

# DOCTRINE

## DROIT ADMINISTRATIF

### Régulation et droit public « continental » Essai d'une approche synthétique

par **Georges DELLIS**

*Professeur Assistant de Droit Public à la Faculté de Droit d'Athènes,  
Docteur en Droit et Habilité de diriger des recherches  
de l'Université Panthéon-Assas, Paris II, ancien référendaire  
à la CJCE*

#### SOMMAIRE

- I. — L'IMPACT DE LA RÉGULATION SUR LES PRINCIPES DU DROIT PUBLIC CONTINENTAL
  - A. — Aspects structurels
  - B. — Aspects normatifs
  - C. — Aspects contentieux
- II. — LE DROIT PUBLIC CONTINENTAL APRÈS RÉFLECTION PAR LA RÉGULATION :  
QUEL AVENIR ?
  - A. — La fin d'un dogmatisme juridique hostile au marché
  - B. — La régulation « à la continentale » et ses distances du néolibéralisme anglo-saxon
  - C. — Un nouveau rôle pour l'État et les pouvoirs publics — un nouveau droit public (non seulement économique)

REVUE DU DROIT PUBLIC - N° 4-2010

Il ne serait pas exagéré de soutenir que certains des développements les plus « cosmogoniques » qui ont eu lieu dans le cadre du droit public depuis les années 1990 vont de pair avec l'utilisation d'une nouvelle terminologie, d'origine anglo-saxonne, celle de la régulation (1). Celle notion est utilisée

---

(1) Le terme « régulation » est expressément utilisé dans la décision du Conseil Constitutionnel qualifiant le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel comme *autorité de régulation* (Cons. const., décision du 18.1.1989, 88/248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*). Quelques années auparavant, le Conseil d'État avait évoqué le même terme (*Études et documents*, 1983, p. 20) pour décrire la mission des autorités administratives indépendantes. Il est vrai que la régulation va de pair avec le phénomène des AAI et la privatisation de certains services publics, deux matières qui ont attiré l'intérêt du droit public à partir des années 1980. La théorie juridique française s'est penchée sur la notion de la régulation à plusieurs reprises et sous plusieurs angles de vue proposant une grande variété d'approches et de définitions : V. à titre non exhaustif, V. Arekian, *Recherches sur la notion de la régulation en droit public français. Le cas des services publics de réseaux*, Thèse en droit, Univ. Lille II, 2003 ; J.-B. Auby, « Régulations et droit administratif », in N. Belloubet-Frier, S. Flogaitis et P. Gonod (dir.), *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles 2004, p. 209 ; S. Barbou Des Places, « Contribution(s) du modèle de concurrence régulatrice à l'analyse des modes et niveaux de régulation », *RFAP*, 2004, p. 37 ; S. Braconnier, « La régulation des services publics », *RFDA*, 2001, p. 43 ; L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ Paris, 2009 ; J.-Y. Chérot, « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », *LPA*, 2002 (10), p. 19 ; J. Chevallier, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, 2001, p. 827 et « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *cette Revue* 1998, p. 660 ; J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998 ; E. Cohen, « De la réglementation à la régulation : histoire d'un concept », *Problèmes économiques*, 2000, p. 1 ; J. Commaille et B. Jobert (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, LGDJ, Paris, 1999 ; B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po, Dalloz, Paris, 2004 ; M.-A. Frison-Roche, « Les différentes définitions de la régulation », *Concurrence et consommation*, 1998, p. 42 ; « Régulation, objet d'une branche du droit », *LPA*, 2002 (110), p. 3 et « Définition du droit de la régulation économique », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 7 ; Y. Gaudemet, « La concurrence des modes et des niveaux de régulation », *RFAP* 2004, p. 13 ; J. Ch. Jobart, « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *Droit prospectif*, 2004 p. 33 ; A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux. Le cas des télécommunications et de l'électricité*, Bruylant, LGDJ, Paris-Bruxelles, 2002 ; D. Linotte et R. Romy, *Droit public économique*, 6<sup>e</sup> éd., LexisNexis, Litec, Paris 2006, p. 413 ; G. Marcou et F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1, Comparaisons et commentaires*, L'Harmattan, Paris 2005 ; M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, Paris, 1995 ; F. Moderne et G. Marcou (dir.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, L'Harmattan, Paris, 2001, F. Moderne, « Les usages de la notion de « régulation » dans le droit positif et la doctrine juridique des États de l'Union Européenne », in Marcou et Moderne, *op. cit.* p. 71 ; G. Timsit, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, 1996, p. 375 ;

— au début, d'une manière incertaine et souvent abusive — pour décrire les positions modernistes sur l'économie, le droit et les fonctions étatiques. De nos jours, le choix d'expressions comme « État-régulateur », fonction et modèle « régulateur (2) » ou « autorités de régulation » correspond à un contenu sémantique de plus en plus concret sur la *méthode* et les *limites* de l'intervention publique sur les rapports sociaux. L'usage de ces notions détermine *qui, où, quand, comment, si et pourquoi* intervient verticalement sur l'économie. Dans les secteurs des services à haute valeur sociale — qu'on les définisse comme services publics comme les Français, *common carriers* ou *utilities* comme les anglo-saxons, *Daseinvorsorge* comme les Allemands, *services d'intérêt économique général (SGEI)* comme le droit communautaire, ou services d'utilité publique, peu importe le terme régulation identifie un *système* quasi complet ; un *modèle organisationnel* avec des caractéristiques précises et des règles spécifiques qui, en Europe, sont incluses dans des textes du droit communautaire dérivé pour chacune des activités sous régulation (3).

Ce « *paradigme* » de la régulation comporte deux traits fondamentaux quant à la *mission* qu'il poursuit et aux *moyens* qu'il utilise. D'une part, la régulation vise à l'organisation des autorités concernées dans un environnement concurrentiel (4). Contrairement au traitement traditionnel des services d'utilité publique par l'État, qui a eu comme conséquence leur organisation hors marché pendant plus d'un siècle, la régulation est « orientée vers le marché » (*market oriented*). Pour le dire autrement, en utilisant une terminologie provenant de l'ancien Grec, la régulation a comme centre (κέντρον) le marché (Αγορά) lui-même ; elle est « agoracentrique » et non pas phobique vis-à-vis le marché, « agoraphobe » (5), comme le fut jadis l'interventionnisme étatique. D'autre

---

*Archipel de la norme*, PUF, Paris, 1997, p. 215 et « Régulation et théorie du droit », in Marcou et Moderne, *op. cit.*, p. 249 ; J. Vandamme et F. Van der Mensbrugge (dir.), *La régulation des services publics en Europe*, Éditions ASPE/Europe, Paris, 1998.

(2) M. Miaille, « La régulation et le pouvoir politique », Université de Montpellier I, *Working Paper No. 31*, Barcelona 1991, G. Timsit, « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP* 2004/1, p. 5.

(3) Comme, récemment, les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE établissant les règles communes pour les marchés de l'électricité et du gaz naturel.

(4) Cet aspect sémantique du terme « régulation » semble être devenu le plus évident et le plus fréquemment évoqué par la théorie. V. Du Marais, *op. cit.*, 2004, p. 3 ; FRISON-ROCHE, *op. cit.*, 2004, p. 13 ; Linotte et Romy, *op. cit.*, 2006, p. 413 ; Marcou et Moderne, *op. cit.*, 2005, p. 71.

(5) Il va de soi que ce terme connu de la psychiatrie est ici utilisé dans un autre contexte et dans un autre sens, qui n'est pourtant pas si différent : comme la personne agoraphobe exprime une crainte déraisonnable quand elle se trouve en compagnie de plusieurs personnes, ainsi l'État « agoraphobe » démontre une réticence non justifiée vis-à-vis la prestation d'un service public par plusieurs opérateurs mis en situation concurrentielle.

part, elle présente un caractère pluridisciplinaire et ne se limite pas aux moyens juridiques des polices administratives spéciales (6). La régulation est pluridimensionnelle et multiforme par nature ; elle est la résultante d'approches et d'outils, parmi lesquels, ceux provenant du droit ne sont pas toujours les plus importants.

