encadrer les opérations de cession de ce type d'autorisations, dont le caractère cessible figure comme une dérogation au caractère *intuitu personae* des actes administratifs unilatéraux (Section 1). Elle doit notamment faire en sorte que ces actes ne soient pas cédés selon une logique commerciale pure, leur cession connaissant des limites qui sont liées à diverses préoccupations concurrentielles (Section 2).

Section 1. Le caractère cessible des autorisations d'accès aux ressources rares

Les autorisations qui ouvrent l'accès aux ressources rares au sein d'un marché régulé recèlent une valeur économique importante pour leurs titulaires dans la mesure où elles sont contingentées et figurent en même temps comme une condition d'exercice d'une activité économique.

Lorsque l'administration attribue une telle autorisation, elle confère à son titulaire un privilège dans la concurrence par rapport à ses concurrents. L'intégration d'une valeur économique dans le patrimoine d'une personne physique ou morale fait ressortir tout naturellement la question de sa transmissibilité. Le bénéficiaire de la valeur devrait pouvoir la commercialiser pour en tirer le plus grand profit. Or, en l'espèce, la valeur ne naît pas d'une transaction commerciale, mais d'un processus administratif qui vise la réalisation de l'intérêt général. Elle émane d'un acte administratif.

Toute opération de cession d'un acte administratif doit satisfaire l'intérêt général. Ainsi, les autorisations qui ouvrent l'accès à l'exercice d'une activité économique sur le marché ne peuvent pas être « vendues » en application d'une logique purement commerciale. L'intérêt général figure à la fois comme finalité et limite à leur cession.

L'intérêt général est satisfait en l'espèce par le fait que la cession de ces autorisations permet la création d'un marché secondaire. Il est également garanti par la surveillance exercée par l'administration sur le projet de cession concerné. La cession des autorisations d'exploitation des fréquences hertziennes en est une illustration caractéristique. D'un côté, elle participe à la régulation du marché dans la mesure où elle fait naître un marché secondaire des fréquences. De l'autre côté, cette opération reste maîtrisée par l'ARCEP qui veille à ce que les objectifs de régulation qu'elle a initialement posés lors de l'attribution de ces actes soient respectés et que les parties à la cession n'instrumentalisent pas ce processus pour entraver le fonctionnement concurrentiel du marché.

Le caractère cessible des autorisations d'accès aux ressources rares est une conséquence nécessaire de leur valeur économique et participe à leur patrimonialisation (§ 1). La jurisprudence de la CourEDH relative aux autorisations présentant un intérêt financier pour leur titulaire vient renforcer ce processus de patrimonialisation, dans la mesure où elle pourrait être mobilisée pour conférer aux autorisations d'accès aux ressources rares la protection de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel de la ConvEDH relatif au droit de la propriété (§ 2).

§ 1. Un corollaire de la valeur économique des autorisations

S'interrogeant sur le point de savoir si les autorisations administratives pouvaient finalement devenir des biens meubles, le professeur Yves Jégouzo note que cette question « (...) est évidemment incongrue si on se réfère aux principes les plus classiques du droit administratif »⁸²³. Il ajoute toutefois que « (...) les autorisations administratives ayant une valeur économique croissante (...), la logique du droit économique tend de plus en plus à en faire évoluer le régime. A tel point que c'est désormais leur nature qui est en cause »⁸²⁴. Dans la même ligne de pensée, le professeur François Brenet note que le phénomène de « marchandisation » des autorisations administratives « invite à réfléchir sur leur véritable nature et à s'interroger notamment sur le point de savoir si elles demeurent d'authentiques autorisations administratives au sens où on l'entend habituellement et si elles ne forment pas plutôt une catégorie particulière d'autorisations administratives »⁸²⁵.

Les actes administratifs unilatéraux constituent des moyens d'action de l'administration, par lesquels elle exerce la puissance publique et vise à satisfaire l'intérêt général. Ces fonctions paraissent *a priori* peu compatibles avec leur « marchandisation »⁸²⁶, voire leur « vénalité »⁸²⁷, leur « commercialité »⁸²⁸, leur « patrimonialité »⁸²⁹ ou leur « patrimonialisation »⁸³⁰. Parmi ces différentes expressions, on retient ici celle de « patrimonialisation » parce qu'« elle rend compte d'une évolution en même temps qu'elle retranscrit l'idée que certaines autorisations administratives peuvent faire l'objet d'une appropriation, d'une évaluation pécuniaire et d'une cession »⁸³¹.

⁸²³ Y. JÉGOUZO, « Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ? », *AJDA* 2004, p. 945.

⁸²⁴ *Ibid.*

⁸²⁵ F. BRENET, « La patrimonialisation des autorisations administratives - Réalités et implications », *DA*, août-septembre 2007, p. 15 s., spéc. p. 20.

⁸²⁶ *Ibid.*

⁸²⁷ H. LAULHÉ, « La vénalité des actes administratifs », *AJDA* 1961, p. 424.

⁸²⁸ T. SOLEILHAC, « Vers une commercialité des autorisations administratives », *AJDA* 2007, p. 2178

s.

⁸²⁹ V. RFDA, dossier spécial : « La patrimonialité des actes administratifs », 2009, p. 1 s..

⁸³⁰ F. BRENET, « La patrimonialisation des autorisations administratives - Réalités et implications », *op. cit.*

⁸³¹ *Ibid.*, pp. 16-17.

Naguère qualifié de « manœuvre coupable », voire d'« acte immoral sinon délictueux »⁸³², le fait de faire commerce d'actes administratifs est aujourd'hui permis et encadré par la loi. Le phénomène de la patrimonialisation des actes administratifs unilatéraux acquiert une importance particulière en matière de régulation, où se rencontrent l'impératif de gestion de la rareté, diverses préoccupations économiques et la poursuite des objectifs de service public.

L'appréhension de l'acte administratif unilatéral en tant que bien marchand a des effets sur le comportement des opérateurs intéressés par son obtention. Ceux-ci tiennent compte de sa valeur économique lors de la détermination de la politique relative à son acquisition. Le fait de savoir qu'une autorisation, une fois obtenue, peut ensuite être cédée contre un certain prix rend cet acte un objet de « calcul économique »⁸³³, un élément qui détermine largement la stratégie des opérateurs.

La patrimonialisation des autorisations d'accès aux ressources rares octroyées au sein des marchés régulés est la première conséquence de leur valeur économique. Elle implique notamment que ces actes puissent être cédés contre paiement d'un prix. Le cessionnaire d'un tel acte est tenu de le porter à l'actif de son bilan, tout en s'assurant que cette inscription soit opérée « à une valeur qui ne soit pas seulement celle résultant des coûts d'acquisition, mais celle résultant de l'observation des prix du marché »⁸³⁴.

La valeur économique que recèlent les autorisations d'accès aux ressources rares en matière de régulation est reconnue par l'ordre juridique français qui favorise leur patrimonialisation. Étant donné que la cession de ces actes constitue un mode de régulation du marché, elle ne peut pas être entièrement laissée aux opérateurs. Elle reste maîtrisée par l'administration (A). Le degré de contrôle de l'administration sur l'opération de cession d'une autorisation d'accès au marché figure comme un critère permettant d'apprécier le degré de patrimonialisation de cet acte (B).

⁸³² Expressions empruntées à B. CHENOT. V. ses conclusions sur CE, sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier* (Rec. 1944, p. 133), in D. 1945, p. 110.

⁸³³ F. BATAILLER, « Les "beati possidentes" du droit administratif (Les actes unilatéraux créateurs de privilèges) », *RDP* 1965, p. 1051 s., spéc. p. 1055.

⁸³⁴ D. RAPONE, « La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques », *RFDA* 2009, p. 41.

A. Un contrôle administratif nécessaire sur les projets de cession

La reconnaissance, au profit des titulaires d'une autorisation d'accès aux ressources rares au sein des marchés régulés, d'une possibilité de la céder contre un prix constitue une dérogation au caractère *intuitu personae* des actes administratifs unilatéraux. Cependant, le fait que c'est un acte administratif qui est cédé implique que l'opération de cession soit placée sous le contrôle de l'administration. La cession d'une autorisation d'accès à une ressource rare au sein d'un marché régulé déplace le curseur de la régulation vers les opérateurs : ce n'est plus l'administration qui régule le marché, mais les entreprises elles-mêmes. À travers le contrôle exercé sur les projets de cession, l'administration veille à ce que la cession n'aboutisse pas au transfert de ses pouvoirs de régulation aux opérateurs.

Étant expressément permise par le droit de l'Union, la cession figure comme une exception à la règle selon laquelle les pouvoirs publics ne peuvent pas confier des pouvoirs de régulation aux opérateurs. Dans un souci de garantir la séparation entre opérateur et régulateur, le droit de l'Union interdit aux autorités administratives qui disposent, d'une manière générale, d'un pouvoir de réglementer un marché donné, de déléguer ce pouvoir à des opérateurs privés. Il revient à l'État seul de prendre des décisions en matière économique. Sinon, les opérateurs pourraient s'entendre pour établir une réglementation favorisant leurs propres intérêts.

Le juge de l'Union s'est prononcé pour la première fois sur la question de savoir si les opérateurs peuvent se voir confier un pouvoir de réguler le marché en 1985 dans une affaire concernant *British Télécom*⁸³⁵. Organisée à l'époque sous la forme d'entreprise publique, *British Télécom* était l'opérateur monopolistique dans le secteur des communications électroniques au Royaume-Uni. La loi confiait à cet opérateur un pouvoir réglementaire important qui consistait tant en la fixation des tarifs que des conditions d'accès au marché. L'installation, en Royaume-Uni, des agences chargées de réexpédition de messages qui concurrençaient l'entreprise *British Télécom*, ont conduit celle-ci à édicter diverses réglementations restrictives de la concurrence. La Cour a censuré cette pratique de l'opérateur, en considérant qu'elle était assimilée à une

⁸³⁵ CJCE, 20 mars 1985, *Italie c/ Commission*, aff. 41/83, Rec. 873 (affaire dite « British Telecom »).

activité économique, ce qui permettait de considérer que *British Télécom* avait commis un abus de position dominante.

L'interdiction de confier aux opérateurs des pouvoirs de réglementation trouve son fondement dans la notion de conflit d'intérêts⁸³⁶. Il existe notamment le risque que l'opérateur disposant d'un tel pouvoir l'utilise finalement pour promouvoir ses propres intérêts commerciaux et non pas pour satisfaire l'intérêt général. Ainsi, la délégation de telles prérogatives à une entreprise par l'État permet à celle-ci de porter atteinte à la concurrence⁸³⁷.

Le juge de l'Union considère que l'interdiction de doter les entreprises d'un pouvoir normatif dans leur secteur d'activité se justifie par le besoin d'assurer l'égalité des chances entre les différents opérateurs sur le marché⁸³⁸. Pilier de la régulation, la séparation des fonctions de régulateur et d'opérateur se poursuit dans la séparation entre la fonction de l'État régulateur et celle de l'État propriétaire ou actionnaire⁸³⁹, comme a pu l'affirmer la Cour dans les arrêts *Decoster et Thailander*⁸⁴⁰. Dans ce dernier, le juge de l'Union a considéré que le fait de confier à une même administration les « fonctions d'exploitation du réseau public, de la mise en œuvre de la politique commerciale des télécommunications, de la formalisation des spécifications techniques, du contrôle de leur application et de l'agrément des appareils terminaux, ne sauraient être considérées comme indépendantes l'une de l'autre au sens tant de l'article 6 de la directive n° 88/301, selon lequel l'entité chargée de la formalisation des spécifications techniques, du contrôle de leur application et de l'agrément doit être indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens et/ou des services dans le domaine

⁸³⁶ Sur cette notion en droit de l'Union, v. CJCE, 19 mars 1991, *France c/ Commission*, aff. C-202/88, Rec. I. 1223 (affaire dite des « terminaux de télécommunications ») ; CJCE, 13 déc. 1991, *RTT c/ GB-INNO-BM*, aff. C-18/88, Rec. I. 5973.

⁸³⁷ R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée ? », *op. cit.*, p. 495.

⁸³⁸ CJCE, 19 mars 1991, *France c/ Commission*, *op. cit.*, pts 51 et 52 ; CJCE, 13 déc. 1991, *RTT c/ GB-INNO-BM*, *op. cit.*, pts 25 et 26.

⁸³⁹ En ce sens, v. G. ECKERT et J.-P. KOVAR, « Entreprises publiques », *Répertoire Dalloz droit européen*, 2011 (dernière actualisation : janvier 2016), n° 103.

⁸⁴⁰ CJCE, 27 oct. 1993, *Decoster*, aff. C-69/91, Rec. I. 5335 ; CJCE, 27 oct. 1993, *Taillandier*, aff. C-92/91, Rec. I. 5383, pts 11 s.

des télécommunications, que du système de concurrence non faussée prévu par le traité »⁸⁴¹.

L'interdiction faite aux opérateurs économiques de bénéficier des prérogatives leur permettant de réguler le marché au sein duquel ils exercent leur activité a été d'ailleurs implicitement confirmée par le Conseil d'État déjà en 1996 dans l'affaire *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*⁸⁴². Le décret attaqué en l'espèce confiait à une même entreprise une fonction de réglementation au sein du secteur économique dans lequel elle intervenait aussi en tant qu'opérateur. Bien que l'application des règles européennes de la concurrence ait été fondée, dans cette affaire, uniquement sur le fait que la réglementation litigieuse octroyait un avantage fiscal à l'entreprise concernée, « *eu égard à l'étendue de l'annulation partielle à laquelle procède le juge, il est possible de dire que le Conseil d'État a implicitement retenu l'argument relatif au cumul de fonctions [d'opérateur et de régulateur], développé par le commissaire du gouvernement J.-C. Bonichot* »⁸⁴³.

Une fois les licences d'accès au marché attribuées, il se pose la question de savoir si les opérateurs peuvent les céder et quelles sont les conditions de cette cession. Cette problématique est liée à celle, plus générale, de la patrimonialisation des actes administratifs unilatéraux. Le degré de patrimonialisation des actes administratifs unilatéraux varie selon l'intensité du contrôle exercé par l'administration sur les projets de cession.

B. Une patrimonialisation échelonnée en fonction du degré de contrôle de l'administration sur les projets de cession

La cession d'une autorisation peut soit relever de la seule appréciation des parties, soit être libre sous réserve de l'exercice, par l'autorité de régulation compétente, de sa faculté d'opposition, soit être conditionnée à son accord préalable. Parmi les différents

⁸⁴¹ CJCE, 27 oct. 1993, *Decoster*, *op. cit.*, pts 11 s. ; CJCE, 27 oct. 1993, *Taillandier*, *op. cit.*, pts 11 s. (nous soulignons).

⁸⁴² CE, 8 nov. 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, Rec. p. 441 ; *CJEG* 1997, p. 232, concl. J.-C. BONICHOT ; *D.* 1997, p. 281, note F.-H. BRIARD.

⁸⁴³ D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 250. En l'espèce, le Conseil d'État a vérifié la compatibilité d'un décret octroyant un droit exclusif à un organisme privé chargé d'une mission de service public au regard de l'article 86 TCE (actuellement art. 102 TFUE).

secteurs régulés, c'est celui des communications électroniques qui présente le plus grand intérêt du point de vue de l'étude du phénomène de patrimonialisation des actes administratifs unilatéraux. L'examen du régime applicable à la cession des autorisations d'utilisation de fréquences hertziennes fait apparaître différents degrés de patrimonialisation de ces actes.

Plus ce contrôle est fort, plus la patrimonialisation de l'acte en question est limitée. Les projets de cession portant sur des autorisations d'accès aux ressources rares font l'objet d'un contrôle poussé de la part de l'administration. L'exemple des autorisations d'utilisation de fréquences rares en est caractéristique. La patrimonialisation de ce type d'actes est minimale (2), à la différence des autres actes administratifs qui atteignent un niveau maximal de patrimonialisation (1).

1. Des hypothèses de patrimonialisation maximale

La notion de patrimonialisation trouve notamment à s'appliquer en droit public des biens pour désigner les différentes possibilités de circulation des biens publics. La patrimonialité de ces derniers varie selon leur nature. Ceux qui relèvent du domaine privé jouissent du niveau de patrimonialité le plus élevé dans la mesure où ils peuvent être cédés librement. En revanche, les biens rattachés au domaine public « ont une valeur économique tout en étant "inaliénables et imprescriptibles" »⁸⁴⁴.

Les autorisations accordées en fonction du bien auquel est rattachée leur utilisation sont qualifiées d'autorisations réelles (*intuitu rei*)⁸⁴⁵. Elles se distinguent des autorisations délivrées en fonction des qualités personnelles de leur titulaire (*intuitu personae*). Les frontières de cette distinction n'étant pas étanches, les pouvoirs publics évitent d'utiliser l'expression « autorisation administrative » à propos des actes présentant une

⁸⁴⁴ D. RAPONE, « La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques », *op. cit.*, p. 42. V. également l'art. L. 3111-1 du CG3P.

⁸⁴⁵ La cessibilité de ces actes varie selon leur caractère divisible ou non du bien auquel ils sont affectés. Sur la question de la patrimonialisation des autorisations *intuitu rei*, v. M. CORMIER, « Fondements de la patrimonialité des actes administratifs », *RFDA* 2009, pp. 3-4.

dimension patrimoniale et optent pour d'autres notions comme celle de « droits » ou de « quotas »⁸⁴⁶.

Lorsque les actes administratifs unilatéraux sont librement cédés sans que l'administration ne puisse s'opposer à la cession ni l'approuver, la patrimonialisation atteint son niveau extrême⁸⁴⁷. Cette hypothèse se présente notamment en matière de cession des certificats d'économie d'énergie ou des quotas d'émission de gaz à effet de serre. En l'espèce, l'administration est seulement informée de la cession sans qu'elle puisse y exercer le moindre droit de regard.

En revanche, la cession est plus encadrée en matière de communications électroniques. Ce secteur est une parfaite illustration des différents échelons que présente la patrimonialisation des actes administratifs.

La possibilité de céder les autorisations d'utilisation de fréquences a été consacrée par l'article 22 de la loi du 9 juillet 2004⁸⁴⁸. Cette dernière a créé l'article L. 42-3 du CPCE qui confère au ministre chargé des communications électroniques la compétence d'arrêter la liste des fréquences ou bandes de fréquences dont les autorisations sont susceptibles de faire l'objet d'une cession⁸⁴⁹. L'étude du régime applicable à la cession de ces actes, qui sont des autorisations d'accès à des ressources rares par excellence, fait apparaître le faible niveau de leur patrimonialisation, dans la mesure où l'administration conserve en l'espèce un pouvoir de contrôle important sur les projets de cession éventuels.

⁸⁴⁶ En ce sens, v. F. BRENET, « La patrimonialisation des autorisations administratives - Réalités et implications », *op. cit.*, p. 20.

⁸⁴⁷ Pour une présentation détaillée des différents degrés de patrimonialisation des autorisations administratives, v. F. BRENET, *ibid.*, p. 17.

⁸⁴⁸ JORF n° 159 du 10 juillet 2004, p. 12483.

⁸⁴⁹ V. : arrêté du 23 juillet 2015 modifiant l'arrêté du 11 août 2006 portant application de l'article L. 42-3 du Code des postes et des communications électroniques relatif aux fréquences ou bandes de fréquences dont les autorisations d'utilisation peuvent faire l'objet d'une cession, JORF n° 0176 du 1^{er} août 2015, p. 13150.

2. Une hypothèse de patrimonialisation minimale : le cas des autorisations d'utilisation de fréquences rares

La cession des autorisations d'utilisation de fréquences est effectuée en plusieurs temps⁸⁵⁰. Dans un premier temps, le cédant et le cessionnaire établissent un projet de cession dans lequel ils procèdent à la répartition des droits et des obligations qui découlent de l'autorisation. Ensuite, ils notifient ce projet conjointement à l'ARCEP, et cette dernière le rend public⁸⁵¹.

Le degré de contrôle de l'ARCEP sur les projets de cession qui lui sont soumis varie selon si ceux-ci portent sur des fréquences rares, attribuées après mise en concurrence des opérateurs, ou sur des fréquences attribuées au « fil de l'eau ». En outre, une différence est à noter entre la cession des fréquences dont l'utilisation s'inscrit dans la réalisation d'une mission de service public et celle portant sur des fréquences qui ne relèvent pas d'une telle mission.

Plus précisément, les projets de cession de fréquences radioélectriques ne relevant pas de l'article L. 42-2 du CPCE ou qui ne sont pas nécessaires à la continuité de missions de service public sont libres sous réserve de l'exercice, par l'ARCEP de son droit de veto⁸⁵². Si l'Autorité ne s'oppose pas au projet de cession dans les six semaines suivant sa notification par les parties, celui-ci est considéré comme accepté⁸⁵³.

En revanche, l'ARCEP dispose d'une compétence plus étendue en matière de contrôle des cessions des autorisations d'utilisation de fréquences radioélectriques qui relèvent de l'article L. 42-2 du CPCE ou qui sont nécessaires à la continuité de missions de service public. Dans ces hypothèses, les projets en question doivent acquérir l'approbation de l'Autorité. Dès lors que le contrôle de l'administration en l'espèce

⁸⁵⁰ Sur le régime et les modalités de cession des autorisations d'utilisation de fréquences, v. D. RAPONE, « La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁸⁵¹ Art. L 42-3 par. 2 et R20-44-9-3 par. 1 CPCE.

⁸⁵² Art. R20-44-9-2 CPCE.

⁸⁵³ Art. R20-44-9-7 CPCE.

atteint son maximum, le niveau de patrimonialisation des actes appartenant aux deux cas précités atteint son minimum.

Ainsi, l'approbation de l'ARCEP est requise lorsque la cession porte sur une autorisation d'utilisation de fréquences rares et, par conséquent, assignées après mise en concurrence des opérateurs intéressés, en application de l'article L. 42-2 du CPCE. Dans ce cas, il faut que soit précisé à l'avance « *le détail des moyens mis en œuvre par le cédant et envisagés par le cessionnaire pressenti pour respecter les obligations issues des engagements souscrits dans le cadre de l'appel à candidatures prévu à l'article L. 42-2* »⁸⁵⁴. L'attribution d'une licence sur la base des engagements émis par son titulaire renforce le caractère *intuitu personae* de cet acte. C'est grâce à ces engagements que l'opérateur en question est arrivé à primer sur ses concurrents et à obtenir la licence en question. Le respect de l'effet utile du processus d'attribution implique que le cessionnaire respecte les engagements entrepris par le cédant. La soumission des projets de cession portant sur des autorisations attribuées après mise en concurrence des opérateurs à l'ARCEP pour approbation permet de garantir le respect de ces engagements.

En outre, l'Autorité doit approuver la cession des licences ouvrant l'accès à des fréquences utilisées pour l'exercice des missions de service public. Dans ce cas, le projet de cession doit notamment comporter les éléments permettant d'assurer la continuité des missions de service public dans le cadre desquelles est utilisée l'autorisation d'utilisation de fréquences. Lors de l'exercice de son pouvoir d'approbation, l'ARCEP peut « *adresser des prescriptions au cessionnaire pressenti ou au cédant* », en application de l'article 20-44-9-26 du CPCE, qui sont notamment destinées à assurer le respect des impératifs de service public rattachés à l'autorisation. Le régulateur se retrouve ici conforté dans sa fonction de régulation du marché des communications électroniques. Il peut intervenir pour modifier le projet de cession afin qu'il respecte des objectifs de régulation non-économiques.

Les démarches juridiques auxquelles procède l'ARCEP pour réaliser la cession diffèrent selon si cette dernière est totale ou partielle. En cas de cession totale, l'Autorité abroge

⁸⁵⁴ Art. R20-44-9-3 CPCE.

l'autorisation du cédant et la remplace par une nouvelle autorisation. En revanche, lorsqu'il y a cession partielle, elle modifie l'autorisation initiale dans les éléments faisant l'objet de la nouvelle autorisation et délivre l'autorisation modifiée au cessionnaire⁸⁵⁵.

En cas de cession partielle, le cessionnaire n'acquiert « *les droits d'utilisation que sur une partie de la zone géographique sur laquelle porte l'autorisation, une partie des fréquences ou bandes de fréquences objet de l'autorisation, ou une partie de la durée restant à courir de l'autorisation* »⁸⁵⁶. Dans cette hypothèse, le cessionnaire et le cédant doivent préciser, dans la notification de leur projet à l'Autorité, les obligations transférées au cessionnaire, et, le cas échéant, celles restant à la charge du cédant⁸⁵⁷. La cession totale entraîne ainsi la disparition de l'autorisation initiale, alors que la cession partielle emporte juste sa modification.

La cession d'une autorisation d'utilisation de fréquences rares, voire de toute autorisation d'accès à une ressource rare, **modifie les rapports de force sur le marché**. Le maintien, au profit des autorités de régulation, d'un pouvoir de contrôle sur les projets de cession des autorisations d'utilisation des ressources rares permet de s'assurer que les opérateurs ne se substituent pas à elles dans leur fonction de régulation du marché. C'est grâce au contrôle exercé sur la cession envisagée que l'administration peut faire en sorte que les différents objectifs de régulation relatifs au marché concerné soient respectés.

Une fois la valeur patrimoniale des autorisations d'accès aux ressources rares affirmée en droit de l'Union et en droit français, il se pose la question de savoir si ces actes entrent également dans le champ de protection de la ConvEDH, voire s'ils peuvent être considérés comme un « bien » au sens de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la Convention.

⁸⁵⁵ Art. R20-44-9-7 CPCE.

⁸⁵⁶ Article R20-44-9-1 CPCE.

⁸⁵⁷ Art. R20-44-9-3 E et R20-44-9-4 CPCE. Hormis la cession par leurs titulaires, les autorisations d'utilisation de fréquences peuvent faire l'objet d'une location totale ou partielle en vertu de l'article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales qui prévoit la possibilité pour les collectivités territoriales et leurs groupements de mettre des infrastructures ou des réseaux de communications électroniques à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants.

§ 2. La qualification éventuelle des autorisations d'accès aux ressources rares de « bien » au sens de la ConvEDH

Au niveau européen, le droit de propriété est consacré à l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la ConvEDH qui dispose que : « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi ou les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (...)* ».

La Cour de Strasbourg a affirmé, dans l'arrêt *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979 que le droit de disposer de ses biens constitue « *un élément traditionnel fondamental* » du droit de propriété et qu'« *en reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 (P1-1) garantit en substance le droit de propriété* »⁸⁵⁸. Ainsi, même si cet article ne consacre pas expressément le droit de propriété, la CourEDH en a fait ressortir une norme qui le garantit.

La CourEDH voit dans cet article trois normes différentes⁸⁵⁹. La première, d'ordre général, consacre le principe du respect de la propriété. La deuxième comprend les conditions auxquelles est soumise la privation de la propriété. Finalement, la troisième concerne l'usage des biens. Plus précisément, il s'agit d'une norme reconnitive du pouvoir dont disposent les États en matière de réglementation de cet usage, afin qu'il soit conforme à l'intérêt général.

Le juge européen n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur l'applicabilité de la ConvEDH à une autorisation d'accès à une ressource rare émise au sein d'un marché régulé. Cependant, il a validé l'application de cet article à d'autres autorisations ouvrant l'accès à une activité économique. Si ces actes ne sont pas expressément qualifiés de

⁸⁵⁸ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, § 63.

⁸⁵⁹ CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lonnroth c. Suède*, n° 7151/75 et n° 7152/75 § 61. V. également R. HOSTIOU, « La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2009, pp. 21-22.

« biens » par la Cour au sens de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la ConvEDH (A), ce dernier s'y applique par ricochet (B).

A. La définition extensive de la notion de « bien » dans la jurisprudence de la CourEDH

La notion de « bien » est une notion autonome du droit conventionnel : c'est la CourEDH qui a progressivement précisé son contenu. Ne s'estimant pas lié par les qualifications nationales, le juge européen a adopté une acception extensive de cette notion. Celle-ci comprend ainsi, entre autres, les intérêts patrimoniaux (1). Or, la CourEDH n'arrive pas jusqu'à faire entrer directement dans cette définition les autorisations administratives (2).

1. Une notion comprenant les intérêts patrimoniaux

La CourEDH n'a pas hésité à qualifier de « bien » l'intérêt patrimonial pour un taudis illégalement installé près d'un dépôt d'ordures⁸⁶⁰. La notion de « bien » recouvre, selon le juge de Strasbourg, les valeurs patrimoniales futures, sous réserve que l'intéressé soit en mesure de faire valoir une espérance « légitime et raisonnable » de pouvoir continuer à jouir d'un bien⁸⁶¹. Il faut également que cette espérance repose sur une base suffisante en droit interne⁸⁶².

Utilisée pour la première fois par la CourEDH dans l'arrêt *Pine Valley Developpements c/ Irlande*⁸⁶³, la notion d'« espérance légitime » a été mobilisée par le juge européen pour permettre l'élargissement de la notion de « bien » au sens de l'article 1^{er} du protocole n° 1 additionnel à la ConvEDH⁸⁶⁴.

⁸⁶⁰ En ce sens, v. CEDH, 30 nov. 2004, *Oneryildiz c/ Turquie*, n° 48939/99, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et a., *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op cit., n° 66, p. 763 ; AJDA 2005, p. 550, obs. J.-F. FLAUSS ; RTD civ. 2005, p. 422, obs. Th. REVET.

⁸⁶¹ CEDH, GC, 29 mars 2010, *Depalle c/ France*, req. n° 34044/02, § 63 : RFDA 2010, p. 543, note R. HOSTIOU ; D. 2010, p. 965, obs. A. VINCENT.

⁸⁶² CEDH, GC, 28 septembre 2004, *Kopecky c. Slovaquie*, req. n° 44912/98, § 52.

⁸⁶³ CEDH, 29 nov. 1991, *Pine Valley Developpements c/ Irlande*, req. n° 12742/87, RUDH 1992, p. 9, chron. F. SUDRE.

⁸⁶⁴ Sur la notion d'espérance légitime, v. J.-P. MARGUÉNAUD, « La petite maison dans la forêt », note sous CEDH, 27 nov. 2007, *Tillack contre Belgique*, D. 2008, p. 884.

La Cour de Strasbourg s'est ensuite confrontée à la question de savoir si une décision administrative peut être qualifiée de « bien » au sens de la Convention, ce qui conférerait à son titulaire la protection de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel. Le juge européen y a répondu par la négative, en adoptant toutefois un raisonnement particulier qui permet à certaines autorisations administratives de bénéficier de la protection dudit article.

2. Une définition excluant les autorisations administratives

C'est à propos d'une affaire concernant une procédure fiscale menée par l'État suédois contre la société anonyme *Tre Traktörer Aktiebolag*, gestionnaire d'un restaurant en Suède, que la Cour EDH a eu l'occasion de se prononcer sur l'applicabilité de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel aux autorisations administratives⁸⁶⁵.

Suite à un procès fiscal mené à son encontre, la société précitée s'est vu retirer la licence de vente de boissons alcooliques qu'elle détenait. Il était ainsi question de savoir si ce retrait violait son droit de propriété.

La licence dont elle disposait était qualifiée d'incessible par la réglementation suédoise. Selon le gouvernement suédois, le caractère incessible de l'acte confirmerait son caractère purement administratif et exclurait l'application, en l'espèce, de l'article 1^{er} article du 1^{er} protocole additionnel à la ConvEDH.

Ne s'alignant pas sur la position de la Suède, la Cour EDH a adopté une conception extensive de la notion de « bien » en faisant entrer dans le champ de protection de l'article précité les intérêts financiers rattachés à l'exploitation de la licence. Le maintien de cette dernière figurait, selon le juge européen, « parmi les conditions principales de la poursuite des activités de la requérante »⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ CEDH, 7 juill. 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag c/ Suède*, req. n° 10873/84, § 53. Sur cette jurisprudence, v. R. HOSTIOU, « La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 21.

⁸⁶⁶ CEDH, 7 juill. 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag c/ Suède*, *op. cit.*, § 43.

Par conséquent, la Cour de Strasbourg a sanctionné le retrait de cette licence. Elle a considéré que « (...) *son retrait eut des incidences négatives sur le fonds de commerce et la valeur du restaurant. Dans les circonstances de la cause, ledit retrait représentait donc une ingérence dans le droit de Tre Traktörer Aktiebolog au respect de ses biens* »⁸⁶⁷.

La CourEDH n'a pas qualifié expressément l'autorisation en question de « bien » au sens de la ConvEDH. Or, elle a insisté sur le lien entre cet acte et l'exercice d'une activité économique. L'élément décisif selon le juge européen fut la valeur économique de la licence et le fait qu'elle constituait une condition d'exercice d'une activité commerciale par l'entreprise concernée.

La jurisprudence ultérieure de la Cour de Strasbourg s'est inscrite dans la même logique. Si le juge européen adopte, d'une manière générale, une conception extensive de la notion de « bien », il hésite à ranger les autorisations administratives à caractère économique dans cette catégorie. Ce n'est qu'indirectement que celles-ci bénéficient de la protection conférée par la Convention.

B. Une application « par ricochet » de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la ConvEDH aux autorisations à caractère économique

La CourEDH a réitéré le raisonnement suivi dans l'arrêt *Tre Traktörer Aktiebolog* dans une autre affaire concernant la Suède. Il s'agit de l'arrêt *Fredin* où était en cause le retrait, par le gouvernement suédois, d'un permis d'exploitation d'une gravière⁸⁶⁸, pour violation de la législation nationale relative à la protection de l'environnement. Le juge européen a considéré que ce retrait portait atteinte aux droits des titulaires de la licence. Plus précisément, il était contraire au droit « *au respect de leurs biens, y compris les intérêts économiques liés à l'exploitation de la gravière* »⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ Ibid, § 53.

⁸⁶⁸ CEDH, 18 févr. 1991, *Fredin c/ Suède*, req. n° 12033/86. Sur cette jurisprudence, v. R. HOSTIOU, « La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 21.

⁸⁶⁹ CEDH, 18 févr. 1991, *Fredin c/ Suède*, *op. cit.*, § 40.

Le juge européen a refusé encore une fois de qualifier une autorisation administrative de « bien » au sens de la ConvEDH. Il a toutefois admis que l'article 1er du protocole n° 1 s'applique aux autorisations administratives « par ricochet » lorsqu'elles font naître des intérêts financiers au profit de leurs titulaires. Dans la mesure où les intérêts économiques sont protégés par la ConvEDH en tant que « biens » et l'acte administratif est l'instrument utilisé pour leur réalisation, il entre également dans le champ d'application de l'article 1^{er} du protocole n° 1.

Bien que les décisions précitées ne portent pas sur un acte adopté au sein des marchés régulés, elles révèlent la position de principe du juge européen en ce qui concerne les actes qui sont liés à l'exercice d'une activité économique. La Cour de Strasbourg applique l'article 1^{er} du 1er protocole additionnel aux intérêts financiers. Cela permet ensuite de faire entrer dans le champ d'application de la ConvEDH les actes qui sont un moyen permettant la jouissance de tels intérêts.

À cette jurisprudence de la CourEDH viennent s'ajouter les arrêts *Depalle et Brosset-Triboulet c/ France*⁸⁷⁰. Le juge de Strasbourg a considéré en l'espèce que le renouvellement consécutif d'une autorisation d'occupation du domaine public maritime par l'administration française conduit à conférer à son bénéficiaire la protection garantie par l'article 1^{er} du protocole n° 1. Plus précisément, il a jugé que ce renouvellement répété pendant un certain temps fait naître l'existence d'un intérêt patrimonial suffisamment reconnu et important pour constituer un « bien » au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1^{er} du protocole n° 1⁸⁷¹.

⁸⁷⁰ CEDH, GC, 29 mars 2010, *Depalle c/ France*, req. n° 34044/02 ; CEDH, GC, 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet e. a. c/ France*, req. n° 34078/02 : *AJDA* 2010, p. 647 ; *ibid.*, p. 1311, note M. CANEDOPARIS ; *ibid.*, p. 1515, étude F. ALHAMA ; *ibid.*, p. 2362, chron. J.-F. FLAUSS ; *D.* 2010, p. 2024, chron. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ ; *ibid.*, p. 2183, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOULMAUPIN ; *ibid.*, p. 2468, obs. F.-G. TRÉBULLE ; *AJDI* 2011, p. 111, chron. S. GILBERT ; *RDI* 2010, p. 389, obs. N. FOULQUIER. Cette jurisprudence a connu une évolution avec l'arrêt *Valle Pierimpiè Società Agricola SPA c/ Italie* (CEDH 23 sept 2014, n° 46154/11) : *AJDA* 2014, p. 2273, obs. R. HOSTIOU ; *ibid.* 2015, p. 150, chron. L. BURGORGUE-LARSEN. Cet arrêt marque une rupture avec la jurisprudence antérieure de la CEDH. Le juge européen attache ici une importance particulière à l'absence d'indemnisation. Comme le note le professeur Hostiou dans ses observations précitées, bien que la CEDH estime que l'ingérence en question « (...) n'est pas, en tant que telle, étrangère à des considérations d'intérêt général, en revanche (...) elle fait valoir que celle-ci ne respecte pas le "juste équilibre" requis en pareil cas : effectuée sans indemnisation et entraînant pour la requérante la perte de son outil de travail, cette ingérence est "manifestement non proportionnée au but légitime poursuivi" ».

⁸⁷¹ CEDH, 29 mars 2010, *Depalle c/ France*, *op. cit.*, § 68.

Les requérants estimaient que l'obligation qui leur était faite de démolir leurs maisons à leurs frais et sans indemnisation était incompatible avec les droits qu'ils tirent de l'article 1^{er} du protocole n° 1 additionnel à la ConvEDH (protection de la propriété) et de l'article 8 (droit au respect du domicile).

Cependant, le juge européen a considéré que le refus de l'administration de renouveler les autorisations d'occupation du domaine public et l'injonction subséquente adressée à leurs titulaires de détruire les maisons faisaient partie d'une réglementation visant à satisfaire l'intérêt général, dans la mesure où ils facilitaient le libre accès au rivage. Les requérants étaient d'ailleurs conscients du caractère précaire et révocable de leurs autorisations, celles-ci étant des actes d'occupation du domaine public.

La Cour a ainsi considéré que si la démolition arrêtée portait atteinte à leur droit de propriété, elle se justifiait finalement par l'impératif d'« *application cohérente et plus rigoureuse de la loi, au regard de la nécessité croissante de protéger le littoral et son usage par le public, mais aussi de faire respecter les règles d'urbanisme* »⁸⁷².

S'inscrivant dans la même ligne de pensée que le Conseil d'État⁸⁷³, la Cour de Strasbourg a considéré que la démolition sans indemnisation des maisons construites sur le domaine public maritime n'est pas contraire à l'article 1er du protocole n° 1 de la ConvEDH.

Par les arrêts *Brosset-Triboulet* et *Depalle*, le juge européen a confirmé la compatibilité du régime français de la domanialité publique avec la ConvEDH, validant le principe de révocabilité des autorisations d'occupation du domaine public⁸⁷⁴. Cette validation était très attendue, dans la mesure où la CourEDH avait auparavant considéré que les

⁸⁷² CEDH, GC, 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet e. a. c/ France*, § 92.

⁸⁷³ CE, 6 mars 2002, *Mmes Triboulet et Brosset-Pospisil*, RFDA 2003, p. 60, obs. R. HOSTIOU.

⁸⁷⁴ Sur la problématique des rapports entre le droit français des biens et la ConvEDH, v. H. PAULIAT, « Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme », RDP 1995, p. 1445 ; J.-Ph. BROUANT, « Occupations domaniales et Convention européenne des droits de l'Homme », AJPI 2002, p. 512 ; F. ROLIN, « Les incidences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur le droit domanial », AJDA 2003, p. 2130 ; M. GUYOMAR, « Le droit au respect des biens au sens de la CEDH ne déstabilise pas le droit administratif des biens », AJDA 2003, p. 2142 ; R. HOSTIOU et J.-F. STRUILLLOU (dir.), *Droit administratif des biens et droits de l'homme. Actes du colloque de Nantes*, cahiers du GRIDAUH, n° 14, 2005 ; N. FOULQUIER, « Domanialité publique et Convention européenne des droits de l'homme : de nouvelles remises en cause » (note sous CEDH, 22 juill. 2008, *Köktepe c/ Turquie* préc.), RDI 2008, p. 505.

principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public, principes cardinaux du droit public des biens en France, n'excluent pas la présence d'un « bien » au sens de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole⁸⁷⁵.

La jurisprudence précitée de la CourEDH trouverait aussi à s'appliquer aux autorisations d'accès aux ressources rares adoptées au sein des marchés régulés. Dès lors que ces actes constituent une condition d'exercice d'une activité économique, ils sont liés aux intérêts patrimoniaux des opérateurs. Ce lien leur permet finalement de bénéficier de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la ConvEDH. Les titulaires de ces autorisations trouveraient ainsi dans la Convention une source supplémentaire de protection contre le retrait ou l'abrogation de ces actes par l'administration.

Reconnue par le droit de l'Union et l'ordre juridique français, la valeur patrimoniale des autorisations d'accès aux ressources rares serait renforcée par la ConvEDH. Or, malgré leur patrimonialisation, ces actes ne peuvent pas se transformer en un objet de pure transaction commerciale. Leur cession vise principalement la création d'un marché secondaire d'autorisations. Elle participe ainsi à la mise en œuvre des objectifs de régulation, tels que définis par l'autorité de régulation compétente lors de l'attribution des autorisations initiales.

La cession des licences au sein des marchés régulés permet de modifier la répartition initiale des ressources rares et la mise en place d'un nouveau marché qui repose moins sur la loi de l'offre et la demande que le marché primaire de l'attribution des licences. À travers l'attribution des autorisations d'accès au marché, l'État crée un marché et pose les grandes lignes de son fonctionnement. Ensuite, en autorisant une cession, il crée un marché secondaire de circulation des autorisations, poussant ainsi le fonctionnement de la concurrence à son maximum. La cession des autorisations adoptées au sein des marchés régulés constitue une modalité complémentaire de régulation. Par exemple, si l'octroi d'une licence d'exploitation des fréquences permet la naissance du marché des services correspondant, la cession de cette même licence contribue à la création d'un marché secondaire des fréquences.

⁸⁷⁵ En ce sens, v. CEDH, 30 nov. 2004, *Oneryildiz c/ Turquie*, *op. cit.* ; CEDH, 11 octobre 2005, *N.A. et autres c. Turquie*, n° 37451/97 ; CEDH, *Tuncay c. Turquie*, 12 décembre 2006, n° 1250/02 ; CEDH, 22 juillet 2008, *Köktepe c. Turquie*, n° 35785/03 ; CEDH, 8 juillet 2008, *Turgut et autres c. Turquie*, n° 1411/03 ; CEDH, 10 mars 2009, *Şatır c. Turquie*, n° 36192/03.

Déroger à la règle de l'*intuitu personae* des actes administratifs unilatéraux, la cession des actes adoptés au sein des marchés régulés n'est permise que parce qu'elle vise à satisfaire des finalités d'intérêt général liées à la promotion de la concurrence. La logique concurrentielle pose diverses limites à la cession de ces actes.

Section 2. Les limites à la cession des actes

La logique économique apporte plusieurs évolutions au régime des actes administratifs unilatéraux qui visent à réguler le marché. La cession d'un acte d'accès au marché par son titulaire le rend co-régulateur et modifie l'équilibre des pouvoirs sur le marché. Ainsi, la maîtrise de la procédure par l'autorité administrative compétente est nécessaire pour assurer que ses objectifs de régulation initiaux soient respectés.

L'étude du régime applicable à la cession des autorisations d'utilisation de fréquences révèle la spécificité de ces actes. Dans un premier temps, le seul fait d'admettre qu'ils puissent faire objet de cession contraste avec le caractère *intuitu personae* des autorisations d'occupation temporaire du domaine public.

Or, le législateur a consacré, comme on l'a vu, leur caractère cessible. Le droit de l'Union a contribué considérablement à cette consécration, tout en encadrant en même temps les modalités de cession de ces actes. Celle-ci n'est pas envisagée comme une expression du droit de propriété du titulaire de l'acte, mais comme un moyen permettant à l'administration de réguler davantage le marché, à l'aide des opérateurs.

Lorsque la cession porte sur un acte permettant l'accès à une ressource rare, elle est doublement encadrée par la norme de concurrence. D'un côté, à travers la cession, est né un nouveau marché, secondaire par rapport à celui de l'attribution des actes. La cession participe ainsi à la consolidation de la concurrence au sein du secteur concerné. De l'autre côté, étant donné que ces actes sont attribués après mise en concurrence, l'administration doit s'assurer que leur cession respecte l'effet utile du processus initial d'attribution.

La cession des autorisations d'accès aux ressources rares est ainsi encadrée par des préoccupations concurrentielles qui influent considérablement sur son régime (§ 1). Le fait que ces actes sont délivrés après mise en concurrence impose de s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure le régime applicable à leur cession respecte l'effet utile de ce processus (§ 2).

§ 1. L'encadrement de la cession par des préoccupations concurrentielles

La cession répond à un impératif de souplesse dans la mesure où elle permet l'adaptation de la répartition des ressources aux besoins évolutifs du marché concerné, ce qui renforce l'efficacité économique liée à leur usage. Rendant plus facile l'accès aux ressources, elle contribue à renforcer les investissements et l'innovation. La cession implique un nouveau recours à des mécanismes de marché. Elle permet la réallocation des ressources au profit des opérateurs qui sont plus aptes ou plus enclins à les exploiter efficacement.

La possibilité de cession des actes administratifs unilatéraux de régulation est enracinée dans le droit de l'Union. Il convient de souligner que selon la terminologie employée dans ce dernier, ce sont des « droits » qui sont cédés et non pas des « autorisations ». En matière de communications électroniques, la 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, a permis aux États membres de prévoir « la possibilité, pour les entreprises, de transférer des droits d'utilisation de radiofréquences vers d'autres entreprises » à condition « (...) que tout transfert se déroule conformément à des procédures fixées par l'autorité réglementaire nationale et soit rendu public »⁸⁷⁶. La nécessité de respecter les règles de transparence et le fonctionnement concurrentiel du marché encadrent la marge d'appréciation des États dans la réglementation de la cession des droits d'utilisation de fréquences.

Si le droit de l'Union européenne envisage la cession des fréquences comme une modalité permettant la réalisation du marché intérieur, il prévoit également certaines

⁸⁷⁶ Directive 2002/21/CE, op. cit., art. 9 par. 3 et 4.

limites en la matière. Il impose notamment aux autorités réglementaires nationales une vigilance importante en ce qui concerne les effets que pourrait avoir la cession envisagée sur le fonctionnement de la concurrence.

Ainsi, parmi les différents motifs qui pourraient justifier le refus d'autorisation d'une cession selon la directive 2002/21/CE, force est de mentionner celui relatif à l'« atteinte aux conditions de concurrence effective »⁸⁷⁷. Par cette disposition, le législateur de l'Union érige les autorités de régulation en gardiennes du fonctionnement de la concurrence, les rapprochant des autorités de concurrence. Lorsqu'elles examinent un projet de cession, ces autorités doivent vérifier si la cession éventuelle pourrait entraîner un abus de position dominante ou être constitutive d'une entente.

Les rapports entre la concurrence et la cession des autorisations d'accès à des ressources rares au sein des marchés régulés présentent une dimension positive et une dimension négative. D'une part, la cession doit *promouvoir* le fonctionnement concurrentiel du marché. Sa finalité consiste plus précisément en la création d'un marché secondaire d'autorisations (A). D'autre part, la cession *ne doit pas entraver* le fonctionnement concurrentiel du marché : l'administration est tenue, lors du contrôle de la cession, de mesurer les effets qu'elle peut avoir sur la concurrence et la bloquer si elle risque de créer un dysfonctionnement au sein du marché (B).

A. La finalité de la cession : la création d'un marché secondaire d'autorisations

En droit administratif français, le législateur a progressivement instauré un droit de cession des autorisations administratives ou des droits émanant d'une autorisation administrative. La *ratio legis* des différentes initiatives législatives en la matière consiste à renforcer la concurrence au sein de chaque marché concerné (1). Ce renforcement est notamment dû à l'incorporation de la cessibilité des actes dans la stratégie des opérateurs : le fait de savoir qu'une autorisation d'accès au marché peut être aisément cessible, selon un mécanisme de marché, accroît sa valeur et contribue en même temps au renforcement de l'intérêt des opérateurs quant à son attribution (2).

⁸⁷⁷ Directive 2002/21/CE, *op. cit.*, art. 9 par. 4.

1. Une finalité transversale au sein des marchés régulés

La faculté pour le titulaire d'une licence de présenter un successeur à titre onéreux a été d'abord reconnue aux maires et aux préfets, en vertu de leur pouvoir de police générale⁸⁷⁸. Elle a été étendue ensuite en matière d'exploitation des taxis et des voitures de remises. L'article 3 de la loi n° 95-66 du 20 janvier 1995 relative à l'accès à l'activité de conducteur et à la profession d'exploitant de taxi consacre expressément la possibilité pour le titulaire d'une autorisation de stationnement de taxi de présenter son successeur à l'autorité administrative⁸⁷⁹.

La loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public a également permis la cession, avec l'agrément de l'administration, des droits réels sur le domaine public constitués par l'autorisation⁸⁸⁰.

La loi n° 2005-781 de programme du 13 juillet 2005 fixant les orientations de la politique énergétique a également conduit à la naissance d'un marché des certificats d'économie d'énergie⁸⁸¹. Le mécanisme des certificats d'économies d'énergie s'inscrit dans l'objectif de réduction de la consommation d'énergie. Il implique notamment que les fournisseurs d'énergie (appelés « obligés ») entreprennent diverses actions leur permettant d'atteindre un certain niveau d'économies⁸⁸². Les certificats d'économie

⁸⁷⁸ V. sur ce point la jurisprudence citée par M. MOLINER-DUBOST, in « Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives », *AJDA* 2004, p. 2141 s., note 4 : CE 4 mai 1929, *Lefebvre du Grosriez*, Rec., p. 470 ; CE 29 janvier 1936, *Sieur Antelme*, Rec., p. 129 ; CE 14 décembre 1951, *Chambre syndicale des cochers et chauffeurs de voiture de place de la Seine*, Rec., p. 593 ; CE 21 octobre 1955, *Daquembronne*, Rec., p. 489.

⁸⁷⁹ JORF n°18 du 21 janvier 1995, p. 1107. V. également l'art. 11 du décret n° 95-935 du 17 août 1995 pris pour l'application de la loi n° 95-66 (JORF n°196 du 24 août 1995, p. 12596). Les prémices de cette consécration législative seraient à identifier dans le décret n° 73-225 du 2 mars 1973 relatif à l'exploitation des taxis et des voitures de remises (JORF du 3 mars 1973, p. 2361) et l'arrêt du CE, 1er mars 1978, *Syndicat des taxis artisanaux de Mulhouse*, Rec., p. 110. Pour un aperçu des différentes questions que peut poser le *numerus clausus* des licences permettant l'exercice de la profession de conducteur de taxi, v. J.-B. Auby, « Réguler les taxis », *DA* 2006, repère 9. Sur les effets systémiques de cette restriction sur le marché des transports, v. R. NOGUELLOU, « Les taxis, la concurrence et le droit », *DA* 2014, alerte 18 ; R. NOGUELLOU, « Les taxis et la concurrence, nouvelles étapes », *DA* 2015, n° 7, p. 2.

⁸⁸⁰ JORF n°171 du 26 juillet 1994, p. 10749.

⁸⁸¹ JORF n°163 du 14 juillet 2005, p. 11570. V. les art. 14 à 17 de la loi, désormais codifiés aux articles L. 221-1 et suivants du Code de l'énergie.

⁸⁸² Le législateur est venu, avec l'article 30 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (JORF n°0189 du 18 août 2015, p. 14263), accroître les obligations

d'énergie sont des biens marchands : il existe un marché desdits certificats⁸⁸³ qui ressemble à celui des quotas à effet de serre. Les opérateurs peuvent satisfaire à leurs obligations soit en économisant de l'énergie eux-mêmes, soit à travers l'acquisition des certificats d'économies d'énergie mis sur le marché par d'autres fournisseurs.

Le droit de l'Union européenne a contribué considérablement à la reconnaissance du caractère cessible des « quotas », des « droits » ou des « autorisations » attribués aux opérateurs économiques. C'est sous la pression dudit droit que l'État français a adopté l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre⁸⁸⁴. Biens meubles, les quotas d'émission de gaz à effet de serre sont matérialisés exclusivement par une inscription au compte de leur détenteur. En outre, ils sont négociables et transmissibles dès leur délivrance⁸⁸⁵.

En outre, la possibilité de céder les autorisations d'utilisation de fréquences a été le fruit de la transposition de la « directive cadre » de 2002⁸⁸⁶ dont les exigences ont été reprises dans la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle⁸⁸⁷ et, ensuite, dans le Code des postes et des communications électroniques⁸⁸⁸.

Adoptés sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, les textes précités visent à permettre la création d'un marché secondaire d'autorisations. Ce marché secondaire est une source de bénéfices pour leurs titulaires et pour l'administration. Cette double fonction de la cession est d'autant plus perceptible en matière d'autorisations d'occupation du domaine public hertzien. L'affirmation du caractère cessible des autorisations délivrées aux opérateurs exerçant leur activité au sein des marchés régulés

liées aux certificats d'économie d'énergie, en créant une nouvelle obligation d'économies d'énergie au profit des ménages en situation de précarité énergétique.

⁸⁸³ En ce sens, v. F. BRENET, « La patrimonialisation des autorisations administratives - Réalités et implications », *op. cit.*, p. 16.

⁸⁸⁴ JORF n° 91 du 17 avril 2004, p. 7089.

⁸⁸⁵ Selon l'art. L. 229-15 du Code de l'environnement, les quotas d'émission de gaz à effet de serre « sont négociables, transmissibles par virement de compte à compte et confèrent des droits identiques à leurs détenteurs. Ils peuvent être cédés dès leur délivrance sous réserve des dispositions de l'article L. 229-18 ».

⁸⁸⁶ Directive 2002/21/CE, *op. cit.*, art. 9.

⁸⁸⁷ JORF n° 159 du 10 juillet 2004, p. 12483, art. 22.

⁸⁸⁸ L 42-3 du CPCE.

permet d'accroître leur valeur économique. Le fait de savoir qu'un acte est cessible influe considérablement sur le comportement des opérateurs. Cette information rend l'attribution d'un tel acte encore plus attractive pour ces derniers.

2. Les effets du caractère cessible des actes sur le comportement des opérateurs

Le fait de savoir que la licence en question pourra faire l'objet d'une cession, contribue à ce que les opérateurs soient plus enclins à prendre part aux procédures tenant à son obtention. Ensuite, ils auront le choix entre l'exploitation de la licence à leurs propres fins, pour développer davantage leur propre activité au sein du marché concerné et y assurer leur pérennité, et la « vente » de celle-ci aux opérateurs intéressés.

La transposition de cette logique au secteur des communications électroniques aurait pour résultat que les opérateurs aient tout intérêt à intensifier l'usage de leurs fréquences afin de « *dégager des portions dont ils pourraient tirer un bénéfice économique en les proposant à d'autres acteurs sur le marché secondaire* »⁸⁸⁹.

La possibilité de cession des autorisations administratives renforce également la valorisation du patrimoine de l'administration. La cessibilité d'une autorisation d'occupation du domaine public fait partie « (...) *des avantages (...) procurés au titulaire de l'autorisation* »⁸⁹⁰ dont peut tenir compte l'administration pour fixer la redevance due pour sa délivrance. Elle peut ainsi conduire à augmenter le montant demandé auprès de son bénéficiaire.

Cependant, le développement d'un marché secondaire des autorisations peut dans certains cas avoir des effets négatifs sur le jeu de la concurrence. Il y a notamment deux risques qui pourraient se présenter en l'espèce. Dans une première hypothèse, une fois que l'appréciation de l'opportunité de cession d'une autorisation d'accès à une ressource rare relève de deux parties qui peuvent être opérateurs sur le même marché, il existe un risque accru d'entente entre le cédant et le cessionnaire. Dans une seconde

⁸⁸⁹ ARCEP, *Le marché secondaire des fréquences*, dossier disponible sur : <http://www.arcep.fr/index.php?id=9198&L=1>.

⁸⁹⁰ Art. L. 2125-3 du Code général de la propriété des personnes publiques.

hypothèse, il peut également être possible qu'un opérateur accumule des autorisations dans le seul objectif de les revendre. Dans ce cas, l'autorisation se transforme en un pur objet commercial et s'éloigne de son véritable objet qui consiste notamment à permettre que les ressources rares soient exploitées pour satisfaire l'intérêt général.

Des développements précédents, il s'ensuit que la cession est principalement envisagée comme un moteur de la concurrence dans la mesure où elle permet la création d'un marché secondaire. Or, en même temps, il reste possible qu'elle s'avère néfaste pour le fonctionnement concurrentiel du marché, dès lors qu'elle peut être le fruit d'une entente ou conduire à ce que le cessionnaire de l'autorisation abuse sa position dominante sur le marché. Dans un souci de prévenir ces atteintes au fonctionnement de la concurrence, le législateur est venu attribuer à l'administration une compétence importante en matière de contrôle des projets de cession.

B. L'objectif du contrôle administratif sur la cession : mesurer ses effets anticoncurrentiels

Le contrôle administratif sur les projets de cession des autorisations d'accès à des ressources rares permet aux autorités compétentes à la fois de prévenir les effets néfastes que pourrait avoir un tel projet sur le fonctionnement de la concurrence et de garantir la continuité de la régulation au sein du marché concerné.

En matière de communications électroniques, l'ARCEP ne peut s'opposer aux projets de cession qui lui sont soumis que pour des raisons limitativement énumérées dans le CPCE⁸⁹¹. Plus précisément, son refus peut être justifié par des raisons liées à la sauvegarde de l'ordre public, à la défense nationale ou à la bonne utilisation des fréquences. En outre, elle peut refuser l'approbation si le demandeur est incapable de faire face durablement aux obligations qui résultent des conditions d'exercice de son activité, s'il a été condamné à l'une des sanctions mentionnées dans le CPCE⁸⁹² ou en cas d'ouverture d'une procédure de sanction à son encontre ou à l'encontre du cessionnaire en vertu de l'article L. 36-11 du CPCE. De surcroît, l'ARCEP peut opposer

⁸⁹¹ Art. R. 20-44-9-5 CPCE.

⁸⁹² Sur ce point, v. art. L. 36-11, L. 39, L. 39-1 et L. 39-4 du CPCE.

un refus s'il y a une violation aux dispositions relatives à la répartition des droits et des obligations entre le cessionnaire et le cédant ou une atteinte aux conditions de concurrence effective pour l'accès au spectre radioélectrique.

L'Autorité est notamment tenue de vérifier dans quelle mesure la cession envisagée procède d'une entente entre les opérateurs ou conduit le cessionnaire à abuser sa position dominante sur le marché. Au contrôle de ces objectifs concurrentiels vient s'ajouter le contrôle des impératifs non concurrentiels. L'ARCEP doit faire en sorte que le cessionnaire se voie transférer, à travers la cession, diverses obligations qui étaient rattachées à l'autorisation. Le cessionnaire est notamment lié par les prescriptions techniques de la licence, les conditions de permanence, de qualité et de disponibilité des services, celles destinées à assurer que soient évités les brouillages, ainsi que celles permettant de limiter l'exposition du public aux champs électromagnétiques. D'ailleurs, tout comme le changement du gouvernement ou du régime politique au sein d'un État donné n'aboutit pas à l'extinction de ses obligations internationales, la cession des licences d'exploitation des fréquences ne décharge pas le nouveau titulaire des obligations résultant d'accords internationaux, qui portent sur l'utilisation des fréquences. En revanche, les prescriptions de l'autorisation concernant le calendrier de déploiement et la zone de couverture ne sont pas toujours transférées au nouveau titulaire⁸⁹³.

La soumission des projets de cession portant sur des autorisations d'accès aux fréquences attribuées après mise en concurrence à un contrôle plus poussé de l'ARCEP soulève des interrogations quant à la spécificité de ce type d'actes. Le droit et le juge de l'Union se montrent hostiles face à la cession de contrat. En revanche, la cession des autorisations adoptées au sein des marchés régulés est encouragée par le législateur de l'Union.

La différence de traitement entre la cession d'un contrat et la cession d'une autorisation d'accès aux ressources rares attribuée après mise en concurrence semble *a priori* difficile à justifier. Il y a ainsi diverses questions qui se posent à propos de la cession des autorisations d'accès aux ressources rares délivrées aux opérateurs au sein des

⁸⁹³ En ce sens, v. l'art. R20-44-9-4 du CPCE.

marchés régulés. Étant donné que ces actes sont attribués selon un processus de mise en concurrence serait-il possible de la céder sans recourir à nouveau à un tel processus ? Leur cession ne serait-elle contraire à l'effet utile de la mise en concurrence initiale ? Le contrôle assuré par l'administration sur les projets de cession serait-il un substitut suffisant au recours à un processus de mise en concurrence ? Il convient de traiter toutes ces questions en se fondant sur l'exemple des autorisations d'utilisation de fréquences dont la rareté a été avérée par l'ARCEP.

§ 2. L'obstacle éventuel à la cession : assurer la continuité du processus de mise en concurrence

Le professeur Rozen Noguellou distingue trois modes de transmission des obligations en droit administratif : la cession de créance, la subrogation personnelle et la cession de contrat⁸⁹⁴. Les deux premières modalités diffèrent de la dernière de par leurs effets, dans la mesure où elles permettent uniquement le transport de la créance. En revanche, la cession de contrat emporte également le transfert des dettes. Elle a un effet translatif et permet la continuation du rapport contractuel. En matière de cession de contrat, c'est l'ensemble des droits et obligations qui est cédé. Le cessionnaire se substitue à la position du cédant vis-à-vis du contrat en question. En ce sens, la cession de contrat est « (...) plus qu'un simple mécanisme de transmission d'obligations »⁸⁹⁵.

En revanche, la cession en matière d'autorisations d'utilisation de fréquences diffère de la cession de contrat dans la mesure où elle n'a pas pour résultat le transfert de l'ensemble des droits et des obligations y afférentes. Le Code des postes et des communications électroniques prévoit que le cédant peut notamment conserver des obligations relatives à la qualité du service rendu, la couverture ou le calendrier de déploiement⁸⁹⁶. La répartition de ces obligations entre le cédant et le cessionnaire est réalisée par l'ARCEP, dans le respect du principe de proportionnalité.

⁸⁹⁴ R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 241, 2004.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 72.

⁸⁹⁶ En ce sens, v. l'art. R20-44-9-4 CPCE.

Or, si les effets de la cession des autorisations d'utilisation de fréquences ne sont pas les mêmes que ceux qui résultent de la cession de contrat administratif, ces deux types de cession obéissent à une pareille logique : lorsque la conclusion du contrat ou l'attribution de l'autorisation initiale ont été réalisées selon un processus de mise en concurrence, leur cession libre compromettrait l'effet utile de ce processus (A). Cependant, si la logique est la même dans les deux hypothèses, le droit de l'Union ne les traite pas de la même manière : alors que le changement des parties au contrat est en principe interdit en droit de l'Union, la modification du titulaire d'une autorisation d'accès au marché délivrée en matière de régulation est non seulement permise, mais également encouragée par ledit droit (B).

A. Une logique empruntée à la cession de contrat

À la différence de la cession des contrats administratifs⁸⁹⁷, la question de la cession des actes administratifs unilatéraux est peu traitée par la doctrine publiciste⁸⁹⁸.

La notion de cession de contrat administratif désigne « le transfert de l'ensemble des droits et des obligations résultant d'un contrat à une personne juridiquement distincte, le cédant de trouvant corrélativement déchargé de toute obligation, y compris pour la période durant laquelle il a personnellement assuré l'exécution du contrat »⁸⁹⁹. La cession de contrat figure ainsi comme un mécanisme de transmission des obligations en droit administratif⁹⁰⁰.

La cession de contrat en droit administratif est strictement encadrée par les règles de mise en concurrence. Lorsque la passation d'un contrat est effectuée en application des règles de mise en concurrence, le respect de ces dernières s'impose tant pendant la passation que pendant l'exécution du contrat concerné. Ce continuum des exigences concurrentielles repose sur une idée simple : si l'administration était libre de modifier la personne de son cocontractant à son gré, la mise en concurrence initiale tenant à

⁸⁹⁷ Sur ce type de cession, v. not. R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.* ; H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 260, 2004.

⁸⁹⁸ À l'exception, notamment, des contributions incluses dans le dossier spécial de la *RFDA* : « La patrimonialité des actes administratifs », *op. cit.*

⁸⁹⁹ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, pp. 60-61.

⁹⁰⁰ R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*

l'attribution du contrat n'aurait pas de sens. La logique concurrentielle transcende ainsi toute la vie du contrat administratif (1). C'est la même logique qui s'applique à propos des autorisations d'accès aux ressources rares qui sont attribuées après mise en concurrence des opérateurs. Or, en matière contractuelle, le juge de l'Union a adopté une conception particulièrement stricte de l'effet utile du processus d'attribution initial qui restreint la possibilité de modification des parties au contrat (2).

1. La nécessaire préservation de l'effet utile de la mise en concurrence

Le juge de l'Union s'avère particulièrement exigeant face à la préservation des résultats issus de l'application initiale d'un mécanisme de libre concurrence⁹⁰¹. Comme le note la Cour dans l'affaire *CAS Succhi di Frutta SpA* : « *si le pouvoir adjudicateur était autorisé à modifier à son gré, lors de la phase d'exécution du marché, les conditions mêmes de l'adjudication, en l'absence d'habilitation expresse en ce sens figurant dans les dispositions pertinentes applicables, les termes régissant l'attribution du marché, tels que stipulés initialement, seraient dénaturés. De plus, une telle pratique entraînerait inéluctablement une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires, puisque l'application uniforme des conditions d'adjudication et l'objectivité de la procédure ne seraient plus garanties* »⁹⁰².

Le respect de l'effet utile du processus d'attribution initial et des principes de transparence et d'égalité de traitement implique le recours à un nouveau processus de mise en concurrence lorsqu'il y a une modification du contrat administratif, qui est considérable du point de vue quantitatif ou qualitatif. Tel est le cas des modifications substantielles et de celles qui entraînent le bouleversement de l'économie du contrat concerné.

En droit français, la cession d'un contrat administratif était longtemps vue comme une rupture radicale du lien contractuel⁹⁰³. La substitution d'un cocontractant par un autre

⁹⁰¹ En ce sens, v. C. YANNAKOPOULOS, « L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif », *RDP*, 20 août 2008, n° 2, p. 421.

⁹⁰² CJCE, 29 avril 2004, *CAS Succhi di Frutta*, aff. C-496/99 P, Rec. 2004, p. I-3801, pt 121.

⁹⁰³ Sur ce point, v. not. H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif, op. cit.*, p. 57 (pt 84), pp. 104-105 (pts 163-165) et p. 108 (pt 168). La cession de contrat a également été considérée comme

fut considérée comme constitutive d'un nouveau contrat. Une partie de la doctrine française rattachait la nécessité de recourir à un nouveau processus de mise en concurrence en cas de changement des parties au contrat au respect du principe de parallélisme des formes⁹⁰⁴. D'origine prétorienne, la règle du parallélisme des formes et des procédures impose à l'administration de prendre, dans le silence des textes, un acte contraire ou un acte modificatif selon la même procédure que celle suivie lors de l'édition de l'acte initial⁹⁰⁵. La règle du parallélisme des formes ne s'applique que dans des hypothèses limitées. Elle est valable uniquement en matière de procédures obligatoires et ne concerne que des actes de même nature. Ainsi, elle ne trouve pas à s'appliquer lorsque l'acte modificatif diffère de l'acte initial⁹⁰⁶. La règle du parallélisme des formes ne s'applique pas non plus lorsque la formalité en cause n'aurait pas d'utilité pour l'édition de l'acte modificatif ou de l'acte contraire, en raison de la portée même de cet acte ou « lorsque son observation est radicalement incompatible avec la logique de la procédure (...) ou avec sa réglementation »⁹⁰⁷. Lorsqu'est en cause une modification d'un acte attribué selon un processus de mise en concurrence, le respect de cette règle impliquerait de recourir à nouveau à un tel processus avant de réaliser toute opération de modification.

disposant d'un effet novatoire par la doctrine civiliste. Par exemple, selon M. BILLIAU et Ch. JAMIN : « le mot cession figurant dans les expressions cession de créances et cession de contrat n'a ainsi pas la même signification, car l'opération qu'il traduit n'engendre pas les mêmes conséquences : la première a un effet translatif, et non la seconde ». V. M. BILLIAU, C. JAMIN, note sous Cass. Com. 6 mai 1995, *D.* 1997, Jur. 588, cit. par R. NOGUELLOU, in *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, p. 49.

⁹⁰⁴ C. BOITEAU, *Les conventions de délégation de service public*, Impr. Nationale, Coll. Action locale, 1999, p. 195.

⁹⁰⁵ Sur ce point, v. P.-L. FRIER, *Répertoire de contentieux administratif*, Rubrique : « Vice de procédure », Dalloz, pt 7 et la jurisprudence y citée : CE, 18 nov. 1938, *Sté languedocienne de TSF*, Rec. p. 864 ; S. 1939, n° 3, p. 17, note A. MESTRE ; CE, 22 oct. 1965, *Giraudon*, Rec. p. 548, *D.* 1966, p. 417, concl. M. BERNARD ; CE, 28 avr. 1967, *Féd. nationale des syndicats pharmaceutiques de France*, Rec. p. 180, *AJDA* 1967, p. 401, concl. J.-M. GALABERT ; CE, ass., 23 juill. 1974, *Bertrand*, Rec., p. 437, *Rev. adm.* 1974.556, concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE ; CE, 18 févr. 1994, *Gardedieu*, Rec. tables, p. 746.

⁹⁰⁶ En ce sens, v. P.-L. FRIER, *ibid.*, pt 8 : CE, 5 juill. 1950, *Synd. national des administrateurs des colonies*, Rec. p. 415 ; CE, 22 déc. 1989, *CCI du Var*, Rec. p. 268. La modification des décrets adoptés après avis non obligatoire du Conseil d'État est possible sans qu'il y ait besoin que ce dernier soit à nouveau consulté : CE, 5 juill. 1989, *Mme Saubot*, Rec. p. 159 ; *D.* 1991, somm. 143, obs. F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; La même solution vaut pour la consultation du Conseil supérieur de la fonction publique : CE, 17 oct. 1997, *Féd. Synd. gén. Éducation nationale*, Rec. tables, p. 643.

⁹⁰⁷ P.-L. FRIER, *ibid.*, pt 8.

La question de savoir si la cession de contrat lui confère un effet novatoire ou si elle entraîne uniquement la transmission des obligations liées au contrat initial a été traitée par plusieurs auteurs⁹⁰⁸. Finalement, la doctrine a opté pour la seconde hypothèse, en considérant que la cession de contrat a un effet translatif. Telle a été notamment l'approche adoptée par les professeurs R. Noguellou et H. Hoepffner dans leurs thèses.

L'idée selon laquelle la cession d'un contrat aboutirait à la naissance d'un nouveau contrat fut déjà réfutée par le Conseil d'État. Ce dernier a précisé les contours de la notion de cession et de tiers dans son avis du 8 juin 2000⁹⁰⁹. Selon la haute juridiction administrative : « *D'une part, la cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre **de la reprise pure et simple**, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers. Lorsque la **modification substantielle** de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence préalables, prévues par les dispositions du code des marchés publics ou de la loi du 29 janvier 1993 précités ; d'autre part, **la notion de tiers** auquel le contrat est cédé doit s'entendre d'une personne morale distincte du titulaire initial dudit contrat. Tel n'est pas le cas, en application de l'article 1844-3 du code civil et des articles 5°, 354, 355, 355-1 et 355-2 de la loi susvisée du 24 juillet 1966, relatifs à la notion de prise de contrôle des sociétés, en cas de transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme, ou en cas de prorogation ou de toute autre modification statutaire. Tel n'est pas non plus le cas, selon la jurisprudence, lorsqu'il est procédé à un changement de propriétaire des actions composant le capital social, même dans une proportion très largement majoritaire. En revanche, **il y a bien cession à un tiers lors de la réalisation d'opérations de scission et de fusion**, lorsque ces opérations aboutissent à la création de sociétés nouvelles, en*

⁹⁰⁸ Pour une présentation du débat doctrinal autour de cette question, v. not. R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, op. cit ; H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, op. cit.

⁹⁰⁹ CE, Section des finances, Avis, 8 juin 2000, req. n° 141654 ; *AJDA* 2000, n° 9, p. 758, note L. RICHER ; *CMP* 2000, n° 2, p. 4, chron. n°1, chron. F. LLORENS. Sur l'actualité de cet avis L. RICHER, « L'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 sur la cession de contrat. Quinze ans après... », *AJDA* 2014, n° 34, p. 1925.

vertu des dispositions des articles 371, 372, 372-1 et 372-2 de la loi susvisée du 24 juillet 1966 ou lorsque, à la suite d'autres formes de transmissions de patrimoines ou de cessions d'actifs, une société nouvelle se voit attribuer, en qualité de cessionnaire, un marché public ou un contrat de délégation de service public »⁹¹⁰.

Comme le relève ce très important avis, la cession de contrat administratif a pour effet la substitution d'un contractant à un autre, avec l'agrément de l'administration, mais sans qu'un nouveau contrat soit conclu entre les deux parties à la cession⁹¹¹. Cette dernière est juste un moment dans l'exécution du contrat. Elle permet le remplacement d'une partie par un tiers pour la poursuite de l'exécution du contrat, qui se voit transférer l'ensemble des droits et obligations émanant du contrat. Elle se distingue ainsi de la simple transmission d'un droit de créance⁹¹².

Le juge de l'Union européenne est venu, avec l'arrêt *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich (Bund)* du 19 juin 2008, sonner le glas de la modification des contrats administratifs, telle que connue en France⁹¹³. En droit français, la modification des parties au contrat est non seulement permise, mais également envisagée comme un élément essentiel pour la survie du contrat⁹¹⁴.

Dans cette jurisprudence fort contestable, la Cour a pris une position de principe différente que celle adoptée par le juge français en ce qui concerne la modification des contrats administratifs. Le juge de l'Union s'avère hostile face au changement d'identité des cocontractants.

⁹¹⁰ CE, Section des finances, Avis, 8 juin 2000, *op. cit.*

⁹¹¹ En ce sens, v. également L. RICHER, « Délégations de service public : leur cession est-elle compatible avec la loi Sapin ? », *Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 3 mars 2000, p. 78.

⁹¹² Le professeur R. Noguellou note qu'il y a deux instruments de transmission de créance en droit administratif : la subrogation personnelle et la cession de créance, mécanismes du droit civil importés en droit administratif. En ce sens, v. R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, p. 215 s. (seconde partie de sa thèse).

⁹¹³ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06, *AJDA* 2008, p. 2008, note J.-D. DREYFUS ; *RDI* 2008, p. 501, obs. R. NOGUELLOU ; *RTD eur.* 2009, p. 511, chron. A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ.

⁹¹⁴ En ce sens, v. not. H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 25 (pt 42) ; H. HOEPFFNER, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », note sous CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06 et CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, *RFDA* 2011, n° 1, p. 98.

2. *L'interdiction de la modification des parties au contrat en droit de l'UE*

D'un premier temps, la Cour fournit, dans l'arrêt *Pressetext*, l'ensemble des critères permettant d'identifier dans quelle mesure la modification d'un contrat administratif doit être considérée comme un simple acte translatif n'exigeant pas un nouveau recours à un processus de mise en concurrence ou comme un nouveau contrat devant faire l'objet d'un tel processus. L'élément clé de la distinction entre acte translatif et nouveau contrat repose sur le caractère substantiel de la modification envisagée.

Selon le juge de l'Union, toute modification substantielle du contrat permet de présumer la volonté des parties de renégocier ses termes essentiels. La Cour note à cet effet dans l'arrêt *Pressetext* que : « *les modifications opérées au sein d'un marché public au cours de sa période de validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques **substantiellement différentes** de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché* »⁹¹⁵.

La démarche de la Cour consistant à rechercher si une modification du contrat est si importante qu'elle témoigne de la volonté des parties de renégocier ses termes apparaît déjà dans l'arrêt *Commission c/ France* du 5 octobre 2000⁹¹⁶. La Cour a distingué en l'espèce entre la « mise au point » d'un contrat et la conclusion d'un nouveau contrat, seule la seconde impliquant le recours à un mécanisme de mise en concurrence⁹¹⁷. Le juge de l'Union a constaté dans cette affaire que la Commission n'« *avait pas fourni d'éléments susceptibles d'établir que de nouvelles négociations démontrant la volonté des parties de renégocier les termes essentiels du contrat ont été entamées (...)* » et que la différence de prix entre le contrat proposé entre 1993 et 1996 n'était « *pas non plus de nature à établir que les négociations entamées (...) avaient pour objet la renégociation d'un terme essentiel du contrat* »⁹¹⁸. Ainsi, le **prix** n'est pas considéré

⁹¹⁵ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, *op. cit.*, pt 34.

⁹¹⁶ CJCE, 5 oct. 2000, *Commission c. France*, aff. C-337/98, Rec. I-8377 : *AJDA* 1999, p. 302, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. de BERGUES ; *AJDA* 2001, p. 329, chron. H. LEGAL, C. LAMBERT et J.-M. BELORGEY.

⁹¹⁷ En ce sens, v. H. HOEPFFNER, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *op. cit.*, pt 9, p. 102.

⁹¹⁸ CJCE, 5 oct. 2000, *Commission c/ France*, *op. cit.*, pt 52.

per se comme un élément essentiel du contrat par le juge de l'Union. Cet arrêt confirme que les modifications apportées aux dispositions d'un marché public provoquent la naissance d'un nouveau marché lorsqu'elles présentent « des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont en conséquence de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels du contrat »⁹¹⁹.

La Cour de justice a suivi le même raisonnement dans une autre affaire, opposant la Commission à l'Italie⁹²⁰. Elle a été appelée à se prononcer, en l'espèce, sur la question de savoir si une modification relative à l'**objet** d'un contrat était constitutive d'un nouveau contrat. Le juge de l'Union a considéré que l'attribution de deux concessions portant sur la construction et la gestion d'autoroutes était illégale, dès lors qu'elle n'était pas seulement une « *révision d'une convention précédente conclue le 21 décembre 1972 et d'actes additionnels ultérieurs* », comme le soutenait l'Italie, mais elle comprenait des travaux ayant pour objet de développer davantage le réseau autoroutier. La Cour a considéré que ces travaux ne relevaient pas « *des interventions comprises dans la mission normale de la concession initiale* »⁹²¹. Ils étaient constitutifs d'une nouvelle concession qui devait, en tant que telle, être précédée d'un processus de mise en concurrence⁹²².

⁹¹⁹ H. HOEPFFNER, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *op. cit.*, pt 9, p. 102.

⁹²⁰ CJCE, 27 oct. 2005, *Commission c/ République Italienne*, aff. C-187/04 et C-188/04, *JCP A*, 22 mai 2006, n° 21, p. 1113, note F. LINDITCH. Sur cet arrêt v. également, H. HOEPFFNER, *ibid.*

⁹²¹ *Ibid.*, pt 13.

⁹²² CJCE, 27 oct. 2005, *Commission c. République Italienne*, *op. cit.*, pt 6. En revanche, le juge administratif a adopté une approche différente en la matière. Sa position vis-à-vis de la possibilité de modification du prix du contrat administratif diffère selon si cette modification intervient après un accord de volontés des parties ou unilatéralement par l'administration. D'un côté, la modification après accord de volontés des parties est permise (en ce sens, v. CAA Marseille, 13 déc. 2001, *UFC ; Contrats et Marchés publics*, févr. 2002, p. 20, note G. ECKERT), sauf si elle a un effet rétroactif (CE, 23 nov. 1906, *Ville de Baume-les-Dames*, Rec. p. 850 ; CE, 12 janv. 1922, *Leroy*, Rec 23, CE, 28 mai 1982, SA SOPREMA, Rec. p. 665). De l'autre côté, la modification, par l'administration, de la rémunération de son cocontractant est impossible, le droit à la rémunération étant censé être le plus important parmi ses droits. Or, si l'administration ne peut pas modifier directement le montant de la rémunération de son cocontractant par voie unilatérale, elle peut induire une modification indirecte de ce montant, en lui imposant des obligations supplémentaires. Dans ce cas, il faut vérifier si la modification de l'objet du contrat bouleverse son économie générale. Lorsqu'il y a un bouleversement de l'économie générale du contrat, on est en présence d'un nouveau contrat qui devrait, en tant que tel, être soumis, le cas échéant, à une nouvelle procédure de mise en concurrence. En ce sens, v. H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 200 s.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, la Cour de justice a considéré, dans l'arrêt *Pressetext* que : « (...) *la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial (...)* »⁹²³. Cependant, le juge de l'Union n'a pas précisé si le contrat initial devait comporter le nom du cessionnaire, ce qui exclurait *de facto* sa cession, ou s'il suffisait d'y mentionner la possibilité de cession⁹²⁴.

La solution de l'arrêt *Pressetext* a été reprise par la Cour dans sa jurisprudence *Wall AG*⁹²⁵. Cependant, dans l'arrêt *Wall AG*, le juge de l'Union a adopté une position encore plus restrictive, en considérant que la modification des parties en matière de sous-traitance est substantielle, même si la possibilité de cession avait été prévue dans le contrat⁹²⁶.

Des développements précédents, il s'ensuit qu'à la différence du juge administratif français, le juge de l'Union interdit, en principe, la modification des parties au contrat administratif. Comme le note le Professeur Y. Gaudemet, la Cour de justice n'hésite pas, dans l'arrêt *Pressetext*, à « *interdire la cession de contrat dans un cas de figure qui préservait pourtant intégralement la physionomie du contrat initial* »⁹²⁷. En revanche, le Conseil d'État témoigne d'une volonté de pousser la modification contractuelle du contrat administratif à son maximum⁹²⁸. L'arrêt *Velib* en est une illustration caractéristique : la haute juridiction administrative y a considéré que la décision d'étendre le système de vélos en libre-service en dehors des limites de Paris est un

⁹²³ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, *op. cit.*, pt 40.

⁹²⁴ En ce sens, v. R. NOGUELLOU, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, n° 15, p. 858.

⁹²⁵ CJUE, 13 avr. 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, *AJDA* 2010, p. 760 ; *ibid.*, p. 937, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; *RDI* 2010, p. 385, obs. R. NOGUELLOU ; *RFDA* 2011, p. 98, note H. HOEPFFNER ; *RTD eur.* 2011, p. 429, obs. A. LAWRENCE DURVIAUX ; *ibid.*, p. 443, obs. A. LAWRENCE DURVIAUX.

⁹²⁶ Cette solution ne s'applique toutefois qu'en matière de sous-traitance.

⁹²⁷ Y. GAUDEMET, préface in H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, p. VIII.

⁹²⁸ Y. GAUDEMET, *ibid.*

avenant, et non pas un nouveau marché, dans la mesure où elle ne modifie l'objet du marché ni bouleverse son économie⁹²⁹.

Les nouvelles directives⁹³⁰ sont venues préciser le régime applicable à la cession des contrats, en approfondissant et éclaircissant la solution issue de la jurisprudence *Pressetext*⁹³¹. À la différence de la Cour de justice, le législateur de l'Union adopte une position en principe favorable à la cession de contrat. Pour que cette dernière soit possible, il suffit de prévoir le principe même de cession dans le contrat en question⁹³².

Rangeant la cession de contrat dans leur partie consacrée à l'exécution des marchés, les directives disposent que la modification des parties au contrat ne constitue pas *a priori* une modification substantielle, rendant le contrat « sensiblement différent par nature de celui conclu au départ »⁹³³.

Dans un souci de concilier le respect de l'effet utile du processus d'attribution initial avec le respect des obligations du service public, les directives Marchés et Concessions prévoient que le nouveau titulaire du contrat doit remplir « *les critères de sélection qualitatifs établis initialement* ». ⁹³⁴ Cependant, il convient de souligner qu'elles n'exigent nulle part l'accord de l'administration à l'opération de cession, laissant une

⁹²⁹ Sur ce point, v. E. GEFFRAY, S.-J. LIEBER, « Le Vélib'au-delà du " périph " : avenant ou nouveau marché ? », chron. sur CE, Sect., 11 juill. 2008, *Ville de Paris*, AJDA 2008, n° 33, p. 1816.

⁹³⁰ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE, L 94 du 28 mars 2014, p. 1 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE L 94 du 28 mars 2014, p. 65 ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JOUE L 94, 28.3.2014, p. 243. Les deux dernières directives ont été transposées en droit français par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (JORF n°0169 du 24 juillet 2015, p. 12602) et par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (JORF n°0074 du 27 mars 2016), alors que la première a été transposée par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (JORF n°0025 du 30 janvier 2016) et par le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 (JORF n°0027 du 2 février 2016).

⁹³¹ En ce sens, H. HOEPFFNER, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *Europe* 2014, n° 5, p. 5 ; R. NOGUELLOU, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *op. cit.*

⁹³² En ce sens, v. R. NOGUELLOU, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *op. cit.*, p. 859.

⁹³³ Telle est l'expression utilisée dans les directives pour désigner une modification substantielle. Cependant, selon l'article 72 de la directive Marchés et l'article 43 de la directive Concessions, la modification du cocontractant présente un caractère substantiel lorsqu'elle est effectuée « dans d'autres cas que ceux prévus au § 1^{er}, point d) ». Les directives prévoient ainsi une série d'exceptions au caractère cessible des contrats qui entrent dans leur champ d'application.

⁹³⁴ V. les art. 72 de la directive Marchés et 43 de la directive Concessions.

large marge de manœuvre aux États en la matière⁹³⁵. Elles rompent ainsi avec le principe général du régime des contrats administratifs en droit français, selon lequel *les cessions et le sous-traités ne peuvent se réaliser qu'avec l'autorisation de l'administration*⁹³⁶.

