

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition

De Roy, David; Queck, Robert

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2003

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Roy, D & Queck, R 2003, 'De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition: vers un droit de la régulation', *Journal des Tribunaux*, numéro 6104, pp. 553-563.

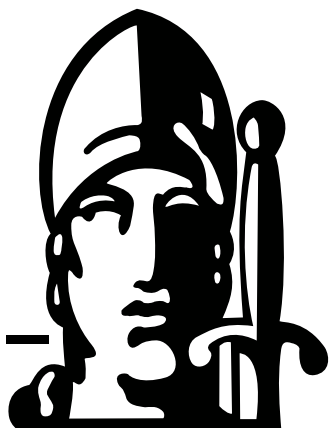
General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



DE LA TÉLÉPHONIE VOCALE AUX OFFRES PUBLIQUES D'ACQUISITION - VERS UN « DROIT DE LA RÉGULATION » ?

Depuis quelques années, le terme « régulation » connaît, dans la littérature juridique, une fortune remarquable. Celle-ci conduit naturellement à se demander s'il ne faut y voir que la manifestation d'une « mode » ou si on peut reconnaître un contenu précis à cette notion de « régulation ». Cette réflexion s'impose d'autant plus que certains n'ont pas hésité à franchir une étape supplémentaire en suggérant l'émergence d'un « droit de la régulation », nouvelle branche du droit.

Les auteurs de la présente contribution se proposent d'identifier quelques « repères » susceptibles d'amorcer une approche des notions de « régulation » et de « droit de la régulation », particulièrement dans le cadre de certains secteurs économiques.

1. — Une très large diffusion du terme « régulation » est observée dans de nombreux domaines du droit où il reçoit autant d'acceptions qu'il ne fait l'objet d'utilisations (1); il

(1) On observe en effet que le concept de régulation est utilisé en bien d'autres domaines que ceux en lesquels sont habituellement repérés des lieux de régulation (tels ceux qu'on évoquera *infra*); cf. notam., C. Cambier, *Droit judiciaire civil*, t. II, *La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 164 (qui évoque le rôle de régulateur des conflits sur la compétence, dévolu au tribunal d'arrondissement); H. Simonart et M. Verdussen, « La réforme de la Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux », *R.B.D.C.*, 2000, p. 182 (à propos des cours constitutionnelles considérées comme des « organes régulateurs »); L.-P. Suetens et R. Leysen, « Les questions préjudicielles : cause d'insécurité juridique? », *La sécurité juridique*, actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune barreau de Liège le 14 mai 1993, Liège, 1993, p. 41 (ces auteurs constatant

n'est d'ailleurs pas surprenant qu'on ait pu, à cet égard, parler de véritable « anarchie sémantique » (2). Un foisonnement d'idées riches incite naturellement à s'interroger sur le contenu de ce concept de « régulation », l'utilité qui lui est reconnue et les usages qui en sont faits. Il a même conduit certains auteurs à évoquer l'émergence d'un « droit de la régulation » (3). C'est une telle réflexion générale que nous tenterons d'alimenter, notamment à l'aide d'observations qu'autorisent à formuler les pratiques d'encadrement de certains secteurs économiques.

Nous nous proposons, avant tout, d'amorcer une première approche du concept, alimentée par une doctrine féconde [I], et qui gagnera à être immédiatement confrontée aux pratiques repérées en quelques « lieux » de régulations économiques [II]. Il s'agira ensuite d'aborder brièvement quelques aspects que doit recouvrir l'étude des systèmes de régulation, comme « appareillages juridiques » (4) des secteurs concernés : leur fondement « légal » [III], leur mise en œuvre [IV], leurs acteurs [V] ainsi que les recours juridictionnels dont peuvent faire l'objet les décisions des régulateurs (VI). Nous soulèverons enfin la question (inévitable?) de la reconnaissance d'un « droit de la régulation » comme nouvelle branche du droit (VII).

qu'« un mécanisme régulateur des différentes formes du contrôle de constitutionnalité n'existe pas »). Dans l'étude des techniques d'interprétation en droit, M. van de Kerchove assigne, pour sa part, une « fonction de régulation » à la doctrine dite « du sens clair des textes » (« La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *L'interprétation en droit - Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1978, p. 47, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 13).

(2) Cl. Champaud, « Régulation et droit économique », *R.I.D.E.*, 2002, p. 32.

(3) M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, pp. 610-616; *id.*, « La régulation, objet d'une branche du droit », *Droit de la régulation : questions d'actualité* (actes du colloque organisé à Paris le 6 février 2002), *Petites affiches* (publication ci-après désignée P.A.), 3 juin 2002, pp. 3-7.

(4) *Ibid.*, p. 3.

S O M M A I R E

- De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition - Vers un « droit de la régulation »?, par D. De Roy et R. Queck 553

2003

553

Le lecteur voudra bien relever que nous ne prétendons nullement imposer un enseignement systématique ou exhaustif; tout au plus, chercherons-nous à éveiller sa curiosité à l'intérêt que suscitent les questions abordées (5) et, par les références à quelques travaux récemment consacrés à cette problématique, à lui offrir la possibilité de prolonger l'analyse et la réflexion.

I. — L'APPROCHE CONCEPTUELLE : LES DÉFINITIONS DE LA « RÉGULATION »

2. — L'« anarchie sémantique » qui règne dans l'utilisation, par les juristes, du terme « régulation » a déjà été longuement décrite et expliquée qu'une abondante littérature soit consacrée à cette dimension conceptuelle (6). Nous nous bornerons, pour notre part, à indiquer au lecteur les sens que, dans le cadre de cet article, nous entendons reconnaître à la notion de « régulation ».

3. — Une brève incursion dans les sciences exactes, particulièrement la physique, permet de découvrir, à la suite de Claude Champaud, qu'en ces matières, la régulation désigne un « processus de rétablissement d'un équilibre à l'intérieur d'un système qui, même lorsqu'il repose sur une contradiction et/ou la compétition de forces antagonistes, doit être ramené à un état de fonctionnement « régulier », c'est-à-dire conforme aux règles qui lui permettent de remplir sa fonction et d'éviter ainsi la des-

truction du système par l'effet d'un dérèglement progressif » (7). Il n'est pas certain qu'une définition aussi claire et concise permette de rendre compte du sens du terme « régulation » dans le langage juridique. Elle ne pourra, à tout le moins, être formulée qu'au terme de développements plus substantiels.

4. — Avant tout, il s'indique d'identifier très brièvement les raisons pour lesquelles il s'avère difficile de trouver une définition ayant valeur universelle. D'une part, les circonstances d'apparition et de diffusion des premières expériences de régulation ne sont pas étrangères à l'usage confus de cette notion. C'est ici qu'on vise notamment l'inévitable rapprochement (8) avec le terme anglais *regulation* (9) qui inclut et dépasse notre idée de « réglementation », s'entendant ici des actes pris par une autorité publique, qui visent à créer des effets de droit et ont vocation à s'appliquer de manière générale, abstraite et impersonnelle (10); de façon générale, d'ailleurs, l'articulation entre les notions de « réglementation » et de « régulation » soulève de bien délicates questions et suscite de fréquentes confusions (11). D'autre part, il y

(7) Le lecteur ne manquera pas de s'intéresser aux développements que Cl. Champaud consacre aux différentes approches sémantiques du terme « régulation » (*op. cit.*, pp. 30-39).

(8) G. Timsit, *op. cit.*, p. 376.

(9) Si rapprochement il y a, G. Timsit se défend de ce que, à la faveur d'une simple transposition de l'expression anglo-saxonne, on « parlerait indifféremment en français, [...], de réglementation et de régulation » (*op. cit.*, p. 376). Dans la conception anglaise, *regulation* prend en effet une signification très large : *regulation* « consists of public interventions which affect the operation of markets through command and control, though one should be aware of the fact that command and control may be delegated through the use of "self-regulation" » (T. Prosser, *Law and the Regulators*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 4-6). Ces interventions incluent aussi bien « the act of controlling, directing or governing according to a rule, principle or system » (*ibid.*, p. 4) que les règles légales elles-mêmes. Cf. également, la définition assez proche que donne l'O.C.D.E. de la régulation (O.C.D.E., *Rapport sur la réforme de la réglementation - synthèse/The O.E.C.D. Report on Regulatory Reform - Synthesis*, Paris, O.C.D.E., 1997, p. 11).

(10) Pour les besoins de la présente étude, on ne distinguera pas selon que ces actes sont pris par une autorité relevant des pouvoirs législatif ou exécutif; les termes « législation » et « réglementation » seront donc, sauf indication contraire, utilisés indifféremment. Il s'agit de viser ici la « loi » au sens matériel du terme, ce qui peut notamment désigner les arrêtés royaux ou de gouvernements de Communautés ou de Régions, lorsqu'ils ont une portée générale et impersonnelle. Sur la notion de loi au sens matériel, cf. notam., J. Velu, *Droit public*, t. ^{er}, *Le statut des gouvernants*, Bruxelles, 1986, pp. 572 et s.

(11) Ainsi, à l'occasion de l'élaboration du nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques, a été soulevée, lors du conseil télécommunications du 22 décembre 2000, une question relative à l'appellation d'« autorités réglementaires nationales » du secteur des communications électroniques : dès lors que celles-ci ont vocation à assurer essentiellement la fonction d'application des règles par des mesures individuelles, le concept d'autorité de régulation n'était-il pas plus approprié que celui d'autorité de réglementation? L'appellation « autorité réglementaire » a cependant été maintenue, au motif — semble-t-il — qu'une

à lieu de relever l'ambivalence qui caractérise la notion de « régulation » la définition de ce terme procédera tantôt d'une référence au *but* poursuivi au travers de l'introduction, dans certains secteurs de la vie économique, de mécanismes régulateurs [A], tantôt d'une référence à la *manière d'agir* pour atteindre ce but [B]. Ces deux dimensions gagnent à être soigneusement distinguées, même si, en certains points, elles se recoupent, ainsi que nous le verrons ultérieurement.

A. — L'approche « finaliste » : Une recherche d'équilibre entre des forces contraires

5. — Appréhendant avec prudence la notion de « régulation », M.-A. Frison-Roche livre à la réflexion quelques considérations qui alimentent l'approche sémantique fondée sur l'objectif du système de régulation. Au fil de plusieurs de ses contributions, tantôt à la définition du concept de « régulation », tantôt à celle du « droit de la régulation », elle y relève que :

— la régulation renvoie à « un équilibre maintenu entre des pouvoirs d'inégale force par l'usage qui est fait en permanence de la puissance du droit » (12).

— La régulation serait « une intervention de nature politique dans un secteur qui le requiert parce que les intérêts de la nation sont en jeu » (13).

— La régulation serait un « garde-fou du fonctionnement spontané d'un secteur technique particulier » (14).

— Par référence à l'évolution de marchés d'un état monopolistique à une situation de concurrence, la régulation serait un « moyen dynamique de faire passer un secteur d'un état à un autre » (15).

— La régulation serait « le moyen dynamique de maintenir les grands équilibres d'un secteur » (16).

— Le droit de la régulation est « appréhendé comme l'appareillage juridique des secteurs particuliers et en permanence construits et conduits, reconnus en cela comme régulés : la finance, la banque, l'assurance, les télécommunications, l'audiovisuel, le transport ferroviaire, l'électricité et le gaz [...] » (17).