La prédominance de ce paradigme semble remettre en cause certaines constantes du droit public continental. Ce dernier repose historiquement sur deux principes fondamentaux et sur deux pyramides : d'une part, les principes de l'état de droit et de la séparation formelle des pouvoirs ; d'autre part, l'organisation pyramidale des règles juridiques et des services administratifs. Le droit public traditionnel consiste en la combinaison des théories de *Carré de Malberg* sur la tripartition du pouvoir unique de l'État-nation, de *Kelsen* sur l'autorité de la règle juridique et de *Max Weber* sur l'organisation bureaucratique de l'administration publique. Désormais, le « droit de la régulation » relativise la division tripartite du pouvoir public et le monopole de l'autorité de l'État. Il affecte également les pyramides kelsenienne/normative et weberienne/administrative. Il correspond à une « autre » conception de l'état de droit qui ne s'identifie pas aux acceptions traditionnelles sur les deux composants de ce terme, l'État et le Droit. Il constitue un champ, au sein duquel reculent les éléments nationaux par l'emprunt ou le ré-emprunt d'éléments juridiques à plusieurs ordres. C'est le fruit d'une « américanisation » souple, d'une « européisation » accrue et d'une « universalisation » prospective des règles et des institutions juridiques.

Quel est alors le degré de réfection du droit public continental du fait de l'influence de la régulation (II) ? Avant de tenter de répondre à cette question, il convient d'examiner les différents aspects de la régulation, de mesurer la distance qui les sépare des thèses classiques du droit public continental et d'évaluer la façon dont ils ont pu influencer celles-ci (I).

#### I. — L'IMPACT DE LA RÉGULATION SUR LES PRINCIPES DU DROIT PUBLIC CONTINENTAL

L'apport du paradigme de la régulation sur les données traditionnelles du droit public continental est visible de trois points de vue : d'un point de vue structurel/organisationnel (A), normatif (B) et contentieux (C).

##### A. — *Aspects structurels*

Même ceux des publicistes qui ne s'intéressent pas particulièrement au contenu spécifique du droit de la régulation, ne peuvent pas ignorer les

---

(6) Gaudemet, *op.cit.*, 2004, p. 14 ; P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris 1998, p. 427.

conséquences d'ordre systémique et structurel du modèle en question sur les mécanismes de l'administration publique et, par extension, sur l'architecture de l'État lui-même.

Il s'agit avant tout de *la personne du régulateur : le modèle de l'autorité administrative indépendante* s'avère être universellement reconnu comme la forme organisationnelle par excellence d'exercice de la fonction régulatrice (7). Ces autorités apparaissent et s'établissent au sein des systèmes du droit public continental en parallèle avec la domination de la méthode de régulation comme modèle d'organisation des services publics, de telle sorte que ces deux phénomènes semblent être intrinsèquement liés. Il s'agit d'institutions dont le rôle ne s'épuise pas en la simple application d'impératifs provenant du législateur. Leurs pouvoirs sont aussi étendus que l'est par nature la fonction de réguler. Les autorités indépendantes de régulation tracent une stratégie, une politique pour l'avenir de l'activité en question ; elles produisent en partie le droit de la régulation, même quand elles ne sont pas dotées d'un pouvoir normatif direct (8) ; elles exercent la supervision quotidienne de l'activité régulée, non seulement par la délivrance de permis ou autres autorisations, mais par l'utilisation des pouvoirs d'inspection et d'investigation les plus étendus qui ont jamais été attribués à des organes administratifs sans contrôle juridictionnel préalable ; elles infligent des sanctions qui, malgré leur nature extrajuridictionnelle, sont plus lourdes que la grande majorité des peines que prévoit le Code pénal ; elles interviennent en tant qu'arbitres dans des rapports juridiques de nature purement privée ; et la liste n'est pas exhaustive.

Leur activité dépasse ainsi le cadre de l'« administration » et de la « police administrative » et participe à une « *fonction hyper-administrative* », clairement plus étendue et pluridimensionnelle, qui envahit des domaines appartenant jadis aux fonctions gouvernementale, législative et juridictionnelle. Cette « dilatation » de la conception traditionnelle sur les limites fonctionnelles de l'administration va de pair avec les questions que pose la transplantation des autorités de régulation aux systèmes continentaux : la concentration de tels pouvoirs à la personne du régulateur ne paraît pas, de prime abord au moins, en harmonie avec le principe de séparation des pouvoirs, sur lequel ces systèmes ont été fondés ; elle renvoie à des formes d'organisation plus souples comme celles du droit anglo-saxon.

---

(7) Les états-membres de l'Union Européenne, dans leur grande majorité, organisent les régulateurs des services libéralisés en la forme d'autorités administratives indépendantes. Dans le secteur de l'énergie, à titre indicatif, ceci vaut pour l'Autriche (*Energie Control Kommission*), l'Allemagne (*Bundesnetzagentur*), la France (Autorité de Régulation de l'Énergie), l'Italie (*Autorità per l'energia elettrica e il gas*), la Grande Bretagne (*Office of Gas and Electricity Markets-OfGEM, Gas and Electricity Markets Authority*), l'Espagne (*Comision Nacional de Energia*) et Grèce (*Rythmistiki arhi energias*) et la Grèce.

(8) Par l'intermédiaire de textes de *soft law*.

Par ailleurs, l'attribution de la fonction régulatrice à des organes indépendants renvoie à *une lecture différente et en partie contestée (et contestable) du principe démocratique* (3). Le pouvoir public est concédé à des institutions inspirées par une logique technocratique. Leur dépendance du peuple souverain s'affaiblit dès lors que ces institutions ne sont pas systématiquement soumises aux formes classiques de contrôle administratif et politique/parlementaire. Il existe donc un déficit de légitimité démocratique, au moins selon la définition dominante et formelle de cette notion. Ce déficit est comblé — au moins le soutient-on — par une autre forme de légitimation, qu'il convient d'appeler « qualitative » ou « technocratique ». Cette légitimation agit *a posteriori*, sur la base des résultats de l'action du régulateur : les choix de celui-ci sont acceptés (légitimés), socialement et juridiquement, s'ils résolvent « mieux » les questions touchant à l'opération des services publics sous régulation. Il va de soi qu'accepter cette forme de légitimité comme alternative de la démocratie représentative n'est pas à l'abri de la critique. En plus, la toute-puissance du régulateur augmente les risques d'arbitraire et l'apparition de nouvelles formes d'interventionnisme excessif.

Malgré ces risques, rejeter complètement le modèle des régulateurs sectoriels ou multi-sectoriels équivaldrait à nier la réalité même. Le modèle de l'autorité indépendante de régulation s'avère inséparablement lié au phénomène même de la régulation et aux développements supra-étatiques du droit public. Il constitue la meilleure — ou la moins mauvaise — solution organisationnelle pour poursuivre les objectifs « agoracentriques ». En dépit des questions d'ordre constitutionnel qu'elle pose, la régulation par le biais d'autorités indépendantes n'est pas contraire *per se* à l'idée de la démocratie. Elle promeut l'action concertée des opérateurs publics et privés, elle renforce les voies de communication avec les forces sociales et retourne à la société civile certains pouvoirs décisionnels. De ce point de vue, *elle constitue une manifestation de la démocratie participative dans les rapports économiques*.

Il est néanmoins impératif de *redéfinir les contrepoids institutionnels et juridiques* vis-à-vis l'action des autorités indépendantes de régulation, en renforçant leur contrôle par les organes à haute légitimation politico-démocratique et en établissant les garanties procédurales et contentieuses appropriées en faveur des personnes régulées. En plus, il est nécessaire de rechercher *l'architecture optimale de régulation* pour chaque activité ; la variété des réponses qui sont données et la périodicité par laquelle ces réponses sont révisées, montrent qu'un modèle organisationnel idéal pour les autorités de régulation — s'il en existe un — est toujours à construire (10).

(9) V. M. Lombard, *Régulation Économique et Démocratie*, Dalloz-Sirey, Paris, 2006 et *La régulation dans un État de droit*, in M.-A. Frison-Roche (dir.) *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris 2004, p. 205.