La cession de contrat diffère essentiellement à ce point de la cession des autorisations d'utilisation de fréquences : le droit de l'Union prévoit en l'espèce que tout projet de cession doit être soumis au contrôle des autorités réglementaires nationales⁹³⁷. En France, l'ARCEP doit approuver les projets portant sur des fréquences attribuées après mise en concurrence en raison de leur rareté ou présentant un caractère indispensable pour la continuité du service public, et, dans les autres hypothèses, elle dispose d'un droit de veto.

L'identité du bénéficiaire d'une autorisation d'accès au marché n'est pas considérée comme intangible par le juge de l'Union. Ce dernier se limite à encadrer la procédure suivie en matière de cession de ces autorisations d'accès aux ressources rares. Le Conseil d'État adopte également une position souple en la matière, favorisant la cession de ces actes. La convergence entre la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de justice en matière de cession des autorisations d'accès aux ressources rares s'oppose à la divergence de ces juridictions, constatée à propos de la cession de contrat.

B. Une différenciation jurisprudentielle nette en matière de cession des actes d'accès aux ressources rares

La directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (dite « directive cadre ») n'impose pas aux titulaires d'une autorisation d'utilisation de fréquences de respecter des règles particulières de publicité préalablement à la cession de ces actes. Même si l'on se trouve face à une situation de rareté ayant justifié le recours à une procédure

⁹³⁵ En ce sens, v. R. NOGUELLOU, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *op. cit.*, p. 859.

⁹³⁶ Sur ce principe, v. A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, t. 2, 1984, n° 816 ; H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.* p. 113 s.

⁹³⁷ Sur ce point v. la directive 2002/21/CE, *op. cit.*, art. 9, par. 4.

d'appel à candidatures préalablement à l'attribution d'une autorisation d'utilisation de fréquences, selon la réglementation en vigueur au niveau national et européen, la cession de cette même autorisation ne doit pas être précédée d'une procédure de publicité ou de mise en concurrence⁹³⁸. Les autorités réglementaires nationales sont uniquement tenues de mesurer les effets que présente la cession de l'autorisation sur le fonctionnement de la concurrence⁹³⁹.

En toute hypothèse, l'obligation pesant sur l'administration de recourir à un processus de mise en concurrence à propos de la cession d'un acte d'accès à une ressource rare serait difficile à concilier avec le droit des sociétés. Ce dernier permet la fusion, le rachat ou le transfert des meubles entre sociétés. Or, lorsqu'une telle opération comporte également la cession du contrat conclu entre une entreprise partie à l'opération et l'administration, la mise en œuvre d'un nouveau processus de mise en concurrence risque de retarder, voire d'annuler le projet entrepris. L'entreprise cocontractante de l'administration serait exposée au risque d'être à la fois écartée de l'exécution du contrat à l'issue de la nouvelle mise en concurrence et de se priver de l'utilisation d'un mécanisme indispensable pour la vie des affaires. Peu enclins à subir ce risque, les opérateurs hésiteraient à avoir recours à ce type d'opérations.

Le Conseil d'État a approfondi le régime de cession des autorisations d'accès à des ressources rares délivrées au sein des marchés régulés, tout en la rendant plus attractive pour les opérateurs. Il a considéré que le rachat d'un opérateur détenant une autorisation d'utilisation de fréquences par un autre n'est pas constitutif d'une cession frauduleuse de fréquences (1). En outre, la Cour de justice a consacré l'accès des tiers aux procédures menées devant les autorités de régulation tenant à l'autorisation des projets de cession, contribuant ainsi à la consolidation de leur droit au recours (2).

⁹³⁸ En ce sens, v. aussi Ch. MAUGÜÉ, Étude effectuée pour le compte de l'ARCEP relative aux modalités juridiques de cession et de mise à disposition des autorisations d'utilisation de fréquences de la boucle locale radio, janv. 2007, p. 6. Disponible en ligne sur le lien suivant : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/etd-march-second-frqc-janv07.pdf.

⁹³⁹ Sur ce point, v. Directive 2002/21/CE (« directive-cadre »), *op. cit.*, art. 9, par. 4.

1. L'inapplication d'un nouveau processus de mise en concurrence aux opérations de rachat emportant cession d'autorisation

Dans une affaire de 2006 relative aux licences WiMax⁹⁴⁰, le Conseil d'État fut appelé à se prononcer sur la question de savoir si le rachat d'une entreprise titulaire d'une autorisation d'utilisation de fréquences devait faire l'objet d'un nouveau processus de mise en concurrence. La haute juridiction administrative y a répondu par la négative.

La société *Altitude* (devenue *IFW*), attributaire de deux licences WiMax sans mise en concurrence, a été rachetée par la société *Iliad*, propriétaire de *Free*. Ce rachat a conduit à ce que la société *Iliad* se retrouvât automatiquement propriétaire des licences que détenait la société *Altitude*.

Or, les développements en matière de technologie WiMax ont renforcé l'intérêt des opérateurs et conduit à la raréfaction des ressources dans les bandes de fréquences correspondantes. Ainsi, les nouvelles licences ne pouvaient plus être attribuées librement. L'ARCEP a dû recourir à l'article 42-2 du CPCE qui impose la tenue d'un appel d'offres en cas de rareté avérée des fréquences.

Ayant manifesté son intérêt pendant la période où les licences WiMax étaient encore attribuées « au fil de l'eau », la société *Altitude* a réussi à obtenir deux licences sans mise en concurrence. Le rachat de la société *Altitude* par la société *Iliad* lui a permis d'échapper à la procédure de soumission comparative mise en place par l'ARCEP au niveau régional pour l'attribution des nouvelles licences WiMax.

En revanche, n'ayant pas demandé une telle licence pendant la période où les licences WiMax étaient délivrées librement, la société *Neuf Télécom*, opérateur concurrent des sociétés précitées, était tenue de passer par la procédure d'appel à candidatures organisée par l'ARCEP. S'estimant lésée par cette différence de situation, la société *Neuf Télécom* a demandé l'abrogation de la licence WiMax de la société *Altitude*,

⁹⁴⁰ CE, 30 juin 2006, n° 289564, *Sté Neuf Télécom SA*, Rec. 2006, p. 309 ; *RJEP* 2006, p. 162, note F. FONTAINE et G. WEIGEL ; *AJDA* 2006, p. 1703, chron. P.-A. JEANNENEY ; *ibid.*, p. 1720, comm. A. SÉE ; ARCEP, « BLR-Wimax : le Conseil d'État conforte la sécurité juridique des autorisations d'utilisation de fréquences » La lettre de l'Autorité, juill.-août 2006, p. 22.

attribuée sans mise en concurrence, et transférée au groupe *Iliad* en raison de l'opération de rachat.

La société requérante soutenait, entre autres, que la cession de fréquences réalisée à travers l'opération de rachat était illicite⁹⁴¹. Le juge a considéré à ce titre que la prise de contrôle par *Iliad* de la société *Altitude* (devenue *IFW*) ne constituait pas une cession frauduleuse de fréquences à un tiers, car « la cession de la totalité des parts sociales d'une société ne saurait être analysée ni comme une cession du fonds de commerce ni comme emportant la création d'une personne morale nouvelle »⁹⁴². Ainsi, selon le Conseil d'État, malgré son rachat par *Iliad*, la société *IFW* restait propriétaire des licences.

Cette jurisprudence témoigne de la volonté du Conseil d'État de faciliter la cession des autorisations d'utilisation de fréquences hertziennes. Elle a ensuite été complétée par celle de la Cour de justice qui est venue approfondir le régime de la cession des autorisations d'utilisation de fréquences. Loin de manifester la même réticence que celle dont il a fait preuve à propos de la cession de contrat, le juge de l'Union s'est limité à préciser les conditions d'accès des tiers aux procédures de cession menées devant les autorités réglementaires nationales compétentes en matière de communications électroniques.

2. La reconnaissance de l'intérêt à agir des tiers concurrents lors de la procédure menée devant les autorités de régulation tenant à l'autorisation de cession

Le droit de l'Union encadre considérablement l'autonomie procédurale des États membres lorsqu'ils établissent les critères pris en compte pour apprécier la qualité pour agir contre les actes des autorités de régulation. L'article 4 de la directive 2002/21/CE impose aux États membres d'instaurer des mécanismes efficaces au niveau national permettant « à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des

⁹⁴¹ La société requérante demandait également l'abrogation de la licence pour changement des circonstances. Sur ce point, v. *infra*, p. 423 s.

⁹⁴² CE, 30 juin 2006, n° 289564, *Sté Neuf Télécom SA*, consid. 8.

services de communications électroniques, et qui est affecté(e) par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées (...) »⁹⁴³. Cet article est une expression du principe de protection juridictionnelle effective qui impose aux États membres de garantir au profit des justiciables les droits qu'ils tirent du droit de l'Union⁹⁴⁴. Ceux-ci sont notamment tenus de créer des voies de recours adéquates qui permettent aux utilisateurs et aux opérateurs des communications électroniques de faire prévaloir leur droits tirés de l'ordre juridique de l'Union.

La jurisprudence de l'Union reste ambiguë sur la question de savoir quels sont les critères permettant de fonder la qualité pour agir des opérateurs contre les décisions des autorités de régulation. Selon la directive précitée, pour qu'un opérateur puisse attaquer une telle décision, il faut qu'elle « affecte défavorablement » ses « droits ». Or, la Cour ne précise toutefois pas de quels droits il s'agit.

Comme le souligne l'avocat général M. Szpunar dans ces conclusions sur l'affaire *T-Mobile Austria*⁹⁴⁵, il n'y aucune réponse claire dans la jurisprudence de la Cour à la question de savoir si le critère de la qualité pour agir, qui implique que la décision « affecte défavorablement les droits » du requérant, concerne : « les droits subjectifs de ladite partie à l'égard de l'autorité administrative, ses droits correspondants aux obligations réglementaires imposées à une autre personne privée, ou un autre type de droits, tirés, par exemple, d'un contrat de droit privé »⁹⁴⁶.

Par exemple, dans l'affaire *Tele2 Telecommunication*⁹⁴⁷, la qualité pour agir des requérantes a été fondée sur le fait que la décision en cause avait un impact sur leurs droits subjectifs correspondant aux obligations asymétriques imposées à l'entreprise

⁹⁴³ Directive 2002/21/CE (« directive-cadre »), *op. cit.* (nous soulignons).

⁹⁴⁴ En ce sens, v. CJCE, 21 février 2008, *Tele2 Telecommunication GmbH c/ Telekom-Control-Kommission*, aff. C-426/05, Rec. 2008, p. I-685, pt 30. Sur le principe de protection juridictionnelle effective en droit de l'Union, v. not. : CJCE, GC, 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, Rec. p. I-2271, pts 37 et 38.

⁹⁴⁵ CJUE, 22 janvier 2015, *T-Mobile Austria GmbH c/ Telekom-Control-Kommission*, aff. C-282/13 ; *Europe* 2015, p. 33, comm. L. IDOT ; *Revue de Jurisprudence Commerciale (RJC)* 2015, p. 326, note G. DECOQ.

⁹⁴⁶ M. SZPUNAR, conclusions du 9 septembre 2014 sous CJ, 22 janvier 2015, *T-Mobile Austria GmbH c/ Telekom-Control-Kommission*, *op. cit.*

⁹⁴⁷ CJCE, 21 février 2008, *Tele2 Telecommunication GmbH c/ Telekom-Control-Kommission*, *op. cit.*

qualifiée d'opérateur puissant sur le marché pertinent. Dans cet arrêt, la Cour a lié la qualité pour agir à la violation d'un droit subjectif qui était le pendant d'une obligation asymétrique.

Allant plus loin dans ce raisonnement, la Cour a reconnu, dans l'arrêt *Arcor*⁹⁴⁸, que disposent d'un droit de recours à l'encontre des décisions des autorités réglementaires nationales non seulement les opérateurs du réseau, mais également les entreprises ayant conclu un contrat d'accès dégroupé au réseau avec ces opérateurs⁹⁴⁹. Le juge de l'Union a considéré que la décision de l'autorité réglementaire affectait le requérant « dans ses droits en tant que partie à un contrat relatif à l'accès aux boucles locales »⁹⁵⁰. À la différence de l'arrêt *Tele2 Telecommunication*, le droit subjectif reconnu dans l'arrêt *Arcor* n'était pas le corollaire d'une obligation imposée par l'autorité réglementaire nationale dans le cadre de sa compétence de régulation, mais il émanait d'un contrat.

Or, est-ce que le droit au recours consacré dans la directive précitée devrait comprendre également les hypothèses où il n'y a en cause aucun droit subjectif ? Par exemple, est-ce qu'un concurrent de deux entreprises parties à une cession pourrait être considéré comme personne « affectée » au sens de la directive, de sorte qu'il se voie reconnaître le droit d'intervenir lors d'une procédure menée devant une autorité réglementaire nationale tenant à l'autorisation de cette cession ?

Telle a été la question posée à la Cour dans l'affaire *T-Mobile Austria*⁹⁵¹. Cette dernière ne concernait pas la violation d'un droit subjectif. En l'espèce, il était question de savoir si un opérateur pouvait intervenir pendant la procédure menée devant l'autorité autrichienne de régulation des communications électroniques ayant pour objet l'autorisation de la cession de droits d'utilisation de fréquences envisagée par ses concurrents.

Plus précisément, l'affaire *T-Mobile Austria* portait sur la cession de droits d'utilisation de fréquences en Autriche, intervenue dans le cadre de la prise de contrôle de

⁹⁴⁸ CJCE, 24 avril 2008, *Arcor AG & Co. KG c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-55/06, Rec. 2008, p. I-2931.

⁹⁴⁹ Il était en question une décision relative à l'autorisation des tarifs d'accès à un réseau local

⁹⁵⁰ M. SZPUNAR, conclusions *préc.*, pt 65.

⁹⁵¹ CJ, 22 janvier 2015, *T-Mobile Austria GmbH c/ Telekom-Control-Kommission*, *op. cit.*

l'opérateur *Orange Austria Telecommunication GmbH* par deux autres opérateurs, les sociétés *Hutchinson 3G Austria Holdings GmbH* et *Hutchison 3G Austria GmbH*⁹⁵².

La législation autrichienne adoptée pour transposer le « paquet Télécom » de 2002 subordonne la cession de droits d'utilisation de fréquences à l'autorisation préalable de la Commission autrichienne de contrôle des télécommunications (« *Telekom-Control-Kommission - TKK* »)⁹⁵³. Cette autorité est tenue de vérifier l'impact de la cession envisagée sur la concurrence. Elle doit notamment contrôler dans quelle mesure le projet en question peut conduire le cessionnaire à abuser de sa position dominante sur le marché.

Un opérateur concurrent des entreprises précitées, la société *T-Mobile Austria GmbH*, souhaitait intervenir dans la procédure ayant pour objet l'autorisation de la cession envisagée. Il se posait ainsi la question de sa qualité pour agir.

La Cour a été saisie en l'espèce par le « *Verwaltungsgerichtshof* » (Cour administrative autrichienne) en vertu du mécanisme de renvoi préjudiciel. La procédure devant le juge autrichien portait sur le recours introduit par l'opérateur *T-Mobile Austria GmbH*. Ce recours avait pour objet la décision adoptée par le régulateur autrichien des communications électroniques, par laquelle il rejetait le recours dudit opérateur tendant à ce qu'il se voie accorder la qualité de partie dans la procédure ayant pour objet l'autorisation de la cession de droits d'utilisation de fréquences envisagée par ses concurrents.

Ainsi, l'opérateur requérant attaquait non pas la décision de l'autorité de régulation autrichienne autorisant la cession, mais son refus de lui accorder la qualité de partie à la

⁹⁵² Ces deux sociétés ont fusionné ensuite pour créer la société *Hutchison Drei Austria Holding GmbH* (« *Hutchison* »).

⁹⁵³ L'article 56 de la loi autrichienne sur les télécommunications de 2003 (« *Telekommunikationsgesetz* » - « *TKG* ») dispose que : « La cession de droits d'utilisation de fréquences qui ont été attribués par l'autorité réglementaire requiert l'autorisation préalable de cette dernière. L'autorité réglementaire doit publier la demande d'autorisation relative à la cession des droits d'utilisation de fréquences ainsi que la décision y afférente. L'autorité réglementaire doit prendre sa décision en évaluant au cas par cas l'impact, notamment technique, d'une cession sur la concurrence. L'autorisation peut être assortie d'obligations, dans la mesure où celles-ci sont nécessaires pour éviter toute atteinte à la concurrence. Il convient en tout cas de refuser l'autorisation lorsque, malgré l'imposition d'obligations, la cession risque de porter atteinte à la concurrence ».

procédure menée devant elle. La question préjudicielle portait sur l'interprétation de la notion de « personne affectée » au sens de la directive précitée.

De manière plus large, l'affaire en cause offrait au juge de l'Union la possibilité de « (...) préciser la portée de la qualité pour agir contre des décisions prises par les autorités réglementaires nationales dans le domaine des communications électroniques (...) », voire elle donnait lieu à « une réflexion plus générale sur la mesure dans laquelle le droit de l'Union peut s'ingérer dans le droit procédural des États membres régissant les conditions des recours formés contre les décisions administratives (...) »⁹⁵⁴.

Le juge de l'Union fut notamment appelé à se prononcer sur la question de savoir si la société requérante était « affectée » par la décision de l'autorité de régulation autrichienne des communications électroniques. Seule cette qualité lui permettait, en vertu de l'article 4 par. 1 de la « directive-cadre », d'intervenir dans la procédure tenant à l'autorisation de la cession de fréquences arrêtée par ses concurrents.

Dans l'arrêt *Tele2 Telecommunication*⁹⁵⁵, la Cour a jugé que les entreprises concurrentes d'un opérateur qui est caractérisé comme disposant d'une puissance significative sur le marché à l'issue d'une procédure d'analyse de marché, telle que décrite dans l'article 16 de la directive « cadre »⁹⁵⁶, peuvent être considérées comme étant affectées, au sens de la directive 2002/21/CE, par les décisions de l'autorité réglementaire nationale modifiant ou supprimant les obligations pesant sur cet opérateur⁹⁵⁷. Leur intérêt pour agir contre ces décisions trouve sa source dans le fait qu'elles constituent des bénéficiaires potentiels des droits qui correspondent aux obligations réglementaires imposés par les autorités réglementaires nationales aux entreprises qui entrent dans la catégorie des opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché.

⁹⁵⁴ M. SZPUNAR, conclusions préc., pt 1.

⁹⁵⁵ CJCE, 21 février 2008, *Tele2 Telecommunication GmbH c/ Telekom-Control-Kommission*, *op. cit.*

⁹⁵⁶ Directive 2002/21/CE, *op. cit.*

⁹⁵⁷ En ce sens, v. CJCE, 21 février 2008, *Tele2 Telecommunication GmbH c/ Telekom-Control-Kommission*, *op. cit.* pt 36.

La Cour a ainsi adopté, dans l'affaire *Tele2 Telecommunication*, une conception extensive de la qualité pour agir des opérateurs des communications électroniques devant les autorités de régulation nationales. Elle a considéré que pour qu'une personne puisse être considérée comme « affectée » au sens de l'article 4, paragraphe 1 et qu'il lui soit ainsi reconnu un intérêt à agir contre une décision adoptée par l'autorité réglementaire nationale compétente, il suffit que cette décision affecte négativement les droits dont elle est la « bénéficiaire potentielle ». Une interprétation plus restrictive de la notion de « *personne affectée* » qui consisterait à ce que se voient attribuer cette qualité uniquement les *destinataires* des décisions des autorités de régulation serait d'ailleurs difficile à concilier avec l'objectif de promotion de la concurrence dont sont chargées ces autorités consistant à veiller au bon fonctionnement de la concurrence dans le secteur des communications électroniques⁹⁵⁸.

S'inscrivant dans la même logique que celle exprimée dans l'arrêt *Tele2 Telecommunication*, le juge de l'Union a adopté, dans l'arrêt *T-Mobile Austria*⁹⁵⁹, une conception extensive de la qualité pour agir des opérateurs lors des procédures menées devant les autorités de régulation relatives à l'autorisation de cession des fréquences. Soucieuse de garantir à la fois la protection juridictionnelle effective des citoyens de l'Union et l'objectif de promotion de la concurrence, elle a affirmé que l'article 4, paragraphe 1, de la directive « cadre » vise non seulement le destinataire de la décision en question, mais également les autres opérateurs présents sur le marché concerné, pour autant que cette décision soit susceptible d'avoir une incidence sur leur position en son sein.

L'avocat général dans l'arrêt *T-Mobile Austria* proposait d'interpréter l'article 4, par. 1 de la directive-cadre « (...) en ce sens que dispose d'un droit de recours contre une décision d'une autorité réglementaire l'entreprise qui est **actuellement ou potentiellement concurrente du destinataire** de la décision, si l'autorité réglementaire se prononce dans le cadre d'une procédure que prévoit le droit de l'Union en vue **de protéger la concurrence** et que la décision concerne des activités ou une opération

⁹⁵⁸ Sur cette obligation, v. Directive 2002/21/CE, *op. cit.*, art. 8, par. 2, pt b. V. également les arrêts suivants : CJCE, *Tele2 Telecommunication*, *op. cit.*, pts 37 et 38 ; CJCE, 31 janv. 2008, *Centro Europa 7*, aff. C-380/05, Rec. p. I-349, pt 81 ; CJCE, 13 novembre 2008, *Commission des Communautés européennes c/ République de Pologne*, aff. C-227/07, Rec. p. I-8403, pts 62 et 63.

⁹⁵⁹ CJ, 22 janvier 2015, *T-Mobile Austria GmbH c/ Telekom-Control-Kommission*, *op. cit.*

susceptibles d'affecter de façon substantielle la position sur le marché de la partie requérante »⁹⁶⁰. Le juge de l'Union a adopté le même type de raisonnement, en lui apportant toutefois quelques tempéraments. Il a ainsi jugé qu'une entreprise « (...) peut être qualifiée de personne affectée, au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2002/21, telle que modifiée par la directive 2009/140, dès lors que cette entreprise, qui fournit des réseaux ou des services de communications électroniques, **est un concurrent** de l'entreprise ou des entreprises parties à une procédure d'autorisation de cession de droits d'utilisation de radiofréquences prévue à cet article 5, paragraphe 6, et destinataires de la décision de l'autorité réglementaire nationale, et que cette décision **est susceptible d'avoir une incidence sur la position de cette première entreprise sur le marché** »⁹⁶¹.

L'avocat général envisageait ainsi l'adoption d'un champ d'application personnel plus étendu de l'article 4 par. 1 de la « directive-cadre » que celui finalement adopté par la Cour, en incluant aux personnes ayant un intérêt à agir contre une décision d'une autorité réglementaire nationale les concurrents potentiels des destinataires de la décision, et non pas seulement leurs concurrents effectifs. Or, en même temps, il proposait de restreindre du champ d'application matériel de cet article, en considérant que l'intérêt à agir des opérateurs est conditionné aux effets de la décision concernée : selon l'avocat général, seules les décisions affectant substantiellement la position de la partie requérante seraient susceptibles de faire l'objet d'un recours.

En revanche, la Cour s'est contentée de considérer que l'article 4 par. 1 de la « directive-cadre » s'applique aux décisions pouvant avoir une simple incidence sur la position concurrentielle de l'entreprise concernée sur le marché, tout en imposant que celle-ci soit effectivement concurrente des destinataires de la décision. Selon la Cour, il faut que la procédure tenue devant l'autorité réglementaire nationale s'inscrive dans un objectif de protection de la concurrence.

L'opérateur *T-Mobile Austria* était effectivement concurrent des opérateurs-parties à la cession dans la mesure où il exerçait son activité au sein du même marché. En outre, la

⁹⁶⁰ M. SZPUNAR, conclusions préc. pt 87.

⁹⁶¹ CJ, 22 janvier 2015, *T-Mobile Austria GmbH c/ Telekom-Control-Kommission*, op. cit., pt 39.

cession de fréquences envisagée en l'espèce modifiait la répartition des fréquences entre les entreprises présentes sur le marché concerné. Cet opérateur se retrouvait ainsi affecté dans sa position concurrentielle par rapport aux parties à la cession. En outre, la procédure menée devant les autorités nationales tenant à l'autorisation des opérations de cession s'inscrit directement dans un objectif de protection de la concurrence, dans la mesure où dans le cadre de cette procédure, ces autorités sont tenues de vérifier les effets de la cession sur la concurrence et, le cas échéant, l'autoriser ou la bloquer. Par conséquent, la Cour a reconnu que *T-Mobile Austria* disposait d'un intérêt à agir contre la décision litigieuse.

Des développements précédents, il s'ensuit que la cession de contrat et la cession des autorisations d'utilisation de fréquences font l'objet d'un traitement différent en droit de l'Union. Le changement des parties au contrat est envisagé comme une modification substantielle qui devrait donner lieu, en tant que telle, à un nouveau processus de mise en concurrence. En revanche, la modification de l'identité du titulaire d'une autorisation d'utilisation de fréquences est juste soumise au contrôle des autorités réglementaires nationales, dont l'approbation n'est requise que si la cession envisagée porte sur une autorisation attribuée après mise en concurrence des opérateurs.

La logique est la même dans les deux cas : lorsqu'un contrat ou un acte donné sont attribués après mise en concurrence, l'effet utile du processus d'attribution impose d'encadrer leur cession. La logique concurrentielle transcende le cycle de vie de ce type d'actes administratifs et apporte divers aménagements à leur régime. Or, le rôle de l'administration n'est pas le même dans les deux hypothèses.

En vertu de la jurisprudence *Pressetext*⁹⁶², l'administration est en principe tenue de recourir à un nouveau processus de mise en concurrence en cas de cession de contrat. En revanche, la cession des autorisations d'utilisation de fréquences attribuées après mise en concurrence est uniquement soumise au contrôle des autorités réglementaires nationales compétentes en matière de communications électroniques, qui ne peuvent refuser la cession envisagée que pour des raisons limitativement énumérées dans la « directive-cadre ».

⁹⁶² CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, *op. cit.*

Cette divergence s'explique par plusieurs raisons. La cession de contrat est « tolérée » par le droit, dans la mesure où elle permet la réalisation des opérations économiques complexes et l'adaptation du contrat aux évolutions des circonstances technologiques ou financières. La mutabilité du contrat administratif⁹⁶³ est le corollaire du caractère évolutif de l'intérêt général. Figurant plus comme un moyen de satisfaction de l'intérêt général que comme un fruit de l'autonomie des volontés, le contrat ne peut pas être figé⁹⁶⁴. La cession du contrat constitue un moyen de mise en œuvre de celui-ci, dans la mesure où le contrat est transféré comme un tout au cessionnaire qui se substitue au cédant dans le lien contractuel.

La cession des autorisations d'accès aux fréquences hertziennes poursuit cette même mission de mise en œuvre de l'acte initial. Le nouveau titulaire se retrouve à la place du cédant et doit satisfaire la plupart des engagements émis par ce dernier lors de l'attribution de l'acte. En outre, dans les deux cas, l'administration est tenue de vérifier l'impact que peut avoir chaque type d'opération sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché, afin d'assurer le respect de l'effet utile de la mise en concurrence initiale et de faire en sorte que les abus soient évités.

Cependant, la cession de ce type d'actes présente toutefois une particularité par rapport à la cession de contrat : elle vise la création d'un marché secondaire des fréquences, voire elle se profile comme un moyen supplémentaire dont peut faire usage l'ARCEP pour exercer sa mission de régulation. Cette fonction supplémentaire de la cession des autorisations d'utilisation de fréquences par rapport à la cession de contrat explique le différent traitement réservé à chacune de ces deux formes de cession par le droit. **Si la cession de contrat n'est que tolérée, voire encadrée par le droit, la cession des autorisations d'utilisation de fréquences est favorisée par celui-ci, dans la mesure où elle contribue au renforcement de la concurrence au sein du marché des communications électroniques.**

⁹⁶³ Sur ce concept, v. M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2004.

⁹⁶⁴ En ce sens, v. H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 1.

Conclusion du chapitre 1

L'étude du régime applicable à la mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation révèle une particularité importante de ces actes : ceux-ci dérogent à la règle de l'*intuitu personae* des actes administratifs unilatéraux dans la mesure où ils sont cessibles. Leur *caractère cessible* est le corollaire nécessaire de leur patrimonialité.

Lorsqu'une opération de cession porte sur une autorisation attribuée après mise en concurrence, la volonté des parties à la cession est encadrée par des préoccupations concurrentielles. D'abord, l'administration est tenue de mesurer les effets anticoncurrentiels de la cession envisagée. D'un côté, elle doit faire en sorte que le projet de cession soumis à son examen ne conduise pas à ce que le nouveau titulaire commette un abus de position dominante. De l'autre côté, elle doit vérifier qu'il ne résulte pas d'une entente entre opérateurs.

Ensuite, si l'autorisation cédée a été attribuée après mise en concurrence, l'administration doit s'assurer que la cession ne compromet pas l'effet utile du processus d'attribution initial. Des rapprochements pourraient être faits en l'espèce avec la cession de contrat. Cependant, à la différence de cette dernière, la cession de certaines autorisations adoptées en matière de régulation fait également naître une *obligation positive* à l'égard de l'administration consistant à *promouvoir l'ouverture du marché* concerné à la concurrence. Tel est le cas, par exemple, de la cession des autorisations d'utilisation de fréquences.

Envisagée comme une modalité de création d'un marché secondaire des fréquences par le droit de l'Union et le droit français, la cession de ce type d'autorisations joue un rôle **de moteur** du fonctionnement concurrentiel du marché des communications électroniques. Elle participe respectivement au renforcement de la concurrence, permet aux opérateurs de tirer profit de la « vente » de leurs actes, et constitue en même temps un élément de valorisation du domaine public hertzien. Le seul caractère cessible d'un acte unilatéral est un avantage valorisable qui pourrait influencer sur le montant de la redevance demandée auprès des opérateurs intéressés.

La cession des autorisations délivrées au sein des marchés régulés est d'ailleurs, tout comme la cession de contrat, une modalité de mise en œuvre de ces actes. Elle permet notamment l'exécution des engagements pris par le titulaire initial de l'acte cédé, qui sont transférés au nouveau titulaire. Facilitée par ce régime de cession particulier, la mise en œuvre des autorisations d'accès au marché est également réalisée grâce à certains outils dont disposent les autorités de régulation.

Chapitre 2. Les outils de mise en œuvre

Bien que les autorités de régulation ne soient pas de juridictions au sens organique du terme, leur compétence de prononcer des actes de règlement des différends et d'infliger des sanctions les rapproche des juridictions. À travers ces actes, les autorités de régulation exercent une fonction contentieuse, à l'instar du juge⁹⁶⁵. L'exercice, par les autorités de régulation, de leur compétence en matière de règlement des différends et de sanction aboutit à l'édiction des actes administratifs unilatéraux qui rassemblent aux décisions juridictionnelles, notamment en raison des règles procédurales qui s'appliquent à leur élaboration.

Parmi l'ensemble des pouvoirs des autorités de régulation, c'est celui consistant en le règlement des différends qui semble être le plus spécifique : lorsqu'elles exercent un tel pouvoir, ces autorités se comportent comme un juge dans la mesure où elles sont appelées à trancher un litige entre deux parties. Tout comme les juges, elles bénéficient des garanties d'indépendance et d'impartialité, elles doivent répondre à tous les moyens invoqués par les opérateurs et peuvent être saisies des demandes de mesures conservatoires⁹⁶⁶.

Or, les actes de règlement des différends et les sanctions sont des actes administratifs, voire des actes individuels, dans la mesure où leurs destinataires y sont nominativement désignés. Ces deux types d'actes sont motivés et adoptés en application d'une procédure contradictoire. Cependant, leurs effets et, notamment, leur objet ne sont pas les mêmes que ceux des décisions juridictionnelles⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ La fonction contentieuse est plus générale que la fonction juridictionnelle, dans la mesure où elle n'est pas réservée aux juridictions, mais elle peut être également exercée par l'administration. Sur la distinction entre fonction administrative et fonction contentieuse, v. not. T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », Dalloz, 2013, pp. 223-224.

⁹⁶⁶ Sur ce point, v. S. JACQUIER, W.-J. MAXWELL, « Pouvoir de l'ARCEP d'ordonner des mesures conservatoires dans le cadre d'un règlement des différends (commentaire de l'arrêt de Cass. com., 12 déc. 2006, Sté France Télécom c/SA Western Télécom) », *Communication Commerce électronique*, octobre 2007, n° 10, étude 25, p. 19.

⁹⁶⁷ Pour une présentation détaillée des critères de distinction entre actes administratifs et actes juridictionnels (nature de l'auteur de l'acte, formalités applicables à son élaboration, effets juridiques qu'il produit), v. L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906, pp. 413-471 ; P. QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA* 2004, p. 1060 s., spéc. pp. 1068-1069. Sur l'acte juridictionnel en particulier, v. R. BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 3 s., not. p. 29.

En outre, les décisions adoptées en matière de règlement des différends diffèrent des décisions arbitrales, parce qu'elles sont des actes administratifs unilatéraux et bénéficient ainsi du privilège du préalable. Par conséquent, elles sont directement exécutoires et n'appellent pas le recours au mécanisme de l'*exequatur*.

Le recours des opérateurs à une autorité de régulation sur le fondement de sa compétence de règlement des différends n'est possible qu'après échec des négociations commerciales ou s'il y a un désaccord sur l'exécution ou l'interprétation des contrats conclus. Les opérateurs doivent, d'abord, négocier librement pour conclure un accord relatif à l'accès au marché. Or, leur liberté contractuelle cède finalement face aux impératifs de la régulation : s'ils ne parviennent pas à conclure un contrat, l'Autorité intervient pour dicter les principes sur la base desquels sera fondé le contenu de l'accord entre les parties.

Les décisions de règlement des différends ont pour objet de réguler l'accès au réseau⁹⁶⁸. Lorsqu'une autorité de régulation est sollicitée pour se prononcer sur un différend, elle vise notamment à satisfaire sa mission administrative qui consiste à garantir l'intérêt général au sein des marchés concernés. Elle s'intéresse plus à assurer la régulation du marché qu'à dire le droit en vue de résoudre le conflit concret soumis à son examen, ce qui la différencie fondamentalement du juge. De même, les sanctions des autorités de régulation ont pour but principal de rétablir dans les plus brefs délais le fonctionnement concurrentiel du marché. Elles n'ont pas de fonction punitive. C'est pour cette raison que l'ARCEP refuse de donner suite à une procédure de sanction engagée devant elle lorsque l'entreprise concernée se conforme à sa mise en demeure⁹⁶⁹.

Les actes adoptés par les autorités de régulation en matière de règlement des différends et de sanction ne pourraient être étudiés que par référence aux autorisations délivrées par ces autorités, ainsi qu'à leurs actes réglementaires « classiques ». Ces quatre types d'actes construisent le système normatif de droit dur de la régulation. Les autorisations et les actes réglementaires édictés par les autorités de régulation contribuent à

⁹⁶⁸ Sur ce point, v. T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., p. 431 s.

⁹⁶⁹ En ce sens, v. CE, 4 juill. 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, req. n° 334062, tables Lebon ; *AJDA* 2012, chron. « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », p. 1717, note M. LOMBARD.

l'ouverture d'un marché à la concurrence, alors que les décisions adoptées en matière de règlement des différends et de sanction, outils de mise en œuvre des premiers, s'inscrivent dans une fonction de régulation par « voie d'intendance » : si elles ne visent pas directement à assurer l'ouverture d'un marché donné à la concurrence, elles répondent toutefois à une logique de régulation.

Leur fonction est double : d'un côté, elles facilitent la réalisation des objectifs de régulation, tels que posés dans les autorisations et les actes réglementaires des autorités de régulation. De l'autre côté, elles permettent à l'administration d'aller plus loin dans son œuvre régulatrice. Tant les actes de règlement des différends que les sanctions prononcées par les autorités de régulation **visent à protéger l'ordre public économique** et à arrêter les dysfonctionnements du marché provoqués par des comportements contraires aux objectifs de régulation. La fonction que remplissent les autorités de régulation lorsqu'elles prononcent des sanctions ou qu'elles adoptent des actes de règlement des différends dépasse la résolution du différend donné. À travers ces actes, elles cherchent à identifier la meilleure solution non seulement pour les concurrents concernés, mais également pour l'ensemble du marché.

Ainsi, les décisions adoptées par les autorités de régulation en matière de règlement des différends (Section 1) et de sanction (Section 2) devraient être envisagées comme outils de mise en œuvre des actes individuels ou réglementaires qu'adoptent ces autorités pour réguler l'accès des opérateurs au marché, voire comme deux instruments de régulation complémentaires à la régulation par voie d'actes individuels et réglementaires.

Section 1. Les décisions adoptées en matière de règlement des différends

Les décisions adoptées par les autorités de régulation en matière de règlement des différends ne sont pas des décisions juridictionnelles. En ce sens, elles ne bénéficient pas de l'autorité de chose jugée⁹⁷⁰. Le juge ne dispose pas de connaissances techniques nécessaires pour répondre aux diverses questions qui lui sont posées dans le cadre du contentieux de la régulation. À la différence du juge, les autorités de régulation ne

⁹⁷⁰ En ce sens, v. P.-A JEANNENEY, « Le régulateur producteur de droit », in M.-A FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, op. cit., p. 44 s., spéc. pp. 45-46.

visent pas à satisfaire les parties en question lorsqu'elles se prononcent sur un différend, mais à identifier la meilleure solution pour le fonctionnement concurrentiel du marché.

Les actes de règlement des différends sont soumis au contrôle de la Cour d'appel de Paris⁹⁷¹. En tant qu'actes administratifs, ils ne bénéficient pas de l'autorité de chose jugée. En outre, leur contestation devant la Cour d'appel n'a pas de caractère suspensif. Investis du privilège du préalable, ils se différencient d'ailleurs des décisions d'arbitrage qui ont besoin de l'*exequatur* pour acquérir la force exécutoire.

Les parties au règlement des différends sont fixes : d'un côté se trouve l'opérateur historique qui ne se conforme pas aux obligations particulières pesant sur lui en raison de son statut d'opérateur ayant « une influence significative sur le marché », soit le gestionnaire de réseau qui entrave l'accès d'un ou plusieurs opérateurs sur le marché. De l'autre côté se trouve l'opérateur s'estimant lésé par le comportement, le cas échéant, de l'opérateur historique ou du gestionnaire. Par exemple, les différends sur lesquels est appelé à se prononcer le CoRDIS en matière d'électricité concernent plutôt les rapports entre les opérateurs et Enedis (nouvelle appellation pour ERDF)⁹⁷².

⁹⁷¹ Pour une esquisse du contentieux des décisions adoptées par les autorités de régulation en matière de règlement des différends, v. not. E. GUILLAUME., L. COUDRAY, « Le contentieux des décisions de règlement de différends des autorités de régulation devant le juge judiciaire », *RJEP* n° 691, nov. 2011, ét. 6 ; A. JUSSIAUX, « Le contentieux du droit d'accès aux réseaux d'électricité et de gaz devant le régulateur de l'énergie », *Concurrences*, n° 1-2011, art. n° 33872 (suppl. él. de la revue).

⁹⁷² V. l'art. L. 134-19 du Code de l'énergie. V. aussi S. BRACONNIER et C. MENARD, « Règlements de différends entre les gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution d'électricité et les utilisateurs du réseau : comment délimiter la compétence du CORDIS ? », *Contrats et Marchés publics*, février 2011, n° 2, p. 47 ; M. SÉNAC DE MONSEMBERNARD, « L'intervention de la CRE au titre de sa mission de règlement des différends », *DA*, n° 4, avril 2005, comm. 58 ; G. BOUQUET et S. BEAUVILLARD, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *AJDA* 2004, p. 1911. À la différence de l'électricité, le gaz peut se stocker. Cette différence factuelle a des répercussions sur l'étendue de la compétence *ratione personae* du CoRDIS en matière de règlement des différends nés au sein du secteur du gaz. En fonction de l'article précité, le CoRDIS est compétent, en l'espèce, pour régler non seulement les différends entre les opérateurs et les utilisateurs des ouvrages de transport et de distribution de gaz naturel, mais également ceux concernant les exploitants et les utilisateurs des installations de stockage de gaz naturel, de gaz naturel liquéfié ou de dioxyde de carbone.

En revanche, les différends nés au sein du secteur des communications électroniques concernent dans la plupart des cas France Télécom -opérateur historique- et ses concurrents⁹⁷³.

L'attribution d'une compétence de règlement des différends aux autorités de régulation est imposée par les directives sectorielles⁹⁷⁴ et se justifie par des raisons d'opportunité. Le règlement des différends est « une compétence complémentaire » à celle du juge⁹⁷⁵. Les autorités de régulation sont censées être plus efficaces que le juge, dans la mesure où elles disposent de toutes les connaissances techniques qui sont indispensables pour résoudre les différends liés à l'accès au réseau. En outre, elles rendent leurs décisions dans de très brefs délais, ce qui permet de suivre le rythme d'évolution rapide du marché.

Dans un article consacré au pouvoir de règlement des différends dans le secteur de l'énergie, le professeur L. Richer se pose la question de savoir **si ce pouvoir relève de la logique de la situation ou de celle de la régulation**⁹⁷⁶. Cette interrogation vaut pour l'ensemble des autorités de régulation.

L'examen de leurs décisions de règlement des différends permet d'opter pour la seconde hypothèse. Lorsqu'elles sont appelées à régler un différend donné, les autorités de régulation visent à trouver une solution permettant à la fois de résoudre le conflit en question et de faire en sorte que l'objectif d'ouverture du marché à la concurrence soit atteint. Si la décision de règlement des différends est adoptée à propos d'une situation individuelle, ses effets revêtent un caractère impersonnel. Le choix du mot «

⁹⁷³ Sur le champ de compétence de l'ARCEP en matière de règlement des différends, v. les art. L. 36-8, L. 5-4 et L. 5-5 du CPCE. Sur ce point, v. également J. ADDA, « Les règlements des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques », *Concurrences*, n° 4-2010, pp. 75-84 ; É. ROLIN, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », *LPA*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 26 ; É. VÈVE, « Les règlements de différend par l'Autorité de régulation des télécommunications », *Cont. publ.*, n° 24, juillet 2003.

⁹⁷⁴ Ce pouvoir est prévu dans les dispositions suivantes des directives : i. Directive 2002/21/CE (communications électroniques), pts 32 et 33 et art. 20. V. aussi : art. 8, par. 4, al. b ; art. 21 (litiges transfrontaliers), ii. Directive 2009/72/CE (énergie), pts 42 et 54 et art. 37, par 3, al. b. V. également : art. 3, par. 9, al. c ; art. 32, par. 2 ; art. 34, par. 4 ; art. 37, par. 4, al. e ; art. 37, par. 5, al. c ; art. 37, par. 11, iii. Directive 2012/34/UE (transport ferroviaire), art. 46, par. 6.

⁹⁷⁵ CA Paris, 24 fév. 2004, *EDF c/Sinerg*, n° RG 2003/10671 ; Sur le contentieux de l'affaire « Sinerg », v. not. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrôle judiciaire sur le règlement des différends exercé par le régulateur (les enseignements du cas Sinerg) », *RLC* 2005, n° 3, pp. 107-110.

⁹⁷⁶ L. RICHER, « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 393 s., spéc. p. 399.

différend », de préférence au mot « litige » qui est son pendant en droit de l'Union, s'accorde bien avec la finalité de régulation que poursuivent ces actes.

Si le caractère individuel des actes de règlement des différends ne fait pas de doute⁹⁷⁷, ceux-ci se rapprochent de plus en plus des actes réglementaires. Lorsque les autorités de régulation se prononcent dans le cadre de leur compétence de règlement des différends, elles peuvent donner une portée générale à la solution adoptée et arrêter des mesures applicables à tous les opérateurs. Appelé à se prononcer dans le cadre de sa compétence de règlement des différends, le CoRDiS a eu l'occasion de préciser, par exemple, les conditions des installations de production éolienne⁹⁷⁸ ou photovoltaïque⁹⁷⁹ au réseau public de distribution d'électricité.

En outre, lorsque les autorités de régulation adoptent une décision en matière de règlement des différends, elles ne se limitent pas à appliquer la législation en vigueur. Elles s'appuient sur cette dernière pour produire du droit, voire elles vont parfois au-delà de la règle écrite, dans un souci d'assurer le fonctionnement optimal du marché.

Empreints de la logique de la régulation (§ 1), les actes de règlement des différends se distinguent des décisions juridictionnelles : ils visent plus à assurer la *mise en œuvre* des autorisations délivrées aux opérateurs ou à renforcer davantage la concurrence sur le marché qu'à trancher le litige en question. L'appréhension de l'acte de règlement des différends sous cet angle explique bien les rapprochements avérés entre celui-ci et le pouvoir réglementaire « classique » des autorités de régulation (§ 2).

⁹⁷⁷ En ce sens, v. T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 437 s.

⁹⁷⁸ CoRDiS, Décision du 8 juillet 2013 sur le différend qui oppose la société Ferme éolienne de Hauteville 3 à la société Electricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif aux conditions de raccordement de trois installations de production éolienne au réseau public de distribution d'électricité, JORF n°0187 du 13 août 2013, texte n° 175.

⁹⁷⁹ CoRDiS, Décision du 15 avril 2015 sur le différend qui oppose la société NUCLEOSUN à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif aux conditions de raccordement de quatre installations de production photovoltaïque au réseau public de distribution d'électricité, JORF n°0155 du 7 juillet 2015, texte n° 94 ; CoRDiS, Décision du 15 avril 2015 sur le différend qui oppose la société NUCLEOSUN à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif aux conditions de raccordement de trois installations de production photovoltaïque au réseau public de distribution d'électricité, JORF n°0155 du 7 juillet 2015, texte n° 95.

§ 1. Les décisions de règlement des différends, actes de régulation

Appelée à se prononcer sur une décision de règlement d'un différend relevant de la compétence de l'ARCEP, la Cour d'appel de Paris a considéré que « le régulateur doit exercer sa mission au regard des **objectifs de la régulation en matière de communications électroniques** définis par l'article L. 32-1 du CPCE »⁹⁸⁰. L'ARCEP fait sienne l'analyse selon laquelle sa mission de règlement des différends se rapporterait à l'exercice d'un pouvoir de régulation. Selon l'Autorité, parmi les objectifs qu'elle est appelée à assurer « figure “l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale”, qui garantit à la fois la **concurrence entre opérateurs et les intérêts des utilisateurs** »⁹⁸¹. En outre, l'ARCEP affirme que lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur un différend, il lui revient de tenir compte notamment des objectifs relatifs à « *l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les [opérateurs]* », à un « *niveau élevé de protection de l'environnement et de la santé* » et à « *l'aménagement et l'intérêt des territoires et la diversité de la concurrence dans les territoires* »⁹⁸², tels que prévus dans l'article L. 32-1 du CPCE.

Les affirmations précitées confirment le rapprochement entre le pouvoir de règlement des différends des autorités de régulation et leur mission de régulation, celle-ci consistant en la recherche d'un juste équilibre entre des objectifs économiques et non économiques. Le pouvoir de règlement des différends s'inscrit dans une finalité de régulation du marché. Les actes de règlement des différends ne sont ni formellement ni matériellement des décisions juridictionnelles. **Il sont des actes administratifs qui visent plus à réguler le marché qu'à donner droit à l'une des parties au différend.** Cette finalité de régulation poursuivie par les autorités de régulation lorsqu'elles

⁹⁸⁰ CA Paris, 24 février 2011, *Société LRN c/ Société Mobius*, RG n° 2010/16143, p. 44 (nous soulignons).

⁹⁸¹ ARCEP, Décision n° 2011-0893 du 26 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés France Télécom et Free Infrastructure, JORF n°0199 du 28 août 2011, texte n° 55.

⁹⁸² ARCEP, Décision n° 2015-1265-RDPI du 3 novembre se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant, d'une part, la société Free Mobile et, d'autre part, la société SFR.

exercent leur compétence de règlement des différends a pour conséquence que ces autorités apportent divers aménagements à la volonté des parties prenantes à ce processus.

La notion centrale qui justifie et délimite à la fois l'intervention des autorités de régulation sur le fondement de leur compétence de règlement des différends est celle d'accès au réseau⁹⁸³. L'accès au réseau est crucial pour tout opérateur souhaitant exercer son activité sur le marché. Il se situe ainsi au cœur de la régulation.

Les décisions adoptées par les autorités de régulation en matière de règlement des différends précisent les modalités de cet accès. D'une manière plus large, elles sont destinées à assurer l'accès des opérateurs au réseau. En ce sens, elles sont des actes de régulation. Ces décisions visent d'abord à permettre **l'accès effectif** des opérateurs au réseau (A). Or, dans le cadre de leur compétence de règlement des différends, les autorités de régulation ne se limitent pas à garantir cet accès ; elles poursuivent une finalité de régulation plus approfondie consistant à identifier la meilleure solution pour l'atteinte de l'optimum économique, voire à faire en sorte que l'accès des opérateurs au réseau soit **efficace** (B).

A. L'objet des actes : permettre l'accès effectif au réseau

Lorsque les autorités de régulation sont amenées à interpréter la notion d'accès au réseau aux fins de se prononcer sur un différend, elles procèdent à une interprétation large de celle-ci, dans un souci de limiter les entraves à l'accès des opérateurs aux marchés concernés. L'ARCEP a considéré, par exemple, que le service d'interconnexion comprend la sécurisation des interconnexions avec les commutateurs

⁹⁸³ En ce sens, v. T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2013, *op. cit.*, p. 431 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends – Entre office de régulation et office juridictionnel civil », p. 269 s., not. p. 274 s., in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, Presses de Sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, *Droit et économie de la régulation*, vol. 3, 2005.

d'abonnés du demandeur⁹⁸⁴. En outre, en matière d'énergie, l'accès au réseau comprend, selon le CoRDIS, le raccordement au réseau public d'électricité⁹⁸⁵.

Par leurs actes de règlement des différends, les autorités de régulation fixent les conditions d'accès au réseau en se fondant sur différents principes du droit public (1), comme celui de non-discrimination et de transparence, dont elles précisent également la portée dans leurs décisions. En même temps, elles peuvent apporter des aménagements à l'application du privilège du préalable (2), dans un souci de trouver la meilleure solution pour le marché dans son ensemble.

1. Un accès réalisé grâce à l'application des principes classiques du droit public

Dans ces décisions adoptées en matière de règlement des différends, les autorités de régulation appliquent des principes traditionnels du droit public, comme celui de **transparence**. Le recours au principe de transparence a permis au CoRDIS de compléter les obligations pesant sur le gestionnaire du réseau en vertu des dispositions législatives et réglementaires. L'article 5 du décret n° 2003-229 du 13 mars 2003 relatif aux prescriptions techniques générales de conception et de fonctionnement auxquelles doivent satisfaire les installations en vue de leur raccordement aux réseaux publics de distribution⁹⁸⁶ impose au gestionnaire, lorsqu'il est saisi d'une demande de raccordement, « (...) *d'effectuer une étude pour déterminer le schéma de raccordement, dans le cadre de laquelle il examine les différentes hypothèses de fonctionnement du système et les aléas qui pourraient le perturber* ». Cette étude est menée, selon l'article précité, « *dans un cadre transparent et non discriminatoire* ». L'article 23 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité⁹⁸⁷ encadre les hypothèses de refus de conclure un contrat d'accès

⁹⁸⁴ CRE, Décision du 10 février 2005 se prononçant sur un différend qui oppose Réseau de Transport d'Electricité (RTE) à la Compagnie Parisienne de Chauffage Urbain (CPCU) relatif à l'application du tarif d'utilisation du réseau public de transport, JORF n°71 du 25 mars 2005, texte n° 95.

⁹⁸⁵ CoRDIS, Décision du 28 juin 2007 sur le différend qui oppose la société VENTURA à la société coopérative d'intérêt collectif agricole de la région de Pithiviers pour la distribution de l'énergie électrique (SICAP), relatif au raccordement de ses installations de production d'électricité au réseau public de distribution, JORF n°165 du 19 juillet 2007, texte n° 202.

⁹⁸⁶ JORF n°64 du 16 mars 2003, p. 4589, texte n° 13.

⁹⁸⁷ JORF n°35 du 11 février 2000, p. 2143, texte n° 1.

au réseau public d'électricité. Selon cette disposition, les critères de refus ne peuvent être fondés que « *sur des impératifs liés au bon accomplissement des missions de service public et sur des motifs techniques tenant à la sécurité et la sûreté des réseaux, et à la qualité de leur fonctionnement (...)* ». En outre, tout refus doit être motivé et notifié au demandeur et à la CRE.

Appelé à se prononcer sur le refus d'un gestionnaire public d'électricité d'étudier une solution de raccordement des installations de production éolienne d'une société⁹⁸⁸, le CoRDIS a étendu la portée de la transparence. Il a fait découler de cette dernière une obligation pesant sur le gestionnaire de **motiver** ses décisions de refus de raccordement. Plus précisément, selon le CoRDIS, tout gestionnaire est tenu « (...) **au titre de son obligation de transparence, indépendamment de la seule raison de la situation géographique des installations à raccorder (...)** »⁹⁸⁹, d'explicitier les raisons l'ayant conduit à refuser la demande de raccordement.

Dans une décision, rendue à propos d'un différend concernant les conditions de raccordement d'une installation de production éolienne au réseau public de distribution d'électricité⁹⁹⁰, le CoRDIS a d'ailleurs considéré que l'obligation de transparence pesant sur le gestionnaire de réseau ne couvre pas seulement « le choix de la solution de raccordement, la consistance du raccordement et les délais de raccordement, mais encore le coût de l'opération de raccordement, étant précisé que [cette obligation] porte logiquement, non seulement sur l'indication de ces différentes informations, mais également **sur leur justification** »⁹⁹¹. Le gestionnaire de réseau doit préciser, selon le CoRDIS, tant les coûts de la solution proposée que ceux de la solution technique de référence. Cela permet de vérifier ensuite s'il aurait pu proposer à l'opérateur concerné une solution technique de moindre coût.

⁹⁸⁸ CoRDIS, Décision du 28 juin 2007 sur le différend qui oppose la société VENTURA à la société coopérative d'intérêt collectif agricole de la région de Pithiviers pour la distribution de l'énergie électrique (SICAP), relatif au raccordement de ses installations de production d'électricité au réseau public de distribution, JORF n°165 du 19 juillet 2007, texte n° 202.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 12 de la décision.

⁹⁹⁰ CoRDIS, Décision du 29 octobre 2014 sur le différend qui oppose la société MSE l'Epivent à la Société d'Intérêt Collectif Agricole d'Électricité (SICAÉ) de la Somme et du Cambrasis et à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif aux conditions de raccordement d'une installation de production éolienne au réseau public de distribution d'électricité, JORF n°0048 du 26 février 2015, texte n° 85.

⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 22 de la décision (nous soulignons).

Dans un souci de garantir la transparence en matière d'accès au réseau, le CoRDiS a également précisé, par une décision de règlement adoptée le 29 avril 2011 concernant un différend entre la SICAE de la Somme et du Cambrasis et la société GRTgaz, les contours de l'obligation pesant sur les gestionnaires de publier les conditions d'accès⁹⁹². Le CoRDiS renforce dans cette décision les exigences liées au principe de transparence, en rattachant ce dernier non seulement à celui de motivation, mais également à celui de **non-discrimination**.

Dans cette affaire, le CoRDiS a considéré qu'aux dates où l'opérateur a effectué les demandes de raccordement, les conditions contractuelles générales publiées sur le site Internet du gestionnaire étaient incomplètes dans la mesure où elles ne tenaient pas à elles-seules « lieu de description détaillée de la procédure de raccordement à même de garantir un accès efficace au réseau (...) »⁹⁹³. Le CoRDiS a ainsi enjoint au gestionnaire d'élaborer et de soumettre à concertation un projet de procédure de raccordement permettant de rendre intelligibles les conditions d'accès au réseau de transport à l'ensemble de ses utilisateurs potentiels.

Par sa décision, le CoRDiS a précisé la portée réglementaire de la transparence et de la non-discrimination. En outre, il a comblé, grâce à son pouvoir d'injonction, les lacunes du cadre réglementaire relatif à l'accès au réseau de transport gazier. Selon le CoRDiS, lorsque le principe de transparence trouve à s'appliquer en matière de traitement des demandes de raccordement aux réseaux de transport du gaz, il implique notamment que GRTgaz, gestionnaire du réseau gazier, communique au demandeur l'ensemble des éléments lui permettant de comprendre le sens de sa décision, voire d'apprécier son bien-fondé, afin que soit garantie l'exigence de **motivation**. Cette obligation s'impose, comme le note le CoRDiS, d'autant plus pour assurer le respect du principe de **non-discrimination**, vu que le gestionnaire du réseau se trouve en situation monopolistique par rapport aux utilisateurs.

⁹⁹² CoRDiS, Décision du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie en date du 29 avril 2011 sur le différend qui oppose la SICAE de la Somme et du Cambrasis à la société GRTgaz, concernant l'application des contrats relatifs à l'interface entre les opérateurs de transport et de distribution, aux prestations de raccordement au réseau de transport et aux conditions de livraison du gaz naturel, JORF n°0120 du 24 mai 2011, texte n° 85 ; *Concurrences*, n° 3-2011, n°38124, pp. 202-203, comm. E. GUILLAUME et S. DABOUSSY.

⁹⁹³ *Ibid.*, p. 18 de la décision.

La combinaison des principes de transparence, de motivation et de non-discrimination à laquelle procèdent les autorités de régulation lorsqu'elles sont appelées à se prononcer dans le cadre de leur compétence de règlement des différends se complète par divers aménagements qu'elles apportent à d'autres principes ou règles du droit public. Ces aménagements se justifient par la nécessité d'assurer l'accès effectif des opérateurs au réseau. Par exemple, dans un souci de faciliter l'accès au réseau public de transport de l'électricité, la CRE n'a pas hésité à enjoindre au gestionnaire de réseau de déroger aux obligations pesant sur lui en vertu du privilège du préalable.

2. Un accès facilité par des aménagements apportés au privilège du préalable

Dans une décision du 12 décembre 2002 portant sur un différend entre la société PEMAR et RTE relative à la tarification d'utilisation des réseaux publics, la CRE a eu recours aux pouvoirs dont elle jouit dans le cadre de sa compétence de règlement des différends pour concilier deux obligations différentes. Plus précisément, il s'agissait de trouver un juste équilibre entre l'obligation pesant sur les autorités administratives de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal⁹⁹⁴ et le devoir pesant sur les administrés en vertu du privilège du préalable d'appliquer un acte administratif, même si celui-ci est illégal, tout au long de son existence au sein de l'ordonnement juridique.

La loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité conférait la compétence de prise de décision en matière de tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie, sur proposition de la CRE. La fixation des tout premiers tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution

⁹⁹⁴ L'obligation pesant sur les autorités administratives de ne pas appliquer un acte réglementaire illégal a été affirmée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Ponard* du 14 novembre 1958 (Rec. 1958, p. 554). Le CoRDiS a fait application de cette obligation dans sa décision du 19 novembre 2010 sur un différend opposant la société Léonard Valentini à la société Electricité de France (EDF) relatif au raccordement de son installation de production photovoltaïque au réseau public de distribution d'électricité (JORF n°0058 du 10 mars 2011, texte n° 64). Dans cette décision, il a écarté un avenant modificatif à la procédure de traitement des demandes de raccordement établi par EDF qui avait le caractère d'acte réglementaire. Sur cette décision, v. J.-D. DREYFUS, « Règlement des différends dans le secteur de l'énergie – L'Autorité de régulation peut-elle écarter un acte réglementaire qu'elle estime illégal ? », *AJDA* 2011, pp. 1312-1313.

d'électricité était soumise, selon l'article 8 du décret n° 2001-365 du 26 avril 2001⁹⁹⁵, à l'adoption d'un décret en Conseil d'Etat, toujours sur proposition de la CRE. Sur la base de ces dispositions, a été adopté le décret n° 2002-1014 du 19 juillet 2002 qui fixait les tarifs d'utilisation des réseaux et, notamment, des classes de tension⁹⁹⁶. Or, ce décret était illégal car les classes de tension qu'il fixait différaient substantiellement de celles formulées dans la proposition de la CRE.

Appelée à se prononcer sur un différend relatif à la tarification d'utilisation des réseaux publics d'électricité, la CRE⁹⁹⁷ s'est trouvée face à une impasse. D'une part, bien que *le gestionnaire* soit investi par la loi d'une compétence de préciser les règles d'accès, il n'a pas le caractère d'autorité administrative. Il était ainsi tenu, en tant qu'*administré*, d'appliquer le décret illégal. D'autre part, la CRE, en tant qu'*autorité administrative*, était tenue d'écarter l'application dudit décret.

L'exercice par la CRE de sa compétence de règlement des différends et, notamment, le pouvoir d'injonction dont elle dispose dans le cadre de celle-ci, a permis à l'Autorité de concilier l'obligation pesant sur elle d'écarter le règlement illégal avec celle pesant sur le gestionnaire de réseau de l'appliquer. Rappelant qu'elle est « (...) dans l'obligation, dans l'exercice de ses pouvoirs décisionnels, et notamment lorsqu'elle règle un différend par application de l'article 38 de la loi du 10 février 2000, de ne pas faire application de dispositions illégales », la CRE a enjoint à RTE de faire application du tarif en question conformément à sa proposition tarifaire, dont le décret s'était illégalement écarté. Grâce à son pouvoir d'injonction, l'Autorité a pu obtenir la modification du tarif d'accès au réseau, élément clé pour l'accès effectif des opérateurs au réseau, et dispenser le gestionnaire, « administré » certes particulier, mais qui reste un « administré », de l'obligation d'appliquer le décret illégal qui pesait sur lui en vertu du privilège du préalable.

⁹⁹⁵ Décret n°2001-365 du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, JORF n°100 du 28 avril 2001, p. 6729, texte n° 4.

⁹⁹⁶ Décret n° 2002-1014 du 19 juillet 2002 fixant les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité en application de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n°170 du 23 juillet 2002, p. 12580, texte n° 13.

⁹⁹⁷ À l'époque, c'était encore le collège de la CRE qui était compétent pour se prononcer sur les demandes formulées en matière de règlement des différends.

L'accès effectif des opérateurs au réseau est la première préoccupation des autorités de régulation lorsqu'elles se prononcent dans le cadre de leur compétence de règlement des différends. Or, dans certaines de leurs décisions, ces autorités vont plus loin. Elles ne se contentent pas de vérifier si les opérateurs peuvent effectivement accéder au réseau, mais exigent que cet accès soit efficace.

B. La finalité des actes : assurer l'accès efficace au réseau

Les autorités de régulation se montrent particulièrement attentives à l'exigence d'assurer l'accès efficace des opérateurs au réseau. Lorsqu'elles statuent dans le cadre de leur pouvoir de règlement des différends, elles font du concept d'efficacité d'accès au réseau une source d'imposition des obligations supplémentaires à l'égard du gestionnaire de réseau (1). En même temps, la nécessité d'assurer l'accès efficace des opérateurs au réseau justifie les limitations apportées à la liberté contractuelle des opérateurs par les autorités de régulation à travers leurs décisions de règlement des différends (2).

1. L'approfondissement des obligations du gestionnaire de réseau

C'est sur le concept d'accès efficace des opérateurs au réseau que s'est fondé le CoRDIS pour instituer à l'égard de Gaz de France une obligation accrue d'information des opérateurs sur les conditions d'accès au réseau gazier.

Ainsi, dans une décision du 26 septembre 2007 portant sur un différend entre la société *Poweo* et la société *Gaz de France*, né du refus de cette dernière de communiquer à la société *Poweo* la liste complète des points de comptage et d'estimation de son réseau de distribution identifiés par leur numéro et leur adresse, le CoRDIS a lié l'objectif d'accès efficace au réseau à l'obligation pesant sur les gestionnaires de fournir aux utilisateurs toutes les informations nécessaires à l'accès⁹⁹⁸.

⁹⁹⁸ CoRDIS, Décision du 26 septembre 2007 sur un différend opposant la société *Poweo* à la société *Gaz de France*, relatif au refus de cette dernière de lui communiquer la liste complète des points de comptage et d'estimation de son réseau de distribution identifiés par leur numéro et leur adresse, JORF n°238 du 13 octobre 2007, texte n° 97. Sur cette décision, v. not. C. BOITEAU, entrée « Électricité », in M.

Parmi ces informations figurent notamment celles contenues dans la liste des points de comptage et d'estimation (PCE) du réseau de distribution de Gaz de France. Le CoRDIS a enjoint à cet effet à Gaz de France de communiquer à la société Poweo la liste complète des points de comptage et d'estimation (PCE) de son réseau de distribution, en considérant que cette « (...) obligation s'impose d'autant plus que, pour des raisons historiques, le fournisseur Gaz de France dispose aujourd'hui de la liste complète des numéros et adresses de PCE, à l'exception, selon Gaz de France, des informations relatives aux PCE correspondant aux clients nouveaux ayant choisi un fournisseur alternatif (...) »⁹⁹⁹. Le CoRDIS s'est fondé, dans sa décision, sur l'article 13 de la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières qui prévoit que le gestionnaire de réseau de gaz naturel est « notamment chargé (...) de fournir aux utilisateurs des réseaux les informations nécessaires à **un accès efficace aux réseaux**, sous réserve des informations protégées par des dispositions législatives ou réglementaires ».

Précisant la portée du concept d'accès efficace, concept vague, le CoRDIS a considéré que celui-ci comporte l'obligation pesant sur le gestionnaire de communiquer aux opérateurs l'ensemble des numéros et adresses de PCE. Selon le CoRDIS, une procédure élaborée en concertation avec les acteurs du secteur, qui prévoit seulement la communication de données techniques, contractuelles et de consommation, ne serait pas suffisante à elle-seule à la satisfaction de l'obligation d'information pesant sur le gestionnaire vis-à-vis des fournisseurs. Même si une telle procédure, « (...) élaborée et acceptée tant par les utilisateurs que par les gestionnaires de réseaux sous l'égide de la Commission de régulation de l'énergie, constitue un usage communément admis par la profession qui n'est donc pas dépourvu, à ce titre, de valeur normative, (elle) ne saurait être invoquée par Gaz de France pour se soustraire à ses obligations légales »¹⁰⁰⁰.

BAZEX, G.ECKERT, R. LANNEAU, C. LE BERRE, B. DU MARAIS et A. SÉE (dir.), *Dictionnaire des régulations*, op. cit., fiche 30, p. 295 s., spéc. p. 300.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 7 de la décision

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 8 de la décision.

L'impératif d'accès efficace au réseau a également conduit les autorités de régulation à encadrer la façon dont le gestionnaire de réseau exerce son pouvoir discrétionnaire. La décision adoptée par la CRE en 2002 en vue du règlement d'un différend opposant la société SEMMARIS à EDF en est une illustration caractéristique¹⁰⁰¹.

Le différend en question était lié aux conditions de prise en compte de la multiplicité des points de livraison dans le dispositif contractuel d'accès au réseau électrique. La CRE a utilisé en l'espèce son pouvoir de règlement des différends pour contraindre le gestionnaire de s'autolimiter dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Elle a encadré la marge d'appréciation dont disposait EDF dans l'exercice de son « (...) pouvoir de déroger au principe selon lequel un contrat doit être conclu par point de livraison, pouvoir dont elle fait usage dans le cas de la SEMMARIS (...) », en le soumettant à des critères objectifs, non discriminatoires et transparents. Selon la CRE, ce pouvoir devrait « (...) également contribuer à **l'efficacité économique** et aux reflets des coûts supportés par les gestionnaires de réseau »¹⁰⁰².

L'approche de la CRE dans l'affaire SEMMARIS confirme l'idée selon laquelle la fonction de règlement des différends aurait plus une nature administrative que juridictionnelle. Au lieu de trancher définitivement le litige en question, la CRE, faisant preuve de souplesse, a aménagé sa solution dans le temps¹⁰⁰³. Elle a ainsi invité « (...) le gestionnaire de réseau de distribution à adopter des règles conformes à la loi, à statuer à nouveau sur la demande de la SEMMARIS, dans un délai de deux mois, à en rendre compte à la Commission de régulation de l'énergie, quitte à ce que la SEMMARIS conteste alors à nouveau devant elle la nouvelle décision de regroupement »¹⁰⁰⁴.

La CRE ne s'est d'ailleurs pas limitée en l'espèce à sanctionner le refus opposé par EDF à la SEMMARIS de signer un seul contrat pour l'ensemble des points de livraison

¹⁰⁰¹ CRE, Décision 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, JORF n°180 du 3 août 2002, p. 13292, texte n° 113.

¹⁰⁰² *Ibid.*, p. 10.

¹⁰⁰³ En ce sens, v. T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., p. 458.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.* (cit. T. TUOT).

au motif qu'il ne serait pas fondé sur des critères objectifs, transparents et non discriminatoires, comme l'imposait la directive électricité. Elle est allée **au-delà** des dispositions de cette dernière¹⁰⁰⁵ dans un souci d'assurer le fonctionnement optimal du marché de l'énergie, en enjoignant à EDF « (...) de rendre publiques, dans un délai de deux mois, les règles adoptées pour garantir la mise en œuvre publique, transparente et non discriminatoire de sa faculté de regrouper des points de livraison (...)»¹⁰⁰⁶.

Des développements précédents, il s'ensuit que l'impératif d'accès efficace au réseau influe de manière significative sur l'office de règlement des différends assuré par les autorités de régulation, les conduisant à approfondir les obligations des gestionnaires de réseau. Or, sa fonction ne s'arrête pas là. L'impératif d'accès efficace au réseau s'impose aussi aux opérateurs. C'est notamment pour sauvegarder cet objectif que les autorités de régulation apportent des limitations à la liberté contractuelle des opérateurs économiques par leurs décisions de règlement des différends.

2. La limitation de la liberté contractuelle des opérateurs économiques

La Cour d'appel de Paris a confirmé la possibilité pour les autorités de régulation de limiter la liberté contractuelle des opérateurs lorsqu'une telle limitation est nécessaire pour protéger l'ordre public économique. Dans sa décision du 28 avril 1998, SA France Télécom/ Société Paris TV Câble, la Cour d'appel de Paris a reconnu au profit de l'ARCEP (ART à l'époque) le pouvoir d'insérer des clauses contractuelles dans une convention, limitant la liberté contractuelle des opérateurs¹⁰⁰⁷. Elle a considéré à cet effet que France Télécom n'était pas fondé à se prévaloir d'une atteinte à sa liberté contractuelle dès lors que : « pour des motifs d'ordre public, [le législateur] 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

¹⁰⁰⁵ En ce sens, v. G. MARCOU, « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, pp. 119-120.

¹⁰⁰⁶ V. la page 11 de la décision.

¹⁰⁰⁷ CA de Paris, 1^e ch., Sect. H, 28 avril 1998, *S. A. France Télécom c. Société Paris TV Câble Slec*, n° RG 97/17847.

d'accès à un réseau de télécommunication »¹⁰⁰⁸. La Cour d'appel de Paris a eu recours plusieurs fois à la notion d'ordre public économique pour justifier le pouvoir d'intervention de l'ARCEP dans les contrats en cours en matière de règlement des différends¹⁰⁰⁹.

La Cour d'appel de Paris a également considéré que l'ARCEP dispose du « (...) pouvoir de demander la modification des conventions déjà conclues lorsque cela est indispensable pour garantir l'égalité des conditions de concurrence ou d'interopérabilité des services »¹⁰¹⁰, à savoir lorsqu'il est question d'assurer l'accès efficace des opérateurs au réseau.

Or, les limitations apportées à la liberté contractuelle ne peuvent pas arriver jusqu'à l'anéantir. Le champ d'intervention des autorités de régulation est strictement encadré par la loi. Par exemple, en matière de communications électroniques, l'article 36-8 du CPCE prévoit trois cas possibles de saisine : l'échec des négociations commerciales entre les opérateurs concernés, le refus d'accès ou d'interconnexion ou le désaccord portant sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion¹⁰¹¹. La loi part du principe selon lequel la saisine des autorités de régulation sur leur compétence de règlement des différends doit rester l'ultime refuge.

Techniquement, l'autorité de régulation ne peut pas imposer aux parties au différend de conclure un contrat. Elle peut juste **les inviter** à procéder ainsi. La Cour d'appel de Paris a jugé à cet effet qu'il revenait au régulateur, dans le cadre de son office de règlement des différends, « d'inviter EDF à adresser une convention de raccordement qui réponde aux conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend permettant d'assurer l'accès aux réseaux ; que ce faisant, **elle ne contraint pas les**

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*.

¹⁰⁰⁹ V. par ex. CA Paris, 20 janvier 2004, *Sociétés Completel c/ France Télécom*, CT0175 ; CA Paris, 24 février 2011, *Société LRN c/ Société Mobius*, RG n° 2010/16143 ; CA Paris, 23 juin 2011, *Sociétés NC Numericable SA et Numericable SAS c/ France Télécom*, RG n° 2010/23690.

¹⁰¹⁰ CA Paris, 28 mai 2002, *France Télécom c/ Free Télécom*, RG n° 2001/21416.

¹⁰¹¹ Ces trois cas de saisine sont autonomes. L'ARCEP a considéré dans sa décision n° 2011-0809 en date du 12 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Towercast et TDF que l'échec des négociations commerciales n'est pas une condition *sine qua non* de recevabilité de la demande de règlement de différend. Or, lorsque les opérateurs saisissent l'Autorité sur le fondement de l'échec des négociations commerciales, il leur revient de prouver que ces négociations ont échoué.

parties à signer une convention dont elles peuvent librement négocier les autres modalités et qu'elles restent libres d'accepter ou de refuser »¹⁰¹².

Cette formulation est d'une finesse remarquable. Le régulateur ne peut ni imposer aux parties au différend de conclure un contrat ni les substituer dans cette opération. Il peut juste leur enjoindre à faire une proposition, une offre¹⁰¹³. Or, cette dernière doit « répondre aux conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend »¹⁰¹⁴, telles que dictées par le régulateur dans sa décision de règlement, ce qui aurait peut-être finalement pour conséquence d'atteindre le même résultat que celui qu'aurait produit l'imposition d'un contrat par le régulateur.

Les modifications éventuelles des contrats en question suggérées par les autorités de régulation peuvent avoir un caractère rétroactif. Comme le note le CoRDiS dans une décision adoptée pour régler un différend entre Poweo Direct Énergie et GRDF en 2014, sa propre compétence s'étend « à l'ensemble de la période couverte par le différend dont elle se trouve saisie, sous réserve des règles de prescription applicables en la matière, peu importe la date de son émergence entre les parties »¹⁰¹⁵. Le CoRDiS a ainsi pu imposer à GRDF de proposer un avenant au contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel qui remette « la situation contractuelle dans l'état où elle aurait dû être si le contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel avait été ab initio conforme à la réglementation en vigueur »¹⁰¹⁶.

Le pouvoir d'injonction dont disposent les autorités de régulation dans le cadre de leur compétence de règlement des différends s'avère être un instrument très efficace, parce qu'il leur permet d'encadrer la volonté des parties au différend, qu'il s'agisse des opérateurs ou des gestionnaires de réseau. Or, lorsque les autorités de régulation exercent leur mission en matière de règlement des différends, elles ne se limitent pas à

¹⁰¹² CA Paris, 8 Mars 2005, *EDF c/ Société Pouchon Cogen*, n° RG 04/12606 ; *AJDA* 2005, p. 1221, note L. RICHER ; *Concurrences* 2005, p. 96, note M. LOMBARD ; *RLC* 2005, n° 4, p. 104, note M.-A. FRISON-ROCHE ;

¹⁰¹³ En ce sens, v. T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 458.

¹⁰¹⁴ CA Paris, 8 Mars 2005, *EDF c/ Société Pouchon Cogen*, *op. cit.*

¹⁰¹⁵ CoRDiS, Décision du 19 septembre 2014 sur le différend qui oppose la société POWEO DIRECT ÉNERGIE à la société GRDF relatif au contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, *JORF* n°0285 du 10 décembre 2014, texte n° 115.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 11 de la décision.

orienter la volonté des parties vers la réalisation des objectifs de régulation. Leurs décisions en la matière peuvent également aller au-delà de la volonté des parties.

La possibilité pour les autorités de régulation de se prononcer *ultra petita* a été confirmée par la Cour d'appel de Paris. Cette dernière étend considérablement leur pouvoir de règlement des différends, le rapprochant du pouvoir réglementaire.

§ 2. *Le rapprochement entre le pouvoir de règlement des différends des autorités de régulation et leur pouvoir réglementaire*

Les termes utilisés dans les différents textes nationaux de transposition des directives sectorielles pour décrire les pouvoirs dont disposent les autorités de régulation lorsqu'elles exercent leur compétence de règlement des différends sont très généraux.

Par exemple, l'article L. 2134-2 du code des transports prévoit que : « La décision de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, qui peut être assortie d'astreintes, **précise les conditions** d'ordre technique et financier de règlement du différend dans le délai qu'elle accorde. Lorsque c'est nécessaire pour le règlement du différend, elle **fixe**, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, **les modalités** d'accès au réseau et ses conditions d'utilisation (...) ».

En outre, l'article L. 134-20 du code de l'énergie prévoit que la décision du CoRDiS, « (...) qui peut être assortie d'astreintes, est motivée et **précise les conditions** d'ordre technique et financier de règlement du différend dans lesquelles l'accès aux réseaux, ouvrages et installations mentionnés à l'article L. 134-19 ou leur utilisation sont, le cas échéant, assurés. Lorsque cela est nécessaire pour le règlement du différend, **le comité peut fixer**, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, **les modalités de l'accès** auxdits réseaux, ouvrages et installations ou les conditions de leur utilisation ».

Finalement selon l'article L. 5-6 du CPCE : « (...) Les décisions prises par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application des articles L.

5-4 et L. 5-5 sont motivées **et précisent, le cas échéant, les conditions** d'ordre technique et financier dans lesquelles les prestations doivent être assurées ».

Selon les dispositions précitées, les autorités de régulation sont compétentes pour « préciser les conditions » et « fixer les modalités » d'« accès au réseau »¹⁰¹⁷. Les deux premières expressions sont liées à l'*étendue* de leur pouvoir de règlement des différends. La troisième expression (« accès au réseau ») est relative à l'*objet* du règlement des différends. La généralité de tous ces termes permettrait éventuellement de **reconnaître un pouvoir réglementaire au profit des autorités de régulation dans le cadre de leur compétence de règlement des différends**. La Cour d'appel de Paris a statué en ce sens dans quatre arrêts du 17 décembre 2015¹⁰¹⁸ où elle a considéré que l'« office » de l'ARAFER dans le cadre de l'exercice de sa compétence de règlement des différends comprend la possibilité d'adopter des mesures à portée générale. Acte de régulation, l'acte de règlement des différends s'apparente ainsi également à un acte réglementaire. La généralisation de cette jurisprudence à l'ensemble des autorités de régulation aurait une conséquence importante : le pouvoir réglementaire exercé par les autorités de régulation dans le cadre de l'exercice de leur mission de règlement des différends viendrait concurrencer dans cette hypothèse leur pouvoir réglementaire « classique ».

L'examen des enjeux juridiques liés à la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au profit des autorités de régulation dans le cadre de leur mission de règlement des différends (A) pourrait ébranler la hiérarchie des normes. Il convient ainsi d'examiner

¹⁰¹⁷ La terminologie employée en la matière ressemble à celle utilisée à propos du pouvoir réglementaire « classique » des autorités de régulation (pouvoir réglementaire dit « supplétif »). La lecture des extraits précités fait notamment apparaître une différence de degré quant aux pouvoirs que peut exercer l'ARCEP dans le cadre de sa compétence de règlement des différends : à la différence du CoRDiS et de l'ARAFER, l'ARCEP ne peut pas assortir ses décisions adoptées en la matière d'une astreinte. L'absence de toute disposition habilitant l'ARCEP à prononcer des astreintes nous paraît difficile à concilier avec les exigences du droit de l'Union. En effet, ce dernier impose aux États membres de faire en sorte que l'autorité réglementaire nationale compétente pour la régulation du marché des communications électroniques puisse résoudre les litiges concernant l'accès au marché par « une décision contraignante » (v. la directive 2002/21/CE, art. 20). L'astreinte est un moyen qui permet d'assurer l'exécution d'un acte administratif, voire d'assurer la pleine effectivité de son caractère contraignant. Il conviendrait ainsi de doter l'ARCEP d'un tel pouvoir. Cela permettra à la fois de renforcer l'effectivité de ses décisions adoptées en matière de règlement des différends et de respecter l'effet utile du droit de l'Union.

¹⁰¹⁸ CA Paris, 17 décembre 2015, *SNCF Réseau c/ Euro Cargo Rail*, n° RG 2014/17660 ; CA Paris, 17 décembre 2015, *SNCF Réseau c/ Europorte*, n° RG 2014/17680 ; CA Paris, 17 décembre 2015, *SNCF Réseau c/ VFLI*, n° RG 2014/17695 ; CA Paris, 17 décembre 2015, *SNCF Réseau c/ T3M*, n° RG 2014/17688.

cette perspective en lien avec le pouvoir réglementaire « classique » des autorités de régulation (B).

A. La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au profit des autorités de régulation dans le cadre de leur compétence de règlement des différends

Si l'acte de règlement des différends est formellement un acte individuel, la jurisprudence précitée de la Cour d'appel permet de le rapprocher de l'acte réglementaire. Dans son avis n° 16-A-01 du 15 janvier 2016 édicté en vue de l'adoption de l'ordonnance relative aux gares routières et emplacements d'arrêts¹⁰¹⁹, l'Autorité de la concurrence, faisant sienne cette jurisprudence, note que parmi les différents outils dont dispose l'ARAFER pour l'exercice de ses diverses compétences, le pouvoir de règlement des différends s'avère particulièrement pertinent dans la mesure où « (...) il doit permettre de résoudre au cas par cas, et compte tenu de la spécificité de chaque aménagement, toute difficulté d'accès, entre les principales parties concernées, à l'issue d'une procédure contradictoire. **Le régulateur peut aller si besoin jusqu'à fixer les conditions d'accès de cet aménagement *erga omnes*** »¹⁰²⁰. Se rapprochant de l'acte réglementaire, l'acte de règlement des différends en matière ferroviaire rappelle l'arrêt de règlement, dans la mesure où l'ARAFER se prononce par voie de disposition générale et réglementaire sur un cas concret soumis à son examen¹⁰²¹.

Les arrêts de la Cour d'appel du 17 décembre méritent un examen particulier, étant donné les modifications qu'ils ont apportées à la physionomie du pouvoir de règlement des différends de l'ARAFER. Les différends en question étaient liés à la modification et la suppression des sillons ferroviaires. Les opérateurs s'estimaient victimes d'annulations répétées et inopinées des sillons réservés. Liée à l'accès au réseau, cette question pouvait bien être traitée par l'ARAFER dans le cadre de sa compétence de règlement des différends.

¹⁰¹⁹ Cet avis est disponible sur le lien suivant : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/16a01.pdf>.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 7 de l'avis.

¹⁰²¹ La prohibition des arrêts de règlement est consacrée à l'article 5 du code civil, selon lequel : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. En outre, l'article 1351 du même code dispose que : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

Les sillons ferroviaires sont des ressources rares pour les opérateurs souhaitant exercer leur activité au sein du marché ferroviaire. Ils se situent ainsi au cœur de la régulation dudit marché. Les entreprises souhaitant exercer une activité concurrente à celle de SNCF, opérateur historique sur le marché ferroviaire, doivent demander des sillons auprès du gestionnaire de réseau pour pouvoir faire circuler leurs trains sur le réseau.

La loi n° 2014-872 du 5 août 2014 portant réforme ferroviaire¹⁰²² a remplacé RFF, jusqu'alors gestionnaire de réseau, par SNCF Réseau qui revêt la forme juridique d'EPIC et reste verticalement intégré à SNCF, selon le modèle de la séparation juridique. L'intégration verticale du gestionnaire de réseau à l'opérateur historique appelle une vigilance accrue de la part des opérateurs concurrents de SNCF quant à la manière dont SNCF Réseau exerce ses différentes compétences en matière de gestion de l'accès à l'infrastructure ferroviaire. Les opérateurs doivent notamment vérifier à cet effet que SNCF Réseau ne favorise SNCF lors de l'attribution des sillons ferroviaires.

Quatre entreprises du secteur ferroviaire s'étaient vu attribuer différents « sillons fermes » par RFF, gestionnaire de réseau à l'époque des faits. Sous le vocable de « sillons fermes » sont entendus les sillons « définitifs » attribués par le gestionnaire aux opérateurs pour des jours définis et en fonction desquels ils peuvent établir le programme de circulation des trains. Les « sillons fermes » revêtent une importance capitale pour le marché ferroviaire. Leur modification est ainsi strictement encadrée.

Le régime applicable à la modification des sillons est précisé dans le document de référence du réseau (DRR). En l'espèce, le gestionnaire de réseau avait fixé un système particulier de modification ou de suppression des sillons. Il avait établi des règles différentes selon si la modification du sillon en cause était due à sa propre initiative ou si elle émanait d'un opérateur. Selon le système adopté, lorsqu'un bénéficiaire d'un sillon décidait de ne pas l'utiliser et devait ainsi le restituer, il était tenu de verser l'intégralité de la redevance de réservation s'il était en retard dans la restitution du sillon concerné.

¹⁰²² JORF n°0179 du 5 août 2014, p. 12930, texte n° 3.

En revanche, le document de référence du réseau (DRR) était très lacunaire quant à l'obligation d'indemnisation pesant sur le gestionnaire de réseau (RFF à l'époque) lorsqu'il était à l'origine d'une modification des sillons horaires attribués. Plus précisément, il limitait l'indemnisation des opérateurs aux seuls cas où la responsabilité de RFF était engagée dans la suppression d'un jour ferme et confiait à RFF lui-même la compétence d'instruire le dossier d'indemnisation.