— Le droit de la régulation serait le « droit des secteurs régulés », qui « ont en commun

modification aurait eu une portée très limitée dès lors que la version anglaise se référerait de manière générale aux *national regulatory authorities* (T. Zgajewski, M. Van Bellinghen, « Quelle réforme pour le régulateur des télécommunications en Belgique », *Studia Diplomatica* 6, 2000, p. 65, note 2). Sur le rapport entre les deux notions, cf. également, P. Trudel, F. Abran, K. Benyekhlef, S. Hein et alii, *Droit du cyberspace*, Montréal, Ed. Thémis, 1997, spéc. pp. 3-2, 3-4.

(12) M.-A. Frison-Roche, « La régulation, objet d'une branche du droit », *op. cit.*, p. 4.

(13) M.-A. Frison-Roche, « Les différentes définitions de la régulation », *P.A.*, 10 juill. 1998, p. 5.

(14) *Ibid.*

(15) *Ibid.*

(16) *Ibid.*

(17) M.-A. Frison-Roche, « La régulation, objet d'une branche du droit », *op. cit.*, p. 3.

de devoir être construits et maintenus en permanence dans un équilibre entre un principe de concurrence et un principe autre, lequel peut varier selon les secteurs » (18).

6. — Le lecteur ne manquera pas d'observer combien les éléments de définition offerts par M.-A. Frison-Roche peuvent recouvrir des champs sémantiques aux étendues très variables, correspondant tantôt aux seuls secteurs en voie de libéralisation (19), tantôt à presque toute sphère en laquelle s'établissent des rapports sociaux entre lesquels l'équilibre doit être assuré par certains mécanismes. Cette élasticité ne sera pas sans influence sur l'identification des lieux d'émergence des systèmes de régulation.

7. — Cependant, et en dépit d'un certain flou qui paraît se dégager de ce faisceau de définitions, les considérations émises par M.-A. Frison-Roche laissent se profiler des éléments constitutifs identiques à ceux que révélait déjà le point de vue scientifique, évoqué précédemment; il s'agit de trois éléments autour desquels paraissent inévitablement conçus les mécanismes de régulation : l'existence d'un système traversé par des *forces contraires*; la recherche et le maintien d'un *équilibre* entre ces forces, pour assurer la *prévention* de la destruction de ce système (20), particulièrement lorsqu'une politique de libéralisation cause un changement d'état, en provoquant le passage du monopole vers les marchés concurrentiels. Dans cette perspective, la régulation pourrait être définie comme *l'ensemble des procédés visant à assurer, dans un secteur économique, l'équilibre entre des forces susceptibles d'entrer en conflit, et dont le libre jeu pourrait compromettre le fonctionnement du marché concerné* (21).

(18) *Ibid.*, p. 4.

(19) Dans lesquels la recherche d'équilibre s'inscrit dans le contexte du passage d'un monopole vers un marché en concurrence effective.

(20) On verra ultérieurement (n° 18) que, dans les secteurs d'activités de réseaux (traditionnellement livrés aux monopoles), cette prévention d'un péril est doublée d'une dimension d'encouragement au jeu de la concurrence.

(21) Ces forces peuvent être de différentes natures. Ainsi, il peut s'agir d'un conflit entre entreprises voulant chacune s'imposer sur le marché. Il peut aussi s'agir de la nécessité de mettre en phase différents objectifs : ainsi, si la concurrence ne suffit pas pour assurer certaines activités d'intérêt général, il faut prendre des mesures de sauvegarde. Selon G. Majone, une des principales formes d'intervention de l'Etat est la fonction régulatrice qui « tente de corriger diverses formes de "déficience du marché", tels le pouvoir des monopoles, les externalités négatives, le déficit d'information ou une fourniture insuffisante de "biens collectifs" » (*op. cit.*, p. 13). Dans ce contexte, T. Prosser distingue *economic regulation* et *social regulation* (*op. cit.*, pp. 5-6). La première vise à maximiser l'efficacité du marché, soit en régulant des monopoles par l'imitation de l'effet des forces sur le marché (*regulating monopoly*), soit en créant des conditions telles que la concurrence puisse exister et se maintenir (*regulation for competition*). La deuxième suit une logique qui n'est pas principalement économique, mais liée à des considérations d'intérêt général et de service public (par ex., garantir la fourniture d'un service universel); sur cette articulation entre régulation économique et régulation sociale, cf. notam., D. Gerardin, « Institutional Aspects of EU Regulatory Reforms in the Telecommunica-

Cette approche *finaliste* de la régulation appelle deux observations complémentaires.

8. — *Primo*. — La recherche d'équilibre entre forces concurrentes sera organisée tantôt par les acteurs économiques eux-mêmes (*autorégulation*) (22) tantôt à la faveur d'interventions extérieures à ceux-ci, généralement assurées par des autorités étatiques qui, elles, ne jouent aucun rôle d'opérateur sur le marché (*hétérorégulation*) (23)(24). C'est à cette deuxième hypothèse que nous limiterons, dans le cadre de cette étude, l'approche de la régulation (25).

9. — *Secundo*. — Si nous avons choisi de limiter le champ de cette étude aux seules régulations des secteurs économiques, nous ne manquerons pas de rappeler que le « maintien d'équilibres entre forces et intérêts contraires pour assurer le bon fonctionnement d'un système » constitue un objectif commun à des mécanismes de régulation fonctionnant dans des domaines autres que celui de l'activité économique (26).

B. — L'approche par les moyens : les modes d'intervention susceptibles de réaliser l'objectif d'équilibre

10. — L'approche *finaliste* permet de cerner le but de l'intervention d'autorités publiques dans certains secteurs spécifiques. La manière dont ces autorités interviennent est, de ce point de vue, indifférente. Celles-ci peuvent, en effet, imposer certains comportements par la voie de dispositions générales et impersonnelles (lois et règlements), ou par l'adoption

tions Sector : An Analysis of the Role of National Regulatory Authorities », *Journal of Network Industries*, 2000/1, pp. 8-12 et 28-32; J.-Y. Cherot, « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », *Droit de la régulation : questions d'actualité...*, p. 17; O.C.D.E., *op. cit.*, p. 11.

(22) Sur la notion d'autorégulation et quelques illustrations qu'en donne la pratique, cf. X. Dieux *et al.*, *L'autorégulation*, actes du colloque organisé à Bruxelles le 16 décembre 1992 par l'A.D.B.R. et le Centre de droit privé et de droit économique de l'U.L.B., Bruxelles, 1995 (Collection de la Faculté de droit de l'U.L.B.).

(23) Cf. Champaud, *op. cit.*, p. 39. Ces mécanismes d'hétérorégulation incluent également des systèmes de corégulation dans lesquels les acteurs économiques interviennent en tant que régulateurs dans le cadre et sur la base d'orientations données par les autorités étatiques; cf., à ce propos, dans le secteur financier, la possibilité laissée aux intermédiaires qualifiés d'élaborer un code de conduite interne comportant des règles et procédures appropriées pour assurer le respect de dispositions de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, par leurs mandataires et employés (loi du 2 août 2002, art. 27, § 1^{er}, *M.B.*, 4 sept. 2002).

(24) Cette « abstention » des autorités étatiques comme opérateurs connaît toutefois une exception particulière (et délicate) lorsqu'une entreprise publique dépendant étroitement de l'Etat intervient comme opérateur sur un marché (cf. *infra*, n°s 41-42).

(25) Non assorti d'un qualificatif, l'usage du terme « régulation » vise d'ailleurs généralement les systèmes d'hétérorégulation (Cf. Champaud, *op. cit.*, p. 39; H. Swennen, *op. cit.*, p. 4).

(26) On songera, par exemple, aux mécanismes de protection de la vie privée.

des décisions individuelles en vertu de normes prédéfinies. De nombreuses illustrations de ce que ces deux voies peuvent être empruntées sont offertes par les lois organiques des systèmes de régulation dans certains secteurs : d'une part, elles imposent directement des obligations à tous les opérateurs (ou à certaines catégories d'entre eux) et, d'autre part, fixent des objectifs généraux dont la concrétisation sera assurée par le biais de décisions individuelles que des autorités sont spécialement habilitées à adopter à la faveur d'une marge d'appréciation discrétionnaire plus ou moins importante.

11. — C'est ici que va se profiler une acception plus étroite de la notion de régulation, dictée par la spécificité du champ d'intervention des autorités publiques : les secteurs dans lesquels des équilibres doivent être maintenus sont complexes et révèlent des surprises auxquelles ne pouvaient avoir égard les concepteurs des systèmes de régulation; en effet, ces mêmes secteurs connaissent des turbulences incessantes que provoquent des évolutions technologiques rapides et imprévisibles, ou des conjonctures économiques particulières. Dans de telles conditions, toute législation organique d'un système de régulation se révélera impuissante à régir *a priori* et de manière générale et abstraite l'ensemble des hypothèses dans lesquelles doit être assuré l'équilibre des forces en présence (27).

12. — L'idée s'est alors fait jour qu'une législation susceptible d'encadrer préalablement et de manière générale toutes les situations d'un secteur déterminé, doit être complétée par des décisions individuelles et circonstanciées permettant à des autorités d'ajuster par touches successives et précises les rapports entre forces contraires (28) : parce qu'il s'agit de répondre *hic et nunc* au problème concret que suscite l'équilibre entre forces contradictoires au sein d'un marché, la solution utile ne pourra sans doute pas toujours découler de la seule application d'une règle générale et abstraite, mais va requérir l'adoption de décisions individuelles que prendra l'autorité de régulation légalement habilitée et agissant en fonction d'objectifs préalablement définis (29). Sans

(27) J.-Y. Cherot, *op. cit.*, p. 21.

(28) A titre d'exemple, l'article 8 de la directive « accès » prévoit, dans le secteur des communications électroniques, que les autorités « réglementaires » nationales imposent aux entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché une ou plusieurs obligations, à choisir parmi celles visées aux articles 9 à 13 de la même directive, voire à déterminer de façon discrétionnaire, moyennant l'accord préalable de la Commission européenne. Cette marge de manœuvre doit idéalement contribuer à une adéquation des obligations imposées aux évolutions du secteur et aux comportements spécifiques d'une entreprise, sans qu'une adaptation de la directive soit nécessaire (directive 2002/19/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), *J.O.C.E.*, 24 avril 2002, L 108/7; cf. A. De Streeel, R. Queeck et Ph. Vernet, « Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques », *Cahiers de droit européen*, n°s 3-4, 2002, pp. 248, 286-287).

(29) Ainsi, sur le marché wallon du gaz ci-après identifié comme un des lieux de régulation, les obli-

préjudice de la distinction visée ci-dessous (30), la régulation s'entendra alors de cette panoplie de moyens destinés à répondre de manière individuelle, souple et adéquate aux exigences que ne peut plus rencontrer à elle seule la « réglementation », au sens visé ci-dessus (31).

* * *

13. — Il ressort de ce qui précède que l'objectif de recherche et de maintien d'équilibres requis pour le bon fonctionnement de certains secteurs (approche « finaliste ») peut être servi par différentes techniques (approche « par les moyens ») auxquelles correspondent deux conceptions de la régulation.

14. — La régulation *sensu lato* désigne l'ensemble des modes d'intervention des pouvoirs publics, par la voie de normes *ET* de décisions individuelles (32); en ce sens, toute intervention contribuant, de près ou de loin (33), à la réalisation de l'objectif d'équilibre relèvera de la notion de « régulation » (34).