(10) En Grande Bretagne, les régulateurs sectoriels pour les communications électroniques et la radiotélévision ont été fusionnés en 2002 par la création de l'*Office of*

## B. — *Aspects normatifs*

Sur le plan normatif, le phénomène de la régulation contribue à l'enrichissement, à l'évolution mais également, à la contestation du droit public continental, et cela de deux façons : en premier, dans le cadre du droit administratif *général* et particulièrement, par rapport au régime des actes administratifs et de la procédure administrative (a) ; en second, dans le cadre du droit administratif *spécial* — le droit public économique, par excellence — par rapport aux règles qui régissent l'interventionnisme étatique (b).

### 1. *La régulation, et le régime des actes et des procédures*

L'établissement des autorités indépendantes de régulation a fait évoluer, non seulement l'aspect structurel du droit public, mais également le régime juridique des actes émis par le régulateur et des procédures par lesquelles celui-ci prend ses décisions.

L'examen des caractéristiques et du régime juridique des *actes de la régulation (actes régulateurs) lato sensu* — c'est-à-dire, des actes par lesquels le régulateur exerce ses fonctions sur une activité spécifique — révèle d'importantes divergences par rapport à la théorie dominante du droit administratif général. En raison de la nature particulière de la fonction régulatrice — fonction qui dépasse, certes, les aspects classiques de l'action administrative (police, prestation, concertation) mais qui emprunte des éléments de tous ces aspects — l'acte de régulation devient *multiforme*. La typologie des actes de régulation ne peut donc pas être prédéterminée et leur caractère contraignant est variable, puisqu'ils constituent l'amalgame d'obligations, de motivations et de solutions consensuelles. Une chose est certaine : ces actes n'empruntent pas nécessairement les formes classiques de la règle juridique ou de l'acte administratif exécutoire et remettent en cause les définitions doctrinales classiques de ces deux notions-clés du droit public.

En premier, il convient de remarquer que le régime de la régulation ne résulte pas exclusivement des directives communautaires, lois du parlement national ou autres actes réglementaires qui s'appliquent sur une activité spécifique ; ce cadre normatif est, par définition, incomplet en raison de la *complexité*

---

*Communications.* En Allemagne, les régulateurs pour l'énergie, les télécommunications, la poste et les trains ont donné leur place à une institution plurisectorielle, la *Bundesnetzagentur* en 2005. En Grèce, l'organisation du Conseil de la Concurrence a changé par quatre fois les quinze dernières années. En France, des changements importants ont été apportés à plusieurs reprises aux régulateurs de l'énergie, des communications électroniques et de l'audiovisuel. Par ailleurs, l'organisation de la régulation au sein de chaque secteur présente de très grandes différences par rapport à la forme externe du régulateur, l'étendue de ses compétences, le traitement contentieux de ses actes, etc.

et de la *mutabilité* des matières à réguler. Il est complété par des textes de *soft law*, d'autres formes de *régulation informelle* (11) ou par la *pratique* même du régulateur. En conséquence, la fonction de réguler comporte une *normativité informelle, inhérente et étendue* qui complète les pouvoirs réglementaires classiques — souvent limités et insuffisants — qui sont attribués au régulateur. Ces modes informels pour introduire des obligations-incitations d'ordre général et dont la force juridique est encore incertaine, ne sont pas compatibles avec la conception formaliste traditionnelle des principes de légalité et de l'état de droit. Il appartient alors au juriste de rechercher les moyens appropriés pour intégrer cette forme... informelle de régulation normative, dont l'importance est incontestable, dans les systèmes nationaux de droit public (12).

En second lieu, le phénomène de la régulation affecte une autre proposition fondamentale du droit public, conformément à laquelle, l'émission d'actes administratifs de nature « exécutoire » constitue le mode principal d'action administrative. Les régulateurs recourent souvent à des initiatives qui n'entrent pas dans la catégorie des actes administratifs exécutoires, au moins selon la définition dominante de cette notion : ils publient des annonces, des incitations ou des positions communes, échangent des lettres avec les prestataires du service, organisent des débats etc. S'impose alors une nouvelle et plus extensive conception de la nature « exécutoire » des actes administratifs de régulation, afin qu'une brèche ne soit pas créée quant au traitement juridique de l'action du régulateur ; sinon, ce dernier aura intérêt à choisir des formes d'action n'entrant pas dans la définition classique pour l'acte administratif, afin d'éviter ou de rendre plus difficile leur contrôle juridique, ce dernier étant historiquement identifié au contrôle des actes administratifs « exécutoires ».

Par ailleurs, la régulation provoque une *osmose* entre plusieurs catégories d'actes juridiques, sur la séparation desquels insiste traditionnellement la théorie du droit administratif. Elle relativise l'importance de la distinction entre actes individuels et réglementaires, actes favorables et défavorables, voire celle entre acte unilatéral et contractuel, puisque ces formes juridiques sont souvent *substituables* quant à la poursuite du même objectif de régulation (13). Cette nouvelle situation, certes ambiguë encore, fait apparaître la

---

(11) Qu'on pourrait intégrer aux « actions administratives informelles » selon la définition donnée par Yves Gaudemet (« Les actions administratives informelles », *RIDC*, 1994.645).

(12) En ce qui concerne la place du « droit/régulation » au sein d'un système qui est habitué à identifier la norme juridique au « droit/réglementation », v. Chevallier, *op. cit.*, 1998 et 2001 ; Timsit, *op. cit.*, 1997 et 2005.

(13) La compétence régulatrice qui consiste en la gestion du réseau national pour le transport du gaz naturel peut être exercée, alternativement ou cumulativement, par l'émission d'actes réglementaires (codes), l'attribution de licences, la passation de contrats entre le gestionnaire et les utilisateurs, l'imposition de sanctions ou la résolution de différends.

nécessité suivante : celle, d'établir *un régime juridique en partie commun pour l'action de régulation, indépendamment des caractéristiques formelles particulières qui lui sont attribuées par le régulateur*. Sinon, les choix de ce dernier quant à la forme de l'acte de régulation changeraient considérablement le régime juridique applicable et l'étendue des garanties juridiques accordées aux administrés affectés par cet acte (14).

Ce besoin d'homogénéiser et de préciser le régime spécial de l'action régulatrice semble avoir été en partie satisfait dans le contexte de la *procédure de régulation*. Quoique les règles du droit administratif général soient en principe applicables au titre de cette procédure, d'importantes différences méritent d'être signalées. Tout d'abord, le droit de participer à la procédure de régulation est considérablement étendu ; tandis que le droit administratif général comprend cette participation surtout comme une forme d'audition préalable et cette dernière comme une garantie de nature individuelle, le droit de la régulation donne à la participation un aspect objectif et collectif. En prenant la forme de la *consultation* — procédure introduite en droit continental comme corollaire du modèle de la régulation — la participation se rattache à la transparence et à l'efficacité de l'action du régulateur. En plus, l'obligation du régulateur de motiver ses actes devient une règle presque sans exception, même quand il s'agit de mesures de portée générale. La conception du droit administratif traditionnel, selon laquelle les actes réglementaires n'ont pas à être motivés, est remise en cause ; le régulateur est appelé à prouver la *qualité* et l'*efficacité* des mesures qu'il adopte (15). Enfin, quand la régulation est susceptible d'aboutir à des mesures particulièrement défavorables, voire punitives, la procédure de régulation signifie sa « *juridictionnalisation* ». Une procédure administrative quasi-juridictionnelle s'applique en droit national et communautaire dans le cadre des sanctions infligées par les autorités de régulation ; ce *ius commune répressif de la régulation* (16) est en grande partie inspiré par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et met l'accent sur le respect des droits de la défense et sur l'impartialité « structurelle » du régulateur (17).

---

(14) Par exemple, la garantie de l'audition préalable ne doit pas être respectée avant l'émission d'un acte réglementaire. De même, le régime juridique et contentieux pour la concession d'un service public par voie contractuelle et bien différent de celui qui doit être respecté si le régulateur prend des actes administratifs unilatéraux sous forme de licences.

(15) V. *Infra*.

(16) V. G. Dellis, « *Droit pénal et droit administratif* », LGDJ 1997.