Les opérateurs reprochaient à RFF de ne pas avoir mis en place un dispositif incitatif au respect des sillons attribués. Ils demandaient à l'ARAFER d'enjoindre au gestionnaire d'instituer un tel dispositif dans les plus brefs délais. Dans un souci de pallier à l'inefficacité du système d'attribution des sillons, l'ARAFER (ARAF à l'époque des faits) a fait droit à leurs demandes. Elle a encadré la liberté dont disposait le gestionnaire de réseau en matière de modification des sillons fermement attribués en lui enjoignant d'instaurer un mécanisme symétrique incitatif à l'utilisation optimale par les entreprises ferroviaires des sillons attribués.

Le régulateur a ainsi sanctionné l'inertie du gestionnaire de réseau quant à la mise en place d'un mécanisme auto-limitatif l'incitant, par des pénalités financières, à proposer des sillons alternatifs en cas de suppression des sillons alloués fermes et imposant aux entreprises de restituer sans retard leurs capacités inutilisées.

Les pénalités d'annulation prévues par l'ARAFER à l'égard du gestionnaire étaient plus élevées que celles instituées à l'égard des opérateurs. Cette différence se justifiait pleinement du fait du rôle prépondérant qu'occupe le gestionnaire de réseau en matière de régulation du marché ferroviaire et des conséquences différentes que suscitent les comportements respectivement pénalisés. En effet, c'est au gestionnaire de veiller à l'allocation optimale des capacités. Son rôle dans l'ouverture du fret ferroviaire à la concurrence est crucial. Il lui incombe donc une responsabilité plus importante que celle des entreprises ferroviaires qui désirent exercer leur activité au sein du marché ferroviaire. Toute modification ou annulation à son initiative de sillons fermement attribués a **automatiquement** un impact sur l'activité de l'entreprise ferroviaire ayant organisé son plan de transportation sur cette base. En revanche, la restitution tardive des sillons par une entreprise ferroviaire peut **éventuellement** affecter la concurrence, en

privant les entreprises concurrentes de la faculté d'utiliser ces sillons. Dans cette hypothèse, l'atteinte au fonctionnement du marché n'est que potentielle. La modification des sillons peut d'ailleurs menacer gravement la viabilité des entreprises, alors que le gestionnaire de réseau bénéficie, en tant qu'EPIC, de la garantie illimitée de l'État.

L'injonction adressée à l'égard du gestionnaire de réseau de mettre en place un régime incitatif visant à se limiter contre lui-même s'imposait davantage vu que celui-ci est une société intégrée. Techniquement, l'ARAFER n'a d'ailleurs pas substitué le gestionnaire dans l'exercice de son pouvoir réglementaire. Elle lui a imposé, à travers son pouvoir d'injonction, d'exercer un tel pouvoir conformément à ses indications. Si la différence entre substitution dans l'exercice d'un pouvoir réglementaire et injonction à l'exercice d'un tel pouvoir conformément aux indications de l'Autorité est très subtile, l'injonction permet, à la différence de la substitution, de respecter la répartition des compétences entre le gestionnaire de réseau et l'ARAFER, telle qu'établie par la loi. Le mécanisme du règlement des différends fut une occasion pour l'ARAFER de mettre la pression sur le gestionnaire, afin qu'il exerce sa compétence plus efficacement, et de l'alerter face aux risques que comportait sa mauvaise pratique de modification des sillons pour le marché dans son ensemble.

Dans sa requête, SNCF Réseau a contesté cette décision de l'ARAFER, en soutenant que l'Autorité aurait empiété sur sa compétence réglementaire. Le requérant notait qu'en sa qualité de gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, il incombait à lui seul de fixer les conditions d'accès aux lignes du réseau ferré national conformément aux articles 17 et 18 du décret n° 2003-94 du 7 mars 2003¹⁰²³. Selon SNCF Réseau, l'ARAFER ne disposerait d'aucune compétence en matière de fixation des conditions financières d'accès aux infrastructures ferroviaires.

L'article L. 2134-2 du code des transports prévoit que lorsqu'il est nécessaire pour le règlement d'un différend donné, l'ARAFER fixe de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités d'accès au réseau et ses conditions

¹⁰²³ Décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferroviaire, JORF n°57 du 8 mars 2003, p. 4063, texte n° 22.

d'utilisation. S'appuyant sur cet article, la Cour d'appel de Paris a noté que les mesures prononcées par les autorités de régulation dans le cadre de leur compétence de règlement des différends « (...) **peuvent être purement individuelles, mais peuvent également avoir une portée générale, au-delà du cas particulier, notamment si elles concernent un contrat-type ou le DRR.** Toute injonction faite au gestionnaire de réseau de modifier une clause de ces documents a nécessairement **un effet erga omnes** à l'égard de tous ses partenaires. Et il ne peut en être autrement, compte tenu du principe de non-discrimination qui exige, à peine de violer gravement le droit de la concurrence, que toutes les entreprises ferroviaires placées dans la même situation soient traitées par le gestionnaire de réseau de la même façon ».

La reconnaissance d'un effet *erga omnes* à l'injonction adressée par l'ARAFER au gestionnaire dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de règlement des différends révèle la volonté de la Cour d'appel de renforcer l'utilité de ce dispositif. Les quatre arrêts précités permettent d'ériger le mécanisme de règlement des différends en un instrument de régulation très efficace. Ils confirment la transcendance de ce mécanisme : sa mise en œuvre permet à l'ARAFER de dépasser le cadre strict du différend en question et de se prononcer *ultra petita*, aux fins de trouver la meilleure solution pour le fonctionnement de la concurrence sur le marché.

Ainsi conçu, le pouvoir de règlement des différends s'avère être un pouvoir réglementaire dissimulé, exercé à l'occasion d'un cas donné. Il diffère du pouvoir réglementaire « supplétif » des autorités de régulation, notamment parce que son exercice implique que l'autorité de régulation le cas échéant compétente soit saisie par un opérateur qui s'estime être entravé dans son accès au réseau. Elle ne peut pas se saisir d'office en la matière.

Le gouvernement a envisagé la possibilité de confier à l'ARAFER un pouvoir de saisine d'office dans l'article L. 3114-13 du projet d'ordonnance relative aux gares routières et emplacements d'arrêts. Or, suivant l'avis de l'Autorité de la concurrence portant sur ce projet d'ordonnance¹⁰²⁴, le gouvernement a retiré cette disposition de l'ordonnance définitivement

¹⁰²⁴ Autorité de la concurrence, Avis n° 16-A-01 du 15 janvier 2016 concernant un projet d'ordonnance relative aux gares routières et emplacements d'arrêts, *op. cit.*

adoptée. La seule possibilité de saisine d'office de l'ARAFER concerne ainsi le cas où elle se prononce en matière de sanction.

Comme le notait l'Autorité de la concurrence dans son avis n° 16-A-01 du 15 janvier 2016 concernant un projet d'ordonnance relative aux gares routières et emplacements d'arrêts cet article portait une « (...) extension du pouvoir de règlement de différend, sur autosaisine, ou sur saisine de parties moins directement impliquées dans les conditions techniques et économiques de l'accès des autocaristes aux équipements en cause (...) ». Selon l'Autorité de la concurrence : « Cette extension **dénature** à l'évidence la procédure de règlement des différends, **en en étendant la mise en œuvre à des tiers**. Elle change également la portée de l'examen qu'effectue l'ARAFER dans ce cadre et pourrait avoir des conséquences sur les procédures à suivre : il n'est en effet pas certain que les règles de procédure actuellement prévues pour les règlements de conflits bilatéraux soient adaptées à ce contentieux, qui aurait **un caractère administratif et objectif**. De la même façon, le but effectivement poursuivi par la mise en place de ce pouvoir devrait avoir une conséquence sur le juge compétent en appel, **l'extension du règlement des différends pourrait brouiller la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions**. Enfin, selon l'interprétation qui serait donnée à ce pouvoir, le risque serait réel de voir remise en cause l'application unifiée des règles de la concurrence »¹⁰²⁵. Adoptée après les réserves émises par l'Autorité de la concurrence, la décision du gouvernement de ne pas introduire l'article précité dans le code des transports a permis d'éviter que l'ARAFER ne se transforme en une autorité réglementaire ultra-puissante.

En effet, la combinaison du pouvoir de saisine d'office avec la solution issue de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris du 17 décembre 2015 aurait pour effet que l'ARAFER puisse exercer un pouvoir réglementaire dans le cadre d'une procédure de règlement des différends déclenchée même en l'absence de saisine des parties. Après le retrait de l'article L. 3114-13 du texte de l'ordonnance finalement adoptée, le déclenchement d'un processus de règlement des différends devant l'ARAFER reste conditionné à la saisine des parties. Ainsi, l'Autorité ne peut pas exercer d'office le pouvoir réglementaire que lui reconnaît la Cour d'appel dans les arrêts du 17 décembre 2015.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 8 de l'avis.

La généralisation de la solution issue de la jurisprudence précitée à l'ensemble des autorités de régulation aurait pour effet de créer une mosaïque de sources de pouvoir réglementaire des autorités de régulation. À côté du pouvoir réglementaire supplétif dont disposent ces dernières en vertu des textes attributifs de compétence, elles pourraient également exercer un pouvoir de nature réglementaire *via* leurs actes adoptés en matière de règlement des différends. En ce qui concerne l'ARAFER en particulier, elle pourrait soit avoir recours à l'article L. 2131-7 du code des transports qui lui attribue un pouvoir supplétif soumis à homologation ministérielle, soit exercer un tel pouvoir dans le cadre de sa compétence de règlement des différends en fonction de la jurisprudence précitée, en s'appuyant sur l'article L. 2134-2 du code des transports. Cette coexistence des sources du pouvoir réglementaire impose d'examiner leur articulation.

B. Le lien entre le pouvoir de règlement des différends et le pouvoir réglementaire « classique » des autorités de régulation

Si la reconnaissance au profit de l'ensemble des autorités de régulation d'un pouvoir réglementaire susceptible d'être exercé dans le cadre de leur compétence de règlement des différends contribuait au renforcement de leurs prérogatives et leur permettait d'exercer leur fonction de régulation plus efficacement, elle soulèverait en même temps diverses interrogations quant à sa constitutionnalité.

Le pouvoir réglementaire de ces autorités ne peut que rester limité, afin de satisfaire à la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁰²⁶. Dans un souci de concilier le pouvoir réglementaire dont disposent ces autorités avec le pouvoir réglementaire général confié au Premier ministre en vertu de l'article 21 de la Constitution, le Conseil constitutionnel pose une exigence formelle, une exigence quantitative et une exigence qualitative à la dévolution d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation. Dans la mesure où ces autorités sont des autorités autres que le Premier ministre, elles peuvent se voir confier un pouvoir réglementaire uniquement par le législateur (condition formelle), dès lors que cette habilitation « (...) ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (conditions quantitative et

¹⁰²⁶ Sur ce point, v. *supra*, p. 135 s.

qualitative)¹⁰²⁷. La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire à l'ARAFER dans le cadre de sa compétence de règlement des différends a créé un système à deux vitesses. À côté du pouvoir réglementaire supplétif dont dispose l'Autorité en vertu de l'article L. 2131-7 du code des transports et qui reste soumis à homologation ministérielle, la Cour d'appel a reconnu à son profit, avec les arrêts du 17 décembre 2015 précités, un pouvoir fondé sur l'article L. 2134-2 du même code, qui n'est toutefois pas soumis à homologation.

Le pouvoir réglementaire reconnu au profit de l'ARAFER dans le cadre de sa mission de règlement des différends concourt avec son pouvoir réglementaire supplétif (1). Or, étant donné que ce dernier obéit à une procédure plus exigeante, il se pose en l'espèce un risque de détournement de procédure : l'Autorité aurait tout intérêt à opter pour l'exercice d'un pouvoir réglementaires dans le cadre du mécanisme de règlement des différends au lieu de recourir à son pouvoir réglementaire supplétif qui est plus difficile de mettre en œuvre, parce qu'il reste soumis à homologation ministérielle (2). Ce risque nous laisse dubitatif quant à la perspective de généralisation de la solution issue de la jurisprudence de la Cour d'appel du 17 décembre 2015 aux autres autorités de régulation.

1. Le pouvoir de règlement des différends, pouvoir concurrent au pouvoir réglementaire supplétif des autorités de régulation

Actes individuels, les décisions de règlement des différends adoptées par les autorités de régulation poursuivent à la fois une finalité de nature juridictionnelle, des objectifs de régulation et une fonction normative. À travers ces actes, les autorités de régulation cherchent à assurer **l'optimum économique** au sein des marchés concernés, ce qui les amène à se prononcer au-delà des demandes des parties. En outre, elles veillent à assurer le respect des différentes obligations qui sont imposées aux opérateurs par la réglementation ou par leurs autorisations. La résolution équitable d'un différend en équité implique que les *demandes des parties soient appréciées au regard des*

¹⁰²⁷ Cons. const., déc. 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, op. cit.* ; Cons. const., déc. n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications, op. cit.*

*obligations qui leur sont effectivement opposables à la date de la décision*¹⁰²⁸. La Cour d'appel invite l'ARCEP à « *prendre en considération le contexte et législatif et réglementaire applicable au différend* » et imposer, le cas échéant « *à un opérateur de se conformer à ses obligations et de les mettre en œuvre de manière effective* »¹⁰²⁹.

Le pouvoir réglementaire supplétif des autorités de régulation et leur pouvoir de règlement des différends sont deux mécanismes autonomes. Cette autonomie a été consacrée par la Cour d'appel de Paris (a) qui a également considéré que la dévolution d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation dans le cadre de leur compétence de règlement des différends est conforme à la Constitution (b).

a. L'affirmation de l'autonomie des mécanismes

La question de l'articulation entre le pouvoir réglementaire des autorités de régulation et leur pouvoir de règlement des différends s'est posée bien avant les arrêts de la Cour d'appel de Paris du 17 décembre 2015 précités. L'ARCEP s'est confrontée à cette question dans une décision en date du 16 novembre 2010 relative à une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Telecom et France Télécom¹⁰³⁰.

France Télécom soutenait en l'espèce que lorsqu'un sujet entre dans le champ de compétence réglementaire dévolue à l'ARCEP par l'article L. 36-6 du CPCE, l'Autorité est incompétente pour se prononcer sur une demande de règlement d'un différend lié à ce même sujet. Ce raisonnement n'a toutefois pas été suivi par l'ARCEP qui a considéré que les deux procédures portent sur des objets différents et ne produisent pas les mêmes effets. L'Autorité a noté que tandis qu'elle « *tient de l'article L. 36-6 du CPCE le pouvoir d'édicter a priori, dans un domaine limité, une règle générale applicable à l'ensemble des opérateurs à compter de son entrée en vigueur, l'article L. 36-8 du même code permet aux opérateurs de demander à l'ARCEP de régler un litige déjà né*

¹⁰²⁸ CA Paris, 24 février 2011, *Société LRN c/ Société Mobius*, *op. cit.*

¹⁰²⁹ *Ibid.* (nous soulignons).

¹⁰³⁰ ARCEP, Décision n° 2010-1232 du 16 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Telecom et France Télécom, disponible sur le lien suivant : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/10-1232.pdf. Le différend concernait l'offre d'accès à la partie terminale des lignes en fibre optique (celle qui se trouve dans les immeubles), proposée par la société France Télécom à la société Bouygues Telecom, dans les zones dites « très denses » du territoire.

entre eux et de prendre une décision qui ne s'imposera qu'aux parties à la procédure »¹⁰³¹. Selon cette formulation, rien n'interdirait à l'ARCEP d'édicter, dans le cadre de son pouvoir de règlement des différends, une norme relevant de son pouvoir réglementaire supplétif, tel que consacré à l'article L. 36-6 du CPCE.

Reprenant le raisonnement de l'ARCEP¹⁰³², la Cour d'appel de Paris a jugé dans un arrêt du 19 janvier 2012 que « la compétence de l'Autorité sur le fondement de l'article L. 36-6 du CPCE (décision "réglementaire" applicable à tous les opérateurs) n'entraîne pas son incompétence pour se prononcer sur une demande de règlement de différend dans les termes de l'article L. 36-8 du même code (décision qui ne s'impose qu'aux parties à la procédure) **portant sur le même sujet** ; [...] »¹⁰³³.

Ainsi, selon la Cour, le fait que la décision réglementaire n° 2009-1106¹⁰³⁴ qu'avait adoptée l'ARCEP dans le cadre de son pouvoir réglementaire supplétif conféré par l'article L. 36-6 du CPCE ne prévoyait « *pas expressément, dans son dispositif, l'accès aux lignes par cofinancement a posteriori n'a pas d'incidence sur la compétence que confère à l'ARCEP l'article L. 36-8 du CPCE, disposition qui, en cas d'échec des négociations commerciales, permet à cette Autorité d'être saisie de différends relatifs à la mise en œuvre des obligations des opérateurs et notamment ceux portant sur la conclusion de la convention d'accès prévue par l'article L. 34-8-3 du même code* »¹⁰³⁵.

Par une combinaison des articles L. 36-8 et L. 34-8-3 du CPCE, couplée avec une interprétation extensive de ce dernier, la Cour d'appel de Paris a confirmé la possibilité

¹⁰³¹ *Ibid.*, p. 20 (nous soulignons). Dans le même sens, v. : ARCEP, Décision n° 2013-0720 du 28 mai 2013 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la régie d'exploitation de la fibre optique de Saint-Quentin-en-Yvelines à la société France Télécom, disponible sur : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/13-0720.pdf, p. 14 ; ARCEP, Décision n° 2014-1546-RDPI de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 18 décembre 2014 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Prosodie et la société Bouygues Telecom, publiée sur : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/14-1546-RDPI.pdf, p. 13.

¹⁰³² ARCEP, Décision n° 2010-1232 du 16 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Telecom et France Télécom, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰³³ CA, 19 janvier 2012, *France Télécom c/ Bouygues Télécom*, RG n° 2010/24694, p. 11. La Cour d'appel fut appelée à statuer en l'espèce sur la décision n° 2010-1232 précitée.

¹⁰³⁴ ARCEP, Décision n° 2009-1106 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, JORF n°0014 du 17 janvier 2010, texte n° 29.

¹⁰³⁵ CA, 19 janvier 2012, *France Télécom c/ Bouygues Télécom*, *op. cit.* (nous soulignons).

pour l'ARCEP d'imposer, par une décision adoptée dans le cadre de sa compétence de règlement des différends, à la société France Télécom un cofinancement *a posteriori* de son réseau limitant son droit de propriété, alors que cette compétence relève normalement de son pouvoir réglementaire supplétif.

L'affirmation de la possibilité pour l'ARCEP d'arrêter, par une décision de règlement de différend, une mesure relevant de son pouvoir réglementaire supplétif a été complétée par la consécration d'un pouvoir réglementaire au profit de l'ARAFER dans le cadre de son pouvoir de règlement des différends, telle que réalisée par les quatre arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris le 17 décembre 2015 précités.

Ces arrêts revêtent une importance majeure pour la compréhension de la nature du pouvoir de règlement des différends dévolu aux autorités de régulation. Le juge voit dans ce pouvoir une nouvelle source de compétence réglementaire de l'ARAFER qui coexiste avec celle du gestionnaire de réseau et complète le pouvoir réglementaire « classique » de l'Autorité (pouvoir réglementaire « supplétif »).

Avant de reconnaître un pouvoir réglementaire au profit de l'ARAFER dans le cadre de sa compétence de règlement des différends, la Cour d'appel s'est interrogée sur la constitutionnalité de ce pouvoir. Passé au crible des exigences constitutionnelles posées par le Conseil constitutionnel, le pouvoir réglementaire reconnu au profit de l'ARAFER dans le cadre de sa compétence de règlement des différends a été jugé conforme à la Constitution par le juge.

b. Les enjeux constitutionnels liés à l'articulation des mécanismes

Comme il a été déjà souligné¹⁰³⁶, la mission de régulation confiée aux autorités de régulation ne pourrait pas justifier, à elle seule, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire à ces organismes. La seule source du pouvoir réglementaire admise par la Constitution, c'est la loi. L'inscription du pouvoir réglementaire des autorités de régulation dans la hiérarchie des normes en fait un pouvoir subordonné, supplétif, second. Par conséquent, ce n'est pas au hasard que dans les quatre arrêts du 17

¹⁰³⁶ V. *supra*, p. 130 s.

décembre 2015 précités la Cour d'appel a cherché à fonder le pouvoir réglementaire reconnu à l'ARAFER sur le texte même qui lui attribue une compétence de règlement des différends et, plus précisément, sur la disposition selon laquelle cette Autorité « précise les conditions d'ordre technique ou financier de règlement de différend » ou fixe (...) les modalités d'accès au réseau et ses conditions d'utilisation »¹⁰³⁷.

Dans son argumentation visant à démontrer l'inconstitutionnalité du pouvoir réglementaire de l'ARAFER dans le cadre de l'exercice de sa compétence de règlement des différends, SNCF Réseau notait que l'interprétation extensive des dispositions de l'article L. 2134-2 du code des transports, dont se prévalaient les requérantes et l'ARAFER, « conduirait à méconnaître les exigences constitutionnelles relatives au **dualisme juridictionnel** en soumettant à l'appréciation de la cour d'appel de Paris un dispositif réglementaire » (nous soulignons).

Comme l'affirme le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 dite Conseil de la Concurrence : « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des " principes fondamentaux reconnus par les lois de la République " celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »¹⁰³⁸. Ainsi, la Cour d'appel de Paris ne serait pas compétente pour se prononcer sur une décision à caractère réglementaire de l'ARAFER.

Pour écarter ce grief d'inconstitutionnalité lié au principe du dualisme juridictionnel, le juge a fait prévaloir la nature de l'acte en question en tant que décision de règlement des différends. Selon la Cour, c'était dans le cadre de sa compétence de règlement des différends que l'Autorité s'était vu confier un pouvoir réglementaire. Adoptant un raisonnement analogue à celui autour duquel s'est construite la « théorie de gravité »,

¹⁰³⁷ L. 2134-2 du code des transports.

¹⁰³⁸ Cons. const., déc. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *op. cit.*

employée par le juge de l'Union lorsqu'il est appelé à se prononcer sur la détermination de la base juridique applicable en cas de pluralité des bases juridiques, la Cour d'appel de Paris s'est concentrée sur la finalité principale de l'acte en question qui était celle consistant à régler un différend donné¹⁰³⁹.

Dans le cadre de l'examen de la constitutionnalité de la mesure litigieuse, la Cour d'appel de Paris s'est également confrontée à la question de savoir si cette mesure était conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui conditionne la constitutionnalité de la dévolution d'un pouvoir réglementaire à une autorité autre que le Premier ministre au caractère limité de son champ d'application et de son contenu¹⁰⁴⁰.

Le juge a considéré que la première condition était satisfaite puisque le pouvoir réglementaire reconnu au profit de l'ARAFER dans le cadre de sa compétence de règlement des différends porte uniquement sur des secteurs précis, tels que délimités aux 1° à 8° de l'article L. 2134-2 du code des transports. De l'autre côté, il a noté que ce pouvoir a un objet restreint dans la mesure où il ne porte que sur les modalités d'accès au réseau et sur ses conditions d'utilisation.

Le caractère limité de ce pouvoir se confirmerait d'ailleurs, selon la Cour, par le fait que son exercice soit subordonné à la plainte d'un opérateur et que les mesures réglementaires édictées par l'Autorité dans son cadre soient contrôlées par la Cour par rapport à leur **nécessité** et leur **proportionnalité**. La soumission d'une décision adoptée en matière de règlement des différends à un tel type de contrôle confirme son caractère administratif. Elle est également liée à la fonction de régulation que remplissent ces actes : à travers le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité est contrôlée l'adéquation de la restriction portée à un opérateur ou au gestionnaire par rapport à l'objectif de promotion de la concurrence sur le marché.

¹⁰³⁹ La Cour de justice a noté à plusieurs reprises que le « choix de la base juridique d'un acte de l'UE doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels la finalité et le contenu de cet acte ». Le choix de la base juridique se fait ainsi au regard de la base juridique matérielle. Lorsque l'acte en question poursuit plusieurs finalités, il faut qu'il soit fondé, selon le juge de l'Union, sur « une seule base juridique, à savoir celle exigée par la finalité ou la composante principale ou prépondérante ». Pour une application récente de cette méthode, v. CJ, GC, 24 juin 2014, *Parlement c/ Conseil*, C-658/11 (affaire « *Microban* »), pt 43.

¹⁰⁴⁰ Sur ce point, v. Cons. const., déc. 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*, *op. cit.*

Comme il a été déjà souligné, l'attribution des sillons, qui sont des ressources rares, est essentielle pour l'installation et le développement de la concurrence sur le marché. Le gestionnaire de réseau doit tout d'abord veiller à attribuer les sillons ferroviaires de manière transparente. Or, en même temps, il doit encadrer les possibilités de modification des sillons. Si l'attribution des sillons est cruciale pour l'ouverture du marché à la concurrence, l'encadrement de leur modification ou de leur annulation est indispensable pour le maintien de son fonctionnement concurrentiel et pour la protection de la sécurité juridique. Les sillons « fermes » en particulier doivent, dans la mesure du possible, rester inchangés. En outre, lorsque les demandeurs de sillons n'envisagent pas de les utiliser, ils doivent les restituer le plus rapidement possible, afin qu'ils puissent être redistribués.

C'est en fonction de ces considérations que la Cour a apprécié la proportionnalité de l'injonction adressée par l'ARAFER au gestionnaire de réseau consistant à ce qu'il mette en place un dispositif incitatif en matière de sillons ferroviaires. Le juge note que *« le principe de proportionnalité s'apprécie par rapport aux objectifs poursuivis, qui sont au nombre de deux : d'une part, inciter SNCF Réseau à ne pas supprimer ou modifier des sillons qu'il a attribués fermes, et d'autre part, inciter les demandeurs de sillons à restituer de manière anticipée les sillons qui ne leur sont pas nécessaires »*¹⁰⁴¹. L'imposition des pénalités plus élevés à l'égard de SCNF Réseau était pleinement justifiée par la mission de régulation incombant sur lui en vertu de la législation et par les effets systémiques néfastes que peut avoir toute initiative de sa part tenant à la modification ou l'annulation des sillons fermement attribués.

La nécessité et la proportionnalité composent le **standard de contrôle** applicable en matière de décisions de règlement des différends. L'examen de la nécessité inviterait à réfléchir si l'autorité aurait pu adopter d'autres mesures que celles finalement adoptées. Par exemple, en l'espèce, l'ARAFER aurait pu, comme le soutenait le gestionnaire, exercer le pouvoir réglementaire que lui confère l'article L. 2131-7 du code des transports au lieu d'exercer un pouvoir réglementaire dans le cadre de sa compétence de règlement du différend. Or, il n'y aurait selon la Cour, aucune hiérarchie entre les procédures dont ont à leur disposition les différentes autorités compétentes au sein des

¹⁰⁴¹ CA Paris, 17 décembre 2015, *SNCF Réseau c/ Euro Cargo Rail*, *op. cit.*, pp. 20-21.

marchés régulés. Comme le note la Cour : il ne saurait être reproché à l'ARAFER « de ne pas avoir adopté les mesures exigées par une autre procédure, **aucune hiérarchie ni ordre d'usage des procédures ne lui étant imposées**. Il y a lieu en revanche de vérifier si les mesures adoptées pouvaient l'être dans le cadre du règlement des différends, c'est-à-dire si elles étaient nécessaires et proportionnées »¹⁰⁴². La souplesse dont fait preuve la Cour d'appel en matière procédurale rappelle l'approche du Conseil d'État dans ses arrêts *Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016¹⁰⁴³, dans lesquels il a admis la recevabilité du recours contre les actes de droit souple adoptés par les autorités de régulation dans le cadre de leur mission. L'approche de la Cour d'appel en l'espèce nous paraît fort contestable dans la mesure où elle attache peu d'importance au risque de détournement de procédure qui constitue un risque particulièrement important en matière de régulation.

2. Le risque de détournement de procédure

Le libéralisme dont font preuve les autorités de régulation quant au recours à une procédure plutôt qu'à une autre est déjà apparu dans une décision adoptée par l'ARCEP en 2006 sur un différend opposant les sociétés Afone et SFR¹⁰⁴⁴. L'Autorité a été appelée à se prononcer en l'espèce sur la question de savoir s'il y a une quelconque hiérarchie entre le mécanisme de règlement des différends et celui d'analyse de marché. Elle a considéré à cet effet que : « Les deux mécanismes [RDD et ADM] sont autonomes et ne s'excluent nullement [...]. Les fondements juridiques des deux procédures sont distincts, l'objet du règlement de litige est différent de celui de l'analyse des marchés et leurs effets ne sont pas identiques. **Aucune priorité, ni aucune subordination ne saurait être accordée à l'une plutôt qu'à l'autre** »¹⁰⁴⁵.

Une telle vision souple de la procédure serait difficile à admettre dans les cas où le pouvoir réglementaire « classique » des autorités de régulation serait soumis à homologation ministérielle. En effet, si l'on admettait dans cette hypothèse que le

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 20.

¹⁰⁴³ CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et a., op. cit.* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable, op. cit.* Sur ces arrêts, v. *infra*, p. 445 s.

¹⁰⁴⁴ ARCEP, Décision n° 2006-0406 du 4 avril 2006 se prononçant sur un différend opposant la société Afone et la Société française du radiotéléphone (SFR), JORF n°117 du 20 mai 2006, texte n° 104.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

pouvoir réglementaire « classique » des autorités de régulation est interchangeable avec leur pouvoir réglementaire exercé dans le cadre d'un processus de règlement des différends, ces autorités auraient tout intérêt à opter pour la seconde modalité d'exercice du pouvoir réglementaire, afin d'échapper à l'obligation de soumettre leurs actes réglementaires à homologation ministérielle.

La Cour d'appel de Paris s'est confrontée à une telle hypothèse dans l'arrêt *France Télécom* de 2012¹⁰⁴⁶. Le requérant notait en l'espèce que le pouvoir réglementaire supplétif dont dispose l'ARCEP en vertu de l'article L. 36-6 et le pouvoir réglementaire « spécifique » qu'elle peut exercer lorsqu'elle est appelée à statuer dans le cadre de sa compétence de règlement des différends sont soumis à des conditions différentes. Plus précisément, il soulignait que si la décision litigieuse avait été prise par l'Autorité dans le cadre de son pouvoir réglementaire de l'article L. 36-6 du CPCE, elle aurait dû être soumise à homologation ministérielle. En revanche, les décisions de l'ARCEP adoptées sur le fondement de sa compétence de règlement des différends échappent à une telle procédure. Cela pourrait conduire l'ARCEP à opter pour l'édiction des normes réglementaires sur le fondement de sa compétence de règlement des différends prévue dans l'article L. 36-8 du CPCE, pour éviter que sa décision soit soumise à homologation ministérielle, bouleversant ainsi la hiérarchie des normes. Cependant, la Cour a débouté le requérant, en se penchant à cet effet sur la portée limitée de l'homologation. Plus précisément, elle a considéré que cette dernière « *a pour seul objet de rendre obligatoire ou d'étendre la portée d'une décision et le ministre ne peut substituer son appréciation à celle de l'Autorité* »¹⁰⁴⁷.

La même problématique a été soulevée dans les arrêts de la Cour d'appel de Paris du 17 décembre 2015 rendus à propos du pouvoir de règlement des différends de l'ARAFER¹⁰⁴⁸. Si le pouvoir réglementaire classique de l'ARAFER est soumis à homologation ministérielle, « le législateur a voulu que l'autorité de régulation puisse régler les problèmes de refus d'accès au réseau en toute indépendance, sans

¹⁰⁴⁶ CA, 19 janvier 2012, *France Télécom c/ Bouygues Télécom*, *op. cit.*

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*

¹⁰⁴⁸ CA Paris, 17 décembre 2015, *SNCF Réseau c/ Euro Cargo Rail*, *op. cit.* ; CA Paris, 17 décembre 2015, *SNCF Réseau c/ Europorte*, *op. cit.* ; CA Paris, 17 décembre 2015, *SNCF Réseau c/ VFLI*, *op. cit.* ; CA Paris, 17 décembre 2015, *SNCF Réseau c/ T3M*, *op. cit.*

homologation ministérielle »¹⁰⁴⁹. À la différence de son pouvoir réglementaire supplétif, le pouvoir de règlement des différends de l'ARAFER n'est pas soumis à homologation ministérielle.

Le fait de soumettre ses décisions prises en matière de règlement des différends à homologation ministérielle serait d'ailleurs difficile à concilier avec l'article 55 de la directive dite « refonte » de 2012¹⁰⁵⁰ qui adopte une interprétation extensive de l'indépendance des autorités de régulation nationales compétentes en matière ferroviaire. Le législateur de l'Union recourt en l'espèce à la notion d' « organisme de contrôle national unique du secteur ferroviaire » et impose aux Etats de veiller à ce que les personnes qui composent cet organisme « ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exercice des fonctions de l'organisme de contrôle »¹⁰⁵¹.

Or, cette différence entre le pouvoir réglementaire « classique » (pouvoir réglementaire « supplétif ») de l'ARAFER et le pouvoir réglementaire « original » reconnu à son profit dans le cadre de l'exercice de sa compétence de règlement des différends n'est pas anodine. L'Autorité serait éventuellement tentée en l'espèce de commettre un détournement de procédure.

Le fait que le pouvoir réglementaire « classique » de l'ARAFER soit soumis à homologation ministérielle, alors que le pouvoir exercé dans le cadre de la procédure de règlement des différends y échappe, pourrait conduire à ce que l'Autorité opte pour la voie d'exercice d'un pouvoir réglementaire dans le cadre de règlement des différends au lieu d'exercer son pouvoir réglementaire « classique ». Il suffirait à cet effet d'être saisie par un opérateur sur n'importe quel différend. N'étant pas liée par la plainte, l'Autorité pourrait prendre toute mesure réglementaire qui lui paraîtrait utile pour fixer les « modalités d'accès au réseau », expression déjà très large. Ayant la possibilité d'échapper à l'obligation d'homologation ministérielle, elle abandonnerait ainsi la voie normale d'exercice de son pouvoir réglementaire au profit de l'exercice d'un tel pouvoir dans le cadre de sa compétence de règlement des différends. Cela aurait un

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*

¹⁰⁵⁰ Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, art. 55.

effet pervers : au lieu d'agir à sa propre initiative pour exercer un pouvoir réglementaire, l'ARAFER serait finalement tributaire de la volonté des opérateurs, celle-ci étant d'ailleurs exprimée dans un cadre déjà problématique de plainte.

La manière assez expéditive avec laquelle est traitée la question du détournement de procédure dans la jurisprudence méconnaît l'importance que revêt le bon maniement de la procédure en matière de régulation tant pour la protection des administrés que pour le respect de la hiérarchie des normes.

La lecture de ces décisions fait apparaître la nature composite de la décision de règlement des différends : il s'agit d'une décision administrative, édictée par une autorité de régulation sur le fondement d'une compétence qu'elle tire du droit de l'Union européenne, à propos d'un différend qui se présente au sein d'un marché donné. L'office des autorités de régulation lorsqu'elles statuent dans le cadre du règlement d'un différend est large : l'existence d'un différend et leur saisine sur la base de celui-ci se présentent finalement comme une simple condition de mise en œuvre de leur compétence et ne préjugent en rien du contenu de l'acte adopté. L'acte pris dans le cadre de leur fonction de règlement des différends est plus un acte de régulation qu'un acte visant à donner fin à un litige donné. L'expression « différend », adoptée par le législateur français, plus large que celle de litige qu'emploie son homologue européen, confirme d'ailleurs cette conception. L'acte adopté en matière de règlement des différends se rapproche de l'acte réglementaire et ressemble aux *arrêts de règlement* dans la mesure où il permet aux autorités de régulation d'édicter une règle générale à partir d'un cas concret.

Le pouvoir de règlement des différends permet aux autorités de régulation de suivre l'exécution des obligations qu'elles avaient imposées par leurs autorisations. Leurs actes de règlement des différends contribuent ainsi à l'efficacité de la régulation. C'est à ce même objectif que répondent également les sanctions adoptées par les autorités de régulation. Tout comme les actes de règlement des différends, les sanctions sont des actes de mise en œuvre des actes individuels ou réglementaires de régulation et, en même temps, elles disposent d'une valeur propre en tant qu'instruments de régulation.

Section 2. Les décisions adoptées en matière de sanction

Le Conseil constitutionnel a validé le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en 1989 avec sa décision portant sur la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication¹⁰⁵². Si cette première décision concernait le CSA, le Conseil constitutionnel n'a pas tardé à reconnaître la constitutionnalité du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes compétentes au sein du marché financier¹⁰⁵³ ou du marché des communications électroniques¹⁰⁵⁴.

Dans sa décision de principe de 1989, il a validé la dévolution d'un pouvoir de sanction au CSA, parce que celui-ci se justifiait par la nécessité de réprimer les manquements éventuels aux obligations contenues dans une autorisation administrative. Partant de l'affirmation qu'il « est loisible au législateur de soumettre les différentes catégories de services de communication audiovisuelle à un régime d'autorisation administrative », le Conseil constitutionnel a ensuite considéré 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 »¹⁰⁵⁵.

Si le lien entre la sanction et la mise en œuvre d'une autorisation a été notamment illustré dans la décision du Conseil constitutionnel relative au CSA, il apparaît encore plus clairement en matière de régulation. Si le pouvoir répressif appartient au juge, les autorités de régulation se sont vu attribuer un pouvoir de sanction par le législateur, qui

¹⁰⁵² Cons. const., déc. 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*.

¹⁰⁵³ Cons. const., déc. n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 6 (à propos de l'ancienne COB).

¹⁰⁵⁴ Cons. const., déc. n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi relative à la loi portant réglementation des télécommunications*, cons. 15 (à propos de l'ART).

¹⁰⁵⁵ Cons. const., déc. n°88-248 DC, *op. cit.*, cons. 27. Partant du constat que la dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes par le législateur n'est pas contraire à la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel a ensuite déclaré applicables aux sanctions prononcées par ces autorités les principes fondamentaux encadrant la répression pénale : la légalité des délits et des peines, la nécessité des peines, la non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ou le respect des droits de la défense. Sur l'application de ces principes aux autorités administratives répressives, v. not. G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 184, 1997.

a acquis la validation du Conseil constitutionnel. Le pouvoir de sanction dont sont investies les autorités de régulation leur est attribué pour faciliter l'exercice de leurs missions. Le pouvoir « répressif » qu'elles exercent dans le cadre de leur compétence en matière de sanction peut être plus efficace que celui attribué au juge pénal¹⁰⁵⁶. La publication d'une sanction sur le site Internet d'une autorité, qui peut être consulté par tous les professionnels, les clients ou les utilisateurs potentiels produit des effets immédiats et indépendants de la volonté des personnes impliquées. Toutes les autorités de régulation qui sont compétentes en matière de services en réseau disposent d'un pouvoir de sanction. Ce dernier est le complément nécessaire de leurs autres pouvoirs : les autorités de régulation produisent des normes, elles veillent à leur application et peuvent finalement sanctionner leur non-respect.

Dans sa décision portant sur la loi de réglementation des télécommunications, le Conseil constitutionnel a noté à cet effet que le pouvoir de sanction conféré par ladite loi à l'Autorité de régulation des télécommunications, prédécesseur de l'ARCEP, n'était pas trop étendu, à la différence de ce que considéraient les auteurs de la saisine, parce qu'il se limitait à réprimer « les infractions aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à l'activité d'un exploitant de réseau ou d'un fournisseur de service », à savoir « celles liées à **l'application du code** des postes et télécommunications et des **autorisations** données aux opérateurs pour leur activité dans les télécommunications »¹⁰⁵⁷.

De ces décisions, il s'ensuit que les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes peuvent avoir deux objets : soit elles visent à faciliter la mise en œuvre d'une autorisation, soit elles poursuivent un objectif plus général de sauvegarde de la légalité.

Or, ces autorités n'emploient que très rarement le pouvoir de sanction qui leur est attribué par les textes. Le CoRDiS n'a pour l'instant prononcé aucune sanction. Tel est

¹⁰⁵⁶ En ce sens, v. Q. EPRON, « Les sanctions en droit administratif. Le cas des autorités administratives indépendantes », in C. CHANAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction entre technique et politique*, vol. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 517 s.

¹⁰⁵⁷ Cons. const., déc. n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi relative à la loi portant réglementation des télécommunications*, cons. 16 (nous soulignons).

également le cas de l'ARAFER¹⁰⁵⁸. En revanche, réaménagé par le législateur suite à la censure du Conseil constitutionnel intervenue en 2013¹⁰⁵⁹, le pouvoir de sanction de l'ARCEP a été mis en œuvre dans toute son ampleur par l'Autorité pour la première fois en mai 2015. Par trois décisions en date du 19 mai 2015, l'ARCEP a retiré les licences qu'elle avait délivrées à trois opérateurs mobiles ultramarins, parce que ceux-ci n'avaient pas respecté leurs obligations de déploiement et de paiement de leurs redevances, malgré la mise en demeure qui leur avait été adressée par l'Autorité¹⁰⁶⁰.

À la différence des autorités précitées, qui sont compétentes pour réguler les services en réseau, l'AMF, a très souvent recours à son pouvoir de sanction. Cela s'explique par la différente fonction qu'elle poursuit : l'AMF est plutôt compétente pour **contrôler** l'activité des opérateurs sur le marché financier, alors que les trois autres autorités précitées sont notamment chargées de **réguler l'accès** aux marchés respectifs. Les activités de contrôle et de sanction sont étroitement liées entre elles, la sanction étant le complément nécessaire du contrôle, alors que la régulation de l'accès au marché répond à une logique *a priori* étrangère à celle qui anime la sanction.

D'un côté, les sanctions adoptées par les autorités de régulation participent à la mise en œuvre des autorisations délivrées par ces autorités, dans la mesure où elles interviennent notamment lorsque les opérateurs ne respectent pas les obligations rattachées à leurs autorisations (§ 1). De l'autre côté, elles ne poursuivent pas une fonction répressive, mais visent à influencer sur les comportements des opérateurs et à les orienter vers la réalisation des objectifs de régulation, tels que prévus dans la loi et

¹⁰⁵⁸ L'ARAFER s'est dotée d'une commission des sanctions le 19 mai 2016. Cette commission peut être saisie par le collège de l'Autorité lorsque l'opérateur concerné ne se conforme pas à la mise en demeure de faire cesser un manquement aux règles d'accès ou d'utilisation du réseau ferré ou des gares routières, ou encore de se plier à une autre décision de l'Autorité.

¹⁰⁵⁹ Cons. const., Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numericable SAS et autre*, JORF du 7 juillet 2013, p. 11356 ; F. CHALTIEL-TERRAL, « L'ARCEP devant le juge constitutionnel : A propos de la décision QPC du 5 juillet 2013 », *LPA* 2013, n° 208, p. 6.

¹⁰⁶⁰ ARCEP, Décision n° 2015-0592-FR de sa formation restreinte en date du 19 mai 2015 prononçant une sanction à l'encontre de la société Guadeloupe Téléphone Mobile en application de l'article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques, publiée sur : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/15-0592-FR.pdf ; ARCEP, Décision n° 2015-0593-FR de sa formation restreinte en date du 19 mai 2015 prononçant une sanction à l'encontre de la société Martinique Téléphone Mobile en application de l'article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques, disponible sur : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/15-0593-FR.pdf ; ARCEP, Décision n° 2015-0594-FR de sa formation restreinte en date du 19 mai 2015 prononçant une sanction à l'encontre de la société Guyane Téléphone Mobile en application de l'article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques, publiée sur : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/15-0594-FR.pdf.

hiérarchisés par les autorités de régulation. Elles constituent ainsi, à l'instar de leurs décisions de règlement des différends, des actes de régulation (§ 2).

§ 1. La sanction, conséquence de la non-exécution des autorisations d'accès au marché

Le contrôle, par les autorités de régulation, du respect des différentes obligations incluses dans les licences octroyées aux opérateurs est particulièrement important. Il permet à ces autorités de garantir la continuité du mécanisme de régulation et l'effet utile de l'attribution de ces actes.

Par exemple, l'ARCEP est non seulement compétente pour attribuer les licences d'utilisation de fréquences, mais doit également veiller à contrôler si les opérateurs mettent en œuvre ces actes de manière conforme aux engagements qu'ils avaient entrepris à l'issue des processus de mise en concurrence mis en place par l'Autorité. En outre, les opérateurs sont tenus de se conformer aux obligations incluses par l'Autorité dans le cahier des charges annexé aux autorisations. Le choix du mécanisme d'attribution des autorisations est à lui seul une modalité de régulation du marché. Lorsque l'Autorité décide notamment de recourir à une procédure de soumission comparative aux fins d'attribuer une licence de téléphonie mobile, elle peut établir différents critères en attribuant à chacun d'entre eux le coefficient qu'elle estime utile. La pondération des critères d'attribution permet de hiérarchiser les objectifs de régulation. Le contrôle du respect des engagements formulés par les opérateurs sur la base de ces critères, qui sont repris sous forme d'obligations dans leurs autorisations, s'avère cruciale pour l'efficacité de la régulation.

Les autorités de régulation sont compétentes à la fois pour édicter des normes, veiller à leur respect et sanctionner leur violation. La concentration, entre les mains d'une seule autorité, des pouvoirs qui devraient normalement être séparés entre eux, se justifie par la mission impartie aux autorités de régulation.

Dans un système où la concurrence est régulée, la sanction doit rester le dernier rempart, dans la mesure où elle traduirait **l'échec de la régulation**. En revanche, la sanction est le « mode commun » d'exercice de la puissance publique au sein des systèmes où la concurrence n'est pas ordonnée.

Le lien entre les autorisations délivrées par les autorités de régulation et le régime applicable aux sanctions qu'elles émettent est apparent. La sanction est la dernière composante de l'édifice de la régulation par voie d'actes administratifs.

L'administration peut faire disparaître une autorisation soit rétroactivement, soit pour l'avenir, lorsque son titulaire ne se conforme pas aux obligations auxquelles a été conditionnée sa délivrance. C'est à titre de sanction qu'intervient tant l'abrogation (A) que le retrait (B) des autorisations d'accès au marché, ces dernières ayant été reconnues par le Conseil d'État comme créatrices de droits.

A. L'abrogation des autorisations à titre de sanction

Le Conseil d'État a été appelé à se prononcer sur la question de l'abrogation des autorisations d'accès au marché dans l'arrêt *Neuf Télécom* du 30 juin 2006¹⁰⁶¹. Cette affaire présente une importance particulière parce qu'elle a donné l'occasion au Conseil d'État de préciser les règles relatives à l'abrogation des actes non réglementaires créateurs de droits.

La position de la haute juridiction administrative dans l'arrêt *Neuf Télécom* révèle son rattachement au strict respect de la sécurité juridique. En matière de régulation, la sécurité juridique est menacée par la polymorphie de ses sources, la polyphonie de ses organes et le pluralisme de ses actes juridiques¹⁰⁶². L'arrêt *Neuf Télécom* a une

¹⁰⁶¹ CE, 30 juin 2006, n° 289564, *Sté Neuf Télécom SA*, *op. cit.*

¹⁰⁶² Sur le phénomène d'inflation normative en matière de régulation, v. A. LOUVARIS, « Régulation économique et inflation normative. Quelques remarques sur un duo ambigu », *RDP* 2014, p. 304 s. Sur l'application du principe de sécurité juridique en droit interne, v. CE, Rapport public pour 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française, Paris, 1991 ; CE, Rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, Paris ; CE Ass., 24 mars 2006, *KPMG*, *AJDA* 2006, p. 1028, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *D.* 2006, p. 1224, chron. P. CASSIA ; *RFDA* 2006, p. 463, concl. Y. AGUILA. Le juge de l'Union, par un arrêt rendu le 12 février 2008 concernant une série d'aides accordées par la France au Centre d'exportation du livre français (CJCE, 12 fév. 2008,

importance cruciale tout d'abord parce que le Conseil d'État y a confirmé que les autorisations d'occupation du domaine public hertzien sont créatrices de droits pour leurs titulaires (1). En même temps, il mérite un examen particulier parce que la haute juridiction administrative y a jugé que l'abrogation de ces actes serait notamment possible à titre de sanction administrative, liant ainsi la notion d'abrogation à celle de sanction (2).

1. Les autorisations d'accès au marché, actes créateurs de droits

Dans l'arrêt *Neuf Télécom*¹⁰⁶³, l'opérateur homonyme demandait l'abrogation de la licence WiMax de la société Altitude, attribuée sans mise en concurrence et transférée au groupe Iliad¹⁰⁶⁴. En effet, ayant manifesté son intérêt pendant la période où les licences WiMax étaient encore attribuées « au fil de l'eau », la société Altitude (devenue IFW) avait pu obtenir deux licences sans mise en concurrence. En revanche, après avoir constaté la raréfaction des fréquences dans les bandes WiMax, l'ARCEP a mis en place une procédure de soumission comparative au niveau régional pour l'attribution des nouvelles licences. L'opérateur Neuf Télécom était tenu de prendre part à ce processus d'attribution, alors que la société Altitude, déjà titulaire des autorisations, n'avait aucun intérêt à y participer. C'est sur le *changement des circonstances de droit et de fait* induit par la raréfaction des fréquences WiMax, ainsi que sur cette différence de situation que Neuf Télécom fondait sa demande d'abrogation. En l'espèce, les circonstances de fait et de droit étaient étroitement liées entre elles : la seule constatation de la rareté des fréquences, élément factuel, emportait

CELF, aff. C-199/06 Rec. CJCE, I, p. 469), a confirmé la jurisprudence *Ternon* relative au retrait des décisions individuelles explicites créatrices des droits. Cette jurisprudence révèle le rattachement du juge de l'Union au respect du principe de sécurité juridique. Malgré les conclusions contraires de J. Mazák, avocat général dans l'affaire, la Cour a jugé que le juge national (en l'espèce le Conseil d'État) n'était pas tenu d'ordonner la récupération d'aides d'Etat illégalement versées, mais déclarées compatibles avec le marché commun. En revanche, les aides illégales et déclarées incompatibles par une décision définitive de la Commission doivent impérativement être retirées par l'autorité nationale compétente, même lorsque celle-ci a laissé expirer le délai de retrait prévu par le droit national. Sur ce point, v. G. ECKERT, « La récupération des aides d'Etat illégales et incompatibles et les transformations du droit public interne », *Rev. UE* 2015, p. 370.

¹⁰⁶³ CE, 30 juin 2006, *Sté Neuf Télécom SA*, *op. cit.*

¹⁰⁶⁴ Sur les questions juridiques posées à propos de la cession des fréquences à la société Iliad du fait du rachat, par celle-ci, de la société Free, v. *supra*, p. 366 s.

le passage de leur libre attribution au régime juridique plus complexe de l'article 42-2 du CPCE¹⁰⁶⁵.

L'entreprise s'est d'abord tournée vers l'ARCEP. Déboutée par le président de l'ARCEP, elle a ensuite déféré au Conseil d'État l'annulation de sa décision en ce qu'il rejetait sa demande d'abrogation *pour changement des circonstances*.

La haute juridiction administrative a d'abord réitéré sa jurisprudence classique, selon laquelle l'administration « (...) *n'est tenue d'abroger une décision administrative non réglementaire devenue illégale à la suite d'un changement de circonstances de droit ou de fait que lorsque la décision en question n'a pas créé de droits au profit de son titulaire (...)* »¹⁰⁶⁶. Or, elle est allée plus loin en ajoutant une nouvelle condition relative à l'abrogation des actes non réglementaires. Elle a considéré que cette dernière n'est possible que si la décision concernée « (...) *n'est pas devenue définitive (...)* »¹⁰⁶⁷.

Le juge administratif y a également confirmé que les autorisations d'utilisation de fréquences créent des droits au profit de leurs bénéficiaires¹⁰⁶⁸. Bien que ces décisions revêtent le caractère d'autorisations d'occupation privative du domaine public, ce qui impliquerait qu'elles soient précaires et révocables¹⁰⁶⁹, elles sont qualifiées par le juge d'actes créateurs de droits. Leur abrogation est ainsi strictement encadrée.

¹⁰⁶⁵ L'article L. 42-2 CPCE, tel que modifié par l'article 14 de la loi n° 2015-1267 du 14 octobre 2015 prévoit que : « Lorsque la bonne utilisation des fréquences l'exige, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut, après consultation publique, limiter, dans une mesure permettant d'assurer des conditions de concurrence effective, le nombre d'autorisations de les utiliser (...). La sélection des titulaires de ces autorisations se fait par appel à candidatures sur des critères portant sur les conditions d'utilisation mentionnées au II de l'article L. 42-1 ou sur la contribution à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1, ou par une procédure d'enchères dans le respect de ces objectifs et après définition de ces conditions par le ministre sur proposition de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ».

¹⁰⁶⁶ CE, 30 novembre 1990, *Association Les Verts*, Rec. p. 339 ; *AJDA* 1991, p. 155, chron. E. HONORAT et R. SCHWARTZ ; *RFDA* 1991, p. 571, concl. M. POCHARD ; Dans le même sens, v. CE, 22 mars 1999, *SA Dramont Aménagement*, Rec. p. 76 ; CE, 26 mars 2001, *Association pour la gratuité de l'autoroute A8*, Tables Leb. p. 824.

¹⁰⁶⁷ CE, 30 juin 2006, n° 289564, *Sté Neuf Télécom SA*, *op. cit.*

¹⁰⁶⁸ Pour la première affirmation jurisprudentielle du caractère créateur de droits de ces actes, v. CE, 10 octobre 1997, *Société Strasbourg FM*, Rec., p. 335 ; *AJDA* 1997, p. 1014, chron. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD ; *RFDA* 1998, p. 29, concl. V. PÉCRESSE ; CE, 12 mai 2003, *Société TF1*, Rec., p. 205 ; *AJDA* 2003, p. 1454, note J.-P. THIELLAY.

¹⁰⁶⁹ V. l'art. L. 2122-3 du CG3P.

Cette qualification se justifie d'abord par des raisons financières. Elle s'inscrit dans un souci de protéger les investissements des opérateurs afin de leur permettre d'exercer leur activité dans des conditions économiques viables étant donné l'importance des investissements requis¹⁰⁷⁰. Le fait de savoir que leurs autorisations sont irrévocables contribue à ce que les entreprises entreprennent plus aisément des risques en matière d'investissement.

La qualification des autorisations d'occupation du domaine public hertzien d'actes créateurs de droits facilite d'ailleurs la réalisation de la fonction de régulation exercée par l'administration à travers leur attribution. L'octroi d'une autorisation d'utilisation de fréquences est une modalité pour l'État de construire un marché et d'encadrer son fonctionnement à long terme. Lorsque l'administration a recours au mécanisme de soumission comparative aux fins d'attribuer une telle autorisation, elle décide sur la base des engagements des opérateurs sur les critères formulés par elle dans l'appel d'offres. À travers la pondération de ces critères, l'administration impose sa propre conception du marché émergent. Dans la mesure où les opérateurs savent que l'autorisation qu'ils obtiendront éventuellement est créatrice des droits, ils sont encore plus enclins à participer aux processus tenant à son attribution. L'accroissement du nombre de participants à un processus de soumission comparative provoque une « concurrence sur les engagements » qui permet finalement la meilleure réalisation des objectifs de régulation, tels que définis par l'ARCEP.

Les autorisations sont finalement attribuées sur la base de ces engagements. Elles sont octroyées aux opérateurs qui se présentent comme les plus aptes à mettre en œuvre les exigences établies par l'administration lors du stade de l'attribution. L'exécution des engagements, **indispensable pour que les opérateurs ne se voient pas retirer leur autorisation**, permet la construction du marché selon les souhaits de l'administration car chaque type d'engagement répond à un critère précis de l'appel à candidatures. La mise en œuvre de ces engagements permet la construction progressive de l'état de marché, tel qu'envisagé par l'administration. Les opérateurs adaptent même leur politique commerciale à ces engagements. Par conséquent, l'abrogation des licences

¹⁰⁷⁰ En ce sens, v. D. RAPONE, « La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques », *RFDA* 2009, p. 41.

suite au changement des circonstances de droit ou de fait ayant conduit à leur édicton, serait nuisible au bon fonctionnement de la concurrence sur le marché émergent et heurterait de front la stratégie macroéconomique des opérateurs.

Dans un souci de concilier la sécurité juridique avec la légalité administrative, le Conseil d'État conditionne l'abrogation des autorisations d'utilisation de fréquences à la violation des obligations pesant sur eux en vertu de la législation en vigueur ou en vertu de leurs autorisations.

2. L'abrogation des autorisations, sanction du non-respect des obligations y rattachées ou de la législation en vigueur

Dans l'arrêt *Neuf Télécom*, le Conseil d'État a rejeté la requête de la requérante parce qu'il ne ressortait « pas des pièces du dossier que la société Altitude Télécom n'aurait pas **respecté les conditions posées par la réglementation en vigueur ou les autorisations qui lui avaient été délivrées** »¹⁰⁷¹.

Or, il ne s'est pas limité à cette affirmation. Il a également ajouté que la requérante n'établissait pas, « en tout état de cause, que le maintien de la détention de ces autorisations par la société IFW placerait cette dernière en situation d'abuser d'une position dominante »¹⁰⁷².

Cette formulation mérite un examen particulier dans la mesure où elle témoigne de la place particulière que réserve le Conseil d'État au droit de la concurrence par rapport aux autres sources de légalité administrative. En revanche, faisant prévaloir le principe de sécurité juridique, le Conseil d'État a noté que l'ARCEP ne pouvait pas abroger les licences en question pour des raisons liées à la meilleure gestion du domaine public hertzien.

Le droit de la concurrence n'est pas seulement une limite à l'action normative de l'administration ou un fondement de l'obligation pesant sur elle de mettre en

¹⁰⁷¹ CE, 30 juin 2006, *Sté Neuf Télécom SA*, *op. cit.* (nous soulignons).

¹⁰⁷² *Ibid.*

concurrence les opérateurs intéressés par l'attribution d'une autorisation d'accès à des ressources rares. Selon la jurisprudence *Neuf Télécom*, ce droit peut également être invoqué par les opérateurs pour justifier une demande d'abrogation d'une telle licence. L'abrogation serait dans cette hypothèse la sanction de la violation du droit de la concurrence.

Le Conseil d'État érige le droit de la concurrence en une source autonome d'abrogation des autorisations d'utilisation de fréquences. Toute violation de ce droit serait susceptible de conduire à l'abrogation de l'autorisation concernée. La formulation employée par le juge dans l'arrêt *Société Neuf Télécom* permet notamment de considérer que l'administration est tenue d'abroger une licence si le maintien de celle-ci conduit son bénéficiaire à abuser de sa position dominante sur le marché concerné.

Le juge administratif n'a constaté en l'espèce aucune violation du droit de la concurrence. Cette solution se justifiait sans doute par l'évolution de la concurrence sur le marché des services WiMax. En effet, l'octroi des premières licences WiMax a conduit à conférer une position dominante à l'entreprise détentrice au niveau national. Or, l'accroissement de la concurrence sur les marchés régionaux et la délivrance de nouvelles licences a permis d'éviter les abus¹⁰⁷³. L'abrogation des actes adoptés en matière de régulation présente ainsi une spécificité par rapport à l'abrogation des autres actes administratifs unilatéraux, dès lors qu'elle est conditionnée aux effets de l'autorisation concernée sur la concurrence.

Lorsque les autorités de régulation, dans l'exercice de leur mission de contrôle, s'aperçoivent que les titulaires des autorisations ne respectent pas leurs obligations découlant de ces actes ou de la réglementation, elles peuvent décider de sanctionner les opérateurs contrevenants en retirant leurs autorisations.

¹⁰⁷³ En ce sens, v. A. SÉE, note sous CE, 30 juin 2006, n° 289564, *Sté Neuf Télécom SA*, *AJDA* 2006, p. 1720.

B. Le retrait des autorisations à titre de sanction

Le retrait des autorisations d'accès au marché est la plus importante des sanctions que peuvent infliger les autorités de régulation, dans la mesure où il conduit à priver les opérateurs concernés de la possibilité d'exercer leur activité économique au sein du marché en question. Le retrait par l'ARCEP des autorisations délivrées aux opérateurs ultramarins en 2015 est un exemple caractéristique de retrait à titre de sanction.

Aux termes du III de l'article L. 36-11 du CPCE : « (...) La formation restreinte peut prononcer à l'encontre de l'exploitant de réseau ou du fournisseur de services en cause une des sanctions suivantes : (...) la suspension totale ou partielle, pour un mois au plus, la réduction de la durée, dans la limite d'une année, ou le retrait de la décision d'attribution ou d'assignation prise en application des articles L. 42-1 ou L. 44. La formation restreinte peut notamment retirer les droits d'utilisation sur une partie de la zone géographique sur laquelle porte la décision, une partie des fréquences ou bandes de fréquences préfixes, numéros ou blocs de numéros attribués ou assignés, ou une partie de la durée restant à courir de la décision (...) ». En outre, aux termes du VI de l'article précité : « Les décisions de la formation restreinte sont motivées et notifiées à l'intéressé. Elles peuvent être rendues publiques dans les publications, journaux ou services de communication au public par voie électronique choisis par la formation restreinte, dans un format et pour une durée proportionnés à la sanction infligée (...) ».

C'est en se fondant sur ces dispositions que l'ARCEP a pu retirer les licences de téléphonie mobile octroyées aux opérateurs ultramarins. Les opérateurs en question s'étaient vu attribuer des autorisations d'exploitation des fréquences pour déployer des réseaux mobiles de deuxième et de troisième génération dans les départements de l'outre-mer. Ces autorisations prévoyaient plusieurs obligations liées à la qualité du service assuré et à la couverture du territoire, ainsi qu'au paiement des redevances. Suite à diverses opérations effectuées dans le cadre de sa mission de contrôle, l'ARCEP a constaté, dès 2008, que les titulaires des autorisations avaient commis plusieurs manquements à leurs obligations. Elle a ainsi ouvert à leur encontre une procédure de sanction en 2010 sur le fondement de l'article L. 36-11 du CPCE. L'Autorité a ensuite mis en demeure les opérateurs de respecter certaines obligations de couverture du territoire par trois décisions adoptées le 30 novembre 2011.

Or, le processus de sanction amorcé en 2010 a été interrompu suite à la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013¹⁰⁷⁴. Par cette dernière, le Conseil constitutionnel a privé l'ARCEP de son pouvoir de sanction, dans la mesure où il a censuré les dispositions prévues dans les douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 du CPCE. Ces dispositions ont été déclarées contraires à la Constitution parce qu'elles confiaient au directeur général de l'ARCEP, nommé par son président et placé sous son autorité, la compétence de mettre en demeure des opérateurs censés avoir violé la réglementation applicable en matière de communications électroniques ou les conditions prévues dans leurs autorisations, tout en lui permettant en même temps d'assister aux délibérations de l'ARCEP. Le Conseil constitutionnel a considéré que les modalités d'exercice précitées du pouvoir de sanction méconnaissaient le principe d'impartialité, parce qu'elles ne permettaient pas la séparation entre les fonctions de poursuite et d'instruction. Or, si le Conseil constitutionnel a sanctionné les modalités d'exercice du pouvoir de sanction de l'ARCEP, il n'a pas remis en cause la constitutionnalité du principe même de la dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes.

Dès le rétablissement de son pouvoir de sanction avec l'ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014, complétée par le décret n° 2014-867 publié le 3 août 2014, l'ARCEP a ouvert une enquête administrative sur le fondement de l'article L. 32-4 du CPCE. Les éléments collectés par la formation de poursuite et d'instruction de l'ARCEP l'ont conduite à mettre en demeure les opérateurs par trois décisions, afin qu'ils justifient du respect de verser les redevances dues pour l'utilisation de fréquences pour les années 2011-2014 et de réaliser, selon un calendrier fixant trois échéances, leurs obligations concernant la couverture de population et la fourniture des services, telles qu'incluses dans le cahier des charges annexé à leurs autorisations d'utilisation de fréquences de 2008. Les mises en demeure adressées aux entreprises concernées fixaient comme première échéance le 15 janvier 2015. Le non-respect de cette échéance par les opérateurs a conduit la formation de poursuite et d'instruction de l'ARCEP à transmettre le dossier à sa formation de sanction qui a finalement décidé de retirer les autorisations d'utilisation de fréquences dont disposaient les opérateurs. En même

¹⁰⁷⁴ Cons. const., Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numericable SAS et autre*, op. cit.

temps, dans un souci de « sunshine régulation » (régulation par la transparence et la publication), la commission de sanction de l’Autorité a rendu publiques les sanctions infligées aux opérateurs sur son site Internet.

L’affaire des licences délivrées aux opérateurs ultramarins a donné à l’ARCEP l’occasion de franchir pour la première fois l’ensemble des étapes de son pouvoir de sanction. Elle a également fait l’objet d’un contentieux important.

Dans un premier temps, les opérateurs ont demandé au juge des référés de suspendre les décisions de retrait et de publication¹⁰⁷⁵. Celui-ci s’est confronté à la question de savoir si la demande des opérateurs était justifiée par l’urgence et si la mesure de retrait était proportionnée.

Pour justifier de l’urgence, les opérateurs soutenaient que les décisions de retrait les privaient de toute possibilité d’exploitation des fréquences, alors qu’il n’y avait aucun intérêt public pouvant justifier l’exécution immédiate de la sanction. Adoptant une argumentation analogue à celle évoquée dans les arrêts *Fairvesta* et *Numericable*¹⁰⁷⁶ du 21 mars 2016 rendus à propos des actes de droit souple des autorités de régulation, les opérateurs faisaient également valoir que la publication des décisions de retrait avait des effets néfastes sur leur réputation et leur crédibilité.

Pour se prononcer tant sur la condition d’urgence que sur la proportionnalité des mesures adoptées, le juge des référés a examiné le comportement des opérateurs à partir du moment où ils ont pu acquérir leurs licences respectives. En outre, il a procédé à une analyse prospective de leur comportement. Le juge des référés a constaté à cet effet que les opérateurs « (...) **n’ont jamais exercé** l’activité d’exploitant de réseau mobile par l’utilisation des fréquences qui leur ont été attribuées en 2008, ni même commencé à déployer les équipements et les installations nécessaires à l’exercice de cette activité »¹⁰⁷⁷. Se projetant dans l’avenir, il a également ajouté qu’aucun des éléments

¹⁰⁷⁵ CE, ord. réf. 8 juillet 2015, *Société Guadeloupe Téléphone et a.*, req. n^{os} 390765, 390766, 390767, ECLI:FR:CEORD:2015:390765.20150708, inéd. au Rec. Lebon.

¹⁰⁷⁶ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a.*, *op. cit.* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté NC Numericable*, *op. cit.* Sur ces arrêts, v. *infra*, p. 445 s.

¹⁰⁷⁷ CE, ord. réf. 8 juillet 2015, *Société Guadeloupe Téléphone et a.*, *op. cit.*

produits ne permettait « (...) de montrer que les sociétés seraient en mesure de le faire dans un avenir proche »¹⁰⁷⁸.

Le juge des référés s'est appuyé sur une consultation publique menée de juillet à septembre 2013 par le Gouvernement et l'ARCEP auprès des opérateurs du secteur des communications électroniques, qui mettait en exergue la raréfaction des fréquences attribuées aux requérants. Partant de cette donnée, il a noté que « (...) compte-tenu de la demande accrue d'attributions de fréquences, un intérêt général s'attache à la gestion efficace du spectre radioélectrique ». La référence à l'intérêt général rappelle ici l'arrêt *Bouygues Télécom* du Conseil d'État du 27 avril 2009 où le juge a considéré que les obligations particulières prévues à l'égard des opérateurs déjà existants sur le marché au profit du nouvel entrant (Free Télécom) se justifiaient par « 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 »¹⁰⁷⁹.

L'inertie des titulaires des licences d'exploitation des fréquences en outre-mer, couplée avec l'intérêt général qui s'attache à la réattribution des fréquences non utilisées ont conduit le juge des référés à considérer que la condition d'urgence n'était pas remplie en l'espèce. L'inertie des opérateurs est également entrée en ligne de compte pour justifier la proportionnalité de la mesure. Le juge des référés a noté qu'il résultait de l'instruction que les opérateurs n'avaient « (...) pas apporté la preuve, tant dans les pièces du dossier qu'à l'audience, d'un commencement de déploiement des équipements nécessaires à l'exploitation des réseaux mobiles 2G et 3G »¹⁰⁸⁰. Par conséquent, il a jugé qu'« (...) au regard des faits de l'espèce et des faibles éléments apportés par les sociétés requérantes, le moyen tiré de ce que les décisions de sanction prises par l'ARCEP seraient disproportionnées » n'était pas « (...) de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité des décisions »¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

¹⁰⁷⁹ CE, 27 avril 2009, *Sté Bouygues Télécom*, *op. cit.* Sur ce point, v. *infra*, p. 535 s.

¹⁰⁸⁰ CE, ord. réf. 8 juillet 2015, *Société Guadeloupe Téléphone et a.*, *op. cit.*

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

L'absence de toute perspective d'exploitation des autorisations par leurs titulaires est entrée en ligne de compte par le juge des référés du Conseil d'Etat dans le cadre de l'examen des conditions du référé. Celui-ci a ainsi rejeté les demandes des trois sociétés requérantes.

L'affaire a été jugée ensuite par le Conseil d'État qui a été appelé à se prononcer sur le recours pour excès de pouvoir exercé devant lui par les sociétés concernées¹⁰⁸². La haute juridiction administrative a rejeté le recours de ces dernières, en adoptant le même raisonnement que celui du juge des référés.

Il convient de noter que les opérateurs soutenaient entre autres dans leur recours que les sanctions de retrait étaient inappropriées, parce qu'elles étaient intervenues trop tôt, à savoir après la première échéance, ce qui ne leur a pas permis de respecter les deux autres échéances fixées par la mise en demeure. Xavier Domino, rapporteur public sous l'affaire, notait sur ce point que la « possibilité de fixer un échéancier a pour seul objet de préciser à l'opérateur intéressé le calendrier de mise en conformité, et non de lui permettre de s'exonérer du respect des obligations qui lui incombent dès la première échéance »¹⁰⁸³. Ainsi, selon le rapporteur public, si l'ARCEP constate un défaut de mise en conformité avec les obligations édictées, rien ne justifie qu'elle attende la dernière échéance pour prononcer une sanction à l'encontre de l'opérateur contrevenant.

Suivant son rapporteur public, le Conseil d'État a jugé qu'en considérant que l'Autorité pouvait bien « (...) prononcer **sans attendre l'expiration** de la dernière échéance prévue dans la mise en demeure initiale, la sanction de retrait des droits d'utilisation de fréquences (...) »¹⁰⁸⁴. La haute juridiction administrative affirme le lien entre la sanction et le rétablissement de la concurrence sur le marché, et reconnaît au profit de l'ARCEP le pouvoir de prendre acte vite si elle constate qu'aucune amélioration du comportement des opérateurs n'est envisageable.

¹⁰⁸² CE, 15 avril 2016, *Société Guadeloupe Téléphone Mobile e. a.*, req. n° 390759, Tables Lebon.

¹⁰⁸³ X. DOMINO, concl. sur CE, 15 avril 2016, *Société Guadeloupe Téléphone Mobile e. a.*, publiées sur la base des données *Ariane Web* du Conseil d'État.

¹⁰⁸⁴ CE, 15 avril 2016, *Société Guadeloupe Téléphone Mobile e. a.*, *op. cit.*, cons. n° 6.

Cette grille d'analyse de la sanction, qui est fondée **sur la prospection des comportements** confirme son caractère d'acte de régulation. Ce dernier est d'autant plus corroboré par d'autres éléments qui révèlent la spécificité de la sanction en matière de régulation.

§ 2. La sanction, acte de régulation

Ce n'est pas au hasard que toutes les autorités de régulation disposent d'un pouvoir de sanction. Ce pouvoir leur est attribué pour qu'elles puissent sanctionner le respect des autorisations qu'elles adoptent et s'assurer également du respect de la législation applicable au sein des marchés qu'elles sont appelées à réguler. Ces finalités rattachées au pouvoir de sanction des autorités de régulation influent sur la façon dont ces dernières appréhendent ce pouvoir : les autorités de régulation ne l'envisagent pas comme un moyen de répression (A), mais comme un outil de régulation. Par ailleurs, elles peuvent intervenir dans le cadre même du mécanisme de sanction, afin d'imposer des obligations supplémentaires aux opérateurs, liées au bon fonctionnement du marché (B).

A. La sanction en matière de régulation, acte non répressif

Dans son arrêt *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)* de 2012¹⁰⁸⁵, le Conseil d'État consacre le caractère non répressif du pouvoir de sanction de l'ARCEP. Le fait que les sanctions infligées par l'ARCEP ne s'inscrivent pas dans une finalité répressive est un facteur supplémentaire militant en faveur de la qualification de ces décisions d'actes de régulation. Cet arrêt mérite ainsi un examen particulier.

L'association requérante demandait l'annulation d'une décision du directeur général de l'ARCEP par laquelle il avait été décidé de ne pas donner suite à la procédure de sanction à l'encontre de France Télécom engagée en application de l'article L. 36-11 du

¹⁰⁸⁵ CE, 4 juill. 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, *op. cit.*

CPCE, ainsi que la décision de l'ARCEP rejetant le recours gracieux exercé contre ce refus de sanctionner. Réitérant la formule de l'arrêt *Tinez*¹⁰⁸⁶, le Conseil d'État a considéré que lorsque l'ARCEP examine une plainte déposée auprès d'elle par un tiers dans le cadre d'une procédure de sanction, elle bénéficie d'« un large pouvoir d'appréciation et peut tenir compte de la gravité des manquements allégués au regard de la législation ou de la réglementation qu'elle est chargée de faire appliquer, du sérieux des indices relatifs à ces faits, de la date à laquelle ils ont été commis, du contexte dans lequel ils l'ont été et, plus généralement, de l'ensemble des intérêts généraux dont elle a la charge »¹⁰⁸⁷. La décision que prend l'ARCEP lorsqu'elle refuse de donner suite à une plainte déposée auprès d'elle est soumise au juge de l'excès de pouvoir qui n'y exerce qu'un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

France Télécom fut désignée par l'ARCEP comme opérateur exerçant une influence significative sur différents marchés de gros de la téléphonie fixe et des services de capacité. Cette qualification a permis à l'ARCEP de lui imposer diverses obligations tarifaires consistant notamment à s'assurer que ses tarifs sont fixés selon le principe de l'orientation vers les coûts principe, et que l'opérateur ne pratique pas de tarifs d'éviction.

L'*AFORST* soutenait que France Télécom avait violé une série de ces obligations. La demande déposée par l'*AFORST* auprès de l'ARCEP tendait à ce que l'Autorité mette en demeure France Télécom, en vertu de l'article L. 36-11 du CPCE, de justifier intégralement les coûts correspondants à ses tarifs de gros à compter du 1er janvier 2006 et de les adapter pour l'avenir. Outre ces demandes, qui relèvent naturellement de l'office du régulateur, l'association requérante demandait à l'ARCEP d'assurer, par un avenant aux contrats d'accès et d'interconnexion conclus avec les opérateurs alternatifs, le reversement aux opérateurs des sommes qu'elle estimait avoir été indûment perçues par France Télécom.

Le Conseil d'État a considéré que le fait pour France Télécom de se conformer à la mise en demeure de l'ARCEP en régularisant ses tarifs imposait au régulateur de mettre fin à

¹⁰⁸⁶ CE, 30 novembre 2007, *M. Tinez e. a.*, Rec. p. 459.

¹⁰⁸⁷ CE, 4 juill. 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, *op. cit.*

la procédure de sanction. Le juge a procédé à une interprétation stricte de l'article L. 36-11 du CPCE en dégageant de celui-ci une compétence liée pour l'ARCEP de clôturer la procédure de sanction lorsque il apparaît de l'instruction que l'opérateur contrevenant s'est conformé à la mise en demeure de l'Autorité.

À la suite de cette affirmation, le juge a refusé de réparer, au bénéfice des concurrents de France Télécom, les conséquences dommageables des manquements régularisés pendant l'instruction de la procédure de sanction. Contrairement à ce que soutenait l'*AFORST* et la société *SFR*, intervenante dans l'affaire, le juge a noté que ni les directives 2002/19/CE et 2002/21/CE du 7 mars 2002 ni le principe d'effectivité de la régulation sectorielle garanti par le droit de l'Union européenne ne permettaient d'envisager une lecture plus large de l'article L. 36-11 du CPCE.

La solution adoptée par le Conseil en l'espèce limite considérablement l'efficacité du pouvoir de sanction de l'ARCEP. Le fait d'imposer à cette dernière de clôturer la procédure de sanction engagée à l'encontre d'un opérateur si celui-ci a mis fin, au jour de la décision, aux irrégularités constatées à son égard priverait son pouvoir de sanction de sa force tant préventive que répressive. Sachant à l'avance qu'ils ne se verront infliger aucune sanction s'ils mettent fin à leurs manquements après l'ouverture de la procédure de sanction, les opérateurs déjà puissants sur le marché ne seront guère enclins à se conformer à leurs obligations tarifaires ou autres pesant sur eux par leurs autorisations ou par la législation en vigueur. Ils n'auront qu'à attendre la mise en demeure de l'ARCEP et à se conformer à celle-ci pour être dispensés de toute poursuite.

La haute juridiction administrative n'aurait-elle pas pu reconnaître au profit de l'ARCEP une possibilité d'indemniser, dans le cadre de sa compétence de sanction, les opérateurs lésés par les manquements avérés¹⁰⁸⁸ ? Cette possibilité nous paraît peu envisageable. En effet, l'ARCEP elle-même et la Cour d'appel affirment déjà systématiquement que le régulateur ne peut pas prononcer la réparation en dommages-intérêts d'un cocontractant lésé dans le cadre de l'exercice de sa fonction de règlement des différends. Cette compétence est réservée au juge du contrat. S'il serait

¹⁰⁸⁸ En ce sens, v. M. LOMBARD, comm. sous CE, 4 juill. 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFOREST)*, in M. LOMBARD, S. NICINSKI, E. GLASER, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA* 2012, p. 1717.

difficilement envisageable de reconnaître un tel pouvoir aux autorités de régulation dans le cadre de leur office de règlement des différends, il serait *a fortiori* impossible d'admettre que ces autorités puissent en jouir lorsqu'elles sont appelées à prononcer une sanction.

Le Conseil d'État aurait finalement pu opter pour une autre solution : il aurait pu reconnaître au profit de l'ARCEP la compétence d'infliger une sanction pécuniaire à l'opérateur contrevenant pour l'ensemble des manquements commis. Si l'ARCEP n'est pas compétente pour ordonner le reversement du trop perçu aux concurrents des opérateurs contrevenant à leurs obligations - une telle compétence n'étant pas censée relever de l'office des autorités de régulation - il serait envisageable de lui permettre de leur infliger des sanctions pécuniaires, versées au profit du Trésor public. De cette manière, le pouvoir de sanction de l'ARCEP regagnerait en force répressive et préventive sans que celle-ci se voie son office s'élargir au-delà de ce qu'impose sa fonction de régulation, au détriment de l'office du juge¹⁰⁸⁹.

Si la jurisprudence *AFORST* du Conseil d'État reste perfectible, elle doit être également saluée dans la mesure où elle révèle la vraie nature des sanctions prononcées par les autorités de régulation. À l'instar des autres sanctions administratives, les sanctions infligées en matière de régulation créent une **relation binaire** entre l'administration et l'auteur de la faute. Elles ne visent en rien l'indemnisation de la victime. Or, ces sanctions s'inscrivent dans une finalité plus large que les autres sanctions administratives parce qu'elles ont notamment pour objet d'« assurer la sécurité du marché » et procèdent d'un travail complexe de l'autorité de régulation compétente qui doit tenir en compte en l'espèce de l'« ensemble des intérêts généraux » dont elle a la charge¹⁰⁹⁰. Les objectifs des autorités de régulation lorsqu'elles élaborent une autorisation d'accès au marché sont assez proches de ceux poursuivis lorsqu'elles infligent une sanction.

¹⁰⁸⁹ Sur ce point, v. L. VIDAL, comm. sous CE, 4 juill. 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, in S. NAUGÈS, L. VIDAL et L. AYACHE, chron. « Concurrence, régulation et secteur public », *Cont. conc. consom.*, n° 12, décembre 2012, chron. 4, p. 11.

¹⁰⁹⁰ CE, 30 novembre 2007, *M. Tinez e. a.*, *op. cit.*

Dans les deux cas, ces organismes doivent établir un équilibre parmi les différents intérêts présents sur le marché. Ils doivent notamment opérer une conciliation entre l'intérêt des consommateurs, de l'opérateur historique et des autres opérateurs, notamment des nouveaux entrants.

En outre la procédure de sanction, telle qu'envisagée par le Conseil d'État dans l'arrêt *AFORST*, reflète le rapport particulier entre l'autorité de régulation et le temps : **une fois l'équilibre entre les différentes forces antagonistes retrouvé et le fonctionnement de la concurrence rétabli, il n'y a point besoin pour l'autorité de régulation de s'interroger davantage sur les violations commises par l'opérateur concerné au passé.** L'obligation pesant sur les autorités de régulation de clôturer une procédure de sanction si l'opérateur concerné se conforme à ses obligations semble être la conséquence logique de leur mission qui consiste notamment à maintenir une concurrence effective et loyale sur le marché. La sanction en matière de régulation constitue ainsi un acte de régulation, à l'instar de la décision de règlement des différends. Sa finalité régulatrice est d'ailleurs confirmée par le fait que les autorités de régulation puissent s'en servir pour imposer des obligations supplémentaires aux opérateurs.

B. La sanction en matière de régulation, moyen d'imposition des obligations supplémentaires aux opérateurs

Dans les affaires relatives au retrait par l'ARCEP des licences octroyées en outre-mer, apparaît en filigrane une fonction particulière de la sanction en matière de la régulation : celle-ci peut servir de support à l'imposition de nouvelles obligations aux opérateurs, qui viennent s'ajouter à celles pesant sur eux en vertu de leurs autorisations ou de la législation en vigueur.

Afin de démontrer que les décisions litigieuses faisaient naître un doute sérieux quant à leur légalité,¹⁰⁹¹ les requérants soutenaient devant le juge des référés que l'ARCEP avait fait une inexacte application de l'article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques. Ils notaient à cet effet qu'alors que la mise en demeure

¹⁰⁹¹ CE, ord. réf. 8 juillet 2015, *Société Guadeloupe Téléphone et a.*, *op. cit.*

qui leur fut adressée prévoyait un calendrier étalant leurs obligations dans le temps, l'ARCEP leur a retiré leurs licences avant l'expiration de la dernière échéance accordée, les privant ainsi de la possibilité de se conformer à la mise en demeure.

Le juge des référés a toutefois écarté ce moyen, en considérant que l'article précité ne fait pas obstacle « (...) à ce que la formation restreinte de l'ARCEP sanctionne un manquement **à une obligation intermédiaire fixée dans une mise en demeure**, ni même ne prononce dès ce stade, compte tenu des circonstances de l'espèce et de la gravité du manquement, la sanction du retrait des droits d'utilisation de fréquences »¹⁰⁹².

Par cette formulation, le juge confirme que la sanction prononcée en matière de régulation est avant tout un acte de régulation. Il rappelle la disposition de l'article L. 36-11 qui permet à l'ARCEP d'imposer des obligations supplémentaires dans la mise en demeure adressée aux entreprises suspectes d'avoir enfreint soit les obligations rattachées à leur licence, soit la réglementation en vigueur. Dans un souci de mettre fin à une situation préjudiciable aux consommateurs et au fonctionnement de la concurrence, le juge des référés a validé le retrait des autorisations litigieuses avant l'expiration de la dernière échéance, étant donné l'indifférence avérée des opérateurs et l'absence de toute perspective d'amélioration dans l'avenir. En même temps, il a admis que l'ARCEP puisse imposer de nouvelles obligations à l'égard des opérateurs dans une mise en demeure et sanctionner le manquement à ces obligations.

Le fait de confirmer qu'une autorité de régulation puisse imposer des obligations aux opérateurs pendant un stade de la procédure de sanction, révèle la fonction régulatrice que poursuit cette dernière. Le mécanisme de sanction devient lui aussi un mode de régulation, dans la mesure où l'administration peut continuer à orienter, dans son cadre, les comportements des opérateurs vers la réalisation des objectifs de régulation, tels que posés par le législateur.

¹⁰⁹² *Ibid.* (nous soulignons). Le juge du fond a repris cette formulation. V. CE, 15 avril 2016, *Société Guadeloupe Téléphone Mobile e. a.*, req. n° 390759, Tables Lebon.

Conclusion du chapitre 2

La mise en œuvre des autorisations d'accès au marché et des actes réglementaires qui fixent les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché est assurée grâce à d'autres actes administratifs unilatéraux. Plus précisément, elle est réalisée à travers les décisions qu'adoptent les autorités de régulation en matière de règlement des différends et de sanction.

Ces décisions constituent, elles-aussi, des actes de régulation. En effet, dans leurs décisions prises dans le cadre du processus de règlement des différends, les autorités de régulation ne se limitent pas à trancher un litige entre deux parties, mais précisent également les conditions techniques et financières d'interconnexion ou d'accès au marché. Par ailleurs, les frontières entre le pouvoir dont disposent les autorités de régulation en matière de règlement des différends et leur *pouvoir réglementaire supplétif* ne sont pas toujours faciles à repérer. En outre, la sanction en matière de régulation n'a pas de caractère punitif : lorsqu'un opérateur se conforme à une mise en demeure adressée par le régulateur dans le cadre d'une procédure de sanction, ce dernier est tenu de mettre fin à cette procédure. De cette manière, l'opérateur reste impuni pour les manquements déjà commis. Ce qui importe en l'espèce, c'est plutôt de *rétablir le fonctionnement concurrentiel* du marché. L'ultime sanction en matière de régulation est celle consistant au retrait d'une autorisation d'accès au marché. Un tel retrait intervient notamment lorsque le titulaire d'une licence ne se conforme pas aux obligations prévues dans celle-ci ou dans la législation en vigueur.