15. — La régulation *sensu stricto* vise, quant à elle, les seules décisions individuelles prises par une autorité appelée à ajuster les rapports entre forces contraires, comme l'horloger qui veille avec doigté au mouvement du balancier; toute intervention par voie normative sera, selon cette conception plus restrictive, étrangère à la notion de régulation (35).

gations de service public imposées aux gestionnaires de réseaux, fournisseurs et intermédiaires sont définies par le gouvernement wallon qui, pour ce faire, doit tenir compte de considérations visées en termes généraux par le décret organique et tenant à la qualité des fournitures, à la protection de l'environnement ou à des préoccupations d'ordre social; le gouvernement définit ainsi les obligations qu'à la faveur d'une appréciation discrétionnaire il estime conformes aux objectifs fixés par le décret. Cf. décret de la Région wallonne du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz (*M.B.*, 11 févr. 2003), art. 32-33. Sur cette articulation entre mesures générales et singulières, cf. G. Timsit, *op. cit.*, p. 391.

(30) Entre acceptions *sensu lato* et *sensu stricto*.

(31) Cf. n° 4.

(32) On rejoint ici la conception anglaise précédemment évoquée.

(33) Pourront donc être visées à ce titre les directives européennes de libéralisation et d'harmonisation, les lois organiques des systèmes de régulation, les règlements régissant le fonctionnement des autorités de régulation, aussi bien que l'imposition d'une obligation spécifique à une entreprise déterminée.

(34) Cette acception large de la notion de régulation rappelle la conception anglaise; elle semble notamment partagée par J. Chevallier, « Les enjeux de la déréglementation », *R.D.P.*, 1988, p. 2814, cité par J.-Ph. Colson, *Droit public économique*, 3^e éd., Paris, 2001, p. 500; M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *op. cit.*, p. 610; L. Idot, *op. cit.*, pp. 379-381; A. Couret, « Régulation financière, sociétés cotées et sociétés non cotées », *Droit de la régulation : questions d'actualité...*, p. 29.

(35) Cf. G. Timsit, *op. cit.*, p. 377. La section de législation du Conseil d'Etat de Belgique fait sienne cette conception, ainsi qu'il ressort de l'avis n° 33.255/4 donné le 5 juin 2002 sur un avant-projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications (Ch. repr., sess. 2001-2002, Doc. 50-1937/001, p. 64, note 17); la ré-

Le lecteur retiendra que les développements qui suivent reposent généralement sur la notion de régulation *sensu lato*.

II. — L'APPROCHE PAR LA PRATIQUE : LES LIEUX DE LA RÉGULATION

En parcourant la doctrine relative aux régulations économiques (36), il est possible de débusquer les lieux où des systèmes de régulation pourront être observés. Au risque évident d'en donner une présentation caricaturale, il peut être intéressant de les classer en deux catégories.

A. — Les « hauts lieux » de la régulation

16. — Les domaines où l'émergence de systèmes de régulation est la plus spectaculaire sont sans doute ceux des activités dites de « réseaux », ce qui recouvre essentiellement les télécommunications (ou, pour utiliser une terminologie plus récente, les communications électroniques) (37) et les services postaux (38), l'énergie [électricité (39) et gaz

gulation y est en effet définie comme étant la « prise de décisions particulières [...] par une autorité administrative jouissant d'un large pouvoir discrétionnaire, par opposition à la réglementation qui recouvre traditionnellement dans la terminologie juridique interne, les seules normes générales et abstraites ».

(36) Bien plus encore que la législation et la jurisprudence, en lesquelles on perçoit plus d'hésitation dans l'usage du terme « régulation ».

(37) Le nouveau cadre réglementaire européen est tracé par plusieurs directives dont les plus importantes datent du 7 mars 2002 (*J.O.C.E.*, L 108, 24 avril 2002) dont des analyses ont été présentées notam. par A. De Streeck, R. Queck et Ph. Vernet, *op. cit.*; P. Valcke, D. Stevens et J. Dumortier, « Van telecommunicatie naar elektronische communicatie - Een eerste verkenning van het nieuwe Europese kader voor de elektronische communicatiesector », *R.W.*, 2002-2003, pp. 841-856; D. Stevens, C. Uyttendaele, P. Valcke (avec la coll. de R. Queck), « De implementatie van de communicatierichtlijnen in België : kwintet of kakofonie? », *Computerrecht*, 2003/1, pp. 44-61. Sur la situation particulière du régulateur des télécommunications en Belgique (l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, ci-après désigné I.B.P.T.), la réforme dont il a fait l'objet à la faveur de deux lois du 17 janvier 2003, ayant respectivement pour objet une définition du statut de l'I.B.P.T. (ci-après désignée loi « statut ») et l'organisation des recours ouverts contre les décisions de l'I.B.P.T. (ci-après désignée loi « recours ») (*M.B.*, 24 janv. 2003) et le contexte de cette réforme, cf. T. Zgajewski, M. Van Bellinghen, *op. cit.*; Fr. Dehousse et T. Zgajewski, « Les nouveaux développements de la réglementation des télécommunications en Belgique (1999-2003) », *J.T.*, 2003, pp. 425-433; *id.*, « Le basculement du marché belge des télécommunications dans la concurrence totale : les nouvelles perspectives ouvertes par la loi du 19 décembre 1997 », *J.T.*, 1999, pp. 73-86.

(38) St. Coolsaet, « De (Belgische) postsector : juridische stand van zaken », *R.W.*, 2001-2002, pp. 1413-1424.

(40)], les transports (aériens et ferroviaires) (41) et l'audiovisuel (42).

17. — La recherche d'équilibres auxquels vont pourvoir les mécanismes de régulation procède, dans chacun de ces secteurs, de trois préoccupations représentant toutes une importance relative selon les activités concernées :

— la rareté ou le coût de certaines infrastructures (43) nécessaires à l'exercice de l'activité contraint à organiser l'établissement de et l'accès à ces ressources de manière à ce que la concurrence soit garantie par la coexistence d'un nombre suffisant d'opérateurs sur le marché;

— la libéralisation de secteurs jusqu'alors monopolistiques n'occulte pas la position avantageuse que continuera à occuper, au moins durant un certain temps, l'opérateur historique, et qui précarise la concurrence. Cette position avantageuse s'explique d'ailleurs souvent par la rareté ou le coût des infrastructures, dont il est question ci-dessus.

— Certains des services offerts répondent à des besoins d'intérêt général dont la satisfac-

(39) B. Matagne, « La transposition de la directive européenne électricité en droit belge », *C.D.P.K.*, 2002, pp. 344-378 (avec une description du cadre normatif).

(40) Loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (modifiée par la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché du gaz et au statut fiscal des producteurs d'électricité); décret flamand du 6 juillet 2001 relatif à l'organisation du marché du gaz (*M.B.*, 3 oct. 2001); décret wallon du 19 décembre 2002, précité (note 29). G. Block et D. Haverbeke, « La libéralisation du marché du gaz en Belgique : incidences réglementaires et contractuelles », *J.T.*, 2003, pp. 497-506.

(41) Pour un aperçu de la situation en Belgique, cf. G. Block, « La libéralisation du transport ferroviaire en Belgique », *L'Europe des transports - Régulation, dérégulation, impact du passage à l'euro*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 147-175; en France, J.-J. Filleul, *Evaluation de la réforme du secteur du transport ferroviaire*, Paris, La Documentation française, 2001, pp. 75-84.

(42) Cf. notam., décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion (*M.B.*, 17 avril 2003); décrets flamands relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995 (*M.B.*, 30 mai 1995); décret de la Communauté germanophone du 26 avril 1999 sur les médias (*M.B.*, 17 juill. 1997). F. Jongen, *La police de l'audiovisuel - Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, Bruxelles-Paris, Bruylant - L.G.D.J., 1994.

(43) Ainsi, dans le secteur des communications électroniques, l'établissement généralisé de réseaux fixes d'accès local entraîne des coûts tels, qu'on pourrait y voir la source d'un monopole naturel. De même, les fréquences hertziennes peuvent être considérées comme ressources rares dont l'utilisation efficace requiert une gestion stricte. Ces facteurs de rareté ou de coût seront parfois perçus comme des obstacles à l'entrée de nouveaux arrivants sur le marché (cf. recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/C.E. du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 114/45, 8 mai 2003, considérants 9-14).

tion ne peut être sacrifiée sur l'autel de la libre concurrence (44).

18. — On perçoit immédiatement que, dans ces secteurs, il s'agit de promouvoir une concurrence effective, tout en encadrant le libre jeu de la concurrence; cet encadrement peut s'avérer nécessaire, soit pour sauvegarder la concurrence face à l'abus d'un pouvoir de marché par certains acteurs, soit pour pallier l'insuffisance de la concurrence là où elle ne suffit pas pour garantir la fourniture de certains services d'intérêt général (45). La dimension de « promotion » de la concurrence mérite d'être soulignée car elle offre assurément un critère de distinction entre les systèmes de régulation et les procédés traditionnels de police administrative. Nous reviendrons ultérieurement sur cette délicate question (voy. n° 59).

B. — Les « autres » lieux de la régulation

19. — Il est d'autres domaines dans lesquels — sans qu'il y ait lieu d'avoir égard à la rareté ou au coût des infrastructures, aux exigences du service public ou à la puissance particulière d'un opérateur historique — la libre initiative des acteurs économiques doit être balisée au nom de considérations d'intérêt général. C'est ici le lieu d'évoquer les services financiers [1] et la sécurité alimentaire [2]. Par ailleurs, on peut se demander si les mécanismes plus généraux de protection de la concurrence économique ou des consommateurs ne constituent pas également des lieux de régulations [3].

1. — Les services financiers

20. — Le cadre strict dans lequel sont déployées les activités afférentes à l'offre de services de banque, d'assurance ou aux marchés financiers témoigne de l'important contrôle public assuré dans le secteur financier et suggère l'existence de systèmes de régulation. Il ne saurait être question de donner ici un aperçu, même succinct, des systèmes de régulation du secteur financier, tant ils sont nombreux et diversifiés (46). Nous nous limite-

(44) Il n'est d'ailleurs pas surprenant que les secteurs d'activités de services publics offrent un observatoire intéressant des pratiques de régulation. Cf. N. Thirion, « La régulation des services publics : les enseignements du droit comparé », *C.D.P.K.*, 2002, pp. 534-552. Tout aussi révélatrice de la place réservée aux systèmes de régulation dans une réflexion sur les services d'intérêt général est l'approche récente de la Commission européenne qui voit dans les systèmes et autorités de régulation des « instruments de politique disponibles pour assurer le respect des obligations de service public et la réalisation effective des objectifs d'intérêt public que ces obligations visent à concrétiser » (*Livre vert sur les services d'intérêt général*, 21 mai 2003, COM(2003) 270 final, cf. spéc. annexe, n°s 38-59).

(45) Comme, par exemple, la fourniture du service universel de téléphonie dans des zones non rentables.