(17) Le juge français est très sensible quant au respect du principe de l'impartialité comme ce dernier est appliqué par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (p. ex., dans l'affaire Procola/Luxembourg, jugement du 28.9.1995, Serie A 326) dans le contexte des compétences punitives des régulateurs. V. CE Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, GAJA 13<sup>e</sup> éd., n° 112, CE ass., 26 février 2000, *Sté Labor Metal*, AJDA 2000.404, CE, 6 avril 2001, *Entreprise Razel Frères*, AJDA 2001.453, CE, 7 juillet

## 2. La régulation, et les règles et principes du droit économique

Les règles de la régulation, qu'elles visent à créer un marché compétitif pour la prestation des services publics ou à garantir la couverture appropriée des besoins sociaux, tendent à former un *ius commune*. Ce *droit commun de la régulation* a, de première vue, un caractère sectoriel et concerne certaines activités d'utilité publique (énergie, communications électroniques, postes, transports, audiovisuel). Pourtant, il est possible de transposer sa problématique à toute activité sous libéralisation de même qu'à d'autres secteurs de l'action économique. Les pierres angulaires de ce régime sont, *le respect de la libre compétence*, d'une part, et *la protection des droits du destinataire des services régulés et de la société en général*, d'autre part.

Les règles qui concernent les caractéristiques économiques d'un service régulé — celles que les anglo-saxons appellent « régulation économique » pour la distinguer de la « régulation sociale », bien que cette séparation soit souvent artificielle (18) — sont essentiellement différentes de celles du droit public économique traditionnel : elles visent à créer, dans la mesure du possible, des conditions de marché libre pour la prestation du service régulé. Le noyau dur de cette approche « agoracentrique » n'est autre que la notion même de libre concurrence. Les règles économiques de la régulation sont en très grande partie, *un amalgame d'un droit général et d'un droit spécial de la concurrence*. Ces deux régimes correspondent, plus ou moins, aux deux phases de l'évolution des activités libéralisées : d'une part, les règles spéciales de la concurrence s'appliquent *ex ante* (19) pour assurer la *création* d'un marché (20) et l'*accès* à l'activité régulée ; d'autre part, les règles générales de la concurrence concernent le *fonctionnement* d'un marché déjà créé. Néanmoins, le droit de la régulation n'est pas une simple addition de règles spécifiques ; il marque, avant tout, *l'adhésion du droit public à une logique économique* par l'intermédiaire du concept de la concurrence, adhésion qui, en termes juridiques, prend la forme du *principe général de respecter la libre concurrence*. Ce principe dépasse le caractère incomplet et fragmentaire des dispositions du droit « privé » de la concurrence (interdiction des ententes et

---

2004, *Legris*, DA 2004.comm. 168, CA Paris, 27 juin 2000, *France Télécom c/Soc Télécom développement*, Cass., 9 octobre 2001, *Sté Unibéton*.

(18) Comme dans le cas du régime pour le financement du service universel ; ce régime concerne tant l'aspect économique que l'aspect social de la régulation v. *infra*.

(19) Les règles spéciales ont un caractère *prospectif* : elles reposent, d'une part, aux perspectives d'évolution du marché et non pas à sa situation existante, et d'autre part à une conception « préfabriquée » du régulateur sur la concurrence effective pour l'activité régulée. Par ailleurs elles semblent avoir un caractère *transitoire* au moins en partie ; tant l'objectif de la création d'un marché ouvert est atteint, tant diminue le besoin d'appliquer des règles économiques spéciales.

(20) Par l'abolition des droits exclusifs et spéciaux qui étaient accordés au niveau national pendant la période « agoraphobe » de l'organisation du service en question.

de l'abus de position dominante) et doit être respecté, *ratione personae*, non seulement par les opérateurs économiques mais également, par le régulateur et les autres autorités publiques. Il ne rattache pas la protection de la concurrence aux aspirations individualistes du libéralisme mais *au marché en tant qu'institution d'intérêt public*. L'apparition d'un principe général avec un tel contenu, tant au niveau national (21) qu'au niveau communautaire (22), constitue une vraie révolution pour le droit public économique.

Toutefois, la régulation ne s'intéresse pas exclusivement à la protection de la concurrence mais comporte également des règles à caractère principalement social. Ces règles résultent de l'obligation fondamentale de l'État de garantir la satisfaction des besoins sociaux. Conformément à cette obligation, les pouvoirs publics doivent assurer que l'exercice des activités d'utilité publique soit conforme à l'intérêt général qui n'est autre que l'intérêt de la communauté sociale dans son ensemble. La régulation sociale tourne alors autour de la notion-clé du *service universel*, telle que celle-ci a été formulée par le droit communautaire et incorporée aux ordres internes. Cette notion, dans sa définition la plus extensive, signe l'évolution des lois françaises du service public dans un environnement juridique plus « agoracentrique ». Malgré la critique exprimée surtout en France (23), à savoir que les garanties du service universel

---

(21) La doctrine et la jurisprudence françaises sont les premières à avoir évoqué un principe général imposant le respect de la libre concurrence. V. à titre indicatif, CE Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, Rec. 406, concl. Stahl, *AJDA*, 1997, p. 945, *AJDA* 1998, p. 247, CE sect., 22 octobre 2000, *Société L & P Publicité*, *RFDA* 2001, p. 872, CE, 5 mars 2003, *Immaldi et Cie*, CE, 30 juillet 2003, *Caen Distribution* et CE, 17 décembre 2003, *Commune de Nanterre*, *AJDA* 2004, p. 1508, et M. Bazex, « Le droit public de la concurrence », *RFDA* 1998, p. 781 ; Du Marais, *op. cit.* ; D. Linotte, « Existe-t-il un principe général de la libre concurrence ? », *AJDA*, 2005 p. 1549 ; S. Nicinski, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », *AJDA* 2004, p. 751. Plus récemment, le tribunal constitutionnel allemand a suivi une problématique similaire pour juger contraire à la Constitution, la réglementation sur l'interdiction de fumer dans les restaurants : le juge allemand a considéré que ce régime impose une charge disproportionnée aux propriétaires de petits restaurants tandis qu'il attribue un avantage concurrentiel aux grands restaurants qui disposent de l'espace nécessaire pour créer des coins fumeurs (BVerfG, jugement du 30.6.2008, point 145, 1 BvR 3262/07). Sur le principe général de la concurrence dans le cadre de la régulation publique en Italie, v. A. Argentati (dir), *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Giappichelli Editore, Torino 2009.

(22) Dans le cadre du droit communautaire, l'imposition aux états-membres d'un devoir fondamental de respecter la libre concurrence émane directement du Traité CE (art. 4, 10, 31, 86 et 87 et seq. du Traité, après Lisbonne, art. 3, 101, 102, 106 et 107 du TFUE). Selon la CJCE, ces dispositions constituent une simple application spéciale de principes généraux qui lient les états-membres : CJCE arrêt du 16 novembre 1977, aff. 13/77, *SA G.B.-Inno-BM*, Rec.1977 p. 2115.

(23) V. par excellence, Conseil d'État (1984), *Rapport Public, Le service public*, *EDCE*, Paris 1984, p. 115.

ne suffisent pas pour suppléer la fonction protectrice du régime traditionnel des services publics, l'avenir s'annonce moins obscur. Au lieu d'un déficit, il convient de créditer le service universel d'une « valeur ajoutée ». Par le biais de cette notion, le destinataire des services d'utilité publique devient porteur de droits spécifiques relatifs à la qualité du service prêté (24) ; en outre, les obligations du service universel offrent aux classes sociales les plus défavorisées une protection beaucoup plus concrète qu'auparavant. Cette protection est enrichie, en dehors du service universel, par des garanties additionnelles pour les utilisateurs ; il convient de citer, à titre indicatif, leur participation à des procédures de consultation ou de résolution de différends et l'indemnisation des utilisateurs en cas de prestation défectueuse du service. Il importe alors de se poser la question de savoir si ces nouvelles garanties de régulation sociale conduisent à l'apparition d'un *droit général d'accéder à et de bénéficier des services d'utilité publique*, droit d'origine en partie communautaire (25) et de nature peut-être constitutionnelle dans certains systèmes de droit.

