

Journée des docteurs en droit public
économique
Seconde édition

Citer cette publication : « Journée des docteurs en droit public économique – Seconde édition », Revue générale du droit, Colloques, 2014. Publié sur www.revuegeneraledudroit.eu

Avant-propos	5
Première table ronde. Actualité de la régulation économique.....	7
I. Présentation des thèses.....	7
II. Définition de la régulation	15
III. Matérialisation de la régulation	21
IV. Méthodologie de la recherche	32
Seconde table ronde. Actualité de l'européanisation de l'action publique économique	36
I. Présentation des thèses.....	36
II. Légitimité de l'européanisation	40
III. Étendue de l'européanisation	48
IV. Méthodologie de la recherche	65

Présentation des intervenants



Sébastien Brameret, maître de conférences à l'Université Pierre Mendès France (Grenoble II) ; vice-doyen de la Faculté de droit, chargé des relations internationales ; membre du Groupe de recherches en droit public économique (GRDPE). Ses travaux portent principalement sur le droit public économique, et le droit de la commande publique, mais également sur le droit public britannique.

CV détaillé disponible sur le site web personnel : www.brameret.eu



Dorian Guinard, maître de conférences des Universités à l'IEP de Grenoble, membre du Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense. Ses travaux portent sur le droit de la concurrence de l'Union européenne et le droit administratif (droit de la concurrence et de la commande publique).

Page web sur le site de l'IEP de Grenoble accessible à l'adresse : <http://www.sciencespo-grenoble.fr/blog/membres/guinard-dorian/>



Benjamin Lavergne est docteur en droit de l'Université de Toulouse, maître de conférences en droit public à l'Université François Rabelais de Tours et membre du Laboratoire d'Etude et de Recherche sur l'Action Publique (LERAP). Ses travaux concernent le droit administratif et portent plus précisément sur l'évolution des moyens de l'action publique (théorie et contentieux des actes administratifs) et sur la propriété des personnes publiques.

CV en ligne sur le site de l'université de Tours : <http://www.univ-tours.fr/m-lavergne-benjamin-304063.kjsp>



Claire Mongouachon, docteur en Droit public, est maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, et membre du Centre de recherches en droit public (CRDP). Elle est co-responsable du M1 Droit et Economie. Ses activités de recherche portent sur le droit public économique, et plus particulièrement le droit de la concurrence. Ses travaux intègrent également une dimension philosophique et comparative (en particulier, l'ordolibéralisme et le droit allemand).



Romain Rambaud, maître de conférences à l'Université de Bourgogne, Centre de recherche et d'étude en droit et science politique. Ses travaux portent sur le droit public économique français et européen, notamment sur la régulation économique, ainsi que sur le droit électoral et constitutionnel.

Page web sur le site de l'Université de Bourgogne accessible à l'adresse : <http://credespo.u-bourgogne.fr/equipe/droit-public/392-rambaud-romain.html>



Arnaud Sée est Maître de conférences en droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, où il enseigne le droit administratif, le droit des contrats publics et le droit de l'Union européenne. Ses domaines de recherche portent sur le droit et le contentieux administratif, ainsi que le droit public des affaires et le droit des contrats publics. Il a étudié à l'université de Strasbourg, au sein de laquelle il a soutenu sa thèse de doctorat (La régulation du marché en droit administratif, étude critique, 2010) et a obtenu un DEA de droit public et un DEA de droit des affaires. Arnaud a été en outre professeur invité des Universités du Caire (Egypte), de Potsdam (Allemagne) et de Bologne (Italie).



Fabien Tesson, maître de conférences à l'Université d'Angers, membre du Centre Jean Bodin. Ses travaux portent sur le droit de l'Union européenne et le droit administratif. En particulier sur le droit public des affaires, le droit des collectivités territoriales et celui de l'énergie, envisagés notamment sous l'angle des rapports entre droit de l'Union européenne et droit interne.