(46) En dépit d'une certaine image d'harmonisation que tend sans doute à diffuser la récente réforme consacrée par la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers. Cette image de cadre unique de la régulation

à renvoyer, à titre d'exemple, aux illustrations que donnent de la notion de régulation, la réglementation des offres publiques d'acquisition (47) et le droit des marchés financiers (48). Le libre jeu des relations entre émetteurs de titres et investisseurs peut, en certaines circonstances (49), compromettre le bon fonctionnement d'un marché (50); pour prévenir de telles dérives, des contraintes ont été définies, visant à conformer les activités exercées sur les marchés financiers à des impératifs tenant à la transparence du marché et à l'égalité entre les investisseurs (51); des obligations spécifiques, visant notamment à assurer la publicité des opérations, sont mises à charge des parties (52) et le contrôle de leur respect est assuré par une autorité spécifique, la Commission bancaire et financière.

des services financiers est entretenue à raison de la description des rôles joués par la Commission bancaire et financière (C.B.F.) et l'Office de contrôle des assurances (O.C.A.) dans la surveillance du secteur financier, mais ne peut faire oublier que la régulation de celui-ci est organisée par bien d'autres dispositions normatives. Sur cette réforme, cf. H.-P. Lemaître, « La Commission bancaire et financière après les lois du 2 août 2002 : structures et compétences », *J.T.*, 2003, pp. 449-462; E. Ponnet et A. Van Cauwenberge, « Naar een financieel toezicht voor de 21^{ste} eeuw : de Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten », *T.R.V.*, 2003, pp. 3-35. Par ailleurs, pour une approche des nombreux aspects que recouvre la régulation dans le secteur financier en Belgique, on se référera très utilement à l'ouvrage *Les autorités de contrôle des marchés financiers, des assurances et de la concurrence - Bilan et perspectives*, actes du colloque de Bruxelles du 25 mai 2000, sous la dir. de X. Dieux, Bruxelles, Bruylant, 2002.

(47) Sur les enjeux auxquels a été liée, à la fin des années 1980, l'élaboration d'un cadre normatif des offres publiques d'acquisition, cf. l'analyse que donne A. Bruyneel des objectifs de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition (« Les offres publiques d'acquisition - Réforme de 1989 », *J.T.*, 1990, p. 152).

(48) Pour une approche générale des considérations qui guident la mise en place de mécanismes de régulation par le droit des marchés financiers et la réglementation des offres publiques d'acquisition, cf. M. Tison, « L'égalité de traitement dans la vie des affaires sous le regard du droit belge », *J.T.*, 2002, pp. 703-705.

(49) Notamment lorsque certains investisseurs disposent d'informations privilégiées.

(50) Ce « bon fonctionnement du marché » apparaissant comme la forme, ainsi « incarnée » dans les marchés financiers, de l'intérêt général, justifie que des limites soient posées au libre jeu des acteurs (ou de certains d'entre eux). Il n'est cependant pas inutile de souligner que ce même intérêt général (unique, par hypothèse) peut également être exprimé au travers d'autres préoccupations qui justifient les contraintes pesant sur les activités déployées sur les marchés financiers : ainsi en est-il du souci d'assurer la prévention efficace de certaines formes de criminalité financière qui trouveraient, dans un marché opaque, un terrain favorable (cf. B. Feron et B. Taevernier, *Principes généraux du droit des marchés financiers*, Bruxelles, 1997, p. 17).

(51) A. Couret, *op. cit.*, p. 30.

(52) Telles les obligations de déclaration dans certains cas d'acquisition de participations (loi du 2 mars 1989, art. 1^{er} et 3).

2. — La sécurité alimentaire

21. — Dans le domaine de la sécurité alimentaire, c'est la santé des consommateurs qui, pour prévenir les effets néfastes du « tout et n'importe quoi », justifie la mise en œuvre de mécanismes régulateurs appelés à ponctuer la chaîne alimentaire, et l'institution d'une autorité dotée de pouvoirs et compétences en la matière, l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire (53).

3. — Protection de la concurrence économique ou des consommateurs

22. — Bien qu'à première vue, ils ne paraissent pas présenter quelques-unes des caractéristiques des systèmes de régulation, telle l'inscription du système dans un secteur particulier, les mécanismes généraux de protection de la concurrence économique (54) ou des consommateurs (55), à l'instar des régulations sectorielles, d'une part, procèdent du souci de rechercher et de maintenir des équilibres entre forces concurrentes (56) et, d'autre part, reposent sur la mise en œuvre de procédés communément répandus dans les systèmes de régulation (57). En cela, une proximité évidente avec les régulations sectorielles auxquelles leur intervention est souvent complémentaire (58), ne peut être niée.

* * *

23. — Cette identification — sans doute incomplète — des lieux de la régulation et leur répartition en deux catégories laisse deviner à quel point ce recensement est conditionné par le degré de précision (ou, au contraire, de généralité) de la définition de la régulation dans les secteurs économiques : selon l'étendue du champ sémantique couvert par chaque définition, certains modes d'intervention des pouvoirs publics seront, ou non, considérés comme systèmes de régulation. C'est sans doute là une conséquence de l'« élasticité conceptuelle » que nous observions à la lecture des éléments de définition apportés par M.-A. Fritson-Roche (voy. n°s 5-6).

24. — Au terme de l'analyse conceptuelle et de l'investigation de quelques lieux de régulation, on peut ainsi observer que les systèmes de régulation apparaissent et se justifient dans des secteurs présentant, parmi d'autres sans doute, une ou plusieurs des caractéristiques

(53) Loi du 4 février 2000 relative à la création de l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire (*M.B.*, 18 févr. 2000).

(54) Cf. notam. la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

(55) Cf. notam. la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

(56) L'intérêt économique et l'intérêt du consommateur, par exemple.

(57) Conduisant, par exemple, à faire cesser immédiatement un comportement qui porterait atteinte à cet équilibre.

(58) A un titre tel, par exemple, que le nouveau cadre réglementaire des communications électroniques utilise des concepts (référence à la notion de « position dominante », par exemple) et méthodologies du droit de la concurrence, lequel sera d'ailleurs substitué à la réglementation spécifique (sectorielle) dès qu'une concurrence effective sera atteinte.

suivantes : une présence d'infrastructures coûteuses qui rendent difficile l'apparition spontanée d'une concurrence effective (59); une soumission à des évolutions rapides et imprévisibles des technologies et des situations économiques, qui exige des interventions adéquates conformément à des principes et objectifs fixés de manière générale et préalable (60); une complexité des situations à régir (61) ainsi qu'un degré élevé de spécialisation requis dans les approches dont elles doivent faire l'objet; une importance des enjeux touchant à l'intérêt général, et qui justifient une supervision par l'autorité publique (62)... Ces caractéristiques expliquent que les marchés concernés ne puissent être abandonnés à leur sort et requièrent des interventions du type de celles assurées dans le cadre des systèmes de régulation (63).

III. — FONDEMENT « LÉGAL » DES SYSTÈMES DE RÉGULATION

25. — Les systèmes de régulation économique procèdent généralement de fondements légaux (64) : la loi (65) précise les conditions générales dans lesquelles des opérateurs seront admis sur un marché, les exigences auxquelles devra se conformer la conduite de certaines (voire de l'ensemble) de leurs activités ou encore les circonstances dans lesquelles l'action de ces opérateurs pourra être sanctionnée; elle désigne les autorités appelées à mettre en œuvre les procédés de régulation et, le cas échéant, en institue spécialement à cette fin.

Ce fondement légal des systèmes de régulation pourrait appeler d'intéressants développements (notamment au regard des aspects constitutionnels de la question) (66). Nous devrions toutefois les limiter à deux observations, relatives, l'une, à l'approche conceptuelle des régulations économiques [1], et l'autre, à la manière dont cette base légale conditionnera la perception de l'émergence des systèmes de régulation [2].

(59) Tel est le cas dans tous les secteurs d'activités de réseaux.

(60) Cf. notam., dans le secteur des communications électroniques (cf. *supra*, note 28).

(61) Cf. notam., le secteur de la sécurité alimentaire où l'intervention d'experts est requise (cf. n° 39 et note 98).

(62) Caractéristique vérifiée dans tous les secteurs.

(63) Certaines de ces caractéristiques ont d'ailleurs été invoquées pour justifier l'insuffisance du droit de la concurrence et donc la nécessité d'une régulation sectorielle spécifique. Cf., à ce propos, la recommandation de la Commission européenne dont question *supra* (note 43) (spéc. §§ 9-16, ainsi que l'exposé des motifs de cette recommandation).

(64) Qui, pour rappel, relèvent d'ailleurs de la régulation *sensu lato*, lorsque les lois organiques des systèmes de régulation imposent directement certains comportements à l'ensemble des opérateurs ou à certaines catégories d'entre eux (cf. *supra*, n° 10).

(65) Voire le décret ou l'ordonnance, si la matière régie relève des compétences régionales ou communautaires.

(66) Cf. notam., ci-après, n° 43.

1. — Fondement légal et concept de « régulation »

26. — La légalité du système de régulation convie à nuancer un discours qui opposerait régulation et réglementation, ou selon lequel, en d'autres termes, l'émergence de mécanismes de régulation serait le corollaire d'un phénomène de déréglementation (67). Pour partiellement exact qu'il soit (68), cet enseignement ne doit toutefois pas prêter à confusion et ne pourrait être interprété comme excluant toute intervention des pouvoirs publics sur des marchés par voie législative ou réglementaire. Outre que la réglementation est parfois, comme nous l'avons vu (69), présentée comme un des différents modes de régulation économique (70), celle-ci, au sens qui lui a été assigné dans le cadre de la présente étude, s'inscrit nécessairement dans un cadre normatif qui en définit les objectifs et en précise les conditions et modalités de fonctionnement (71). De ce point de vue, la décision individuelle à laquelle donnera lieu l'opération régulatrice constitue le prolongement de la norme, bien plus qu'il n'en apparaît comme étant la négation. Au risque de heurter, cette conception pourrait être exprimée en une formule lapidaire : « Pas de régulation sans (un minimum de) réglementation! ».

2. — Fondement légal et perception de l'émergence du système de régulation

27. — La loi offre évidemment un prisme de lecture du système de régulation; elle risque toutefois, dans certains cas, de biaiser l'approche qu'on aura de celui-ci et, plus généralement, la perception de l'émergence de ces systèmes de régulations économiques. Ainsi, dans le secteur de la sécurité alimentaire, la loi du 4 février 2000 précitée vise moins à organiser l'encadrement d'un secteur déjà soumis à d'importantes contraintes (72) légales et/ou réglementaires, que de transférer à un organisme nouveau des responsabilités précédemment confiées à l'administration centrale (73). Il ne s'agit donc pas de faire intervenir les pouvoirs publics sur un terrain nouveau (ni, par conséquent, de concevoir, de toutes pièces, un nouveau système de régulation), mais simplement de modifier les modalités de cette intervention, en recourant à un procédé

(67) Sur cette corrélation entre régulation et déréglementation, cf. notam. J.-Ph. Colson, *op. cit.*, pp. 499-508.

(68) Particulièrement si le vocable « régulation » reçoit l'acception *sensu stricto* visée ci-dessus.

(69) Cf. *supra*, n° 14.

(70) Lorsqu'elle reçoit son acception *sensu lato* (J.-Ph. Colson, *op. cit.*, pp. 499-500 et réf. cit.).

(71) « La régulation ne trouve pas sa source dans le bon plaisir des membres de l'autorité régulatrice mais dans un texte émanant d'autorités ayant pouvoir d'établir des règles de droit d'application générale. La mise en œuvre d'une régulation suppose l'existence préalable d'une règle » (Cl. Champaud, *op. cit.*, p. 45).

(72) Ainsi qu'en témoignent les nombreux textes légaux que le Roi est habilité à modifier pour assurer le transfert des pouvoirs et compétences y définis vers l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire (loi du 4 février 2000, art. 5, al. 2).

(73) Loi du 4 février 2000, art. 5, al. 1^{er}.

de décentralisation administrative, dont l'inspiration est, dans une large mesure, étrangère aux régulations économiques. Cet exemple nous paraît significatif de ce que la conception d'un système de régulation n'est pas nécessairement liée à la création d'une autorité spécifique et à l'adoption de lois organiques.