Les décisions adoptées par les autorités de régulation en matière de règlement des différends et de sanction perdent leur autonomie au regard des actes relevant directement de l'*ex ante*, dans la mesure où elles visent à garantir leur respect. En ce sens, elles sont les toutes dernières composantes du système de régulation par voie d'acte administratif unilatéral, voire des actes de régulation « par voie d'intendance ».

Conclusion du titre 1

Les autorités de régulation assurent la mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation grâce à un régime adapté aux objectifs de cette dernière et à des outils relevant *a priori* de l'*ex post*. Plus précisément, elles peuvent soit *céder* une autorisation d'accès au marché, soit la retirer ou l'abroger à titre de *sanction* si son titulaire ne respecte pas les obligations sous lesquelles elle lui avait été accordée, soit détailler davantage les obligations pesant sur les opérateurs concernant l'accès au réseau dans le cadre de l'exercice de leur compétence de règlement des différends.

La mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation par l'administration confirme le caractère transversal de cette finalité. En effet, la délivrance d'une autorisation d'accès au marché ou l'édiction d'un acte réglementaire qui fixe les conditions d'exercice de la concurrence en son sein ne marquent pas la fin du processus de régulation par voie unilatérale. L'administration continue à réguler le marché même après l'adoption de ces actes : à travers la cession des autorisations d'accès au marché, elle crée un marché secondaire. En outre, les actes adoptés en matière de règlement des différends excèdent le différend donné et peuvent produire des effets *erga omnes*. Par ailleurs, la procédure de sanction peut servir de moyen d'imposition d'obligations supplémentaires aux opérateurs.

Le juge administratif vient compléter l'administration dans le processus de *mise en œuvre* des actes administratifs unilatéraux de régulation, ainsi que des objectifs rattachés à cette dernière. Le contrôle juridictionnel de ces actes est orienté vers le respect des exigences que pose le fonctionnement concurrentiel du marché. À travers ce contrôle, le juge administratif veille notamment à ce que les opérateurs respectent les obligations pesant sur eux en vertu de leurs autorisations et vise à renforcer le pouvoir réglementaire des autorités de régulation, afin de leur permettre d'exercer plus efficacement leur mission.

Titre 2. La mise en œuvre des actes par le juge

Les autorités de régulation emploient divers termes pour désigner les actes qu'elles édictent. Leur inventivité en la matière est caractéristique : elles peuvent, le cas échéant, adopter des recommandations, des avis, des prises de position, des lignes directrices, des feuilles de route, *etc.* Le désordre des mots employés par les autorités de régulation pour nommer leurs actes est loin d'être anodin. Il participe sans doute au « malheur de ce monde »¹⁰⁹³, parce qu'il serait un moyen de contourner les garanties procédurales attachées à l'élaboration des actes administratifs. La dilution des normes de régulation¹⁰⁹⁴ est un facteur de désordre, voire d'insécurité juridique.

Le juge administratif rencontre plusieurs difficultés lorsqu'il est appelé à statuer sur un acte adopté en matière de régulation. D'un côté, il n'est pas toujours facile pour lui de distinguer entre un acte administratif unilatéral et un acte de droit souple. De l'autre côté, même lorsque le juge est certain que l'acte soumis à son examen est un acte administratif unilatéral, il peut éprouver des difficultés à déterminer s'il est individuel ou réglementaire.

Confronté à ces difficultés d'identification, le juge administratif a dû développer différentes techniques contentieuses en matière de régulation, qui l'ont conduit à élargir son prétoire et lui ont permis de se libérer de l'idée selon laquelle le caractère décisif d'un acte serait une condition nécessaire pour qu'il puisse faire l'objet de son contrôle (Chapitre 1). Or, l'office du juge administratif a évolué non seulement en surface, mais également en profondeur : celui-ci a dû approfondir ses méthodes de contrôle pour pouvoir s'adapter aux impératifs de la régulation (Chapitre 2).

¹⁰⁹³ Cf. la citation célèbre d'Albert Camus : « Mal nommer les choses, c'est ajouter au malheur du monde ».

¹⁰⁹⁴ Cette expression est empruntée au professeur Yves Gaudemet. V. le titre de son intervention dans le cadre la journée d'étude de l'Académie des sciences morales et politiques tenue le 13 juin 2016 : La régulation économique - la dilution des normes », <http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2016/04/Programme-13-juin.pdf>.

Chapitre 1. L'élargissement du champ du contrôle juridictionnel

Lorsque le juge est confronté à un acte donné, il s'intéresse avant tout à la question de savoir si l'acte soumis à son examen est susceptible de recours ou non. Le juge administratif privilégie deux expressions pour identifier les actes pouvant faire l'objet de son contrôle. Il utilise notamment les termes « actes faisant grief » ou « décisions faisant grief »¹⁰⁹⁵. Prisonnier de la distinction entre actes (ou décisions) faisant grief et ceux qui ne font pas grief, le juge a dû rechercher des moyens pour s'en libérer. C'est dans cette perspective qu'il a inventé la technique de requalification. Celle-ci lui permet de ne pas être tenu par la qualification de l'acte, telle qu'opérée par l'administration. Le juge administratif peut rebaptiser une « recommandation » en la qualifiant d'acte ou décision administrative faisant grief pour pouvoir l'intégrer dans son champ de contrôle¹⁰⁹⁶.

La technique de requalification n'a pas été particulièrement utilisée par le juge en matière de régulation. On ne peut que s'en réjouir dans la mesure où la requalification présente parfois un caractère artificiel. Ne disposant pas d'autres moyens lui permettant de contrôler finalement un acte échappant à première vue à son contrôle faute de satisfaire aux critères classiques du contentieux administratif, le juge administratif serait tenté de le qualifier d'acte administratif unilatéral juste pour le faire entrer dans son prétoire.

Cela a conduit le juge à chercher d'autres solutions. Les arrêts *Fairvesta* et *Numericable* du Conseil d'État du 21 mars 2016¹⁰⁹⁷ témoignent de cet effort. La haute juridiction administrative avait à juger en l'espèce des actes de droit souple adoptés par l'Autorité des marchés financiers (AMF) et l'Autorité de la concurrence. Au lieu de les requalifier en actes de droit dur pour les intégrer dans son office, le juge a laissé intacte la nature de ces actes, en trouvant une solution originale pour les contrôler : il a conditionné la recevabilité du recours à leur encontre aux effets qu'ils produisent. Dans ces arrêts, le

¹⁰⁹⁵ Pour une présentation détaillée des différentes expressions utilisées par le juge, v. B. DEFOORT, *La décision administrative*, *op. cit.*, p. 6 s.

¹⁰⁹⁶ Pour des exemples concrets d'utilisation de cette méthode par le juge administratif, v. Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *op. cit.*, p. 653.

¹⁰⁹⁷ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a.*, *op. cit.* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté NC Numericable*, *op. cit.*

Conseil d'État découple clairement la recevabilité du recours du caractère décisoire de l'acte contrôlé. Le fait d'être soumis au contrôle du juge ne transforme en rien la nature du communiqué de l'AMF et de la prise de position de l'Autorité de la concurrence. Ces actes **demeurent des actes de droit souple**, mais peuvent faire l'objet de recours du fait de leurs **effets**.

Ce n'est pas au hasard que l'évolution intervenue avec la jurisprudence *Fairvesta* et *Numericable* concerne les actes de droit souple adoptés par les autorités de régulation (ou « autorités de régulation économique », selon la formulation employée par le Conseil d'État). Le libéralisme des autorités de régulation dans la détermination des instruments juridiques qu'elles emploient appelait la réaction du juge administratif qui est venu renforcer, avec ces arrêts, le droit au recours des administrés¹⁰⁹⁸.

Confronté à plusieurs difficultés relatives à l'identification de la nature juridique exacte des actes soumis à son examen en matière de régulation (Section 1) et désireux de se libérer des contraintes que lui impose la distinction classique en contentieux administratif entre actes (ou, selon le cas, « décisions ») faisant grief et actes qui ne font pas grief, le juge a décidé d'élargir son champ de contrôle (Section 2).

Section 1. Une appréciation difficile de la nature juridique des actes employés en matière de régulation

La régulation implique d'adopter une vision finaliste de la norme juridique. Les autorités de régulation s'intéressent notamment à l'efficacité de leur action. Elles ne rattachent pas beaucoup d'importance aux moyens employés pour y parvenir. En outre, elles emploient souvent des instruments qui ne sont prévus par aucun texte ou qui ne sont qu'imparfaitement régis par la législation.

¹⁰⁹⁸ Sur l'application de ce droit par le Conseil constitutionnel, v. Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*. Le droit au recours dispose également de fondements solides en droit international et en droit de l'Union européenne (v. art. 13 et 6 par. 1 ConvEDH ; CJCE, *Johnston*, 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec. p. 1651, pts 18 et 19 ; CJCE, *Heylens*, 15 octobre 1987, aff. 222/86, Rec. p. 4097, pt 14). Le doyen Hauriou considérait qu'il a une importance équivalente au droit au voté (M. HAURIOU, note sous CE, 1^{er} juillet 1910, *Emis*, S. 199, 3, 89, cit. par B. PACTEAU, in *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 33).

Le libéralisme des autorités de régulation dans le choix et la dénomination de leurs actes, ainsi que les imperfections liées aux textes qui régissent leurs instruments complexifient le travail du juge. L'étude de la jurisprudence relative aux actes émis par les autorités de régulation fait apparaître clairement la double difficulté à laquelle est confronté le juge. Même lorsqu'il n'éprouve aucun doute en ce qui concerne la nature administrative de l'acte soumis à son examen, il peut rencontrer de difficultés quant à l'appréciation de son caractère individuel ou réglementaire (§ 1). Sa tâche se complique d'ailleurs davantage lorsqu'il est appelé à décider si l'acte contrôlé fait partie du droit souple ou du droit dur (§ 2).

§ 1. Une identification complexe du caractère individuel ou réglementaire des actes administratifs unilatéraux de régulation

Les décisions par lesquelles les autorités de régulation imposent des obligations aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur le marché est une illustration caractéristique de la difficulté éprouvée par le juge administratif quant à la détermination de la nature individuelle ou réglementaire des actes soumis à son contrôle. Le Conseil d'État a finalement retenu implicitement le caractère individuel de ces décisions (A). La même difficulté se présente à propos de l'identification de la nature juridique du document de référence du réseau, dont la nature réglementaire a été toutefois explicitement affirmée par le Tribunal administratif de Paris (B).

A. Les décisions imposant des obligations asymétriques aux opérateurs puissants : actes individuels

Les décisions de l'ARCEP par lesquelles elle impose des obligations asymétriques aux opérateurs censés exercer une influence significative sur le marché illustrent la difficulté face à laquelle se trouve confronté le juge administratif en ce qui concerne l'identification de la nature juridique exacte des actes de régulation.

L'arrêt du Conseil d'État du 4 juin 2012, *Sté BT France*¹⁰⁹⁹, révèle bien cette difficulté. Le juge était appelé en l'espèce à se prononcer sur une décision par laquelle l'ARCEP imposait différentes obligations à France Télécom en vertu de l'exercice de son pouvoir de régulation asymétrique du marché.

L'imposition des obligations aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur le marché est l'aboutissement d'une procédure complexe qui se déroule à trois temps. Dans un premier temps, l'ARCEP définit le marché pertinent¹¹⁰⁰. Ce travail est mené dans le respect des critères fournis par la Commission. Selon cette dernière, pour qu'un marché puisse être considéré comme pertinent et faire l'objet d'une réglementation *ex ante*, il faut que soient réunis trois critères¹¹⁰¹.

Tout d'abord, l'entrée audit marché doit être entravée par des barrières élevées et non provisoires. Ensuite, pour qu'un marché puisse être réglementé *ex ante*, il faut que sa structure ne permette pas de prévoir une évolution vers une concurrence effective dans un délai déterminé et, finalement, que le droit de la concurrence soit incapable de remédier à lui seul aux défaillances du marché. Le droit de l'Union impose ainsi aux autorités réglementaires nationales compétentes en matière de communications électroniques d'effectuer un travail important de prospection avant de délimiter le marché pertinent. En outre, il fait prévaloir le droit de la concurrence sur la régulation. Adopté en application du droit de l'Union, l'article L 37-1, al. 1^{er} du CPCE prévoit que l'ARCEP est tenue de recourir à une consultation publique et de recueillir l'avis du Conseil de la concurrence avant de prendre sa décision délimitant le marché pertinent.

Après avoir délimité le marché pertinent, l'ARCEP doit procéder à la désignation de l'opérateur réputé exercer une puissance significative en son sein¹¹⁰². Le Code des postes et des communications électroniques précise qu'est désigné comme tel l'opérateur qui détient une position équivalente à une position dominante lui permettant de se comporter de manière

¹⁰⁹⁹ CE, 4 juin 2012, *Sté BT France*, *op. cit.* (v. *supra*, p. 232 s.)

¹¹⁰⁰ Sur ce processus, v. CPCE, art. L. 37-1, al. 1.

¹¹⁰¹ Commission européenne, « Recommandation 2014/710/UE du 9 octobre 2014 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 », JO L 295 du 11.10.2014, p. 79.

¹¹⁰² CPCE, art. L 37-1, al. 2.

indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs¹¹⁰³. Selon la Commission : « des parts de marché modestes sont généralement un bon indicateur de l'absence d'un fort pouvoir de marché »¹¹⁰⁴. En ce sens, elle note que : « si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40 % du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante »¹¹⁰⁵. Par analogie, l'identification des parts du marché détenus par un opérateur est un indice de sa capacité d'exercer une influence significative. Tout comme lors de l'étape précédente, le régulateur doit procéder à une consultation publique des opérateurs et recueillir l'avis de l'Autorité de la concurrence avant d'identifier l'opérateur censé exercer une puissance significative sur le marché.

La dernière phase du processus comprend l'imposition des différentes obligations asymétriques à l'opérateur puissant, qui doivent être proportionnées à la réalisation des objectifs assignés par la loi¹¹⁰⁶. Parmi ces obligations figure notamment celle consistant à ne pas pratiquer des tarifs excessifs ou d'éviction sur le marché. Les actes imposant des obligations asymétriques aux opérateurs réputés exercer une puissance significative sur le marché doivent également être précédés d'une consultation publique, mais, à la différence des deux étapes précédentes, ils ne sont pas soumis pour avis à l'Autorité de la concurrence¹¹⁰⁷.

Dans le cadre de l'affaire *Sté BT France* précitée, l'ARCEP avait pris une décision par laquelle elle identifiait le marché de gros pertinent des offres d'accès haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational, ce marché ayant été déjà désigné comme pertinent par la Commission. Cette qualification ouvrait la voie à l'imposition de différentes obligations réglementaires aux opérateurs. Dans sa décision, l'ARCEP désignait France Télécom comme opérateur puissant sur ce marché et lui imposait l'obligation d'offrir ses prestations de gros haut débit à des tarifs reflétant les coûts et de ne pas pratiquer des « tarifs d'éviction ». L'objectif de l'ARCEP en l'espèce était de favoriser les investissements des concurrents de France Télécom et de les inciter à créer

¹¹⁰³ CPCE, art. L 37-1, al. 3.

¹¹⁰⁴ Commission européenne, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, JOCE 045 du 24.2.2009, p. 7 s., pt 14.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*

¹¹⁰⁶ CPCE, art. L. 37-2, al. 2.

¹¹⁰⁷ Pour une présentation détaillée de la procédure aboutissant à l'imposition des obligations asymétriques aux opérateurs, v. A. SAKON, note sous CE, 19 juin 2009, *Association Renseignement pour tous*, req. n° 310453 ; *Gaz. Pal.*, 5 décembre 2009, n° 339, p. 50.

leurs propres infrastructures. Cela leur permettrait d'être dispensés de l'obligation d'utiliser le réseau de France Télécom, opérateur historique, pour exercer leur activité. Faisant prévaloir la concurrence par les infrastructures sur le partage des infrastructures, l'ARCEP a marqué une rupture par rapport à sa pratique courante, se rapprochant ainsi de l'Autorité de la concurrence¹¹⁰⁸.

Habituellement, l'ARCEP opte pour le partage des infrastructures entre les opérateurs historiques et les autres opérateurs, notamment les nouveaux entrants. En revanche, l'Autorité de la concurrence fait prévaloir la concurrence par les infrastructures, celle-ci permettant la plus grande indépendance des opérateurs sur le plan technique et favorisant l'innovation. C'est sur la base du partage des infrastructures que l'ARCEP a construit la procédure d'attribution de la 4^{ème} licence de téléphonie mobile, malgré les préconisations différentes de l'Autorité de la concurrence qui soulignait les risques concurrentiels que comportait un tel partage.

En effet, l'utilisation trop fréquente du concept des facilités essentielles risque de défavoriser les entreprises ayant choisi d'investir dans des infrastructures, voire de conduire à la réduction de tels investissements. Certaines entreprises seraient éventuellement tentées de recourir systématiquement à ce concept pour accéder aux infrastructures détenues par leurs concurrents au lieu de créer leurs propres infrastructures, ce qui réduirait la croissance au sein du secteur concerné.

La décision de l'ARCEP était contraire à la stratégie commerciale de la société British Telecom¹¹⁰⁹. N'ayant pas investi dans le dégroupage des répartiteurs, cette société souhaitait une baisse du prix de gros de France Télécom, opérateur historique, afin de pouvoir rendre son offre de détail plus compétitive. Sa requête visait l'annulation de l'article 14 de la décision n° 2011-0669 de l'ARCEP du 14 juin 2011¹¹¹⁰ qui prévoyait deux obligations tarifaires différentes à l'égard de France Télécom. D'un côté, cet article imposait à l'opérateur historique d'offrir, sur l'ensemble du territoire national,

¹¹⁰⁸ Sur ce point, v. *supra*, p. 233.

¹¹⁰⁹ En ce sens, v. D. BOTTEGHI, concl. sur CE, 4 juin 2012, *Sté BT France, op. cit.*

¹¹¹⁰ ARCEP, Décision n° 2011-0669 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. JORF n°0215 du 16 septembre 2011, texte n° 66.

les prestations de gros d'accès haut débit activées livrées sur DSL au niveau infranational à destination d'une clientèle professionnelle, ainsi que les prestations associées, à des tarifs reflétant les coûts correspondants. De l'autre côté, il lui interdisait de pratiquer un tarif d'éviction pour ses offres de gros d'accès haut débit activées livrées sur DSL au niveau infranational à destination d'une clientèle professionnelle.

Rompant d'abord avec sa jurisprudence antérieure, le Conseil d'Etat a exercé, dans l'arrêt *Sté BT France*, un contrôle très poussé sur la décision imposant des obligations à l'opérateur censé exercer une puissance significative sur le marché. Avant cet arrêt, le contrôle opéré par le juge sur la décision imposant de telles obligations était cantonné à **l'erreur manifeste d'appréciation**¹¹¹¹, alors qu'il exerçait un contrôle entier sur les actes de désignation du marché pertinent et de l'opérateur puissant. Dans l'arrêt *Sté BT France* de 2012, la haute juridiction administrative a également soumis les décisions qui imposent des obligations asymétriques à l'opérateur puissant à **un contrôle entier** de la part du juge administratif. Le glissement vers le contrôle entier s'imposait notamment par le fait que le Conseil d'État envisage la délimitation du marché pertinent, la désignation de l'opérateur puissant et l'imposition des obligations de son égard comme **un acte administratif unique**. Son degré de contrôle ne saurait ainsi rester plus étendu pour les deux premières activités de régulation.

Damien Botteghi, rapporteur public sur l'affaire, s'est notamment interrogé « sur le caractère opérant, après la décision Mme Perreux (...) de l'invocation d'une directive transposée à l'encontre d'une décision que **l'on pourrait qualifier d'individuelle** », tout en notant en même temps que « (...) cette qualification de décision individuelle **se discute** également »¹¹¹².

Acte administratif unilatéral de régulation, la décision d'imposition des obligations asymétriques aux opérateurs puissants présente une nature composite. Elle transcende les frontières entre l'acte individuel et réglementaire, un tel décloisonnement des catégories étant d'ailleurs très fréquent en matière de régulation. Elle ne peut être

¹¹¹¹ En ce sens, v. CE, 29 déc. 2006, *Sté UPC France* n° 288251, concl. E. PRADA-BORDENAVE, Rec. CE 2006, p. 582, cit. par D. BOTTEGHI, in concl. sur CE, 4 juin 2012, *Sté BT France*, op. cit.

¹¹¹² D. BOTTEGHI, *ibid.* (nous soulignons).

qualifiée d'individuelle qu'à la marge, notamment parce qu'elle a comme destinataire un opérateur donné, désigné à l'avance. Sa qualification d'acte individuel se complique du fait qu'elle est doit être précédée d'une procédure de nature réglementaire tenant à la désignation du marché pertinent.

La désignation du marché pertinent présente un caractère réglementaire, alors que l'identification de l'opérateur puissant et l'imposition des obligations à son égard ont un caractère individuel. Cependant, dans la mesure où ces trois étapes successives font partie du même processus de régulation, la haute juridiction administrative a décidé d'envisager la décision imposant des obligations aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur le marché comme le fruit d'une **opération unique** et de la ranger parmi les actes individuels. La procédure réglementaire précédant son adoption est « absorbée » par la décision finale. Le juge exerce un contrôle entier à cet acte et peut se prononcer, dans le cadre de son contrôle, tant sur la fixation du marché pertinent, telle qu'effectuée par l'ARCEP que sur la désignation de l'opérateur ayant une puissance significative sur le marché.

L'apport de l'arrêt *Sté BT France*¹¹¹³ ne se limite pas en la confirmation de la difficulté éprouvée par le juge, lorsqu'il statue en matière de régulation, quant à l'identification de la nature individuelle ou réglementaire des actes soumis à son examen. Cet arrêt contribue également à l'atténuation de la distinction entre la régulation, censée relever de l'*ex ante*, et le droit de la concurrence.

Comme le note Damien Botteghi, l'interdiction prévue par l'ARCEP à l'égard de France Télécom de pratiquer des prix d'éviction, prise dans le cadre de la régulation du marché et imposée par acte administratif, visait à éviter « que France Télécom abuse de sa position dominante en tant qu'opérateur historique et que renaisse un monopole de fait »¹¹¹⁴. Le rapporteur public a d'ailleurs relevé les liens étroits entre la fonction de régulation assurée par l'ARCEP et la mission de l'Autorité de la concurrence consistant en la protection du fonctionnement concurrentiel du marché. À cet effet, il a noté que l'Autorité de la concurrence avait milité pour l'édiction de l'obligation contestée pour

¹¹¹³ CE, 4 juin 2012, *Sté BT France*, *op. cit.*

¹¹¹⁴ D. BOTTEGHI, concl. sur CE, 4 juin 2012, *Sté BT France*, *op. cit.*

des raisons relevant plutôt d'une logique de régulation. Elle visait, à l'instar de l'ARCEP, à « permettre la conciliation (...) entre l'exercice d'une concurrence effective sur les marchés aval et le souci de ne pas décourager l'investissement des opérateurs dans des technologies innovantes »¹¹¹⁵.

La difficulté que rencontre le juge administratif quant à la détermination de la nature des actes administratifs soumis à son examen se confirme à la lecture de sa jurisprudence relative au document de référence du réseau. Le Tribunal administratif de Paris a considéré que ce document est un acte réglementaire. L'étude de sa jurisprudence portant sur la question de l'identification de la nature du document de référence du réseau révèle les divers enjeux juridiques que présente cette qualification.

B. Le document de référence du réseau : acte réglementaire

La question de la nature du document de référence du réseau a été traitée par le Tribunal administratif de Paris dans un arrêt *Sté Euro Cargo Rail c/ RFF* du 19 décembre 2014¹¹¹⁶. La société Euro Cargo Rail demandait en l'espèce l'annulation du refus du Réseau ferré de France (RFF), gestionnaire du réseau ferroviaire à l'époque des faits, **d'abroger certaines dispositions** contenues dans les documents de référence du réseau qui instaurent une redevance de sûreté. Cette redevance devait être acquittée au gestionnaire du réseau par les opérateurs, en contrepartie des prestations de surveillance et de gardiennage qu'il leur fournissait. De plus, la société requérante demandait **l'annulation d'une décision** datant du 26 octobre 2012 par laquelle RFF **avait refusé de l'exonérer du paiement de cette redevance**.

Ces deux questions ont été traitées différemment par le Tribunal administratif de Paris. Ce dernier a considéré qu'il était incompétent pour statuer sur le refus du RFF d'exonérer la société Euro Cargo Rail du paiement de la redevance litigieuse. En revanche, il a jugé qu'il était compétent pour se prononcer sur le refus du RFF d'abroger les dispositions des documents de référence du réseau relatives à cette redevance.

¹¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹¹⁶ TA Paris, 19 déc. 2014, *Sté Euro Cargo Rail c/ RFF*, req. n° 1306517/2-1 et n° 1402804/2-1.

Pour pouvoir répondre à la question de savoir s'il était compétent pour statuer sur le refus du RFF de dispenser la société requérante du versement de la redevance de sûreté, le Tribunal administratif de Paris a dû identifier la nature de la prestation en contrepartie de laquelle cette redevance devait être versée. Il a jugé à cet égard que l'activité à laquelle se rapportait la redevance ne faisait pas partie des activités régaliennes de l'État, parce qu'elle comprenait juste « (...) la détection de la présence éventuelle des migrants à bord du train, la surveillance par le poste de vidéosurveillance et le gardiennage de la rame après contrôle et jusqu'au départ du train », à savoir des missions telles « (...) qu'en proposent les entreprises commerciales spécialisées (...) »¹¹¹⁷.

Le Tribunal administratif de Paris a également noté que la prestation du RFF « (...) ne saurait se substituer à la mission de sécurité dévolue aux forces de police et aux services douaniers (...) »¹¹¹⁸. Par conséquent, Réseau ferré de France, gestionnaire du réseau qualifié d'EPIC par la loi, ne pouvait pas être regardé, selon le juge, « (...) comme ayant pris en charge **une activité ressortissant par nature des prérogatives administratives de puissance publique** »¹¹¹⁹. Dans la mesure où l'activité exercée par le gestionnaire du réseau présentait un **caractère économique**, tout litige lié à la redevance y afférente devait être porté devant le juge judiciaire.

En revanche, le Tribunal administratif de Paris a considéré qu'il lui revenait de se prononcer sur le refus de RFF d'abroger les dispositions incluses dans les documents de référence du réseau relatives à la redevance litigieuse. Le juge a fondé sa compétence en la matière sur la nature juridique de ces dispositions. Il a jugé qu'elles revêtaient un caractère réglementaire. Dès lors, sa compétence devait être admise, le juge administratif étant « (...) seul compétent pour connaître des conclusions dirigées contre un refus de l'autorité administrative d'abroger un acte réglementaire »¹¹²⁰.

L'identification de la nature juridique des dispositions du document de référence du réseau instaurant la redevance de sûreté était importante non seulement pour déterminer

¹¹¹⁷ *Ibid.*, consid. 4.

¹¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ *Ibid.*, consid. 10.

le juge compétent pour en connaître, mais également pour apprécier la recevabilité de la requête exercée en l'espèce. Plus précisément, le requérant avait déposé sa requête plus de deux mois après la publication des documents de référence du réseau. Par conséquent, l'affirmation du caractère réglementaire des dispositions en question conduirait le juge à déclarer sa requête irrecevable, celle-ci n'ayant pas été exercée dans le délai de deux mois prévu par l'article R. 421-1 du code de justice.

Retenant le caractère réglementaire des dispositions litigieuses, le Tribunal administratif de Paris a noté qu'« en l'absence de dispositions prescrivant une formalité de publicité déterminée, les décisions ayant un caractère réglementaire d'un établissement public sont opposables aux tiers à **compter de la date de leur publication** au bulletin officiel de cet établissement ou de celle de leur mise en ligne, dans des conditions garantissant sa fiabilité, sur le site internet de cette personne publique »¹¹²¹. Il a ainsi déclaré irrecevables les conclusions dirigées contre les documents de référence du réseau établis par RFF, parce qu'elles ont été présentées au-delà du délai de recours contentieux de deux mois.

Le caractère réglementaire du document de référence du réseau a été également confirmé par l'ARAFER (ARAF à l'époque) dans sa décision n° 2015-028 du 15 juillet 2015 portant sur une demande de règlement d'un différend opposant le Syndicat des transports d'Ile-de-France (STIF) à SNCF Réseau et à la branche Gares et Connexions de SNCF Mobilités relatif aux prestations rendues par SNCF Réseau dans les gares de voyageurs¹¹²².

SNCF Réseau soutenait en l'espèce que l'ARAFER ne pouvait pas lui enjoindre de modifier le document de référence du réseau dans le cadre d'une procédure de règlement des différends, compte tenu du caractère réglementaire de ce document. Selon SNCF Réseau, lorsque l'Autorité se prononce sur un différend, elle doit se limiter à préciser les conditions techniques et financières nécessaires au règlement du différend en question. En ce sens, son office de règlement des différends, tel que précisé dans

¹¹²¹ *Ibid.*, consid. 7.

¹¹²² ARAFER, Décision n° 2015-028 du 15 juillet 2015 portant sur la demande formée par le Syndicat des transports d'Ile-de-France dans le cadre d'un différend l'opposant à SNCF Réseau et à la branche Gares et Connexions de SNCF Mobilités relatif aux prestations rendues par SNCF Réseau dans les gares de voyageurs, JORF n°0210 du 11 septembre 2015, texte n° 82.

l'article L. 2134-2 du code des transports, ne devrait pas comprendre le pouvoir de modifier un acte réglementaire¹¹²³.

SNCF Réseau faisait valoir que toute décision entraînant la modification du document de référence du réseau, « (...) nécessairement applicable aux tiers, revêtirait un caractère réglementaire et ne pourrait, dès lors, pas être prise dans le cadre de l'article L. 2134-2 du code des transports »¹¹²⁴, mais dans le cadre de son pouvoir réglementaire supplétif qui reste d'ailleurs soumis à homologation ministérielle.

En réponse à SNCF Réseau, l'ARAFER a évoqué l'article 56 de la directive n° 2012/34/UE du 21 novembre 2012¹¹²⁵. L'Autorité a fait ressortir de cette disposition sa compétence pour mettre fin, dans le cadre de son pouvoir de règlement des différends, à toute situation discriminatoire, ainsi qu'à « toute distorsion du marché » ou, d'une manière plus large, à « toute autre évolution indésirable » sur le marché, créées par le document de référence du réseau¹¹²⁶. Se fondant sur l'article précité, l'ARAFER a ainsi considéré qu'elle devait « (...) être nécessairement investie, à l'occasion du règlement d'un différend, du pouvoir d'enjoindre au gestionnaire d'infrastructure de modifier le document de référence du réseau »¹¹²⁷.

Par ailleurs, elle a affirmé que l'adoption du document de référence du réseau n'impliquait pas nécessairement « (...) qu'elle fasse usage du pouvoir réglementaire supplétif prévu par l'article L. 2131-7 du code des transports (...) »¹¹²⁸, dont elle a rappelé l'autonomie par rapport à son pouvoir de règlement des différends¹¹²⁹. En mobilisant de nouveau la directive n° 2012/34/UE du 21 novembre 2012, l'ARAFER a également noté que la soumission de ses décisions de règlement des différends à homologation ministérielle serait manifestement contraire à l'article 56, par. 9 de la directive, qui prévoit que ces décisions « sont contraignantes pour toutes les parties concernées et ne sont soumises au contrôle d'aucune instance administrative ».

¹¹²³ En ce sens, v. ARAFER, Décision n° 2015-028, *op. cit.*, pt 46.

¹¹²⁴ *Ibid.*, pt 47.

¹¹²⁵ Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (directive dite « refonte »), *op. cit.*, art. 56, par. 9.

¹¹²⁶ *Ibid.*

¹¹²⁷ ARAFER, Décision n° 2015-028, *op. cit.*, pt 53.

¹¹²⁸ *Ibid.*, pt 54.

¹¹²⁹ Sur l'autonomie de ces deux mécanismes, v. *supra*, p. 408 s.

S'appuyant sur toutes ces dispositions du droit de l'Union qui visent à renforcer les pouvoirs dont elle dispose dans le cadre de sa compétence de règlement des différends, l'ARAFER a enjoint à SNCF Réseau de modifier le document de référence du réseau, en dépit de son caractère réglementaire. L'Autorité a considéré que ce pouvoir constitue **le complément naturel de son pouvoir de règlement des différends** et a réfuté l'idée selon laquelle la nature réglementaire du document de référence du réseau impliquerait que toute modification de celui-ci s'effectue également par voie réglementaire.

Le document de référence du réseau présente plusieurs spécificités. Régi jusque dans le moindre détail par la directive précitée, il constitue un acte d'exécution du droit de l'Union.

Prévu par l'article 27 de la directive « refonte »¹¹³⁰ et par l'article 17 du décret du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national¹¹³¹, ce texte est destiné aux opérateurs du secteur ferroviaire et comporte diverses informations techniques et juridiques nécessaires à la circulation des trains. Dans le document de référence du réseau sont notamment présentés les principes et les procédures applicables à l'accès au réseau ferré français, les services fournis et leur tarification. Son contenu peut faire l'objet d'un acte de règlement des différends selon l'article L. 2134-2 du code des transports¹¹³², ce qui signifie que son contentieux relèvera ensuite de la Cour d'appel de

¹¹³⁰ Selon l'art. 27 de la directive 2012/34/UE, intitulé « Document de référence du réseau » : « 1. Le gestionnaire de l'infrastructure établit et publie, après consultation des parties intéressées, un document de référence du réseau pouvant être obtenu contre paiement d'un droit qui ne peut être supérieur au coût de publication de ce document. Le document de référence du réseau est publié dans au moins deux langues officielles de l'Union. Son contenu est mis gratuitement à disposition sous forme électronique sur le portail Internet du gestionnaire de l'infrastructure et accessible par un portail Internet commun. Ce portail Internet est mis en place par les gestionnaires de l'infrastructure dans le cadre de leur coopération conformément aux articles 37 et 40. 2. Le document de référence du réseau expose les caractéristiques de l'infrastructure mise à la disposition des entreprises ferroviaires et contient des informations précisant les conditions d'accès à l'infrastructure ferroviaire concernée. Le document de référence du réseau contient également des informations précisant les conditions d'accès aux installations de service reliées au réseau du gestionnaire de l'infrastructure et la fourniture de services dans ces installations, ou indique un site Internet où ces informations sont mises gratuitement à disposition sous forme électronique. Le contenu du document de référence du réseau est défini à l'annexe IV.

3. Le document de référence du réseau est tenu à jour et, le cas échéant, modifié.

4. Le document de référence du réseau est publié au plus tard quatre mois avant la date limite pour l'introduction des demandes de capacités de l'infrastructure ».

¹¹³¹ JORF n°57 du 8 mars 2003, p. 4063, texte n° 22.

¹¹³² Adopté en transposition de la directive 2012/34/UE (directive dite « refonte »), l'article L. 2134-2 du code des transports prévoit que les différends liés au contenu du document de référence du réseau doivent être portés devant l'ARAFER qui s'y prononce dans le cadre de sa compétence de règlement des

Paris. En outre, dans un souci de respect de la sécurité juridique, ce document est publié sur le site du gestionnaire de réseau **un an avant** l'horaire de service concerné, à la différence des actes réglementaires classiques.

En effet, la qualification du document de référence du réseau d'acte réglementaire ne semble pas relever de l'évidence. Celui-ci n'est pas rédigé de la même manière que les actes réglementaires classiques de l'administration. La lecture de la rubrique 1.4 du document de référence du réseau de juillet 2016, qui est consacrée à son statut légal, fait état de son caractère à la fois informatif et réglementaire¹¹³³. Selon la formulation employée par SNCF Réseau en l'espèce, ce document : « comprend **la description** des éléments essentiels du réseau ferré national et de son utilisation, **arrêtés à la date** de sa publication » (nous soulignons). Le document de référence du réseau sert entre autres à exposer et expliquer la législation applicable, ce qui permettrait de considérer qu'il n'a pas de valeur juridique propre. Par exemple, dans la rubrique précitée, il se limite à rappeler aux opérateurs qu'en cas de litige lié à l'accès au réseau, ils peuvent emprunter la voie du règlement des différends, prévue dans l'article L. 2134-2 du code des transports.

En revanche, le fait que SNCF Réseau précise, dans ce document, plusieurs points techniques concernant l'accès au réseau et établit les redevances que doivent lui acquitter les opérateurs, confère à celui-ci un caractère réglementaire. En outre, son édicition par SNCF Réseau doit être précédée d'un avis conforme de l'ARAFER, à la différence du droit souple qui n'obéit en principe à aucune procédure d'édiction particulière.

Il conviendrait ainsi de considérer que le document de référence du réseau a une nature hybride. Certaines de ses dispositions ont bien un caractère réglementaire et peuvent ainsi faire l'objet d'un recours, alors que d'autres dispositions, en particulier celles

différends. Vu que cet acte présente un caractère réglementaire et que les recours contre les décisions adoptées par les autorités de régulation en matière de règlement des différends sont jugés par la Cour d'appel de Paris, cette dernière pourra être amenée à connaître de manière incidente de la légalité d'un acte réglementaire.

¹¹³³ ARAFER, DRR - Horaire de service 2017, version 6 du 11 juillet 2016, p. 11 (publié sur : <http://www.sncf-reseau.fr/fr/document-reference-reseau>).

figurant dans sa rubrique n° 1, intitulée « informations générales », n'ajoutent rien à l'état du droit existant et échapperaient ainsi au recours juridictionnel.

L'identification, par le juge, du caractère individuel ou réglementaire d'un acte administratif soumis à son contrôle est essentielle, dans la mesure où chaque catégorie d'acte obéit à des règles contentieuses différentes. Or, ce travail présente une moindre difficulté par rapport à celui consistant à vérifier si l'acte soumis à son contrôle est un acte de droit souple ou un acte de droit dur.

§ 2. Une distinction obscure entre actes de droit souple et actes de droit dur

Lorsqu'on se réfère aux actes de droit dur adoptés en matière de régulation, on entend sous ce vocable tous les actes administratifs unilatéraux émis par les autorités compétentes au sein des marchés régulés. La notion de droit dur comprendrait ainsi les autorisations d'accès au marché, les actes réglementaires qui précisent les conditions d'exercice de la concurrence en son sein, les décisions de règlement des différends et les sanctions.

Le paysage normatif de la régulation est complété par l'utilisation du droit souple. Ce droit est défini par référence aux instruments employés dans son cadre (A). Les frontières entre les outils de droit souple et de droit dur ne sont pas étanches : ces deux types d'instruments se rapprochent entre eux à travers le concept de « sunshine régulation » (B).

A. Le droit souple, un droit défini par référence aux outils utilisés dans son cadre

Le droit souple se fonde sur l'idée que l'application de la règle de droit doit être assurée spontanément par ces destinataires, ceux-ci étant plus enclins à s'y conformer parce qu'ils ont déjà participé à sa confection¹¹³⁴. Dans son rapport de 2013 consacré au droit souple, le Conseil d'État fournit les critères de définition dudit droit. Il considère

¹¹³⁴ En ce sens, v. B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2015, p. 433.

que le droit souple « regroupe l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives : ils ont pour objet **de modifier ou d'orienter les comportements** de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; ils **ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations** pour leurs destinataires ; ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, **un degré de formalisation** et de structuration **qui les apparente** aux règles de droit »¹¹³⁵.

La prolifération des techniques de droit souple au sein de la production normative de l'administration a été associée par la doctrine au concept même de régulation. Accordant une importance peut-être excessive au droit souple, certains auteurs ont pu considérer que l'acte de régulation n'est qu'un acte invitatif¹¹³⁶.

L'emploi, par les autorités de régulation, du droit souple s'inscrit dans la perspective de construire une relation de confiance avec les opérateurs du secteur régulé. Ce type de normativité permet d'aboutir **aux mêmes résultats que le droit dur, sans toutefois passer par les mêmes contraintes** : dans tous les deux cas est recherchée l'adaptation du comportement des destinataires de la règle aux orientations qu'elle contient. Le droit souple permet d'arriver à ce résultat plus naturellement, sans qu'il y ait besoin de recourir à la coercition. Il correspond à un nouveau « langage du droit » qui vise à persuader ses destinataires. S'il ne crée ni droits ni obligations à l'égard de ces derniers, il influence tant les comportements des opérateurs que les choix des consommateurs¹¹³⁷. Il correspond « à une normativité non prescriptive qui oriente le comportement de ses destinataires sans pour autant les contraindre »¹¹³⁸. Les destinataires des actes de droit souple ont « vocation » à ajuster leurs comportements aux prescriptions qu'ils contiennent.

Le droit souple se rapproche du droit dur à travers le concept de « *sunshine regulation* ». Ce terme désigne la pratique des autorités de régulation consistant à mettre à la

¹¹³⁵ Conseil d'État, *Le droit souple*, Rapport annuel pour 2013, *La documentation française*, 2013, p. 9 (nous soulignons).

¹¹³⁶ En ce sens, v. L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op.cit.*

¹¹³⁷ En ce sens, v. A. SÉE, note sous CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et a.* et CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable* ; DA, mai 2016, n° 5, p. 53.

¹¹³⁸ B. LAVERGNE, entrée « Droit souple », in M. BAZEX, G. ECKERT, R. LANNEAU, C. LE BERRE, B. DU MARAIS et A. SÉE (dir.), *Dictionnaire des régulations*, *op. cit.*, fiche 66, p. 598.

connaissance du public des informations concernant les éventuels défauts ou carences des opérateurs¹¹³⁹.

B. Le rapprochement entre droit souple et droit dur à travers le concept de « sunshine regulation »

Sous le vocable de « sunshine regulation » est entendue une méthode « (...) d'incitation non coercitive, désignée dans les pays anglo-saxons comme la pratique du "name and shame" »¹¹⁴⁰. Selon le professeur S. Braconnier, la « sunshine regulation » serait la forme de régulation « la plus douce et donc la moins contraignante pour les entreprises », sa force résidant dans la menace qui pèse sur ces dernières de « voir leurs défauts ou carences "livrés" à la connaissance de l'opinion publique par le régulateur »¹¹⁴¹.

Cette technique « (...) part de l'idée que pour combattre certains phénomènes difficiles à appréhender au travers d'actes précis, **l'action sur la réputation est plus efficace que l'action par le droit** »¹¹⁴².

La « sunshine regulation » a été inventée par Francis Adams aux États-Unis¹¹⁴³. En exposant le comportement des opérateurs ferroviaires au public, Adams a réussi à améliorer la sécurité ferroviaire, qui était sévèrement négligée par les compagnies à l'époque, et à faire diminuer les prix¹¹⁴⁴. Dans les années 1900s, certaines autorités de régulation ferroviaires ont également réussi à renforcer l'influence de leurs rapports juste parce qu'elles les avaient rendus publics¹¹⁴⁵. En condamnant publiquement les tarifs excessifs pratiqués par les opérateurs, il a été rendu possible d'obtenir leur

¹¹³⁹ S. BRACONNIER, « La régulation des services publics », *op. cit.*, p. 46.

¹¹⁴⁰ L. DEREPAS, concl. sur CE, 13 juill. 2007, *Mme Abric*, req. n° 297742, *AJDA* 2007, p. 2145 et s., spéc. p. 2148.

¹¹⁴¹ S. BRACONNIER, *Droit public de l'économie*, PUF, 2015, p. 133.

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ C. HENRY, M. MATHEU, « New regulations for public services in competition », in C. HENRY, M. MATHEU, A. JEUNEMAÎTRE (dir.) *Regulation of Network Utilities: The European Experience*, Oxford University Press, New York, p. 1 s., spéc. p. 3.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

¹¹⁴⁵ C. HENRY, M. MATHEU, « New regulations for public services in competition », *op. cit.*, p. 20.

diminution sans devoir passer par une action légale. Le même effet a été remarqué en Europe, notamment dans le secteur de gestion de l'eau¹¹⁴⁶.

La technique de « sunshine regulation » a ainsi un caractère à la fois informatif et préventif, au sens étymologique du terme. D'un côté, elle permet au public d'être informé des conditions de fonctionnement des services fournis par les opérateurs. De l'autre côté, elle sert à prévenir les opérateurs, afin qu'ils se conforment aux règles applicables au marché concerné.

L'objectif de « *sunshine regulation* » est réalisé à travers la publication de différents actes qui peuvent appartenir à tous les niveaux de normativité. Les autorités de régulation peuvent choisir de publier un avis, une recommandation, une mise en demeure ou même une sanction.

La publication d'un acte non décisive ne lui confère pas un caractère décisive¹¹⁴⁷. Cependant, elle peut faire l'objet de contrôle juridictionnel. Le Conseil d'État a admis, à cet effet, la recevabilité du recours contre les décisions de publication d'un rapport d'information¹¹⁴⁸, d'un extrait d'un livre¹¹⁴⁹, ou d'une recommandation de la Commission des clauses abusives¹¹⁵⁰. Or, dans toutes ces hypothèses, il a contrôlé uniquement la légalité de la décision de publication et non pas celle de l'acte publié.

La publication des mises en demeure constitue une incitation supplémentaire pour que les opérateurs se conforment à leurs obligations. Elle est ainsi favorisée par la législation applicable en matière de régulation. Par exemple, le Code des postes et des communications électroniques dispose que l'ARCEP peut rendre publiques les mises en

¹¹⁴⁶ Pour une application de ce concept au secteur de gestion de l'eau potable aux Pays-Bas, v. K. DE WITTE et D. S. SAAL, « Is a little sunshine all we need ? On the impact of sunshine regulation on profits, productivity and prices in the Dutch drinking water sector », *Journal of Regulatory Economics*, vol. 37, n° 3, 2010, p. 219 s.

¹¹⁴⁷ Comme le note le Conseil d'État dans l'arrêt *Société Casino Guichard-Perrachon* à propos d'un avis de l'Autorité de la concurrence : « (...) quelle que soit l'ampleur de la publicité dont il a fait l'objet, cet avis n'a pas le caractère de décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ». V. CE, 11 oct. 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, Rec. p. 361 ; *AJDA* 2012, p. 2373, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *RTD com.* 2012, p. 747, obs. E. CLAUDEL ; CE, 11 oct. 2012, *Société ITM Entreprises*, Rec. p. 359 ; *D.* 2013, p. 732, obs. D. FERRIER.

¹¹⁴⁸ CE, 21 octobre 1988, *Eglise de scientologie de Paris*, Rec. p. 354.

¹¹⁴⁹ CE, 7 août 2008, *Fédération chrétienne des Témoins de Jéhovah de France*, Rec. p.312.

¹¹⁵⁰ CE, 16 janvier 2006, *Fédération du Crédit mutuel du Centre Est Europe*, req. n° 274721, Tables Lebon.

demeure qu'elle émet à l'égard des exploitants de réseau ou des fournisseurs de services¹¹⁵¹. Si l'émission d'une mise en demeure est obligatoire avant que l'Autorité puisse adopter une décision de sanction, la publication de la mise en demeure adressée à l'opérateur concerné reste facultative. Toutefois, tant l'ARCEP que l'AMF ont recours très souvent à cette pratique.

En revanche, la publication des sanctions, moyen ultime de « sunshine regulation », a été envisagée dans un cas par le juge comme une sanction complémentaire. Plus précisément, le Conseil d'État a jugé que « *si les exigences d'intérêt général relatives au bon fonctionnement du marché, à la transparence des opérations et à la protection des épargnants peuvent justifier que la sanction pécuniaire infligée à une société soit assortie d'une publication, afin de porter à la connaissance de toutes les personnes intéressées les irrégularités qui ont été commises, le principe de responsabilité personnelle fait obstacle, au regard de la portée punitive et du caractère de sanction complémentaire que revêt également la publication, à ce que l'autorité disciplinaire ordonne la publication de la sanction pécuniaire infligée à une société en raison des manquements commis par une autre société qu'elle a entre-temps absorbée* »¹¹⁵². Cette conception de la publication de la sanction n'a toutefois pas migré en dehors du marché financier.

La publication, par les autorités de régulation, de leurs actes de droit souple est un moyen de pression très efficace. Élément commun entre le droit souple et le droit dur, la publication contribue au décloisonnement de ces deux types de droit, rendant leur distinction difficile tant pour les administrés, qu'ils soient opérateurs ou consommateurs, que pour le juge.

La question de la distinction entre droit dur et droit souple est l'une des plus épineuses en contentieux administratif. Le juge a réservé pendant longtemps le recours pour excès de pouvoirs aux actes présentant un caractère décisoire. Dans ses conclusions sur la décision *Laboratoires Goupil*, M. Laroque énonçait que : « Le caractère décisoire de l'acte résulte de la modification qu'il apporte à l'ordonnancement juridique : la

¹¹⁵¹ CPCE, art. L. 36-11.

¹¹⁵² CE, 17 déc. 2008, *Sté Oddo et Cie*, Rec. p. 458 ; *Bull. Joly Bourse* 2009, p. 50, concl. I. DE SILVA, *Rev. sociétés* 2009, p. 97, note C. ARSOUZE.

circonstance qu'il fasse grief à un administré ne suffit pas à rendre ce dernier recevable à former un recours pour excès de pouvoir, si cet acte n'est pas susceptible par lui-même de modifier sa situation juridique »¹¹⁵³.

Dans son rapport de 2013 consacré au droit souple, le Conseil d'État rappelle que le critère classique et encore prépondérant dans la jurisprudence administrative pour admettre la recevabilité d'un recours contre un acte est celui de la **modification apportée à l'ordonnement juridique**, « c'est-à-dire la création de droits ou obligations dans le chef d'une ou plusieurs personnes morales »¹¹⁵⁴. Or, il note également que ce principe connaît quatre exceptions : « les contrats-types ; les normes techniques ; **les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes** ou d'organismes tels que le Conseil national de l'ordre des médecins ; les directives au sens de la jurisprudence Crédit foncier de France »¹¹⁵⁵.

Le contrôle des actes adoptés en matière de régulation ne devrait pas être conditionné à leur caractère décisive, et ce pour deux raisons.

D'une part, comme on l'a déjà noté, il est très difficile pour le juge de distinguer en l'espèce entre les actes de droit souple et les actes de droit dur. Les autorités de régulation ont parfois tendance à adopter de véritables décisions administratives sous couvert de droit souple, en utilisant la dénomination qui leur paraît convenable (« recommandation », « feuille de route », « lignes directrices » *etc.*). En outre, même lorsqu'elles adoptent de décisions administratives, elles ont recours à des techniques de normativité assouplie. Leurs décisions sont très souvent précédées par de longues consultations avec les opérateurs du secteur régulé auxquels elles s'adressent. Finalement, les actes de droit souple et de droit dur se rapprochent entre eux à travers le concept de « sunshine regulation » qui impose aux autorités de régulation de publier leurs différents actes pour gagner en efficacité.

D'autre part, même si les actes de droit souple n'obéissent pas aux mêmes contraintes procédurales que les décisions administratives, ils produisent les mêmes effets que ces

¹¹⁵³ CE, 27 mai 1987, *SA laboratoire Goupil*, Rec. p. 181, concl. M. LAROQUE.

¹¹⁵⁴ CE, *Le droit souple*, Rapport annuel 2013, *op. cit.*, p. 74.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 9 (nous soulignons).

dernières, voire elles sont parfois plus efficaces. Les différents avantages que présente le droit souple par rapport au droit dur l'érigeraient en un outil incontournable de régulation. L'administration aurait tout intérêt à recourir au droit souple, celui-ci étant efficace, facile dans sa mise en œuvre, peu contraignant au niveau procédural et parfois plus intelligible que l'acte administratif classique. Les actes administratifs unilatéraux de régulation seraient ainsi voués à disparaître au profit d'un droit mieux accepté par ses destinataires, parce qu'il a l'air d'être moins contraignant et plus adapté à la vie des affaires.

Or, malgré sa lourdeur et sa complexité, l'acte administratif unilatéral reste porteur de diverses garanties pour les administrés. Le recours systématique à des actes de droit souple, combiné avec l'impossibilité de contrôle que créerait le conditionnement de la recevabilité du recours juridictionnel au caractère décisive de l'acte examiné, aurait pour effet de priver les administrés de ces garanties. Conscient de ce risque, le Conseil d'État a découpé le caractère décisive des actes employés en matière de régulation de la possibilité de contestation contentieuse de ceux-ci.

Section 2. L'élargissement du contrôle juridictionnel aux actes de droit souple des autorités de régulation

Le tournant jurisprudentiel réalisé avec les arrêts *Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016¹¹⁵⁶ est certes une évolution, mais il n'est en rien une révolution. Ces arrêts constituent plutôt l'aboutissement naturel¹¹⁵⁷ d'un riche mouvement jurisprudentiel qui a fourni progressivement les critères de recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple adoptés par les autorités administratives. Dans son considérant de principe, le Conseil d'État rappelle deux critères de recevabilité du recours qu'il avait déjà formulés auparavant et ajoute deux nouveaux critères liés aux effets et à l'objet des actes contrôlés.

¹¹⁵⁶ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a.*, *op. cit.* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté NC Numericable*, *op. cit.*

¹¹⁵⁷ En ce sens, v. C. BOITEAU, « Vers la définition de l'office du juge du droit souple de la régulation économique ? », in *Les conséquences économiques des actes des autorités de régulation*, conférence de la Chaire Gouvernance et Régulation organisée en coopération avec le Centre de Recherche en Droit Public de l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, Université Paris-Dauphine, 28 juin 2016, p. 9, synthèse disponible sur : http://chairgovreg.fondation-dauphine.fr/sites/chairgovreg.fondation-dauphine.fr/files/attachments/160628_Synth%C3%A8se.pdf.

Selon la haute juridiction administrative : « (...) les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir **lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives** ou lorsqu'ils énoncent des **prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance** ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, **lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique**, ou ont pour **objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent** ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte **de leur nature** et de leurs **caractéristiques**, ainsi que du **pouvoir d'appréciation** dont dispose l'autorité de régulation (...) »¹¹⁵⁸.

Les deux premiers critères de recevabilité (rédaction impérative de l'acte, formulation des prescriptions pouvant faire l'objet d'une sanction) n'étaient pas suffisants pour satisfaire le droit au recours des administrés. Ils laissaient hors du champ de contrôle juridictionnel toute une série d'actes qui produisent des effets très importants. Le juge est venu résorber cet « angle mort »¹¹⁵⁹ avec les deux nouveaux critères créés par les arrêts *Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016. L'ouverture du prétoire du juge administratif aux requérants contestant un acte de droit souple était nécessaire pour plusieurs raisons (§ 1). Cependant, dans ces arrêts, le Conseil d'État a posé diverses nouvelles questions, sans les résoudre intégralement. L'évolution qu'il a apportée à l'état de droit reste ainsi imparfaite (§ 2).

§ 1. Une évolution nécessaire

Les arrêts du Conseil d'État *Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016 s'inscrivent dans la continuité de sa jurisprudence *Duvignères* qui a permis le recours contre les

¹¹⁵⁸ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a.*, *op. cit.*, consid. 4 ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté NC Numericable*, *op. cit.*, consid. 5 (nous soulignons).

¹¹⁵⁹ V. DAUMAS, concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable* ; *RFDA*, juillet 2016, n° 3, p. 506 et s., spéc. p. 509.

circulaires qui se limitent à reprendre des dispositions législatives ou réglementaires, sous réserve qu'elles soient formulées de manière impérative¹¹⁶⁰. Déjà en germe depuis longtemps (A), l'évolution intervenue avec ces arrêts se justifiait notamment par la nécessité de pallier aux imperfections du système juridictionnel de protection des opérateurs contre les actes de droit souple édictés par les autorités de régulation (B).

A. Une évolution attendue

Appelé à plusieurs reprises à se prononcer sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre un acte de droit souple adopté par l'administration, le Conseil d'État a fourni deux sortes de critères permettant d'apprécier la recevabilité d'un tel recours. Le premier se rapporte à la formulation impérative de l'acte contrôlé (1), alors que le second est déduit du lien éventuel entre l'acte de droit souple soumis à l'examen du juge et le droit dur (2).

1. La formulation impérative de l'acte contrôlé comme critère de recevabilité du recours

Dans l'arrêt *Notre Dame de Kreisker*¹¹⁶¹ le Conseil d'État a considéré qu'une circulaire ne peut être soumise au recours pour excès de pouvoir que si elle apporte une modification à l'ordonnancement juridique. En vertu de cette jurisprudence, seules les circulaires à caractère réglementaire pouvaient faire l'objet de contrôle juridictionnel.

Cet arrêt ne permettait pas d'attaquer en justice les circulaires interprétatives, même si celles-ci étaient illégales. Dans un souci de renforcer la protection du principe de légalité et de consolider le droit au recours des administrés, le Conseil d'État a opéré un revirement de jurisprudence. Par son arrêt *Duvignères*, il a accepté de connaître des circulaires qui se limitent à reprendre des dispositions législatives et réglementaires, sous réserve qu'elles soient illégales et formulées de manière impérative¹¹⁶². Dans

¹¹⁶⁰ CE, sect., 18 déc. 2002, *M^{me} Duvignères*, Rec. p. 463, concl. P. FOMBEUR ; *AJDA* 2003, p. 487, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; *D.* 2003, p. 250 ; *RFDA* 2003, p. 280, concl. P. FOMBEUR ; *ibid.*, p. 510, note J. PETIT.

¹¹⁶¹ CE, 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Rec. p. 64, concl. B. TRICOT.

¹¹⁶² CE, sect., 18 déc. 2002, *M^{me} Duvignères*, *op. cit.*

l'arrêt *Duvignères*, le juge administratif a ainsi dissocié la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les circulaires de leur caractère réglementaire, au profit du critère de la formulation impérative.

Même si les circulaires sont le plus souvent l'expression du pouvoir hiérarchique et répondent ainsi à une logique étrangère aux autorités administratives indépendantes¹¹⁶³, le critère de la formulation impérative introduit par la jurisprudence *Duvignères* a été repris à propos des avis et des recommandations des autorités administratives indépendantes. Par exemple, le Conseil d'État a admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre une recommandation de bonnes pratiques de l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé. Il a jugé que « si les recommandations de bonnes pratiques ainsi définies, qui visent normalement à donner aux professionnels et établissements de santé des indications et orientations pour l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'accès des patients aux informations médicales, n'ont pas en principe, même après leur homologation par le ministre chargé de la santé, le caractère de décision faisant grief, **elles doivent toutefois être regardées comme ayant un tel caractère, tout comme le refus de les retirer, lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative** »¹¹⁶⁴. Selon la haute juridiction administrative, l'homologation ministérielle ne suffirait pas pour transformer un acte de droit souple en décision faisant grief. En revanche, la formulation impérative de l'acte aurait pour effet de lui conférer le caractère de décision faisant grief.

Reprenant ce raisonnement dans un arrêt portant sur les recommandations de la HALDE, le Conseil d'État a considéré que celles-ci ne sont pas susceptibles d'être soumises à son contrôle, parce que l'Autorité n'y énonce pas de « règles qui s'imposeraient aux personnes privées ou aux autorités publiques, mais **recommande** aux personnes concernées les mesures qui lui semblent de nature à remédier à tout fait ou à toute pratique qu'elle estime être discriminatoire, ou à en prévenir le renouvellement (...) »¹¹⁶⁵. Le juge a ainsi refusé de qualifier ces recommandations de

¹¹⁶³ En ce sens, v. CE, *Le droit souple*, Rapport annuel 2013, *op. cit.*, p. 76.

¹¹⁶⁴ CE, 26 septembre 2005, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Rec. p. 395 (nous soulignons).

¹¹⁶⁵ CE 13 juill. 2007, *Société « Editions Tissot »*, Rec. p. 335 ; *AJDA* 2007, p. 2145, concl. L. DEREPAIS ; *LPA* 2008, n° 115, p. 4, chron. F. MELLERAY.

décisions faisant grief, tout en précisant qu'il « (...) en irait, en revanche, différemment de recommandations de portée générale, **qui seraient rédigées de façon impérative** »¹¹⁶⁶.

Le Conseil d'État a également considéré à propos d'une délibération de la CRE relative aux modalités d'une expérimentation concernant « l'effacement diffus » de consommations d'électricité que l'interprétation que l'autorité administrative donne aux lois et règlements qu'il lui incombe de mettre en œuvre « (...) n'est pas susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, **étant dénuée de caractère impératif**, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief ; qu'en revanche, les **dispositions impératives à caractère général** contenues dans une délibération d'une autorité administrative indépendante doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger (...) »¹¹⁶⁷.

Dans la jurisprudence du Conseil d'État, le critère de la formulation impérative se trouve parfois relié à un autre critère qui se rapporte **à la fonction** exercée par les autorités qui sont à l'origine de l'acte attaqué. Par exemple, dans sa décision du 17 novembre 2010, *Syndicat français des ostéopathes*, la haute juridiction administrative a considéré qu'une délibération du Conseil national de l'ordre des médecins (CNOM), par laquelle ce dernier adoptait un rapport, devait être regardée comme une décision faisant grief, non seulement eu égard à sa formulation impérative, mais également « (...) **au rôle** confié au CNOM pour l'application des principes de déontologie médicale »¹¹⁶⁸. Dans le prolongement de cette jurisprudence, le Conseil d'État a jugé dans l'arrêt *Formindep* que les recommandations de bonnes pratiques élaborées par la Haute autorité de santé (HAS) sont des décisions faisant grief, « **eu égard à l'obligation déontologique**, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science »¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁶ *Ibid.* (nous soulignons).

¹¹⁶⁷ CE, 3 mai 2011, *Société Voltalis*, Rec. p. 723 (nous soulignons).

¹¹⁶⁸ CE, 17 nov. 2010, *Syndicat français des ostéopathes*, req. n° 332771, Tables Lebon, p. 886 ; *AJDA* 2011, p. 295 (nous soulignons).

¹¹⁶⁹ CE, 27 avr. 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, Rec. p. 168. ; *AJDA* 2011, p. 1326, concl. C. LANDAIS ; *AJDA* 2011, p. 877 ; *D.* 2011, p. 1287 ; *ibid.*, p. 2565, obs. A. LAUDE ; *RDSS* 2011, p. 483, note J. PEIGNÉ (nous soulignons).

Le Conseil d'État est ensuite allé plus loin, en instaurant un deuxième critère de recevabilité du recours contre les actes non décisifs adoptés par les autorités administratives indépendantes, selon lequel il conviendrait d'examiner à chaque fois le lien qui existe entre les dispositions contenues dans l'acte de droit souple attaqué et le droit dur.

2. Le lien entre droit souple et droit dur comme critère de recevabilité du recours

Dans le cadre de l'appréciation de la recevabilité du recours contre des actes dénués de force contraignante, le Conseil d'État s'intéresse parfois aux effets que peuvent avoir ceux-ci sur l'adoption d'un acte de droit dur. Sa jurisprudence relative aux avis est une parfaite illustration de cette démarche.

En principe, le recours pour excès de pouvoir contre les avis est irrecevable. Dans la plupart des cas, ceux-ci sont considérés comme des actes préparatoires et ne peuvent pas être directement contestés par voie de recours pour excès de pouvoir. Leur légalité peut juste être contrôlée de manière incidente, à propos du contrôle de l'acte final, dans lequel ils s'intègrent¹¹⁷⁰. Le Conseil d'État a jugé par exemple que les avis rendus par la commission de la transparence rattachée à la Haute autorité de santé (HAS) « sont **des éléments de la procédure d'élaboration** des décisions d'inscription d'une spécialité pharmaceutique sur les listes qu'elles prévoient ; que les autorités compétentes pour procéder à ces inscriptions ne sont pas liées dans leurs décisions par les positions prises par cette commission et que, lorsque ces décisions adoptent une position identique à celle de la commission, **le bien-fondé de cette position peut être discuté à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre les décisions ainsi prises par l'autorité compétente** ; que, par suite, ces avis ne constituent pas **par eux-mêmes** des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »¹¹⁷¹.

En revanche, les avis adoptés par les autorités administratives peuvent être directement contrôlés lorsqu'ils produisent des effets juridiques propres, par exemple lorsqu'ils font

¹¹⁷⁰ En ce sens, v. CE, 6 juill. 1955, *Bayens*, Rec. p. 389.

¹¹⁷¹ CE, 12 mai 2010, *Société Roche*, Rec. p. 162 ; *AJDA* 2010, p. 1889, note B. ARVIS (nous soulignons).

obstacle à l'adoption d'une décision administrative¹¹⁷². Le Conseil d'État a ainsi accepté de contrôler un avis de l'ARAFER (ARAF à l'époque) relatif aux dessertes intérieures d'une ligne internationale, en raison de ses effets sur l'exercice par l'autorité organisatrice des transports de son pouvoir de limiter ou interdire ce type de dessertes¹¹⁷³.

Les entreprises ferroviaires qui assurent le transport international de voyageurs peuvent effectuer des dessertes intérieures à condition que l'objet principal du service qu'elles fournissent consiste à transporter les voyageurs entre des gares situées dans des États membres de l'Union européenne différents. L'article L. 2121-12 du code des transports prévoit que l'ARAFER doit vérifier dans cette hypothèse l'objet principal du service en question et rendre un avis.

Ce dernier produit des effets juridiques importants. Plus précisément, les dessertes intérieures peuvent être limitées ou interdites par les autorités organisatrices de transport ferroviaire si l'Autorité estime par son avis qu'elles compromettent l'équilibre économique d'un contrat de service public. Dans cette hypothèse, l'avis de l'ARAFER pourrait **freiner la naissance ultérieure d'un acte faisant grief** et emporter ainsi l'interdiction de l'activité économique en question. En revanche, si l'Autorité considère qu'aucune atteinte à l'équilibre économique d'un contrat de service public n'est pas caractérisée, le service de desserte intérieure pourra être assuré *ipso facto*, sans qu'il soit nécessaire de passer par une décision ministérielle.

Étant donné les effets juridiques importants que produit l'avis rendu par l'ARAFER sur le fondement de l'article L. 2121-12 du code des transports pour préciser si une desserte intérieure réalisée dans le cadre d'un service international de voyageurs compromet l'équilibre économique d'un contrat de service public, le Conseil d'État a considéré qu'il présente le caractère de décision faisant grief et qu'il peut ainsi faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

¹¹⁷² CE, ass., 29 janv. 1954, *Boivin-Champeaux e. a.*, Rec. p. 66 ; CE, 30 déc. 2003, *Moko*, Rec. p. 535 ; *AJDA* 2004, p. 206, chron. F. DONNAT et D. CASAS ;

¹¹⁷³ CE, 30 janv. 2015, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, req. n° 374022 ; *AJDA* 2015, p. 875, concl. X. DOMINO ; *ibid.*, p. 672, chron. *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation*, note E. GLASER ; *RTD eur.* 2015, p. 863, obs. E. MULLER.

En outre, les avis sont susceptibles de recours lorsqu'ils amènent l'autorité administrative à adopter une décision différente de celle initialement prise. Cette dernière hypothèse recouvre par exemple le cas des avis qui obligent un maire à réduire ou annuler une sanction qu'il avait prononcée auparavant¹¹⁷⁴.

Les arrêts précités illustrent l'importance qu'attache le Conseil d'État, dans le cadre de l'appréciation de la recevabilité du recours contre un acte de droit souple, aux conséquences que peut avoir ce dernier sur l'adoption d'un acte de droit dur. Son raisonnement se cristallise dans les arrêts *Société Casino Guichard-Perrachon* et *Société ITM Entreprises*¹¹⁷⁵.

La haute juridiction administrative a conjugué en l'espèce le critère de la formulation impérative d'un avis émis par l'Autorité de la concurrence avec celui relatif à la possibilité pour l'Autorité de sanctionner, par un acte de droit dur, la méconnaissance des dispositions contenues dans cet avis. Le Conseil d'État a considéré en l'espèce qu'il « est loisible à l'Autorité de la concurrence, lorsqu'elle exerce la faculté d'émettre un avis [...], de faire toute préconisation relative à la question de concurrence qui est l'objet de son analyse (...); que les prises de position et recommandations qu'elle formule à cette occasion ne constituent pas des décisions faisant grief ; **qu'il en irait toutefois différemment** si elles revêtaient le caractère de dispositions générales et **impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance** »¹¹⁷⁶.

Reprise dans les arrêts *Fairvesta* et *Numericable* du Conseil d'État du 21 mars 2016, cette condition revêt une importance particulière en matière de régulation. En effet, **toutes les autorités de régulation** disposent d'un pouvoir de sanction. Cependant, elles ne mettent que très rarement en œuvre ce pouvoir : aucune sanction n'a été prononcée à ce jour en matière d'énergie, et l'emploi de ce pouvoir dans le secteur des communications électroniques reste assez marginal.

¹¹⁷⁴ En ce sens, v. CE, 29 avr. 1987, *Ville de Grenoble c/ Jay*, Rec. p. 157.

¹¹⁷⁵ CE, 11 oct. 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, *op. cit.* ; CE, 11 oct. 2012, *Société ITM Entreprises*, *op. cit.*

¹¹⁷⁶ CE, 11 oct. 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, *op. cit.*, consid. 2 (nous soulignons). V. également CE, 17 juill. 2013, *Comité des constructeurs français d'automobiles*, req. n° 360100, *inédit*.

La formulation précitée du Conseil d'État permet toutefois de conférer une dimension nouvelle au pouvoir de sanction des autorités de régulation. En effet, **le seul fait** de disposer d'un tel pouvoir contribue, en vertu de cette formulation, à soumettre davantage d'actes adoptés par ces autorités au contrôle du juge administratif. Leur pouvoir de sanction confère une « aura de droit dur » à leurs actes de droit souple : toute disposition incluse dans un acte de droit souple pouvant faire l'objet d'une sanction est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. On retrouve ici la même logique de système qui s'applique à l'ensemble des actes administratifs unilatéraux de régulation. La sanction est également envisagée ici par référence à l'*ex ante* : lorsque l'acte de droit souple adopté pour réguler le marché peut faire l'objet d'une sanction, il acquiert, **par effet de contamination**, le caractère de décision faisant grief.

Le fait de conditionner la recevabilité du recours contre un acte dénué de force contraignante à sa formulation impérative ou à son importance pour la production d'une décision administratif est un acquis du droit positif considérable qui permettra sans doute au juge de se saisir dans l'avenir de plusieurs actes adoptés en matière de régulation. Or, ces deux critères n'étaient pas suffisants, eu égard à l'emploi grandissant par les autorités de régulation des actes qui n'y satisfont pas, mais qui produisent toutefois des effets particulièrement importants. Conscient de l'existence de ce type d'actes et soucieux de renforcer la protection du droit au recours des administrés, le juge a décidé, avec les arrêts *Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016, de conditionner également la recevabilité du recours contre les actes de droit souple aux effets qu'ils produisent, tout en cantonnant toutefois cette solution aux actes adoptés par les autorités de régulation économique dans l'exercice de leur mission. Cette évolution était nécessaire, étant donné les faibles possibilités qui s'offraient sur le plan contentieux aux opérateurs s'estimant lésés par des actes de droit souple ne satisfaisant pas aux deux conditions précitées.

B. Une évolution justifiée par les imperfections du système de protection juridictionnelle contre les actes de droit souple

Jusqu'à l'adoption des arrêts *Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016 par le Conseil d'État, les actes de droit souple qui n'obéissaient pas au critère de la formulation impérative ou à celui mis en place par les arrêts *Société Casino Guichard-Perrachon* et *Société ITM Entreprises* ne pouvaient pas être attaqués directement devant lui. La seule « prise contentieuse secourable »¹¹⁷⁷ à la disposition des opérateurs qui s'estimaient lésés par ces actes était le recours en responsabilité du fait des autorités de régulation¹¹⁷⁸. Ce recours permet aux requérants concernés d'être indemnisés pour le préjudice causé par l'acte et non pas d'obtenir l'annulation de ce dernier. Or, la publication d'un acte de droit souple sur le site internet d'une autorité de régulation peut avoir des effets immédiats sur l'image de l'entreprise visée, voire sur sa réputation si l'acte en question y reste pendant longtemps. Il s'imposait ainsi de combler le « manque de juge » constaté à propos de tels actes, en les soumettant au contrôle direct de ce dernier.

Cela était indispensable non seulement pour protéger le droit au recours des administrés, notamment des opérateurs qui sont situés, comme on l'a vu, au cœur du mécanisme de régulation, mais également pour une autre raison, liée à la souplesse procédurale qui caractérise l'activité normative des autorités de régulation. En effet, étant donné que les autorités de régulation sont en principe libres quant au choix de leurs moyens d'action et que leur compétence en matière de droit souple est très rarement régie par les textes, elles auraient éventuellement tendance à privilégier ces instruments au détriment des actes administratifs unilatéraux, qui restent complexes dans leur élaboration, mais en même temps plus protecteurs pour les administrés vu les diverses garanties procédurales qu'ils recèlent.

¹¹⁷⁷ B. DELAUNAY, « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *RDP*, mars 2014, n° 2, p. 276.

¹¹⁷⁸ Cf. CE, 31 mars 2003, *Ministre de l'économie c/ SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, req. n°188833, *RFDA* 2003, p. 1185, concl. D. CHAUVAUX ; *AJDA* 2003, p. 935, chron. F. DONNAT et D. CASAS.

Par conséquent, l'évolution intervenue avec les arrêts *Fairvesta* et *Numericable* a été nécessaire tant pour pallier aux lacunes du recours en responsabilité (1) que pour minimiser le risque de détournement de procédure (2).

1. Un moyen de pallier aux lacunes du recours en responsabilité

Voie de droit unique (a) pour les opérateurs s'estimant lésés par un acte de droit souple qui n'était ni formulé de manière impérative ni susceptible d'être sanctionné ultérieurement par une décision administrative, le recours en responsabilité s'avérait inefficace. Son inefficacité (b) tient tant au fait qu'il ne permet pas de faire disparaître l'acte attaqué de l'ordonnancement juridique qu'aux conditions spécifiques auxquelles il est soumis.

a. Le recours en responsabilité, voie de droit unique avant les arrêts Fairvesta et Numericable

Les autorités de régulation ne peuvent pas ordonner la réparation du préjudice subi par un opérateur du fait de la violation par un autre opérateur d'une stipulation contenue dans leur contrat d'accès au réseau. Elles rejettent systématiquement les demandes d'indemnisation présentées par les opérateurs dans le cadre d'une procédure de règlement des différends, en soulignant que leur office de règlement des différends ne comprend pas l'octroi des indemnités, seul le juge du contrat étant compétent en la matière¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁹ V. par ex. : CoRDiS, Décision en date du 8 avril 2015 sur le différend opposant la société JKG à la société ÉLECTRICITÉ RÉSEAU DISTRIBUTION FRANCE relatif aux conditions de raccordement d'une installation de consommation d'électricité au réseau public de distribution d'électricité : « Aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoyant que le comité de règlement des différends et des sanctions puisse attribuer à une partie une somme à titre indemnitaire, cette demande est irrecevable. » ; ARCEP, Décision n° 2010-1179 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 : « Saisi d'une demande tendant à régler un différend, (...) le régulateur (...) ne peut pas prononcer la réparation en dommages-intérêts d'un cocontractant lésé, qui incombe au seul juge du contrat ».

Ces autorités sont toutefois responsables pour réparer le préjudice causé par leurs actes, en application des règles de la responsabilité administrative, même lorsque ces actes ne sont pas de vraies décisions administratives.

Le Conseil d'État a admis dès très tôt de connaître des recours en responsabilité contre des actes n'ayant pas de caractère décisoire et ne pouvant pas être attaqués directement par la voie du recours pour excès de pouvoir. Par exemple, il a jugé que la puissance publique doit être tenue responsable pour indemniser le préjudice provoqué par un avis émis par un fonctionnaire¹¹⁸⁰, par un avis du conseil municipal adopté dans le cadre d'une procédure d'autorisation¹¹⁸¹ ou même par une mesure d'ordre intérieur¹¹⁸². En ce qui concerne les mesures d'ordre intérieur en particulier, le juge a abandonné la perspective de dissocier l'illégalité de la faute, suggérée par B. Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt *Spire*¹¹⁸³. Ces mesures ne peuvent ainsi faire l'objet ni d'un recours pour excès de pouvoir ni d'un recours en responsabilité.

La question de la responsabilité des autorités de régulation n'a pas été suffisamment traitée par la doctrine¹¹⁸⁴. L'intérêt de cette question tient d'abord au fait qu'elle permet de rouvrir un débat censé être clos depuis longtemps : celui relatif aux effets que produit l'octroi de la personnalité morale à une autorité de régulation.

Si le fait de doter une autorité de régulation de la personnalité morale n'influe pas considérablement sur son indépendance, il est déterminant sur le plan de sa responsabilité. Les autorités de régulation sont le meilleur exemple du lien qui existe entre personnalité morale et responsabilité¹¹⁸⁵ : celles qui disposent d'une personnalité morale (les autorités publiques indépendantes), comme l'ARAFER ou l'AMF,

¹¹⁸⁰ CE, 5 novembre 1948, *Boujassy*, Rec. p. 18.

¹¹⁸¹ CE, 1^{er} février 1952, *Sieur Martin*, Rec. p. 79.

¹¹⁸² B. GENEVOIS, concl. sur CE, 9 juin 1978, *Spire*, *Rev. adm.* 1978, p. 631 ; CE, 20 févr. 1989, *Mollaret* : *RDP* 1989, p. 1480

¹¹⁸³ *Ibid.*

¹¹⁸⁴ À l'exception, notamment, des travaux suivants : Y. GAUDEMET, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2001, p. 566 ; G. ECKERT, « La responsabilité administrative des autorités de régulation », *RD banc. et fin.*, mars-avril 2009, p. 18 ; A. ROUYÈRE, « La responsabilité du régulateur, clé d'efficacité du droit de la régulation », *RLC* 2005, n° 4, p. 109 ; B. DELAUNAY, « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *op. cit.*

¹¹⁸⁵ En ce sens, v. B. DELAUNAY, « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *op. cit.*, not. pp. 277-278.

supportent sur leur propre patrimoine les actions en responsabilité engagées contre elles. En revanche, celles qui en sont dénuées (les autorités administratives indépendantes) engagent la responsabilité de l'État¹¹⁸⁶.

La distinction entre autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes a plusieurs conséquences pratiques. Par exemple, lorsqu'est en cause la responsabilité d'une autorité dotée de la personnalité morale, la personne s'estimant lésée doit adresser sa réclamation préalable nécessaire à son président. En revanche, lorsqu'est en question la responsabilité d'une autorité qui n'a pas de personnalité morale, cette réclamation doit être déposée auprès du ministre compétent¹¹⁸⁷. En outre, étant donné que l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968 réserve le bénéfice de la prescription quadriennale à l'État, aux départements, aux communes et aux établissements publics dotés d'un comptable public¹¹⁸⁸, les autorités publiques indépendantes risqueraient de se priver de ce bénéfice dans la mesure où elles ne sont pas des établissements publics¹¹⁸⁹.

La fluctuation du régime applicable à la responsabilité des autorités de régulation est un facteur d'insécurité juridique pour les opérateurs souhaitant être indemnisés sur ce fondement. Voie de droit unique pour les opérateurs s'estimant lésés par un acte de droit souple avant les arrêts *Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016, le recours en responsabilité est non seulement difficile à maîtriser, mais également peu efficace, parce qu'il reste soumis à des conditions très strictes.

¹¹⁸⁶ En ce sens, v. M. DEGOFTE, Les autorités publiques indépendantes, *AJDA* 2008, p. 622.

¹¹⁸⁷ Sur ce point, v. l'art. 421-1 du Code de justice administrative. V. également B. DELAUNAY, « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *op. cit.*, p. 279.

¹¹⁸⁸ Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, *JORF* du 3 janvier 1969, p. 76, art. 1 : « Sont prescrites, au profit de l'Etat, des départements et des communes, sans préjudice des déchéances particulières édictées par la loi, et sous réserve des dispositions de la présente loi, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis. Sont prescrites, dans le même délai et sous la même réserve, les créances sur les établissements publics dotés d'un comptable public ».

¹¹⁸⁹ G. ECKERT, « La responsabilité administrative des autorités de régulation », *op. cit.*, pts 56 et 57.

b. Le recours en responsabilité, voie de droit inefficace

En principe, la responsabilité des autorités de régulation est une responsabilité pour faute¹¹⁹⁰. Malgré la tendance dominante en droit de la responsabilité administrative consistant à abandonner l'exigence de la faute lourde au profit de la faute simple¹¹⁹¹, **la faute lourde subsiste** en matière de responsabilité des autorités de régulation du fait de leurs activités de contrôle¹¹⁹². Cela rendrait très difficile l'indemnisation des opérateurs s'estimant lésés par un acte de droit souple adopté par une autorité de régulation dans le cadre de l'exercice de sa mission de contrôle (par ex. par une mise en garde dénonçant une pratique abusive d'un opérateur).

L'exigence de la faute lourde en matière d'engagement de la responsabilité des autorités de régulation du fait de leur activité de contrôle a été clairement affirmée dans l'arrêt du Conseil d'État *Kechichian* de 2001 rendu à propos de la Commission bancaire. La haute juridiction administrative y a considéré que « *la responsabilité de l'État pour les fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance et*

¹¹⁹⁰ *Contra v. CE*, 13 juin 2001, *Verdure*, Rec. p. 261 (à propos du CSA). Dans cet arrêt qui porte sur des autorisations d'usage de fréquences octroyées par le CSA ayant conduit à l'installation, dans une même zone, de plusieurs émetteurs de radiodiffusion, le Conseil d'État a considéré que « (...) la concentration en un seul lieu, décidée pour des motifs d'intérêt général, de plusieurs émetteurs entraînant des perturbations électromagnétiques sans qu'il soit possible de les attribuer à tel ou tel d'entre eux (...) » a causé à un particulier un préjudice qui était anormal, « (...) eu égard à la prolongation pendant plusieurs années de ces troubles excédant les inconvénients normaux de voisinage ». Il a ainsi indemnisé le requérant sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Cette solution n'a pas été transposée, pour l'instant, aux autorités de régulation compétentes au sein du secteur financier ou des secteurs en réseau. Elle pourrait toutefois trouver à s'appliquer en matière de communications électroniques ou d'énergie, lorsqu'il y a des troubles anormaux de voisinage provoqués par la mise en place et le fonctionnement des réseaux assurant l'acheminement de communications électroniques ou des réseaux de production, de transport et de distribution d'électricité et de gaz. En ce sens, v. G. ECKERT, « La responsabilité administrative des autorités de régulation », *op. cit.*, pt 41.

¹¹⁹¹ En matière d'activités médicales, v. CE, Ass., 10 avr. 1992, *Epoux V*, Rec. p. 171 ; *RFDA* 1992, p. 571, concl. H. LEGAL ; *JCP* 1992, II, n° 21881, note J. MOREAU ; *LPA*, 3 juill. 1992, p. 26, note V. HAÏM ; *Quot. jur.*, 23 juill. 1992, p. 6, note M. DEGUERGUE ; *D.* 1993, p. 146, obs. P. BON et P. TERNEYRE. En matière pénitentiaire, v. CE, 23 mai 2003, *Mme Chabba*, Rec. p. 240 ; *AJDA* 2004, p. 157, note N. ALBERT ; *JCPA* 2003, n° 1751, note J. MOREAU ; *DA* 2003, n° 207, p. 44, note M. LOMBARD. En matière de services fiscaux, v. CE, Sect., 29 déc. 1997, *Commune d'Arcueil*, Rec. p. 512 ; *AJDA* 1998, p. 112, chron. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD ; *RFDA* 1998, p. 97, concl. G. GOULARD ; *D.* 1999, p. 53, obs. P. BON et D. DE BÉCHILLON ; *JCP* 1998, I, n° 165, § 31, chron. J. PETIT ; En matière de fonctionnement de la justice administrative, v. CE, Ass., 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c/ Magiera*, Rec. p. 247 ; *RFDA* 2002, p. 756, concl. F. LAMY ; *AJDA* 2002, p. 596, chron. F. DONNAT et D. CASAS.

¹¹⁹² CE, Ass., 30 novembre 2001, *Kechichian*, Rec. p. 588 (à propos de l'ancienne Commission bancaire) ; *RFDA* 2002, p. 742, concl. A. SEBAN ; *LPA* 2002, n° 224, p. 11, note A. BOURREL ; CE, 18 févr. 2002, *Groupe Norbert Dentressangle*, Tables Lebon, p. 626 (à propos de l'ancienne Commission de contrôle des assurances) ; *RFDA* 2002, p. 754, obs. F. MODERNE.

*de contrôle des établissements de crédit ne se substitue pas à celle de ces établissements vis-à-vis, notamment, de leurs déposants ; que, dès lors, et eu égard à la nature des pouvoirs qui sont dévolus à la Commission bancaire, la responsabilité que peut encourir l'État pour les dommages causés par les insuffisances ou carences de celle-ci dans l'exercice de sa mission ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde »*¹¹⁹³. Par la notion de faute lourde est désignée « *l'erreur tellement flagrante qu'un non-professionnel ne l'aurait vraisemblablement pas commise* »¹¹⁹⁴.

L'exigence de la faute lourde permet d'éviter l'engagement systématique de la responsabilité de la puissance publique en matière de régulation. Ce sont avant tout les opérateurs soumis au contrôle des autorités de régulation qui doivent indemniser les préjudices qu'ils causent aux tiers. De surcroît, admettre que la responsabilité des autorités de régulation du fait de leurs activités de contrôle puisse être engagée pour faute simple pourrait alourdir excessivement le contrôle exercé sur les opérateurs. Le risque pesant sur les autorités de régulation de voir leur responsabilité engagée pour toute faute commise dans la surveillance du marché conduirait à un renforcement excessif du contrôle, lequel serait difficile à concilier avec leur mission de régulation qui vise plutôt la création des rapports de confiance entre les autorités de régulation et les opérateurs présents sur le marché concerné.