Page web sur le site de l'Université d'Angers accessible à l'adresse : http://www.univ-angers.fr/fr/_plugins/mypage/mypage/content/f.tesson.html

Avant-propos

La Revue générale du droit ([RGD](#)) publie l'intégralité des débats issus de la seconde édition de la *Journée des docteurs en droit public économique*, organisée par le Groupe de recherches en droit public économique ([GRDPE](#)) de la [Faculté de droit de Grenoble](#)¹.

Créée en 2006, cette journée d'étude a pour ambition de favoriser la rencontre entre chercheurs autour de thématiques liées à l'actualité de la recherche doctorale dans le domaine du droit public économique. Pour cette nouvelle édition, les organisateurs de la Journée ont souhaité rompre avec le cadre traditionnel des colloques universitaires, en privilégiant l'échange et la discussion autour de problématiques communes à plusieurs recherches doctorales, soutenues entre 2010 et 2012. Cette édition s'est déroulée le vendredi 8 février 2013, autour des travaux de :

- Dorian GUINARD, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de Services d'intérêt général*, L'Harmattan, 2012, 578 p.
- Benjamin LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, 613 p.
- Claire MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public. L'application par les autorités de la concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics*, Bruylant, 2012, 804 p.
- Romain RAMBAUD, *L'institution juridique de la régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, 2012, 930 p.

¹ Les participants à cette rencontre tiennent à remercier très chaleureusement le Professeur Philippe COSSALTER de leur avoir ouvert, par la présente publication, les colonnes de la Revue générale du droit.

- Arnaud SEE, *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, thèse, Université de Strasbourg, 2010, 794 p.
- Fabien TESSON, *Les limites de l'influence du droit du marché intérieur sur les activités administratives françaises*, thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2010, 623 p.

La journée d'étude était structurée autour de deux débats, animés par Sébastien BRAMERET. Chacun de ces débats était construit autour de quatre temps, permettant à chaque intervenant de présenter ses travaux, puis d'entamer une discussion sur des divergences (ou des convergences) doctrinales sur des thématiques contemporaines du droit public économique. Enfin, un dernier temps a été, lors de chaque débat, réservé pour discuter plus particulièrement avec les doctorant(e)s présents de difficultés de méthodologie liées à la recherche doctorale.

La table ronde de la matinée était consacrée au thème de « la régulation économique ». Est-elle une réalité juridique ? Existe-t-il différentes façons de l'appréhender ? Quels en seraient les outils de concrétisation ? Ces questions ont été abordées par la présentation croisée des points de vue, parfois divergents, de B. Lavergne, R. Rambaud et A. Sée.

La table ronde de l'après-midi a permis de revenir sur les vastes débats engendrés par la question de « l'eupéanisation de l'action publique économique ». Ce mouvement est-il bénéfique pour les personnes publiques ? Connaît-il – ou devrait-il connaître – des limites ? Les standards européens ont-ils vocation à remplacer les standards du droit administratif français ? Ces questions ont trouvé des éléments de réponse, grâce au dialogue entre D. Guinard, C. Mongouachon et F. Tesson.

Première table ronde

Actualité de la régulation économique

S. Brameret : À titre liminaire, j'aimerais remercier l'ensemble des participants aux débats de cette journée d'étude, d'une part de venir présenter les résultats de leurs travaux et participer ainsi au travail nécessaire de diffusion de la connaissance scientifique ; d'autre part d'avoir accepté de conduire une discussion autour de leurs recherches et non pas de se limiter à une « simple » présentation de leurs travaux.

Afin de faciliter la clarté des débats, cette table ronde sera structurée en quatre temps, vous permettant de présenter – rapidement – vos thèses (I), puis de discuter plus précisément de la notion de régulation (II) et sa matérialisation dans le paysage juridique (III), en particulier par le prisme de la *soft law*. Enfin, nous pourrions aborder des questions liées à la méthodologie mise en œuvre dans le cadre de vos recherches (IV).

I. Présentation des thèses

Je vous propose de commencer ce premier temps par une présentation sommaire de vos travaux, pour poser les termes du débat.