On constate, donc, que malgré le caractère apparemment contradictoire et conflictuel entre marché et utilité publique d'une part et entre régulation économique et régulation sociale d'autre part, la régulation, en tant que système général d'intervention publique, vise à la *combinaison optimale* des composantes de ces deux couples : les dispositions qui ont pour but de libéraliser l'exercice de l'activité régulée doivent intégrer des objectifs sociaux, tandis que ces derniers ne doivent pas être poursuivis par des mesures qui affectent au-delà du nécessaire, l'environnement concurrentiel de l'activité en question. Par ailleurs, les deux volets du droit substantiel de la régulation sont régis

---

(24) Certains auteurs font allusion à un droit qui consiste en une prestation de qualité des services d'utilité commune : M. Voisset, « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *RFDA* 1999, p. 743 ; M. Burgi, « Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht », *DVBl* 2006, p. 269.

(25) L'article 36 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne (2000/C 364/01), prévoit l'« accès aux services d'intérêt économique général » comme une des garanties qui composent la notion de la « Solidarité » (chapitre IV de la Charte) en Europe : De Schutter, « Le droit d'accès aux services d'intérêt économique général comme instrument de promotion des droits sociaux dans le cadre du marché intérieur », in J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Éditions ASPE/Europe, Paris 2003 p. 62, Sur les rapports entre le régime des services d'intérêt général et la citoyenneté européenne, v. G. Amato, *Citizenship and Public Services. Some General Reflexions*, in M. Freedland et S. Sciarra (dir.), *Public Services and Citizenship in European Law-Public and Labour Law Perspectives*, Oxford University Press, Oxford 1998, p. 145 ; T. Prosser, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press, Oxford 2005, p. 28, *ibid.*, « Regulation and Social Solidarity », *Journal of Law and Society* 2006, p. 364. V. également l'arrêt de la CEDH du 9.5.1990, *Van Volssem*, aff. 14641/89.

par certains principes généraux communs ; la régulation, indépendamment de sa connotation économique ou sociale, doit *promouvoir l'accès au service régulé, tant des opérateurs économiques que des utilisateurs, dans des conditions d'égalité, d'objectivité, d'impartialité et de transparence.*

Pour atteindre ces objectifs, le droit de la régulation met en place un contrôle spécial sur le coût, le prix et les caractéristiques, tant des services prêtés aux utilisateurs que des obligations d'utilité publique imposées aux prestataires de ces services. Ce contrôle est plutôt économique/ontologique que juridique/déontologique, dans le sens qu'il met l'accent sur la *situation réelle* de l'activité régulée (structure du marché, caractéristiques techniques, besoins sociaux quantifiés) ; il vise à assurer la qualité des services régulés mais également l'*efficacité* de la régulation elle-même. *L'efficacité devient alors un paramètre pour apprécier la légalité de l'action de régulation*, par le biais de méthodes interdisciplinaires permettant l'évaluation des conséquences et du rapport coûts-avantages de cette action. Par l'application d'un tel *principe d'efficacité*, il devient donc possible d'examiner juridiquement la capacité du régulateur d'atteindre les objectifs sociaux ou économiques de la régulation et les conséquences de celle-ci sur les intérêts des entreprises ou des consommateurs ainsi que sur l'intérêt public. La transformation de l'efficacité en principe juridique pour contrôler *in fine* si l'autorité publique en charge de la régulation a fait bon usage de ses pouvoirs, constitue une nouveauté de la théorie de la régulation apportée au droit public continental.

### C. — Aspects contentieux

Il convient enfin d'étudier les conséquences du modèle de la régulation au regard du contentieux. Malgré l'eupéanisation du droit de la régulation, les litiges issus de son application — qu'on peut définir comme *litiges-régulation* ou « *régulateurs* » (26)-sont dans leur grande majorité résolus par le juge national sur la base du régime contentieux du droit interne. Ce contrôle n'est ni sans problème, ni sans ambiguïtés.

Tout d'abord, il importe de signaler que *le paradigme de la régulation relativise la séparation entre fonction administrative (de régulation) et fonction juridictionnelle* au sein de l'ordre juridique pour deux raisons principales : d'une part, en raison du cumul de compétences administratives et quasi juridictionnelles (relatives à la résolution de différends) au niveau du régulateur ; d'autre part, en raison du fait que la solution des litiges nés de l'action du régulateur affecte également la régulation du service en question et s'intègre à

---

(26) Litiges de régulation au sens strict du terme sont ceux qui mettent en contestation la légalité des actes ou omissions du régulateur. *Lato sensu*, cette catégorie de litiges comporte toute affaire, de nature administrative, civile ou pénale, portée devant les tribunaux, qui affecte la fonction de la régulation.

la fonction régulatrice *lato sensu*. Face à cette situation d'immixtion réciproque, chaque ordre juridique est appelé à choisir entre deux positions stratégiques contradictoires : soit considérer le contrôle juridictionnel de la régulation par les tribunaux « ordinaires » comme superfétatoire en vue des garanties accrues d'impartialité que présentent les autorités de régulation, soit considérer ce contrôle indispensable, en raison du risque d'abus des vastes compétences attribuées au régulateur. Si le droit britannique a adopté la première alternative, en établissant des instances « hybrides » pour la solution des litiges nés par l'action des autorités de régulation (27), les systèmes du droit continental semblent pencher vers la seconde solution.

En second lieu, les systèmes contentieux qui reposent sur un modèle de deux ou plusieurs ordres de juridictions, doivent faire face aux problèmes sérieux que crée l'*enchevêtrement inévitable des compétences des juridictions civile et administrative dans le contexte des litiges en question*. Du point de vue théorique, la compétence de contrôler l'action des autorités de régulation appartient aux tribunaux administratifs en raison de la nature administrative des litiges en question qui concernent la légalité des actes du régulateur. Néanmoins, cette compétence ne peut pas être exclusive en raison de la *nature mixte* — publique et privée — des litiges en question : souvent, les rapports juridiques verticaux entre régulateur et personnes régulées affectent les rapports horizontaux entre ces personnes, dont le traitement appartient en principe aux tribunaux civils ; dans certains cas même — quand le régulateur agit en tant qu'arbitre, par exemple — l'acte de régulation ne vise pas à poursuivre un objectif purement public, mais à trancher un différend entre intérêts privés. Dans cette hypothèse, il pourrait être contestable de transformer un litige privé en litige public par son attribution, en premier ressort, aux autorités de régulation, et ensuite aux tribunaux administratifs. Une réponse à ce problème pourrait être de soumettre ces litiges dans leur ensemble au juge judiciaire. Mais cette solution, partiellement suivie en France (28), se heurte également au principe, celui-là constitutionnel, de la séparation des juridictions quand à l'attribution de litiges essentiellement administratifs au juge civil.

En outre, quand les litiges de régulation sont confiés aux tribunaux administratifs, il importe *d'adapter les règles du contentieux administratif aux spécifi-*

---

(27) Il s'agit du Competition Appeal Tribunal (CAT), institution créée en 2002 par la Section 12 de l'*Enterprise Act*. Ce « tribunal » est compétent pour connaître les recours contre les actes provenant des autorités de régulation. Les affaires sont traitées par un collège de 3 membres dont seul le président est obligatoirement juriste (sans avoir nécessairement la qualité du magistrat).

(28) Par l'attribution de certains litiges concernant les actes de la Commission de la Concurrence, l'ARCEP et la CRE à la compétence de la Cour d'Appel de Paris. Néanmoins, cette solution semble reposer sur une approche théorique plutôt dépassée selon laquelle les règles de la concurrence appartiennent plus au droit privé qu'au droit public.

*cités de la régulation*. Les voies de recours existantes, élaborées alors que la séparation des pouvoirs était plus claire et que l'administration n'était pas armée de compétences exorbitantes, telles celles des régulateurs modernes, ne garantissent plus un contrôle juridictionnel effectif et efficace. Il s'impose alors de redessiner les instruments contentieux et les règles qui s'appliquent dans le contexte des litiges de la régulation, afin de *renforcer le rôle du juge*. Le moyen de recours adapté pour évaluer les actes de régulation paraît être celui qui permet au juge d'exercer un contrôle de plein contentieux des actes en question avec un contrôle restreint quant aux choix stratégiques du régulateur. Des innovations encore plus audacieuses sont nécessaires dans le contexte des procédures d'urgence ; il serait souhaitable de substituer la voie traditionnelle du recours en suspension à un système de référé, adapté à la spécificité des litiges en question et au besoin d'assurer le caractère approprié et continu de la fonction régulatrice (pourquoi pas un *référé-régulation*).