En revanche, pour **les activités de régulation « pures »**, à savoir pour celles qui ne relèvent pas de la mission de contrôle des autorités de régulation, **la faute simple** devrait suffire pour engager la responsabilité de la puissance publique¹¹⁹⁵. Par exemple, la responsabilité de l'ARCEP pourrait bien être engagée pour une faute simple commise dans le cadre d'une procédure aboutissant à la délivrance d'une autorisation de téléphonie mobile.

Pour l'instant, il n'y a aucune jurisprudence relative à la responsabilité de l'ARCEP, de la CRE ou de l'ARAFER du fait des fautes commises dans la délivrance ou le retrait d'une autorisation d'accès au marché. Seul le secteur financier et celui de l'audiovisuel

¹¹⁹³ CE, Ass., 30 novembre 2001, *Kechichian, op. cit.* (nous soulignons).

¹¹⁹⁴ A. SEBAN, conclusions sur CE, ass., 30 nov. 2001, *Kechichian, op. cit.*, p. 745.

¹¹⁹⁵ En ce sens, v. B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 252, 2007, p. 225.

en offrent des illustrations. Le Conseil d'État a considéré par exemple que « *toute faute commise* » par le Comité des établissements de crédit dans l'exercice de sa compétence consistant à délivrer ou retirer les agréments des établissements de crédit « *est susceptible d'engager la responsabilité de l'État* »¹¹⁹⁶. En outre, la Cour administrative d'appel de Paris a considéré que l'illégalité d'une décision du CSA refusant de reconduire, hors appel à candidature, une autorisation d'émission antérieurement délivrée à un opérateur constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'État si le requérant arrive à prouver son préjudice et à démontrer qu'il découle directement de cette décision de refus¹¹⁹⁷.

Une **faute simple** suffirait également pour engager la responsabilité des autorités de régulation lorsqu'elles commettent une illégalité dans l'exercice de **leur pouvoir réglementaire**¹¹⁹⁸. Or, dans cette hypothèse, il conviendrait de distinguer selon si le pouvoir réglementaire de l'autorité de régulation concernée est soumis ou non à homologation ministérielle et selon si elle dispose ou non de la personnalité morale.

Lorsque le pouvoir réglementaire d'une autorité de régulation disposant d'une personnalité morale est soumis à homologation, il se pose la question de savoir si l'action en responsabilité doit être engagée à l'encontre de l'État ou à l'encontre de l'autorité elle-même. Cette question pourrait notamment se poser à propos de l'AMF et l'ARAFER, parce qu'elles sont à la fois des autorités publiques indépendantes et leurs actes réglementaires sont soumis à homologation ministérielle. Le recours pour excès de pouvoir contre les règlements de ces autorités est exercé à l'encontre de l'arrêté ministériel d'homologation et non pas à l'encontre de l'acte homologué. Dans le prolongement de cette logique, il conviendrait d'admettre que les actions en responsabilité du fait de leurs actes réglementaires illégaux doivent être exercées à l'encontre de l'État, sans exclure la possibilité d'action récursoire de ce dernier contre l'autorité de régulation qui est à l'origine de l'élaboration de l'acte concerné ni le partage de responsabilité. Le fait de soumettre le pouvoir réglementaire d'une autorité de régulation à homologation l'emporterait ainsi sur l'octroi de la personnalité morale.

¹¹⁹⁶ CE, 30 juill. 2003, *Mme Kalfon*, Rec. 2003, p. 670.

¹¹⁹⁷ CAA Paris, 11 juill. 2007, *Association Ici et Maintenant*, req. n° 04PA00869, cit. par G. ECKERT, in « La responsabilité administrative des autorités de régulation », *op. cit.*, pt 36.

¹¹⁹⁸ En ce sens, v. G. ECKERT, « La responsabilité administrative des autorités de régulation », *op. cit.*, pt 37 ; TA Paris, 11 avr. 2002, *Deloison*, DA 2002, comm. 168.

Dans la mesure où les actes de droit souple émis par les autorités de régulation participent notamment à la réalisation de leurs activités de contrôle, leur responsabilité du fait d'un acte de droit souple ne pourrait être engagée qu'en cas de faute lourde. Les opérateurs s'estimant lésés d'un tel acte auraient ainsi très peu de chances d'obtenir satisfaction. Voie de droit unique contre certains actes de droit souple avant la jurisprudence *Fairvesta* et *Numericable*, le recours en responsabilité est inefficace, parce qu'il peut conduire à ce que l'opérateur lésé ne perçoive son indemnisation qu'après plusieurs mois de retard. En outre, ce recours ne suffit pas toujours pour restaurer l'image et la réputation de l'opérateur lésé.

Ce qui importe pour l'opérateur concerné, c'est d'obtenir l'annulation de l'acte qui est à l'origine du préjudice, voire, le cas échéant, sa disparition du site de l'Autorité concernée dans les plus brefs délais. Lorsque le préjudice est provoqué par un acte de droit souple, il se pose ainsi la question de l'accès des opérateurs lésés aux voies contentieuses classiques du référé et du recours pour excès de pouvoir ou du recours en plein contentieux. L'ouverture du prétoire du juge à ces opérateurs était indispensable pour la **protection effective de leur droit au recours**. La soumission du droit souple aux exigences de la légalité était également indispensable pour **légitimer cet outil d'action** du régulateur que pour satisfaire aux exigences de l'état de droit, le droit souple ayant envahi la sphère de la régulation sans toutefois porter les mêmes garanties que l'acte administratif unilatéral.

La large marge de manœuvre dont dispose l'administration quant au choix des instruments de régulation pourrait conduire à ce qu'elle ait systématiquement recours à des actes de droit souple, ceux-ci répondant aux moindres exigences procédurales que les décisions administratives, mais ayant en même temps les mêmes effets, voire, peut-être, des effets plus importants sur leurs destinataires que ceux produits par les décisions administratives. La jurisprudence *Fairvesta* et *Numericable*¹¹⁹⁹ est venue pallier aux effets pervers que pourrait avoir le recours systématique des autorités de

¹¹⁹⁹ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a., op. cit.* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté NC Numericable, op. cit.*

régulation aux actes de droit souple et compléter la protection offerte en l'espèce par la théorie classique du détournement de procédure.

2. Une réponse au risque de détournement de procédure

La régulation serait un terrain propice pour l'application de la théorie du détournement de procédure, vu la tendance dont font preuve les autorités de régulation consistant « à mettre en œuvre indifféremment et selon leur plus grande commodité les différentes compétences dont elles sont investies : pouvoir d'avis, en fait contraignant, de répression, de concertation ou de recommandation, sans autrement s'arrêter au but particulier qui légitime chacune de ces compétences »¹²⁰⁰.

Dans ses conclusions sous l'affaire *Fairvesta*, S. von Coester insiste sur la nécessité de ne pas laisser ces autorités user de leur pouvoir à l'abri de tout contrôle juridictionnel. Selon le rapporteur public : « il peut s'avérer préférable et tout aussi efficace de publier une mise en garde, plutôt que d'imposer une sanction ; mais il ne faudrait pas que la publication d'une mise en garde **soit un moyen de contourner le formalisme procédural** requis pour l'édition d'une sanction »¹²⁰¹.

Cette formulation invite à réfléchir sur l'application éventuelle de la théorie du détournement de procédure en matière de régulation. L'**approche conséquentialiste**¹²⁰² qu'a adoptée le juge pour faire entrer la plupart des actes de droit souple dans son champ de contrôle était-elle vraiment nécessaire ? N'aurait-il pu se contenter d'appliquer la théorie classique du détournement de procédure ? Pour répondre à ces questions, il conviendrait d'examiner le contenu sémantique de la notion de détournement de procédure et, notamment, des conditions dont est assorti ce moyen d'annulation. Figurant comme une forme de détournement de pouvoir, le détournement

¹²⁰⁰ Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, op. cit., p. 155.

¹²⁰¹ S. VON COESTER, concl. sur CE, 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a. ; RFDA*, juillet 2016, n° 3, p. 497 et s., spéc. p. 501 (nous soulignons).

¹²⁰² Sur l'application de la méthode conséquentialiste en matière de régulation, v. G. CANIVET, « La prise en compte des effets économiques dans le contentieux de la régulation », in *Les conséquences économiques des actes des autorités de régulation*, Chaire Gouv. et Régul., Université Paris-Dauphine, conf. organisée en coop. avec le Centre de Recherche en Droit Public de l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, 28 juin 2016, op. cit., pp. 6-8.

de procédure reste soumis aux mêmes conditions que ce dernier (a). Les conditions qui doivent être réunies pour qu'un détournement de procédure soit caractérisé sont particulièrement strictes, ce qui amoindrit l'efficacité de ce moyen d'annulation. La souplesse procédurale qui régit la régulation rend d'ailleurs plus difficile son sort contentieux (b).

a. Le détournement de procédure, une forme de détournement de pouvoir

Selon M. Hauriou, le **détournement de pouvoir** se définit comme « le fait d'une autorité administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, tout en observant les formalités prescrites, tout en ne commettant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire autres que la sauvegarde de l'intérêt général et le bien du service »¹²⁰³. À travers le détournement de pouvoir sont contrôlés les mobiles d'action de l'administration et, d'une manière plus large, la « moralité administrative »¹²⁰⁴. Même s'il s'agit d'un moyen d'annulation ancien, il n'a été que très rarement retenu par le juge administratif, malgré les préconisations différentes de M. Hauriou qui lui prédisait la plus grande destinée¹²⁰⁵.

C'est dès 1864, avec l'arrêt *Lesbats*¹²⁰⁶, que le Conseil d'État a pu jeter les jalons de la théorie du détournement de pouvoir. Lorsque le juge administratif est amené à se prononcer sur un détournement de pouvoir dans le cadre d'un recours, il lui revient d'examiner le comportement de l'administration et de passer ses intentions au crible de

¹²⁰³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^e éd., 1927, Sirey, p. 414 cit. par F. MELLERAY, in « Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation) », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, janvier 2007 (actualisation : octobre 2014), pt 38. Sur le concept de moralité administrative, tel qu'élaboré par M. Hauriou, et son contrôle par le juge administratif, v. T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », 1987, t. 152, p. 424 s.

¹²⁰⁴ Sur ce concept, v. not. H. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative. Étude de doctrine et de jurisprudence*, thèse, Nancy, 1929 ; C. BALLANDRAS-ROZET, « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *AJDA* 2007, p. 2236 et s. V. également *supra*, p. 206 s.

¹²⁰⁵ En ce sens, v. F. MELLERAY, « Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation) », *op. cit.*, pt 41.

¹²⁰⁶ CE, 25 février 1864, *Lesbats*, Rec. p. 210. Pour une analyse de cet arrêt qui concerne d'ailleurs l'un des premiers secteurs régulés (celui des chemins de fer), v. L. FOUGÈRE (dir.), *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque (1799-1974)*, Paris, CNRS, 1974, p. 513. Sur le détournement de pouvoir, v. également les arrêts de principe suivants : CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, Rec. p. 934 ; CE, 26 novembre 1875, *Laumonier-Carriol*, Rec. p. 936 ; CE, Ass., 24 juin 1960, *Société Frampar*, Rec. p. 412.

l'intérêt général pour vérifier qu'elle n'utilise pas ses pouvoirs dans un but différent que celui qui lui est assigné. Le détournement de pouvoir est caractérisé lorsque l'administration poursuit un but étranger à l'intérêt général¹²⁰⁷ ou même lorsqu'elle poursuit un but d'intérêt général, mais qui reste étranger au but qui lui est attribué¹²⁰⁸ ou qui est **réalisé selon une procédure inadéquate**.

Dès 1903, M. Hauriou identifiait au sein du détournement de pouvoir « une espèce nouvelle » : « l'emploi détourné d'une procédure administrative »¹²⁰⁹. Inventée par M. Hauriou et systématisée par J. Raynaud¹²¹⁰, la notion de détournement de procédure recouvre les hypothèses où l'administration décide de mettre en œuvre une procédure plutôt qu'une autre, afin d'échapper aux contraintes qu'implique cette dernière. Ce moyen permet d'obtenir l'annulation d'un acte qui résulte d'une procédure utilisée dans le cadre d'un but illicite. L'auteur du détournement de procédure reste fidèle à la lettre de la règle de droit, mais méconnaît son esprit¹²¹¹.

B. Seiller note que le détournement de procédure : « désigne l'utilisation d'une procédure au détriment d'une autre afin de parvenir au même résultat mais dans des conditions plus aisées »¹²¹². Le professeur considère ainsi que ce moyen vient plutôt comme réponse à la démarche utilitariste adoptée parfois par l'administration en matière procédurale. En outre, selon M. Lombard, G. Dumont et J. Sirinelli, le détournement de procédure recouvre les hypothèses où « l'administration utilise une procédure inadaptée aux fins qu'elle poursuit afin, en règle générale, d'éluder certaines garanties devant être normalement respectées »¹²¹³. Les professeurs insistent plutôt sur l'importance que revêtent les garanties de procédure pour la protection des administrés, rejoignant la vision contentieuse adoptée par J. Rivero.

¹²⁰⁷ V. par ex. : CE, 14 mars 1934, *Delle Rault*, Rec. p. 337 ; CE, 4 mars 1964, *Veuve Borderie*, Rec. p. 157.

¹²⁰⁸ Sur ce point, v. CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, *op. cit.*

¹²⁰⁹ M. HAURIOU, note sous CE, 17 janvier 1902, *Favatier* et CE, 14 février 1902, *Lalaque* et a., *S.* 1903, n° 3, p. 97, cit. par P. GONOD, M. GUYOMAR, in « Détournement de pouvoir et de procédure », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, octobre 2008 (actualisation : octobre 2010), pt. 14. Pour une proposition de distinguer le détournement de procédure du détournement de pouvoir, v. O. de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « La notion de détournement de procédure en droit administratif », *DA*, janvier 2006, n° 1, étude 2, pt. 11 s.

¹²¹⁰ J. RAYNAUD, *Le détournement de procédure*, Thèse dact., Paris, 1950.

¹²¹¹ En ce sens, v. R. ODENT (à propos du détournement de pouvoir), *Contentieux administratif. Les cours de droit 1976-1981*, fasc. VI, *Les cours de droit*, réédition Dalloz, 2007, vol. 2, p. 575.

¹²¹² B. SEILLER, *Droit administratif. Tome 2 : l'action administrative*, p. 257.

¹²¹³ M. LOMBARD, G. DUMONT, J. SIRINELLI, *Droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, n° 877, p. 514.

L'administration commet un détournement de procédure, par exemple, lorsqu'elle met en œuvre un alignement des voies publiques là où elle aurait dû plutôt recourir à une procédure d'expropriation ou lorsqu'elle effectue une saisie judiciaire de journaux au lieu d'adopter une mesure de police administrative¹²¹⁴. Ensuite, constitue un détournement de procédure le fait « d'une part, de ne pas donner suite à l'appel d'offres sur performances pour un motif d'intérêt général et d'autre part, d'engager une nouvelle procédure d'appel d'offres sur performances ayant le même objet »¹²¹⁵, afin de pouvoir évincer le candidat initialement retenu. Entre également dans la catégorie du détournement de procédure la décision de l'administration de modifier son plan d'urbanisme dans le seul objectif de minimiser la valeur d'un terrain qu'elle entend acheter¹²¹⁶.

Le juge administratif sanctionne parfois le détournement de procédure sous le seul vocable du détournement de pouvoir¹²¹⁷, soit il emploie conjointement les deux expressions¹²¹⁸, soit il se réfère directement au détournement de procédure¹²¹⁹. En tant que forme de détournement de pouvoir, le détournement de procédure se range parmi les vices de légalité interne.

Le champ d'application du détournement de pouvoir est très vaste. Il serait en effet difficile d'imaginer un seul acte administratif qui ne serait pas susceptible d'être affecté par ce vice de légalité¹²²⁰. Cependant, les conditions auxquelles est soumis le détournement de pouvoir sont très strictes. En tant que forme de détournement de pouvoir, le détournement de procédure obéit aux mêmes conditions, ce qui rend ce moyen d'annulation peu attractif pour les requérants.

¹²¹⁴ CE, Ass., 24 juin 1960, *Société Frampar*, *op. cit.*

¹²¹⁵ CE, 18 mars 2005, *Société Cylergie*, Rec. p. 967.

¹²¹⁶ CE, 12 janv. 1994, *Esvan*, Rec. p. 769.

¹²¹⁷ V. par exemple CE, 29 janv. 1947, *Rosenvallon*, Rec. p. 37 ; CE, 3 oct. 1980, *Schwartz*, Rec. p. 353, cit. par P. GONOD, M. GUYOMAR, in « Détournement de pouvoir et de procédure », *op. cit.*, pt 14.

¹²¹⁸ CE, 5 nov. 1971, *Schaffner*, Rec. p. 653 ; CE, 23 mars 1992, *J. Martin et a. et M. Fraboulet et a.*, Rec. p. 131, cit. par P. GONOD, M. GUYOMAR, in « Détournement de pouvoir et de procédure », *op. cit.*, pt 14.

¹²¹⁹ CE, 15 juill. 1957, *Sté amicale des pêcheurs à la ligne du canton de Cusset*, Rec. p. 486 ; CE, 23 mars 1979, *Cne de Bouchemaine*, Rec. p. 127 ; CE, 11 févr. 1983, *Cne de Guidel*, Rec. p. 54 ; CE, 11 févr. 1987, *Bon*, Rec. p. 40 ; CE, 10 juill. 1996, *Coisne* ; *RFDA* 1997, p. 504 ; CE, 27 sept. 2006, *M. Bayrou et a.*, Rec. p. 404 ; CE, 17 févr. 2007, *Ligue des droits de l'homme et a.*, Rec. p. 46, cit. par P. GONOD, M. GUYOMAR, in « Détournement de pouvoir et de procédure », *op. cit.*, pt 14.

¹²²⁰ En ce sens, v. Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 155.

En effet, afin qu'un acte puisse être annulé sur la base du détournement de procédure, il faut que ce moyen apparaisse comme le motif principal d'annulation contre l'acte contesté¹²²¹. S'il est évoqué à titre accessoire, il ne peut pas provoquer la nullité de l'acte. En outre, le motif d'annulation fondé sur le détournement de procédure doit être considéré comme surabondant lorsqu'il est couvert par un autre motif qui, lui, est déterminant¹²²².

En outre, afin qu'un acte puisse être annulé sur le fondement du détournement de procédure, il faut que soit prouvé un vice subjectif émanant de l'intention des auteurs de l'acte litigieux et de l'illégalité des buts poursuivis¹²²³. Cette difficulté au niveau de la preuve explique la tendance des requérants de privilégier d'autres moyens de légalité interne. Le juge se montre d'ailleurs réticent en la matière. Sa retenue s'explique notamment par la nécessité de protéger l'image de l'administration dans les esprits des administrés, une censure pour détournement de procédure étant infâmante pour elle.

La difficulté d'appliquer ce moyen d'annulation en matière de régulation tient également à une autre raison, liée à la souplesse procédurale qui régit l'action des autorités de régulation.

b. Le détournement de procédure, un moyen d'annulation difficile à retenir en matière de régulation

Si l'édition des actes individuels ou réglementaires de régulation est strictement encadrée par la loi, l'adoption des actes de droit souple n'obéit à aucune procédure particulière ni elle est réglementée. D'un côté, les autorités de régulation sont libres de choisir si elles vont recourir au droit souple ou au droit dur. De l'autre côté, si elles

¹²²¹ Sur ce point, v. CE, 3 janv. 1947, *Consorts de Tricornot*, Rec. p. 9.

¹²²² CE, 6 mai 1921, *Compagnie des omnibus et tramways de Lyon*, Rec. p. 456 ; CE, 23 déc. 1941, *Consorts Leroy-Rillardon*, Rec. p. 236 ; CE, Ass., 7 janv. 1942, *Confédération des vignerons algériens*, Rec. p. 1, cit. par. C. BALLANDRAS-ROZET, in « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *op. cit.*, p. 2240.

¹²²³ C. BALLANDRAS-ROZET, *ibid.*, p. 2236. L'auteur note toutefois que l'administration de la preuve est plus facile en matière de détournement de procédure que lorsqu'est en jeu un détournement de pouvoir. Elle considère notamment que « la preuve du détournement de procédure est aisée en tant que ce moyen permet la sanction d'une illégalité externe. Elle relève de "l'analyse d'éléments extérieurs à l'intention" (...) qui sont autant d'indices objectifs rendant compte de l'illégalité de l'acte » (C. BALLANDRAS-ROZET, *ibid.*, pp. 2240-2241). L'auteur cite à titre d'exemple, entre autres, la saisie des journaux (v. CE, Ass., 24 juin 1960, *Société Frampar*, *op. cit.*).

optent pour le droit souple, elles sont également libres dans le choix de la dénomination de l'instrument de droit souple utilisé.

Ce libéralisme procédural pourrait mettre en question l'applicabilité même de la théorie du détournement de procédure en matière de régulation. En effet, jusqu'à l'instant, le juge administratif a considéré que pour qu'il y ait détournement de procédure, l'administration doit opter pour une procédure prévue dans la loi au détriment d'une autre procédure **également prévue dans la loi**.

Or, le recours des autorités de régulation au droit souple permettrait l'émergence d'une situation inédite. La compétence des autorités de régulation en matière de droit souple est très rarement règlementée. Par exemple, dans l'arrêt *Fairvesta*¹²²⁴, aucune disposition du code monétaire et financier ne prévoyait la possibilité pour l'AMF d'adopter le communiqué litigieux. Le juge administratif a rattaché cette compétence à la mission même de l'Autorité. En revanche, dans l'arrêt *Numericable*¹²²⁵, la compétence de l'Autorité de la concurrence pour émettre la prise de position attaquée a été déduite de l'article L. 430-7 du Code de commerce qui impose à l'Autorité de veiller à la bonne exécution des engagements des parties. De même, dans un arrêt *FFSA* du 20 juin 2016, le juge a considéré que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) était bien compétente pour adopter la recommandation litigieuse, en fondant cette compétence sur l'article L. 612-29-1 du code monétaire et financier qui prévoit que l'ACPR « (...) peut constater l'existence de bonnes pratiques professionnelles ou formuler des recommandations définissant des règles de bonne pratique professionnelle en matière de commercialisation et de protection de la clientèle »¹²²⁶.

Par conséquent, il se peut que les autorités de régulation n'aient finalement pas à choisir entre deux procédures prévues dans la loi, mais entre un mécanisme non règlementé (le droit souple) et une procédure règlementée (celle de l'acte administratif unilatéral). Dans la mesure où le choix des autorités de régulation ne porterait pas sur deux procédures règlementées, il se pose, en l'espèce, la question de l'applicabilité même de la théorie du détournement de procédure. Le juge serait éventuellement amené à écarter

¹²²⁴ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a.*, *op. cit.*

¹²²⁵ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté NC Numericable*, *op. cit.*

¹²²⁶ CE, 20 juin 2016, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, req. n° 384297, concl. R. VICTOR.

systematiquement tout moyen d'annulation fondé sur le détournement de procédure lorsqu'est en cause un acte de droit souple non réglementé.

La dichotomie des actes de droit souple en actes non réglementés et actes réglementés pourrait également avoir d'autres effets sur le plan contentieux. Les actes dont la procédure est encadrée par la loi risquent d'être annulés plus aisément par le juge. Le Conseil d'État a déjà admis, par exemple, de contrôler la procédure d'élaboration du droit souple, dans l'arrêt *Formindep* précité, relatif à la Haute autorité de santé (HAS)¹²²⁷. Il a annulé en l'espèce une recommandation de la HAS au motif que cette dernière n'avait pas justifié que tous les experts ayant participé à son élaboration avaient produit les déclarations d'intérêts requises par la loi. En outre, dans l'arrêt *Association lacanienne internationale*¹²²⁸, la haute juridiction administrative a contrôlé dans quelle mesure l'absence de consultation préalable du conseil scientifique de l'Agence nationale de l'évaluation des établissements et services sociaux et médico-sociaux avant l'édiction par la HAS de la recommandation attaquée satisfaisait aux critères établis par la jurisprudence *Danthy*¹²²⁹. Le juge a considéré à cet effet que « (...) ce défaut de consultation, qui a privé d'une garantie les établissements et services auxquelles la recommandation pouvait être opposée, a constitué une irrégularité de nature à entacher sa légalité, en tant qu'elle concernait les établissements et services sociaux et médico-sociaux »¹²³⁰, et il a finalement annulé cet acte.

Le fait de soumettre l'élaboration des actes de droit souple à une procédure particulière contribuerait à rendre cet outil moins attractif pour le régulateur. La procéduralisation de ces actes serait une source d'obligations supplémentaires pour lui et appellerait une vigilance accrue de sa part, au risque de voir finalement ses actes annulés au contentieux.

Certaines garanties procédurales sont d'ailleurs d'ordre public et doivent ainsi être respectées par les autorités de régulation lorsqu'elles adoptent un acte de droit souple, indépendamment de l'existence ou non d'un texte régissant la procédure d'adoption de cet acte. Tel est le cas,

¹²²⁷ CE, 27 avr. 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, *op. cit.*

¹²²⁸ CE, 23 déc. 2014, *Assoc. lacanienne Internationale*, req. n° 362053, inédit.

¹²²⁹ CE, 23 déc. 2011, *Danthy*, *op. cit.*

¹²³⁰ CE, 23 déc. 2014, *Assoc. lacanienne Internationale*, *op. cit.*

par exemple, des garanties liées aux droits de la défense, dont le respect a été érigé en principe général du droit par le Conseil d'État¹²³¹. Dans l'arrêt *Numericable* du 21 mars 2016¹²³², le Conseil d'État a confronté la délibération par laquelle l'Autorité de la concurrence avait adopté la prise de position attaquée aux exigences du principe de respect des droits de la défense. Il a considéré que ces exigences avaient été respectées, parce que la société requérante a eu l'occasion de présenter ses observations écrites et orales devant l'Autorité de la concurrence, avant l'adoption, par cette dernière, de la prise de position litigieuse.

Le professeur Gérard Timsit proposait de focaliser le contrôle juridictionnel des actes de droit souple adoptés par les autorités de régulation sur le respect des exigences procédurales « de transparence, d'équité, etc. destinées à garantir l'existence et la qualité du dialogue qui doit précéder et accompagner l'édiction de la norme »¹²³³. Si utile puisse-t-elle paraître pour la protection des droits des administrés, une telle approche ne nous paraît pas compatible avec la notion même de droit souple.

La procéduralisation du droit souple rapprocherait ce dernier du droit dur. Privé de la souplesse qui régit normalement son élaboration et ayant les mêmes effets que le droit dur, le droit souple serait voué à disparaître.

Le juge et les autorités de régulation auront sans doute l'occasion à l'avenir de confectionner de pair le régime des actes de droit souple. Pour l'instant, le juge s'est limité, avec les arrêts *Fairvesta* et *Numericable*, à renforcer le droit au recours des opérateurs, en élargissant les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple des autorités de régulation. Il s'agit là d'une avancée considérable qui est venue combler diverses lacunes dans le système du contrôle juridictionnel de la régulation. Cependant, cette jurisprudence reste perfectible à plusieurs égards.

¹²³¹ CE, Ass., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, Rec. p. 133 ; D. 1945, p. 110, concl. B. CHENOT.

¹²³² CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté NC Numericable*, *op. cit.*

¹²³³ G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, pp. 85-86, cité par S. VON COESTER dans ses conclusions sur CE, 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a.*, *op. cit.*, p. 501.

§ 2. Une évolution imparfaite

Dans les arrêts *Fairvesta* et *Numericable*, le Conseil d'État lie la recevabilité du recours contre un acte de droit souple aux effets que produit un tel acte. Cette approche conséquentialiste de la recevabilité du recours permettra désormais au juge de se libérer de l'artifice de requalification.

Les mesures d'ordre intérieur sont en principe insusceptibles de recours parce qu'elles ne produisent aucun effet en dehors du service dans le cadre duquel elles sont adoptées. Cependant, avec sa jurisprudence *Hardouin et Marie*¹²³⁴, le Conseil d'État a requalifié deux mesures d'ordre intérieur en mesures « faisant grief », en se fondant sur leurs effets juridiques. Plus précisément, le juge était appelé à se prononcer sur une sanction infligée à un militaire (arrêt *Hardouin*) et à un prisonnier (arrêt *Marie*). La sanction imposée au militaire devait pouvoir être contrôlée, selon le Conseil d'État, parce qu'elle déployait des « effets directs sur la liberté d'aller et venir du militaire, en dehors du service » et de ses « conséquences sur l'avancement ou le renouvellement des contrats d'avancement ». De même, la sanction frappant le prisonnier était soumise au contrôle du juge « eu égard à la nature et la gravité de cette mesure ». Les mesures d'ordre intérieur sont ainsi susceptibles de recours lorsqu'elles influent sur la **situation juridique concrète** de leur destinataire.

En ce sens, la jurisprudence *Hardouin et Marie* du Conseil d'État et celle en date du 21 mars 2016 présentent un point commun : dans tout les deux cas, la haute juridiction administrative s'intéresse aux effets des actes contrôlés sur leurs destinataires. Or, dans la jurisprudence *Hardouin et Marie*, le juge examine les **effets juridiques potentiels** des actes attaqués, alors que dans les arrêts *Fairvesta* et *Numericable*, il tient compte des effets « (...) **notables**, notamment de **nature économique** (...) » des actes de droit souple. La référence au caractère notable des effets permettrait de supposer que ceux-ci doivent être **déjà avérés** et non pas tout simplement potentiels.

¹²³⁴ CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, Rec. p. 82 et 85, concl. P. FRYDMAN ; *AJDA* 1995, p. 379, chr. L. TOUVET et J.-H. STAHL ; *JCP* 1995, II, p. 22426, note F. BERNARD et M. LASCOMBE ; *RDP* 1995, p. 1338, note O. GOHIN ; *GAJA*, *op. cit.*, n° 91, p. 641.

Par conséquent, si la jurisprudence *Fairvesta* et *Numericable* s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence *Hardouin* et *Marie*, parce que le juge y prend également en compte les effets des actes soumis à son contrôle pour admettre la recevabilité du recours exercé à leur encontre, ces deux jurisprudences diffèrent à trois égards : dans les arrêts *Hardouin* et *Marie*, le juge requalifie les actes contrôlés et s'intéresse à leurs effets juridiques et potentiels. En revanche, dans les arrêts *Fairvesta* et *Numericable*, le juge ne modifie en rien la qualification des actes soumis à son examen et s'intéresse en principe à leurs effets, notamment économiques, sous réserve qu'ils soient notables, voire avérés.

Le fait de conditionner la recevabilité du recours exercé à l'encontre d'un acte de droit souple à ses effets économiques a permis au juge de faire entrer dans son champ de contrôle plusieurs types d'actes, sans toutefois qu'il y ait besoin de les requalifier. Le communiqué de l'AMF et la prise de position de *Numericable* restent des actes de droit souple, mais le juge a toutefois admis de les contrôler en raison de leurs effets économiques.

Si les arrêts *Fairvesta* et *Numericable* apportent une évolution majeure aux techniques de contrôle du juge administratif, lui permettant de se libérer du recours à la technique de requalification qui peut s'avérer artificielle, elle nous semble perfectible à certains égards.

Dans le considérant de principe des arrêts *Fairvesta* et *Numericable*, le Conseil d'État a noté que « (...) les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies (...) » peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, « (...) introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, **lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ;** que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de

leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation »¹²³⁵.

La formulation de deux nouveaux critères mis en place par le juge dans le considérant précédent ne permet pas de définir clairement le champ d'application de la jurisprudence *Fairvesta* et *Numericable*. Elle suscite deux séries d'interrogations. La première concerne le champ d'application matériel (A) de ces deux nouveaux critères, alors que la seconde porte sur leur champ d'application personnel (B).

A. Un champ d'application matériel imprécis

Selon le considérant précité, la jurisprudence *Fairvesta* et *Numericable* s'appliquerait aux « (...) autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies (...) ». Le juge innove sur ce point, dans la mesure où il érige la notion d'autorité de régulation en critère de recevabilité du recours. Cela implique de s'interroger sur le sens à donner à la notion d'autorités de régulation, voire sur la notion même de régulation. Étant donné la généralité de ces termes et de leur définition difficile, il existe en l'espèce un risque majeur pour la sécurité juridique. Comme le note le professeur T. Perroud : « (...) asseyant ce nouveau recours sur ce critère organique, le Conseil d'État risque de construire sur du sable »¹²³⁶.

Le juge semble avoir ouvert la boîte de Pandore : quelles sont les « autorités de régulation » concernées par cette jurisprudence ?¹²³⁷ Ce vocable devrait-il comprendre également les ministres lorsqu'ils exercent une mission de régulation ?

En outre, le juge établit une nomenclature des actes de droit souple dont il convient également d'examiner les limites. Il se réfère aux « avis, recommandations, mises en garde, prises de position » adoptés par les autorités de régulation. Cette nomenclature serait-elle limitative ? Qui plus est, qu'est-ce que comprendrait chacun des quatre types d'actes précités

¹²³⁵ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a.*, *op. cit.*, consid. 4 ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté NC Numericable*, *op. cit.*, consid. 5 (nous soulignons).

¹²³⁶ T. PERROUD, note sous CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a.* ; *Sté NC Numericable*, *JCPG*, mai 2016, n° 22, p. 1073 et s., spéc., p. 1075.

¹²³⁷ Sur cette problématique, v. F. MELLERAY, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA* 2016, p. 679.

? Par exemple, la notion de prise de position devrait-elle comprendre également le rescrit fiscal ou celui que peut adopter l'AMF sur saisine des personnes mentionnées à l'article L. 621-7 du code monétaire et financier ?

Le premier des deux nouveaux critères mis en place par le Conseil d'État (« [...] lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique [...] »), laisse perplexe à plusieurs égards. D'un côté, le fait de coupler les mots « notables » et « notamment » pourrait être source de confusion. De l'autre côté, dès lors qu'il emploie le mot « notamment », le Conseil d'État ne fait pas des effets économiques d'un acte de droit souple un critère à part entière. La formulation utilisée par le juge permet de supposer que le recours contre un acte de droit souple puisse être admis même lorsque l'acte en question produit des effets sociaux ou, peut-être, environnementaux ou autres, cette liste restant ouverte.

En outre, il convient de s'interroger sur la question de savoir pourquoi le juge a commencé la formulation du considérant par ce critère et non pas par le critère suivant. A notre sens, le considérant devrait être formulé à l'inverse. La haute juridiction administrative aurait dû, peut-être, commencer par les actes ayant « (...) pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles (...) » ils s'adressent, cette phrase recoupant largement la définition même du droit souple.

L'emploi du mot « notable » n'est non plus anodin sur le plan du contentieux administratif. En effet, il se pose la question de savoir quel serait le délai de recours adéquat qui permettrait d'apprécier le caractère « notable » des effets produits par l'acte attaqué. Est-ce que le délai classique de recours (2 mois) suffirait pour mesurer si un acte a déjà produit des effets notables ? A partir de quand ce délai commencerait-il à courir ? Lorsque l'acte litigieux est publié sur le site de l'Autorité concernée, devrait-on admettre que son destinataire peut l'attaquer dès sa publication ou faudrait-il plutôt attendre jusqu'à ce que les effets de l'acte deviennent « notables » ? Dans cette dernière hypothèse quel devrait être le délai de recours ?

Quelques mois après les arrêts *Fairvesta et Numericable*, le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir **quel point de départ** du délai de recours contentieux il conviendrait de retenir à l'égard des professionnels du secteur contre un acte de droit souple publié sur le site internet d'une autorité de régulation. La

haute juridiction administrative était saisie par la société GDF Suez qui demandait l'annulation d'une délibération de la CRE du 26 juillet 2012 portant communication relative à la gestion de clients en contrat unique ainsi que sa délibération du 10 décembre 2014 rejetant le recours gracieux qu'elle avait présenté contre la première délibération.

Par un arrêt publié le 13 juillet 2016¹²³⁸, le juge a considéré que le délai de recours de 2 mois commence à courir à l'égard des professionnels du secteur concerné **dès la publication** de l'acte de droit souple en question sur le site internet de l'autorité compétente, le cas échéant, pour son adoption. La **seule possibilité** qui s'offre, selon le Conseil d'État, au requérant qui n'a pas pu exercer sa requête dans un délai de deux mois à partir de la publication de l'acte est de demander son abrogation auprès de l'autorité compétente pour l'adopter et de contester ensuite son éventuel refus. Cet arrêt ne modifie pas l'état de droit existant en matière de contestation des actes des autorités de régulation. Or, le fait d'exiger des opérateurs qu'ils contestent tout acte de droit souple publié sur le site Internet de l'autorité de régulation compétente dans un délai strict de 2 mois à partir de cette publication serait difficile à combiner avec la condition relative au caractère « notable » des effets de l'acte attaqué, le délai de deux mois étant relativement court pour pouvoir procéder à une telle appréciation.

L'arrêt du 13 juillet 2016 précité a été précédé par un arrêt *FFSA* du 20 juin 2016 portant sur une recommandation de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)¹²³⁹, dans lequel le Conseil d'État a appliqué pour la première fois la solution issue de la jurisprudence *Fairvesta* et *Numericable*. R. Victor, rapporteur public sous l'arrêt *FFSA*, affirmait clairement dans ses conclusions que les deux nouveaux critères instaurés par les arrêts *Fairvesta* et *Numericable* sont alternatifs. Il a noté que le premier n'était pas réuni en l'espèce, la recommandation litigieuse ne produisant pas d'« effets notables concrets, (...) notamment économiques ou **qui résulteraient de la meilleure information des consommateurs** » (nous soulignons). En revanche, le rapporteur public a considéré que l'acte en question avait bien « (...) pour but d'influer sur les comportements des professionnels, en donnant leur plein effet aux dispositions

¹²³⁸ CE, 13 juillet 2016, *Sté GDF Suez*, req. n° 388150.

¹²³⁹ CE, 20 juin 2016, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, req. n° 384297, concl. R. VICTOR publiées sur la base des données *ArianeWeb* du Conseil d'État.

législatives adoptées dans l'intérêt de la protection des consommateurs ». Ces observations sont particulièrement importantes. D'un côté, le rapporteur public fait de l'information des consommateurs une source d'effets non économiques pouvant être pris en compte dans l'appréciation de la recevabilité du recours contre un acte de droit souple. De l'autre côté, il confirmerait, peut-être, l'idée que nous avons formulée auparavant, selon laquelle il aurait été préférable que le Conseil d'État ait commencé par le critère lié à l'influence des comportements des professionnels, celui-ci étant plus facile à admettre dans la mesure où il recouperait la définition même du droit souple. Suivant son rapporteur public, la haute juridiction administrative a considéré que le recours de la FFSA était recevable, parce que les recommandations qu'adopte l'ACPR sur le fondement de l'article L. 612-29-1 du code monétaire et financier « (...) ont pour objet d'inciter les entreprises d'assurance et les intermédiaires, qui en sont les destinataires, à modifier sensiblement leurs relations réciproques ».

Le Conseil d'État a également été confronté à la question de savoir si, en édictant la recommandation attaquée, l'ACPR avait empiété sur le domaine de la loi ou du règlement. Le juge a répondu à cette question par la négative, en s'appuyant sur le fait que l'acte en question n'avait pas vocation à modifier l'ordonnancement juridique. Le juge a noté que la recommandation litigieuse se bornait à « inviter les professionnels du secteur concerné à adopter des règles de bonne pratique professionnelle en matière de distribution des contrats d'assurance vie ». En ce sens, selon le Conseil d'État, elle ne saurait être regardée « (...) comme édictant des règles nouvelles relevant du domaine de la loi ou du règlement ». Après avoir passé l'acte litigieux au crible de plusieurs dispositions du code monétaire et financier, le juge a considéré **qu'il était légal, parce qu'il se bornait à expliciter le droit existant.**

Ce raisonnement est particulièrement intéressant. Il semble qu'avec cet arrêt, la haute juridiction administrative vienne compenser l'élargissement considérable **des conditions de recevabilité** contre les actes de droit souple intervenu avec les arrêts *Fairvesta* et *Numericable*, en rendant plus difficile l'annulation de ces actes **sur le terrain de la légalité**. Le juge a considéré *grosso modo* que la recommandation de l'ACPR était légale, parce qu'elle était un acte de droit souple.

V. Daumas, rapporteur public sur l'affaire *Numericable* du 21 mars 2016 faisait valoir déjà la nécessité d'assortir le « nouveau recours » contre les actes de droit souple des autorités de régulation des « verrous à l'entrée » suffisants, afin d'éviter l'instrumentalisation de ce recours par les opérateurs. En effet, le seul fait qu'il existe un tel recours constitue un élément pouvant être pris en compte par les opérateurs lors de la confection de leur **stratégie** au sein du marché concerné. Les entreprises auraient éventuellement vocation à exercer un tel recours juste pour freiner l'activité du régulateur et le fonctionnement de la concurrence sur le marché, dans la perspective de promouvoir leurs propres intérêts. Ce risque pose naturellement la question du champ d'application personnel des arrêts *Fairvesta et Numericable*. Celui-ci nous paraît trop étendu.

B. Un vaste champ d'application personnel

L'intérêt à agir n'est pas seulement la clé ouvrant la porte de l'accès au juge. Il peut également être un « verrou à l'entrée » à son prétoire. Dans un souci de pallier au risque d'instrumentalisation du recours, le juge administratif a décidé de relier dans certains hypothèses l'intérêt à agir aux moyens invoqués par le requérant. Le contentieux de la légalité des contrats administratifs en offre des illustrations caractéristiques, avec les arrêts *SMIRGEOMES*¹²⁴⁰ et *Tarn-et-Garonne*¹²⁴¹.

Avant l'arrêt *SMIRGEOMES*, le juge des référés n'avait pas à rechercher si les manquements commis par les autorités publiques aux obligations de publicité et de mise en concurrence avaient effectivement porté préjudice à l'entreprise candidate à

¹²⁴⁰ CE, 3 oct. 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, Rec. p. 324, concl. B. DACOSTA ; *AJDA* 2008, p. 2161, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIEBER ; *ibid*, p. 2374, étude P. CASSIA ; *RDI* 2008, p. 499, obs. S. BRACONNIER ; *RFDA* 2008, p. 1128, concl. B. DACOSTA ; *ibid*, p. 1139, note P. DELVOLVÉ.

¹²⁴¹ CE, Ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne*, Rec. p. 70, concl. B. DACOSTA ; *DA* 2014, note F. BRENET ; *JCPA* 2014, p. 2152, note J.-F. SESTIER ; *JCPA* 2014, p. 2153, note S. HUL ; *Cont. March. publ.* 2014, repère 5, note F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; *ibid*, étude 5, P. REES ; *JCPG* 2014, doct. 732, étude P. BOURDON ; *Procédures* 2014, alerte 26, note M.-C. ROUAULT ; *RFDA* 2014, p. 425, concl. B. DACOSTA ; *RFDA* 2014, p. 438, note P. DELVOLVÉ ; *RDI* 2014, p. 344, note S. BRACONNIER ; *RJEP* 2014, comm. 31, p. 14, note J.-F. LAFAIX ; *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. 164, p. 28, note C. PRÉBISSY-SCHNALL ; *LPA*, 20 juin 2014, p. 13, note S. DOUTEAUD ; *AJCT* 2014, p. 375, obs. S. DYENS ; *RLC* 2014, p. 81, note A. BARDOUX.

l'obtention d'un marché. La simple constatation d'un manquement suffisait pour admettre l'intérêt à agir des requérants¹²⁴².

L'arrêt *SMIRGEOMES* a modifié cet état de droit. Le Conseil d'État y a considéré qu'il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si les manquements invoqués par l'entreprise requérante sont susceptibles, « (...) eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, (...) de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente »¹²⁴³.

Dans le sillage de cette jurisprudence, la haute juridiction administrative a restreint davantage, avec l'arrêt *Tarn-et-Garonne*¹²⁴⁴, la faculté traditionnelle en contentieux administratif reconnue au profit des requérants d'invoquer tout moyen d'annulation. Par cette jurisprudence, le Conseil d'État a étendu le recours *Tropic* à l'ensemble des tiers au contrat, mais sous réserve que ceux-ci soient susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts « de façon suffisamment directe et certaine » et, notamment, qu'ils invoquent « des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé » dont ils se prévalent ou « ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ».

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Numericable* du 21 mars 2016, V. Daumas proposait de suivre le même raisonnement à propos du contrôle des actes de droit souple des autorités de régulation, en exigeant du requérant qu'il invoque uniquement des moyens qui soient **en rapport direct** avec l'intérêt lésé dont il se prévaut. Cependant, il n'a pas été suivi sur ce point par le Conseil d'État. Ce dernier n'a pas limité les moyens d'annulation susceptibles d'être invoqués par le requérant.

Dans les arrêts *Fairvesta* et *Numericable*, le Conseil d'État a posé un « verrou à l'entrée » à son prétoire, qui reste classique. Celui-ci tient à ce que le requérant ait un intérêt « direct et certain » à l'annulation de l'acte attaqué. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Lafage*, G. Pichat notait que le recours pour excès de pouvoir s'apparente à « un

¹²⁴² CE, 16 oct. 2000, *Sté Stéreau*, Tables Lebon, p. 1091.

¹²⁴³ CE, 3 oct. 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, *op. cit.* V. également CE, 15 déc. 2008, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, Tables Lebon, p. 819.

¹²⁴⁴ CE, Ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne*, *op. cit.*

instrument mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue »¹²⁴⁵. Il s'agit d'un contrôle légal exercé par les administrés « sur les actes des autorités qui les administrent et qui les représentent »¹²⁴⁶. Ouvert à l'encontre de toute décision administrative, le recours pour excès de pouvoir a été érigé en principe général du droit par le Conseil d'État dans l'arrêt *Dame Lamotte*¹²⁴⁷. Dans la mesure où ce recours vise le rétablissement de la légalité, il revêt un caractère d'ordre public. Lorsqu'un administré exerce un recours pour excès de pouvoir, « (...) il ne cherche pas d'abord un avantage immédiat, mais se fait en quelque sorte l'auxiliaire du juge administratif en ce que celui-ci est chargé d'assurer le respect du principe de légalité »¹²⁴⁸. Le Conseil d'État a considéré que toute décision administrative peut en faire l'objet, même sans texte¹²⁴⁹.

Bien qu'il soit centré sur le rétablissement de la légalité, le recours pour excès de pouvoir n'est pas un recours à utilité publique (*actio popularis*). Selon le président Chenot, l'« action populaire » trouverait sa (seule) objection théorique valable dans « la considération du trouble qu'engendrait dans le fonctionnement des juridictions, comme dans la marche des administrations, une jurisprudence qui autoriserait n'importe qui à se pourvoir contre n'importe quoi. Et, en droit public au moins, le trouble social prend la valeur d'un argument de droit. C'est pourquoi la jurisprudence, tout en étendant la notion d'intérêt à des catégories toujours plus vastes de requérants (...), continue à exiger que l'intérêt du requérant s'inscrive dans un cadre limité »¹²⁵⁰.

¹²⁴⁵ CE, 8 mars 1912, *Lafage*, Rec. p. 348, concl. G. PICHAT ; *RDP* 1912, p. 266, note G. JÈZE ; *S.* 1913, 3, p. 1, note M. HAURIOU.

¹²⁴⁶ J. HELBRONNER, concl. sur CE, 27 janv. 1911, *Richemond*, Rec. p. 105.

¹²⁴⁷ CE, 17 févr. 1950, *Min. Agriculture c/ Lamotte*, Rec. 1950, p. 110.

¹²⁴⁸ Y. GAUDEMET, « L'avenir de la juridiction administrative », *Gaz. Pal.* 1979, p. 511 s., spéc. p. 517.

¹²⁴⁹ CE, 17 févr. 1950, *Min. Agriculture c/ Lamotte*, *op. cit.* Le doyen Foucart énonçait dès 1864 « qu'il est de principe général qu'on puisse toujours réclamer contre un acte de l'administration » (E. V.-M. FOUCART, « article : contentieux administratif », in F.-A. SEBIRE et N.-H. CARTERET (dir.), *Encyclopédie de droit*, Paris, Videcoq, 1846, t. 6, p. 164 s., spéc. p. 165, cit. par M. TOUZEIL-DIVINA, *Un père du droit administratif moderne ; le doyen Foucart (1799-1860)*, thèse dact., Univ. Panthéon-Assas, 2007, p. 1528.

¹²⁵⁰ B. CHENOT, concl. sur CE, 10 fév. 1950, *Sieur Gicquel*, Rec. p. 100.

Le requérant doit ainsi se prévaloir d'un intérêt direct¹²⁵¹ et certain. Son intérêt à agir est apprécié à la date d'exercice du recours¹²⁵². En outre, il n'est pas tenu d'invoquer des moyens qui soient en lien avec son intérêt à agir. Ce dernier s'apprécie au regard des conclusions de la demande, et non des moyens invoqués. Dès lors que le requérant justifie d'un intérêt à agir au regard de ses conclusions, il est libre d'invoquer tout moyen. Ce libéralisme « trouve sa pleine justification dans le contentieux de l'excès de pouvoir, contentieux objectif de la légalité »¹²⁵³.

Cependant, l'objectivisation de l'intérêt à agir dans le cadre du recours pour excès de pouvoir est susceptible de conduire dans certaines hypothèses à ce que ce recours soit instrumentalisé par les requérants, afin qu'ils puissent « (...) empêcher la réalisation de certains projets publics ou privés ou en tirer profit (...) »¹²⁵⁴. Par exemple, ils peuvent décider « d'attaquer un permis de construire pour ensuite monnayer un désistement ou de contester la procédure de passation d'un marché public pour en renchérir le coût, en retarder l'exécution ou pour contrarier un concurrent »¹²⁵⁵. En matière de régulation en particulier, les requérants seraient éventuellement tentés d'utiliser le recours comme un moyen de blocage, afin de paralyser l'activité du régulateur et le fonctionnement de la concurrence sur le marché concerné. Cela justifierait, peut-être, la limitation des moyens susceptibles d'être invoqués par les requérants.

¹²⁵¹ Dans ses conclusions sur la décision *Sieur Gicquel* (*ibid.*), le président Chenot a développé la théorie dite « des cercles » qui permet d'apprécier l'exigence relative au caractère *direct* de l'intérêt à agir. Selon cette théorie, pour qu'il y ait intérêt à agir, il ne suffit pas que le requérant montre que l'acte attaqué a « pour lui des suites fâcheuses », mais « il faut encore que ces conséquences placent le requérant dans une catégorie nettement définie d'intéressés » (B. CHENOT, *conclusions préc.*). En d'autres termes, l'intérêt invoqué doit au moins « s'inscrire dans un cercle où la jurisprudence a admis des collectivités toujours plus vastes d'intéressés sans l'agrandir toutefois jusqu'aux dimensions de la communauté nationale » (B. CHENOT, *conclusions préc.*). En matière de contestation des actes de droit souple, il se pose notamment la question de savoir s'il devait être reconnu un intérêt « direct » au profit des consommateurs ou des associations des consommateurs qui ne sont pas les destinataires directs des actes de droit souple des autorités de régulation, mais qui restent toutefois touchés par leurs effets.

¹²⁵² En ce sens, v. CE, 6 oct. 1965, *Marcy*, Rec. p. 493.

¹²⁵³ B. DACOSTA, concl. sur CE, ass., 4 avr. 2014, *Département de Tarn-et-Garonne, RFDA* 2014, p. 425 s., spéc. p. 432.

¹²⁵⁴ F. MELLERAY, « A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le "moment 1900" et ses suites », *AJDA* 2014, p.1530 et s., spéc. p. 1535.

¹²⁵⁵ *Ibid.*

Cependant, comme on l'a vu, le juge n'a pas limité ces moyens. Si l'intérêt « direct et certain » des requérants est établi, ceux-ci pourront déposer et déployer son recours sans que cet intérêt puisse influencer sur les moyens susceptibles d'être invoqués¹²⁵⁶.

Le premier « verrou à l'entrée » posé par le Conseil d'État dans la jurisprudence *Fairvesta et Numericable*, celui se rapportant à l'intérêt « direct et certain » des requérants, a été complété par deux autres critères de recevabilité, plus originaux. Ceux-ci peuvent être déduits de la nécessité que les *effets* produits par l'acte soient « notables » et que son *influence sur le comportement des opérateurs soit* « significative ». Trop généraux, ces deux termes seraient toutefois une source d'insécurité juridique.

Lorsque le juge statue dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, il examine l'acte litigieux en s'appuyant sur le régime juridique qui lui était applicable le jour de son édicition. Il ne peut pas tenir compte des évolutions de la situation de fait intervenue depuis l'adoption de l'acte par l'administration. Or, le fait de se placer au jour de l'adoption de l'acte attaqué rend plus difficile l'appréciation du caractère « notable » de ses effets. Afin de pouvoir mener à bien cette appréciation, le juge devrait pouvoir tenir compte des effets produits par l'acte attaqué tout au long de son existence au sein de l'ordonnement juridique.

Si le Conseil d'État a consolidé, avec les arrêts *Fairvesta et Numericable*, sa place en tant que juge de la régulation, il n'a pas franchi le pas du plein contentieux. V. Daumas avait déjà invité la haute juridiction administrative à « (...) se garder de la tentation d'être un juge-administrateur – en l'occurrence un juge-régulateur », en notant qu'elle ne dispose ni de mêmes compétences ni de mêmes outils que ceux des autorités de régulation¹²⁵⁷. Or, en même temps, le rapporteur public a souligné que « (...) la question de savoir si le recours relève de l'excès de pouvoir ou d'un plein contentieux, ou encore

¹²⁵⁶ CE, 15 mars 1957, *Israël*, Rec. p. 174 ; CE, Ass., 22 juin 1963, *Corrieu*, Rec. p. 383 ; CE, avis, 16 fév. 2001, *Synd. des compagnies aériennes autonomes*, JORF 4 avr. 2001, p. 5256, cités par B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 175.

¹²⁵⁷ V. DAUMAS, concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, *op. cit.*, p. 509. Sur le concept de juge-administrateur, v. Y. GAUDEMET, « Le juge administratif, futur administrateur ? », in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle (Actes du colloque du 40^e anniversaire des tribunaux administratifs)*, PU Grenoble, 1995, p. 179 s.

d'un autre type de recours qui reste à conceptualiser, est avant tout affaire de doctrine »¹²⁵⁸.

Si respectueuse puisse-t-elle paraître pour la séparation des pouvoirs, la conception selon laquelle le juge administratif ne se comporterait pas comme régulateur se nie dans les faits. Même dans le cadre strict du contentieux de l'excès de pouvoir, le juge administratif dispose de tous des instruments lui permettant d'imposer sa propre vision de la régulation du marché. Par exemple, dans le cadre du contentieux relatif à la quatrième licence, il a rattaché expressément la nécessité d'ouvrir le marché à un quatrième opérateur à l'intérêt général, validant la licence attribuée¹²⁵⁹. Concept cardinal du droit public, l'intérêt général a servi de fondement pour renforcer la concurrence sur le marché des communications électroniques¹²⁶⁰.

Si le Conseil d'État a décidé de ne pas s'éloigner du cadre strict de l'excès de pouvoir pour ne pas devenir juge-régulateur, il a en même temps gravé dans le marbre, par une phrase qui nous paraît prophétique, son intention de construire un véritable office de **juge de la régulation**. Il s'agit de la phrase contenue dans le considérant de principe des affaires *Fairvesta* et *Numericable* qui vient juste après la formulation de deux nouveaux critères de recevabilité de recours. Le juge y affirme que le contrôle exercé à l'encontre des actes de droit souple des autorités de régulation doit être effectué « (...) en tenant compte de **la nature** et **des caractéristiques** des actes et du **pouvoir d'appréciation** dont dispose l'autorité de régulation » (nous soulignons)¹²⁶¹.

La référence à la nature de l'acte est plutôt un rappel, le juge ayant déjà employé le même terme dans le premier des deux nouveaux critères de recevabilité du recours qu'il a instauré à l'égard des actes de droit souple des autorités de régulation (« lorsqu'ils sont **de nature** à produire des effets notables, notamment de nature économique »).

¹²⁵⁸ *Ibid.*, pt 4 des conclusions.

¹²⁵⁹ CE, 27 avril 2009, *Sté Bouygues Télécom*, *op. cit.* Sur ce point, v. *infra*, p. 535 s.

¹²⁶⁰ Sur les fonctions de ce concept dans la jurisprudence administrative, v. D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 125, 1977 ; V. COQ, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'HARMATTAN, coll. « Logiques Juridiques », 2015.

¹²⁶¹ Selon le professeur C. Boiteau, ce serait peut-être dans ce « développement sibyllin » que se trouve l'apport des arrêts *Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016. En ce sens, v. C. BOITEAU, « Vers la définition de l'office du juge du droit souple de la régulation économique ? », in *Les conséquences économiques des actes des autorités de régulation*, *op. cit.*, p. 10.

La référence au pouvoir d'appréciation fait allusion à l'intensité du contrôle du juge. En contentieux administratif, la marge de manœuvre dont disposent les autorités administratives est importante pour déterminer le degré de contrôle du juge. Si les autorités disposent d'un large pouvoir discrétionnaire, le juge devra se cantonner au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. En revanche le juge exerce en principe un contrôle normal lorsque l'autorité contrôlée agit en fonction d'une compétence liée. Dans les affaires *Fairvesta* et *Numericable*, le degré de contrôle du juge sur les actes attaqués n'a pas été le même. Dans la première, le juge s'est cantonné à examiner si l'AMF avait commis une erreur manifeste d'appréciation, alors que dans la seconde, il a exercé un contrôle normal à l'égard de l'Autorité de la concurrence.

La haute juridiction administrative semble esquisser, avec la phrase précitée, le cadre de ses fonctions en tant que juge de la régulation. Si le contentieux des actes de droit souple est encore en germe, celui des actes administratifs unilatéraux adoptés par les autorités de régulation témoigne déjà de la volonté du juge administratif de construire un véritable office de juge de la régulation. Les exigences particulières que pose un tel office amènent notamment le juge à faire évoluer ses méthodes.

Conclusion du chapitre 1

Le paysage matériel de la régulation est très riche. D'un côté, la régulation peut être exercée par des actes administratifs unilatéraux. Ceux-ci obéissent à une procédure d'édiction lourde qui serait éventuellement incompatible avec l'objectif d'efficacité de la régulation. Or, ils restent juridiquement contraignants. De l'autre côté, la régulation est réalisée par des actes de droit souple, dont la dénomination varie et relève de la libre appréciation des autorités de régulation. Ces actes ne sont soumis à aucune procédure d'élaboration particulière. En outre, bien qu'ils ne soient pas juridiquement contraignants, ils le deviennent dans le fait, les opérateurs ayant vocation à les suivre. **À travers le droit souple, les autorités de régulation parviennent ainsi au même résultat que celui auquel elles seraient parvenues si elles avaient adopté un acte administratif unilatéral, mais elles ne passent pas par les mêmes règles de procédure.**

Pendant longtemps, les opérateurs ne disposaient pas de moyens d'action directe contre les actes de droit souple : ils ne pouvaient qu'exercer un recours en responsabilité, celui-ci ne permettant pas d'aboutir à l'annulation de l'acte concerné. De même, le juge administratif ne pouvait que recourir à la technique de requalification, celle-ci ayant un caractère artificiel dans la mesure où elle serait susceptible de conduire à la dénaturation de l'acte en question.

En réponse à l'impasse produite par l'idée selon laquelle le caractère décisive des actes soumis à son contrôle serait une condition de recevabilité du recours exercé à leur encontre, le juge administratif a adopté, avec les arrêts *Fairvesta et Numericable*¹²⁶², une approche conséquentialiste de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

Cette jurisprudence marque une évolution dans le contentieux administratif français dans la mesure où elle permet l'intégration du droit souple des autorités de régulation dans le prétoire du juge administratif. Elle ne constitue pas une révolution, mais plutôt l'aboutissement d'un long processus jurisprudentiel : le juge administratif a admis depuis longtemps la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre des actes

¹²⁶² CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a., op. cit.* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté NC Numericable, op. cit.*

produisant des *effets juridiques*. Avec la jurisprudence précitée, il va plus loin, en liant la recevabilité de ce recours aux *effets économiques* de l'acte faisant l'objet de son contrôle.

Les arrêts *Fairvesta et Numericable* ne remettent pas en question la distinction entre le droit souple et les actes administratifs unilatéraux de régulation. Dans cette jurisprudence, le juge n'a pas qualifié les actes soumis à son examen de *décisions* afin de pouvoir les intégrer dans son champ de contrôle. Il a bien reconnu qu'ils étaient des actes de droit souple, tout en admettant finalement de les contrôler en raison de leurs *effets*.

Ce raisonnement conséquentialiste témoigne de la volonté du juge de renforcer la protection juridictionnelle des opérateurs économiques en matière de régulation. En outre, il lui a permis de consolider son office de juge de la régulation. Son office comprend désormais tant les actes administratifs unilatéraux de régulation que les actes de droit souple émis par les autorités de régulation. Si le contrôle de ces derniers est encore en germe, le contentieux des actes administratifs unilatéraux de régulation est très riche et permet de tirer diverses conclusions sur les méthodes du juge administratif en tant que juge de la régulation. Celles-ci ont considérablement évolué, afin de s'adapter aux exigences de la régulation.

Chapitre 2. L'adaptation des méthodes de contrôle des actes aux exigences de la régulation

Le contrôle des actes administratifs unilatéraux de régulation constitue le point de rencontre entre le juge administratif et le juge judiciaire : le Conseil d'État rejoint, en l'espèce, la Cour d'appel de Paris. Le premier est compétent pour se prononcer sur les autorisations, les actes réglementaires et les sanctions de l'ARCEP, de la CRE ou de l'ARAFER, alors que la seconde statue sur leurs actes adoptés par leurs formations compétentes en matière de règlement des différends. Dans cette hypothèse, la Cour d'appel de Paris se rapproche du juge administratif, parce qu'elle veille à ce que la volonté contractuelle des opérateurs ne compromette pas l'intérêt général. Elle peut, à cet effet, apporter des limitations à la liberté contractuelle des opérateurs économiques dans la mesure où celles-ci sont justifiées par l'impératif du fonctionnement concurrentiel du marché.

Y-aurait-il d'éléments communs aux différentes juridictions compétentes en matière de régulation, qui permettraient d'identifier *l'office du juge de la régulation*, celui-ci étant conçu de manière unitaire ?

Dans un article consacré à l'office du juge de la régulation, le professeur Rozen Noguellou note que le premier trait commun aux différents juges compétents pour juger des actes de régulation réside dans leur *conception uniforme des garanties procédurales*¹²⁶³. Lorsque le juge administratif et la Cour d'appel de Paris statuent sur un tel acte, ils veillent notamment au respect du principe d'impartialité et des droits de la défense. Le socle commun des garanties procédurales applicables aux autorités de régulation a été élaboré progressivement grâce à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg¹²⁶⁴ qui a ainsi pu se faire une place importante parmi les différents juges de la régulation.

¹²⁶³ R. NOGUELLOU, « L'office du juge de la régulation économique », *RDJ* 2014, n° 2, p. 329 et s., spéc. p. 330.

¹²⁶⁴ V. not. CEDH, *Dubus S.A. c. France*, *op. cit.* Sur l'application de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme par le juge administratif, v. not. CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, *op. cit.*

Le second élément constitutif de l'office du juge de la régulation reposerait, selon le professeur Rozen Noguellou, sur *les méthodes particulières* mises en œuvre lors *du contrôle au fond* des décisions des autorités de régulation. Le professeur évoque, à titre d'exemple, l'arrêt *Bouygues Telecom* du 27 avril 2009¹²⁶⁵, dans lequel le Conseil d'État, même s'il s'est prononcé dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, a tenu compte des éléments postérieurs à la date d'édiction de l'acte attaqué.

Frédéric Lenica, rapporteur public sur l'arrêt précité a souligné dans ses conclusions que le rapport au temps du juge de l'excès de pouvoir ne lui permettait pas de saisir le litige en question dans sa dimension évolutive¹²⁶⁶. Effectivement, dans les affaires de régulation importantes, comme par exemple celle relative à la délivrance de la quatrième licence de téléphonie mobile, telle ou telle décision des autorités de régulation *n'est qu'un moment* dans le processus complexe de régulation du marché. Lorsque le juge de l'excès de pouvoir statue en matière de régulation, il est loin d'être tout simplement juge de la légalité d'un acte administratif. Il est plutôt appelé à connaître *d'une situation créée à l'occasion d'un acte donné*.

Or, le recours pour excès de pouvoir implique que le juge exerce son contrôle en se situant à la *date de l'adoption* de l'acte soumis à son examen. Cela ne lui permet ni de tenir compte des évolutions normatives ou factuelles intervenues après l'adoption de l'acte attaqué, ni d'apprécier les mutations des comportements des opérateurs. Les limites temporelles qui sont intrinsèques au contrôle de l'excès de pouvoir priveraient le juge de la possibilité d'apprécier la *situation concrète* qui entoure l'adoption de l'acte faisant l'objet de son contrôle. Par ailleurs, lorsque le juge administratif est appelé à se prononcer sur un acte de droit souple, le fait de devoir se prononcer au jour de l'adoption de l'acte attaqué ne lui permettrait pas d'apprécier le caractère notable des effets induits par celui-ci.

Dans l'article précité¹²⁶⁷, le professeur Noguellou évoque également l'arrêt *France Télécom* de 2005¹²⁶⁸. Ce dernier confirme le rapport particulier entre le juge de la

¹²⁶⁵ CE, 27 avril 2009, *Sté Bouygues Télécom*, *op. cit.*

¹²⁶⁶ F. LENICA, concl. sur CE, 27 avr. 2009, *Bouygues Telecom* ; *RJEP*, juillet 2009, n° 666, comm. 34.

¹²⁶⁷ R. NOGUELLOU, « L'office du juge de la régulation économique », *op. cit.*

régulation et le temps dans la mesure où le Conseil d'État y a appliqué pour la première fois la jurisprudence *AC!*¹²⁶⁹, en modulant les effets de son annulation contentieuse dans le temps. Tant l'arrêt *France Télécom* de 2005¹²⁷⁰ que l'arrêt *Bouygues* de 2009¹²⁷¹ témoignent de l'adaptation des méthodes du juge administratif aux exigences de la régulation et participent à la réalisation de *sa politique jurisprudentielle de protection du fonctionnement concurrentiel du marché*¹²⁷². La réalisation de cette politique passe par la *promotion des objectifs de régulation*, tels que définis par le législateur et mis en œuvre par les autorités de régulation.

Juge des actes adoptés par les autorités de régulation en matière de règlement des différends, la Cour d'appel de Paris contribue à la mise en œuvre de cette politique jurisprudentielle commune aux différents juges de la régulation à travers les limites qu'elle pose à la liberté contractuelle des opérateurs lorsqu'elle constate que leur volonté entrave le libre jeu de la concurrence.

La politique jurisprudentielle de protection du fonctionnement concurrentiel du marché est réalisée avec davantage de force par le *juge administratif*, qui est le juge des actes administratifs unilatéraux de régulation « de premier rang », à savoir des autorisations d'accès au marché et des actes réglementaires qui fixent les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché.

¹²⁶⁸ CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, req. n° 247866, Rec. p. 86 ; *RFDA*, 1^{er} mars 2005, n° 2, p. 446, note P. TERNEYRE ; *DA*, 1^{er} avril 2005, n° 4, p. 26, comm. S. BLAZY et M. BAZEX ; *JCPA*, 11 avril 2015, n° 15, p. 632, note E. SAULNIER-CASSIA ; *RLC*, 1^{er} mai 2005, n° 3, p. 112, note A. CLAEYS ; *AJDA*, 16 mai 2005, n° 18, p. 997, chron. C. LANDAIS, F. LENICA ; *JCPA*, 11 juin 2005, n° 28, p. 1101, note E. BREEN ; *RFDA*, 1^{er} juillet 2005, n° 4, p. 802, concl. E. PRADA-BORDENAVE ; *Gaz Pal.*, 20 oct. 2005, n° 293, p. 37, note D. VÉRET et A. VÈVE ; *RDP*, 1^{er} nov. 2005, n° 6, p. 1643, note P. IDOUX ; *RJEP*, 1^{er} nov. 2005, n° 624, p. 355, chron. J.-H. STAHL.

¹²⁶⁹ CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC!*, req. n° 255886, Rec. p. 197.

¹²⁷⁰ CE Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, *op. cit.*

¹²⁷¹ CE, sect., 27 avr. 2009, *Sté Bouygues Télécom*, *op. cit.*

¹²⁷² Sur les critères d'identification d'une politique jurisprudentielle, v. G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, la création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 79 ; Sur la notion de politique jurisprudentielle, v. B. RICOU, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, Éditions L'Épilogue, Coll. « L'Unité du Droit », 2015 ; J.-A. SEDKY, R. BRETT, A. MICHEL et N. THIÉBAUT, *Les politiques jurisprudentielles. Actes de la journée d'études des jeunes chercheurs de l'Institut d'études de droit public (IEDP)*, Coll. Presses Universitaires de Sceaux, 2016.

Aux éléments distinctifs de l'office du juge de régulation, tels que mis en avant par le professeur Noguellou, il conviendrait ainsi d'en ajouter d'autres qui concernent tout particulièrement le juge administratif et qui sont liés à la réalisation de cette politique.

D'une manière générale, lorsqu'il statue sur un acte de régulation, le juge administratif vise, dans le cadre de l'exercice de sa fonction, à trouver la meilleure solution pour le marché dans son ensemble. Il poursuit cette finalité tant lorsqu'il valide que lorsqu'il infirme les actes adoptés par les autorités de régulation. Dans le cas où le juge administratif valide leurs actes, il confirme notamment les choix opérés par ces autorités relatifs à l'*imposition des obligations* aux opérateurs. De même, lorsqu'il censure leurs actes, il *tient compte des objectifs de régulation* et de la nécessité de protéger le droit de la concurrence. Une annulation qui aurait pu être évitée dans une autre hypothèse est finalement prononcée si le juge estime que cela s'impose par l'objectif du fonctionnement concurrentiel du marché. Cet objectif constitue le fil conducteur de ses décisions.

Afin de réaliser sa politique jurisprudentielle de protection du fonctionnement concurrentiel du marché, le juge administratif emploie des concepts et des méthodes d'interprétation classiques, tout en les adaptant au cadre particulier de la régulation. *L'adaptation de ces méthodes aux exigences de la régulation constitue un acquis important* qui témoigne de l'évolution du contrôle au fond des actes administratifs unilatéraux de régulation (Section 1). Or, malgré ces évolutions, les *méthodes d'instruction* suivies par le juge en la matière restent perfectibles ; lorsqu'il est appelé à se prononcer sur un acte administratif unilatéral de régulation, le juge administratif se trouve souvent confronté à des problèmes complexes à caractère technique ou même juridique, dont la résolution impliquerait sa collaboration avec un tiers (Section 2).

Section 1. Des acquis méthodologiques importants

Dans un souci d'assurer la protection du fonctionnement concurrentiel du marché, le Conseil d'État *attache l'ouverture du marché à l'intérêt général* et emploie une méthode *d'interprétation constructive*. Le recours à cette méthode a permis à la haute juridiction administrative de renforcer le pouvoir réglementaire des autorités de

régulation (§ 1). En outre, le concept d'intérêt général, utilisé notamment par le juge des référés en matière d'énergie et par le Conseil d'État en matière de contrôle de certains actes adoptés dans le secteur des communications électroniques, a été érigé en fondement juridique de l'ouverture du marché à la concurrence (§ 2).

§ 1. Une extension jurisprudentielle du pouvoir réglementaire des autorités de régulation

Le Conseil d'État procède à l'extension du pouvoir réglementaire des autorités de régulation, afin de les doter d'une plénitude de prérogatives leur permettant d'exercer efficacement leur mission. Le contrôle d'un acte réglementaire donné devient une occasion pour le juge d'élargir, le cas échéant, le pouvoir réglementaire de l'autorité de régulation concernée.

Ce mouvement est encadré par le principe de la hiérarchie des normes¹²⁷³. Ce principe figure comme une limite aux diverses tentatives du juge administratif visant l'extension du pouvoir réglementaire des autorités de régulation. Le respect de la hiérarchie des normes implique que toute extension du pouvoir réglementaire des autorités de régulation soit fondée uniquement sur la loi.

Avant de reconnaître un tel pouvoir à une autorité de régulation, le juge recherche, dans un premier temps, dans les dispositions législatives attributives de compétences à l'autorité concernée, afin de vérifier si celles-ci lui octroient expressément un pouvoir réglementaire. Si ce n'est pas le cas, le juge fait découler de ces dispositions un pouvoir réglementaire au profit de l'autorité en question grâce à l'emploi d'une méthode d'interprétation constructive (B). Or, soucieux en même temps de respecter la hiérarchie des normes, le juge administratif censure toute tentative de délégation d'un pouvoir réglementaire au profit des autorités de régulation par les autorités centrales de l'État qui sont investies d'un tel pouvoir par le législateur (A).

¹²⁷³ Sur les rapports entre le pouvoir réglementaire des autorités de régulation et la hiérarchie des normes, v. *supra*, p. 126 s.

A. Une extension par subdélégation censurée

Les autorités de régulation ne peuvent se voir attribuer un pouvoir réglementaire qu'en vertu d'une loi qui doit l'aménager de telle manière qu'il soit limité quant à son champ d'application et son contenu. Elles ne pourraient pas se voir *subdéléguer* un tel pouvoir par les autorités centrales de l'État quitte à méconnaître la délégation consentie par la loi au pouvoir réglementaire. Le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur une telle subdélégation à deux reprises, en sanctionnant le renvoi d'une compétence réglementaire opéré par un arrêté au profit de la CRE (1) et par un décret au profit de la Haute autorité de santé (2).

1. Le cas du renvoi par arrêté

C'est dans l'arrêt *Fédération française des installateurs électriciens*¹²⁷⁴ que le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer pour la première fois sur la question de la subdélégation d'un pouvoir réglementaire à une autorité de régulation. En l'espèce, le juge était appelé à préciser si la CRE était compétente pour approuver les barèmes établis par les gestionnaires de réseaux pour la facturation des opérations de raccordement des utilisateurs aux réseaux publics de distribution d'électricité concédés à eux.

La haute juridiction administrative a d'abord rappelé la disposition législative qui repartait l'exercice des compétences en la matière, à savoir l'article 18 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité¹²⁷⁵. Cet article prévoit que le maître d'ouvrage peut bénéficier d'une contribution couvrant les coûts de branchement et d'extension des réseaux d'électricité non couverts par les tarifs d'utilisation des réseaux publics. En outre, il confie aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie le pouvoir de fixer les principes généraux employés pour fixer cette contribution après consultation des organisations nationales qui représentent les collectivités organisatrices de la

¹²⁷⁴ CE, Sect., 23 déc. 2011, *Fédération française des installateurs électriciens*, req. CE, 23 déc. 2011, req. n°s 316596, 316597, 316598, 316599 et n° 316600, mentionné aux tables Lebon ; *RJEP*, octobre 2012, n° 701, comm. 50, concl., F. ALADJIDI.

¹²⁷⁵ JORF n° 35 du 11 février 2000, p. 2143, texte n° 1.

distribution publique d'électricité, et après avis de la CRE. En ce sens, la contribution due au maître d'ouvrage des travaux et de raccordement est fixée par *arrêté ministériel*.

Ensuite, le juge a examiné l'arrêté fixant les principes de calcul de cette contribution, adopté en vertu de la loi susmentionnée. L'arrêté *renvoyait* à la CRE la compétence pour approuver les barèmes établis par les gestionnaires de réseaux portant sur les opérations de raccordement des utilisateurs aux réseaux publics de distribution d'électricité qui leur étaient concédés.

Cette subdélégation de compétence à la CRE a été sanctionnée par le Conseil d'État. La haute juridiction administrative a considéré qu'une autorité investie par le législateur d'un pouvoir réglementaire ne pouvait pas déléguer ce même pouvoir à une autre autorité. En l'espèce, la compétence d'approbation des barèmes relevait, en vertu de la loi, des ministres chargés de l'économie et de l'énergie. La subdélégation de ce pouvoir au régulateur était contraire à la Constitution parce qu'elle méconnaissait les exigences posées par le Conseil constitutionnel qui font du pouvoir réglementaire dévolu à une autorité autre que le Premier ministre un pouvoir limité dans son champ d'application et son contenu¹²⁷⁶. Le Conseil d'État a ainsi annulé la décision de la CRE, parce qu'elle excédait « les limites de la **compétence réglementaire subsidiaire** lui ayant été accordée par le législateur »¹²⁷⁷.

La haute juridiction administrative a également eu l'occasion de se prononcer sur la question de la subdélégation du pouvoir réglementaire dans un arrêt *Société Arthus Consulting* concernant la Haute autorité de santé¹²⁷⁸. Même si cet arrêt ne concerne pas une autorité de régulation, son examen est nécessaire dans la mesure où il confirme la position hostile du juge administratif face à la subdélégation de compétence réglementaire au profit des autorités administratives indépendantes, dont font partie les autorités de régulation, par les autorités centrales de l'État. À la différence de l'arrêt précédent, le renvoi de compétence réglementaire a été effectué en l'espèce par décret.

¹²⁷⁶ Sur ce point, v. *supra*, p. 136 s.

¹²⁷⁷ CE, Sect., 23 déc. 2011, *Fédération française des installateurs électriciens*, *op. cit.*, consid. 4 (nous soulignons).

¹²⁷⁸ CE, 17 novembre 2010, *Société Arthus Consulting*, Rec. p. 920 ; *AJDA* 2011, p. 337, concl. M.VIALETTES.

2. *Le cas du renvoi par décret*

Dans l'affaire *Société Arthus Consulting*¹²⁷⁹, la disposition législative attributive de compétence était l'article L. 4133-1-1 du code de la santé publique qui impose aux médecins de se soumettre à une évaluation de leur pratique professionnelle et renvoie à *un décret* le soin de prévoir les modalités de son application.

Le décret pris conformément à l'article précité¹²⁸⁰ renvoyait, à son tour, *au règlement intérieur* de la Haute autorité de santé le soin de préciser les conditions de délivrance et la durée de l'agrément des organismes compétents pour assurer l'évaluation des pratiques professionnelles. Le Conseil d'État a été alors confronté à la question de la légalité de la subdélégation à laquelle procédait ce décret¹²⁸¹.

Le juge a considéré qu'une fois que la loi impose que les modalités d'application de la loi relative à l'évaluation de la pratique professionnelle soient précisées par décret, cette compétence ne pouvait pas être déléguée à la Haute autorité de santé.

D'une manière générale, la délégation du pouvoir réglementaire peut soit être expressément autorisée par la Constitution, comme c'est le cas des ministres en vertu de l'article 21 de la Constitution, soit permise par la loi. Le Premier ministre peut renvoyer à un arrêté ministériel ou interministériel l'exercice de certains de ses pouvoirs réglementaires. Or, lorsque la loi précise qu'une mesure réglementaire doit être arrêtée par le Premier ministre par décret, celui-ci ne peut pas renvoyer à un arrêté le soin de la prendre¹²⁸². De même, un arrêté pris sur le fondement d'un décret ne peut pas renvoyer à un organisme consultatif le soin de prendre des mesures qui auraient dû être prises par ledit arrêté¹²⁸³. Le moyen fondé sur l'irrégularité d'une subdélégation étant un *moyen*

¹²⁷⁹ *Ibid.*

¹²⁸⁰ Décret n° 2005-346 du 14 avril 2005 relatif à l'évaluation des pratiques professionnelles, JORF n° 88 du 15 avril 2005, p. 6730, texte n° 4.

¹²⁸¹ *Ibid.*

¹²⁸² En ce sens, v. CE, Sect. 2 nov. 1962, *Géraud*, Rec. p. 587, cit. par M. VIALETES, *in concl.* sur CE, 17 novembre 2010, *Société Arthus Consulting*, *op. cit.*

¹²⁸³ Sur ce point, v. CE, Sect. 5 déc. 1975, *Delcros, Ragot et autres*, Rec. p. 631 ; CE, Ass., 30 juin 2000, *Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen*, Rec. p. 252, cit. par M. VIALETES, *ibid.*

*d'ordre public*¹²⁸⁴, le juge peut le soulever à tout moment envers un acte pris en application de la subdélégation, malgré la règle de la prohibition de l'*ultra petita*¹²⁸⁵.

Des développements précédents, il s'ensuit que le juge administratif veille notamment au respect de l'indisponibilité des compétences en matière de régulation. Le principe de la hiérarchie des normes qui sous-tend l'indisponibilité des compétences serait une limite à la réalisation de la politique jurisprudentielle du juge administratif tenant au renforcement du pouvoir réglementaire des autorités de régulation.

Le respect de la hiérarchie des normes prime sur cette politique jurisprudentielle lorsque la compétence réglementaire d'une autorité de régulation ne peut être fondée sur aucun texte, mais émane d'une subdélégation consentie par une autre autorité.

En revanche, s'il y a un texte législatif qui pourrait éventuellement fonder un pouvoir réglementaire au profit d'une autorité de régulation, le juge administratif procède à une démarche particulière, dans un souci de concilier le respect de la hiérarchie des normes avec la nécessité d'assurer l'efficacité des autorités de régulation. Plus précisément, lorsque l'examen attentif des différents textes qui s'appliquent aux autorités de régulation ne fait pas apparaître expressément un pouvoir réglementaire à leur profit, le juge identifie les dispositions susceptibles de fonder un tel pouvoir et les *appréhende de manière large et constructive*.

B. Une extension réalisée à travers l'interprétation constructive des textes attributifs de compétence par le juge administratif

Le Conseil d'État se montre particulièrement favorable à la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation. Fidèle à l'exigence selon laquelle le pouvoir réglementaire de ces autorités doit être ancré dans la loi, il cherche toujours à identifier les diverses dispositions susceptibles de lui servir de fondement (1). Si le

¹²⁸⁴ En ce sens, v. CE, 14 janvier 1987, *Mme Gosset*, Rec. p. 539.

¹²⁸⁵ Sur les moyens d'ordre public dans le contentieux administratif, v. not. J.-L. PISSALOUX, « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDJ* 1999, p. 781 ; C. DEBOY, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Thèse, PUF, 1980 ; J.-P. JACQUÉ, « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Mél. en l'honneur du Professeur Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 229 s.

pouvoir réglementaire des autorités de régulation ne ressort pas directement des textes attributifs de compétence, le juge administratif cherche à en faire découler un tel pouvoir à leur profit, en se fondant sur la volonté présumée du législateur (2).

1. La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire s'appuyant directement sur un texte législatif

Dans une affaire *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*¹²⁸⁶, la haute juridiction administrative a validé la compétence réglementaire de l'ARCEP consistant à préciser les conditions techniques et financières relatives à la communication, par les opérateurs, des listes d'abonnés. Plus précisément, le juge était appelé à se prononcer en l'espèce sur l'arrêté homologuant une décision qui fixait 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 renseignements¹²⁸⁷.

L'association requérante considérait que la décision de l'ARCEP limitait la liberté contractuelle des opérateurs. Dans cette décision, le régulateur précisait minutieusement les modalités techniques de la cession de la liste d'abonnés, les critères sur lesquels devait se fonder la tarification à adopter, ainsi que les conditions de rétribution des opérateurs pour l'usage fait par les annuairistes des listes d'abonnés ou d'utilisateurs cédées. En outre, il déterminait un calendrier de fixation des tarifs par les opérateurs que ces derniers étaient tenus d'intégrer dans leurs contrats avec les annuairistes¹²⁸⁸. S'appuyant sur *une série de dispositions* du Code des postes et des communications électroniques¹²⁸⁹, le Conseil d'État a reconnu une compétence réglementaire étendue au profit de l'ARCEP en matière de fixation des conditions des listes d'abonnés, rejetant ainsi la requête de l'association.

¹²⁸⁶ CE, Sect., 19 mai 2008, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, req. n° 305970 ; *Gaz. Pal.*, 25 octobre 2008, n° 299, p. 44, note F. FORSTER.

¹²⁸⁷ V. l'arrêté du 8 mars 2007 homologuant la décision n° 2006-0639 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, adopté en vertu de l'art. L. 36-6 du CPCE, *JORF*, 24 mars 2007.

¹²⁸⁸ Pour une présentation détaillée de l'acte de l'ARCEP, v. F. FORSTER, *op. cit.*

¹²⁸⁹ Plus précisément, il s'est fondé sur les articles L. 33-1, L. 34 et L. 36-6 du CPCE.

Telle a été également l'approche du Conseil d'État dans l'affaire *UFR-Que Choisir*¹²⁹⁰. En se penchant encore une fois sur *une lecture combinée de* différentes dispositions du CPCE¹²⁹¹, le Conseil d'État a finalement validé la mesure réglementaire de l'ARCEP prévoyant une baisse progressive des plafonds tarifaires. Le juge a considéré que l'Autorité « peut recourir, *si elle l'estime utile*, à une mesure d'encadrement pluriannuel des tarifs » pour s'assurer que les opérateurs se conforment à l'obligation pesant sur eux en vertu du droit de l'Union européenne de fixer des tarifs reflétant les coûts. La formulation « si elle l'estime utile » est révélatrice de *la large marge de manœuvre* reconnue par le juge au profit de l'ARCEP quant à l'exercice de son pouvoir réglementaire.

Dans les deux affaires précitées, le pouvoir réglementaire des autorités concernées ressortait assez clairement de la loi. Or, tel n'est pas toujours le cas. Le législateur intervient au sein des secteurs techniques qui évoluent constamment. Il est ainsi très difficile d'anticiper les mutations qui interviendront au cours de la régulation.