R. Rambaud² : Ma thèse s'inscrit dans le débat sur la définition de la régulation. Débat doctrinal s'il en est. C'est-à-dire d'essayer de définir la régulation et de lui attribuer un régime juridique.

Le point de départ de la recherche est commun au travail de beaucoup de gens qui réfléchissent sur la régulation : le constat de la multiplicité de définitions concurrentes, contradictoires, voire qui n'ont aucun rapport les unes avec les autres. Il existe quatre types de définition. La première est celle qui consiste à dire que la régulation n'existe pas (ce qu'A. Sée défend) ; la deuxième, que la régulation est la fonction des autorités administratives indépendantes ; la troisième, que la régulation est une nouvelle forme de normativité (ce qui rejoint les problématiques de B. Lavergne) ; la quatrième, que la régulation est une fonction administrative

² RAMBAUD (R), *L'institution juridique de la régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, 2012, 930 p.

de nature économique. À l'intérieur de cette dernière catégorie, beaucoup de définitions différentes existent : la régulation comme fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau ; comme conciliation d'objectifs économiques et non économiques ; comme fonction générale de l'État, c'est-à-dire la problématique de l'État régulateur de manière générale.

Ma thèse cherche à dépasser cette polysémie. Elle part du constat qu'aujourd'hui les questions de droit sont connues, les divergences sont actées, tous les arguments sont sur la table, mais qu'on n'arrive toujours pas à se mettre d'accord. L'idée est alors de penser que si le seul recours au droit ne permet plus d'avancer véritablement dans le débat sur la régulation, il faut aller voir ailleurs si on peut trouver de nouveaux éléments. Cet ailleurs est la théorie économique. L'hypothèse de départ est en effet que la régulation a un rapport particulier avec la théorie économique.

La problématique est d'essayer de définir la notion de régulation et de lui attribuer un régime juridique sur la base d'une analyse pluridisciplinaire, c'est-à-dire juridique et économique. Cela pose des problèmes méthodologiques considérables : faire communiquer le système juridique et le système économique est extrêmement complexe.

La thèse propose un modèle créé pour les besoins de la démonstration, appelé analyse néo-institutionnelle. Il s'agit de reprendre la théorie de l'institution juridique du professeur Hauriou³ et de la moderniser pour lui permettre de communiquer avec la théorie économique. J'ai utilisé pour ce faire la théorie autopoïétique du droit. C'est un modèle qui permet d'avancer dans le débat juridique de la régulation par la communication entre le droit et la théorie économique.

Les résultats que j'obtiens dans la thèse sont les suivants :

Dans la première partie, j'essaie de procéder à une déconstruction de la notion de régulation. Je démontre notamment que certaines conceptions de la régulation (je pense ici à la conception qui fait de la régulation une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseaux)

³ HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », in M. Hauriou., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, Librairie Bloud & Gay, 1925.

ont d'abord été liées à la théorie économique, plus précisément à l'analyse économique du droit, et plus précisément encore à une branche spécialisée de l'analyse économique du droit, l'économie des réseaux. Celle-ci a connu son heure de gloire dans les années 1980 et 1990. Elle continue aujourd'hui de peser. Je démontre que cette définition de la régulation procède directement de l'intégration en droit positif de ces conceptions économiques, notamment par l'intermédiaire du droit de l'Union européenne. Mais je démontre ensuite que cette conception initiale ne résiste pas à l'évolution du droit positif, ne résiste pas à l'évolution de la théorie économique elle-même, et ne résiste pas aux évolutions techniques qui marquent les industries de réseau. L'analyse pluridisciplinaire me permet d'infirmer la définition selon laquelle la régulation serait une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau. D'un point de vue théorique, l'analyse économique du droit a trop de faiblesses, notamment dans son rapport avec le droit : des hypothèses fausses (individu rationnel maximisateur, informations parfaites, non-réalisation de l'effet de club) et une absence de prise en compte de la réalité juridique.