IV. — LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÉGULATION

28. — Octroi d'agrément préalable à l'organisation de marchés réglementés d'instruments financiers (74); approbation par la Commission de régulation de l'électricité et du gaz des tarifs de raccordement au réseau de transport d'électricité soumis par le gestionnaire du réseau (75); obligation imposée aux opérateurs de communiquer des informations comptables à l'autorité de régulation pour permettre à celle-ci de vérifier que leurs relations financières ne sont pas susceptibles de nuire aux intérêts essentiels des consommateurs ou à la bonne exécution des obligations de service public (76); définition des mesures garantissant l'indépendance et l'impartialité dans la gestion du réseau de distribution de gaz (77)...

La lecture des textes organisant les systèmes de régulation, aux fins d'y repérer les procédés de régulation, place l'observateur devant un maquis dans lequel il ne s'aventurera qu'avec grande réticence : si, à l'égard d'un secteur déterminé, est conçu un système de régulation unique, celui-ci peut se réaliser dans des procédés multiples dont il est sans doute illusoire de chercher à dresser ici l'inventaire (78).

Il n'est pas moins hasardeux de se risquer à proposer une typologie de ces techniques : l'impression — justifiée ou non — de « fourre-tout » que peuvent susciter certains textes s'accommode difficilement de la tentative de classification simple qu'appelleraient ces quelques propos introductifs sur les régulations économiques. Renonçant ainsi à tout essai d'inventaire ou de typologie, nous nous bornerons à faire part de quelques réflexions qu'inspirent, parmi d'autres, deux modes d'analyse des procédés de régulation.

1. — Approche par les « fonctions »

29. — Une première approche (79) consiste à apparenter les procédés régulatoires aux fonctions traditionnellement exercées par les autorités publiques : elle conduit ainsi à identifier

(74) Loi du 2 août 2002, art. 16.

(75) Loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (*M.B.*, 11 mai 1999), art. 12.

(76) *Ibid.*, art. 22, § 3.

(77) Décret du 19 décembre 2002, précité, art. 13.

(78) Pour un aperçu, en guise d'illustration, de la panoplie de procédés de régulation mis en œuvre dans le secteur de l'électricité, cf. B. Matagne, *op. cit.*

(79) Suivie notamment par Fr. Jongen (*op. cit.*, pp. 77-104).

des fonctions de réglementation (80), d'administration (81), de contrôle (82) et de jugement (83).

30. — Cette conception est évidemment séduisante, car elle offre une grille de lecture commode et efficace (84); par ailleurs, la référence aux fonctions exercées par les autorités publiques rappelle combien les systèmes de régulation économique s'inscrivent aujourd'hui encore dans un cadre étatique (85). Le recours à cette méthode d'analyse des mécanismes de régulation nous inspire cependant deux observations.

31. — *Primo.* — La référence aux fonctions (et, par voie de conséquence, aux pouvoirs qui y sont attachés) oriente inévitablement le regard et risque de limiter la vision aux seules autorités spécialement instituées aux fins de les exercer, faisant perdre de vue non seulement que la régulation n'est pas l'apanage d'autorités administratives indépendantes, mais également qu'il existe des procédés dont le fonctionnement ne dépend pas principalement d'autorités publiques (86).

32. — *Secundo.* — La confrontation d'un système de régulation à la grille de lecture tracée par les quatre fonctions classiques rappelées ci-dessus ne doit pas faire oublier que le système de régulation n'intégrera pas nécessairement toutes ces fonctions et que cette grille de lecture se prêtera à des usages différents selon les diverses conceptions de la notion de « régulation »: ainsi, par exemple, la fonction de réglementation ne sera pas rencontrée si le système procède d'une acceptation *sensu stricto* de la régulation.

2. — Approche par les « moyens »

33. — Une autre démarche consistera précisément à désigner, comme procédés de régulation, l'ensemble des moyens permettant de poursuivre, dans un secteur déterminé, l'objectif d'équilibre assigné au système de régulation: pourront notamment être identifiés des procédés organisant l'accès au marché et définissant les conditions d'autorisation d'y exercer certaines activités (« régulation structurelle ») (87), des mécanismes

(80) Consistant, dans le sens que nous avons déjà précisé (cf. ci-dessus, n° 4), en l'établissement de règles générales, impersonnelles et objectives (Fr. Jongen, *op. cit.*, pp. 77-78).

(81) Fonctions qui permettront de définir les moyens appelés à servir des objectifs politiques plus généraux (*ibid.*, p. 82).

(82) Fonctions qui, par la vérification de l'adéquation des agissements aux règles, contribue à garantir le fonctionnement efficace du système (*ibid.*, p. 96).

(83) Fonctions qui, susceptibles de recouvrir selon les cas une dimension pénale ou civile, seront exercées tantôt par le pouvoir judiciaire, tantôt par des autorités instituées hors de la sphère judiciaire (*ibid.*, pp. 99-104).

(84) A titre d'exemple, on se référera à la lecture des techniques de régulation dans le secteur de l'audiovisuel, que donne Fr. Jongen, *op. cit.*, pp. 77-104.

(85) Sur les thèses, opposées, du « désengagement » étatique, cf. J.-Ph. Colson, *op. cit.*, pp. 503-504.

(86) Cf., ci-après, 2. — Approche « par les moyens ».

(87) B. Feron et B. Taevernier la définissent, à propos des marchés financiers, comme étant la

« définissant la manière dont les intervenants sont autorisés à exercer leurs activités (« régulation des comportements ») (88) des procédures qui, organisant la diffusion de l'information, permettent d'assurer la transparence du marché (89), ou encore celles qui, faisant appel aux procédés de consultation, garantissant l'adéquation des solutions choisies aux problèmes rencontrés.

34. — Sans doute moins confortable (90), cette approche « par les moyens » complètera utilement la première: ainsi, elle suggérera, par la comparaison avec d'autres expériences contemporaines (91) ou antérieures (92), combien un système de régulation ne s'identifie pas à une autorité spécialement instituée dans ce cadre (93); très significatifs de cette « démystification » du rôle et de la place des autorités indépendantes de régulation, sont, d'une part, les procédés mis en œuvre par des autorités « traditionnelles », et, d'autre part, les procédés auxquels des autorités publiques ne sont pas nécessairement parties prenantes, mais qui contribuent néanmoins à la régulation (94).

35. — Par ailleurs, cette approche par les « moyens » attire l'attention sur ce que cer-

« régulation qui vise à déterminer quelle personne ou quelle entreprise est autorisée à accomplir quelles activités » (*op. cit.*, p. 17, n° 15). Sur ce type d'approche, cf. égalem. P. Nihoul, « Norme, régulation et réforme des télécommunications », *Ann. dr. Louvain*, 1998, pp. 399-401.

(88) B. Feron et B. Taevernier, *op. cit.*, p. 17, note 16.

(89) Même si ces dernières procédures relèvent, dans une certaine mesure, de la « régulation des comportements » dans l'acceptation que nous lui reconnaissons ici.

(90) Parce que brassant des mécanismes très hétéroclites.

(91) Dans le secteur de l'électricité, on constatera que les différents législateurs, dans la mise en œuvre de leurs compétences respectives, n'ont pas tous fait appel à une autorité indépendante: tel est le cas de la Région de Bruxelles-capitale où un service de l'administration régionale « fait office d'autorité de régulation » (B. Matagne, *op. cit.*, p. 372); cf. égal., dans le secteur des transports ferroviaires, G. Block, *op. cit.*, pp. 161, 166 et 171.

(92) On rappellera le cas de l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire, qui a « hérité » de compétences précédemment dévolues à l'administration centrale (cf. ci-dessus, n° 27).

(93) On rejoindra, à ce propos, l'analyse de Marie-Anne Frison-Roche, pour qui la présence d'autorités de régulation constitue un indice, mais non un critère, de l'existence d'un système de régulation (« La régulation, objet d'une branche du droit », *op. cit.*, p. 4).

(94) Ainsi, en Région wallonne, le gestionnaire d'un réseau de distribution de gaz est soumis à un régime d'incompatibilités limitant strictement l'exercice de certaines activités commerciales en relation avec la vente de gaz; en prévenant ainsi les risques inhérents à la position dominante qu'occuperait le gestionnaire du réseau, ce régime contribue à stimuler la concurrence sur le marché du gaz, sans toutefois qu'il soit fait appel à l'intervention d'une autorité: la seule définition d'obligations mises à charge du gestionnaire de réseau paraît suffire (décret Région wallonne du 19 décembre 2002, art. 7). Dans le marché de l'électricité, des incompatibilités similaires touchent le gestionnaire du réseau de distribution (décret Région wallonne du 12 avril 2001, art. 8-9).

tains « ingrédients » (95) de la régulation ne s'identifient pas dans l'exercice de pouvoirs ou la détention de prérogatives particulières à l'égard des entreprises du secteur, mais bien dans leur capacité à garantir les qualités plus générales que doit présenter le secteur régulé; il en est ainsi, par exemple, du rôle d'organe consultatif joué par certaines autorités de régulation, telle l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire notamment compétente pour donner des avis sur la réglementation: bien que ne se traduisant par aucune intervention contraignante du régulateur sur le marché, ce rôle n'en revêt pas moins une importance capitale pour l'efficacité du système de régulation.

V. — LES ACTEURS DE LA RÉGULATION

36. — De manière générale, on observe que les systèmes de régulation font se côtoyer différentes autorités (législateur, Roi ou gouvernements de Communautés ou de Régions, ministres, administration centrale, autorités juridictionnelles...). Depuis quelques années, s'est manifestée une tendance consistant à associer au fonctionnement des systèmes de régulation des autorités spécialement créées à cette fin. La place particulièrement visible qu'occupent désormais ces institutions dans le paysage administratif s'expliquerait apparemment par les effets conjugués de deux phénomènes: le développement des systèmes de régulation, d'une part, et la diffusion d'un modèle d'« autorités administratives indépendantes », d'autre part.

Considérations générales

37. — Les autorités de régulation sont instituées par une loi qui en précise l'objet, en détaille les missions et moyens d'action accordés pour accomplir celles-ci; en constitue les organes dont elle régit les modalités de fonctionnement; leur accorde la personnalité juridique (96).

38. — Ces autorités revêtent souvent la forme d'organismes décentralisés; elles affichent ainsi une certaine distance à l'égard des pouvoirs constitués (97). Cette distance n'altère

(95) M.-A. Frison-Roche, « La régulation, objet d'une branche du droit », *op. cit.*, p. 5.

(96) Ce n'est cependant pas toujours le cas, ainsi qu'en témoignait, jusqu'il y a peu le Conseil supérieur de l'audiovisuel institué par un décret du 24 juillet 1997 (cf. à ce propos Fr. Jongen, « « Mortelle perversion » à la R.T.B.F. », obs. sous Civ. Bruxelles, réf., 3 oct. 2002, *Journ. procès*, n° 444, 2002, p. 31). Cette situation a cependant été modifiée: le C.S.A. est désormais doté de la personnalité juridique (décret du 27 février 2003, art. 130).

(97) Cette distance est parfois affectée par l'intégration de l'autorité dans la catégorie A des organismes d'intérêt public soumis à la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public; le manque d'indépendance qui en résulte a été à la base de la réforme dont a récemment fait l'objet l'I.B.P.T.

cependant en rien la qualité d'*autorité administrative* susceptible de leur être reconnue, notamment à raison des prérogatives de puissance publique qu'elles détiennent et qu'elles mettent en œuvre à la faveur de pouvoirs de sanction ou d'autorisation.