Le juge administratif a développé une **méthode d'interprétation constructive** qui lui permet de pallier à l'impossibilité du législateur de tout prévoir au moment de la définition des compétences des autorités de régulation¹²⁹². Cette technique d'interprétation est particulièrement employée en droit allemand des contrats où elle désigne la démarche du juge consistant à identifier, en cas d'omission par les parties au contrat, par référence à l'économie générale et au but du contrat, la volonté qu'elles

¹²⁹⁰ CE, 19 mai 2008, *Fédération nationale UFC-Que Choisir*, req. n° 311197 ; *AJDA* 2008, p. 1748, note P.-A. JEANNENEY.

¹²⁹¹ Le juge a combiné l'art. L. 38-I, al. 4, I, 4° du CPCE, qui prohibe aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché de communications électroniques donné de pratiquer des prix excessifs et leur impose de pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants, avec l'article D. 311 du même code. L'art. D. 311 du CPCE confie à l'ARCEP la compétence pour élaborer un encadrement pluriannuel des tarifs et pour préciser, en tant que de besoin, les mécanismes de recouvrement des coûts, les méthodes de tarification ou de comptabilisation des coûts. En outre, il oriente l'ARCEP dans l'exercice de son pouvoir réglementaire vers la satisfaction des objectifs précis. Il lui impose notamment de s'assurer que « les méthodes retenues promeuvent l'efficacité économique, favorisent une concurrence durable et optimisent les avantages pour le consommateur ».

¹²⁹² Sur cette difficulté, v. J. MARIMBERT, « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », *LPA*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 41.

auraient exprimée si elles n'avaient pas omis de régler la question en cause, selon les exigences de la bonne foi et la pratique des affaires¹²⁹³.

Outil d'interprétation important dont dispose le juge lorsqu'il est confronté à des questions relatives à la compétence réglementaire des autorités de régulation, l'interprétation constructive lui permet de consolider leurs pouvoirs. Soucieux de respecter la hiérarchie des normes, le juge, même lorsqu'il a recours à cette technique, *s'appuie sur un texte législatif* avant de reconnaître un pouvoir réglementaire à l'autorité de régulation concernée. Si le texte mobilisé ne paraît pas confier un tel pouvoir à l'autorité de régulation en question, le juge cherche à fonder ce pouvoir sur la *volonté présumée* du législateur, telle qu'elle résulte de la disposition mobilisée¹²⁹⁴. Par conséquent, à travers cette méthode d'interprétation, le juge ne crée pas une norme, mais *dévoile une norme cachée, sous-entendue*.

2. La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au profit des autorités de régulation en application d'une méthode d'interprétation constructive

L'interprétation constructive des dispositions attribuant des compétences aux autorités de régulation est un acquis méthodologique considérable qui a permis au juge administratif de faciliter ces autorités dans l'exercice de leur mission, tout en s'assurant en même temps du respect des exigences liées à la légalité administrative et la hiérarchie des normes. L'interprétation constructive est un instrument précieux pour la réalisation de la politique jurisprudentielle de protection du fonctionnement concurrentiel du marché, dans la mesure où elle contribue au renforcement des compétences des autorités de régulation.

¹²⁹³ En ce sens, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Les arrêts "Paragon Finance" et "Rice v. Great Yarmouth Borough Council" : où l'on voit le droit anglais recourir à diverses techniques d'interprétation des contrats afin de contrôler l'exercice des pouvoirs contractuels », *Revue des contrats*, 1^{er} avril 2004, n° 2, p. 483.

¹²⁹⁴ Cela fait penser à la question des pouvoirs implicites en droit administratif. Sur cette question, v. A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, Thèse, Université Lille 2, 2007 ; J.-C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, t. 2, p. 795 s. ; F. MAUGER, *Les pouvoirs implicites en droit administratif français*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Bibliothèque Cujas, 2013.

La jurisprudence *Sté AXS Télécom et Sté Esprit Télécom* est une première illustration de l'emploi de cette méthode en matière de pouvoir réglementaire des autorités de régulation¹²⁹⁵. Dans ses conclusions sur cet arrêt, Patrick Hubert a rappelé que : « la jurisprudence déduit de l'article 21 de la Constitution qu'une autorité administrative indépendante ne dispose d'un pouvoir réglementaire qu'en cas d'habilitation législative expresse dont les termes sont examinés avec soin par le juge »¹²⁹⁶.

Cependant, dans un souci de renforcer le rôle de l'ARCEP (ART à l'époque) au sein du marché des communications électroniques, le commissaire du gouvernement a procédé à une interprétation constructive de l'article 36-6 du CPCE.

En l'espèce, aucune loi ne reconnaissait expressément à l'ARCEP le pouvoir de fixer les conditions d'attribution et de réservation des préfixes simples. Patrick Hubert a ainsi dû *faire découler ce pouvoir d'une habilitation législative semi-tacite*, car « nécessairement voulue par le législateur mais se traduisant par une rédaction ambiguë »¹²⁹⁷. Le fait que la compétence en question n'a pas été introduite dans les dispositions relatives au pouvoir réglementaire des autorités de régulation relevait, selon lui, « sans doute d'un oubli »¹²⁹⁸.

Si poussée soit-elle, cette interprétation permet de concilier le respect de la hiérarchie des normes avec la nécessité de consolider les compétences réglementaires de l'ARCEP en vue de lui permettre d'exercer plus efficacement sa mission. Le commissaire du gouvernement a essayé d'établir un lien entre le pouvoir réglementaire de l'Autorité et le législateur, en évitant de rattacher ce pouvoir à la fonction poursuivie par elle ou à une autre source extérieure à la hiérarchie des normes¹²⁹⁹. S'appuyant notamment sur les travaux préparatoires de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 qui a introduit l'article L. 36-6 du CPCE, il s'est intéressé à la *ratio legis*, à l'esprit qui animait la loi¹³⁰⁰.

¹²⁹⁵ CE, Ass., 26 juin 1998, *Sté AXS Télécom, Sté Esprit Télécom France*, CJEG 1998, p. 379, concl. P. HUBERT ; AJDA 1998, p. 565, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR.

¹²⁹⁶ P. HUBERT, concl. sur CE, ass., 26 juin 1998, *Sté AXS Télécom, Sté Esprit Télécom France*, *ibid.*

¹²⁹⁷ *Ibid.*

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ Pour un exemple d'emploi de la même technique d'interprétation par la Cour d'appel de Paris, v. CA Paris, 28 avril 1998, *France Telecom c/ Paris T.V. Câble*, AJDA 1998, p. 835, note I. DE SILVA (à propos d'une affaire concernant les réseaux câblés aux services de télécommunication).

¹³⁰⁰ En ce sens, v. F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, chron. sur CE, ass., 26 juin 1998, *Sté AXS Télécom, Sté Esprit Télécom France*, *op. cit.*

La même technique d'interprétation a été utilisée dans un arrêt *Sté AT et T Global Network Services France et autres*¹³⁰¹. Dans cette affaire, il était notamment question de savoir si l'ARCEP tenait de la loi la compétence pour fixer les règles d'une collecte semestrielle de certaines informations relatives aux conditions techniques et tarifaires d'interconnexion et d'acheminement des données auprès des opérateurs de communications électroniques. Soucieux de protéger le principe de neutralité du Net¹³⁰², le Conseil d'Etat a reconnu une compétence réglementaire au profit de l'ARCEP consistant à imposer aux exploitants des réseaux de lui fournir périodiquement des informations dont ils disposent en ce qui concerne les conditions techniques et financières des opérateurs sur les marchés de l'interconnexion et de l'acheminement des données.

D'une manière générale, la loi confie à l'ARCEP la compétence de recueillir auprès des exploitants de réseaux de communications électroniques ou des fournisseurs de services de communications électroniques les informations ou les documents nécessaires permettant de faire en sorte que soient respectées les obligations qui leur sont imposées par le Code des postes et des communications électroniques ou par les textes pris pour son application¹³⁰³.

L'acte réglementaire attaqué en l'espèce¹³⁰⁴ fixait une obligation pour certains opérateurs et ne prévoyait qu'une faculté au profit de l'ARCEP. D'un côté, il imposait aux opérateurs de communications électroniques soumis à l'obligation de se déclarer auprès de l'ARCEP au titre de l'article L. 33-1 du CPCE¹³⁰⁵, de faire parvenir à l'ARCEP, chaque six mois, différentes informations concernant leurs conditions techniques et tarifaires d'interconnexion et d'acheminement des données. De l'autre

¹³⁰¹ CE, sect., 10 juill. 2013, *Sté AT et T Global Network Services France et a.*, req. n^{os} 360397 et 360398 ; DA 2014, n^o 1, comm. 7, p. 50, note M. BAZEX ; RJEP 2014, n^o 718, p. 21, concl. D. BOTTEGHI ; AJDA 2013, p. 1953, note E. GLASER.

¹³⁰² Sur ce principe, v. M. BAZEX, note sous CE, sect., 10 juill. 2013, *Sté AT et T Global Network Services France et a.*, *ibid.*

¹³⁰³ Art. L. 36-13 du CPCE.

¹³⁰⁴ Il s'agissait de la décision n^o 2012-0366 de l'ARCEP en date du 29 mars 2012 relative à la mise en place d'une collecte d'informations sur les conditions techniques et tarifaires de l'interconnexion et de l'acheminement de données ; JORF n^o0095 du 21 avril 2012, texte n^o 83.

¹³⁰⁵ L'obligation de déclaration auprès de l'ARCEP pesait sur les opérateurs possédant au moins un système autonome interconnecté avec au moins deux autres systèmes autonomes.

côté, cet acte permettait à l'ARCEP de recueillir, à sa demande, les informations susmentionnées tant auprès des opérateurs de communications électroniques non soumis à l'article L. 33-1 du CPCE qu'auprès « (...) des personnes fournissant un service de communication au public en ligne qui ont engagé une démarche active afin que leurs services ou contenus soient utilisés ou consultés par des utilisateurs finals en France »¹³⁰⁶.

Le pouvoir réglementaire de l'ARCEP en la matière ne ressortait pas clairement des dispositions régissant son activité¹³⁰⁷. En outre, comme le soulignait D. Botteghi, rapporteur public sur cette affaire, la reconnaissance, au profit de l'ARCEP, d'un pouvoir réglementaire concernant la collecte des informations relatives aux conditions techniques et tarifaires pratiquées par les opérateurs se heurtait au fait que l'article mobilisé pour justifier cette compétence subordonnait « (...) l'intervention de l'autorité " à une décision motivée ", ce qui fait davantage référence à une décision individuelle que réglementaire, non astreinte à une obligation de motivation »¹³⁰⁸. Malgré tout, à travers une combinaison de différentes dispositions du CPCE¹³⁰⁹, le rapporteur public a finalement considéré que la loi avait procédé en l'espèce à une délégation du pouvoir réglementaire au profit de l'ARCEP.

Il a notamment *interprété largement* le verbe « recueillir » qui figurait dans la loi, en considérant qu'il comprend la possibilité pour le régulateur *de déterminer par acte réglementaire la liste générale des informations qui devaient être rassemblées*. Dès lors, l'ARCEP était dispensée de l'obligation de s'adresser à chaque opérateur par acte individuel pour lui demander des informations.

Le Conseil d'État a suivi l'avis de son rapporteur public. Il a ainsi validé le pouvoir réglementaire de l'ARCEP, même si celui-ci ne découlait pas aisément des dispositions du Code des postes et des communications électroniques. La haute juridiction administrative « (...) a été sensible au fait que si l'ARCEP tenait des textes la

¹³⁰⁶ ARCEP, Décision n° 2012-0366, *op. cit.*

¹³⁰⁷ En ce sens, v. E. GLASER, note sous CE, sect., 10 juill. 2013, *Sté AT et T Global Network Services France et a., op. cit.*

¹³⁰⁸ D. BOTTEGHI, concl. sur CE, sect., 10 juill. 2013, *Sté AT et T Global Network Services France et a., op. cit.*

¹³⁰⁹ Le rapporteur public suggérait une lecture combinée des articles L. 35-4 et L. 36-13 du CPCE.

possibilité de demander individuellement aux opérateurs concernés, par des décisions motivées, le cas échéant répétées tous les six mois, de lui fournir les informations en cause, il était **plus expédient d'autoriser** cette autorité à formaliser cette obligation générale dans un texte réglementaire »¹³¹⁰. La reconnaissance d'un tel pouvoir à son profit s'expliquait par la nécessité de renforcer l'efficacité de son action.

Cet arrêt révèle la politique jurisprudentielle du Conseil d'État en matière de contrôle du pouvoir réglementaire des autorités de régulation : le juge appréhende les règles relatives à leur compétence sous la lumière de la meilleure protection des objectifs de régulation. Une telle grille de lecture implique que la haute juridiction administrative se livre à une interprétation extensive de ces règles qui lui permet d'élargir les blocs de compétence des autorités de régulation.

La technique d'interprétation constructive a permis au Conseil d'État non seulement de valider un pouvoir réglementaire mis en œuvre par les autorités de régulation, mais également *d'instaurer une obligation* à leur égard d'exercer un tel pouvoir sous certaines conditions. Appelé à se prononcer sur la compétence de la CRE dans une affaire concernant le secteur du gaz naturel, le Conseil d'État a posé un principe important, selon lequel il incombe au régulateur de modifier, même en cours de période tarifaire, le niveau et la structure des tarifs d'utilisation des réseaux de transport de gaz naturel, s'il constate l'avènement ou le risque de production d'un écart important, entre le revenu autorisé d'un gestionnaire et ses coûts¹³¹¹.

La haute juridiction administrative a dégagé cette obligation de l'article L. 452-1 du code de l'énergie qui dispose que : « (...) les tarifs d'utilisation des réseaux de transport et de distribution de gaz naturel et des installations de gaz naturel liquéfié (...) sont établis de manière transparente et non discriminatoire afin de couvrir l'ensemble des coûts supportés ».

¹³¹⁰ E. GLASER, note sous CE, sect., 10 juill. 2013, *Sté AT et T Global Network Services France et a.*, *op. cit.* (nous soulignons).

¹³¹¹ CE, Sect., 7 nov. 2013, *Sté Transport et Infrastructures Gaz France*, req. n° 362092. V. également la jurisprudence postérieure : CE, 25 sept. 2015, *Sté Le Caloch consultant*, req. n° 386077 ; CE, 25 sept. 2015, *Sté Storengy*, req. n° 369055.

La compétence de modification du niveau des tarifs ne ressortait pas de la lettre de cet article. Dès lors, ce n'est que suite à une interprétation extensive de ce dernier que la CRE s'est vue compétente de procéder à une telle modification. Le Conseil d'État ne s'est pas contenté d'ailleurs de reconnaître un simple pouvoir de la CRE en la matière, mais il a instauré une véritable obligation à son égard. Il a doté la CRE d'un pouvoir d'action significatif, en lui rappelant qu'elle est tenue d'en user si elle constate la réunion de certaines conditions liées à la situation financière des gestionnaires du réseau. Le rappel de ce devoir de vigilance révèle l'importance particulière que rattache le juge administratif à la fonction de régulation du marché, ainsi que son souci de renforcer le rôle du régulateur en matière tarifaire.

Le Conseil d'État a adopté une approche similaire dans un arrêt *Bouygues Télécom* du 9 octobre 2015 portant sur les pouvoirs de l'ARCEP en matière de contrats d'itinérance¹³¹². Comme il a été déjà exposé, l'ouverture du marché de la téléphonie mobile à un quatrième opérateur a été accompagnée de certaines mesures visant à compenser son arrivée tardive par rapport à ses concurrents¹³¹³. Après plusieurs négociations, la société Free, nouveau entrant sur le marché, a conclu le 2 mars 2011 un accord d'itinérance avec Orange qui lui offrait la possibilité d'accéder à son réseau 2G et 3G.

Ce contrat a été nécessaire pour permettre au quatrième opérateur de s'installer sur le marché de la téléphonie mobile. Or, si le traitement différent réservé à la société Free par rapport à ses concurrents se justifiait en 2009, selon le Conseil d'État, par l'intérêt général se rattachant à l'ouverture du marché de la téléphonie mobile à un quatrième opérateur¹³¹⁴, il n'apparaissait plus justifié en 2015. En effet, les conditions d'exercice de la concurrence au sein de ce marché ont évolué depuis 2009, celui-ci ayant acquis un certain niveau de maturité. Par conséquent, il se posait la question de la suppression éventuelle des avantages compensatoires octroyés à Free par le contrat d'itinérance conclu avec Orange.

¹³¹² CE, 9 oct. 2015, *Sté Bouygues Télécom*, req. n° 379579 et n° 382945 ; *DA*, janvier 2016, p. 37, comm. M. BAZEX et R. LANNEAU ; *JCP A*, 23 mai 2016, n° 20, p. 18, note A. LAGET-ANNAMAYER.

¹³¹³ Sur ce point, v. *supra*, p. 265 s.

¹³¹⁴ Sur ce point, v. CE, sect., 27 avr. 2009, *Sté Bouygues Télécom*, *op. cit.*

L'opérateur Bouygues Télécom a ainsi saisi l'ARCEP, afin qu'elle mette fin ou qu'elle modifie ce contrat. Se heurtant à une décision de refus de l'ARCEP, il a contesté ce refus devant le Conseil d'État.

Le juge administratif a considéré qu'à la date où l'ARCEP a pris sa décision de refus (mai 2014), elle n'était pas compétente pour modifier ou faire cesser, comme le lui demandait Bouygues Télécom, le contrat d'itinérance conclu entre Orange et Free.

Cette compétence n'a été conférée à l'Autorité qu'en 2015, avec la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (« loi Macron »)¹³¹⁵. L'article 122 de cette loi a inséré dans le Code des postes et des communications électroniques l'article L. 34-8-1-1 qui habilite l'ARCEP à demander, après avis de l'Autorité de la concurrence, la modification ou l'extinction des conventions d'itinérance déjà conclues entre les différents opérateurs, lorsqu'elle constate que cela est nécessaire à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 CPCE ou au respect des engagements souscrits au titre des autorisations d'utilisation de fréquences radioélectriques par les opérateurs parties à ces conventions¹³¹⁶. Bien que ce nouveau pouvoir de l'ARCEP en matière d'itinérance puisse mettre en jeu la sécurité des contrats, il figure en même temps comme un instrument utile pour la régulation du marché des communications électroniques.

Dans le cadre de sa mission de supervision du marché de téléphonie mobile, il revient à l'ARCEP de mesurer son caractère concurrentiel. À l'issue de ce travail de supervision, l'Autorité serait tenue de faire disparaître les mesures initialement destinées à accroître la concurrence si celles-ci ne sont plus nécessaires eu égard à cette finalité. Les contrats d'itinérance seraient voués à disparaître une fois atteint l'objectif d'ouverture à la concurrence. Sinon, la pérennisation du partage des infrastructures pourrait freiner l'investissement et l'innovation ou favoriser les ententes anticoncurrentielles¹³¹⁷.

¹³¹⁵ JORF n° 0181 du 7 août 2015, p. 13537, texte n° 1.

¹³¹⁶ Sur ce pouvoir, v. S. SORIANO, « Internet – Un enjeu de régulation qui dépasse le droit de la concurrence », interview réalisé par W. J. MAXWELL, *Concurrences* 2016, n° 1, p. 8.

¹³¹⁷ En ce sens, v. Aut. de la conc., Avis n° 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles, publié sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/13a08.pdf>.

La haute situation administrative s'était confrontée à une situation particulière. D'un côté, elle ne pouvait pas appliquer la nouvelle législation, vu que le recours pour excès de pouvoir impose au juge de se placer au jour de la décision attaquée. Or, de l'autre côté, le Conseil d'État ne pouvait pas ignorer l'accroissement important des compétences de l'ARCEP en matière de contrats d'itinérance.

Le Conseil d'État a rappelé que l'ARCEP n'était pas compétente « en l'état du droit alors applicable » pour mettre en terme ou modifier une convention d'itinérance déjà conclue. La référence à l'« état du droit alors applicable » signifie bien que la décision ne pouvait pas être lue sans tenir compte de l'évolution intervenue avec la « loi Macron »¹³¹⁸. Or, ne pouvant pas se pencher sur cette dernière, la haute juridiction administrative a annulé la décision de refus attaquée, en mobilisant une méthode qui lui est chère en matière de régulation. Elle a utilisé trois articles du Code des postes et des communications électroniques¹³¹⁹ pour en faire ressortir l'obligation pesant sur l'ARCEP « (...) au titre de sa mission de contrôle et de régulation, de veiller à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques, ainsi qu'à la promotion, lorsque cela est approprié, d'une concurrence fondée sur les infrastructures »¹³²⁰.

Ensuite, le Conseil d'État a considéré qu'en refusant « (...) par principe, de réexaminer, au vu de l'évolution de la concurrence entre les opérateurs, les conditions d'accès à l'itinérance dont bénéficiait la société Free », l'Autorité a « méconnu l'étendue de ses pouvoirs »¹³²¹. Selon le juge, c'est le fait que l'ARCEP n'a pas examiné « par principe » même les conditions d'accès à l'itinérance qui justifierait l'annulation de la décision attaquée. La lecture extensive des dispositions du Code des postes et des communications électroniques a permis au juge d'en faire ressortir une obligation pesant sur le régulateur de revoir les conditions de partage du réseau ou, au moins, de

¹³¹⁸ M. BAZEX et R. LANNEAU, comm. sur CE, 9 oct. 2015, *Sté Bouygues Télécom*, req. n^{os} 379579 et n^o 382945 ; *DA*, janvier 2016, p. 37.

¹³¹⁹ Art. L. 32-1, L. 42-1, et L. 36-7.

¹³²⁰ CE, 9 oct. 2015, *Sté Bouygues Télécom*, *op. cit.*, consid. 6.

¹³²¹ *Ibid.*

ne pas être hostile « par principe » à une telle révision. Le juge a ainsi sanctionné plus le *comportement* du régulateur à *propos* de l'acte attaqué que l'acte lui-même¹³²².

Utilisée par le juge administratif pour préciser les compétences réglementaires des autorités de régulation, la méthode de l'interprétation constructive trouve son pendant conceptuel dans la notion d'intérêt général. Appelé à se prononcer sur des actes administratifs unilatéraux de régulation, le juge administratif a eu recours à plusieurs reprises à cette notion cardinale du droit administratif et à ses notions « satellites », en faisant de celles-ci un fondement de l'ouverture du marché à la concurrence.

§ 2. *Le rattachement de la libéralisation du marché à l'intérêt général*

L'ouverture du marché à la concurrence constitue un objectif de valeur constitutionnelle. Plus précisément, le Conseil constitutionnel a reconnu un tel caractère à la libéralisation du marché de l'énergie et du gaz, faisant ainsi entrer la règle de concurrence dans le bloc de constitutionnalité¹³²³. Appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi de transposition des deux directives du 26 juin 2003 relatives à l'ouverture à la concurrence des marchés de l'électricité et du gaz¹³²⁴, le Conseil

¹³²² L'ARCEP a opté pour une modalité de mise en œuvre particulière de cet arrêt. Celle-ci a été assurée à travers la publication, par l'Autorité, des lignes directrices qu'elle a d'ailleurs mises à consultation publique (sur ce point, v. le lien suivant : http://www.arcep.fr/index.php?id=8571&tx_gsactualite_pi1%5Buid%5D=1789&tx_gsactualite_pi1%5BbackID%5D=26&cHash=5bc6d98e3156b20644eb7a743987d232). Si intéressante puisse-t-elle paraître sur le plan de la technique juridique, une telle modalité de mise en œuvre d'un arrêt pose des interrogations. Le recours à des instruments de droit souple pour tirer les conséquences d'une décision de justice risquerait de compromettre l'autorité de chose jugée attachée à cette même décision. Dénuées de force contraignante, les lignes directrices de l'ARCEP seraient susceptibles de ne pas être suivies par les personnes touchées par la décision du Conseil d'État. D'une manière générale, la participation des destinataires des lignes directrices adoptées pour exécuter une décision à leur élaboration pourrait avoir des effets pervers. Dans un souci de promouvoir leurs propres intérêts, ceux-ci seraient tentés d'adresser à l'autorité compétente des propositions allant à l'encontre de la solution donnée par le juge. Ce risque de capture du régulateur est plus accru lorsque les opérateurs participent à la confection d'un acte de droit souple que lorsqu'ils prennent part à l'élaboration d'un acte administratif unilatéral de régulation. En effet, dès lors que les actes de droit souple sont adoptés dans un contexte d'absence de formalisme, il serait plus probable pour le régulateur d'être influencé par la position des opérateurs.

¹³²³ En ce sens, v. M. BAZEX, note sous Cons. const., déc. n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006., *Loi relative au secteur de l'énergie* ; *Cont. conc. consom.*, janvier 2007, n° 1, comm. 14.

¹³²⁴ 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 ; JOUE n° L 176, 15 juill. 2003, p. 37 ; Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 96/30/CE du gaz ; JOUE n° L 176, 15 juill. 2003, p. 57.

constitutionnel a déclaré inconstitutionnelles ses dispositions relatives au maintien des tarifs réglementés de vente.

Il a considéré que l'article 17 du texte déferé méconnaissait « (...) manifestement l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz naturel [à la concurrence] fixé par les directives »¹³²⁵. Par cette formulation, le Conseil constitutionnel reconnaît une valeur constitutionnelle à un objectif posé par le droit de l'Union, contribuant ainsi au rapprochement entre l'ordre constitutionnel national et l'ordre européen.

De son côté, le juge administratif rattache expressément la libéralisation du marché à l'intérêt général. Ce rattachement lui permet notamment de valider le traitement plus favorable réservé par les autorités de régulation aux nouveaux entrants sur un marché donné par rapport à leurs concurrents qui sont déjà présents sur le marché concerné. Le juge des référés adopte une position similaire, en utilisant toutefois un terme connexe (« objectif public »).

Le concept d'intérêt général devient un instrument précieux pour le juge des référés du Conseil d'État et le juge du fond, dans la mesure où il leur permet de promouvoir leur politique jurisprudentielle de protection du fonctionnement concurrentiel du marché. Le premier utilise ce concept dans sa jurisprudence relative aux tarifs réglementés dans le secteur du gaz (A), alors que le second l'emploie dans des arrêts concernant le marché des communications électroniques (B).

A. Par le juge des référés : l'exemple des tarifs réglementés

La protection provisoire revêt une importance particulière en matière de régulation. Étant donné les évolutions rapides du marché, les opérateurs ont intérêt à obtenir une

¹³²⁵ Cons. const., déc. n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *op. cit.*, consid. 9. Le Conseil constitutionnel avait associé auparavant la libre concurrence au respect du principe constitutionnel d'égalité, en considérant que le « respect du principe d'égalité (...) implique la libre concurrence » (Cons. const., déc. n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, JORF, 18 juillet 2001, p. 11506). Or, comme le note le professeur Michel Bazex, cette solution implicite pose des interrogations quant à sa portée (en ce sens, v. M. BAZEX, note sous Cons. const., déc. n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *op. cit.*).

protection juridictionnelle au plus tôt possible. Ils ont ainsi souvent recours à l'instrument du référé-suspension. Celui-ci est intégré dans leur stratégie dans la mesure où la suspension d'une décision administrative suite à un référé-suspension exercé par une entreprise peut finalement être plus avantageuse que l'annulation de cette décision par le juge du fond.

Dans deux ordonnances adoptées par le juge des référés du Conseil d'État portant sur les tarifs réglementés de vente du gaz naturel, celui-ci a expressément qualifié l'impératif du fonctionnement concurrentiel du marché d'*objectif public* (1). La référence explicite à cet « objectif public » a permis au juge des référés de *suspendre* finalement les mesures litigieuses, dont le caractère anticoncurrentiel créait une *situation d'urgence* (2).

1. L'ouverture du marché à la concurrence, « objectif public » selon le juge des référés du Conseil d'État

Le juge des référés du Conseil d'État a expressément qualifié l'ouverture du marché à la concurrence d'« objectif public » dans une ordonnance rendue sur une affaire relative aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez¹³²⁶. La compétence d'adoption des décisions sur ce type de tarifs appartient, en vertu de l'article L. 445-2 du code de l'énergie, aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie après avis de la CRE. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 CJA, le juge des référés du Conseil d'État a suspendu un arrêté interministériel qui gelait certaines catégories de tarifs réglementés de vente du gaz naturel. Ne pouvant pas se substituer aux autorités compétentes, il a enjoint aux ministres compétents de revenir sur les tarifs concernés.

Faisant droit à une demande présentée par l'association requérante (« ANODE »), le juge des référés a considéré que l'arrêté attaqué avait pour conséquence que les opérateurs alternatifs fussent confrontés à des coûts complets supérieurs « (...) aux

¹³²⁶ CE, ord. 28 novembre 2011, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, req. n°353554 ; *RJEP* 2012, n° 694, p. 16, note F. LICHÈRE ; *AJDA* 2012, n° 11, p. 579, note M. LOMBARD ; *DA* 2012, n° 2, p. 58, comm. M. BAZEX.

tarifs réglementés de GDF Suez, affectant leurs marges et compromettant leur présence sur le marché de la distribution du gaz ainsi que **l'objectif public d'ouverture de ce marché à la concurrence** »¹³²⁷.

Qualifié expressément d' « objectif public », l'impératif d'ouverture du marché à la concurrence a été pris en compte par le juge des référés dans l'appréciation du *caractère urgent* de la situation en cause.

Dans son ordonnance, le juge des référés du Conseil d'État a appliqué le principe de l'orientation des prix vers les coûts, en affirmant que si le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie invoquait « (...) l'intérêt public s'attachant, d'une part, à une meilleure adéquation de la formule tarifaire aux coûts réels de GDF Suez et, d'autre part, à la protection des consommateurs contre des hausses tarifaires qui ne reflèteraient pas ces coûts, il appartient aux autorités détentrices du pouvoir réglementaire de modifier, si les données économiques le justifient, les modes de calcul des tarifs réglementés »¹³²⁸. Par la suite, le juge des référés a enjoint au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et à celui chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique de se prononcer à nouveau sur la fixation des tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez, par application des textes réglementaires en vigueur, dans un délai d'un mois à compter de la notification de son ordonnance¹³²⁹.

Dans une autre ordonnance adoptée suite à une saisine de l'ANODE¹³³⁰, le juge des référés du Conseil d'État a également suspendu l'exécution de l'arrêté du 26 septembre 2012 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux

¹³²⁷ *Ibid.*, consid. 9 de l'arrêt.

¹³²⁸ *Ibid.*

¹³²⁹ Faisant suite à l'ordonnance du juge des référés, les ministres compétents ont adopté un nouvel arrêté le 22 décembre 2011 (v. : Arrêté du 22 décembre 2011 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez, JORF n°0297 du 23 décembre 2011, p. 22037, texte n° 66).

¹³³⁰ CE ord., 29 novembre 2012, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, req. n° 363572 ; *JCP A*, 10 Décembre 2012, n° 49, act. 844, obs. H. PAULIAT.

publics de distribution de GDF Suez¹³³¹, parce qu'il a jugé que l'augmentation de 2% de ces tarifs prévue par l'arrêté précité était insuffisante.

Le juge des référés a apprécié encore une fois le caractère urgent de la situation en cause sous le prisme de l'ouverture du marché à la concurrence, celle-ci étant qualifiée expressément « d'objectif public » dans son ordonnance.

Rappelant que les « (...) entreprises membres de l'ANODE sont entrées sur le marché de la distribution du gaz à la suite de l'ouverture partielle, puis totale, de ce marché à la concurrence (...) », le juge des référés a noté que l'arrêté contesté « (...) devrait avoir pour effet raisonnablement prévisible d'aggraver leur situation (...) », parce qu'il était « (...) de nature à créer un phénomène de " ciseau tarifaire " entre les coûts complets des opérateurs et les tarifs réglementés de GDF Suez, affectant les marges des opérateurs membres de l'ANODE et compromettant leur présence sur le marché de la distribution du gaz ainsi que **l'objectif public d'ouverture de ce marché à la concurrence** »¹³³².

Dans les deux ordonnances précitées, le juge des référés a lié l'objectif public d'ouverture du marché à la concurrence à l'urgence, en faisant de cet objectif une raison justifiant cette dernière.

2. Un « objectif public » justifiant la suspension des mesures attaquées

Si le juge des référés mentionne l'« objectif public » de l'ouverture du marché à la concurrence dans ses ordonnances prononçant la suspension des actes attaqués, il évite de l'utiliser lorsqu'il décide de ne pas accorder la suspension demandée. Cet objectif n'est invoqué que dans l'hypothèse où le juge chercherait des *fondements justifiant l'urgence* de la situation entourant l'acte attaqué, afin qu'il puisse arrêter sa suspension, dans un souci de protéger le fonctionnement concurrentiel du marché.

¹³³¹ JORF n°0302 du 28 décembre 2012, p. 20719, texte n° 42 (cet arrêté a été abrogé par l'art. 6 de l'arrêté du 27 juin 2013 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez ; JORF n°0150 du 30 juin 2013, p. 10952, texte n° 12).

¹³³² CE ord., 29 novembre 2012, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, *op. cit.*, consid. 4 (nous soulignons).

Par exemple, le juge des référés du Conseil d'État n'a pas fait figurer l'impératif d'ouverture du marché à la concurrence dans une ordonnance du 7 janvier 2015 rendue à propos d'un arrêté relatif aux tarifs réglementés de vente d'électricité¹³³³, dont il a refusé la suspension.

En effet, pour que le juge accorde une suspension provisoire d'une décision administrative en vertu de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, il faut que le requérant soulève une contestation de la légalité apparaissant suffisamment sérieuse pour justifier la suspension de son exécution, en attendant le jugement de l'affaire au principal et, d'autre part, il faut que soit démontrée une situation d'urgence.

En l'espèce, le juge des référés a considéré que la plupart des objections de l'association requérante ne permettaient pas de douter de la légalité des tarifs concernés. Ce n'était qu'un seul groupe de tarifs qui posait un problème de légalité : les tarifs « verts ». Or, malgré le caractère illégal de ces derniers, le juge des référés du Conseil d'État n'a pas suspendu l'exécution de l'arrêté attaqué, faute d'urgence. Il a considéré que l'illégalité d'un seul groupe de tarifs ne suffisait pas pour que la situation économique et financière des fournisseurs concurrents d'EDF soit menacée, au point de créer une situation d'urgence justifiant la suspension de la décision litigieuse.

L'« objectif public » d'ouverture à la concurrence n'apparaît nulle part dans l'ordonnance du juge des référés. Ce dernier ne se réfère à cet « objectif public » que lorsqu'il souhaite prononcer la suspension des mesures soumises à son examen. Il l'appréhende, par conséquent, comme un outil de politique jurisprudentielle.

Le juge du fond rattache, lui aussi, la libéralisation du marché à l'intérêt général. Le concept d'intérêt général a été utilisé par le Conseil d'État dans des affaires relatives au secteur des communications électroniques.

¹³³³ En ce sens, v. CE, ord., 7 janvier 2015, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, req. n° 386076.

B. Par le juge du fond : l'exemple des actes adoptés en matière de communications électroniques

Lorsque le concept d'intérêt général est employé par le juge administratif à propos du contrôle des actes administratifs unilatéraux de régulation, il remplit différentes fonctions. Le juge administratif lie l'intérêt général à la protection du fonctionnement concurrentiel du marché. Cette « dimension concurrentielle » de l'intérêt général transcende l'office du juge administratif et lui impose d'y adapter ses méthodes.

La jurisprudence relative aux actes adoptés au sein du secteur des communications électroniques est révélatrice de différentes fonctions jurisprudentielles de l'intérêt général. D'un côté, c'est pour protéger l'intérêt général lié au fonctionnement concurrentiel du marché des communications électroniques que le juge administratif a déjà accepté, dans l'affaire *France Télécom* de 2005¹³³⁴, de moduler les effets de sa décision dans le temps (1). De l'autre côté, le Conseil d'État, dans l'arrêt *Bouygues* de 2009¹³³⁵, a rattaché expressément l'attribution d'une quatrième licence de téléphonie mobile à l'intérêt général, dans un souci de renforcer la concurrence au sein du marché de la téléphonie mobile (2).

1. La protection du fonctionnement concurrentiel du marché, finalité d'intérêt général justifiant la modulation d'une annulation contentieuse dans le temps

L'arrêt *France Télécom* de 2005¹³³⁶ mérite un examen particulier dans la mesure où il permet de tirer diverses conclusions sur l'office du juge administratif en matière de régulation et révèle l'importance qu'il attache à la protection du fonctionnement concurrentiel du marché. Celle-ci est appréhendée par le juge comme une finalité d'intérêt général. Pour répondre à cette finalité, le Conseil d'État a été amené à mettre en œuvre, dans cet arrêt, pour la première fois le pouvoir dont il disposait en vertu de la jurisprudence *AC!*¹³³⁷ lui permettant de modifier les effets de son annulation contentieuse dans le temps.

¹³³⁴ CE Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, *op. cit.*

¹³³⁵ CE, 27 avril 2009, *Sté Bouygues Télécom*, *op. cit.*

¹³³⁶ CE Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, *op. cit.*

¹³³⁷ CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC!*, req. n° 255886, Rec. p. 197.

Le juge a été appelé à se prononcer en l'espèce sur une injonction adressée par l'ARCEP (ART à l'époque) à France Télécom tenant à ce que cette dernière modifie son offre de référence tarifaire pour l'accès à la boucle locale. La boucle locale est la propriété de France Télécom, opérateur historique dans le secteur des communications électroniques. Elle est qualifiée d'infrastructure essentielle au sens du droit de la concurrence, dès lors qu'elle réunit les conditions suivantes¹³³⁸ : elle est possédée par une seule entreprise (l'opérateur historique) qui se trouve d'ailleurs en situation de position dominante sur le marché des communications électroniques ; l'accès à la boucle locale est une condition indispensable pour que les opérateurs puissent fournir directement leurs propres services à leurs clients ; finalement, la boucle locale ne peut pas être intégralement dupliquée par eux, une telle opération impliquant un coût extrêmement élevé.

La qualification de la boucle locale d'infrastructure essentielle fait créer à l'égard de son détenteur l'obligation d'y ouvrir l'accès à ses concurrents. En contrepartie, ces derniers sont tenus de lui verser une redevance. À cet effet, le droit de l'Union impose aux opérateurs historiques de fournir une offre de référence tarifaire pour l'accès dégroupé à la boucle locale de leurs réseaux qui doit être orientée vers les coûts. En cas de besoin, cette offre peut être modifiée par l'ARCEP pour devenir conforme aux objectifs posés par la législation européenne¹³³⁹.

Il importe notamment de s'assurer que cette offre n'excède pas les coûts afférents à l'accès au réseau¹³⁴⁰. L'ancien article D. 99-24 du Code des postes et des communications électroniques confiait à l'ART un pouvoir consistant à préciser, par décision devant être rendue publique, tant la nomenclature que la méthode de calcul des coûts sur la base desquels devait être établie l'offre de référence.

¹³³⁸ Pour les conditions d'identification d'une ressource essentielle, v. Cons. conc, avis 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'association pour la promotion de la distribution de la presse (APDP), à propos de réseaux de dépositaires de presse, disponible sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/02a08.pdf>.

¹³³⁹ V. not. le 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, *JOCE*, n° L 336, 30 déc. 2000, p. 4. Celui-ci visait notamment à aider le développement de la concurrence sur la boucle locale des réseaux téléphoniques dans la perspective de réduire les coûts d'accès au réseau Internet.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, art. 3 et 4.

Exerçant cette compétence, l'ART a publié la nomenclature des coûts d'accès à la boucle locale détenue par France Télécom et la méthode de leur calcul par une décision du 31 octobre 2000¹³⁴¹. France Télécom s'est appuyée sur cette dernière pour établir son offre de référence qu'elle a communiquée ensuite à l'ART. Initialement validée par l'ART, l'offre de France Télécom a été rapidement remise en cause par l'Autorité par une décision du 16 avril 2002¹³⁴². Dans cette dernière, l'ART prononçait une injonction à l'égard de l'opérateur historique tenant à ce qu'il modifie son offre de référence. C'est cette injonction que France Télécom contestait devant le Conseil d'État.

L'injonction est un acte individuel dans la mesure où elle s'adresse à un opérateur donné qu'elle désigne nominativement. Cependant, l'injonction contestée en l'espèce présentait une spécificité. Si, formellement, elle était bien un acte individuel, elle avait été prise suite à une réévaluation, par l'ART, de la méthode qu'elle avait exposée dans sa décision réglementaire du 31 octobre 2000¹³⁴³. Or, *la révision de la méthode* prévue dans un acte réglementaire présente, elle aussi, *un caractère réglementaire*. La nature réglementaire de la révision se confirmait par le fait que la nouvelle méthode qu'elle prévoyait était applicable à l'ensemble du territoire et concernait l'accès dégroupé de tous les opérateurs à la boucle locale.

Portant sur le calcul des coûts d'accès à la boucle locale, la nouvelle méthode devait être publiée, comme l'imposait l'article D. 99-24 du CPCE¹³⁴⁴. C'est parce que l'ART ne s'était pas conformée à cette obligation de « publicité préalable » que le Conseil

¹³⁴¹ Décision n° 00-1171 de l'Autorité de régulation des télécommunications du 31 octobre 2000 adoptant des lignes directrices relatives à la vérification de l'orientation des tarifs vers les coûts dans le cadre de l'accès à la boucle locale. Cet acte a été pris sur la base du règlement européen 2887/2000 précité.

¹³⁴² Décision n° 2002-323 de l'Autorité de régulation des télécommunications du 16 avril 2002 demandant à France Télécom d'apporter des modifications à son offre de référence pour l'accès à la boucle locale, JORF n°112 du 15 mai 2002, p. 9222, texte n° 18.

¹³⁴³ Décision n° 00-1171, *op. cit.*

¹³⁴⁴ Selon cet article : « *Les tarifs de l'accès à la boucle locale sont orientés vers les coûts correspondants. Ils sont établis conformément aux principes suivants : / 1. Les tarifs doivent éviter une discrimination fondée sur la localisation géographique ; / 2. Les coûts pris en compte doivent être pertinents, c'est-à-dire liés par une forme de causalité, directe ou indirecte, à l'accès à la boucle locale ; / 3. Les éléments de réseaux sont valorisés à leurs coûts moyens incrémentaux de long terme ; / 4. Les tarifs pratiqués pour l'accès partagé à la boucle locale ne peuvent être inférieurs à ceux de l'accès totalement dégroupé diminués du montant de l'abonnement au service téléphonique au public ; / (...)* L'Autorité de régulation des télécommunications établit et rend publique la nomenclature des coûts pertinents. Elle définit et publie la méthode de calcul des coûts incrémentaux de long terme ». Cet article a été abrogé par le décret n° 2004-1301 du 26 novembre 2004, mais il était encore en vigueur à la date de l'injonction attaquée.

d'Etat a annulé son injonction, sans toutefois se prononcer sur la méthode de fixation de tarifs de dégroupage particulière qu'avait adoptée l'Autorité¹³⁴⁵.

Il se posait ainsi la question de l'articulation entre l'injonction, acte individuel, et la méthode de révision des coûts, acte réglementaire. Le Conseil d'État a *dissocié* clairement ces deux types d'actes. Le caractère individuel de l'injonction ne suffisait pas pour exonérer l'ARCEP de l'obligation légale pesant sur l'ARCEP en vertu de l'article D. 99-24 du CPCE de publier la révision de la méthode de calcul des coûts¹³⁴⁶. Le fait que l'injonction et la révision procédaient de la même autorité et d'une même décision était sans intérêt selon le Conseil d'État au regard du respect de cette obligation. Faisant preuve de formalisme, le juge ne s'est pas contenté, d'ailleurs, du fait que la révision de la méthode de révision des coûts avait été précédée de longues négociations au sein des groupes de travail, auxquelles avaient participé tous les professionnels du secteur.

La démarche de la haute juridiction administrative dans l'arrêt *France Télécom* est d'une finesse remarquable. Le Conseil d'État y revient sur la distinction entre acte individuel et réglementaire, parfois confuse en matière de régulation, pour la *conforter* et *imposer son respect*. Or, en même temps, il met en avant l'exigence de régulation efficace du marché.

Si l'invocation, par le juge des référés, de l'intérêt général s'attachant au fonctionnement concurrentiel du marché vise à justifier la suspension des mesures adoptées au regard de la condition d'urgence, le Conseil d'État, juge du fond dans l'affaire *France Télécom* de 2005, a invoqué ce concept pour justifier la *modulation des effets de l'annulation qu'il prononçait dans le temps*.

La haute juridiction administrative a noté que « (...) la disparition rétroactive des dispositions litigieuses porterait une atteinte manifestement excessive **à l'intérêt qui s'attache au respect du droit communautaire et au développement de la**

¹³⁴⁵ En ce sens, v. D. VÉRET, A. VÈVE, note sous CE Sect., 25 février 2005, *France Télécom* ; *Gaz Pal.*, 20 oct. 2005, n° 293, p. 37.

¹³⁴⁶ En ce sens, v. E. BREEN, note sous CE Sect., 25 février 2005, *France Télécom* ; *JCPA*, 11 juin 2005, n° 28, p. 1101.

concurrence sur les marchés des nouveaux services de télécommunications, notamment de l'internet haut débit »¹³⁴⁷.

Inaugurant son pouvoir issu de la jurisprudence *AC!*¹³⁴⁸, le Conseil d'État a pu protéger l'intérêt général qui s'attachait à la présence de plusieurs opérateurs sur la boucle locale¹³⁴⁹. Le retour à l'état antérieur remettrait en cause l'ouverture de la boucle locale, en conférant un avantage économique à France Télécom au détriment de ses concurrents.

Or, le Conseil d'État ne s'est pas limité, en l'espèce, à moduler les effets de son annulation contentieuse dans le temps, en application de la jurisprudence *AC!*. Il a également veillé à faciliter l'ART dans la réalisation de sa mission.

En effet, il ne s'est pas prononcé sur *le contenu* de la décision de l'Autorité, mais, dans un souci de ne pas se substituer à elle, il lui a seulement *rappelé son obligation* de publier la méthode de calcul. En outre, il a évité de rattacher le pouvoir réglementaire de l'ART sur l'article 36-6 du CPCE, afin de la libérer de l'obligation de soumettre sa décision à homologation ministérielle ?

Le juge administratif a laissé à l'ART deux mois pour reprendre une décision. La nécessité consistant en le *rétablissement immédiat de la légalité administrative* a ainsi cédé face à l'objectif de *protection du fonctionnement concurrentiel du marché*. L'ART a adopté sa nouvelle décision très vite, cette réaction rapide étant nécessaire « afin de mettre le dispositif juridique du dégroupage en conformité avec l'arrêt du Conseil d'État et d'assurer un maximum de sécurité juridique et de confiance à l'ensemble des acteurs » sur le marché des communications électroniques¹³⁵⁰.

¹³⁴⁷ CE Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, *op. cit.*, consid. 11 (nous soulignons).

¹³⁴⁸ CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC!*, *op. cit.*

¹³⁴⁹ En ce sens, v. P. IDOUX, note sous CE Sect., 25 février 2005, *France Télécom* ; RDP, 1^{er} nov. 2005, n° 6, p. 1643.

¹³⁵⁰ ART, 24 mars 2005, décision n° 05-0267 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, p. 3.

Dans l'arrêt *France Télécom* de 2005, le Conseil d'État s'est référé à l'« (...) intérêt qui s'attache (...) au développement de la concurrence (...) »¹³⁵¹, sans toutefois qualifier celui-ci expressément d'« intérêt général ». Le rattachement explicite de l'impératif de libéralisation du marché à l'intérêt général est venu plus tard, avec l'arrêt *Bouygues Télécom* de 2009¹³⁵².

Faisant de l'ouverture du marché de la téléphonie mobile à un quatrième opérateur un objectif d'intérêt général, le Conseil d'État a mis fin au long processus amorcé depuis 2000 par le gouvernement français tenant à l'attribution de quatre licences de téléphonie mobile de troisième génération. Le concept d'intérêt général a servi, en l'espèce, de fondement juridique à la réalisation de sa politique jurisprudentielle de protection du renforcement concurrentiel du marché.

2. L'ouverture du marché de la téléphonie mobile à quatre opérateurs, un objectif expressément rattaché à l'intérêt général par le Conseil d'État

Lorsque le nombre d'opérateurs intéressés par l'attribution d'une autorisation d'accès à une bande de fréquences hertziennes est plus élevé que celui des autorisations disponibles, l'administration est tenue d'opérer un choix dont la réussite est conditionnée par plusieurs critères économiques et sociaux. Le régulateur doit mettre en place des procédures de mise en concurrence adéquates lui permettant de choisir les opérateurs qui sont aptes à produire le maximum de biens au profit des consommateurs et à fournir des services de la plus haute qualité possible au moindre prix. Lorsque ces conditions sont réunies, la délivrance de la licence est une source d'enrichissement collectif.

En fixant le nombre de licences disponibles, l'administration détermine en même temps la structure du marché qui émergera à l'issue de leur attribution. Le choix du nombre de licences constitue ainsi une modalité de régulation du marché. À travers la licence, les opérateurs obtiennent le droit de servir une demande sur un marché oligopolistique. Le

¹³⁵¹ CE Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, *op. cit.*, consid. 11.

¹³⁵² CE, 27 avril 2009, *Sté Bouygues Télécom*, *op. cit.*

marché né suite à l'attribution des autorisations permettant l'exploitation des fréquences rares sera par essence même oligopolistique, l'oligopole étant le corollaire de la rareté.

Lors de la détermination du choix du nombre de licences, le régulateur doit trouver un équilibre entre plusieurs intérêts. Il doit notamment « (...) arbitrer entre l'intérêt des consommateurs (qui augmente avec le nombre de firmes retenues), le profit des producteurs (qui varie avec ce nombre) et le revenu du gouvernement »¹³⁵³. La décision de délivrer quatre licences de téléphonie mobile en France était liée au souci du gouvernement français de limiter dans la mesure du possible l'oligopole créé de la rareté des ressources attribuées. La délivrance de toutes les quatre licences disponibles *était ainsi nécessaire pour satisfaire l'intérêt général*. Le processus d'attribution a duré plusieurs années et a donné lieu à un contentieux important qui a été marqué par la volonté du Conseil d'État d'assurer l'ouverture du marché de la téléphonie mobile à la concurrence.

L'accès au marché des services de téléphonie mobile à haut débit était crucial pour toutes les entreprises, étant donné l'importance des services Internet pour les consommateurs. La non-obtention d'une licence pourrait avoir des effets néfastes sur les autres services fournis par les opérateurs, dès lors que leurs propres clients pour les appels s'orienteraient vers les titulaires de nouvelles licences qui leur permettraient de bénéficier de l'offre combinée Internet et appels. La participation des opérateurs à la procédure d'attribution des licences était ainsi indispensable pour assurer leur pérennité au sein du marché des communications électroniques. En l'espèce, trouvait notamment à s'appliquer la « théorie des options ». Issue de la finance, cette théorie « *énonce qu'un acteur économique doit éviter de prendre une décision à caractère irréversible et donc potentiellement extrêmement coûteuse à long terme, alors qu'il peut prendre à court terme une option qui ménage le futur, même si ce dernier demeure très incertain* »¹³⁵⁴.

Les licences conféraient un avantage économique important à leur titulaire : elles lui permettaient de faire part du marché émergent, en ouvrant l'accès à une ressource rare,

¹³⁵³ M. MOUGEOT, F. NAEGELEN, « La concurrence pour le marché », *op. cit.*, p. 768.

¹³⁵⁴ N. CURIEN, « Enchères et télécommunications. Échecs et leçons », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Droit et économie de la régulation. Vol. 2 : Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, p. 94 s., spéc. p. 96.

la fréquence hertzienne. Dès lors que leur nombre était limité, alors qu'il y avait plusieurs opérateurs intéressés par leur attribution, leur délivrance ne pouvait qu'être précédée d'une mise en concurrence des entreprises intéressées. Bien que l'évolution du marché auquel ouvraient l'accès les licences fût incertaine, l'obtention d'une licence était le seul moyen permettant aux opérateurs de continuer à exister sur le marché des communications électroniques. Par conséquent, il fallait se « soumettre ou se démettre »¹³⁵⁵. C'est cette logique qui a conduit au succès spectaculaire initial de l'attribution des fréquences au Royaume-Uni.

Les deux appels à candidatures de 2000¹³⁵⁶ et de 2001¹³⁵⁷ mis en place par l'ARCEP ont été partiellement infructueux : il restait encore à attribuer la quatrième licence UMTS. Or, ce n'est qu'en 2010 que le projet initial du gouvernement tenant à l'attribution des quatre licences a pu se réaliser. La quatrième licence a été délivrée à la société *Free Télécom*¹³⁵⁸.

L'attribution d'une quatrième licence était nécessaire étant donné les caractéristiques particulières du marché de la téléphonie mobile liées à son caractère oligopolistique. Les trois opérateurs existants avaient pu acquérir assez rapidement leurs parts de marché et fidéliser leurs clients. L'absence de rotation de consommateurs entre les différents opérateurs et le maintien des prix à des niveaux élevés commandait l'ouverture du marché à un nouvel opérateur¹³⁵⁹. Cela permettrait de finaliser le processus d'attribution de quatre licences amorcé en 2000¹³⁶⁰.

¹³⁵⁵ Cf. la célèbre phrase adressée par Gambetta à Mac Mahon dans son discours prononcé à Lille le 15 août 1877.

¹³⁵⁶ Les deux premières licences UMTS ont été attribuées aux sociétés Orange et SFR le 7 septembre 2001.

¹³⁵⁷ Le deuxième appel à candidatures a abouti à l'attribution d'une troisième autorisation à la société Bouygues Télécom le 12 décembre 2002.

¹³⁵⁸ Cette société s'est vu délivrer sa licence le 13 janvier 2010.

¹³⁵⁹ En ce sens, v. G. ECKERT, « Licence d'exploitation de réseaux de téléphonie mobile de troisième génération », note sous CE, 12 octobre 2010, *Sté Bouygues Télécom, op. cit.* L'attribution d'une quatrième licence de téléphonie mobile s'imposait non seulement pour renforcer la concurrence sur le marché des communications électroniques, mais également pour faire face aux « bouleversements induits par la convergence des technologies sur les marchés de la téléphonie et de l'accès à Internet fixes et mobiles » (P. IDOUX, « La spécificité du contentieux de la régulation économique en question(s) », note sous CE, 27 avr. 2009, *Bouygues Télécom, op. cit.*).

¹³⁶⁰ Pour une esquisse de ce processus, v. B. RICOU, « L'attribution des licences de téléphonie mobile de troisième génération. Chronique d'une révolution mal programmée », *RFDA* 2011, p. 539.

L'ARCEP et le gouvernement ont ainsi lancé un appel à candidatures en 2007 pour attribuer la bande de fréquences 15 MHz qui n'avait pas pu être attribuée lors des appels précédents. Celui-ci s'est néanmoins avéré infructueux en raison de l'impossibilité de la société *Free*, seule candidate à la procédure, d'acquitter la redevance demandée¹³⁶¹. Suite à une consultation publique qui a eu lieu en 2008, le gouvernement a décidé de modifier le schéma d'attribution en scindant la bande 15 MHz en trois lots de 5 MHz et en lançant un appel pour l'un de ces lots pour une redevance s'élevant à 240 millions d'euros¹³⁶². Dans un souci d'accroître la concurrence sur le marché de téléphonie mobile, l'accès à ce lot était fermé aux trois opérateurs exerçant déjà leur activité en son sein.

En outre, l'ARCEP a notamment veillé à *préparer l'arrivée* du quatrième opérateur sur le marché. À cet effet, elle a imposé aux opérateurs qui étaient déjà en possession d'une licence de restituer une partie de leurs fréquences au profit du nouvel entrant. Le calendrier de rétrocession des fréquences *n'a pas été le même* pour tous les opérateurs.

Plus précisément, la société Bouygues était tenue de rétrocéder plus de fréquences que ses concurrents et à une échéance plus précoce. Cette société s'était vu accorder une licence d'exploiter un réseau pour 15 ans par un arrêté du 8 décembre 1994. Étant donné que cette licence arrivait à échéance fin 2009, Bouygues Télécom a demandé *son renouvellement*. Ce dernier fut perçu par l'ARCEP comme une occasion de renforcer la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile.

Lors de la fixation des conditions applicables à ce renouvellement, l'Autorité a notamment tenu compte de la nécessité de faciliter l'entrée du quatrième opérateur sur le marché. Le renouvellement de la licence de Bouygues a ainsi constitué, à lui-même, une modalité de régulation. L'ARCEP a conditionné ce renouvellement à *la rétrocession* par Bouygues d'une partie de ses fréquences. Elle a également imposé la même obligation aux sociétés Orange et SFR, mais selon des modalités différentes.

¹³⁶¹ Le montant de la redevance a été contesté par la société Free qui a été déboutée par le Conseil d'État. Cf. CE, ord., 11 mai 2007, *Sté Free SAS*, req. n° 304717 ; CE, 11 juill. 2007, n° 304716 *Sté Free SAS* ; *Cont. conc. consom.*, 1^{er} novembre 2007, n° 11, chron. 4 par E. SUEL.

¹³⁶² Sur ce point, v. le décret n° 2009-948, 29 juill. 2009, JORF n° 0176 du 1^{er} août 2009, p. 12883.

Le Conseil d'État a validé ce schéma de rétrocession des fréquences au regard du principe d'égalité, **en faisant de l'intérêt général** s'attachant à la nécessité de faciliter l'installation du quatrième opérateur sur le marché **une raison objective** justifiant la différence de traitement réservée à la société Bouygues Télécom.

Ainsi, pour justifier cette différence de traitement, le juge a évoqué « (...) *l'intérêt général [qui s'attachait] 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* »¹³⁶³.

Le rattachement explicite de l'attribution d'une quatrième licence à l'intérêt général relève de la *technique juridique*. Ce rattachement a permis au juge d'introduire des dérogations au principe d'égalité, dans la perspective de renforcer le fonctionnement concurrentiel du marché de la téléphonie mobile. Objectivé, l'intérêt général est devenu un *instrumentum* dont s'est servi le juge pour imposer sa politique jurisprudentielle tenant au renforcement de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile.

Le feuillet de l'attribution des licences de troisième génération a pris fin avec la validation, par le Conseil d'État, *des modalités financières* suivies pour la délivrance de la quatrième licence, avec l'arrêt *Société Bouygues Télécom* du 12 octobre 2010¹³⁶⁴. La société Bouygues Télécom contestait en l'espèce le décret fixant ces modalités du point de vue de sa légalité externe et interne¹³⁶⁵. Parmi les différents moyens soulevés par les requérants concernant la légalité externe du décret, il convient de mentionner notamment celui relatif **au débat parlementaire** organisé avant l'adoption de cet acte.

La tenue d'un débat parlementaire avant l'édition d'un acte réglementaire peut surprendre. Cet élément révèle toutefois l'importance particulière que revêtait le

¹³⁶³ CE, 27 avril 2009, *Sté Bouygues Télécom*, *op. cit.*, consid. 4.

¹³⁶⁴ CE, 12 octobre 2010, *Sté Bouygues Télécom*, *op. cit.*

¹³⁶⁵ Décret n° 2009-948 du 29 juill. 2009, *op. cit.* La fixation du montant de la redevance due pour l'occupation du domaine public aux fins d'exploitation d'un réseau mobile de troisième génération relevait du Premier ministre. En revanche, étant donné que le nombre de ces autorisations était limité en raison de la rareté des fréquences, il revenait au ministre chargé des communications électroniques de fixer, sur proposition de l'ARCEP, les conditions applicables à leur délivrance et à leur modification. Sur la répartition des compétences en la matière, v. les art. 42-1 et 42-2 du CPCE.

processus d'attribution de la quatrième licence de téléphonie mobile pour **l'intérêt général**.

Le gouvernement a effectivement procédé à l'organisation d'un tel débat. Or, les sociétés requérantes contestaient tant sa sincérité que ses conditions d'organisation. Béatrice Bourgeois-Machureau, rapporteur public sur l'affaire, a mis l'accent sur l'intérêt que présentait le moyen concernant les conditions de tenue du débat parlementaire. Comme elle le notait dans ses conclusions, ce moyen cachait une question importante : la tenue d'un débat au Parlement avant l'adoption d'un acte réglementaire devait-elle être regardée comme une formalité substantielle dont la méconnaissance aboutirait à entacher d'illégalité l'acte lui-même pour vice de forme ?

Le rapporteur public a répondu à cette question par la négative. Elle a souligné que le fait de considérer que la tenue d'un débat devant le Parlement constitue une condition de légalité d'un acte réglementaire n'est guère compatible avec le principe de séparation des pouvoirs. Effectivement, ce principe cardinal pour le fonctionnement institutionnel de la V^{ème} République s'oppose à une réglementation qui subordonne la légalité d'un acte de l'exécutif à une procédure menée par le pouvoir législatif.

Le rapporteur public a d'ailleurs révélé la faible portée que comportait l'obligation d'organiser un débat parlementaire avant l'adoption de l'acte en question, en distinguant clairement ce processus de la consultation obligatoire des organismes administratifs ou des assemblées territoriales. L'obligation du gouvernement en l'espèce se résumait seulement à l'organisation effective d'un débat permettant aux parlementaires de se prononcer sur la question de la redevance. Ainsi, contrairement à ce qu'invoquaient les requérantes, le fait d'annoncer le montant de la redevance par voie de presse avant la tenue du débat ne violait pas, selon le commissaire du gouvernement, l'obligation législative d'organiser un tel débat¹³⁶⁶. Après le débat, le gouvernement était d'ailleurs libre de modifier le montant de la redevance dans la mesure du raisonnable. En outre, les exigences constitutionnelles de clarté et de

¹³⁶⁶ Cette obligation était prévue à l'article 22 de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (JORF n°0003 du 4 janvier 2008, p. 258).

sincérité du débat parlementaire ne trouveraient pas à s'appliquer en l'espèce, leur champ d'application étant cantonné au processus législatif¹³⁶⁷.

Appliquant exactement la même méthode que celle suivie lorsqu'il contrôle les actes de régulation du point de vue de l'exigence de consultation, le Conseil d'État s'est limité en l'espèce à vérifier si le débat a eu effectivement lieu. En outre, il s'est également déclaré incompétent pour se prononcer sur les conditions et les modalités d'organisation de ce débat.

La validation du décret du point de vue de sa légalité externe a été suivie par l'écart des moyens portant sur la légalité interne. Les requérants contestaient notamment les conditions financières applicables à l'attribution de la licence au quatrième opérateur. Le Conseil d'État a jugé à cet égard que la fixation du montant de la redevance fixe due par le quatrième opérateur n'était pas discriminatoire par rapport au montant versé par les trois opérateurs déjà présents sur le marché. Il a également validé l'ensemble de la procédure d'attribution au regard du principe de transparence et de non-discrimination.

Soucieux de renforcer la concurrence sur le marché des services de téléphonie mobile de troisième génération, le juge administratif a considéré que la modulation des conditions financières au profit de la société *Free* était proportionnée à sa *différence de situation* par rapport aux trois autres opérateurs. La réservation d'un lot de 5 MHz à son profit était une mesure compensatoire destinée à lui permettre de *s'installer durablement* sur le marché et d'y concourir sur un pied d'égalité avec les autres opérateurs qui se trouvaient dans une situation plus favorable que lui en raison de leur présence plus précoce sur le marché.

Lors de l'attribution des trois premières licences UMTS, les trois opérateurs se trouvaient au même point de départ. La délivrance de ces actes était le premier pas pour

¹³⁶⁷ Les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire visent notamment à garantir que la loi adoptée exprime la volonté générale. Sur la portée de ces exigences, v. B. BERTRAND, « L'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Étude sur un concept régulateur de la procédure législative sous la Ve République », *RDP*, mars 2011, n° 2, p. 431 s. Après un recensement des différentes manifestations de ces exigences dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le professeur propose de les reconnaître en tant qu'objectifs à valeur constitutionnelle. Elle souligne également le caractère objectif de ces exigences, en les dissociant des intentions des participants et en les liant notamment aux conditions procédurales applicables au déroulement du débat parlementaire.

le développement du marché des services de téléphonie mobile à haut débit. Elle a permis sa naissance. En revanche, l'attribution de la quatrième licence ne participait pas à la création d'un certain marché, mais au renforcement de la concurrence sur un marché qui était déjà en train d'atteindre un niveau de maturité considérable.

C'est parce que le nouvel entrant se trouvait dans une situation différente de celle des autres opérateurs que la redevance due pour la délivrance de sa licence n'était pas la même que celle versée par eux. La société Free est arrivée sur le marché plusieurs années après les autres opérateurs. Ces derniers avaient déjà pu développer leur réseau, acquérir une clientèle fidèle et consolider leur image au sein du marché. À l'époque où ils avaient obtenu leurs licences, ils s'étaient vu imposer la même redevance car ils avaient tous la qualité de nouveaux entrants, le marché des services UMTS étant encore émergent¹³⁶⁸.

Ainsi, l'avantage procuré à la société Free par l'occupation du domaine public, qui devait être pris en compte pour la détermination de la redevance due pour la délivrance de la licence était moins important que celui accordé aux trois autres opérateurs. En outre, la société Free a obtenu en l'espèce l'un tiers des fréquences qu'avaient obtenues les autres opérateurs par voie de leurs licences respectives.

Toutes ces données permettaient de justifier le décalage important entre la partie fixe de la redevance acquittée par SFR, Orange et Bouygues en 2002 s'élevant à 619 millions euros et la partie fixe de la redevance demandée auprès de la société Free Télécom établie au montant de 240 millions d'euros. La différence devient encore plus marquante si l'on tenait compte de la valeur actualisée de la somme de 619 millions payés à l'époque, celle-ci s'élevant à 850 millions d'euros¹³⁶⁹.

La validation du processus d'attribution de la licence délivrée à Free a permis la finalisation du projet initial du gouvernement français consistant à créer un marché de quatre opérateurs, **voire à satisfaire à l'exigence d'attribuer les quatre licences de**

¹³⁶⁸ Le Conseil d'État a considéré que, bien que la société *Bouygues* eût obtenu sa licence un an et demi après SFR et Orange, il s'imposait de traiter tous les trois opérateurs de la même manière car les sociétés SFR et Orange n'avaient pas pu bénéficier effectivement de l'antériorité de leurs licences.

¹³⁶⁹ En ce sens, v. B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Le Conseil d'État valide l'attribution de la 4e licence 3G » (conclusions), *op. cit.*

téléphonie mobile, reconnue expressément comme une exigence d'intérêt général par le Conseil d'État.

L'étude du contentieux des actes administratifs unilatéraux de régulation fait apparaître les mutations des méthodes du juge administratif. D'un côté, le recours fréquent à une méthode d'interprétation constructive permet à ce dernier d'éteindre les compétences des autorités de régulation. De l'autre côté, le rattachement de l'ouverture du marché à l'intérêt général figure comme un instrument de politique jurisprudentielle : à travers cette technique, le juge administratif réalise son objectif consistant à renforcer le fonctionnement concurrentiel du marché.

Or, si le juge s'est montré particulièrement enclin à faire évoluer ses méthodes *de contrôle au fond* des actes administratifs unilatéraux de régulation, il reste encore réticent quant à l'emploi des mécanismes offerts par le Code de justice administrative, qui lui permettraient d'adapter *ses méthodes d'instruction* aux spécificités de la régulation.

Section 2. L'évolution nécessaire des méthodes d'instruction

L'appréciation de la légalité des actes adoptés en matière de régulation implique que le juge maîtrise le raisonnement économique et qu'il soit en mesure de manier des faits complexes et des règles diverses. Le rapport dialectique entre le juge et les tiers spécialistes en matière de régulation permettrait au premier d'exercer sa fonction de manière efficace.

Lorsque le juge administratif est appelé à se prononcer sur des affaires de régulation, il devrait privilégier l'oralité de la procédure d'instruction et *recourir aux tiers* qui pourraient l'éclairer par leurs connaissances techniques, juridiques ou transdisciplinaires, en laissant de côté la vieille idée selon laquelle la procédure devant les juridictions administratives doit être exclusivement écrite.

Si la mise en œuvre du mécanisme de l'enquête à la barre dans le cadre de l'instruction de certaines affaires témoigne de sa volonté de renforcer le caractère oral de

l’instruction¹³⁷⁰, le juge administratif hésite à faire appel aux tiers pour être éclairé sur les différentes questions qui pourraient ressurgir lors de l’examen des actes administratifs unilatéraux de régulation.

Le juge administratif dispose toutefois d’une large palette de moyens d’instruction lui permettant d’être éclairé tant sur les faits que sur le droit¹³⁷¹. La technicité des affaires relatives aux marchés régulés justifierait le recours à ces moyens.

Comme le note le professeur Gérard Cornu : « le juge est source exclusive de justice sans être source exclusive de lumière. Il a ses lumières, mais il a besoin de celles des autres »¹³⁷². Lorsque le juge administratif est appelé à se prononcer sur la légalité d’un acte administratif unilatéral de régulation, il est souvent confronté à des faits très complexes. La vérification et la compréhension de ces derniers étant indispensable pour qu’il puisse exercer sa fonction juridictionnelle, celui-ci devrait privilégier les mécanismes lui permettant d’y être mieux renseigné (§ 1). Qui plus est, même s’il est « source exclusive de justice »¹³⁷³ et « connaisseur du droit »¹³⁷⁴, le juge administratif pourrait trouver, dans le cadre du contrôle des actes administratifs unilatéraux de régulation, des collaborateurs utiles pour la résolution non seulement des questions liées aux faits, mais également des questions de droit (§ 2).

¹³⁷⁰ Comme le note le président Stirn : « Alors qu’elle était tombée en désuétude, la procédure d’enquête à la barre, prévue par les articles 623-1 et suivants du Code de justice administrative, s’est révélée particulièrement appropriée au contentieux de la régulation qui lui a donné une nouvelle vie » (B. STIRN, entrée « Conseil d’État et régulation », in M. BAZEX, G. ECKERT, R. LANNEAU, C. LE BERRE, B. DU MARAIS et A. SÉE (dir.), *Dictionnaire des régulations*, op. cit., fiche 21, p. 202 s., spéc. p. 204). Pour certains exemples d’emploi de cette méthode d’instruction en matière de régulation, v : CE, 25 juin 2004, *Société Scoot France*, req. n° 249300, Rec. p. 274 ; CE, 12 octobre 2010, *Société Bouygues Telecom et autres*, op. cit. ; CE, 28 juin 2013, *Association trinationale de protection nucléaire et autre*, req. n°s 351986, 358080, 358094 et 358095, *RJEP*, octobre 2013, n° 712, comm. 41, concl. S. VON COESTER.

¹³⁷¹ Pour une esquisse de ces différents moyens, v. C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2016, p. 174 s. ; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 312 s.

¹³⁷² G. CORNU, « Rapport de synthèse », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l’administration de la preuve*, Xe colloque des IEJ (Poitiers, 1975), Paris, PUF, 1976, p. 107 s., spéc. p. 108.

¹³⁷³ *Ibid.*

¹³⁷⁴ Cf. l’adage latin : « Jura novit curia ».

§ 1. *Un recours indispensable à des tiers pour la compréhension des faits*

Les faits revêtent une importance particulière en matière de régulation. Lorsque le juge administratif est appelé à statuer sur un acte adopté au sein d'un marché régulé, il lui revient d'éplucher minutieusement divers faits techniques ou économiques avant de rendre sa décision. Or, s'il peut toujours avoir quelques connaissances spécialisées en fonction du domaine dans lequel il exerce son activité juridictionnelle, il n'est « ni économiste, (...) ni technicien »¹³⁷⁵. Le Code de justice administrative dote à cet effet le juge administratif de la possibilité de commettre un expert, en application de son article R. 621-1 (A) ou de faire appel à un consultant en vertu de son article R. 625-2 lorsqu'il est confronté à une « question technique qui ne requiert pas d'investigations complexes » (B)¹³⁷⁶.

A. *L'expertise*

Dans le cadre de l'instruction des affaires relatives aux actes administratifs unilatéraux de régulation¹³⁷⁷, le juge administratif reste réticent quant au recours à l'expertise prévue dans l'article R. 621-1 du Code de justice administrative. Afin de pouvoir interpréter cette réticence, il conviendrait d'explorer la procédure applicable en la matière (1) et d'identifier l'« office » de l'expert (2).

1. *La procédure applicable*

L'article R. 621-1 du Code de justice administrative prévoit que : « (...) la juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision ». Si les parties peuvent demander au juge administratif de faire appel à un expert, il

¹³⁷⁵ G. CANIVET, « Le juge et l'autorité de marché », *RJ com.* 1992, p. 185 s., spéc. p. 200.

¹³⁷⁶ Créé par l'art. 46 du décret n°2010-164 du 22 février 2010, l'art. R. 625-2 CJA prévoit que : « Lorsqu'une question technique ne requiert pas d'investigations complexes, la formation de jugement peut charger la personne qu'elle commet de lui fournir un avis sur les points qu'elle détermine ».

¹³⁷⁷ Par exemple, le secteur des communications électroniques offre une seule illustration de l'emploi de ce mécanisme : v. CE, 23 avr. 2003, *France Télécom*, req. n° 233063, Rec. p. 175.

revient au juge seul d'apprécier l'opportunité de recourir ou non à cette mesure d'instruction.

L'expertise est une procédure incidente par laquelle le juge confie à des personnes disposant de connaissances spécialisées la mission de se prononcer sur des questions d'ordre technique¹³⁷⁸. Elle présente *un caractère subsidiaire*, dans le sens où elle ne pourrait être ordonnée que s'il n'y a aucun moyen d'instruction plus léger¹³⁷⁹.

En sus d'être coûteuse, l'expertise présente l'inconvénient d'être longue, ralentissant ainsi la procédure de jugement¹³⁸⁰. Cette seconde caractéristique rend ce mécanisme peu attractif pour le juge administratif lorsque ce dernier est appelé à statuer en matière de régulation.

En outre, le juge administratif doit être très attentif à la manière dont il met en œuvre l'expertise, dans la mesure où toute irrégularité frappant le jugement qui l'ordonne ou les opérations tenant au rapport d'expertise peut entraîner l'annulation du jugement ultérieur rendu au fond¹³⁸¹. Venant s'ajouter à la longueur de la procédure, ce risque serait éventuellement une raison supplémentaire justifiant la réticence du juge administratif de commettre un expert lorsqu'il est appelé à apprécier la légalité d'un acte administratif unilatéral de régulation. **En effet, la frontière entre les faits et le droit n'étant pas toujours étanche en matière de régulation, le juge risquerait d'introduire dans le jugement ordonnant l'expertise des questions de droit qui seraient incompatibles avec l' « office » de l'expert.**

2. L' « office » de l'expert

L'expert ne peut ni procéder à une qualification juridique des faits ni indiquer les conséquences juridiques à tirer des constatations factuelles. Il ne peut non plus se prononcer sur des questions de droit. « Homme de la technique », l'expert « (...) dit le pourquoi des

¹³⁷⁸ En ce sens, v. A. BÉAL, « Expertise et autres mesures d'instruction », in *JurisClasseur Administratif*, fasc. 1092 (dernière mise à jour : le 22 Juin 2016), n° 213.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, n° 12.

¹³⁸⁰ *Ibid.*

¹³⁸¹ *Ibid.*, n° 7.

choses et le comment ; il éclaire le fait et explique les mécanismes qui relèvent de son art »¹³⁸².

Le Conseil d'État a jugé à cet effet que l'expert ne peut pas être amené à interpréter un contrat. Dans un arrêt *Sté OTV France* du 12 janvier 2011, il a noté que : « (...) *le juge des référés de la cour administrative d'appel de Lyon, en ordonnant à l'expert, au 2° de l'article 2 de l'ordonnance attaquée, de rechercher et préciser les liens contractuels unissant les parties, de préciser en particulier si le marché passé avec la société OTV France comportait pour celle-ci l'obligation de mettre en place tel ou tel type de fondations et de décrire les missions confiées par le maître de l'ouvrage à chacun des constructeurs qu'il attrait à la présente instance, a inclus dans les missions de l'expert l'appréciation de l'étendue des obligations que les documents contractuels mettent à la charge des parties ; qu'en confiant ainsi à l'expert une mission portant sur une question de droit, le juge des référés a commis une erreur de droit dans cette mesure* »¹³⁸³.

Le juge administratif ne peut pas déléguer sa mission juridictionnelle à l'expert. Conscient de ce risque, le Conseil d'État, dans son rapport public de 2001 consacré aux autorités administratives indépendantes, rappelle que si « (...) le recours à l'expertise, dont la mise en œuvre peut d'ailleurs, dans certains cas, se heurter à de réelles difficultés de choix de l'expert dont il convient de vérifier tant la neutralité que les références professionnelles, s'il peut éclairer le juge sur les faits, ne peut cependant dégager le juge de sa responsabilité propre de déterminer la solution qu'appelle, en droit, le litige dont il est saisi »¹³⁸⁴.

Lorsque le juge administratif est appelé à se prononcer sur un acte administratif unilatéral de régulation, il aurait plutôt intérêt à recourir à un consultant technique au sens de l'article R. 625-2 CJA au lieu de faire appel à un expert. Le fait de privilégier

¹³⁸² A. LORIEUX, « L'expertise et le jugement », in M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise*, Dalloz, 1995, p. 123.

¹³⁸³ CE, 12 janv. 2011, *Sté OTV France*, req. n° 337889, inédit (nous soulignons).

¹³⁸⁴ CE, *Considérations générales sur les AAI, Rapport public 2001*, op. cit., p. 383. Le décret n°2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives (JORF n°0045 du 23 février 2010, p.3325, texte n° 15) a reconnu expressément à l'expert une fonction de conciliation des parties, le rapprochant ainsi du juge.

le recours à un consultant technique s'expliquerait par la *rapidité de cette procédure*, le consultant technique n'ayant pas, à la différence de l'expert, « (...) à opérer en respectant une procédure contradictoire à l'égard des parties »¹³⁸⁵.

C'est en matière d'énergie que le juge administratif a employé pour la première fois l'article R. 625-2 CJA. L'examen de sa jurisprudence en la matière s'impose, afin de pouvoir évaluer l'utilité de cet instrument pour le meilleur contrôle des actes administratifs unilatéraux de régulation.

B. L'avis technique

Le mécanisme d'avis technique est l'une des innovations majeures apportées au Code de justice administrative par le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives¹³⁸⁶. Le Conseil d'État a eu l'occasion de recourir à ce mécanisme dans une affaire concernant les troisièmes tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (« TURPE 3 »)¹³⁸⁷ (1). Ce moyen d'instruction serait très utile pour le juge administratif dans l'hypothèse où celui-ci serait appelé à se prononcer sur des actes réglementaires adoptés en matière de régulation, dans lesquels sont précisées, par les autorités compétentes, des méthodes de calcul des tarifs ou des redevances (2).

1. Une première application dans la jurisprudence relative aux troisièmes tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (« TURPE 3 »)

Suite à l'adoption des troisièmes tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (« TURPE 3 »), le Conseil d'État a été appelé à se prononcer sur la méthodologie retenue pour déterminer la rémunération du capital d'ERDF et sur la façon dont cette méthodologie

¹³⁸⁵ Art. R. 625-2 CJA.

¹³⁸⁶ Pour une présentation des différentes innovations du décret n° 2010-164 du 22 février 2010, v. not. B. STIRN, « Panorama : le mouvement de réforme de la justice administrative », *AJDA* 2012, p. 1193 ; F. MELLERAY, « La réforme de l'expertise », *AJDA* 2014, p. 1364 s.

¹³⁸⁷ CE, 28 mars 2012, *Sté Direct Énergie et a.*, req. n°s 330548, 332639, 332643, Rec. p. 918 ; *AJDA* 2012, p. 1146, note M. LOMBARD ; *RTD com.* 2012, p. 733, obs. G. ORSONI.

prenait en compte les caractéristiques particulières du régime des concessions de service public.

Dans ce cadre, la haute juridiction administrative a sollicité le concours d'un commissaire aux comptes. Par deux décisions du 28 mars 2012¹³⁸⁸ et du 23 mai 2012¹³⁸⁹, le Conseil d'Etat a demandé à J.-J. Dedouit, commissaire aux comptes, un avis relatif aux deux questions suivantes : « Comment apprécier le coût moyen pondéré du capital lorsque les actifs d'une société comprennent des biens propriété du concédant et ont pour contrepartie, à son passif, non seulement des capitaux propres et des emprunts, mais également des comptes spécifiques aux concessions, notamment les droits des concédants ? Quels sont les retraitements à opérer en cas de passage d'une approche comptable des charges en capital, à une approche économique, fondée sur le coût moyen pondéré du capital investi ? »¹³⁹⁰.

Purement d'ordre comptable, ces questions présentaient un caractère technique et ne nécessitaient aucune investigation. Le Conseil d'État s'est ainsi limité à recourir à l'article R. 625-2 CJA, en faisant appel au commissaire aux comptes. L'avis de ce dernier a permis au juge, d'une part, d'apprécier la pertinence de la méthode de calcul des tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité, telle qu'établie par la CRE et, d'autre part, de mesurer les conséquences éventuelles d'une modification de cette méthode.

Selon le professeur M. Lombard, en désignant un expert pour lui fournir un avis sur des questions techniques liées à l'économie de la régulation, la haute juridiction administrative est venue à nouveau « (...) témoigner de cet esprit d'innovation au service d'un contrôle vigilant en ce domaine, cette fois à propos des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'énergie »¹³⁹¹. Le professeur a émis un seul doute en la matière. Elle a exprimé ses réserves quant à la « (...) nécessité, pour le rapporteur public, de suspendre un temps son analyse, pour proposer au Conseil de

¹³⁸⁸ *Ibid.*

¹³⁸⁹ CE, 23 mai 2012, *Sté Direct Énergie et a.*, req. n^{os} 330548, 332639, 332643, *inédit*.

¹³⁹⁰ V. l'arrêt statuant au fond : CE, 28 novembre 2012, *Sté Direct Énergie et a.*, req. n^{os} 330548, 332639, 332643 ; *AJDA* 2013, n^o 6, p. 364, note F. LAFFAILLE ; *RJEP* 2013, n^o 706, p. 17, comm. F. ALADJIDI.

¹³⁹¹ M. LOMBARD, note sous CE, 28 mars 2012, *Sté Direct Énergie e.a.*, *op. cit.*

demander un avis à un consultant »¹³⁹². Cependant, cette retenue du rapporteur public confirmerait, selon le professeur, sa rigueur et sa profonde culture économique, dans la mesure où il est « (...) en tout état de cause difficile d'exiger d'un juge qu'il aille de lui-même et par ses propres moyens encore plus loin dans l'analyse économique »¹³⁹³.

À la suite du dépôt du rapport de J.-J. Dedouit, la haute juridiction administrative a considéré que « (...) la CRE et les ministres ont retenu, **ainsi que cela ressort du rapport** du consultant du 13 juillet 2012, **une méthode erronée en droit** »¹³⁹⁴. Cette formulation apparaît problématique dans la mesure où elle permet de supposer que le juge a attaché une importance excessive au rapport fourni, en en faisant un élément d'appréciation du droit, au lieu de l'utiliser uniquement en vue d'être éclairé sur les faits techniques de l'affaire.

En toute hypothèse, le rapport du commissaire aux comptes a permis au Conseil d'État de mieux saisir la méthode de calcul utilisée par la CRE et, notamment, de vérifier sa compatibilité avec les particularités que présente le système français des concessions de réseau¹³⁹⁵. Ayant été éclairé sur des faits de nature comptable grâce au rapport du commissaire aux comptes, le juge a finalement considéré que la méthode utilisée par le régulateur pour la fixation des tarifs « TURPE 3 » était erronée, parce qu'elle était fondée exclusivement sur les exemples d'autres distributeurs d'électricité en Europe et ne tenait pas compte des spécificités du régime français des concessions¹³⁹⁶. La nécessité de sauvegarder la physionomie de ce dernier a ainsi primé sur la méthode comparatiste.

Le Conseil d'État a également eu recours à un consultant technique dans une autre affaire, à propos de l'examen d'un acte réglementaire du CSA. Si les faits et le contexte de cette jurisprudence ne sont pas les mêmes que ceux de l'affaire relative aux « TURPE 3 », elle illustre l'utilité du mécanisme d'avis technique dans les affaires où serait en cause une méthode de calcul.

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ *Ibid.*

¹³⁹⁴ CE, 28 novembre 2012, *Sté Direct Énergie et a.*, op.cit.

¹³⁹⁵ En ce sens, v. F. LAFAILLE, note sous CE, 28 novembre 2012, *Sté Direct Énergie et a.*, op. cit.

¹³⁹⁶ *Ibid.*

2. Un moyen d’instruction précieux pour l’appréciation de la légalité des actes réglementaires établissant des méthodes de calcul

Après sa première utilisation dans l’affaire concernant les troisièmes tarifs d’utilisation des réseaux publics d’électricité (« TURPE 3 »), l’article 625-2 CJA a été également employé par le Conseil d’État dans un arrêt du 22 juillet 2015¹³⁹⁷ portant sur une décision réglementaire du CSA établissant les règles permettant de fixer la somme des populations desservies par un groupe radiophonique. La méthode retenue par le CSA en l’espèce était fondée sur différents éléments techniques que seul un ingénieur pourrait connaître.

Le juge a considéré que pour pouvoir évaluer les arguments des sociétés requérantes qui faisaient valoir que la méthode de calcul du CSA conduisait à une sous-évaluation des populations desservies, il y avait besoin de demander un avis technique. Il a ainsi décidé de surseoir à statuer en demandant à un ingénieur d’émettre, dans un délai de trois mois, « (...) un avis technique portant sur la fiabilité des paramètres retenus par le CSA (...) en ce qui concerne le modèle de propagation, le seuil de réception et la prise en compte des quatre principaux brouilleurs constants, sur la possibilité de disposer d’instruments de mesure plus fiables et sur le point de savoir si (...) la méthode (...) définie [pouvait] seulement conduire à surévaluer les populations desservies par les services de radio »¹³⁹⁸.