L'adoption de ces solutions dépend en grande partie de la volonté du législateur national, au titre de l'autonomie procédurale des états-membres de l'UE. Or, indépendamment de la mise en place d'un régime contentieux novateur, le juge administratif peut et doit prendre certaines initiatives pour améliorer l'exercice du contrôle juridictionnel de la régulation. Tout d'abord, il doit percevoir l'originalité de ces litiges, c'est-à-dire comprendre qu'il n'est pas appelé à contrôler des organes administratifs « communs » et qu'il ne peut pas appliquer le droit administratif comme d'habitude. Il lui incombe au contraire d'adapter par la voie interprétative, en utilisant le pouvoir normatif de sa jurisprudence, les règles du droit administratif tant au niveau substantiel qu'au niveau contentieux (29), et de créer un nouveau droit administratif spécial, le « droit public de la régulation ». En plus, il est impératif que le juge administratif se familiarise avec les aspects « extra-juridiques » des litiges en question, c'est-à-dire avec les questions techniques et économiques — complexes, le plus souvent — inhérentes à ces litiges. Bien que ces questions soient en grande partie hors du champ du contrôle juridictionnel, leur compréhension est indispensable pour une application adéquate du droit de la régulation. En outre, la capacité de pouvoir lire les normes juridiques sous l'angle de la théorie et de la méthode économique — ce que les anglo-saxons appellent *l'analyse économique du droit* — constitue une condition *sine qua non* pour une solution réussie des litiges de la régulation. En conséquence, le traitement de ces litiges, quand il n'est pas confié à des *tribunals* hybrides « à l'anglaise » (30), doit être attribué à un *juge doté de connaissances interdisciplinai-*

(29) Le Conseil d'État français semble reconnaître la nécessité de revoir certaines règles contentieuses afin de les adapter aux enjeux de la régulation, comme par exemple, en ce qui concerne les effets du jugement annulant l'acte du régulateur : v. CE sect., 25 février 2005, *France Télécom*, concl. Prada-Bordenave, *RFDA* 2005.802 et CE sect., 11 juin 2004, *Sté Scoot France et Sté Fonecta*, *DA* 2004. comm. 13, concernant le secteur des télécommunications.

(30) V. supra...

res, apte à utiliser, en dehors de l'interprétation purement juridique, les instruments méthodologiques des sciences économiques et de comprendre des questions sur l'énergie, les télécommunications ou autres technologies de pointe. L'assistance des tribunaux par des experts (31) ou par leur coopération avec d'autres institutions comme les services de la Commission Européenne (32) semble donc nécessaire pour combler ce *déficit d'expertise du juge* dans le cadre des litiges de la régulation. Mais même sans de tels instruments ou procédures, la spécialisation des juges peut être en partie acquise par l'expérience que ceux-là acquièrent par leur occupation constante avec ces affaires particulières. C'est la raison pour laquelle, on observe dans certains ordres juridiques, une tendance de rassembler les litiges de la régulation au sein des mêmes juridictions ou sections du même tribunal (33).

## II. — LE DROIT PUBLIC CONTINENTAL APRÈS RÉFLECTION PAR LA RÉGULATION : QUEL AVENIR ?

L'analyse qu'on vient de faire démontre que le modèle de la régulation met à rude épreuve certains des axiomes du droit public continental, même s'il ne les renverse pas totalement. Se posent, ainsi, certaines questions quant à l'avenir du droit continental. Jusqu'à quel point est-il possible de soumettre la problématique des services publics et du rôle de l'État dans leur organisation, à une logique économique (34), qui comporte une évaluation mathématique/ontologique de notions à valeur constitutionnelle ? Est ce que la pureté dogmatique du droit public est altérée quand celui-ci renonce à certains de ces caractéristiques purement juridiques afin d'assimiler les conclusions de l'analyse économique et de devenir plus perméable à la logique de la concurrence (35) ? Par ailleurs, comment est-il possible de transposer en droit public continental les approches du système américain, étant donné que l'ordre juridi-

(31) Par exemple, parmi le personnel du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes il existe des experts en économie qui assistent les juges dans des affaires du droit de la concurrence.

(32) Le Règlement (CE) n. 1/2003, art. 15, par. 3, prévoit que la Commission Européenne peut agir en tant *qu'amicus curiae* devant les juridictions nationales dans des affaires du droit de la concurrence.

(33) Cette solution a été suivie en Grèce par l'attribution de la grande majorité des litiges issus de la régulation à une chambre spéciale de la Cour Administrative d'Appel d'Athènes.

(34) Certains auteurs font allusion à une « économisation » du droit public : M. Fehling, « Kosten-Nutzen-Analysen als Maßstab für Verwaltungsentscheidungen », *Verwaltungsarchiv* 2004.444.

(35) R. Posner, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline (1962-1987) », *Harvard Law Review* 1987, p. 761, *ibid.*, « The Rise and Fall of Administrative Law », *Chicago-Kent Law Review*, 1996 p. 953.

que des États-Unis se différencie des ordres européens par plusieurs caractéristiques constitutionnelles d'importance primordiale ? Enfin, malgré la convergence indiscutable des systèmes juridiques pendant les dernières années, jusqu'à quel degré est-il concevable d'élaborer un « droit public commun de régulation » sans mettre en question l'identité nationale sur des sujets considérés comme cruciaux, comme l'est l'organisation des services d'utilité publique ? Il va de soi que la réponse à ces questions ne peut être qu'incomplète et contingente.

A. — *La fin d'un dogmatisme juridique hostile au marché*

Il est vrai que le modèle de la régulation constitue, de nos jours, la raison, mais également le résultat, d'une *métamorphose* — pour d'autres, d'un *affaiblissement* — tant de l'État que du Droit. Cette double mutation marque inévitablement le point de rencontre de ces deux phénomènes, c'est-à-dire le droit public en tant que « Droit de l'État » et plus particulièrement l'aspect économique de cette branche juridique, celle qui concerne les rapports de l'État avec l'économie. Les règles traditionnelles du droit public économique — celles qui consacraient le pouvoir des institutions étatiques de régler les rapports économiques, particulièrement les services dits « publics » — sont désormais remplacées par un droit public, consistant en une régulation « agoracentrique » de l'économie, qui repose sur une *valorisation juridique globale du marché*. La protection du marché, par le biais d'un principe général du respect de la concurrence, devient une des missions fondamentales de l'ordre juridique. Le marché libre, en tant qu'institution publique, ne sauvegarde pas seulement les droits individuels des opérateurs privés ; il constitue en plus, le *cadre* et le *juste milieu* (au sens aristotélique du terme) pour la satisfaction de l'intérêt général dans le domaine des services publics. Cette *lecture publiciste du marché* fut une découverte tardive des ordres nationaux du droit continental ; mais constitue également un des fondements de l'ordre communautaire. À la place de l'ancienne séparation « agoraphobe » des activités humaines entre « marchandes/privées/sans intérêt social particulier » d'une part et « services d'intérêt général/publics/organisés hors marché » d'autre part, la tendance dominante sur le plan mondial met le marché *au centre* tant de l'action privée que de l'action publique. Le modèle du service public à la française, exclu *a priori* des lois de la concurrence, est de plus en plus contesté.