39. — Les structures de ces régulateurs ne sont pas fermées : ceux-ci sont fréquemment assistés d'organes consultatifs composés de personnes qui peuvent se prévaloir d'une expérience dans les secteurs concernés ou affichent une sensibilité particulière à l'égard (de certains) des intérêts qui y sont en concours (98). Ceci témoigne assurément d'une conception selon laquelle les interventions du régulateur ne seront effectives et efficaces (99) que si elles procèdent d'une connaissance du secteur, à laquelle le contribuent — à tout le moins partiellement (100) — certaines expertises (101).

40. — Leurs domaines d'intervention (102) et les objectifs à la réalisation desquels leur création tend à pourvoir (103) justifient que leur action soit guidée par certains principes, tel le respect de l'égalité et de la non-discrimination entre les opérateurs; de ce principe, se déduisent deux règles de comportement : la proportionnalité (104) et l'impartialité (105). Par ailleurs, une attention soutenue doit être accordée à la circulation de l'information sur le marché, circulation nécessaire aux opérateurs et utilisateurs, mais aussi aux régulateurs qui y trouvent un gage de qualité et d'efficacité des décisions qu'ils prennent (106).

Cette approche très superficielle des qualités que doivent présenter les acteurs de la régulation gagne à être prolongée par quelques réflexions et observations complémentaires,

(98) Ainsi sont institués auprès de l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire un comité consultatif (auquel siègent des représentants des secteurs concernés, ainsi que des associations de consommateurs) et un comité scientifique (« composé d'experts nationaux et internationaux dans les matières relevant de la compétence de l'Agence ») (loi du 4 février 2000, art. 7-8).

(99) Sur le souci d'efficacité qui doit prévaloir dans la conception du système de régulation, cf. A. Seban, « Les formes institutionnelles impliquées dans le droit de la régulation », *Droit de la régulation : questions d'actualité...*, p. 64.

(100) Il convient également de tenir compte de l'utilité des procédés assurant la transparence du marché et le flux d'informations.

(101) Cette intervention de professionnels garantirait ainsi la crédibilité de l'autorité de régulation (J.-Fr. Lepetit, « Etat, juge et régulateur », *Régulateurs et juges*, P.A., 23 janv. 2003, p. 9).

(102) Des secteurs économiques ouverts à la concurrence.

(103) Maintien d'équilibres entre forces concurrentes.

(104) Laquelle requiert que les restrictions apportées à la libre initiative économique n'excèdent pas la stricte mesure de ce que requiert l'objectif d'équilibre entre la jouissance de cette liberté et la sauvegarde des intérêts susceptibles de la concurrencer.

(105) J.-Fr. Lepetit, *op. cit.*, p. 10; D. Costa, « Les autorités administratives indépendantes et le principe d'impartialité », obs. sous C.E. fr., 28 oct. 2002, A.J.D.A., 2002, pp. 1493-1494.

(106) Ainsi, incombe-t-il particulièrement à l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire d'assurer « la collecte, le classement, la gestion, l'archivage et la diffusion de toute information relative à sa mission » (loi du 4 février 2000, art. 4, § 3, 5°).

ayant trait à l'indépendance et à l'originalité des autorités de régulation.

Indépendance des autorités de régulation

41. — L'exigence d'indépendance à l'égard des acteurs du marché est consubstantielle à celle d'impartialité : le régulateur ne peut être juge et partie. Ce souci explique que certaines législations organiques de systèmes de régulation aient soumis les autorités de régulation à des régimes d'incompatibilités emportant notamment l'interdiction d'être opérateur sur le marché (107) et, plus généralement, d'afficher une proximité trop étroite avec les opérateurs (108). Cette même préoccupation impose également que lorsqu'une entreprise opérant dans un secteur se trouve dans un lien de dépendance étroite à l'égard de l'Etat (109), les fonctions que celui-ci exercera respectivement comme actionnaire (110) et régulateur soient structurellement séparées (111) : l'Etat ne peut déterminer (ni, partant, modifier) les règles du jeu dans lequel il est lui-même en compétition (112). De ce point de vue, les sys-

(107) Ainsi, l'I.B.P.T. ne peut-il exercer d'activité commerciale (loi « statut » du 17 janvier 2003, art. 13).

(108) Les membres du conseil de l'I.B.P.T. et les membres du personnel ne peuvent avoir d'intérêt dans les entreprises actives sur les marchés des télécommunications et/ou des postes, ni y exercer de fonctions ou encore prester des services à leur avantage (loi « statut » du 17 janvier 2003, art. 17, § 3, et 27). Le même souci de prévention des conflits d'intérêts avec des entreprises du secteur est exprimé, s'agissant de l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire, par la loi du 4 février 2000 (art. 6, § 6).

(109) Hypothèse des entreprises publiques actives dans les secteurs de réseaux.

(110) Et, par assimilation, comme opérateur.

(111) Ainsi, dans le secteur des communications électroniques, l'article 3 de la directive « cadre » dispose que « les Etats membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises, d'autre part ». La directive elle-même ne précise pas le contenu exact de cette obligation, qui, pour certains (parmi lesquels le Parlement européen, qui entendait imposer une « indépendance politique et économique »; cf. A. De Streel, R. Queck et Ph. Vernet, *op. cit.*, p. 259 et note 56) ne va d'ailleurs pas suffisamment loin. Selon la Commission européenne, l'objectif d'une réelle séparation structurelle peut être réalisé de plusieurs manières. Ainsi, un Etat membre peut confier les activités réglementaires et opérationnelles à des ministères distincts, ou confier les activités réglementaires à une agence réglementaire indépendante, ou même confier les deux types d'activités à un seul ministère. Dans ce dernier cas, des mesures de précaution appropriées doivent alors être prévues, comme l'instauration de structures distinctes pour ce qui est de la comptabilité financière, de la gestion du personnel et des bilans (cf. le procès-verbal de la 1941^e session du Conseil Télécommunications tenue à Luxembourg, le 27 juin 1997, doc. 8455/96, pp. 7-8). Peu importe donc la forme que revêt cette séparation de fonctions, dès lors qu'elle est effective et contribue à prévenir le risque de conflits d'intérêt.

(112) Sur l'approche communautaire de ce principe de séparation des fonctions d'opérateur et de régulateur, cf. J.-Y. Cherot, *op. cit.*, p. 23.

tèmes belges de régulation des secteurs des postes et télécommunications ont fait l'objet de critiques sévères, lesquelles sont notamment à la base de la récente réforme de l'I.B.P.T. (113); dans le secteur des transports ferroviaires, il n'est pas exclu que des critiques similaires doivent être formulées (114).

42. — Sous réserve de l'hypothèse — fréquemment vérifiée — où l'Etat est considéré comme opérateur (soit directement, soit par assimilation avec l'entreprise qu'il détient ou contrôle) et où le régulateur pourrait difficilement garantir l'impartialité sans que soit organisée une séparation de fonctions, l'indépendance du régulateur à l'égard de l'Etat ne correspond ni à une obligation dont la méconnaissance dénaturerait le système de régulation, ni à aucune exigence déduite des mécanismes communautaires de protection de la concurrence ou, plus généralement, des valeurs fondatrices de l'Union européenne.

43. — Pour le surplus, la manière dont sera conçue l'indépendance des régulateurs procédera du souci affiché par l'Etat de rencontrer ses propres exigences constitutionnelles. S'agissant de celles-ci, la section de législation du Conseil d'Etat a rappelé, à propos de la délégation de pouvoirs (115) à des personnes qui échappent — dans une mesure relative — au contrôle des autorités publiques, le principe fondamental de responsabilité politique de l'exécutif; elle considère que le respect de ce principe ne peut être garanti, dans l'hypothèse d'une délégation à une autorité administrative indépendante, que pour autant que le pouvoir exécutif puisse assumer devant les assemblées législatives la responsabilité des activités exercées par cette autorité indépendante (116). Cette condition ne sera satisfaite que si l'autorité indépendante est soumise à un contrôle suffisant (117) du pouvoir exécutif, dont peuvent témoigner, selon les cas, l'instauration de mécanismes de tutelle (118), la détermination par l'exécutif des modalités de

(113) P.-Y. Potelle, « Un nouveau statut pour le régulateur des télécommunications dans un secteur en pleine mutation », à paraître dans *Revue Ubiquité*, n° 16; D. Stevens, C. Uyttendaele et P. Valcke (en collaboration avec R. Queck), *op. cit.*, pp. 51-54; T. Zgajewski et M. Van Bellinghen, *op. cit.*, pp. 68-69.

(114) Cf., à propos des droits d'accès au réseau ferroviaire et de l'ambiguïté des rôles joués par l'administration du transport terrestre et la S.N.C.B. (où le risque de conflit d'intérêts dans la délivrance des certificats de sécurité vient de ce que le service de l'administration intervenant dans ces procédures est composé d'agents détachés de la S.N.C.B.), l'analyse qu'a donnée la Cour des comptes (« Le bon emploi des deniers publics par la S.N.C.B. », audit effectué en exécution de la résolution de la Chambre des représentants du 11 mai 2000, Bruxelles, 2001, pp. 34-38).

(115) Pour l'exercice desquels des prérogatives de puissance publique sont mises en œuvre.

(116) Avis n° 33.255/4 précité, pp. 59 et s. (et réf. cit.).

(117) C'est-à-dire d'autant plus étroit que les pouvoirs de l'autorité administrative sont étendus et que sa marge de manœuvre est grande (*ibid.*, p. 62).

(118) Attribution au conseil des ministres d'un pouvoir de suspension des décisions de l'I.B.P.T. violant la loi ou blessant l'intérêt général (loi « statut » du 17 janvier 2003, art. 15).

fonctionnement de l'autorité, l'obligation de présentation de rapports annuels d'activités (119), voire même l'ouverture de recours juridictionnels à l'Etat, à l'encontre des décisions du régulateur (120)... De plus, dès lors que l'organisation concrète de l'indépendance doit être compatible avec la Constitution, l'organe de régulation ne devrait assurer que la fonction de régulation *sensu stricto* (121).

Originalité des autorités de régulation

44. — En dépit de la curiosité que peuvent susciter ces autorités de régulation, tout hymne qui serait dédié à ces figures « nouvelles et originales » nous paraît devoir être affecté d'un triple bémol :

45. — Si l'intervention d'une de ces autorités témoigne de l'assujettissement d'un secteur économique à un système de régulation, elle n'en est toutefois pas une condition essentielle : en d'autres termes, la présence d'une autorité de régulation est un *indice*, mais non un *critère*, de l'existence d'un système de régulation (122). C'est ici l'occasion de rappeler que les fonctions dévolues aux autorités publiques dans les systèmes de régulation le seront, tantôt, exclusivement ou partiellement à des autorités spécialement créées à cette fin (celles que nous désignons ici comme autorités de régulation), tantôt — et corrélativement — à d'autres autorités publiques (gouvernement, ministre, administration centrale, juridictions); d'intéressantes illustrations de cette répartition des fonctions sont offertes en Belgique, notamment dans le secteur des transports ferroviaires (123). Une grande diversité des pratiques peut être constatée et, dans une large mesure, cette dispersion des rôles ne répond pas à des considérations juridiques, mais plutôt d'ordre politique. Tout aussi significatifs de ce panaché sont les glissements de fonctions constatés, au hasard de réformes, des autorités politiques ou de l'administration centrale, vers des autorités de régulation décentralisées (124).