Dans les deux cas précités, le Conseil d’État a sollicité un avis technique en vue de mieux comprendre des éléments factuels lui permettant de se prononcer sur la légalité de deux actes réglementaires, dans lesquels était établie une méthode de calcul (portant sur des coûts dans le cas de l’arrêt relatif aux « TURPE 3 » et sur l’estimation de la population desservie dans l’arrêt concernant la décision du CSA).

Le juge est amené très souvent à se prononcer sur les actes des autorités de régulation fixant des méthodes de calcul des tarifs en matière d’énergie ou des redevances dans le

¹³⁹⁷ CE, 22 juill. 2015, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes et autres*, req. n° 374114, Rec. tables, p. 812.

¹³⁹⁸ *Ibid.*

secteur des communications électroniques. Dès lors que les méthodes de calcul sont notamment établies sur le fondement de purs éléments techniques qui ne requièrent pas « d'investigations complexes », elles seraient propices à l'application de l'article R. 625-2 CJA.

Aux moyens d'instruction visant à permettre au juge administratif d'avoir des réponses concrètes à des questions techniques concernant les faits de certaines affaires, s'ajoutent ceux lui permettant d'être éclairé sur des *questions de droit*. Or, celui-ci n'emploie que très parcimonieusement ces derniers dans le cadre de l'instruction des affaires relatives aux actes administratifs unilatéraux de régulation, malgré l'utilité que présentent ces moyens pour la résolution des questions transdisciplinaires qui pourraient se poser en l'espèce.

§ 2. Un recours utile à des tiers pour des questions de droit

Le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 a apporté une évolution importante au contentieux administratif français, en y faisant entrer un « nouveau personnage »¹³⁹⁹ : l'« amicus curiae ». Cette expression, qui signifie littéralement « ami de la Cour »¹⁴⁰⁰, désigne, selon le professeur Gérard Cornu, « (...) la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personnalité à [...] fournir en présence de tous les intéressés toutes les observations propres à éclairer le juge »¹⁴⁰¹.

L'« amicus curiae » diffère de l'expert et du témoin puisqu'il ne se limite pas nécessairement à se prononcer sur les faits, mais est également compétent pour procéder à leur qualification juridique. Il peut *identifier la législation applicable* aux faits donnés et mener *une analyse juridique*. La qualité d'« amicus curiae » pourrait être reconnue à toute personne (ou organisme) qui est capable, de par son expérience et sa valeur morale, d'enrichir les débats et d'éclairer le juge sur des questions de fait ou même de droit.

¹³⁹⁹ C. BUGNON, « L'amicus curiae, facteur de démocratisation du procès administratif », *AJDA* 2011, p. 1608.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*

¹⁴⁰¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} édition, 2016, entrée « amicus curiae », p. 62.

Le droit positif prévoit également un autre moyen permettant au juge administratif d'être mieux éclairé sur des questions juridiques complexes. Plus précisément, celui-ci peut, en vertu de l'article L. 462-3 du Code de commerce, consulter l'Autorité de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont il est saisi, telles que définies aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 du Code de commerce (ententes, abus de position dominante, pratique de prix anormalement bas), ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Dans cette hypothèse, l'Autorité de la concurrence rend son avis en suivant une procédure contradictoire.

Lorsque le juge administratif est appelé à contrôler un acte administratif unilatéral de régulation, il lui revient, entre autres, d'apprécier les effets de l'acte examiné sur la concurrence. Il pourrait être confronté à cet effet à diverses questions liées au droit de la concurrence. Par exemple, **il serait éventuellement amené à se prononcer sur la question de savoir si l'attribution d'une autorisation serait constitutive d'un abus de position dominante, si la cession d'une autorisation serait le fruit d'une entente entre les opérateurs-parties à la cession ou si les tarifs d'accès au réseau arrêtés par voie réglementaire seraient abusifs.** Dans toutes ces hypothèses, la consultation de l'Autorité de la concurrence lui serait d'une extrême utilité.

Or, le juge administratif reste réticent quant à l'emploi de l'article L. 462-3 du Code de commerce qui lui permet de saisir l'Autorité de la concurrence pour avis dans les affaires où est en cause un acte administratif unilatéral de régulation. En outre, il n'a jamais eu recours à un « amicus curiae » en matière de régulation. Ce mécanisme n'a été mis en œuvre à partir de 2010 qu'à deux reprises, à propos de l'affaire *Kandyrine de Brito Paiva*¹⁴⁰² et la célèbre affaire *Lambert*¹⁴⁰³, toutes deux étant complètement étrangères à la régulation.

¹⁴⁰² CE, Ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, req. n° 303678, Rec. p. 623, concl. J. BOUCHER ; Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 30 déc. 2011, comm. S. SLAMA ; *AJDA* 2012, p. 1201, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *RFDA* 2012, p. 1, concl. J. BOUCHER ; *ibid.*, p. 19, avis G. GUILLAUME et note D. ALLAND.

¹⁴⁰³ CE, ass., 14 févr. 2014, *Lambert e. a.*, req. n° 375081, Rec. p. 31 ; *AJDA* 2014, p. 790, chron. A. BRETONNEAU et J. LESSI ; *AJDA* 2014, p. 1225, trib. P. CASSIA ; *RDSS* 2014, p. 255, note D. THOUVENIN ; *RFDA* 2014, p. 255, concl. R. KELLER.

Cette réticence s'expliquerait peut-être par le fait que le juge administratif se trouve à l'aise avec l'analyse économique, son office de « juge économique » ayant été consolidé progressivement. Cependant, tant le mécanisme de consultation de l'Autorité de la concurrence (A) que celui d'« amicus curiae » (B) présentent plusieurs avantages qui justifieraient la révision de l'approche du juge administratif à ce sujet.

A. La consultation de l'Autorité de la concurrence

Mis en œuvre par le Conseil d'État dans plusieurs affaires étrangères à la régulation (1), le mécanisme de consultation de l'Autorité de la concurrence n'a été employé en matière de régulation qu'une seule fois, à propos des tarifs de vente du gaz combustible (2)¹⁴⁰⁴.

1. Un mécanisme privilégié par le Conseil d'État dans les affaires étrangères à la régulation

Dans l'arrêt *Société EDA*, la haute juridiction administrative a décidé de consulter le Conseil de la concurrence¹⁴⁰⁵, afin de lui demander des éléments d'appréciation relatifs à la procédure menée par « Aéroports de Paris » en vue de la passation de conventions d'occupation du domaine public pour l'exploitation des points de location de voitures sans chauffeur.

D'un côté, le Conseil de la concurrence a été invité à donner son avis sur la notion de « marché pertinent ». Plus précisément, le Conseil d'État l'a consulté sur la question de savoir si les aéroports d'Orly et de Roissy-Charles de Gaulle constitueraient, « (...) chacun séparément ou ensemble, au regard du droit de la concurrence, un marché "pertinent", tant pour la fourniture d'installations pour la location de véhicules sans

¹⁴⁰⁴ CE, 26 mars 1999, *Sté EDA*, req. n° 202260, Rec. p. 96, concl. J.-H. STAHL ; *AJDA* 1999, p. 427, concl. J.-H. STAHL, note M. BAZEX ; *CJEG* 1999, p. 264, concl. J.-H. STAHL ; *D.* 2000, p. 204, note J.-P. MARKUS ; *RDP* 1999, p. 1545, note S. MANSON ; *RFDA* 1999, p. 977, note D. POUYAUD ; *RDP* 2000, p. 353, obs. C. GUETTIER.

¹⁴⁰⁵ L'Autorité de la concurrence a succédé au Conseil de la concurrence avec la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008 (v. les art. 95 s. de la loi).

chauffeur que pour la location de véhicules sans chauffeur dans lesdits aéroports »¹⁴⁰⁶. De l'autre côté, le Conseil de la concurrence était appelé à fournir au Conseil d'État tout élément d'appréciation susceptible de lui permettre de déterminer si l'obligation faite aux candidats de présenter une offre portant conjointement sur les aéroports d'Orly et de Roissy-Charles de Gaulle constituerait un abus de position dominante.

Jacques-Henri Stahl, commissaire du gouvernement sur cette affaire, insistait dans ses conclusions sur l'utilité que présentait la saisine du Conseil de la concurrence pour avis. Celle-ci permettait, selon lui, au Conseil d'État de faire en sorte que son appréciation « soit entourée des meilleures garanties » et de démontrer qu'il n'entendait pas « développer une conception autonome des notions du droit de la concurrence »¹⁴⁰⁷.

Le commissaire du gouvernement a mis l'accent sur l'originalité de ce mécanisme, en relevant que la consultation du Conseil de la concurrence s'apparentait « (...) pour le juge administratif, à une forme d'expertise, de mesure d'instruction préalable à la décision, de ce fait pleinement éclairée, du juge »¹⁴⁰⁸.

D'une manière générale, la saisine de l'Autorité de la concurrence pour avis dans le cadre du jugement des actes administratifs qui posent des questions de compatibilité avec le droit de la concurrence contribue à renforcer la sécurité juridique, parce qu'elle permet au juge de préciser en concertation avec l'Autorité de la concurrence le contenu des notions du droit de la concurrence. Or, cette collaboration ne doit pas conduire à ce que l'Autorité de la concurrence se substitue finalement au juge. Il ne revient qu'à ce dernier de tirer les conséquences juridiques de l'avis de l'Autorité¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁶ CE, 26 mars 1999, *Sté EDA*, *op. cit.*

¹⁴⁰⁷ J.-H. STAHL, concl. sur CE, 26 mars 1999, *Sté EDA*, *op. cit.*

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*

¹⁴⁰⁹ Le Conseil d'État peut s'écarter des considérations de l'Autorité de la concurrence. V. en ce sens : CE, 16 juin 2004, *Mutuelle générale services publics*, Rec. tables p. 611 ; *BJCP* 2004, p. 367, concl. J.-H. STAHL ; *AJDA* 2004, p. 1509, obs. N. CHARBIT ; *DA* 2004, comm. 140, p. 27, obs. M. BAZEX et S. BLAZY ; *Europe* 2004, comm. 370, p. 23, obs. P. CASSIA et E. SAULNIER ; *Cont. conc. consom.* 2004, comm. 155, p. 21, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *RLC*, novembre 2004/ janvier 2015, n° 1, p. 63, note S. DESTOURS.

Le Conseil d'État a également sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence (Conseil de la concurrence à l'époque) dans les affaires *Cegedim*¹⁴¹⁰ et *Mutuelle générale des services publics*¹⁴¹¹. Dans la première affaire, la consultation visait à permettre au Conseil d'État d'apprécier si les tarifs que l'INSEE était autorisé à pratiquer pour la cession d'éléments du fichier SIRENE constituaient des pratiques anticoncurrentielles au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986¹⁴¹². Dans la seconde affaire, elle avait pour objet d'éclairer le juge sur la question de savoir si le décret soumis à son examen avait pour effet de placer la Mutualité fonction publique « (...) en situation d'abuser d'une position dominante, en particulier sur le marché des prestations sociales aux agents publics »¹⁴¹³.

L'utilité particulière que revêt la consultation de l'Autorité de la concurrence en matière économique a conduit le Conseil d'État à y avoir recours même dans des hypothèses non couvertes par l'article L. 462-3 du Code de commerce. Plus précisément, la haute juridiction administrative a saisi cette autorité (Conseil de la concurrence à l'époque) dans une affaire relative à une opération de concentration économique, alors que l'article L. 462-3 du Code de commerce ne prévoyait pas cette hypothèse¹⁴¹⁴.

En effet, cet article limite la possibilité de saisine de l'Autorité de la concurrence dans la seule hypothèse où le juge est amené à apprécier la légalité d'un acte administratif au regard des dispositions du droit de la concurrence relatives aux ententes, aux abus de position dominante et aux prix abusivement bas. La haute juridiction administrative a noté qu'il était toutefois possible de saisir le Conseil de la concurrence pour avis à propos d'une opération de concentration, en dégageant cette possibilité des « pouvoirs généraux de direction de la procédure » dont dispose le juge¹⁴¹⁵.

¹⁴¹⁰ CE, 15 mars 2000, *Sté Cegedim*, req. n° 200886 (décision avant dire droit) ; CE, 29 juill. 2002, *Sté Cegedim*, Rec. p. 280 ; *AJDA* 2002, p. 1072, note S. NICINSKI ; *CJEG* 2003, p. 16, concl. C. MAUGÜÉ ; *DA* 2002, n° 173, note M. BAZEX et S. BLAZY S ; *Cont. conc. consom.* 2003, n° 39, note M. MALAURIE-VIGNAL, *JCP E* 2003, p. 149, note J.-M. BRUGUIÈRE.

¹⁴¹¹ CE, 13 janv. 2003, *Mutuelle générale des services publics*, req. n° 235176 (décision avant dire droit) ; *BJCP* 2003, p. 135, concl. P. FOMBEUR, obs. C. MAUGÜÉ ; *AJDA* 2003, p. 899, note J.-D. DREYFUS ; CE, 16 juin 2004, *Mutuelle générale services publics*, *op. cit.*

¹⁴¹² CE, 15 mars 2000, *Sté Cegedim* (décision avant dire droit), *op. cit.*

¹⁴¹³ CE, 13 janv. 2003, *Mutuelle générale des services publics*, req. n° 235176 (décision avant dire droit).

¹⁴¹⁴ CE, 20 juill. 2005, *Stés Fiducial Informatique et Fiducial Expertise*, Rec. p. 334 ; *RFDA* 2006, p. 692, concl. E. GLASER ; *AJDA* 2005, p. 2167, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *DA* 2005, comm. 133, obs. M. BAZEX.

¹⁴¹⁵ *Ibid.*

C'est à propos d'une affaire concernant les tarifs du gaz combustible que le Conseil d'État a demandé pour la première fois l'avis du Conseil de la concurrence. Cette affaire reste l'unique illustration de l'emploi de l'article L. 462-3 du Code de commerce en matière de régulation.

2. Une seule application en matière de régulation : le cas des tarifs du gaz combustible

Le Conseil d'État a saisi le Conseil de la concurrence pour avis sur le fondement de l'article L. 462-3 du Code de commerce dans deux affaires relatives aux tarifs réglementés dans le secteur du gaz combustible¹⁴¹⁶. Le juge était appelé à se prononcer en l'espèce sur trois arrêtés ministériels fixant le prix du gaz en distribution publique. Avant de se prononcer sur le fond, le Conseil d'État a saisi le Conseil de la concurrence pour vérifier, d'un côté, si les tarifs réglementés étaient supérieurs aux coûts moyens complets et, de l'autre côté, si la fixation des tarifs par les arrêtés litigieux ne produisait des effets anticoncurrentiels en avantageant Gaz de France¹⁴¹⁷.

Le Conseil de la concurrence a validé ces tarifs au regard des règles de concurrence. Le Conseil d'État l'a suivi sur ce point, mais en se fondant sur un raisonnement différent de celui du Conseil de la concurrence.

En effet, le Conseil de la concurrence avait révélé que les tarifs en question étaient inférieurs aux coûts moyens complets, mais ils ne pouvaient pas être qualifiés de prédateurs, parce que Gaz de France n'avait « (...) pas la capacité, ni l'intérêt à conduire une politique de prix prédateurs, qui se résumerait pour elle à accroître ses pertes sans espoir d'en retirer un bénéfice ultérieur »¹⁴¹⁸. Le Conseil d'État ne s'est pas

¹⁴¹⁶ CE, 7 juill. 2006, *Sté Poweo et a.* (arrêt avant dire droit), req. n^{os} 289012 et 289776, *Cont. conc. consom.* 2007, n^o 10, comm. 189, p. 17, obs. M. BAZEX ; CE, 10 déc. 2007, *Sté Poweo et a.*, req. n^o 289012 et 289776 ; CE, 10 déc. 2007, *Sté Poweo et a.*, req. n^o 296191 ; DA, février 2008, n^o 2, comm. 29, p. 40, note M. BAZEX et S. BLAZY.

¹⁴¹⁷ En ce sens, v. M. BAZEX et S. BLAZY, obs. sur CE, 10 déc. 2007, *Sté Poweo et a.*, *op. cit.*

¹⁴¹⁸ Conseil de la concurrence, Avis n^o 07-A-08 du 27 juillet 2007 relatif à une demande du Conseil d'Etat à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France (disponible sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/07a08.pdf>), pt 167.

contenté de reprendre ce raisonnement général dans sa décision. Il a procédé à une analyse plus rigoureuse que celle du Conseil de la concurrence. Faisant application de la théorie de l'abus de position dominante automatique, il a considéré que la situation concurrentielle, telle que dénoncée par les requérants, ne résultait pas de l'arrêté attaqué et que, par conséquent, ce dernier, ne mettait pas, **par lui-même**, Gaz de France en situation d'abuser de la position dominante qu'il occupait sur le marché du gaz « (...) en conduisant une politique de prix prédateurs ou en y perturbant de manière significative les conditions d'exercice de la concurrence »¹⁴¹⁹.

La manière dont le Conseil d'État a appréhendé l'avis du Conseil de la concurrence dans cette affaire confirme l'utilité que présente le recours à l'article L. 462-3 du Code de commerce pour le juge. En effet, cet avis a permis au Conseil d'État d'approfondir son raisonnement économique et d'aller *même au-delà* de ce que préconisait le Conseil de la concurrence.

La collaboration avec l'Autorité de la concurrence dans le cadre du contrôle des actes administratifs unilatéraux de régulation permettrait au juge administratif de *conforter ses qualités de juge économique*. Or, le spectre d'intervention consultative de cette autorité est strictement limité aux questions liées à l'application du droit de la concurrence, alors que le contrôle des actes administratifs unilatéraux de régulation implique également la maîtrise des différentes règles de droit interne et européen, voire l'ouverture du juge à d'autres disciplines, comme l'économie.

Introduit dans le contentieux administratif par le décret n° 2010-164 du 22 février 2010, l'« *amicus curiae* » serait un collaborateur précieux du juge administratif dans la résolution des questions complexes qui pourraient se poser à propos du contrôle de ces actes.

¹⁴¹⁹ CE, 10 déc. 2007, *Sté Poweo et a.*, *op. cit.*

B. L'appel à un « amicus curiae »

L'« amicus curiae » a fait sa première apparition en droit français en 1988 dans deux arrêts de la Cour d'appel de Paris¹⁴²⁰. Il a été consacré ensuite par l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt relatif à la maternité de substitution¹⁴²¹.

Ce n'est qu'avec le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 que l'« amicus curiae » est entré en scène dans le contentieux administratif. Le nouveau article R. 625-3 CJA, tel que créé par l'article 46 du décret précité autorise la formation chargée de l'instruction à « (...) inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine ». Cet avis est consigné par écrit et communiqué aux parties. Le troisième alinéa de l'article R. 625-3 CJA prévoit également la possibilité tant pour la formation chargée de l'instruction que pour celle chargée du jugement d'inviter toute personne, dans les mêmes conditions, à présenter des observations orales devant elles. Cette nouvelle disposition témoigne de la volonté du législateur de démocratiser davantage le règlement juridictionnel des litiges¹⁴²².

Le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser l'« office » de l'« amicus curiae » (1), dans un arrêt du 6 mai 2015 *Préfet d'Ille-et-Vilaine*¹⁴²³. L'étude de cet arrêt s'impose avant d'exposer les effets que pourrait avoir le recours à ce mécanisme en matière de régulation (2).

¹⁴²⁰ CA Paris, 21 juin et 6 juill. 1988 ; *Gaz. Pal* 1988, p. 699, note Y. LAURIN ; *RTD civ.* 1989, p. 138, obs. R. PERROT, cit. par H. HEUGAS-DARRASPEN, in « Réforme de l'expertise administrative et des mesures d'instruction connexes. Commentaire du chapitre VIII du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 », *AJDI* 2010, p. 441.

¹⁴²¹ Cass. ass. plén., 31 mai 1991 ; *D.* 1991, p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; *JCP G* 1991, p. 21752, concl. H. DONTENWILLE, note F. TERRÉ, cit. par H. HEUGAS-DARRASPEN, *ibid.*

¹⁴²² En ce sens, v. C. BUGNON, « L'amicus curiae, facteur de démocratisation du procès administratif », *op. cit.*

¹⁴²³ CE, 6 mai 2015, *Préfet d'Ille-et-Vilaine (Caous)*, req. n° 375036 ; *JCP A* 2015, n° 43, p. 20, chron. O. LE BOT ; *DA* 2015, n° 10, p. 51, comm. G. EVEILLARD ; *AJDA* 2015, n° 27, p. 1545, note D. CONNIL ; *Bull. Jur. des Coll. Loc. (BJCL)* 2015, n° 7-8, p. 560, note B. POUJADE ; *JCP G* 2015, n° 22, p. 1054, veille par E. LANGELIER ;

1. L'office de l' « *amicus curiae* »

L'arrêt *Préfet d'Ille-et-Vilaine* a été rendu à l'occasion d'un pourvoi formé contre une décision de la Cour administrative d'appel de Nantes, dans laquelle elle mettait en œuvre le mécanisme de l'article L. 625-3 CJA.

D'un côté, le Conseil d'État a adopté, dans cet arrêt, une **approche souple quant aux modalités de saisine de l' « *amicus curiae* »**. Il a noté que la demande adressée à ce dernier par le juge peut revêtir la forme d'un jugement avant-dire droit ou d'un simple courrier du président de la formation d'instruction. Le régime applicable à la saisine de l'« *amicus curiae* » s'alignerait ainsi sur celui des injonctions d'instruction¹⁴²⁴.

De l'autre côté, la haute juridiction administrative a fourni des précisions importantes sur le contenu que doit avoir la demande de consultation adressée à l' « *amicus curiae* » par la formation chargée de l'instruction. La demande de cette dernière « (...) ne peut porter que sur **des observations d'ordre général** sur les points qu'elle détermine, lesquels peuvent être des **questions de droit, à l'exclusion de toute analyse ou appréciation de pièces du dossier** »¹⁴²⁵.

Le Conseil d'État s'adresse, par cette phrase, aux juridictions souhaitant formuler une demande à un « *amicus curiae* ». Or, en même temps, la lecture de la phrase permet de comprendre en quoi consiste l'« office » de ce dernier. L' « *amicus curiae* » ne peut émettre que d'*observations générales* sur des questions concernant les faits, le droit ou une combinaison des deux, *sans toutefois se substituer au juge*. Il doit ainsi se garder de l'examen des pièces du dossier et de toute appréciation concrète de la situation juridique des personnes impliquées dans l'affaire à propos de laquelle il intervient.

En l'espèce, la Cour administrative d'appel de Nantes avait demandé au professeur P.-Y. Legal, à l'époque maître de conférences en histoire du droit à la faculté de droit de Nantes, de se prononcer sur le point de savoir si « *l'aveu et dénombrement* » du 1^{er} mai 1542 dont se prévalait le requérant pouvait constituer un titre de propriété antérieur à

¹⁴²⁴ En ce sens, v. O. LE BOT, chron. sur CE, 6 mai 2015, *Préfet d'Ille-et-Vilaine*, *op. cit.*

¹⁴²⁵ CE, 6 mai 2015, *Préfet d'Ille-et-Vilaine (Caous)*, *op. cit.*, consid. 2 (nous soulignons).

l'édit de Moulins de février 1566. En cas de réponse positive à cette question, il devenait possible d'écarter le principe d'inaliénabilité du domaine public. En confiant une telle mission à l'« amicus curiae », la Cour administrative d'appel de Nantes a méconnu l'article R. 625-3 CJA, dès lors qu'elle invitait son « ami » à « prendre parti sur une question qui n'était pas d'ordre général et qui le conduisait à porter une appréciation juridique sur une pièce du dossier »¹⁴²⁶.

Cependant, selon le Conseil d'État, l'irrégularité de la consultation de l'« amicus curiae » par la Cour administrative d'appel de Nantes ne serait pas susceptible de conduire *ipso facto* à l'annulation de sa décision. La haute juridiction administrative a noté que lorsque l'avis rendu par un « amicus curiae » est irrégulier, il n'entache pas la décision juridictionnelle d'irrégularité, à condition que le juge se borne « (...) à prendre en compte les observations d'ordre général, juridiques ou factuelles, qu'il contient »¹⁴²⁷. Si l'avis de l'« amicus curiae » comprend autant d'observations générales que d'observations portant sur un thème particulier du dossier, le juge peut tenir compte uniquement des premières et éviter que sa décision soit censurée en appel.

Le Conseil d'État a considéré en l'espèce qu'en s'appuyant « (...) exclusivement, dans son arrêt, sur l'opinion émise par M. C pour estimer que M. B ne pouvait exciper d'un titre de propriété sur les parcelles antérieur à l'édit de Moulins, la cour a méconnu son office »¹⁴²⁸. La reprise pure et simple de cet avis a privé le juge de l'exercice de sa fonction juridictionnelle.

Le recours du juge à un « amicus curiae » ne devrait pas conduire à déléguer le pouvoir de juger à ce dernier. Comme l'observe le professeur G. Eveillard à l'appui d'un exemple inspiré des exercices donnés aux étudiants en droit, la demande formulée aux *amis de la cour* « (...) n'est nullement un cas pratique, mais une dissertation sur un sujet juridique général, à charge pour le juge d'appliquer ensuite les enseignements fournis au cas d'espèce »¹⁴²⁹.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, consid. 3.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, consid. 2.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, consid. 3.

¹⁴²⁹ G. EVEILLARD, comm. sur CE, 6 mai 2015, *Préfet d'Ille-et-Vilaine (Caous)*, *op. cit.*

L'« office » de l'« amicus curiae » se rapprocherait ainsi de celui de l'expert : tout comme l'« amicus curiae », l'expert ne peut en aucun cas se substituer au juge dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Or, à la différence de l'« amicus curiae », l'expert ne peut que fournir des observations portant sur les faits. En outre, l'irrégularité de l'avis de l'expert rend irrégulière la décision fondée sur cet avis, sans qu'il y ait aucune possibilité de trier en l'espèce parmi les différentes observations exprimées par l'expert, afin de tenir compte uniquement de celles qui relèvent véritablement de son « office ».

L'interprétation souple qu'a adoptée le Conseil d'État quant aux effets d'un avis irrégulier rendu par un « amicus curiae » rend ce mécanisme particulièrement attractif pour le juge administratif lorsque ce dernier serait appelé à statuer sur un acte administratif unilatéral de régulation. Dans cette hypothèse, le recours à un « amicus curiae » lui permettrait non seulement de mieux exercer sa mission, mais aurait également des effets extra-juridiques.

2. Les effets du recours à un « amicus curiae » dans le cadre du contrôle des actes administratifs unilatéraux de régulation

Le président B. Stirn souligne l'utilité que pourrait avoir pour le juge le recours à un « amicus curiae » dans certaines affaires transdisciplinaires, comme par exemple celles liées à la responsabilité médicale, l'histoire, l'éthique ou la bioéthique. Dans le cadre de ces affaires, le juge pourrait décider, selon le président Stirn, de faire appel respectivement à un membre de l'Académie nationale de médecine, à un historien, à un philosophe ou à un représentant de familles spirituelles, afin d'être mieux renseigné sur le dossier¹⁴³⁰.

Dans le prolongement de ces idées, on pourrait également considérer que le juge aurait tout intérêt à recourir à un spécialiste du droit de la concurrence ou de la régulation, voire à un organisme ou un groupe de personnes spécialisées, lorsqu'il est appelé à juger d'une affaire qui se situe à la charnière entre le droit et l'économie. Le recours à

¹⁴³⁰ En ce sens, v. B. STIRN, « Il y a une adhésion collective aux réformes en cours dans la juridiction administrative », propos recueillis par M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2008, p. 4.

un « *amicus curiae* » pourrait être crucial lorsque le juge est amené à statuer sur un acte administratif unilatéral de régulation présentant des enjeux économiques importants, comme c'était le cas de la quatrième licence de téléphonie mobile.

Par ailleurs, le mécanisme procédural d'« *amicus curiae* » serait une excellente occasion de renforcer la collaboration entre le juge administratif et l'Université à propos des affaires de régulation importantes.

Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de connaître d'une *intervention spontanée* d'un groupe de recherche universitaire en tant qu'« *amicus curiae* ». En effet, quelques mois après l'entrée en vigueur du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 qui introduisait ce mécanisme dans le contentieux administratif, le Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux (CREDOF) de l'Université de Paris Ouest-Nanterre la Défense a pris l'initiative d'adresser ses observations à la section du contentieux du Conseil d'État à propos d'une requête exercée par le groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) et la Fédération des associations des Acteurs pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL) contre le décret n° 2008-908 du 8 septembre 2008 relatif aux conditions de permanence de la résidence des bénéficiaires du droit à un logement décent et indépendant, qui modifiait le code de la construction et de l'habitation¹⁴³¹. Le CREDOF avait mené un programme de recherche consacré à la justiciabilité des droits sociaux. Dans la mesure où l'affaire en question était liée au droit au logement opposable, il avait tout intérêt à présenter spontanément ses observations en qualité d'« *amicus curiae* ».

Or, le Code de justice administrative ne prévoit aucune procédure d'intervention spontanée en la matière. L'« *amicus curiae* » ne peut pas présenter ses observations au juge que sur invitation de ce dernier. Il se posait ainsi la question de la recevabilité de l'intervention du CREDOF.

¹⁴³¹ CE, Ass., 11 avril 2012, *Gisti et FAPIL*, req. n°322326, Rec. p. 142. Sur l'intervention du CREDOF, v. C. BUGNON, « L'*amicus curiae*, facteur de démocratisation du procès administratif », *op. cit.* ; S. SLAMA, « Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 14 mai 2012. Le texte de l'intervention spontanée du CREDOF est disponible sur le lien suivant : http://droits-sociaux.u-paris10.fr/www.droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/Biblio/Amicus_Curiae_-_CREDOF.pdf.

Gaëlle Dumortier, rapporteur public sur l'affaire, a souligné l'originalité que présentait cette intervention. Elle y a vu un « hommage (...) la novation par laquelle le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 a introduit à l'article R. 625-3 du Code de justice administrative l'"ami de la cour" (...) »¹⁴³².

Les difficultés que créait le caractère spontané de l'intervention du CREDOF ont conduit les requérants à inclure son rapport dans le dossier, afin qu'il puisse être soumis au contradictoire¹⁴³³. Selon le rapporteur public, dès lors que l'avis en question était consigné par écrit et communiqué, puis visé selon la pratique inaugurée dans la jurisprudence *Kandyrine de Brito Paiva*, la réponse du juge se lirait dans « l'application ou non de l'article R. 625-3 »¹⁴³⁴.

Gaëlle Dumortier a adopté une position favorable à l'intervention spontanée du CREDOF. En rappelant que l'article précité *réserve au juge* l'initiative d'inviter ou non un « amicus curiae », elle a noté que le juge dispose d'une large marge d'appréciation lorsqu'il se trouve face à une intervention spontanée. En effet, dans cette hypothèse, il serait libre d'inviter la personne ou l'organisme ayant intervenu spontanément, afin de satisfaire à l'exigence formelle posée par l'article R. 625-3 CJA ou même de ne rien répondre à l'« amicus curiae ».

Optant pour la seconde solution, le Conseil d'État n'a ni compté l'avis de l'« amicus curiae » parmi les visas de la décision ni déclaré l'intervention du CREDOF irrecevable. Cependant, l'intervention volontaire du CREDOF a finalement produit un résultat important, parce que, comme le note Serge Slama, elle a contribué à ce que l'affaire soit portée en Assemblée¹⁴³⁵.

¹⁴³² G. DUMORTIER, concl. sur CE, Ass., 11 avril 2012, *Gisti et FAPIL* ; *RFDA* 2012, p. 547.

¹⁴³³ Sur ce point, v. S. SLAMA, « Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique », *op. cit.*

¹⁴³⁴ G. DUMORTIER, concl. sur CE, Ass., 11 avril 2012, *Gisti et FAPIL*, *op. cit.*

¹⁴³⁵ S. SLAMA, « Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique », *op. cit.*

Une interprétation souple de l'intervention spontanée des « amici curiae », à l'instar de celle adoptée à propos des avis irréguliers émanant de ces derniers¹⁴³⁶, permettrait au juge administratif de développer une relation fructueuse avec l'Université.

Les Universités qui possèdent des équipes de recherche spécialisées dans le domaine de la régulation pourraient fournir une aide précieuse au juge à la résolution des affaires se situant à mi-chemin entre le droit et l'économie. Ces équipes pourraient, par exemple, présenter des observations en tant qu'« amici curiae » devant le Conseil d'État à l'occasion des affaires relatives à l'attribution des autorisations d'utilisation des fréquences hertziennes présentant des enjeux importants, comme c'est le cas des licences d'exploitation des « fréquences en or »¹⁴³⁷. Leur intervention pourrait également être utile dans l'hypothèse où le Conseil d'État serait amené à se prononcer sur la nécessité de recourir ou non à un processus de mise en concurrence en matière de concessions hydrauliques¹⁴³⁸. Par ailleurs, la vision des universitaires pourrait servir à faciliter la Cour d'appel de Paris dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle lorsqu'elle statue en matière de règlement des différends¹⁴³⁹.

D'une manière générale, la révision, par le juge administratif, des méthodes d'instruction suivies dans le cadre du contrôle des actes administratifs unilatéraux de régulation lui permettrait de poser la dernière pierre à un édifice construit progressivement. Le juge administratif a déjà adapté ses méthodes de contrôle au fond des actes, approfondi la motivation de ses décisions et adopté un raisonnement économique rigoureux. C'est grâce à ces évolutions qu'il a posé les jalons de son office

¹⁴³⁶ En ce sens, v. CE, 6 mai 2015, *Préfet d'Ille-et-Vilaine (Caous)*, *op. cit.*

¹⁴³⁷ Sur ces licences, v. *supra*, p. 264 s.

¹⁴³⁸ Sur cette problématique, v. C. BOITEAU, P. TERNEYRE, « Hydraulique : le barrage de la concurrence », *Les Echos*, 4 juill. 2016, disponible sur : <http://business.lesechos.fr/directions-juridiques/droit-des-affaires/contentieux/0211074041469-hydraulique-le-barrage-de-la-concurrence-212011.php>.

¹⁴³⁹ Pendant l'année 2015-2016, le Centre de Recherche Droit Dauphine (Cr2D) de l'Université Paris-Dauphine a mené un programme de recherche intitulé « Règlement des différends et régulation sectorielle ». Une intervention éventuelle de ce centre de recherche en tant qu'« amicus curiae » pourrait être utile pour la résolution des affaires portées devant la Cour d'appel de Paris statuant contre les décisions adoptées par l'ARAFER, le CoRDIS ou l'ARCEP en matière de règlement des différends ou devant le Conseil d'État à propos d'un recours exercé contre un acte du CSA pris dans le même cadre. En outre, la fonction d'« amicus curiae » pourrait être assurée, en matière de régulation, par des « think tanks juridiques », comme c'est le cas du « Club des juristes » en France, qui sont composés, entre autres, d'universitaires.

de « juge de la régulation ». Les moyens de collaboration avec des tiers que lui offre le droit positif permettraient au juge administratif de parfaire ce travail.

Conclusion du chapitre 2

L'étude du contentieux des actes administratifs unilatéraux de régulation illustre les évolutions des méthodes du juge administratif, qui a adapté ses techniques de contrôle au fond des actes aux exigences de la régulation. Cette adaptation lui a permis de construire progressivement son office de juge de la régulation.

Dans leurs conclusions sur les affaires *Fairvesta* et *Numericable*¹⁴⁴⁰, les rapporteurs publics ont insisté sur l'exigence que le juge ne se substitue pas au régulateur dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. C'est cette exigence qui a conduit le Conseil d'État à opter pour le recours de l'excès de pouvoir classique à propos du contrôle des actes de droit souple.

Or, à la différence des arrêts *Fairvesta et Numericable*, la jurisprudence relative aux actes administratifs unilatéraux de régulation révèle le souci du juge de ne pas se limiter à sanctionner le respect de la légalité. Dans le cadre du contrôle des actes administratifs unilatéraux de régulation, le Conseil d'État devient juge-administrateur, voire juge-régulateur¹⁴⁴¹. Ce contrôle figure comme un moyen lui permettant de mettre en œuvre sa *politique jurisprudentielle de protection du fonctionnement concurrentiel du marché*. Lors de l'exercice de sa mission de contrôle, le juge adopte un raisonnement finaliste¹⁴⁴². Il veille à adopter une décision qui puisse satisfaire non seulement aux exigences de la légalité administrative, mais également à l'impératif d'efficacité. Il cherche à trouver la meilleure solution pour le marché *dans son ensemble*.

Le juge administratif a adapté, à cet effet, ses *méthodes de contrôle au fond des actes* aux objectifs de la régulation. Parmi ses différents instruments de réalisation de sa politique jurisprudentielle de protection du fonctionnement de la concurrence sur le marché, une place particulière est réservée au concept d'intérêt général. Le juge

¹⁴⁴⁰ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a., RFDA*, juillet 2016, n° 3, p. 497, concl. S. VON COESTER ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté NC Numericable, RFDA*, juillet 2016, n° 3, p. 506, concl. V. DAUMAS.

¹⁴⁴¹ Le professeur Antoine Louvaris emploie à cet effet l'expression : « régulateur de la régulation » (A. LOUVARIS, *Droit administratif*, PUF, 2011, p. 175).

¹⁴⁴² Sur ce type de raisonnement, v. Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, rééd. 2014, Coll. « Anthologie du droit », p. 66 s.

rattache expressément l'exigence de libéralisation du marché à l'intérêt général, ce qui lui permet de conférer à cette exigence une assise juridique forte.

Si le juge administratif a approfondi ses méthodes de contrôle au fond des actes, tel n'a pas été le cas de ses *méthodes d'instruction*. Le juge dispose de plusieurs outils d'instruction qui restent toutefois insuffisamment exploités. Étant donné le caractère complexe des questions techniques ou même juridiques qui peuvent se poser en matière de régulation, il s'impose que le juge ait plus souvent recours à des tiers, tout en s'assurant en même temps que ceux-ci ne le substituent pas dans l'exercice de sa fonction de juger.

Conclusion du titre 2

Le contrôle, par le juge administratif, des actes administratifs unilatéraux qu'édicte les autorités de régulation figure pour lui comme une modalité de mise en œuvre des objectifs de régulation. La décision juridictionnelle adoptée suite à un recours exercé contre un tel acte constitue elle aussi un acte de régulation. *L'acte juridictionnel de régulation* partage plusieurs éléments avec *l'acte administratif unilatéral de régulation* : il vise à satisfaire les impératifs de régulation, il est émis en application des méthodes adaptées à la fonction de régulation et recèle la même exigence de recours aux tiers.

La régulation implique l'appréhension des comportements des opérateurs et des actes des régulateurs dans leurs effets. Le même *raisonnement conséquentialiste* a été adopté par le juge administratif en matière de contrôle tant des actes de droit souple que des actes administratifs unilatéraux de régulation. Dans le premier cas, il lui a permis de se libérer de l'idée selon laquelle le caractère décisif d'un acte serait une condition de recevabilité du recours exercé à son encontre. Dans le second cas, il a contribué à ce que le juge administratif puisse réaliser au mieux sa politique jurisprudentielle tenant à la protection du fonctionnement concurrentiel du marché.

Lorsqu'il est appelé à contrôler un acte administratif unilatéral de régulation, le juge administratif mesure les effets que pourrait avoir sa décision sur le marché. Cette préoccupation l'a conduit à faire évoluer ses méthodes de contrôle au fond des actes administratifs unilatéraux.

Or, ses méthodes d'instruction restent perfectibles. Il conviendrait de suivre en l'espèce la même démarche que celle suivie par les autorités de régulation dans le cadre de l'élaboration des actes administratifs unilatéraux de régulation. En effet, avant l'attribution d'une licence d'accès au marché ou l'élaboration d'un acte réglementaire qui fixe les conditions d'exercice de la concurrence en son sein, ces autorités ont souvent recours aux tiers, plus précisément aux opérateurs, par le biais de processus participatifs. Cela leur permet d'être mieux éclairées sur des questions complexes et de mieux connaître le marché. Le même recours aux tiers s'impose en matière de contrôle des actes précités. Le juge administratif devrait recourir plus fréquemment à des experts

ou des « amici curiae », afin de pouvoir être mieux éclairé, respectivement, sur des questions techniques ou juridiques et réaliser plus efficacement sa politique jurisprudentielle de protection du fonctionnement concurrentiel du marché qui constitue le pilier fondamental de son office de juge de la régulation.

Conclusion de la partie II

L'adoption d'un acte administratif unilatéral de régulation n'est que la première étape dans le processus de régulation par voie unilatérale. Ce processus se termine avec la mise en œuvre des actes adoptés. Cette dernière est assurée tant par l'administration que par le juge, grâce à des outils diversifiés et à un régime particulier.

Le régime de mise en œuvre des actes administratifs unilatéraux de régulation répond à une finalité de régulation, à l'instar du régime applicable à leur adoption. L'ordre juridique français et européen favorise la cession des autorisations d'accès au marché, celle-ci étant envisagée comme un mode de création d'un marché secondaire. La régulation apporte des aménagements à une série de caractéristiques intrinsèques aux actes administratifs unilatéraux, comme c'est le cas de leur caractère *intuitu personae*.

Les autorisations d'accès aux marchés de ressources rares sont à la fois un moyen de police, une modalité de création d'une valeur économique pour leur titulaire et une source d'enrichissement pour l'Etat lorsqu'elles emportent occupation du domaine public. Ces actes sont la pierre angulaire du mécanisme de régulation unilatérale. Leur mise en œuvre est assurée grâce aux décisions adoptées en matière de règlement des différends et de sanction. Ces dernières visent à assurer le respect des obligations des opérateurs, telles que précisées dans leurs autorisations et dans la réglementation en vigueur. Par ailleurs, elles permettent aux autorités de régulation de *continuer* à réguler le marché, en imposant de nouvelles obligations en matière d'accès au réseau.

Le continuum des exigences de régulation est également assuré par le juge administratif. Dans ses décisions, celui-ci adopte une démarche orientée vers la protection de la concurrence sur le marché. Il recherche des solutions conciliant les exigences que pose la légalité administrative avec des impératifs économiques. Le contrôle des actes administratifs unilatéraux de régulation devient ainsi un mode de régulation, une modalité de mise en œuvre des exigences liées à cette dernière.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

Deux séries de conclusions peuvent être tirées de l'étude des actes administratifs unilatéraux de régulation : d'un côté, l'examen des caractéristiques du régime de ces actes confirme leur caractère spécifique. Lorsque l'acte administratif unilatéral est employé comme instrument de régulation, il n'est unilatéral que sur la forme. Son régime connaît plusieurs évolutions pour s'adapter aux exigences que pose la régulation. La première série de conclusions susceptibles d'être dégagées de la présente thèse concerne ainsi *l'acte administratif unilatéral* (1). Or, en même temps, dans la mesure où les actes administratifs unilatéraux coexistent, en matière de régulation, avec les outils de droit souple, l'étude du régime des premiers a permis de mettre en exergue les questions liées à cette coexistence, dont l'identification est nécessaire pour évaluer la pérennité du *mécanisme de régulation par voie d'actes administratifs unilatéraux* (2).

1. Sur l'acte administratif unilatéral en tant qu'instrument de régulation

Lorsque l'acte administratif unilatéral est employé pour poursuivre une finalité de régulation, il connaît diverses transformations qui contribuent à la confection d'un régime inédit : les actes administratifs unilatéraux de régulation sont édictés en principe par des autorités administratives indépendantes, élaborés en application de mécanismes participatifs et attribués après mise en concurrence des opérateurs économiques. En outre, ils peuvent être cédés par leurs titulaires contre rémunération.

La place centrale qu'occupent les opérateurs dans le cadre de l'adoption des actes administratifs unilatéraux de régulation déroge à l'idée selon laquelle le caractère unilatéral d'un acte administratif serait lié à l'absence de consentement de son destinataire. Les opérateurs sont loin d'être les simples destinataires des autorisations d'accès au marché ou des actes réglementaires qui fixent les conditions d'exercice de la concurrence en son sein. Ils deviennent acteurs de la régulation.

D'un côté, les autorités de régulation ont vocation à tenir compte de leurs remarques lors de la confection des actes précités. De l'autre côté, les opérateurs participent aux

processus d'attribution mis en place par les autorités de régulation. La réussite de ceux-ci dépend largement du degré de participation des opérateurs. En outre, la réussite de la régulation elle-même est conditionnée par les engagements qu'émettent ces derniers dans le cadre des processus de mise en concurrence, qui sont repris dans leurs autorisations en tant qu'obligations.

Une fois une licence d'accès au marché attribuée, les autorités de régulation doivent faire en sorte que son titulaire se conforme aux obligations émanant de cet acte. Elles peuvent adopter à cet effet d'autres actes administratifs unilatéraux. Plus précisément, elles peuvent déclencher une procédure de sanction ou être appelées à se prononcer sur un différend lié à l'inexécution, par le titulaire d'une licence, des obligations y attachées. Même si les décisions adoptées en matière de sanction et de règlement des différends relèvent *a priori* de l'*ex post*, elles poursuivent finalement une fonction *ex ante* parce qu'elles participent à la réalisation, par les opérateurs, des obligations émanant de leurs autorisations ou de la législation en vigueur. Elles visent à cet effet à assurer le respect de l'objectif de « conformité », au sens anglo-saxon du terme (« compliance »)¹⁴⁴³.

L'étude du régime des actes administratifs unilatéraux de régulation a fait apparaître sa complexité. Cette dernière est notamment due au fait qu'au sein de ce régime se rencontrent plusieurs exigences, dont la conciliation n'est pas aisée. Plus précisément, l'indépendance des autorités de régulation doit être mise en balance avec les impératifs que pose la légitimité démocratique, la hiérarchie des normes est en tension permanente avec l'objectif d'efficacité économique, la consultation et la mise en concurrence des opérateurs dérogent au caractère unilatéral des actes, et leur cessibilité est une exception à leur caractère *intuitu personae*. Les actes administratifs unilatéraux de régulation constituent un exemple très caractéristique de la force équilibrante du droit administratif¹⁴⁴⁴, qui arrive à concilier tous les impératifs précités. Ils sont l'expression d'un régime renouvelé, mais qui reste celui de l'acte administratif unilatéral.

¹⁴⁴³ Sur ce concept, v. B. DU MARAIS, entrée « compliance et conformité », in M. BAZEX, G. ECKERT, R. LANNEAU, C. LE BERRE, B. DU MARAIS et A. SÉE (dir.), *Dictionnaire des régulations*, *op. cit.*, fiche 20, p. 191.

¹⁴⁴⁴ En physique, la force équilibrante est celle qui doit être ajoutée à un système de forces pour que la somme des forces, y compris la force équilibrante, soit égale à zéro. Celle-ci neutralise les effets des autres forces et garantit l'équilibre du système. Sur la théorie de la dynamique aristotélicienne telle que

Le régime de ces actes est dominé par une exigence d'ouverture à l'ensemble des opérateurs : leur élaboration est le fruit de la collaboration entre les autorités de régulation et tous les concurrents sur le marché concerné. De même, l'attribution des licences d'accès au marché est effectuée après mise en concurrence de tous les opérateurs intéressés.

Le même impératif d'ouverture s'impose en matière de contrôle de ces actes. Lors de leur élaboration, les autorités de régulation peuvent profiter des connaissances dont disposent les tiers, afin de mieux exercer leur fonction de régulation. De même, lors de leur contrôle, le juge doit employer les différentes possibilités offertes par le Code de justice administrative et ne pas hésiter à recourir à des tiers pour être mieux éclairé sur les différentes questions complexes qui peuvent éventuellement se présenter .

La régulation par voie d'actes administratifs unilatéraux est ainsi un travail collaboratif sur le fond, mais unilatéral sur la forme. Les actes administratifs unilatéraux de régulation et les décisions juridictionnelles de régulation sont respectivement édictés par l'administration et le juge seuls, mais recèlent la réalité ou au moins l'exigence de collaboration entre différents acteurs.

La référence aux « décisions juridictionnelles de régulation », qui s'inscrivent dans la continuité des actes administratifs unilatéraux de régulation, illustre la conception retenue de l'office du juge administratif. Lorsque ce dernier est appelé à statuer en matière de régulation, il devient « juge-régulateur ». Le contrôle des actes administratifs unilatéraux de régulation constitue un moyen lui permettant de réaliser sa politique jurisprudentielle de protection du fonctionnement concurrentiel du marché. Son office de juge de la régulation s'est construit peu à peu. L'intégration du droit souple des

reprise et développée davantage dans les lois de Newton concernant l'articulation des forces au sein d'un système, v. F. ROTHEN, *Physique générale: La physique des sciences de la nature et de la vie*, Presses universitaires et polytechniques romandes, 1999, p. 47 s.

autorités de régulation dans le champ de contrôle du juge administratif semble être la dernière pierre de cet édifice¹⁴⁴⁵.

La régulation par voie d'actes de droit souple est un mode de régulation concurrent (et non seulement complémentaire) à celui de régulation par voie d'actes administratifs unilatéraux. Ainsi, à l'issue du présent travail, il se pose notamment la question de la pérennité de la régulation par voie d'actes administratifs unilatéraux.

2. Sur la régulation par voie d'actes administratifs unilatéraux

La régulation est associée à l'apparition de nouvelles formes d'organisation administrative et à l'émergence d'une normativité dialoguée. Si elle faisait l'objet d'un « droit de la régulation », celui-ci pourrait éventuellement être divisé en « droit institutionnel » et en « droit matériel » de la régulation, à l'image du droit de l'Union. La présente recherche fait partie du « droit matériel » de la régulation. Elle a été consacrée aux actes administratifs unilatéraux adoptés en matière de régulation, envisagés comme un outil de cette dernière.

La régulation par voie d'actes administratifs unilatéraux de régulation est un mécanisme complexe et continu. Les autorisations d'accès au marché, les actes réglementaires qui fixent les conditions d'exercice de la concurrence en son sein et les décisions adoptées en matière de règlement des différends et de sanction forment un système de régulation par voie unilatérale qui coexiste avec celui composé des actes de droit souple. De cette coexistence émane une interrogation particulière.

En effet, le droit souple n'obéit pas aux mêmes exigences procédurales que les actes administratifs unilatéraux, alors qu'il peut avoir les mêmes effets que ces derniers, voire des effets encore plus importants, parce qu'il est fondé sur l'adhésion de ses destinataires. Il existe ainsi, en l'espèce, un risque de détournement de procédure : les autorités de régulation seraient tentées de recourir au droit souple pour échapper à la

¹⁴⁴⁵ Sur ce point, v. CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et a.*, *op. cit.* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, *op. cit.* (*cf. supra*, p. 465 s.).

procédure applicable aux actes administratifs unilatéraux, qui reste plus lourde et complexe.

Il s'agit là de deux mécanismes de régulation qui vont de pair, chacun ayant ses avantages et ses inconvénients. Le droit souple est efficace et plus facile dans son élaboration, mais présente moins de garanties que l'acte administratif unilatéral et reste une source d'insécurité juridique, étant donné qu'il n'obéit, en principe, à aucune procédure définie à l'avance. Or, en même temps, lorsque l'acte administratif unilatéral est employé en matière de régulation, il présente plusieurs spécificités qui le rendent difficile à distinguer tant du contrat que du droit souple. En toute hypothèse, les autorités de régulation peuvent arriver, à travers le droit souple, aux mêmes résultats que ceux auxquels elles seraient parvenues si elles avaient utilisé un acte administratif unilatéral, sans passer toutefois par les mêmes contraintes.

L'identification des différents types d'actes administratifs unilatéraux de régulation, de leur régime et de la position du juge administratif à leur égard facilitera toute recherche future consacrée aux instruments de régulation. Il conviendra notamment de préciser, dans l'avenir, les enjeux liés à la procédure d'élaboration du droit souple. Faudrait-il que la compétence des autorités de régulation en matière d'adoption des actes de droit souple fasse l'objet d'un encadrement législatif particulier ? Le fait de rattacher une telle compétence à leur fonction de régulation devrait-il suffire ? Inversement, le durcissement de la procédure d'élaboration du droit souple ne menacerait-il l'efficacité de cet instrument ? Appelé à réguler la concurrence, l'acte administratif unilatéral de régulation subit la concurrence du droit souple. L'avenir de la régulation se joue dans la procédure.

BIBLIOGRAPHIE*

I. Ouvrages

A. Ouvrages généraux

AGUILA (Y.) et STIRN (B.), *Droit public français et européen*, Paris, Dalloz, Coll. « Amphi », 2014

ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 4^{ème} tirage, 2012

BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2013

BRACONNIER (S.), *Droit public de l'économie*, PUF, 2015

BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2016

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, 15^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2001

CHÉROT (J.-Y.), *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007

COLSON (J.-P.) et IDOUX (P.), *Droit public économique*, 7^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2014

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} édition, 2016

DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.) et DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, t. 2, 1984

DE LAUBADÈRE (A.), MATHIOT (A.) et VEDEL (G.), *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980

DELAUNAY (B.), *Droit public de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2015

DELVOLVÉ (P.), *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983

* Cette bibliographie est sélective. Elle comprend les principales sources mobilisées et non l'intégralité des sources qui figurent dans les notes de bas de page.

DU MARAIS (B.), *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004

DUBOIS (C.) (dir.), *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, Paris, Librairie Larousse, 1982-1985, t. 3 et 9

DUMONT (G.), LOMBARD (M.) et SIRINELLI (J.), *Droit administratif*, 11^{ème} édition, Paris, Dalloz, Coll. « HyperCours », 2015

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.) et SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel (éd. 2017)*, Paris, Dalloz, 19^{ème} édition, 2016

FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10^{ème} éd., Paris, LGDJ, Coll. « Précis Domat », 2015

GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), OLIVA (É.) et ROUX (A.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 18^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2016

GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, 21^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2015

GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens*, 15^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2014

GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif. Tome 1 : droit administratif général*, 16^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2001

GOHIN (O.), *Contentieux administratif*, 8^{ème} édition, Paris, LexisNexis, 2014

GONOD (P.), MELLERAY (F.) et YOLKA (P.) (dir.), *Traité de droit administratif*, t.1, Paris, Dalloz, 2011

GUETTIER (C.), *Institutions administratives*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2010

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, rééd. Dalloz, 2002

JÈZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif, Tome 1 : la technique juridique du droit public français*, Paris, rééd. Dalloz, 2005

KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996

LOMBARD (M.), DUMONT (J.), SIRINELLI (J.), *Droit administratif*, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, Coll. « HyperCours », 2015

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2015

LOUVARIS (A.), *Droit administratif*, PUF, 2011

MORAND-DEVILLER (J.), *Droit administratif. Cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêts avec corrigés*, LGDJ, 14^{ème} éd., 2015

NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, 4^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2014

ODENT (R.), *Contentieux administratif. Les cours de droit 1976-1981*, Paris, rééd. Dalloz, 2007, vol. 2

PACTEAU (B.), *Traité de contentieux administratif*, Paris, PUF, 2008

RIVERO (J.) et WALINE (J.) (dir.), *Droit administratif*, 20ème édition, Paris, Dalloz, 2004

SEILLER (B.), *Droit administratif. Tome 1 : les sources et le juge*, 6^{ème} éd., Paris, Flammarion, 2016

SEILLER (B.), *Droit administratif. Tome 2 : l'action administrative*, 6^{ème} éd., Paris, Flammarion, 2016

SUDRE (F.), MARGUÉNAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), GONZALEZ (G.), MILANO (L.), SURREL (H.) (dir.), MARCHANDIER (F.) et PICHERAL (C.) (collab.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7^{ème} éd., Paris, PUF, 2015

TRUCHET (D.), *Droit administratif*, 6^{ème} éd., Paris, PUF, Coll. « Thémis », 2015

VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.), *Droit administratif*, 12^{ème} éd., Paris, PUF, Coll. « Thémis », 1992

WALINE (J.), *Droit administratif*, 25^{ème} éd., Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 2014

B. Ouvrages spécialisés, actes de colloques, mélanges

ASPIRO SEDKY (J.-A.), BRETT (R.), MICHEL (A.) et THIÉBAUT (N.) (dir.), *Les politiques jurisprudentielles. Actes de la journée d'études des jeunes chercheurs de l'Institut d'études de droit public (IEDP)*, Coll. « Presses Universitaires de Sceaux », Mare & Martin, 2016

AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2014

AUBY (J.-B.) (dir.), *Codification of administrative procedure*, Bruxelles, Bruylant, janvier 2014

BAZEX (M.), ECKERT (G.), LANNEAU (R.), LE BERRE (C.), DU MARAIS (B.) et SÉE (A.) (dir.), *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2015

BOITEAU (C.), *Les conventions de délégation de service public : transparence et service public local*, Paris, Imprimerie nationale, Coll. « Action locale », 1999

BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Coll. « Droit/Économie, International », Bruxelles, Larcier, 2008

CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, LGDJ, Coll. « Droit et société – série politique », n° 35, 2014

CROLEY (P.), *Regulation and Public Interests : The Possibility of Good Regulatory Government*, New Jersey, Princeton University Press, 2008

DE BÉCHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Paris, Odile Jacob, 1997

DORMONT (S.) et PERROUD (T.) (dir.), *Droit et marché*, Paris, LGDJ-Lextenso, Coll. « Droit et Économie », 2015

DRAGO (G.) et LOMBARD (M.) (dir.), *Libertés économiques*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, Coll. « Colloques », 2003

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009

FOUGÈRE (L.) (dir.), *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque (1799-1974)*, Paris, Éditions du CNRS, 1974

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Les 100 mots de la régulation*, Paris, PUF, 2011

FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2006

FRISON-ROCHE (M.-A.) et MAZEAUD (D.) (dir.), *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995

HAQUET (A.), *La loi et le règlement*, Paris, LGDJ, 2007

HOSTIOU (R.) et STRUILLOU (J.-F.) (dir.), *Droit administratif des biens et droits de l'homme. Actes du colloque de Nantes du 17 octobre 2003*, Paris, Cahiers du GRIDAUH, n° 14, 2005

KHABRIEVA (T. I.) et MARCOU (G.) (dir.), *Les procédures administratives et le contrôle à la lumière de l'expérience européenne en France et en Russie*, Société de législation comparée, Coll. « Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris » (Université de Paris I / CNRS UMR 8103), 2012

MAJONE (G.), *La Communauté européenne : un État régulateur*, Paris, Montchrestien, 1996

MARCOU (G.) et MODERNE (F.) (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, t. 1 et 2, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2005

MILHAT (C.), *L'acte administratif, entre processus et procédures*, Paris, Éditions du Papyrus, 2007

NICOLAS (M.) et RODRIGUES (S.), *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, Paris, Éditions ASPE Europe, 1998

PEZ (T.), *Le domaine public hertzien, Attribution et exploitation des fréquences radioélectriques*, Paris, LGDJ, 2011

PRÉVÉDOUROU (E.), *L'évolution de l'autonomie procédurale des Etats membres de l'Union européenne. Recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, Londres, Esperia Publications, 2000

REY-DEBOVE (J.) et REY (A.) (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française / texte remanié et amplifié*, 2008

ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Éditions du Seuil, Coll. « Points, Essais », 2010.

STASSINOPOULOS (M.), *Traité des actes administratifs*, Athènes, Coll. de l'Institut Français d'Athènes, n° 82, 1954

VAUTROT-SCHWARZ (C.) (dir.), *La police administrative*, PUF, 2014

II. Thèses

ANTOINE (A.), *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 261, 2009

ARSAC (R.), *L'autorisation : étude de droit administratif*, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, 2005, dact.

BLANC (F.), *Les engagements dans le droit français des concentrations*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 284, 2015

BLANCPAIN (F.), *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Université Panthéon-Assas, 1979, dact.

BOUSTA (R.), *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Coll. « Logiques Juridiques », 2010

CALANDRI (L.), *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 259, 2009

CALMETTE (J.-F.), *La Rareté en droit public*, L'Harmattan, Coll. « Logiques Juridiques », 2004

CALOGÉROPOULOS (A.), *Le contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 145, 1983

CHAPERON (E.), *La procédure de la décision administrative unilatérale*, Université Panthéon-Sorbonne, 1996, dact.

CHEVALIER (E.), *Bonne administration et Union européenne – Contribution à l'étude de l'espace administratif européen*, Université de Limoges, 2010, dact.

CLAMOUR (G.), *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 51, 2006

COLLET (M.), *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », t. 233, 2003

CONIL (C.), *L'acte de puissance publique conditionnel : Contribution à l'étude des conditions d'entrée en vigueur et de retrait des actes unilatéraux de droit public*, Université Panthéon-Assas, 2008

COQ (V.), *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'HARMATTAN, Coll. « Logiques Juridiques », 2015

DEAU (R.), *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, Université d'Angers, 2006, dact.

DEBOUY (C.), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980

DEFOORT (B.), *La décision administrative*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 286, 2015

DELAUNAY (B.), *La faute de l'administration*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 252, 2007

DELAUNAY (Bénéd.), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 172, LGDJ, 1993

DELLIS (G.), *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t.184, 1997

DELZANGLES (H.), *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles : communications électroniques, énergie et postes*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008, dact.

DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, L'Harmattan, Coll. « Logiques Juridiques », 2012

DUMONT (G.), *La citoyenneté administrative*, Université Panthéon-Assas, 2002, dact.

DUPRÉ DE BOULOIS (X.), *Le pouvoir de décision unilatérale. Étude de droit comparé interne*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 248, 2006

DUPUIS (G.), *Les privilèges de l'administration*, Paris, 1962, dact.

FONTAINE (L.), *La notion de décision exécutoire en droit public français*, Université Paris Ouest Nanterre La Défense - Paris X, 2001, dact.

FORTSAKIS (T.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 152, 1987

FARDET (C.), *L'homologation en droit administratif*, Université Panthéon-Assas, 1996, dact.

GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, rééd. LGDJ, Coll. « Anthologie du droit », 2014 (éd. originale : LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 108, 1972)

GERRY-VERGNIÈRES (S.), *Les « petites » sources du droit, À propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, Coll. « Recherches juridiques », 2012

GIRARD (A.-L.), *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 124, 2013

GOURDOU (J.), *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1996, dact.

HOEPFFNER (H.), *La modification du contrat administratif*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 260, 2004

ISRAËL (J.-J.), *La régularisation en droit administratif français. Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, Paris, LGDJ, t. 198, 1981

JENNEQUIN (A.), *L'implicite en droit administratif*, Thèse, Université Lille 2, 2007, dact.

KATZ (D.), *Juge administratif et droit de la concurrence*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004

LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité*, Bruxelles/ Bruylant, Paris/ LGDJ, 2002

LASSALLE (J.), *Le principe de bonne administration en droit communautaire*, Université Panthéon-Assas, 2008, dact.

LAVERGNE (B.), *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Coll. « Les thèses de l'IFR », LGDJ, 2013

MAFILLE-TOURTIN (A.), *La notion d'acte administratif unilatéral*, Université de Brest, 2011, dact.

MARTY (N.), *La notion de bonne administration : à la confluence des droits européens et du droit administratif français*, Université Montpellier I, 2007, dact.

MAUGER (F.), *Les pouvoirs implicites en droit administratif français*, Université Panthéon-Assas, 2013, dact.

MELLA (E.), *Essai sur la nature de la délibération locale*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 234, 2003

MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, LGDJ, éd. Institut Universitaire Varenne, 2010

MILLET (F.-X.), *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 142, 2013

MONNIER (M.), *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 166, 1992

NOGUELLOU (R.), *La transmission des obligations en droit administratif*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 241, 2004

PERRIN (A.), *L'injonction en droit public français*, éd. Panthéon-Assas Paris II, Coll. « Thèses », 2009

PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 127, 2013

PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs*, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 274, 2013

POULET (F.), *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, Université Panthéon-Assas, 2014, dact.

RAIMBAUD (P.), *L'institution juridique de régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2012

RAINAUD (J.-M.), *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 73, 1966

RAYNAUD (J.), *Le détournement de procédure*, thèse, Paris, 1950, dact.

RICOU (B.), *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, Éditions L'Épilogue, Coll. « L'Unité du Droit », 2015

SÉE (A.), *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, Université de Strasbourg, 2010, dact.

SEILLER (B.), *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Université Panthéon-Assas, 1995, dact.

SEUROT (L.), *L'autorisation administrative*, Université de Lorraine, 2013, dact.

SPILIOTOPOULOS (E.), *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 19, 1959

TALLINEAU (L.), *Les actes particuliers non créateurs de droits. Essai critique de la théorie des droits acquis en droit administratif*, Université de Poitiers, 1972, dact.

THÉRON (S.), *La notion de condition : contribution à l'étude de l'acte administratif*, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2002

TOUZEIL-DIVINA (M.), *Un père du droit administratif moderne ; le doyen Foucart (1799-1860)*, Panthéon-Assas, 2007, dact.

UBAUD-BERGERON (M.), *La mutabilité du contrat administratif*, Université de Montpellier, 2004, dact.

VAITER-ROMAIN (N.), *L'acte administratif unilatéral. Retour sur les tentatives de conceptualisation*, Paris-Est Créteil, 2010, dact.

VINCENT (F.), *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 70, 1966

VLACHOU (C.), *La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques, énergie)*, Université Panthéon-Assas, 2014, dact.

WEISS (J.-P.), *L'apparence en droit administratif français*, Université Panthéon-Assas, 2009, dact.

WELTER (H.), *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative. Étude de doctrine et de jurisprudence*, Université de Nancy, 1929, dact.

YANNAKOPOULOS (C.), *La notion de droits acquis en droit administratif français*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 188, 1997

ZAGHLOUL (M.), *La participation des administrés à l'acte administratif unilatéral*, Université Toulouse 1, 1986, dact.

ZAGORSKI (W.), *Le contentieux des actes administratifs non décisifs. Contribution à une typologie du droit souple*, Mare & Martin, Coll. « Bibliothèque des thèses », 2016

III. Articles, études, contributions

ADDA (J.), « Les règlements des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques », *Concurrences* 2010, n° 4, p. 75

AUBERT (M.), BROUSSY (E.) et DONNAT (F.), note sous CJCE 15 oct. 2009, *Djurgården-Lilla*, aff. C-263/08, *AJDA* 2009, n° 41, p. 2280

AUBY (J.-M.), « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 20 septembre 1984, p. 468

AUBY (J.-M.), « Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'administration en droit administratif français », in *Mélanges Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 9

AUBY (J.-B.), « Nouvelles de la démocratie administrative », *DA*, avril 2010, n° 4, p. 1

AUBY (J.-B.), « Autorégulation et droit administratif », *DA*, août-septembre 2008, n°s 8 et 9, p. 23

AUBY (J.-B.), « Les professions réglementées entre club et qualité », *DA*, août-septembre 2008, n°s 8 et 9, p. 1

AUBY (J.-B.), « Droit administratif et démocratie », in LOMBARD (M.) (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006, p. 15

AUBY (J.-B.) « Réguler les taxis », *DA* 2006, repère 9

AUTIN (J.-L.), « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, septembre-octobre 2010, p. 875

AUTIN (J.-L.), « Intervention des autorités administratives indépendantes », *JCl Libertés* 2009, fasc. 300

AZOULAI (L.), CLEMENT-WILZ (L.), « La bonne administration », in AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, 2ème éd., 2014, p. 671

BALLANDRAS-ROZET (C.), « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *AJDA* 2007, p. 2236

BATAILLER (F.), « Les "beati possidentes" du droit administratif (Les actes unilatéraux créateurs de privilèges) », *RDP* 1965, p. 1051

BATTISTINI (P.), « Le pouvoir normatif de l'autorité de régulation des télécommunications », *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, *RRJ* 2001, p. 2225

BAZEX (M.), « Entre concurrence et régulation. La théorie des facilités essentielles », *RCC*, janvier 2001, n° 119, p. 37

BÉAL (A.), « Expertise et autres mesures d’instruction », *JurisClasseur Administratif* 2014, fasc. 1092

BELRHALI-BERNARD (H.), « La nouvelle loi de simplification du droit, le rapport public 2011 du Conseil d’État et les consultations sur Internet », *DA*, octobre 2011, n° 10, p. 31

BERGÉ (J.-S.), « L’évaluation mutuelle et la directive services : retour d’expérience sur une volonté de "mieux légiférer" » [en collaboration avec LEPLAT (F.)], in PERALDI-LENEUF (F.) et DE LA ROSA (S.) (dir.), *L’Union européenne et l’idéal de la meilleure législation*, Paris, Pedone, 2013, p. 127

BERLIN (D.), « Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence », *AJDA* 1995, p. 259

BERTRAND (B.), « Que reste-t-il des exigences impératives d’intérêt général », *Europe*, janv. 2012, p. 6

BERTRAND (B.), « L’exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Étude sur un concept régulateur de la procédure législative sous la Ve République », *RDP*, n° 2, 1^{er} mars 2011, p. 431

BERTRAND (M.) et MICHEL (V.), « Chronique de la jurisprudence constitutionnelle », *LPA*, 11 juin 1997, p. 16.

BIENVENU (J.-J.), « Le droit administratif, une crise sans catastrophe », *Droits*, n°4, 1986, p. 93

BILLA (B.) et CALMETTE (J.-F.), note sous TPICE, 4 juillet 2007, *Bouygues SA et Bouygues Télécom SA contre Commission des Communautés européennes*, *LPA*, 25 février 2008, n° 40, p. 10

BOITEAU (C.), « Vers la définition de l’office du juge du droit souple de la régulation économique ? », in *Les conséquences économiques des actes des autorités de régulation*, Chaire Gouv. et Régul., Univ. Paris-Dauphine, conf. organisée en coop. avec le Centre de Rech. en Dr. Pub. de l’Univ. Paris-Ouest Nanterre La Défense, 28 juin 2016, p. 9 : http://chairgovreg.fondation-dauphine.fr/sites/chairgovreg.fondation-dauphine.fr/files/attachments/160628_Synth%C3%A8se.pdf (synthèse)

BOITEAU (C.), entrée « Électricité », in BAZEX (M.), ECKERT (G.), LANNEAU (R.), LE BERRE (C.), DU MARAIS (B.), SÉE (A.) (Dir.), *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2015, fiche 30, p. 295

BOITEAU (C.) et TERNEYRE (P.), « Hydraulique : le barrage de la concurrence », *Les Echos*, 4 juill. 2016, publié sur : <http://business.lesechos.fr/directions-juridiques/droit-des-affaires/contentieux/0211074041469-hydraulique-le-barrage-de-la-concurrence-212011.php>

BONNARD (R.), « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 3

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 », *Cahiers de méthodologie juridique*, RRJ 2001-5, p. 2241

BOUQUET (G.) et BEAUVILLARD (S.), « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *AJDA* 2004, n° 35, p. 1911

BOY (L.), « Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France) », *Revue internationale de droit économique*, 2010/3, p. 271

BOY (L.), « Régulation et sécurité juridique », p. 333, in BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Coll. « Droit/Économie, International », Bruxelles, Larcier, 2008, p. 333

BOY (L.), « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éditions Frison-Roche, 2004, p. 23

BRACONNIER (S.), « Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique ? », *RDP* 2014, p. 261

BRACONNIER (S.) et MENARD (C.), « Règlements de différends entre les gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution d'électricité et les utilisateurs du réseau : comment délimiter la compétence du CORDIS ? », *Contrats et Marchés publics* 2011, n° 2, p. 47

BRACONNIER (S.), « La loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports. La régulation économique à l'épreuve du service public », *RJEP* 2006, n° 627, p. 1

BRACONNIER (S.), « La régulation des services publics », *RFDA* 2001, n° 1, p. 43

BRÉCHON-MOULÈNES (C.), « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », *AJDA* 2000, p. 679

BRENET (F.), « La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications », *DA* 2007, p. 15

BRISSON (J.-F.), « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », *AJDA* 2005, p. 1835

BROUANT (J.-P.), « Occupations domaniales et Convention européenne des droits de l'Homme », *AJPI*, 2002, n° 7, p. 512

BRUNET (F.), « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2013, n° 1, p. 113

BUGNON (C.), « L'amicus curiae, facteur de démocratisation du procès administratif », *AJDA* 2011, p. 1608

CAFAGGI (F.), « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, *autorégulation et régulation privée* », *RFDA*, 2004, p. 23

CANIVET (G.), « La prise en compte des effets économiques dans le contentieux de la régulation », in *Les conséquences économiques des actes des autorités de régulation*, Chaire Gouv. et Régul., Univ. Paris-Dauphine, conf. organisée en coop. avec le Centre de Recherche en Droit Public de l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, 28 juin 2016, p. 6 : http://chairgovreg.fondation-dauphine.fr/sites/chairgovreg.fondation-dauphine.fr/files/attachments/160628_Synth%C3%A8se.pdf (synthèse)

CANIVET (G.), « Le droit de la propriété confronté à la théorie des infrastructures essentielles », *Revue Lamy droit des aff.*, déc. 2006, n° 11, p. 79

CANIVET (G.) et MOLFESSIS (N.), « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, la création du droit jurisprudentiel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 79

CARCASSONNE (G.), « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cahiers Conseil Constitutionnel*, n° 7, dossier : *la hiérarchie des normes*, 1999, n° 7, p. 93

CHALTIEL-TERRAL (F.), « L'ARCEP devant le juge constitutionnel : A propos de la décision QPC du 5 juillet 2013 », *LPA* 2013, n° 208, p. 6

CHALTIEL-TERRAL (F.), « Le principe de subsidiarité après Lisbonne », *LPA* 2013, n° 89, p. 4

CHÉROT (J.-Y.), « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », *LPA* 2002, n° 11, p. 17

CHÉROT (J.-Y.) « " Le premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire ". Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution », *RRJ* 2001, n° 5 (édition spéciale), p. 2191

CHÉROT (J.-Y.), « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA* 2000, p. 687

CHEVALLIER (J.), « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *RFAP* 2011, n° 137-138, p. 217

CHEVALLIER (J.), « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA*, septembre-octobre 2010, n° 5, p. 896

CHEVALLIER (J.), « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in FRISON-ROCHE (M.-A.), *Les engagements dans les systèmes de régulations*, Coll. « Droit et Économie de la Régulation », vol. 4, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2006, p. 143

CHEVALLIER (J.), « L'État régulateur », *RFAP* 2004, n° 111, p. 473

CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, n° 3, p. 659

CHIFFLOT (N.), « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », in *La puissance publique*, actes du colloque organisé du 22 au 24 juin 2011 par l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) à la faculté de droit de l'université Pierre Mendès France de Grenoble II, LexisNexis, 2012, p. 173

CHONÉ (P.), « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulations*, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. « Droit et Économie de la Régulation », 2006, p. 49

COLLET (M.), « Valeur(s) de la régulation », in M. DEGUERGUE, L. FONBAUSTIER (dir.), *Mélanges en l'honneur de J. Morand Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 241

CORMIER (M.), « Fondements de la patrimonialité des actes administratifs », *RFDA* 2009, n° 1, p. 1

CORNU (G.), « Rapport de synthèse », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Xe colloque des IEJ (Poitiers, 1975), Paris, PUF, 1976, p. 107

COSTES (L.), « Le droit de sanction de l'ARCEP jugé anticonstitutionnel », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 96, 2013, p. 49

COSTES (L.), « 4^e licence 3G, Bouygues Télécom débouté par le Conseil d'État », *Rev. Lamy imm.*, 1^{er} mai 2009, p. 57

CURIEN (N.), « Enchères et télécommunications. Échecs et leçons », in FRISON-ROCHE (M.-A.), *Droit et économie de la régulation*, t. 2, Presses de Sciences-Po « Hors collection », 2004, p. 94

CURTIN (D.) et MENDES (J.), « Transparence et participation : des principes démocratiques pour l'administration de l'Union européenne », *RFAP* 2011, n° 137-138, p. 101

CUSTOS (D.), « Autorités de régulation et métamorphose du régime juridique de la décision individuelle », in PRÉBISSY SCHNALL (C.), GUGLIELMI (G.) et KOUBI (G.) (dir.), *Droit et économie : interférences et interactions*, *Mélanges en l'honneur du Pr. Michel Bazex*, LexisNexis, Litec, 2009 p. 65

CUSTOS (D.), « Droits administratifs américain et français : sources et procédure », *RIDC*, 2-2007, n° 2, p. 285

DAUGERON (B.), « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *RFAP* 2011, p. 21

DAUTRY (P.), « Les autorités administratives indépendantes : un nouvel objet d'évaluation parlementaire », *RFDA* 2010, n° 5, p. 884

DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O.), « La notion de détournement de procédure en droit administratif », *DA*, janvier 2006, n° 1, étude 2, p. 13

DE GAUDEMAR (H.), « Les sujétions de puissance publique », in *La puissance publique, Actes du colloque organisé par l'AFDA*, LexisNexis, 2012, p. 197

DE LAUBADÈRE (A.), « L'administration concertée », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 407

DE LAUBADÈRE (A.), « Réflexions sur la crise du droit administratif français », *D.* 1952, chron., p. 5.

DE MONTALIVET (P.), « Constitution et régulation », *RDP*, 1^{er} mars 2014, p. 316

DE MONTECLER (M.-C.), « Le Sénat sonne à nouveau la charge contre les AAI », *AJDA* 2015, p. 2060

DE STREEL (A.), QUECK (R.), « Services d'intérêt économique général et communications électroniques », in LOUIS (J.-V.) et RODRIGUES (S.) (dir.) *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 339

DE WITTE (K.) et SAAL (S.), « Is a little sunshine all we need ? On the impact of sunshine regulation on profits, productivity and prices in the Dutch drinking water sector », *Journal of Regulatory Economics*, vol. 37, n° 3, 2010, p. 219

DEGOFFE (M.), « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA* 2008, n° 12, p. 622

DEGOFFE (M.), « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA* 1998, n° 4, p. 711

DELAUNAY (Bénéd.), « Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations », *AJDA* 2011, p. 1180

DELAUNAY (B.), « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *RDP* 2014, n° 2, p. 276

DELION (A.), « Notion de régulation et droit de l'économie », in *Annales de la régulation*, Tome 1, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2006, p. 4

DELLIS (G.), « Régulation et droit public "continental". Essai d'une approche synthétique », *RDP* 2010, n° 4, p. 957

DELVOLVÉ (P.), « La définition des actes administratifs », *RFDA* 2016, p. 35

DELZANGLES (H.), « La redéfinition des contours de l'État administratif », in *Colloque : Les dimensions de la sphère publique en droit de la concurrence, Revue de jurisprudence commerciale*, n° 1, janvier/février 2015, p. 101

DELZANGLES (H.), « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation », *AJDA* 2014, n° 18, p. 1021

DELZANGLES (H.), « L'émergence d'un modèle européen des autorités de régulation », *RJEP*, décembre 2011, n° 692, p. 4

DEZOBRY (G.), « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés », *RFAP* 2012, n° 143, p. 645

DU MARAIS (B.), « L'État à l'épreuve du principe de concurrence : analyse et prospective juridique », *Politiques et management public*, mars 2002, vol. 20, n° 1, p. 121

DUBOUT (E.), « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC* 2010, p. 451

DUFOUR (O.), « L'ARCEP doit séparer ses fonctions de poursuite et de jugement », *LPA* 2013, n° 158, p. 4

DUMEZ (H.) et JEUNEMAÎTRE (A.), « Montée en puissance passée et impasses actuelles de la régulation économique européenne des industries de réseau », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Droit et économie de la régulation, vol. 2, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1

DREYFUS (J.-D.), « Règlement des différends dans le secteur de l'énergie – L'Autorité de régulation peut-elle écarter un acte réglementaire qu'elle estime illégal ? », *AJDA* 2011, n° 23, p. 1312

DUPRAT (J.-P.), « La soumission des régulateurs à régulation », *AJDA*, 2006, p. 1203

DUPONT (P.), « La loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 et la réforme aéroportuaire en France », *Revue française de droit aérien* 2005, p. 151

DUPUIS (G.), « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 205

DUPUIS-TOUBOL (F.), « Le juge en complémentarité du régulateur », *LPA*, 23 janvier 2003, n°17, p. 17

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), « The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration », in ARNULL (A.), ECKHOUT (P.), TRIDIMAS (T.) (dir.), *Continuity and change in EU law. Essays in honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, 2008, p. 157

ECKERT (G.), « La récupération des aides d'État illégales et incompatibles et les transformations du droit public interne », *Rev. UE* 2015, p. 370

ECKERT (G.), « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *RFAP* 2012, n° 143, p. 629

EPRON (Q.), « Les sanctions en droit administratif. Le cas des autorités administratives indépendantes », in CHANAIS (C.) et FENOUILLET (D.) (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction entre technique et politique*, vol. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 517

EPRON (Q.), « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, sep.-oct. 2011, vol 27, p. 1007

FABIUS (L.), « Sur la régulation économique indépendante », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2006, p. 241

FAURE (B.), « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* 2005, n° 19, p. 119

FAVOREU (L.), « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, septembre-octobre 1987, p. 871

FAVOREU (L.), « Les règlements autonomes existent-ils ? », in *Mélanges Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 405

FELDMANN (J.-P.), « Les "autorités administratives indépendantes" sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *Recueil Dalloz*, 9 décembre 2010, n° 43, p. 2852

FONBAUSTIER (L.), « La participation du public », *AJDA* 2015, p. 517

FORTSAKIS (T.), « Principles governing good administration », *European Public Law* 2005, vol. 11, p. 207

FRADET (C.), « La notion d'homologation », *Droits* 1999, n° 28, p. 181

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le couple *ex ante* - *ex post*, justification d'un droit spécifique et propre de la régulation », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulations*, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. « Droit et Économie de la Régulation », vol. 4, 2006, p. 33

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*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. « Droit et économie de la régulation », vol. 3, 2005, p. 269

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11^e Forum de la régulation », *LPA*, 3 mai 2005, n° 87, p. 3

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le contrôle judiciaire sur le règlement des différends exercé par le régulateur (les enseignements du cas Sinerg) », *RLC* 2005, n° 3, p. 107

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Régulation et règlement des différends. Présentation du thème et synthèse du 10^e forum de la régulation », *LPA*, 22 octobre 2004, n° 212, p. 6

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, p. 126

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Contrat, concurrence, régulation », *RTD Civ.* 2004, n° 3, p. 451

FRISON-ROCHE (M.-A.), « La régulation, objet d'une branche du droit », *LPA*, 3 juin 2002, n° 110, p. 3

GANDREAU (S.), « La théorie des apparences en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common law », *RDP* 2005, n° 2, p. 319

GAUDEMET (Y.), « Autorités administratives indépendantes », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.) MARGUÉNAND (J.-P.) et a., *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 91

GAUDEMET (Y.), « Table ronde sur les autorités de régulation », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2008, n° 3, p. 9

GAUDEMET (Y.), « Droit de la concurrence : une autre introduction », in *Le Code de commerce 1807-2007*, Paris, Dalloz, 2007, p. 397

GAUDEMET (Y.), « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », in *La régulation, Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, *RFAP* 2004, n° 109, p. 13

GAUDEMET (Y.), « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in *Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 561

GAUDEMET (Y.), « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *Nonagesimo anno, Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999 p. 613

GAUDEMET (Y.), « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », in *Mél. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 309

GAUDEMET (Y.), « Le juge administratif, futur administrateur ? », in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle (Actes du colloque du 40^e anniversaire des tribunaux administratifs)*, PU Grenoble, 1995, p. 179

GAUDEMET (Y.), « Les actions administratives informelles », *RIDC* 1994, n° 2, p. 645

GAUDEMET (Y.), « L'avenir de la juridiction administrative », *Gaz. Pal.* 1979, p. 511

GAUDEMET (Y.), « Remarques à propos des circulaires administratives », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 561

GENEVOIS (B.), « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, Dossier : *La hiérarchie des normes*, décembre 1999, p. 101

GONOD (P.), « Codification de la procédure administrative. La fin de « l'exception française ? », *AJDA* 2014, n° 7, p. 395

GRÄEFFLY (R.), « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations », *AJDA* 2005, n° 17, p. 934

GRARD (L.), « Les racines européennes de la nouvelle organisation française du marché de l'électricité », *Europe*, mars 2011, n° 3, p. 5

GUILLAUME (E.) et COUDRAY (L.), « Le contentieux des décisions de règlement de différends des autorités de régulation devant le juge judiciaire », *RJEP*, nov. 2011, n° 691, p. 3

GUYOMAR (M.), « Le droit au respect des biens au sens de la CEDH ne déstabilise pas le droit administratif des biens », *AJDA* 2003, p. 2142

HAQUET (A.), « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité. », *RDP* 2008, n° 2, p. 393

HATZOPOULOS (V.), « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », in DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.) (dir.), *L'unité des libertés de circulation : In varietate concordiam*, Bruxelles, Bruylant/Larcier, 2013, p. 205

HATZOPOULOS (V.), « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : Une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTD eur.*, avril 1998, n° 2, p. 191

HENRY (C.) et MATHEU (M.), « New regulations for public services in competition », in HENRY (C.), MATHEU (M.) et JEUNEMAÎTRE (A.) (dir.), *Regulation of Network Utilities: The European Experience*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 1.