La poursuite de l'intérêt général par l'intermédiaire du marché comporte des aspects idéologiques, politiques et méthodologiques intéressants. Elle repose sur l'idée que la liberté et l'initiative privée sont les moyens privilégiés pour réussir la « Prospérité » au niveau tant individuel que collectif. Sous cet angle, la régulation signifie la victoire du modèle de l'économie libre vis-à-vis des systèmes d'organisation hors marché de l'économie. En outre, ce paradigme met en cause la théorie constitutionnelle — qui a prévalu dans

plusieurs ordres nationaux de l'Europe continentale après la deuxième guerre mondiale — sur la « neutralité » présumée de la Constitution par rapport à l'ampleur du pouvoir de l'État d'intervenir dans l'économie. La régulation moderne désapprouve les mesures interventionnistes qui déforment *sans raison* la situation antagoniste des opérateurs privés. Elle exige une *neutralité différentielle*, de nature purement économique. Sur la base de cette nouvelle neutralité, il n'existe plus de méthode d'organisation d'une activité économique à importance sociale qui soit préférée *ex ante* comme étant plus « démocratique » ou plus « sensible » envers la société. La méthode qui est considérée la meilleure — et qui n'est pas toujours la même — est celle qui, conformément à une *analyse économique, objective et démontrable*, parvient à assurer la prestation optimale du service régulé à l'ensemble des usagers avec le coût le moins élevé ; il est sans importance que cet objectif soit atteint par un ou plusieurs prestataires, à caractère public ou privé. En plus, le modèle de la régulation — neutre et objectif par définition — est *ouvert* à toute approche relative au contenu et à la qualité des services d'intérêt général, celle-là dépendant des données constitutionnelles et des positions idéologiques des personnes ayant le pouvoir de décider au sein de chaque ordre juridique. La seule limite posée par la régulation aux choix du décideur est celle de ne pas limiter ou abolir « sans raison » la liberté du marché.

B. — *La régulation « à la continentale » et ses distances du néolibéralisme anglo-saxon*

Il serait toutefois erroné d'identifier la régulation publique — comme cette dernière est formulée en Europe par la combinaison des approches du droit continental, interne et européen — aux positions du néolibéralisme anglo-saxon visant à un abandon presque absolu du rôle de l'État sur l'économie. Les deux écoles présentent des différences considérables. Tandis que le néolibéralisme avance une vision *individualiste* des rapports économiques par la reconnaissance de droits subjectifs, la régulation publique repose sur une conception *objective et systémique* de ces rapports ; elle met l'accent sur le contexte général d'une activité et non pas sur les unités économiques particulières qui l'exercent. Pour le (néo)libéralisme le marché est le champ au sein duquel est poursuivi l'intérêt subjectif ; alors, il est préférable d'éviter l'intervention des autorités publiques. Par contre, la régulation objective met au centre de son approche le marché, parce qu'elle recherche l'intérêt général, ce dernier n'étant pas la simple addition des aspirations économiques de chacun des opérateurs agissant dans ce même marché ; par conséquent, elle ne rejette pas *a priori* les interventions verticales qui visent à protéger le marché en tant qu'institution qui promeut un intérêt public.

Ainsi, l'aphorisme selon lequel la régulation constitue une capitulation de l'Europe et de ses États-membres à un certain « impérialisme juridique

américain » apparaît également hâtif et simpliste. Il est vrai que les systèmes de régulation importés par l'Union Européenne conduisent à un glissement partiel du droit public, d'une logique « continentale » vers une logique « anglo-saxonne » ou « américaine », par la transplantation de solutions juridiques comme les autorités indépendantes, la consultation, la juridictionnalisation de la procédure administrative ou l'établissement d'un droit spécial de la concurrence pour les services publics libéralisés. Cette influence venant des États-Unis est compréhensible en raison des origines anglosaxonnes du modèle de la régulation et du fait que la désétatisation de l'économie sur la côte occidentale de l'Atlantique a précédé celle de l'Europe pour des raisons historiques et politiques. Néanmoins, l'étude comparative illustre que les ordres américain et européens n'étaient pas si distants dans leurs débuts et n'aboutissent pas d'avantage à s'identifier même quand ils adoptent le modèle de la régulation « agoracentrique » pour les services d'utilité publique : d'une part, et pour presque une centaine d'années, les deux ordres ont suivi une approche « agoraphobe » quant à l'organisation des services en question (36) ; d'autre part, même après avoir opté pour la libéralisation de ces activités, ils opèrent dans un contexte constitutionnel très différent.

Cette dernière remarque est d'une importance particulière. Même si elle constitue une manifestation de l'approche libérale sur l'économie, la régulation « agoracentrique » des services publics présente en Europe un *aspect social* très marqué ; elle vise à sauvegarder la satisfaction des besoins vitaux de la société, c'est-à-dire à appliquer les principes fondamentaux de la *solidarité* et de l'*État social*. Cet objectif particulier n'est pas affaibli par le simple fait qu'il est en principe réalisé par l'intermédiaire du marché. Tout au contraire, cet objectif est actualisé et enrichi par des moyens juridiques nouveaux, comme sont l'établissement et le financement d'obligations de service universel ou la formulation d'un droit fondamental à l'accès aux services d'intérêt général. En bref, la fonction protectrice de la notion traditionnelle du « service public » (à la française) est préservée même après sa transformation en « service d'intérêt économique général » et sa soumission progressive aux règles

---

(36) C'est un mythe que le États-Unis ont toujours organisé les services d'utilité publique dans un environnement de marché libre. Tout au contraire, jusqu'à la fin des années 1960, ces activités, certes privées en très grande partie, étaient exercées hors concurrence, sur la base de droits spéciaux ou même exclusifs accordés aux prestataires du service de manière discrétionnaire par les pouvoirs publics. Cette forme d'organisation reposait, du point de vue économique, sur le théories des *natural monopolies* et de la *destructive competition*, et du point de vue juridique, sur la position du *Supreme Court* selon laquelle, les activités en question sont « revêtues d'un intérêt général » (*vested with a public interest*) et pour cette raison, sont soumises à un régime de contrôle public spécial : S.C. *Munn v. Illinois* 94 U.S. 113 (1876). La libéralisation d'activités telles que les télécommunications ou les transports aériens a commencé à la fin des années 1970, quand le président Reagan a entériné l'approche néolibérale des économistes de la nouvelle « école de Chicago » (Alfred Kahn, Stephen Breyer).

de la concurrence. Aux antipodes, les États-Unis ne rattachent pas la protection sociale et les politiques du *welfare State* à des fondements constitutionnels équivalents à ceux des ordres continentaux.

Cette différence « génétique » est illustrée par la façon dont les deux systèmes admettent l'ampleur de l'intervention publique sur les activités d'intérêt général. L'approche américaine, dans sa version la plus néolibérale, propose l'abandon de la surveillance, spéciale et *ex ante*, de l'État sur les activités en question et promeut son remplacement par des règles générales, applicables aux rapports économiques horizontaux. Pour le dire autrement, elle identifie l'intérêt collectif à la prospérité optimale que l'application *ex post* des règles de la concurrence peut atteindre dans le cadre d'un marché spécifique. L'approche européenne est essentiellement différente ; elle recherche la combinaison idéale de deux finalités qui ne sont pas toujours compatibles, le fonctionnement libre du marché et la satisfaction de l'intérêt général (dont la définition comporte également des objectifs de justice ré-distributive) sans identifier nécessairement la première à la seconde. Par conséquent, bien qu'elle reconnaisse les imperfections de l'étatisme « agoraphobe », non seulement elle ne renonce pas en bloc à l'intervention publique dans l'économie, mais elle accepte d'autant plus son importance pour conjuguer l'intérêt commun et le marché compétitif. Elle applique une nouvelle architecture institutionnelle pour l'organisation des rapports économiques dans le but de libéraliser les services publics sans dévaloriser en même temps la protection sociale. A la *dérégulation* qu'exige le néolibéralisme anglo-saxon, l'Europe continentale rétorque la *rérégulation* de l'économie.

C. — *Un nouveau rôle pour l'État et les pouvoirs publics —  
un nouveau droit public (non seulement économique)*

Ceci permet d'apprécier les fonctions et les compétences que restent à l'État après l'organisation des services publics dans un environnement économique ouvert. L'avènement de la régulation, il convient de le répéter, met en évidence mais aussi accroît la crise du modèle traditionnel d'État. D'une part, le transfert du pouvoir de régulation vers un niveau extra-national — européen, en premier, mondial, en second — affecte l'autorité étatique parce qu'il la prive de compétences qui sont rattachées à l'identité nationale, à certains devoirs fondamentaux des pouvoirs publics et aux sources de légitimation de l'État lui-même (la garantie des biens sociaux). D'autre part, le modèle de régulation pour les services libéralisés limite — bien qu'il ne le réprovoque pas complètement — l'exercice direct des activités de service public par des opérateurs publics. De ce point de vue, régulation « agoracentrique » et désétatisation sont des notions voisines qui s'enchevêtrent partiellement. Néanmoins, il convient de distinguer les mythes de la réalité. Bien qu'elle rétrécisse le volume et les objets de l'intervention de l'État, la régulation ne conduit pas nécessairement

à l'avilissement de la protection sociale et ne délie pas les porteurs du pouvoir public de leur obligation de garantir cette même protection. En plus encore, la participation de l'État à l'économie n'est pas obligatoirement réduite, — le modèle de régulation est, dans certains cas, très interventionniste — de même que sa participation à des activités industrielles et commerciales n'est pas interdite *per se*.