46. — Les traits essentiels des autorités de régulation et les exigences auxquelles leur action doit se conformer (125) permettent de

(119) Cf., à titre d'exemple, la présentation au gouvernement wallon, par la commission wallonne pour l'énergie, d'un rapport annuel relatif à l'exécution de ses missions et à l'évolution du marché régional de l'électricité.

(120) Cf., à propos des décisions de l'I.B.P.T., la loi « recours » du 17 janvier 2003, art. 2, § 1^{er}.

(121) Avis du Conseil d'Etat, n° 33.255/4 précité, p. 64, note 17.

(122) M.-A. Frison-Roche, « La régulation, objet d'une branche du droit », *op. cit.*, p. 4.

(123) Où les fonctions qui pourraient être dévolues à une autorité « indépendante » de régulation sont actuellement exercées par l'administration du transport terrestre (Ch. repr., proposition de loi créant un Institut belge des transports ferroviaires, rapport fait au nom de la commission de l'infrastructure, des communications et des entreprises publiques par J. Depreter, doc. 50, 1823/018 (2001-2002), pp. 5-6).

(124) Ainsi qu'en illustre l'exemple déjà évoqué de l'Agence fédérale pour la sécurité alimentaire (cf. n° 27 et note 92).

(125) Cf. ci-dessus, n°s 79-80.

leur reconnaître une certaine identité parmi les autres intervenants publics dans la vie économique. Ces caractéristiques contribuent sans doute d'une part à assurer la légitimité de ces autorités, là où un modèle libéral d'organisation des marchés s'accommode difficilement d'interventions contraignantes des pouvoirs publics, et peut-être, d'autre part, à garantir un degré suffisant de sécurité juridique (126). Force est toutefois de constater que ce profil ne les distingue pas fondamentalement des autres autorités administratives et que l'observateur désireux d'en étudier le statut et les modes d'action fera appel aux enseignements du droit administratif général. Ainsi, par exemple, les exigences d'impartialité, de respect de l'égalité et de proportionnalité correspondent-elles à des idées et règles diffusées bien au-delà des secteurs régulés; de même, l'organisation de contrôles de tutelle des régulateurs procède des préoccupations (127) identiques à celles qui gouvernent la tutelle de tous les autres organismes ou collectivités s'inscrivant dans un cadre de décentralisation, territoriale ou fonctionnelle; enfin, l'ouverture de voies de recours contre les décisions des autorités de régulation procède du souci d'assurer une garantie juridictionnelle des citoyens à l'égard des agissements de l'administration et, plus généralement des pouvoirs publics (128). Au vu de ces quelques exemples choisis parmi bien d'autres, et sans négliger l'importance particulière qu'acquiert, pour les autorités de régulation, certaines des caractéristiques évoquées (129), on doutera cependant — à l'exception de l'importance reconnue à l'indépendance — qu'elles représentent véritablement une figure originale parmi les acteurs publics.

47. — Enfin, au risque d'altérer l'impression de nouveauté qui se dégage des notions de régulateur ou d'autorité de régulation, on rap-

(126) Telle est, du moins, l'opinion de M.-A. Frison-Roche, pour qui les quatre principaux ingrédients des systèmes de régulation (droits d'information, transparence, proportionnalité et responsabilité) fournissent la sécurité juridique requise pour le maintien d'un équilibre entre les puissances et intérêts en concours (« La régulation, objet d'une branche du droit », *op. cit.*, p. 6). On ne peut toutefois totalement ignorer que l'idée de proportionnalité qui traverse tous les systèmes de régulation est elle-même caractérisée par un haut degré de flexibilité qui paraît souvent compromettre l'idéal de sécurité juridique : l'étude approfondie de l'articulation entre ces valeurs (cf. notam. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme - Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 653-724, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 90) amènerait sans doute à nuancer cette approche de la sécurité juridique dans les secteurs économiques.

(127) Il s'agit, au travers de ce contrôle, de s'assurer de la conformité à l'intérêt général de l'action menée par une autorité qui, par la position décentralisée qu'elle occupe dans l'architecture des pouvoirs constitués, n'est pas soumise au contrôle politique des assemblées représentatives.

(128) Cf. ci-dessous, n° 48.

(129) Ainsi, le devoir d'information incombe à toute autorité administrative qui ne peut prendre de décision qu'en connaissance de cause; cette exigence est sans doute encore plus précise dans le chef d'un régulateur confronté à des enjeux d'une rare complexité et en évolution permanente.

pellera que de telles autorités hantent les sphères administratives belges depuis longtemps, ainsi qu'en témoigne notamment la création de la Commission bancaire en 1935 (130).

6. — LES RECOURS JURIDICTIONNELS (131)

48. — Les interférences entre mécanismes et organes de régulation, d'une part, et autorités et fonctions juridictionnelles, d'autre part, sont évidentes, non seulement parce qu'il arrive que les systèmes de régulation fassent intervenir des juridictions spécialisées (132), appelées à trancher des litiges auxquels peut donner lieu le fonctionnement d'un marché, mais également parce qu'un souci élémentaire de protection juridictionnelle conduit à envisager des voies de recours à l'encontre des décisions prononcées par les autorités de régulation, notamment (mais pas exclusivement!) lorsque celles-ci infligent des sanctions.

49. — Cette problématique des recours ouverts contre les sanctions administratives n'est évidemment pas originale et dépasse de loin le domaine des seules régulations économiques (133); elle appelle des développements qui ne peuvent s'accommoder du cadre restreint de la présente contribution. Parmi les questions fréquemment soulevées en cette matière (134), deux (sans doute les plus fréquemment posées) appellent une observation propre aux systèmes de régulation dans les secteurs économiques : la désignation du juge compétent et l'étendue de ses pouvoirs.

(130) J. Le Brun, « Les autorités administratives indépendantes : le cas de la Commission bancaire et financière belge », *R.I.D.E.*, 1997, p. 186. Sur cette « tradition » de recours à des autorités indépendantes, cf. X. Delgrange, L. Detroux et H. Dumont, *op. cit.*, p. 73.

(131) Cette problématique a été largement abordée lors du Forum de la régulation organisé le 15 octobre 2001 par Sciences-Po Paris sur le thème « Régulateurs et juges »; les actes de ce colloque ont été récemment publiés (*P.A.*, 23 janv. 2003). On retirera également le meilleur profit de quelques réflexions plus générales proposées par P. Martens, « Les magistratures économiques - Rapport introductif », *R.I.D.E.*, 1997, pp. 109-124.

(132) Le Conseil de la concurrence et les chambres de litiges ou d'appel des régulateurs de l'électricité (B. Matagne, *op. cit.*, p. 374) en constitueraient ainsi (certes à des degrés divers) deux illustrations.

(133) Cf. notam. « Les sanctions administratives - Actualités et perspectives », *A.J.D.A.*, n° spéc., 2001; L. De Geyter, « De contrôle van de civiele rechter op de opgelegde administratieve geldboete », *T.B.P.*, 2001, pp. 4-12; M. Melchior, « La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Présence du droit public et droits de l'homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, 1992, pp. 1327-1346.

(134) Cf. notam., pour la France, P. Devolve, « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché*, actes du colloque du 22 janvier 2001 publiés dans *P.A.*, 17 septembre 2001, pp. 18-29.

1. — Désignation du juge compétent

50. — L'exercice de fonctions juridictionnelles dans le cadre ou en marge des systèmes de régulation économique sera confié, selon les cas, aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, au Conseil d'Etat, voire à des juridictions administratives spécialisées. Le risque de disparité des solutions jurisprudentielles adoptées par chacun de ces intervenants est évident et revêt une incidence particulière dans le domaine examiné : ainsi qu'on l'a relevé précédemment, les systèmes de régulation économique privilégient des modes de création du droit où le régime juridique d'une situation est déterminé, non pas principalement par une norme générale et abstraite, mais par une décision individuelle prise à la faveur d'importantes marges d'appréciation discrétionnaire; dans un tel contexte, le rôle créateur joué par le juge statuant sur recours sera d'autant plus important qu'il se traduira dans la diffusion de solutions jurisprudentielles contribuant à assurer une certaine sécurité juridique (notamment en ce qui concerne les aspects procéduraires de la prise de décisions par les autorités de régulation). Cet idéal de sécurité juridique est sans doute compromis par les approches nuancées que peuvent donner de problèmes similaires différentes juridictions.

2. — Etendue des pouvoirs du juge

51. — Au gré des compétences attribuées aux autorités juridictionnelles statuant sur des recours ouverts contre les décisions d'autorités de régulation, l'étendue des pouvoirs reconnus variera selon une amplitude assez large que déterminent — de façon simpliste, mais commode — deux extrêmes : l'annulation de la décision (dans le cadre d'un contrôle de légalité) ou sa réformation (à la faveur d'un contrôle de pleine juridiction) (135). Pour ne s'attacher ici qu'à une seule observation qu'inspire plus particulièrement le domaine des régulations, on relèvera qu'il paraîtrait pour le moins paradoxal — même si justifié à certains égards (136) — de confier à une juridiction « généraliste » (137) le soin de réformer des décisions (138) prises par des autorités dont la création répond pour partie au sou-

ci de faire face efficacement aux spécialités sectorielles (139).

VII. — EXISTE-T-IL UN « DROIT DE LA RÉGULATION » ?

52. — La contagion du concept de « régulation » et la multiplication — sous le couvert de cette notion — de processus d'encadrement d'activités économiques expliquent sans doute que se soit développée l'idée d'un droit de la régulation et qu'en soient amorcées des tentatives de définition. Loin de prétendre occuper beaucoup plus qu'une place de figurants dans ce débat, nous nous proposons — en guise de conclusion à cette approche succincte des régulations économiques — d'examiner si les deux acceptions que nous avons proposé de retenir de la régulation peuvent justifier pareille reconnaissance d'une nouvelle branche du droit.

(139) Cf. ci-dessus, n° 24.

Un droit de la « régulation *sensu stricto* » ?

53. — Existerait-il un *droit du mode alternatif* (140) de création du droit qu'est la régulation? Cela paraît fort peu probable, sauf à soutenir qu'il existerait, par ailleurs, un droit de la législation, un droit de la jurisprudence,...

Un droit de la « régulation *sensu lato* » ?

54. — Le droit de la régulation s'entendrait de l'ensemble des règles conditionnant et organisant toutes les formes d'interventions des pouvoirs publics dans certains secteurs, aux fins d'y assurer le respect d'équilibres entre des forces concurrentes.

55. — La reconnaissance d'une branche du droit paraît exiger que l'ensemble des règles qui en relèvent présente des qualités d'homogénéité et d'originalité (voy. n° 56). La reconnaissance d'une « nouvelle » branche du droit suppose, par ailleurs, qu'elle révèle un caractère inédit (voy. n°s 57 et suiv.).

56. — En ce qui concerne l'homogénéité et l'originalité, on ne saurait évidemment passer sous silence les caractéristiques communes aux différents systèmes de régulations, et qui paraissent autoriser une telle reconnaissance (141) : un objet (les secteurs régulés) (142) une méthode (143) et l'existence d'autorités de régulation (144). Cela étant, la diversité des objectifs et des modes d'intervention, selon les secteurs concernés, autorise-t-elle vraiment à parler d'un droit de la régulation? Les différents systèmes offrent-ils tant de points communs et originaux qu'ils donneraient naissance à une branche unique du droit? A cet égard, il n'est pas indifférent de relever qu'à l'exception des secteurs d'activités de réseaux dont la régulation répond à des besoins nouveaux et spécifiques, nés de la libéralisation, les dénominateurs communs aux autres systèmes tiennent en quelques traits qui ne suffisent pas, pour autant, à singulariser les

(140) Par comparaison avec les procédés exclusivement normatifs de création du droit.