HOEPFFNER (H.), « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *Europe* 2014, n° 5, p. 5

HOSTIOU (R.), « La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2009, n° 1, p. 17

IDOUX (P.), « L'inconstitutionnalité du pouvoir de sanction de l'ARCEP », *RLC* 2013, n° 37, p. 86

IDOUX (P.), « L'avenir des autorités de régulation : les pistes du rapport Dosière-Vanneste », *RLC* 2011, n° 26, p. 90

IDOUX (P.), « Débat contradictoire et régulation économique », *RJEP* 2013, n° 713, p. 3

JACQUÉ (J.-P.), « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Mél. en l'honneur du Professeur Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 229

JEANNENEY (P.-A.) et CHICHPORTICH (M.), « Les ressources rares », *RJEP*, janvier 2010, n° 671, p. 3

JEANNENEY (P.-A.), « Le régulateur producteur de droit », in FRISON -ROCHE (M.-A.) (dir.), *Droit et économie de la régulation, vol. 2, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Dalloz, 2004, p. 44

JÉGOUZO (Y.), « Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ? », *AJDA* 2004, p. 945

JUSSIAUX (A.), « Le contentieux du droit d'accès aux réseaux d'électricité et de gaz devant le régulateur de l'énergie », *Concurrences* 2011, n° 1, art. n° 33872 (suppl. él. de la revue)

KAKOURIS (N.), « Existe-t-il une autonomie procédurale judiciaire des Etats membres ? », in *État-Loi-Administration. Mélanges Ep. Spiliotopoulos*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 159

KALOUDAS (C.), « La conception française du service public à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *Rev. UE*, mars 2013, n° 566, p. 156

KAUFF-GAZIN (F.), « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation », *Europe*, juil. 2010, n° 7, étude n° 9, p. 12

KLOEPFER (W.), « L'acte unilatéral et le consentement », *RRJ* 2004, n° 2, p. 937

KOVAR (R.), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou laïcisée ? » (partie 2 de l'étude), *RTD eur.* 1996, p. 495

LAGET-ANNAMAYER (A.), entrée « pouvoir d'autorisation » in BAZEX (M.), ECKERT (G.), LANNEAU (R.), LE BERRE (C.), DU MARAIS (B.) et SÉE (A.) (dir.), *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2015, LexisNexis, 2015, fiche 48, p. 450

LANNEAU (R.), entrée « capture », in BAZEX (M.), ECKERT (G.), LANNEAU (R.), LE BERRE (C.), DU MARAIS (B.) et SÉE (A.) (dir.), *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2015, fiche 16, p. 158

LASSERRE (B.), « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », in FRISON-ROCHE (M.-A.), *Les engagements dans les systèmes de régulation, Droit et Economie de la Régulation*, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2006, p. 239

LAULHÉ (H.), « La vénalité des actes administratifs », *AJDA* 1961, p. 424

LAVERGNE (B.), entrée « Droit souple », in BAZEX (M.), ECKERT (G.), LANNEAU (R.), LE BERRE (C.), DU MARAIS (B.), SÉE (A.) (Dir.), *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2015, p. 598

LE BARBIER-LE BRIS (M.), « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Éditions Apogée, 2006, p. 419

LE MIÈRE (A.) et HASDAY (D.), « Attribution des autorisations d'occupation du domaine public : cadre juridique et mise en concurrence », *CP-ACCP*, mai 2005, p. 53.

LEGAL (H.), « L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques », *AJDA* 2007, p. 949

LEVADE (A.), « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Pedone, 2010, p. 109

LOMBARD (M.), « Le collège de l'ARCEP se dédouble afin de pouvoir poursuivre et sanctionner », in chron. « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA* 2014, p. 1874

LOMBARD (M.), « Reconstruire le pouvoir de sanction de l'ARCEP (et du CSA) », *AJDA* 2013, n° 34, p. 1955

LOMBARD (M.), entrée « concurrence », in ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 4^{ème} tirage, 2012, p. 252

LOMBARD (M.), « Introduction générale », in LOMBARD (M.) (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006, p. 2

LOMBARD (M.), « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in LOMBARD (M.) (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006, p. 203

LOMBARD (M.), « Institutions de régulation économique et régulation politique », *AJDA* 2005, n° 10, p. 530

LOMBARD (M.), « La régulation dans un État de droit », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Droit et économie de la régulation, vol. 2, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 26

LOMBARD (M.), « Régulation et hiérarchie des normes, propos conclusifs », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Droit et économie de la régulation, vol. 2, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 77

LORIEUX (A.), « L'expertise et le jugement », in FRISON-ROCHE (M.-A.) et MAZEAUD (D.) (dir.), *L'expertise*, Dalloz, 1995, p. 123

LOUVARIS (A.), « Lois techniques et droit à un procès équitable : le cas des lois de régulation économique », *LPA* 2007, n° 134, p. 60

LOUVARIS (A), « Régulation économique et inflation normative. Quelques remarques sur un duo ambigu », *RDP* 2014, p. 304

LOUVARIS (A.), « Biens publics et concurrence : bref inventaire des fruits d'une union de raison », in *Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 287

LUCAS DE LEYSSAC (C.) et CHAGNY (M.), « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC* 2009, p. 1268

M'SAÏDIÉ (T.), « La déclaration administrative préalable à l'exercice d'une activité », *AJDA* 2013, n° 9, p. 514

MARCOU (G.), « Le pouvoir réglementaire et les sujets de droit privé dans l'ordre juridique français : attribution, exercice et contrôle du pouvoir réglementaire », in KHABRIEVA (T. I.) et MARCOU (G.) (dir.), *Les procédures administratives et le contrôle à la lumière de l'expérience européenne en France et en Russie*, Société de législation comparée, Coll. « Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris » (Université de Paris I / CNRS UMR 8103), 2012, p. 169

MARCOU (G.), « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in REVET (T.) et VIDAL (L.) (dir.), *Annales de la régulation*, IRJS Editions, 2009, p. 79

MARCOU (G.), « Une cour administrative suprême : particularité française ou modèle en expansion ? », *Pouvoirs*, nov. 2007, n°123, p. 133

MARCOU (G.), « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, n° 7, p. 347

MARCOU (G.), « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », in MARCOU (G.) et MODERNE (F.) (dir.), *Droit de la régulation services publics intégration régionale, t. 1 : comparaisons et commentaires*, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2005, p. 11

MARCOU (G.), « Régulation, services publics et intégration européenne en France », in MARCOU (G.) et MODERNE (F.) (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, t. 2 : les expériences européennes*, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2005, p. 29

MARCOU (G.), « Introduction », in MARCOU (G.) et MODERNE (F.) (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, t. 2 : les expériences européennes*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2005, p. 11

MARIMBERT (J.), « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », *LPA*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 41

MARKUS (J.-P.), « Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports : mise aux normes concurrentielles des aéroports nationaux », *Revue Collectivités territoriales – Intercommunalités*, LexisNexis, 2005, n° 9, p. 6

MARTIN (S.), « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre "identité nationale et identité constitutionnelle" », *RFDC* 2012, n° 91, p. 13

MARTIN (D), « "Discriminations", "Entraves" et "Raisons impérieuses" dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité (première partie) », *cah. dr. europ.* 1998, p. 261

MARTUCCI (F.), « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », *Concurrences* 2014, n° 1, p. 32

MARTY (F.) et PILLOT (J.), « Pratiques de boycott ou refus d'accès à une facilité essentielle ? De Terminal Railroad à l'IRM d'Arcachon », *RLC*, janvier-mars 2011, n° 26, p. 17

MARTY (F.) et PILLOT (J.), « L'application de la théorie des facilités essentielles dans la décision "voyages-sncf.com" : une analyse économique », *RLC*, avril-juin 2009, n° 19, p. 20

MATTHIEU (B.), « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 73

MAUGÜE (C.) et BACHELIER (G.), « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, n° 20, p. 1073

MERCADAL (M.-B.), « La légitimité du juge », *RIDC*, avril-juin 2002, n° 2, p. 277

MEHDI (R.), « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 685

MELLERAY (F.), « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA* 2016, p. 679

MELLERAY (F.), « Les apports du CRPA à la théorie de l'acte administratif unilatéral », *AJDA* 2015, p. 2491

MELLERAY (F.), « La réforme de l'expertise », *AJDA* 2014, p. 1364

MELLERAY (F.), « A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le "moment 1900" et ses suites », *AJDA* 2014, n° 27, p. 1530

MELLERAY (F.), « Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation) », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, janvier 2007 (actual. : oct. 2014)

MESTRE (A.), « La démocratie administrative », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 561

MIALOT (C.), étude sur CE, 23 déc. 2011, *Danthony*, *AJDA* 2012, p. 1484

MILLARD (E.), « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 21, p. 59

MITARD (E.), « L'impartialité administrative », *AJDA* 1999, n° 6, p. 478

MOLINER-DUBOST (M.), « Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives », *AJDA* 2004, n° 39, p. 2141

MORAND (P.-H) et NAEGELEN (F.), « L'attribution des licences hertziennes », *Revue française d'économie*, vol. 16, 2001, n° 1, p. 215

MOUGEOT (M.) et NAEGELEN (F.), « La concurrence pour le marché », *Revue d'économie politique*, 2005/6, vol. 115, p. 739

NAUGUÈS (S.), « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », *AJDA* 2007, n° 13, p. 672

NICINSKI (S.), « Faut-il soumettre la délivrance des titres du domaine public à une procédure de mise en concurrence », in *Mélanges en l'honneur d'É. Fatôme*, Paris, Dalloz, 2011 p. 373

NICINSKI (S.), « Le mode de régulation », *RFDA* 2010, n° 4, p. 735

NICINSKI (S.), « Autorisations administratives. Les autorisations administratives unilatérales et le droit public des affaires », in chron. « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA* 2009, p. 1236

NICINSKI (S.), « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », *JCPA* 2007, n° 44, p. 57

NOGUELLOU (R.), « Les taxis et la concurrence, nouvelles étapes », *DA* 2015, n° 7, 2015, p. 2

NOGUELLOU (R.), « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, n° 15, p. 853

NOGUELLOU (R.), « Les taxis, la concurrence et le droit », *DA* 2014, n° 3, p. 3

NOGUELLOU (R.), « L'office du juge de la régulation économique », *RDP* 2014, n° 2, p. 329

NOGUELLOU (R.), « La décision administrative et son destinataire », *RFDA* 2013, n° 4, p. 732

NOGUELLOU (R.), « Le principe de participation du public », *DA*, févr. 2013, n° 2, alerte 11, p. 3

OLIVA (E.), « L'autonomie budgétaire et financière des autorités de régulation économique », *RDP* 2014, n° 2, p. 340

PAULIAT (H.), « Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme », *RDP* 1995, n° 6, p. 1445

PEROT (P.-G.), « La nouvelle réglementation des télécommunications », *LPA*, 1^{er} nov. 1996, p. 15

PERRIN (A.), « Les professions réglementées », *DA*, août-septembre 2008, n° 8, p. 10

PERROT (A.), « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in M.-A. FRISON-ROCHE (Dir.), *Droit et économie de la régulation*, t. 4, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2006, p. 151

PETTITI (C.) et SCALBERT (S.), La loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE « La loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE », *Gaz. du Pal.*, mars-avril 2005, p. 796

PEZ (T.), « L'ordre public économique », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1^{er} octobre 2015, n° 49, p. 44

PEZ (T.), « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *RDP*, 1^{er} mars 2014, n° 2, p. 358

PEZ (T.), « Communication numérique et domaine public hertzien », in TEYSSIÉ (B.) (dir.), *La communication numérique, un droit, des droits*, Éditions Panthéon-Assas, décembre 2012, p. 395

PIROVANO (A.), « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », in CHARVIN (R.), GUESMI (A.) (dir.), *L'Algérie en mutation : les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 129

PISSALOUX (J.-L.) « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP* 1999, n° 3, p. 781

QUILICHINI (P.), « "Réguler n'est pas juger". Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA*, 24 mai 2004, n° 20, p. 1060

QUIRINY (B.), « Actualité du principe général d'impartialité, administrative », *RDP* 2006, n° 2, p. 375

RAPONE (D.), « La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques », *RFDA* 2009, n° 1, p. 39

RENAUD (S.), « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *RRJ*, 1^{er} déc. 2001, n°16, p. 2203

RICHER (L.), « L'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 sur la cession de contrat. Quinze ans après... », *AJDA* 2014, n° 34, p. 1925

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, p. 393

RICHER (L.), « Délégations de service public : leur cession est-elle compatible avec la loi Sapin ? », *Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 3 mars 2000, p. 78

RICHER (L.), « Le droit à la paresse ? Essential facilities. Version française », Paris, D., *Cahier des affaires*, 16 déc. 1999, Chron., p. 523

RICOU (B.), « L'attribution des licences de téléphonie mobile de troisième génération. Chronique d'une révolution mal programmée », *RFDA* 2011, p. 539

RIVERO (J.), « L'administré face au droit administratif », *AJDA*, numéro spécial, 1995, p. 147

RIVERO (J.), « Le Plan Monnet et le droit », Dalloz, Chron., 1947, p. 129 ; rééd. in A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT, G. VEDEL, *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 48.

RIVERO (J.), « A propos de la métamorphose de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 821

ROCHFELD (J.), « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC*, 1^{er} octobre 2004, n° 4, p. 915

ROLIN (F.), « Les incidences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur le droit domanial », *AJDA* 2003, n° 40, p. 2130

ROLIN (É.), « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », *LPA*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 26

ROSE-ACKERMANN (S.) et PERROUD (T.), « Policymaking and public law in France : public participation, agency independence, and impact assessment », *Columbia journal of European law*, vol 19.2, p. 223

SAUNIER (S.), « L'association du public aux décisions de l'administration », *AJDA* 2015, n° 43, dossier spécial : « La lex generalis des relations entre le public et l'administration », p. 2426

SCHLESINGER (M.), « Contentieux de l'énergie.- La fixation des tarifs réglementés et le juge des marchés régulés », *RJEP*, décembre 2012, n° 703, p. 3

SCHRAMECK (O.), « Contrôle de la répartition des compétences entre la loi et le règlement à propos de l'instance de régulation des télécommunications », *AJDA* 1996, p. 694

SEBAN (A.), « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », *LPA*, 3 juin 2002, n° 110, p. 63

SEILLER (B.), « Acte administratif », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2015

SEILLER (B.), « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », *RDP* 2004, vol. 2, p. 481

SÉNAC DE MONSEMBERNARD (M.), « L'intervention de la CRE au titre de sa mission de règlement des différends », *DA*, avril 2005, n° 4, p. 29

SIMON (D.), « Le principe de "bonne administration" ou la "bonne gouvernance" concrète », in *Le droit de l'Union européenne en principes : liber amicorum en l'honneur de J. RAUX*, Rennes, Éd. Apogée, 2006, p. 155

SIRINELLI (J.), « Les techniques unilatérales d'intervention des autorités publiques sur le marché », in DORMONT (S.) et PERROUD (T.) (dir.), *Droit et marché*, Coll. « Droit et Économie », LGDJ – Lextenso éditions, 2015, p. 81.

SIRINELLI (J.), « La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle approche de l'intervention publique en matière économique », *RDP* 2011, n° 4, p. 883

SLAMA (S.), « Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 14 mai 2012

SOLEILHAC (T.), « Vers une commercialité des autorisations administratives », *AJDA*, 26 novembre 2007, n° 40, p. 2178

SORIANO (S.), « Internet – Un enjeu de régulation qui dépasse le droit de la concurrence », interview réalisé par W. J. MAXWELL, *Concurrences* 2016, n° 1, p. 8

SPIELMANN (D.), « Le Conseil d'Etat luxembourgeois après l'arrêt Procola », *RTDH* 1996, n° 26, p. 271

STIGLER (G.), « The Theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics*, vol. 2, 1972, p. 3

STIRN (B.), « Conseil d'État et régulation », fiche 21, in M. BAZEX, G. ECKERT, R. LANNEAU, C. LE BERRE, B. DU MARAIS et A. SÉE (dir.), *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2015, p. 202

STIRN (B.), « Le Droit administratif vu par le juge administratif », *AJDA*, Dossier spécial : « Le droit administratif français en 2013 », 25 février 2013, n° 7, p. 387

STIRN (B.), « Panorama : le mouvement de réforme de la justice administrative », *AJDA* 2012, n° 22, p. 1193

STIRN (B.), « Il y a une adhésion collective aux réformes en cours dans la juridiction administrative », propos recueillis par M.-C. DE MONTECLER, *AJDA* 2008, p. 4

STRUILLOU (J.-F.), « L'intégration des préoccupations environnementales dans les documents de planification urbaine, L'apport de la loi Grenelle II », *RFDA* 2012, n° 5, p. 872

TERNEYRE (P.) et GLASER (E.), « L'impact des règles de la concurrence sur les actes et les comportements de l'Administration », *RFDA*, 29 octobre 2007, n° 44-45, p. 26

THÉOFILI (A.), « Le premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice de l'Union européenne : un exemple de pluralité des juridictions sans pluralisme normatif », *Revue des affaires européennes*, 2013/2, p. 351

THILL-TAYARA (M.), et COUADOU (C.), « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », *Cont. conc. consom.* 1999, n° 5, p. 4

TIMSIT (G.), « Normativité et régulation », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* 2006, n° 21, p. 84

TIMSIT (G.), « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP* 2004, n° 109, p. 5

TIMSIT (G.), « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, avril-juin 1996, n° 78, p. 375

TRAORÉ (S.), « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ? », *DA*, août-septembre 2004, n° 8, p. 16

TRUCHET (D.), « Le Droit administratif vu par un professeur de droit », *AJDA*, Dossier spécial : « Le droit administratif français en 2013 », 25 février 2013, n° 7, p. 404

TRUCHET (D.), « Avons-nous encore besoin du droit administratif », *Mélanges J.-F. Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1039

TRUCHET (D.), « Le point de vue de juriste : personnes, administrés, usagers, clients ? », *IFSA, Administration : droits et attentes des citoyens*, Paris, La documentation française, 1998, p. 23

TRUCHET (D.), « Controverse : les ondes appartiennent-elles au domaine public ? Contre », *RFDA* 1989, p. 255

TUOT (T.), « Perspectives d'évolution », in LOMBARD (M.) (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & Commentaires », 2006, p. 219

VAUTROT-SCHWARZ (C.), « Police et régulation », in C. VAUTROT-SCHWARZ (dir.), *La police administrative*, PUF, 2014, p. 55

VAUTROT-SCHWARZ (C.), « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *Cont. et March. publ.*, déc. 2012, n° 12, p. 7

VAUTROT-SCHWARZ (C.), « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *AJDA*, 30 mars 2009, p. 568

VENEZIA (J.-C.), « Les règlements d'application », in *Mél. R. Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 673

VENEZIA (J.-C.), « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, t. 2, p. 795

VIEU (P.), « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *RFDA* 2012, n° 1, p. 35

WILHELM (P.), « Le pouvoir de sanction de l'ARCEP annulé par le Conseil constitutionnel sur QPC », *JCPE* 2013, n° 35, p. 5

YANNAKOPOULOS (C.), « L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif », *RDP* 2008, n° 2, p. 421

ZOLLER (E.), « L'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux États-Unis », *RDP* 2014, n° 2, p. 379

ZOLLER (E.), « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA* 2004, n° 4, p. 757

III. Conclusions

AGUILA (Y.), concl. sur CE, Ass., 24 mars 2006, *KPMG*, *RFDA* 2006, p. 463

ALADJIDI (F.), concl. sur CE, Sect., 23 déc. 2011, *Fédération française des installateurs électriciens*, *RJEP*, octobre 2012, n° 701, comm. 50

AUSTRY (S.), concl. sur CE, 21 mars 2003, *Synd. intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, *CJEG* 2003, p. 341

BERGEAL (C.), concl. sur CE, Sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *BJCP* 2001, p. 527

BERNARD (M.), concl. sur CE, 22 oct. 1965, *Giraudon*, *D.* 1966, p. 417

BONICHOT (J.-C.), concl. sur CE, 8 nov. 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, *CJEG* 1997, p. 232

BOTTEGHI (D.), concl. sur CE, Sect., 10 juill. 2013, *Sté AT et T Global Network Services France et a.*, *RJEP* 2014, n° 718, p. 21

BOTTEGHI (D.), concl. sur CE, 4 juin 2012, req. n° 351976, *Sté BT France*, *RJEP*, novembre 2012, n° 702, comm. 57

BOUCHER (J.), concl. sur CE, Ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, *RFDA* 2012, p. 1

BOULOUIS (N.), concl. sur CE, 7 oct. 2009, req. n° 309499, *Sté d'équipement de Tahiti et des îles*, *RJEP* 2010, n° 674, p. 33

BOURGEOIS-MACHUREAU (B.), concl. sur CE, 12 octobre 2010, *Sté Bouygues Telecom*, *RJEP*, 1^{er} février 2011, p. 19

CHAUVAUX (D.), concl. sur CE, 31 mars 2003, *Ministre de l'économie c/ SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, *RFDA* 2003, p. 1185

CHENOT (B.), concl. sur CE, 10 fév. 1950, *Sieur Gicquel*, Rec. p. 100

CHENOT (B.), concl. sur CE, Ass., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, *D.* 1945, p. 110

DACOSTA (B.), concl. sur CE, Ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014, p. 425

DACOSTA (B.), concl. sur CE, 3 oct. 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, *RFDA* 2008, p. 1128

DAUMAS (V.), concl. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, *RFDA*, juillet 2016, n° 3, p. 506

DE SILVA (I.), concl. sur CE, 17 déc. 2008, *Sté Oddo et Cie*, *Bull. Joly Bourse* 2009, p. 50

DELBÈQUE (J.), TA Paris, 30 mai 2007, *Préfet de Paris*, *BJDCP*, déc. 2007, n° 7, p. 492,

DEREPAS (L.), concl. sur CE, 13 juill. 2007, *Mme Abric*, req. n° 297742 ; CE, 13 juill. 2007, *Sté Editions Tissot*, req. n° 294195 ; CE, 13 juill. 2007, *SARL Riviera*, req. n° 295761, *AJDA* 2007, p. 2145

DEVYS (C.), concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique*, *RJEP* 2007, comm. 15

DOMINO (X.), concl. sur CE, 15 avril 2016, *Société Guadeloupe Téléphone Mobile et a.*, publiées sur la base des données *Ariane Web* du Conseil d'État

DONTENWILLE (H.), concl. sur Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *JCP G* 1991, p. 21752

DUMORTIER (G.), concl. sur CE, Ass., 11 avril 2012, *Gisti et FAPIL*, *RFDA* 2012, p. 547

DUMORTIER (G.), concl. sur CE, 23 déc. 2011, *Danthony* ; *RFDA* 2012, p. 284

ESCAUT (N.), concl. sur CE, sect., 3 déc. 2010, *Ass. Paris Jean Bouin*, *BJCP* 2011, n°74, p. 36

FENELLY (N.), concl. sur CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria Verlag GmbH*, aff. C-324/98, *BJCP* 2001, p. 132

FOMBEUR (P.), concl. sur CE, 13 janv. 2003, *Mutuelle générale des services publics*, *BJCP* 2003, p. 135

FOMBEUR (P.), concl. sur CE, sect., 18 déc. 2002, *M^{me} Duvignères*, *RFDA* 2003, p. 280

FOUQUET (O.), concl. sur CE, 28 juillet 1993, *SA Mitsukoshi France*, *DRJF* 8-9/1993, n°1140

FRYDMAN (P.), concl. sur CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, Rec. p. 82 et 85

GALABERT (J.-M.), concl. sur CE, 28 avr. 1967, *Féd. nationale des syndicats pharmaceutiques de France*, *AJDA* 1967, p. 401

GENEVOIS (B.), concl. sur CE, 9 juin 1978, *Spire*, *Rev. adm.* 1978, p. 631

GLASER (E.), concl. sur CE, 20 juill. 2005, *Stés Fiducial Informatique et Fiducial Expertise*, *RFDA* 2006, p. 692

GOULARD (G.), concl. sur CE, Sect., 29 déc. 1997, *Commune d'Arcueil*, *RFDA* 1998, p. 97

GUYOMAR (M.), concl. sur CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, *RFDA* 2007, p. 384

GUYOMAR (M.), concl. sur CE, sect., 27 oct. 2006, req. n° 276069, *Parent et autres*, *LPA*, 20 déc. 2006, p. 4

GUYOMAR (M.), concl. sur CE, 30 déc. 2002, *Mme de Rimontheil de Lombares*, *LPA* 2003, n° 59, p. 7

HUBERT (P.), concl. sur CE, Ass., 26 juin 1998, *Sté AXS Télécom, Sté Esprit Télécom France*, *CJEG* 1998, p. 379

KELLER (R.), concl. sur CE, Ass., 14 févr. 2014, *Lambert e. a.*, *RFDA* 2014, p. 255

KOKOTT (J.), concl. sur CJUE, 25 mars 2010, *Commission c/ Espagne*, aff. C-392/08, ECLI:EU:C:2009:773

LAMY (F.), concl. sur CE, Ass., 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c/ Magiera*, *RFDA* 2002, p. 756

LAMY (F.), concl. sur CE, 20 oct. 2000, *S^{té} Habib Bank Limited*, JCP G 2001, II, p. 10459

LANDAIS (C.), concl. sur CE, 27 avr. 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, AJDA 2011, p. 1326

LAROQUE (M.), concl. sur CE, 27 mai 1987, *SA laboratoire Goupil*, Rec. p. 181

LEGAL (H.), concl sur CE, Ass., 10 avr. 1992, *Epoux V*, RFDA 1992, p. 571

LENICA (F.), concl. sur CE, 27 avril 2009, *Bouygues Telecom*, RJEP 2009, n° 666, p. 24

MARTIN-LAPRADE (M.), concl. sur CE, 14 décembre 1979, *Comité de propagande de la banane*, Dr. fisc. 1980, n° 15, comm. 869

MAUGÜÉ (C.), concl. sur CE, 29 juill. 2002, *Société Cegedim*, CJEG 2003, p. 16

PÉCRESSE (V.), concl. sur CE, 10 octobre 1997, *Société Strasbourg FM*, RFDA 1998, p. 29

PICHAT (G.), concl. sur CE, 8 mars 1912, *Lafage*, Rec. p. 348

POCHARD (M.), concl. sur CE, 30 novembre 1990, *Association Les Verts*, RFDA 1991, p. 571

POIARES MADURO (M.), concl. sur CJCE, 3 décembre 2009, *Commission c/Allemagne*, aff. C-424/07, ECLI:EU:C:2009:252

PRADA-BORDENAVE (E.), concl. sur CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, RFDA 2005, p. 802

SAVOIE (H.), concl. sur CE, ass., 23 oct. 1998, req. n° 169797, *Union des fédérations CFDT des fonctions publiques et assimilés*, Rec. p. 360

SEBAN (A.), concl. sur CE Ass., 6 avril 2000, *SA Entreprises Razel Frères*, RFDA 2001, p. 1299

SEBAN (A.), concl. sur CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, RFDA 2000, p. 584

SEGALAT (A.), concl. sur CE Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, RDP 1943, p. 57

STAHL (J.-H.), concl. sur CE, 16 juin 2004, *Mutuelle générale services publics*, BJCP 2004, p. 367

STAHL (J.-H.), concl. sur CE, Sect., 26 mars 1999, *Sté EDA, Sté Hertz France et autres*, AJDA 1999, p. 427

STAHL (J.-H.), concl. sur CE, Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, *CJEG* 1997, p. 441

SZPUNAR (M.), concl. du 9 septembre 2014 sous CJ, *T-Mobile Austria GmbH c/ Telekom-Control-Kommission*, ECLI:EU:C:2014:2179.

TESAURO (G.), concl. sur CJCE, 17 fév. 1993, *Poucet et Pistre*, aff. joint. C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-658

VIALETTE (M.), concl. sur CE, 17 novembre 2010, *Société Arthus Consulting*, *AJDA* 2011, p. 337

VON COESTER (S.), concl. sur CE, 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH e. a.*, *RFDA* 2016, p. 497

VON COESTER (S.), concl. sur CE, 28 juin 2013, *Association trinationale de protection nucléaire et autre*, *RJEP*, octobre 2013, n° 712, comm. 41

V. Notes de jurisprudence, chroniques, commentaires, observations

ALADJIDI (F.), comm. sur CE, 28 novembre 2012, *Sté Direct Énergie et a.*, req. n°s 330548, 332639, 332643, *RJEP* 2013, n° 706, p. 17

ALBERT (N.), note sous CE, 23 mai 2003, *Mme Chabba*, *AJDA* 2004, p. 157

ALLAND (D.), note sous CE, Ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, *RFDA* 2012, p. 19

ARSOUZE (C.), note sous CE, 17 déc. 2008, *Sté Oddo et Cie*, *Rev. sociétés* 2009, p. 97

AUBERT (M.), BROUSSY (E.) et DONNAT (F.), chron. sur CJUE, 13 avr. 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, *AJDA* 2010, p. 937

AUBERT (M.), BROUSSY (E.) et DONNAT (F.), note sous CJUE, 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-518/07, *AJDA* 2010, p. 938

AUBERT (M.), BROUSSY (E.) et DONNAT (F.), note sous CJCE 15 oct. 2009, *Djurgården-Lilla*, aff. C-263/08, *AJDA* 2009, p. 2280

BARDOUX (A.), note sous CE, Ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne*, *RLC* 2014, p. 81

BAZEX (M.), note sous CE, sect., 10 juill. 2013, *Sté AT et T Global Network Services France et a.*, *DA* 2014, n° 1, comm. 7, p. 50

BAZEX (M.), note sous CE, Sect., 27 avr. 2009, *Sté Bouygues Télécom*, *DA*, novembre, 2009, n° 11, comm. 156, p. 40

BAZEX (M.), obs. sur CE, 7 juill. 2006, *Sté Poweo e.a.* (arrêt avant dire droit), *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 10, comm. 189, p. 17

BAZEX (M.), note sous CE, 26 mars 1999, *Sté EDA*, *AJDA* 1999, p. 427

BAZEX (M.) et BLAZY (S.), note sous CE, 10 déc. 2007, *Sté Poweo e. a.*, req. n° 289012 et 289776 ; CE, 10 déc. 2007, *Sté Poweo e. a.*, req. n° 296191 ; *DA*, février 2008, n° 2, comm. 29, p. 40

BAZEX (M.) et BLAZY (S.), note sous CE sect., 25 févr. 2005, *France Télécom*, *DA*, avril 2005, p. 26

BAZEX (M.) et LANNEAU (R.), comm. sur CE, 9 oct. 2015, *Sté Bouygues Télécom*, *DA*, janvier 2016, p. 37

BERNARD (F.) et LASCOMBE (M.), note sous CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, *JCP* 1995, II, p. 22426

BOIZARD (M.), obs. sur CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, *D.* 2000, p. 62

BON (P.) et DE BÉCHILLON (D.), obs. sur CE, Sect., 29 déc. 1997, *Commune d'Arcueil*, *D.* 1999, p. 53

BON (P.) et TERNEYRE (P.), obs. sur CE, Ass., 10 avr. 1992, *Epoux V*, *D.* 1993, p. 146

BOURREL (A.), CE, Ass., 30 novembre 2001, *Kechichian*, *LPA* 2002, n° 224, p. 11

BRACONNIER (S.), note sous CE, Ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne*, *RDI* 2014, p. 344

BRACONNIER (S.), tribune sur CE, 29 juill. 2002, *Société Cegedim*, *Rev. dr. immob.* 2012, p. 1129

BRACONNIER (S.), obs. sur CE, 3 oct. 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, *RDI* 2008, p. 499

BRACONNIER (S.) et NOGUELLOU (R.), note sous CE, Sect., 3 déc. 2010, *Ass. Paris Jean Bouin*, *RDI* 2011, p. 162

BREEN (E.), note sous CE Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, *JCPA*, 11 juin 2005, n° 28, p. 1101

BRETONNEAU (A.) et LESSI (J.), chron. sur CE, Ass., 14 févr. 2014, *Lambert e. a.*, req. n° 375081, *AJDA* 2014, p. 790

BRUGUIÈRE (J.-M.), note sous CE, 15 mars 2000, *Sté Cegedim*, *JCP E* 2003, p. 149

CHAVRIER (H.), LEGAL (H.) et DE BERGUES (G.), chron. sur CJCE 5 oct. 2000, *Commission c/ France*, aff. C-337/98, *AJDA* 1999, p. 302

CLAEYS (A.), note sous CE Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, *RLC*, 1^{er} mai 2005, n° 3, p. 112

CLAUDEL (E.), obs. sur CE, 11 oct. 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, *RTD com.* 2012, p. 747

COLLET (M.), note sous CE, Sect., 27 octobre 2006, *M. Parent e. a.*, *AJDA* 2007, n° 2, p. 80

CONNIL (D.), note sous CE, 6 mai 2015, *Préfet d'Ille-et-Vilaine (Caous)*, *AJDA* 2015, n° 27, p. 1545

COUTRON (L.), note sur CJCE, 15 oct. 2009, *Djurgården-Lilla*, aff. C-263/08, *RTD EUR.* 2011, n° 4, p. 819

DE SILVA (I.), note sous CA Paris, 28 avril 1998, *France Telecom c/ Paris T.V. Câble*, *AJDA* 1998, p. 835

DELAUNAY (B.), note sous CE, 27 avril 2009, *Société Bouygues Télécom*, *AJDA* 2009, n° 23, p. 1248

DELVOLVÉ (P.), note sous CE, Ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014, p. 438

DELVOLVÉ (P.), note sous CE, 3 oct. 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, *RFDA* 2008, p. 1139

DELZANGLES (H.), note sous CE, 4 juin 2012, *Sté BT France*, *Concurrences* 2012, n° 3, p. 204

DELZANGLES (H.), note sous CJUE, 6 oct. 2010, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. C-222/08, *RJEP* 2011, n° 6, p. 40

DERO-BUGNY (D.), note sous CJUE, 15 janv. 2013, *Joseph Krizan*, aff. C-416/10, *Journal du droit international (Clunet)*, 1^{er} avril 2014, n° 2, p. 672

DESTOURS (S.), note sous CE, 16 juin 2004, *Mutuelle générale services publics*, *RLC RLC*, novembre 2004/ janvier 2015, n° 1, p. 63

DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), chron. Sur CE, 11 oct. 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, *AJDA* 2012, p. 2373

DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), chron. sur CE, Ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, *AJDA* 2012, p. 1201

DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), chron. sur CE, 23 déc. 2011, *Danthony*, *AJDA* 2012, p. 195

DONNAT (F.) et CASAS (D.), chron. sur CE, sect., 18 déc. 2002, *M^{me} Duvignères*, *AJDA* 2003, p. 487

DONNAT (F.) et CASAS (D.), chron. sur CE, Ass., 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c/ Magiera*, *AJDA* 2002, p. 596

DOUTEAUD (S.), note sous CE, Ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne, LPA*, 20 juin 2014, p. 13

DREYFUS (J.-D.), note sous CE, 7 oct. 2009, req. n° 309499, *Sté d'équipement de Tahiti et des îles*, *AJDA* 2009, n° 44, p. 2480

DREYFUS (J.-D.), note sous CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, *AJDA* 2008, p. 2008

DREYFUS (J.-D.), note sous TA Nîmes, 24 janv. 2008, *Sté des trains touristiques G. Eisenreich*, *AJDA* 2008, p. 2172

DREYFUS (J.-D.), note sous CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne Billancourt, D.* 2007, p. 1937

DREYFUS (J.-D.), note sous CE, 13 janv. 2003, *Mutuelle générale des services publics*, *AJDA* 2003, p. 899

DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.) et ODINET (G.), chron. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH e. a* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, *AJDA*, avril 2016, n° 13, p. 717

DYENS (S.), obs. sur CE, Ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne, AJCT* 2014, p. 375

ECKERT (G.), note sous CE, 11 juin 2014, *Société TDF e.a.*, in chron. « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA* 2014, p. 1874

ECKERT (G.), note sous CE, 12 octobre 2010, *Sté Bouygues Télécom, Contrats et Marchés publics*, 1^{er} décembre 2010, n° 12, p. 38

EVEILLARD (G.), comm. sur CE, 6 mai 2015, *Préfet d'Ille-et-Vilaine (Caous)*, *DA* 2015, n° 10, p. 51

FATÔME (E.), note sous Cons. const., déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, *AJDA* 2003, p. 1404

FLAUSS (J.-P.), chron. sur CEDH, GC, 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet e. a. c/ France*, *AJDA* 2010, p. 2362

FLAUSS (J.-P.), obs. sur CEDH, 30 nov. 2004, *Oneryildiz c/ Turquie*, *AJDA* 2005, p. 550

FLAUSS (J.-P.), chron. sur CEDH, 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg*, *AJDA* 1996, p. 383

FLAUSS (J.-P.), note sous CEDH, 26 sept 1995, *Diennet c/ France*, *AJDA* 1996, p. 978

FONTAINE (F.) et WEIGEL (G.), note sous CE, 30 juin 2006, *Sté Neuf Télécom SA*, *RJEP* 2006, p. 162

FORSTER (F.), note sous 27 avril 2009, Société Bouygues Télécom, *Gaz. Pal.* 2009, n° 294-295, p. 38.

FORSTER (F.), note sous CE, Sect., 19 mai 2008, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, *Gaz. Pal.*, 25 octobre 2008, n° 299, p. 44.

FOULQUIER (N.), note sous CE, 23 mai 2012, *RATP*, *RDI* 2012, p. 566

FOULQUIER (N.), note sous CE, 18 juin 2003, *Société Tiscali Telecom*, *AJDA* 2003, p. 1888

FRISON-ROCHE (M.-A.), note sous CA Paris, 8 Mars 2005, *EDF c/ Société Pouchon Cogen*, *RLC* 2005, n° 4, p. 104

GAUDEMET (Y.), note sous CE, Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, *RDP* 1998, p. 256

GEFFRAY (E.) et LIEBER (S.-J.), chron. sur CE, Sect., 11 juill. 2008, *Ville de Paris*, *AJDA* 2008, p. 1816

GEFFRAY (E.) et LIEBER (S.-J.), chron. sur CE, 3 oct. 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, *AJDA* 2008, p. 2161

GIRARDOT (T.-X.) et RAYNAUD (F.), note sous CE, Sect., 29 déc. 1997, *Commune d'Arcueil*, *AJDA* 1998, p. 112

GIRARDOT (T.-X.) et RAYNAUD (F.), chron. sur CE, Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, *AJDA* 1997, p. 945

GIRARDOT (T.-X.) et RAYNAUD (F.), chron. sur CE 10 octobre 1997, *Société Strasbourg FM*, *AJDA* 1997, p. 1014

GLASER (E.), note sous CE, 30 janv. 2015, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, in chron. « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA* 2015, p. 672

GLASER (E.), note sous CE, sect., 10 juill. 2013, *Sté AT et T Global Network Services France et a.*, *AJDA* 2013, p. 1953

GOHIN (O.), note sous CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, RDP 1995, p. 1338

GONZALEZ (G.), obs. sur CE, 29 juill. 2002, *Société Cegedim*, DA 2002, p. 901

GUETTIER (C.), obs. sur CE, 26 mars 1999, *Sté EDA*, RDP 2000, p. 353

GUILLAUME (E.) et COUDRAY (L.), note sous CE, 12 octobre 2010, *Sté Bouygues Télécom*, RJEJ, février 2011, n° 683, p. 11

GYOMAR (M) et COLLIN (P.), chron. sur CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, AJDA 2000, p. 126

HAÏM (V.), note sous CE, Ass., 10 avr. 1992, *Epoux V, LPA*, 3 juill. 1992, p. 26

HOEPFFNER (H.), note sous CJCE, 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06 et CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, RFDA 2011, n° 1, p. 98

HONORAT (E.) et SCHWARTZ (R.), chron. sur CE 30 novembre 1990, *Association Les Verts*, AJDA 1991, p. 155

HOSTIOU (R.), étude sur CE, 23 déc. 2011, *Danthony*, RFDA 2012, p. 423

HOSTIOU (R.), note sous CEDH, GC, 29 mars 2010, *Depalle c/ France*, req. n° 34044/02, RFDA 2010, p. 543

HOSTIOU (R.), obs. sur CE 6 mars 2002, *Mmes Triboulet et Brosset-Pospisil*, RFDA 2003, p. 60

HUL (S.), note sous CE, Ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne*, JCPA 2014, p. 2153

IDOUX (P.), repère sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH e. a.* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, RLC, mai 2016, n° 50, p. 23

IDOUX (P.), note sous CE, 4 juill. 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, RLC 2012, 1^{er} oct. 2012, n° 33, p. 77

IDOUX (P.), note sous CE, 27 avril 2009, *Sté Bouygues Télécom*, RLC, 1^{er} oct. 2009, n° 21, p. 50

IDOUX (P.), note sous CE Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, RDP, 1^{er} nov. 2005, n° 6, p. 1643

JACQUIER (S.) et MAXWELL (W.-J.) note sous Cass. com., 12 déc. 2006, *Sté France Télécom c/SA Western Télécom*, *Communication Commerce électronique*, n° 10, octobre 2007, étude 25, p. 19

JEANNENEY (P.-A.), note sous CE, 19 mai 2008, *Fédération nationale UFC-Que Choisir*, in chron. « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA* 2008, n° 32, p. 1748

JÈZE (G.), note sous CE, 8 mars 1912, *Lafage*, *RDP* 1912, p. 266

LAFFAILLE (F.), note sous CE, 28 novembre 2012, *Sté Direct Énergie et a.*, req. n°s 330548, 332639, 332643, *AJDA* 2013, n° 6, p. 364

LAFaix (J.-F.), CE, Ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne*, *RJEP* 2014, p. 14

LAGET-ANNAMAYER (A.), note sous CE, 9 oct. 2015, *Sté Bouygues Télécom*, *JCP A*, 23 mai 2016, n° 20, p. 18

LAGET-ANNAMAYER (A.), note sous CE, 30 juill. 2003, *Soc. Dubus SA*, *AJDA* 2004, p. 26

LANGELIER (E.), veille sur CE, 6 mai 2015, *Préfet d'Ille-et-Vilaine (Caous)*, *JCP G* 2015, n° 22, p. 1054

LAUDE (A.), obs. sur CE, 27 avr. 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, *D.* 2011, p. 2565

LAURIN (Y.), note sous CA Paris, 21 juin et 6 juill. 1988, *Gaz. Pal* 1988, p. 699

LE BERRE (C.), note sous CE, 27 avril 2009, *Sté Bouygues Télécom*, *Gaz. Pal* 2009, p. 44

LE BOT (O.), chron. sur CE, 6 mai 2015, *Préfet d'Ille-et-Vilaine (Caous)*, *JCP A* 2015, n° 43, p. 20

LEGAL (H.), LAMBERT (C.) et BELORGEY (J.-M.), chron sur CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria Verlag GmbH*, aff. C-324/98, *AJDA* 2001, p. 329

LEGAL (H.), LAMBERT (C.) et BELORGEY (J.-M.), chron. sur CJCE 5 oct. 2000, *Commission c. France*, aff. C-337/98, *AJDA* 2001, p. 329

LICHÈRE (F.), note sous CE, ord. 28 novembre 2011, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, *RJEP* 2012, n° 694, p. 16

LOMBARD (M.), comm. sur CE, 4 juill. 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, in chron. « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA* 2012, p. 1717

LOMBARD (M.), note sous CE, 28 mars 2012, *Sté Direct Énergie e.a.*, *AJDA* 2012, p. 1146

LOMBARD (M.), note sous CE, ord. 28 novembre 2011, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, *AJDA* 2012, n° 11, p. 579

LOMBARD (M.), note sous CA Paris, 8 Mars 2005, *EDF c/ Société Pouchon Cogen*, *Concurrences* 2005, p. 96

LOMBARD (M.), note sous CE, 23 mai 2003, *Mme Chabba*, *DA* 2003, n° 207, p. 44

LOUVARIS (A.), note sous CE, 20 oct. 2000, req. n° 180122, *S^{té} Habib Bank Limited*, *D.* 2001, p. 2665

MALAURIE-VIGNAL (M.), obs. sur CE, 16 juin 2004, *Mutuelle générale services publics*, *Contrats, conc. consom.* 2004, comm. 155, p. 21

MARKUS (J.-P.), CE, 26 mars 1999, *Sté EDA*, *D.* 2000, p. 204

MARLY (P.-G.), note sous CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH e. a* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, *Banque et droit*, mai 2016, p. 61

MELLERAY (F.), chron. sur CE, 13 juill. 2007, *Société « Editions Tissot »*, *LPA* 2008, n° 115, p. 4

MODERNE (F.), obs. sur CE, 18 févr. 2002, *Groupe Norbert Dentressangle*, *RFDA* 2002, p. 754

MOREAU (J.), CE, Ass., 10 avr. 1992, *Epoux V*, *JCP* 1992, II, n° 21881

MOREAU (J.), CE, 23 mai 2003, *Mme Chabba*, *JCPA* 2003, n° 1751

MULLER (E.), obs. sur CE, 30 janv. 2015, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, *RTD eur.* 2015, p. 863

NICINSKI (S.) et GLASER (E.), étude sur CE, sect., 3 déc. 2010, *Ass. Paris Jean Bouin*, *AJDA* 2011, p. 18

NICINSKI (S.), note sous CE, 15 mars 2000, *Sté Cegedim* (décision avant dire droit) ; CE, 29 juill. 2002, *Sté Cegedim*, *AJDA* 2002, p. 1072

NOGUELLOU (R.), note sous CE, sect., 3 déc. 2010, *Ass. Paris Jean Bouin*, in CHAMARD-HEIM (C.), MELLERAY (F.), NOGUELLOU (R.) et YOLKA (P.), *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 2^e édition, Dalloz, 2015, n° 51, p. 501

NOGUELLOU (R.), obs. sur CJUE, 13 avr. 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, *RDI* 2010, p. 385

NOGUELLOU (R.), note sous CE, 27 avril 2009, *Société Bouygues Télécom* et CE, 24 juillet 2009, *Société Orange France* et *Société française de radiotéléphonie*, *RDP*, 1^{er} mai 2010, n° 3, p. 825

NOGUELLOU (R.), obs. sur CJCE, 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06, *RDI* 2008, p. 501

NOGUELLOU (R.), note sous CJCE, Grande ch., 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03, *RDI* 2008, p. 40.

PAILLER (P.), note sous CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH e. a* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, *Revue de Droit Bancaire et Financier*, mai 2016, n° 3, p. 76

PERROUD (T.), note sous CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH ; Sté NC Numericable*, *JCPG*, mai 2016, n° 22, p. 1073

PETIT (J.), note sous CE, sect., 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*, *RFDA* 2003, p. 510

PETIT (J.), chron. sur CE, Sect., 29 déc. 1997, *Commune d'Arcueil*, *JCP* 1998, I, n° 165, § 31

PEIGNÉ (J.), note sous CE, 27 avr. 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, *RDSS* 2011, p. 483

PICOD (F.), note sous CJUE, 15 janv. 2013, *Joseph Krizan*, aff. C-416/10, *JCPG*, 28 janvier 2013, n° 5, p. 195

PRÉBISSY-SCHNALL (C.), note sous CE, Ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne*, *Cont. conc. consom.* 2014, p. 28

POUJADE (B.), note sur CE, 6 mai 2015, *Préfet d'Ille-et-Vilaine (Caous)*, *Bull. Jur. des Coll. Loc. (BJCL)* 2015, n° 7-8, p. 560

POUYAUD (D.), note sous CE, 26 mars 1999, *Sté EDA*, *RFDA* 1999, p. 977

RAYNAUD (F.) et FOMBEUR (P.), note sous CE, Ass., 26 juin 1998, *Sté AXS Télécom*, *Sté Esprit Télécom France*, *AJDA* 1998, p. 636

RICHER (L.), CA Paris, 8 Mars 2005, *EDF c/ Société Pouchon Cogen*, *AJDA* 2005, p. 1221

RICHER (L.), CE, *Section des finances*, Avis, 8 juin 2000, *AJDA* 2000, p. 758

RONTCHEVSKY (N.), obs. sur CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, *RTD com.* 2000, p. 405

SAKON (A.), note sous CE, 19 juin 2009, *Association Renseignement pour tous*, *Gaz. Pal.*, 5 décembre 2009, n° 339, p. 50

SAULNIER-CASSIA (E.), note sous CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, *JCPA*, 11 avril 2015, n° 15, p. 632

SÉE (A.), note sous CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH e. a.* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable, DA*, mai 2016, n° 5, p. 49

SÉE (A.), chron. sur CE, 13 nov. 2006, *Sté Free SAS, Cont. conc. consom.*, n° 4, avril 2007, p. 15

SÉE (A.), comm. sur CE, 30 juin 2006, *Sté Neuf Télécom SA*, *AJDA* 2006, p. 1720

SEILLER (B.), chron. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH e. a.* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable, Gaz. Pal.*, juin 2016, n° 22, p. 27

SESTIER (J.-F.), CE, Ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne*, *JCPA* 2014, p. 2152

SIBONY (A.-L.) et DEFOSSEZ (A.), chron. sur CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, *RTD eur.* 2009, p. 511

TAIBI (A.), note sous CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH e. a.* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable, Gaz. Pal.*, mai 2016, n° 18, p. 20

TERNEYRE (P.), note sous CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom, RFDA*, 1^{er} mars 2005, n° 2, p. 446

THIELLAY (J.-P.), note sous CE, 12 mai 2003, *Société TF1, AJDA* 2003, p. 1454

UBAUD-BERGERON (M.), comm. sur CE, 23 mai 2012, *RATP, RJEP* 2012, n° 701, p. 20

VANDERMEEREN (V.), chron. sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH e. a.* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires*, juin 2016, n° 6, p. 419

VÉRET (D.) et VÈVE (A.), note sous CE Sect., 25 février 2005, *France Télécom, Gaz. Pal.*, 20 oct. 2005, n° 293, p. 37

VIDAL (L.), comm. sur CE, 4 juill. 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, in chron. « Concurrence, régulation et secteur public », *Cont. conc. consom.*, décembre 2012, n° 12, chron. 4, p. 11

IV. Rapports, documentation

A. Conseil d'État

Rapport public pour 2013, *Le droit souple*, La documentation française, n° 64, Paris, 2013

Rapport public pour 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*, La Documentation française, EDCE, n° 62, Paris, 2011

Rapport public pour 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, EDCE, n° 57, Paris, 2006

Rapport public pour 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, La documentation française, EDCE, n° 53, Paris, 2002

Étude, 2002, Section du rapport et des études, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, La documentation française, 2002

Rapport public pour 2001, *Considérations générales sur les AAI*, La documentation française, EDCE, n° 52, Paris, 2001

Rapport public pour 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française, EDCE n° 43, Paris, 1991

B. Parlement

DOSIÈRE (R.) et VANNESTE (C.), *Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement*, Assemblée nationale, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, 28 octobre 2010, publié sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-tl.asp>

GÉLARD (P), *Autorités administratives indépendantes 2006-2014 : un bilan*, Sénat, Rapport d'information n° 616 (2013-2014) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes, 11 juin 2014, publié sur : <http://www.senat.fr/rap/r13-616/r13-6161.pdf>

GÉLARD (P.), Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Sénat n° 404 et Assemblée nationale n° 3166, 15 juin 2006, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-off/i3166-ti.asp>

MÉZARD (J.), *Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, Sénat, Rapport n° 126 fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de

l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, 28 octobre 2015, publié sur : <https://www.senat.fr/rap/r15-126-1/r15-126-11.pdf>

C. Autres

ARAFER, *Rapport d'activité pour 2013*, La documentation française, 2013

Agence nationale des fréquences, Organisation et évolution de la gestion du spectre, Rapport du groupe de travail du conseil d'administration de l'ANFR, mars 2008, publié sur : http://www.anfr.fr/fileadmin/mediatheque/documents/organisation/gestion_spectre.pdf

COHEN (E.), MOUGEOT (E.), *Enchères et gestion publique*, Rapport du Conseil d'Analyse Économique, La documentation française, Paris, 2001

DE CASTRIES (H.) et MOLFESSIS (N.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Rapport du Club des juristes, Mare et Martin, 2015

MARCOU (G.) et AKANDJI-KOMBE (J.-F.), « La Charte européenne de l'autonomie locale et l'impact du droit communautaire sur les collectivités locales des Etats membres », *Rapport au Comité européen des autorités locales et régionales et au Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe*, CDLR (31), 14 septembre 2011

PRITZKER (D.M.) et DALTON (D.-S.), *Negotiated rulemaking sourcebook*, Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, 1995

INDEX

A

Abrogation

267, 321, 325, 345, 366-367, 422-427, 494

Accès au marché

26, 36, 38, 43, 46, 53, 61-63, 65, 77, 92, 103, 123, 171, 178, 217, 220, 245, 247, 255, 317, 324, 327, 330-333, 345-346, 348, 355, 364, 378, 380, 399, 420-423, 428, 436, 439, 441, 459, 479, 507, 536, 569, 571, 573-576,

- accès effectif

386, 390-392

- accès efficace

389, 392-396

Actes administratifs unilatéraux de régulation *lato sensu*

37, 39

Actes administratifs unilatéraux de régulation *stricto sensu*

37, 43, 311

Actes créateurs de droits

422-425

Actes individuels

35, 37, 39, 69, 77, 84, 86, 148, 149, 167, 177-179, 184, 190, 217-219, 248, 259, 260, 305, 310, 317, 379, 381, 417, 447, 452, 486

Actes réglementaires

37-39, 43, 63, 77, 84, 124, 128, 131, 141-142, 146-150, 152-154, 159-160, 165-168, 170, 174, 177, 180, 184, 194, 195, 203, 214, 217-219, 221, 236, 311, 317, 324, 380-381, 384, 415, 439, 458-459, 480, 505, 507, 548, 551, 573, 576

Amicus curiae

552-554, 558-565

ARAFER

58, 140-141, 152-153, 168-170, 173, 201-202, 225-229, 399-400, 402-407, 410-413, 415-416, 420, 455-458, 471, 476, 480, 505, 565

ARCEP

35, 37, 58, 77, 83-84, 99, 123, 134, 137-139, 146, 148-149, 151, 153, 155, 157-159, 166, 173, 177, 180, 198-199, 201-202, 214, 218, 220-221, 231-236, 239-241, 249-250, 253, 258, 260, 263-266, 269, 271, 273, 284, 299, 301, 308-309, 323, 328, 336-337, 351-354, 364-366, 375, 379, 380, 383, 385-386, 395-396, 399, 408-410, 414-415, 419-421, 423-426, 428-438, 447-450, 452, 462, 475, 479, 505, 514-

515, 517-519, 521-524, 531, 533,
537-539, 565

Asymétrie d'informations

222, 224, 263, 295-296, 301

Attribution (des licences)

260, 266, 269, 279, 306, 308, 313,
337, 569

Autonomie institutionnelle et procédurale

57, 114

Autorisations

15, 36-37, 39-40, 43, 61-63, 65, 69,
77, 80, 83, 123, 171, 180, 220, 246-
251, 253-255, 258-260, 264, 266-267,
270, 273, 282-284, 286, 289, 291-295,
298-300, 302, 305, 308, 311, 313,
315, 317, 321, 323-325, 327-330,
334-356, 364-367, 374-375, 377-378,
380-381, 384, 407, 417, 419-429,
432-435, 437-439, 441, 459, 478, 505,
507, 522, 535-536, 539, 571, 573,
574, 576

Autorité de la concurrence

36, 41, 43, 144, 158, 233-235, 237,
289, 290, 291, 400, 404-405, 445,
449-450, 452, 462, 472, 487, 489,
502, 522, 553-556, 558

Autorités administratives

indépendantes

25, 30-31, 44, 52, 57-60, 64-65, 67-
69, 74-76, 78-80, 84-85, 88-89, 93-94,
96, 102, 108, 109, 121, 132, 134, 137,
139, 142, 149, 153, 161, 173, 175,
191, 237-238, 311, 418-419, 429, 464,
468, 470, 477, 511, 547, 573

Autorités réglementaires nationales

42-43, 57, 78-81, 103-121, 146, 159,
167, 174-175, 199, 202, 210-211, 348,
364-365, 367, 369, 371, 374, 448

Avis technique

548, 550-551

B

Bien (au sens de la CEDH)

339-343, 345

C

Cahier des charges

263, 296, 300, 307-310, 323, 421, 429

Capture

71, 101, 121, 193, 200, 224, 246, 524

Cession

63, 321, 325, 327-331, 333-338, 345-
356, 358-359, 362-375, 377-378, 423,
441, 514, 553, 556, 571

Communications électroniques

35, 37-38, 42, 56-57, 61, 77, 79-80,
82-84, 99, 103-104, 107, 111-112,
117-118, 123, 138-140, 142, 145,
148-149, 152, 154-155, 158-159, 165,
180-181, 194-195, 198-200, 202-204,
207, 210, 214, 231, 234, 241, 245,
248-250, 253, 262, 264-265, 273, 275,
278, 293, 294, 298-299, 308, 325,
327, 330-331, 334-338, 347, 350-352,
354, 364, 367-375, 377, 383, 385,
396, 398-399, 409, 418, 420, 424-425,
429, 431, 437, 448, 462, 472, 478,
501, 509, 515, 517-519, 522-523, 525,

529, 530-531, 534, 536-537, 539, 545,
552

Concertation

74, 169, 170, 181-182, 185, 191-192,
202, 204, 215-216, 223, 228, 240,
242, 315, 319, 389, 393, 482, 555

Confiance légitime

238

Consultation

53, 60, 84, 177, 179-182, 185-186,
191, 193-195, 198-202, 209-211, 215,
217-218, 221-239, 241-243, 245-246,
250, 255, 317, 357, 424, 431, 448-
449, 457, 488, 510, 524, 538, 540-
541, 553-556, 560-561, 574

Contradiction

219

Contrat administratif

19, 30-32, 35, 245, 247, 317, 355-356,
358-362, 364, 375, 496

CRE

58, 77, 82, 123, 134, 137, 140, 153-
154, 157-159, 173, 200-202, 382, 388,
390-391, 394, 469, 494, 505, 510-511,
520-521, 526, 549-550

D

Démocratie administrative

183-184, 188, 198, 230

Détournement de pouvoir

30, 206, 482-486

Détournement de procédure

407, 414, 416-417, 475, 482-487, 576

Domaine public hertzien

123, 250-252, 254, 269, 278, 282,
288, 295-296, 298, 300-301, 306, 319,
321, 323, 325, 350, 377, 423, 425-426

Domanialité publique

247, 251, 263, 267-268, 282-284,
287-288, 294-295, 313, 317, 325, 344

Droit de l'environnement

53, 187, 192-194, 215, 245

Droit de la concurrence

28, 30, 34-35, 40-43, 62, 63, 99, 140,
144, 193, 216, 249, 255, 257, 268,
272-273, 278-280, 282-283, 286-288,
293-294, 297, 313, 333, 380, 404,
426-427, 435, 448, 452, 471, 508,
522, 531, 553-556, 558, 562

Droit de la régulation

23, 26, 28, 29, 41, 68, 79, 87, 89, 93,
95, 476, 576

Droit dur

19, 30, 117, 380, 445, 447, 459, 460-
461, 463-465, 467, 470, 472-473, 486,
489

Droits exclusifs ou spéciaux

-droits exclusifs

279, 280, 333

-droits spéciaux

280

Droit souple

20, 25, 29-30, 45-49, 55, 63, 324, 414,
430, 443, 445-447, 458-461, 463-468,
470, 472-475, 477-478, 481-482, 486-
497, 499, 501-504, 506, 524, 567,
569, 573, 575-577

Dualisme juridictionnel

411

E

Effet utile

323, 337, 346-347, 354-356, 363,
374-375, 377, 399, 421

Efficacité

18, 20, 60, 69, 89, 115, 153, 160, 174,
176, 189, 200, 209, 212, 215-216,
222, 224, 262, 313, 317, 319, 347,
392, 394, 417, 421, 435, 446, 464,
476, 483, 503, 513, 515, 520, 567,
574, 577

Enchères

250, 261-263, 266-270, 275, 307-309,
313-314, 424

Énergie

38, 56-57, 77, 81-82, 103, 116-117,
123, 134, 140, 142, 158-159, 165,
200, 207, 210, 229, 245, 257, 281,
327, 335, 349-350, 363, 382-383,
387-390, 393-395, 398, 472, 478,
509-511, 520, 524-529, 548-549, 551

Erga omnes

400, 404, 441

États-Unis

23, 41, 42, 88, 185, 194, 195, 198,
461

Européanisation

326-327

Ex ante

28, 38-43, 234, 239, 439, 448, 452,
473, 574

Ex post

28, 38, 39-43, 108, 441, 574

Ex post d'intendance

40

Expertise

157, 545, 546, 547, 548, 555, 559

F

Faute lourde

478, 479, 481

Faute simple

478, 479, 480

G

Garanties procédurales

30, 51, 89, 97, 102, 137, 170, 213,
217, 219, 443, 474, 488, 505

H

Hiérarchie des normes

69, 95, 122, 124-127, 133, 140-141,
173, 175-176, 317, 399, 410, 415,
417, 509, 513, 516-517, 574, 591,
597, 599

Homologation

108, 138, 141-157, 160-161, 164-168,
170, 173-174, 176, 228, 406-407,
414-416, 456, 468, 480

I

Identité constitutionnelle

160-163

Impartialité

59, 62, 81, 89, 92-102, 117-119, 192, 205, 208, 212, 221, 292, 379, 429, 505

Indépendance

15, 57-59, 65-69, 71-73, 77-78, 80-82, 90, 92-94, 96, 99, 100, 102-110, 115-121, 124, 141, 150-152, 160-161, 164-168, 174-175, 193, 217, 224, 227, 379, 415-416, 450, 476, 574

Infrastructures essentielles

42, 62, 140, 255-258, 285, 291

Injonction

36, 344, 389, 391, 397, 403-404, 413, 531-533

Instruction

49, 102, 107, 155, 165, 229, 429, 431, 435, 508, 543-546, 548, 551-552, 555, 559-560, 565, 568-569

Interconnexion

37, 53, 61, 77, 83, 138, 158-159, 232, 386, 395-396, 434, 439, 518

Intérêt à agir

238, 242, 367, 372-374, 496-497, 499

Intérêt général

24-25, 31, 36, 46, 56, 58, 60-61, 63, 73, 77, 90-92, 100-101, 103-104, 111, 132, 193, 213, 216, 221-222, 251, 255, 272, 281, 286, 296, 308, 310, 319, 328-329, 332, 339, 343-344, 346, 352, 375, 380, 431, 463, 478, 483-485, 501, 505, 508, 521, 524-525, 529-530, 533-536, 539, 540, 543, 567

Intérêt patrimonial

340, 343

J

Juge des référés

430-432, 437-438, 496-497, 509, 525-529, 533, 547

L

Légitimité

59-60, 71, 73, 75, 84-90, 92, 104, 132, 137, 139, 140, 167, 173, 175-176, 203-204, 209, 215, 221-222, 574

Libéralisation

20, 57, 80, 103, 119, 141, 146, 293, 524-525, 529, 535, 568

Liberté contractuelle

30, 380, 392, 395-396, 505, 507, 514

Libertés économiques

25, 27

Licences

62, 77, 177-178, 247-252, 254-255, 258-263, 266, 269-270, 272-274, 276-279, 283-284, 288, 291-294, 298-308, 313, 317, 319, 321, 323-325, 333, 337, 345, 349, 353, 366-367, 420-421, 423, 425-427, 428, 430, 431, 437-438, 535-537, 539, 541-542, 575

-V. aussi : autorisations

Licences de téléphonie mobile

77, 178, 247-252, 254-255, 258-260, 269-270, 272-274, 277-279, 283-284, 288, 291-294, 298, 302, 307, 313, 319, 325, 428, 535-537, 543

M

Marché secondaire

325, 328, 345, 348, 350-352, 375, 377, 441, 571

Méthode d'interprétation

constructive

508, 515-516, 520

Mise en concurrence

15, 46, 61-62, 65, 178, 213, 246-249, 253, 255, 259-261, 263, 272-273, 279, 282-285, 287-296, 298-301, 306, 313-315, 317, 319, 323, 327, 336-337, 346-347, 353-358, 360-361, 364-367, 374-375, 377, 421, 423, 496, 535, 537, 565, 573-575

Modification des parties

356, 359-360, 362-363

Modulation dans les temps

530, 533, 541

N

Négociation

181-182, 196-198, 200, 219, 242

Non-discrimination

159, 212, 239, 304-307, 387, 389-390, 404, 541

Normativité traditionnelle

20, 29

Notice and comment

187, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 215

O

Obligations asymétriques

138-139, 149, 232-233, 236, 368, 447, 449, 451

Occupation privative du domaine public

250-252, 254-255, 282-284, 294, 297, 299, 313, 424

Office du juge administratif

49, 443, 530, 575

Opérateurs économiques

30-31, 38, 40, 46, 51, 58, 60, 71, 83-84, 91-93, 103-104, 107-108, 116, 120-121, 158, 177, 179, 181, 183, 193, 198, 202-203, 208, 215-219, 223-224, 242, 245-246, 260, 274-275, 282, 290-291, 295, 315, 333, 350, 395, 504, 505, 573

Ordre public concurrentiel

26, 27

Ordre public économique

26-27, 381, 395

Outils de régulation, 29, 30, 179

P

Participation

15, 34, 44, 60-61, 65, 82, 124, 141, 146, 177-179, 181-185, 187-195, 198-199, 202-205, 208-209, 211-212, 215-224, 230-232, 235, 237-238, 240-243, 245-246, 283, 300-301, 304, 315, 326, 524, 536, 574

Patrimonialisation

63, 325, 328-330, 333-337, 345, 350

Police économique

24, 26, 55

Politique jurisprudentielle

107, 507-508, 513, 516, 520, 525, 535, 539, 543, 567, 569-570, 575

Politiques publiques

27, 30, 74, 109, 182

Pouvoir réglementaire

15, 30, 35, 43, 52, 59, 69, 74, 77-78, 82, 84, 86, 108, 122-142, 144, 148-151, 153-160, 164, 167-168, 171, 173-174, 176, 198, 228, 317, 331, 384, 398-400, 403-416, 439, 441, 456, 480, 508-517, 519-520, 527, 534

Privilège du préalable

380, 382, 387, 390, 391

Procédé unilatéral

50, 60, 66, 177, 216, 260, 267, 315

Puissance significative sur le marché

232-233, 371, 449, 451, 452

R

Recevabilité, 48-49, 240-242, 264, 396, 414, 445, 455, 462, 464-468, 470, 472-473, 489-492, 495, 500-501, 503, 563, 569

Redevance

141, 171, 227-228, 238-239, 252, 261-263, 267-270, 275, 277-278, 290, 294-304, 306-309, 351, 377, 401, 420, 428-429, 453-454, 458, 531, 538-542, 551

Règlement des différends

37-39, 43, 51, 63, 155, 170, 179, 220, 228-229, 243, 311, 321, 324-325, 379-392, 394-400, 403-417, 421, 435, 437, 439, 441, 455-459, 475, 505, 507, 565, 571, 574, 576

Responsabilité

58-59, 209, 268, 402, 463, 474-481, 503, 547, 562

Ressources rares

15, 56, 62, 246-249, 255, 257-259, 291, 313-315, 317, 325, 327-328, 330-331, 334-335, 338-339, 345, 347-348, 352-353, 356, 364-365, 401, 413, 427, 571

Retrait

270, 321, 341

S

Saisine d'office

100, 102, 404-405

Sanction

30, 37-39, 43, 95-96, 98-99, 101-102, 155, 179, 219, 242-243, 311, 320-321, 352, 379-381, 405, 418-419, 420-423, 426-433, 435-439, 441, 462-463, 466, 472-473, 482, 486, 490, 571, 574, 576

Sécurité juridique

22, 32, 45-46, 168, 366, 413, 422, 426, 458, 492, 534, 555

Service public

25-27, 29, 31-32, 38, 42, 55, 63, 68, 72, 79, 84, 92, 95, 104, 123, 144, 149, 154-155, 251, 271, 289, 297, 307, 309, 317, 330, 332-333, 336-337,

357-359, 363-364, 387, 390, 391, 393,
471, 510, 549

Soumission comparative

261, 263, 271-272, 299, 307-310,
313- 314, 323, 366, 421, 423, 425

Subdélégation de pouvoir

510-513

« Sunshine regulation »

461-464

Système de régulation

28, 39, 63, 176, 224, 271, 439, 576

T

Tarifs

77, 82, 123, 138, 144-146, 149, 233,
258, 331, 369, 390-391, 434, 449,
451, 461, 510, 514-515, 520-521,
525-529, 532-533, 548-551, 553-554,
556-557

Technique contractuelle

33, 51, 247

Tiers

50, 73, 165, 192-193, 219, 242-243,
246, 289-290, 358-359, 365, 367, 405,
434, 455-456, 479, 497, 508, 542-545,
552, 566, 568-569, 575

Transparence

61-62, 118, 140, 159, 185, 199, 202,
204, 208-210, 212-215, 218, 224-226,
238, 263, 271, 279, 288, 290, 292,
347, 356, 387-390, 418, 430, 463,
470, 489, 541

Transport ferroviaire

38, 56, 165, 200, 202, 207, 245, 327,
383, 471

V

Valorisation économique

296

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	17
Section 1. L’objet de l’étude	21
§ 1. La définition retenue de la notion de régulation	22
§ 2. L’identification des actes administratifs unilatéraux de régulation	34
Section 2. L’intérêt de l’étude	44
§ 1. Les questions liées à la sécurité juridique et au contrôle juridictionnel.....	45
§ 2. L’assouplissement du procédé unilatéral	50
§ 3. La spécificité éventuelle des actes administratifs unilatéraux de régulation.....	52
Section 3. La démarche adoptée	55
§ 1. Une méthode inductive	56
§ 2. Un plan d’étude transversal	56
PARTIE I. L’ADOPTION DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX DE RÉGULATION	65
TITRE 1. La compétence d’édition des actes	67
Chapitre 1. La conciliation entre l’indépendance des autorités de régulation et l’exercice de leur compétence d’édition des actes.....	71
Section 1. L’indépendance par rapport au pouvoir exécutif : une entrave éventuelle à l’exercice de la compétence d’édition des actes	72
§ 1. L’attribution d’une compétence administrative à des autorités rompant avec l’administration ordinaire	76
A. Une compétence consubstantielle aux autorités de régulation.....	76
B. Une compétence partagée avec les autorités centrales de l’État	78
§ 2. La légitimité incertaine des autorités de régulation dans l’exercice de leur compétence d’édition des actes administratifs unilatéraux.....	85
A. Un pouvoir illégitime selon la conception classique de la légitimité démocratique..86	

B. Une légitimité fondée sur des considérations matérielles.....	90
Section 2. Des formes d'indépendance au service de l'exercice de la compétence d'édiction des actes.....	92
§ 1. L'indépendance par rapport aux opérateurs économiques.....	93
A. Une condition de l'exercice impartial de la compétence d'édiction des actes	93
B. Une forme d'indépendance imposée par le droit de l'Union européenne	103
§ 2. L'indépendance par rapport au législateur national.....	108
A. Une perspective envisagée par la Cour de justice de l'Union européenne.....	110
B. Le législateur national, autorité réglementaire nationale.....	114
Conclusion du chapitre 1	120
Chapitre 2. L'encadrement du pouvoir réglementaire des autorités de régulation.....	123
Section 1. Une dévolution de pouvoir menée dans le respect de la hiérarchie des normes	126
§ 1. Les limites posées par le principe d'unité du pouvoir réglementaire	127
A. L'unité du pouvoir réglementaire, exigence constitutionnelle.....	127
B. La négation d'une prétendue autonomie du pouvoir réglementaire des autorités de régulation	130
§ 2. Les précisions apportées par le Conseil constitutionnel.....	133
A. Les conditions de dévolution d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation selon le Conseil constitutionnel	135
B. Le caractère « supplétif » du pouvoir réglementaire des autorités de régulation.....	137
Section 2. Un pouvoir répondant à des conditions d'exercice différentes selon le secteur concerné.....	141
§ 1. Un pouvoir en principe soumis à homologation ministérielle	142
A. La notion d'homologation.....	142
1. Les différents objets éventuels de l'homologation administrative.....	143
2. La distinction de l'homologation administrative par rapport aux notions voisines	147
B. Les effets de l'homologation ministérielle des actes réglementaires de régulation.	148

1. L'étendue du contrôle ministériel.....	150
2. Les conséquences contentieuses de l'homologation	152
§ 2. Le pouvoir réglementaire de la CRE, un pouvoir échappant à l'homologation ministérielle.....	153
A. La constitutionnalité de la non-soumission des actes réglementaires de la CRE à homologation ministérielle	154
B. La perspective de suppression de l'homologation en matière de régulation	160
1. Une mise en cause par le droit de l'Union européenne	160
a. L'impossible rattachement de l'homologation à l'identité constitutionnelle de la France.....	160
b. Les points de tension entre l'homologation et le droit de l'Union européenne	164
α. L'homologation ministérielle, obstacle éventuel à l'indépendance des autorités de régulation	164
β. L'homologation ministérielle, entrave procédurale à l'effectivité du droit de l'Union	166
2. Un maintien conditionné par l'intensification du contrôle ministériel.....	167
Conclusion du chapitre 2	173
Conclusion du titre 1.....	175
TITRE 2. La procédure d'adoption des actes	177
Chapitre 1. La participation des opérateurs à la confection des actes	179
Section 1. Les illustrations de la participation.....	181
§ 1. Les modèles de la participation en droit positif	183
A. L'exemple du droit de l'environnement.....	187
1. L'archétype de la participation du public à l'élaboration des décisions administratives.....	188
2. Une transposition éventuelle aux secteurs régulés.....	192
B. Le modèle américain.....	194
1. La procéduralisation de la participation dans l'ordre juridique des États-Unis... ..	195

2. La mise en place partielle d'une procédure de « notice en comment » en matière de régulation en France	198
a. Une obligation législative de consultation des opérateurs dans le secteur des communications électroniques	199
b. Une pratique courante de consultation des opérateurs dans les autres secteurs régulés	200
§ 2. Les principes directeurs de la participation.....	204
A. Le principe de bonne administration	204
1. Le contenu du principe	205
2. Les effets du principe sur l'activité normative des autorités de régulation	208
B. Le principe de transparence.....	209
1. L'identification du principe dans l'ordre juridique national et européen	209
2. Une interprétation extensive du principe par le juge administratif en matière de régulation.....	213
Section 2. La portée de la participation.....	216
§ 1. Le recul de la technique d'élaboration unilatérale.....	216
A. La consolidation du statut des opérateurs économiques.....	216
1. La participation, modalité d'association des entreprises destinataires de l'acte administratif à son élaboration.....	217
2. La participation, moyen d'extension de l'exigence de contradiction à l'ensemble des opérateurs économiques.....	219
B. Le renforcement de l'efficacité des autorités de régulation.....	222
1. La participation, une modalité de réduction de l'asymétrie d'informations	222
2. La participation, appui à l'exercice des diverses compétences des autorités de régulation.....	224
§ 2. Les effets contentieux de la participation.....	230
A. La coexistence de la participation avec les procédures consultatives ordinaires ...	231
1. Un exemple de la coexistence : la procédure d'imposition des obligations asymétriques aux opérateurs exerçant une puissance significative sur le marché....	232

2. L'impossible substitution de la consultation publique aux procédures consultatives ordinaires en matière de régulation	236
B. L'articulation entre la participation au stade précontentieux et la contestation contentieuse de l'acte concerné.....	238
1. La question de l'intérêt à agir des opérateurs ayant participé à la consultation...	238
2. La participation, mécanisme de garantie de la continuité de la régulation	242
<i>Conclusion du chapitre 1.....</i>	245
Chapitre 2. La mise en concurrence des opérateurs intéressés par l'attribution des autorisations d'accès aux ressources rares	247
Section 1. Une obligation rattachée à différentes sources : l'exemple des licences de téléphonie mobile.....	248
§ 1. Les règles de régulation, source principale de l'obligation	249
A. La nature composite des licences de téléphonie mobile.....	250
1. Des autorisations d'occupation privative du domaine public hertzien	251
a. Une qualification ancrée dans la loi.....	251
b. Les licences de téléphonie mobile, actes dérogatoires au régime des autorisations privatives du domaine public	254
2. Un moyen d'accès au marché.....	255
a. La distinction entre la notion de ressources rares et celle d'infrastructures essentielles.....	255
b. Les licences de téléphonie mobile, autorisations d'accès à des ressources rares .	259
B. Le choix du mode d'attribution des licences de téléphonie mobile, une modalité de régulation du marché.....	260
1. Les enchères, un mécanisme empreint des considérations économiques.....	262
a. Un mécanisme d'attribution libéral.....	262
b. Une conciliation difficile avec le caractère unilatéral des autorisations.....	267
2. La soumission comparative, un processus plus adapté à la fonction de régulation	271
§ 2. Le droit de la concurrence, source indirecte de l'obligation.....	272
A. L'attribution des licences de téléphonie mobile, une activité non-économique...	273

B. L'attribution des licences de téléphonie mobile, une activité confrontée au respect du droit de la concurrence.....	279
Section 2. Une obligation difficilement conciliable avec les règles de la domanialité publique	283
§ 1. Une dérogation à la liberté de l'administration dans la gestion du domaine public	284
A. Une liberté clairement affirmée	285
B. Un encadrement nécessaire	288
§ 2. La mise en concurrence des opérateurs, un moyen permettant la meilleure gestion du domaine public.....	295
A. Un instrument de valorisation du domaine public.....	297
B. Une protection de l'intérêt général garantie à travers le cahier des charges	308
Conclusion du chapitre 2	313
Conclusion du titre 2.....	315
Conclusion de la partie I.....	317
PARTIE II. LA MISE EN ŒUVRE DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX DE RÉGULATION.....	319
TITRE 1. La mise en œuvre des actes par l'administration	323
Chapitre 1. Le régime de mise en œuvre.....	325
Section 1. Le caractère cessible des autorisations d'accès aux ressources rares..	327
§ 1. Un corollaire de la valeur économique des autorisations	329
A. Un contrôle administratif nécessaire sur les projets de cession	331
B. Une patrimonialisation échelonnée en fonction du degré de contrôle de l'administration sur les projets de cession	333
1. Des hypothèses de patrimonialisation maximale	334
2. Une hypothèse de patrimonialisation minimale : le cas des autorisations d'utilisation de fréquences rares.....	336
§ 2. La qualification éventuelle des autorisations d'accès aux ressources rares de « bien » au sens de la ConvEDH.....	339

A. La définition extensive de la notion de « bien » dans la jurisprudence de la CourEDH.....	340
1. Une notion comprenant les intérêts patrimoniaux.....	340
2. Une définition excluant les autorisations administratives	341
B. Une application « par ricochet » de l’article 1 ^{er} du 1 ^{er} protocole additionnel à la ConvEDH aux autorisations à caractère économique	342
Section 2. Les limites à la cession des actes.....	346
§ 1. L’encadrement de la cession par des préoccupations concurrentielles.....	347
A. La finalité de la cession : la création d’un marché secondaire d’autorisations	348
1. Une finalité transversale au sein des marchés régulés	349
2. Les effets du caractère cessible des actes sur le comportement des opérateurs ...	351
B. L’objectif du contrôle administratif sur la cession : mesurer ses effets anticoncurrentiels.....	352
§ 2. L’obstacle éventuel à la cession : assurer la continuité du processus de mise en concurrence	354
A. Une logique empruntée à la cession de contrat.....	355
1. La nécessaire préservation de l’effet utile de la mise en concurrence.....	356
2. L’interdiction de la modification des parties au contrat en droit de l’UE.....	360
B. Une différenciation jurisprudentielle nette en matière de cession des actes d’accès aux ressources rares	364
1. L’inapplication d’un nouveau processus de mise en concurrence aux opérations de rachat emportant cession d’autorisation.....	366
2. La reconnaissance de l’intérêt à agir des tiers concurrents lors de la procédure menée devant les autorités de régulation tenant à l’autorisation de cession.....	367
Conclusion du chapitre 1	377
Chapitre 2. Les outils de mise en œuvre	379
Section 1. Les décisions adoptées en matière de règlement des différends	381
§ 1. Les décisions de règlement des différends, actes de régulation.....	385
A. L’objet des actes : permettre l’accès effectif au réseau.....	386
1. Un accès réalisé grâce à l’application des principes classiques du droit public...	387

2. Un accès facilité par des aménagements apportés au privilège du préalable	390
B. La finalité des actes : assurer l'accès efficace au réseau	392
1. L'approfondissement des obligations du gestionnaire de réseau	392
2. La limitation de la liberté contractuelle des opérateurs économiques	395
§ 2. Le rapprochement entre le pouvoir de règlement des différends des autorités de régulation et leur pouvoir réglementaire.....	398
A. La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au profit des autorités de régulation dans le cadre de leur compétence de règlement des différends	400
B. Le lien entre le pouvoir de règlement des différends et le pouvoir réglementaire « classique » des autorités de régulation.....	406
1. Le pouvoir de règlement des différends, pouvoir concurrent au pouvoir réglementaire supplétif des autorités de régulation	407
a. L'affirmation de l'autonomie des mécanismes	408
b. Les enjeux constitutionnels liés à l'articulation des mécanismes	410
2. Le risque de détournement de procédure.....	414
Section 2. Les décisions adoptées en matière de sanction	418
§ 1. La sanction, conséquence de la non-exécution des autorisations d'accès au marché	421
A. L'abrogation des autorisations à titre de sanction	422
1. Les autorisations d'accès au marché, actes créateurs de droits.....	423
2. L'abrogation des autorisations, sanction du non-respect des obligations y rattachées ou de la législation en vigueur	426
B. Le retrait des autorisations à titre de sanction	428
§ 2. La sanction, acte de régulation.....	433
A. La sanction en matière de régulation, acte non répressif.....	433
B. La sanction en matière de régulation, moyen d'imposition des obligations supplémentaires aux opérateurs	437
Conclusion du chapitre 2	439
Conclusion du titre 1.....	441

TITRE 2. La mise en œuvre des actes par le juge.....	443
Chapitre 1. L’élargissement du champ du contrôle juridictionnel.....	445
Section 1. Une appréciation difficile de la nature juridique des actes employés en matière de régulation	446
§ 1. Une identification complexe du caractère individuel ou réglementaire des actes administratifs unilatéraux de régulation	447
A. Les décisions imposant des obligations asymétriques aux opérateurs puissants : actes individuels	447
B. Le document de référence du réseau : acte réglementaire	453
§ 2. Une distinction obscure entre actes de droit souple et actes de droit dur	459
A. Le droit souple, un droit défini par référence aux outils utilisés dans son cadre ...	459
B. Le rapprochement entre droit souple et droit dur à travers le concept de « sunshine regulation ».....	461
Section 2. L’élargissement du contrôle juridictionnel aux actes de droit souple des autorités de régulation.....	465
§ 1. Une évolution nécessaire	466
A. Une évolution attendue	467
1. La formulation impérative de l’acte contrôlé comme critère de recevabilité du recours.....	467
2. Le lien entre droit souple et droit dur comme critère de recevabilité du recours..	470
B. Une évolution justifiée par les imperfections du système de protection juridictionnelle contre les actes de droit souple	474
1. Un moyen de pallier aux lacunes du recours en responsabilité.....	475
a. Le recours en responsabilité, voie de droit unique avant les arrêts Fairvesta et Numericable.....	475
b. Le recours en responsabilité, voie de droit inefficace	478
2. Une réponse au risque de détournement de procédure	482
a. Le détournement de procédure, une forme de détournement de pouvoir	483
b. Le détournement de procédure, un moyen d’annulation difficile à retenir en matière de régulation	486

§ 2. Une évolution imparfaite	490
A. Un champ d'application matériel imprécis.....	492
B. Un vaste champ d'application personnel.....	496
Conclusion du chapitre 1	503
Chapitre 2. L'adaptation des méthodes de contrôle des actes aux exigences de la régulation.....	505
Section 1. Des acquis méthodologiques importants	508
§ 1. Une extension jurisprudentielle du pouvoir réglementaire des autorités de régulation	509
A. Une extension par subdélégation censurée	510
1. Le cas du renvoi par arrêté.....	510
2. Le cas du renvoi par décret	512
B. Une extension réalisée à travers l'interprétation constructive des textes attributifs de compétence par le juge administratif.....	513
1. La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire s'appuyant directement sur un texte législatif.....	514
2. La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au profit des autorités de régulation en application d'une méthode d'interprétation constructive.....	516
§ 2. Le rattachement de la libéralisation du marché à l'intérêt général	524
A. Par le juge des référés : l'exemple des tarifs réglementés	525
1. L'ouverture du marché à la concurrence, « objectif public » selon le juge des référés du Conseil d'État	526
2. Un « objectif public » justifiant la suspension des mesures attaquées	528
B. Par le juge du fond : l'exemple des actes adoptés en matière de communications électroniques.....	530
1. La protection du fonctionnement concurrentiel du marché, finalité d'intérêt général justifiant la modulation d'une annulation contentieuse dans le temps	530
2. L'ouverture du marché de la téléphonie mobile à quatre opérateurs, un objectif expressément rattaché à l'intérêt général par le Conseil d'État.....	535

Section 2. L'évolution nécessaire des méthodes d'instruction.....	543
§ 1. Un recours indispensable à des tiers pour la compréhension des faits	545
A. L'expertise	545
1. La procédure applicable.....	545
2. L' « office » de l'expert.....	546
B. L'avis technique	548
1. Une première application dans la jurisprudence relative aux troisièmes tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (« TURPE 3 »).....	548
2. Un moyen d'instruction précieux pour l'appréciation de la légalité des actes réglementaires établissant des méthodes de calcul	551
§ 2. Un recours utile à des tiers pour des questions de droit	552
A. La consultation de l'Autorité de la concurrence	554
1. Un mécanisme privilégié par le Conseil d'État dans les affaires étrangères à la régulation.....	554
2. Une seule application en matière de régulation : le cas des tarifs du gaz combustible.....	557
B. L'appel à un « amicus curiae »	559
1. L'office de l' « amicus curiae ».....	560
2. Les effets du recours à un « amicus curiae » dans le cadre du contrôle des actes administratifs unilatéraux de régulation.....	562
<i>Conclusion du chapitre 2</i>	567
<i>Conclusion du titre 2</i>	569
<i>Conclusion de la partie II</i>	571
CONCLUSIONS GÉNÉRALES	573
1. Sur l'acte administratif unilatéral en tant qu'instrument de régulation	573
2. Sur la régulation par voie d'actes administratifs unilatéraux	576
BIBLIOGRAPHIE	579
I. Ouvrages	579
A. Ouvrages généraux	579

B. Ouvrages spécialisés, actes de colloques, mélanges, dictionnaires	581
II. Thèses	583
III. Articles, études, contributions	588
III. Conclusions	607
V. Notes de jurisprudence, chroniques, commentaires, observations	611
IV. Rapports, documentation	621
A. Conseil d'État.....	621
B. Parlement	621
C. Autres	621
<i>INDEX</i>	623
<i>TABLE DES MATIÈRES</i>	631