*Pour le dire autrement, ce n'est pas la fin de l'État qui survient, mais le changement de sa « fin », de sa finalité.* Dans le cadre des activités à haute importance sociale, l'accent est désormais mis sur la fonction régulatrice de l'État et non plus sur son aspect de prestataire de services. *Mutatis mutandis*, l'interventionnisme étatique n'est pas abandonné mais c'est sa *forme* qui change ; la prestation recule au bénéfice de la régulation (37). En outre, on constate le paradoxe suivant : *tandis que les dimensions de l'État diminuent, celles du droit public grandissent !* Apparaît alors un nouveau droit public — le droit de la régulation des services d'utilité publique en fait partie — lequel est dissocié de l'État par deux façons : d'une part, parce qu'il est en grande partie élaboré en dehors de l'État, par les organes de l'UE ou de l'OMC ou même par des opérateurs privés dans le cadre d'une autorégulation ; d'autre part, parce qu'il est appliqué aux rapports juridiques horizontaux — entre opérateurs économiques ou entre prestataires et destinataires des services régulés, par exemple — et aboutit à déterminer des comportements purement individuels, réalisant en quelque sorte une *publicisation de l'initiative privée*. Il s'agit donc d'un *droit public économique internationalisé et « privatisé »*, au cœur duquel se trouve le principe fondamental du respect de la libre concurrence, en tant que règle commune pour les entreprises et les autorités administratives. La régulation des services publics libéralisés consiste en grande partie en l'adaptation de ce principe aux spécificités des secteurs en question. Cette adaptation fait apparaître de nouvelles questions de droit administratif et de nouveaux litiges, par lesquels cette branche juridique connaît une nouvelle période de prospérité et d'innovation.

Dans le contexte de ce droit public « nouveau », la régulation « agoracentrique » en tant que *méthode* et *action* publique, par opposition à l'étatisme « agoraphobe », illustre la transition d'une distinction claire entre État et Société — synonyme d'une distinction entre « public » et « privé » (38) — à une géométrie plus complexe selon laquelle la séparation des « sphères »

---

(37) La fonction de prestation n'est pourtant pas abandonnée complètement : le financement de certaines obligations de service public constitue une forme de prestation indirecte du service régulé par les pouvoirs publics.

(38) S. Battini, *Amministrazioni senza Stato — Profili di diritto amministrativo internazionale*, Giuffrè, Milano 2003 ; F.J. Säcker, « Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht. Zur Reform des deutschen Energie- und Telekommunikationsrechts », *AöR*, 2005.180.

publique et privée, pour reprendre la terminologie d'Habermas (39), devient difficile, sinon impossible. Le marché, l'« Agora », ne constitue pas une simple addition de transactions économiques mais l'extension de la « société des citoyens » ; à ce point, la conception gréco-romaine du marché en tant qu'ἄγορά/*Forum* — non seulement comme un lieu de commerce mais comme le centre de la vie sociale et politique — et les approches postmodernes de société, tendent à se rencontrer. Dans le même sens, la régulation des services en question constitue un instrument pour atteindre la « démocratie participative » (40) moderne, au-delà ou en dehors de l'État. Le mariage de l'intérêt commun avec le marché est donc pour le droit public, une nouvelle perspective, un nouveau défi, une nouvelle source de contestations et de risques sans doute.

Toutefois, l'enjeu principal de cette branche juridique qui n'est autre que la *recherche de l'équilibre idéal entre liberté et contrôle public*, reste inchangé, sauf dans la terminologie utilisée : on recherche désormais une combinaison entre «ré-» «auto-» ou «dé-» régulation. Ce dilemme particulier, *abstention ou paternalisme étatique*, est omniprésent. Par ailleurs, le rôle moderne des pouvoirs publics sur l'économie ne peut pas être défini de manière « magique » ou par l'adhésion à une position préalable pour ou contre l'intervention ou l'abstention de l'État. Quant aux services, jadis dit « publics », il n'existe pas de solution idéale pour leur organisation, du moment où tant l'interventionnisme étatique que le marché « *sont, tous les deux, des institutions par excellence incomplètes* » (41). Cette dernière phrase est particulièrement actuelle, au lendemain de la crise économique mondiale. Une crise, dont l'une des raisons principales fut sans aucun doute, la dérégulation excessive du secteur bancaire. Ce n'est pas sans importance de signaler, par ailleurs, que le remède à cette crise est recherché dans la création d'un modèle efficace de régulation pour ces activités, lequel combinera la supervision des mécanismes publics de contrôle et le libre fonctionnement des services financiers. Ce modèle repose, certes, sur la logique et les principes du « *ius commune européen de régulation* » — ainsi ce dernier a été forgé dans le cadre des services publics libéralisés — mais met également l'accent, beaucoup plus qu'il y a dix ou vingt ans, sur l'importance des institutions et des règles du droit national.

\*  
\*\*

---

(39) J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 1962, *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, MIT, 1989.

(40) J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1997.

(41) A. Kahn, The passing of the Public Utility Concept: A Reprise, in, E. Noam (éd), *Telecommunications, Today and Tomorrow*, Hancourt Brace Jovanovich, New York, 1983.26.

On constate ainsi que le modèle de la régulation est sans doute synonyme de la remise en question de certaines séparations étanches sur lesquelles reposait pendant longtemps la conception traditionnelle du droit public économique. Dans le cadre des services ici examinés apparaît d'une manière significative une *osmose multiple* entre droit public et privé, entre « espaces » public et privé, entre les aspects économique et social de l'intérêt général, entre les systèmes juridiques continentaux et anglo-saxons, entre les ordres nationaux et supranationaux, de même qu'entre les sciences juridiques, sociales et économiques. Ces divisions perdent désormais leur clarté, sinon leur raison d'existence.

En conséquence, l'examen du phénomène de la régulation doit impérativement devenir une priorité pour le publiciste. Du point de vue méthodologique, il convient d'étudier ce phénomène par deux voies qui semblent contradictoires de prime abord. D'une part, par une approche *systémique et synthétique* de la régulation. Le droit — celui de la régulation également — ne peut remplir la fonction qui lui est confiée par la société, en tant que facteur d'ordre, de sécurité et de stabilité, que par une série de généralisations et d'abstractions ; comme le remarque Jean Rivero, la théorie du droit public doit marquer les « *grandes synthèses* » (42) qui illustrent l'unité de l'ordre juridique et le mettent sous l'empire de la Logique. D'autre part, pourtant, la recherche de la réponse idéale pour chaque question suppose souvent le dépassement des acceptions d'ordre général par l'adoption de solutions *ad hoc*. D'autant plus lorsque l'organisation optimale des activités à haute importance sociale dépend, en grande partie, de situations originales et circonstancielles. En bref, approcher la régulation nécessite de combiner les méthodes synthétique et analytique, les idées modernes avec les conceptions classiques du droit public. Pour le dire autrement, *la régulation n'équivaut pas à l'abandon mais à l'évolution du droit public national et continental*. Devant ce phénomène, le théoricien du droit public, dogmatiste et en même temps réaliste, « *est comparable à un maître de maison qui tire de son trésor du neuf et du vieux* » (43).

Georges DELLIS

Professeur Assistant de Droit Public à la Faculté de Droit d'Athènes,  
Docteur en Droit et Habilité de diriger des recherches de l'Université  
Panthéon-Assas, Paris II, ancien référendaire à la CJCE

(42) V. J. Rivero, *Apologie pour les faiseurs de systèmes*, Dalloz 1951. chron. 99.

(43) Évangile selon Saint-Mathieu 13,52.