(141) M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *op. cit.*, pp. 611 et s.

(142) « Secteurs ouverts partiellement à la concurrence et dont il faut maintenir de force les équilibres entre la concurrence et autre chose que la concurrence » (*ibid.*). Le recours à cet indice appelle une observation : si le caractère sectoriel de l'approche ne peut évidemment échapper à l'attention, il ne peut se voir reconnaître une importance excessive; ainsi, convient-il de se demander si la référence aux secteurs constitue un indice déterminant de la mise en place de régulations économiques ou si elle ne reflète pas plus largement le souci de doter les secteurs concernés d'appareillages juridiques spécialement adaptés aux réalités économiques de chacun de ces secteurs. Le degré élevé de spécialisation des interventions des pouvoirs publics procède — nous semble-t-il — d'une inspiration beaucoup plus large que celle dans laquelle s'inscrivent les régulations économiques.

(143) Gouvernée par l'objectif d'équilibre que le système de régulation vise à atteindre et maintenir.

(144) Dont on a pu suggérer combien, lorsqu'il s'agit d'autorités « indépendantes », elle procède d'un phénomène plus large de décentralisation administrative, commun à tous les domaines d'intervention des pouvoirs publics.

(135) Ce qui conduit parfois à soutenir que le juge, à raison de ce pouvoir de réformation, fait de la régulation « de deuxième niveau » (Fr. Dupuis-Toubol, « Le juge en complémentarité du régulateur », *Régulateurs et juges...*, p. 17).

(136) La qualité d'autorité administrative reconnue aux régulateurs incite à déférer les actes à la censure du Conseil d'Etat, « juge naturel de l'administration », pour reprendre ici l'expression suggérée par O. Daurmont (« Le Conseil d'Etat, juge naturel de l'administration », *L'administration en sept questions*, actes de la journée d'études du 22 mars 1996, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 109-138).

(137) Que ce soit le Conseil d'Etat ou une juridiction judiciaire, telle la cour d'appel de Bruxelles (à l'instar des compétences dévolues en France dans ces matières à la cour d'appel de Paris).

(138) Ce qui implique que les faits à l'origine de la décision réformée soient soumis à une nouvelle appréciation discrétionnaire, celle de l'autorité qui réforme.

régulations économiques au regard d'autres interventions des pouvoirs publics (145).

Les exigences d'homogénéité et d'originalité ne paraissent donc — sauf à traiter différemment la régulation des activités de réseaux et les « autres » systèmes de régulation — que très partiellement rencontrées. Il reste à examiner le caractère inédit de cette « nouvelle » branche du droit.

57. — La reconnaissance d'une nouvelle branche du droit peut s'envisager dans deux hypothèses (146) : dans la première, elle résulterait de la prise en charge d'enjeux qui, jusqu'alors, échappaient à tout cadre normatif, ou y étaient soumis dans des conditions sensiblement différentes. Cette prise en charge apparaît ainsi inédite, sinon dans son objet, au moins dans ses modalités. Dans la seconde hypothèse, c'est l'*approche nouvelle* d'enjeux soumis à des régimes juridiques plus ou moins anciens qui inspirera la reconnaissance d'une nouvelle branche du droit. L'apparition d'un « droit de la régulation » relèverait-elle d'une de ces deux hypothèses?

S'agissant de la première, nous ne pouvons qu'émettre certains doutes, d'une part, en soulignant la proximité évidente avec la police administrative de l'économie et, d'autre part, en rappelant une fois encore la nécessaire distinction entre les systèmes de régulation, selon qu'ils encadrent ou non des secteurs d'activités de réseaux.

La police administrative de l'économie

58. — Sur le plan conceptuel, il existe une grande proximité entre les notions de « régulation » (147), et de « police administrative » (148) : dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'apporter des restrictions au jeu de la liberté de commerce et d'industrie, et ce, au nom de l'intérêt général. Cet apparentement (d'autant plus évident alors que s'élargissent les perspectives dans lesquelles sont conçues les polices administratives spéciales, particulièrement dans le domaine économique) (149) res-

(145) Ainsi, la recherche d'équilibres entre des forces ou intérêts concurrents constitue un objectif commun à toute situation en laquelle une autorité doit prévenir ou résoudre un conflit entre des libertés et droits fondamentaux. De même, les recours à des autorités indépendantes de régulation s'inscrivent dans une tendance plus générale au décloisonnement de l'administration (*Verzelfstanding*).

(146) Cf., à propos du droit économique, J. Mertens de Wilmars, « De rechter in het economisch recht », *R.W.*, 1976-1977, col. 259; du droit public de l'économie, J.-Ph. Colson, *op. cit.*, pp. 16-17.

(147) Telle que nous l'avons conçue à la faveur de l'approche finaliste.

(148) Celle-ci s'entend d'une forme d'intervention administrative consistant à « réglementer et surveiller l'ensemble des activités privées, de manière à prévenir les excès dans le jeu des activités individuelles susceptibles de nuire à l'intérêt général ou de porter atteinte à la liberté égale d'autrui » (M.-A. Flamme, *Droit administratif*, Bruxelles, 1989, p. 1103). Un aperçu de quelques définitions de la notion de « police administrative » est donné par Fr. Jongen, *La police de l'audiovisuel*, ..., pp. 48-50.

(149) Ph. Quertainmont, *Droit administratif de l'économie - L'interventionnisme économique des pouvoirs publics*, 3^e éd., Diegem, Story-Scientia,

sort également d'une comparaison entre les formes dans lesquelles sont adoptées les mesures de police administrative (150) et les mécanismes de régulation dont nous avons précédemment donné un aperçu.

Distinction selon les secteurs régulés

59. — A cette assimilation des régulations économiques à la police administrative de l'économie, on objectera sans doute que la régulation de certains secteurs dépasse les seules préoccupations de « filtrage » de l'accès à ceux-ci et de « surveillance » des acteurs qui y évoluent, pour recevoir également une dimension de « promotion » de la concurrence, là où celle-ci n'y est pas garantie naturellement (151); il s'agirait là effectivement d'une fonction étrangère à la police administrative. Cela étant, cet encouragement de la concurrence n'est caractéristique que des seuls secteurs d'activités de réseaux; dans les autres « lieux » de la régulation, il reste difficile — quoique le débat soit très ouvert (152) — d'y déceler autre chose que de la police administrative de l'économie, fût-elle influencée par les courants nouveaux qui traversent l'action des pouvoirs publics (153) et au nombre desquels on relèvera la substitution de l'administration concertée à l'administration autoritaire (154), le recours plus large aux formes contractuelles dans l'intervention publique (155), l'abandon d'un droit intemporel au profit d'instruments juridiques plus flexibles (156), la tendance à un degré élevé de spécialisation, le « décloisonnement » de l'administration,...

* * *

2000, pp. 152-155; M.-A. Flamme, *op. cit.*, pp. 1111-1113. Cf. également la conception de François Jongen, pour qui la police administrative doit être appréciée plus largement qu'en ayant égard à sa seule vertu limitative : « La police administrative recouvre l'ensemble des interventions ponctuelles mues par ou à l'initiative de l'autorité administrative compétente aux fins de garantir le fonctionnement harmonieux et conforme à l'intérêt général d'une activité sociale » (*La police de l'audiovisuel*, ..., p. 50).

(150) Ph. Quertainmont, *op. cit.*, p. 149.

(151) M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *op. cit.*, p. 612.

(152) Cf. notamment les interventions de D. De Roy, M.-A. Frison-Roche et J.-Y. Cherot, lors du colloque *Droit de la régulation - Questions d'actualité* ..., pp. 45-46.

(153) Pour une illustration de ce que la perception des systèmes de régulation doit être considérée dans le cadre plus général d'une analyse des transformations de l'action des pouvoirs publics, cf. L. Rapp, « Le droit public, l'économie et la régulation », *Droit de la régulation : questions d'actualité*..., pp. 50-52.

(154) X. Delgrange, L. Detroux et H. Dumont, *op. cit.*, p. 41; Ph. Quertainmont, « Les nouveaux instruments contractuels utilisés par l'administration et la compétence du juge administratif », *T.B.P.*, 2000, p. 39; R. Andersen, « Autorité et contrat dans l'administration moderne en Belgique », *Annuaire européen d'administration publique*, 1997, spéc. pp. 40 et s.

(155) D. De Roy, « La nature juridique des contrats de gestion d'entreprises publiques : à la recherche de l'introuvable? », *J.T.*, 2002, pp. 393 et s.

(156) G. Timsit, *op. cit.*, p. 377; X. Delgrange, L. Detroux et H. Dumont, *op. cit.*, p. 41.

60. — Evidemment, voir dans les régulations économiques une manifestation « rafraîchie » de la police administrative de l'économie et trouver en celle-ci le seul commun dénominateur à tous les systèmes de régulation, conduira peut-être à douter de l'intérêt de la définition d'une nouvelle branche du droit. Ce constat s'impose d'autant plus que l'analyse des systèmes de régulation paraît s'intégrer harmonieusement dans les enseignements traditionnels du droit public de l'économie. Ainsi, nous inspirant d'une analyse selon laquelle les objectifs assignés à l'action administrative dans la vie économique peuvent être classés en trois catégories (prescription - limitation, gestion - prestation, stimulation - soutien) (157) nous observerons de manière très schématique et simplificatrice que les systèmes de régulation empruntent aux fonctions de prescription-limitation et stimulation - soutien dans les secteurs d'activités de réseaux (158) et à la seule fonction de prescription - limitation dans les autres secteurs. Au regard de cette approche du droit administratif de l'économie, l'appréhension des secteurs régulés par des fonctions traditionnellement exercées par l'administration dans les sphères économiques ne semble pas légitimer la reconnaissance d'une nouvelle branche du droit, sauf à en limiter strictement le champ d'application aux seuls secteurs d'activités de réseaux où l'intervention des pouvoirs publics a récemment connu une profonde transfiguration.

61. — Par contre — et c'était la deuxième hypothèse de reconnaissance d'une nouvelle branche du droit (159) — si l'on s'accorde à observer que l'action des pouvoirs publics (160) est profondément conditionnée par divers phénomènes et évolutions qui commandent de la soumettre à des regards nouveaux et de renoncer à l'image d'une administration monolithique, autoritaire, opaque et éloignée des réalités qu'elle doit rencontrer, cette *approche nouvelle* d'enjeux encadrés de longue date par des appareillages juridiques pourrait justifier une certaine reconnaissance d'un « droit de la régulation » ou, à tout le moins, la curiosité spécifique qu'éveillerait alors les autorités et mécanismes de régulation.

David DE ROY,

*Référendaire près la Cour de cassation
Chercheur au Centre de recherches
informatique et droit (F.U.N.D.P.-Namur)*

Robert QUEECK,

*Directeur adjoint du Centre de recherches
informatique et droit (161)
Maître de conférences aux F.U.N.D.P.-Namur*

(157) Voy. l'analyse de la fonction et de l'action administratives, que propose Ph. Quertainmont (*op. cit.*, pp. 143-255).

(158) A certains égards, on pourrait même soutenir qu'ils empruntent également à la fonction de gestion-participation, particulièrement lorsque l'Etat contribue au financement de services obligatoires additionnels au service universel.

(159) Cf. ci-dessus, n° 57.

(160) Considérée de manière générale ou, plus particulièrement, dans la vie économique.

(161) Les auteurs remercient Chr. Lazaro, qui leur a fait part des observations pertinentes inspirées par la lecture du manuscrit.