Dans la seconde partie, je procède à une reconstruction. Je propose un autre modèle de communication entre le droit et la théorie économique. Dans cette partie de la démonstration, j'utilise une autre théorie économique : l'économie néo-institutionnelle. Un des points forts de la problématique est qu'en France, nous avons assez mal pensé les rapports entre le droit et la théorie économique. Aux États-Unis, ce courant s'appelle *Law & Economics*, et à l'intérieur de ce courant il y a plusieurs branches, dont l'une est très connue : l'*Economic analysis of law* (théorie néo-classique de Posner). Mais il y a beaucoup d'autres théories. En France, nous avons fait une erreur majeure de traduction, qui à mon avis pollue le débat sur les rapports entre le droit et la théorie économique depuis trop longtemps. L'expression « droit et économie » est plus large que celle d'« analyse économique du droit ». J'essaie alors de montrer que l'on peut utiliser des théories alternatives, et j'utilise l'économie néo-institutionnelle. Cette dernière s'intéresse aux organisations et aux rapports entre les organisations et les institutions. Par définition, c'est une théorie économique très proche des problématiques juridiques. C'est pour cela que cela fonctionne assez bien.

Sur cette base de la communication entre le droit et la théorie économique, je cherche d'abord à définir la notion de régulation. Il résulte de la convergence entre les disciplines que l'on peut envisager la régulation de la manière suivante : une fonction administrative nouvelle, prise en charge par une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante, visant à la mise en œuvre normative et contentieuse d'un ordre public économique ayant pour objet la recherche d'un équilibre entre l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques. Je me situe clairement dans la continuité des professeurs Frison-Roche⁴, Marcou⁵, Lombard⁶, et Autin⁷, qui font de la régulation une fonction de conciliation entre des objectifs économiques et non économiques. Ensuite, une fois cette définition proposée, je cherche à en décrire le régime juridique. Il ne s'agit pas d'élaborer un régime juridique parfait, complètement uniforme, mais plutôt de montrer qu'il y a un ensemble d'éléments convergents que l'on retrouve systématiquement concernant des autorités de régulation qui exercent ce type de fonction, et que tous ces éléments de régime juridique sont logiques et cohérents au regard de la fonction que prend en charge la régulation. On peut citer ici l'indépendance et l'impartialité de l'autorité, la rapidité, l'existence d'une procédure non contentieuse particulièrement ouverte sur l'extérieur, d'une procédure contentieuse particulière, etc. J'essaie de donner un régime juridique qui me semble cohérent au regard de la fonction que je dégage sur la base d'une recherche pluridisciplinaire.

Ainsi, dans la mesure où j'ai réussi à définir une fonction de régulation nouvelle et à lui attacher un régime juridique précis, j'en conclus que la régulation peut être considérée comme une authentique institution juridique du droit administratif français.

⁴ FRISON-ROCHE (M-A), « Définition du droit de la régulation économique », in FRISON-ROCHE (M-A) (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 13.

⁵ MARCOU (G), « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347.

⁶ LOMBARD (M), « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, pp. 531-532.

⁷ AUTIN (J-L), « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in RIBOT (C), AUTIN (J-L) (dirs.), *Environnements, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 439 et s.

A. Sée⁸ : Ma thèse propose une étude critique de la notion de régulation du marché en droit administratif. Elle tend à montrer que si la notion de régulation du marché est une notion du discours sur le droit – une notion de la doctrine – elle n’est pas une notion du droit positif, du droit administratif. J’ai par conséquent soutenu une thèse négative (*le reste est redondant*).

C’est un étonnement qui est à l’origine de ce travail. La notion de régulation du marché est apparue timidement en droit administratif positif. Cette émergence timide contraste nettement avec l’importance du discours doctrinal produit sur ce thème. C’est précisément l’intérêt de ces relations entre la doctrine et le droit positif qui est le cœur de cette thèse. Il est certain que la notion de régulation du marché est une notion du discours sur le droit, restait à savoir s’il s’agit d’une notion du droit positif, une notion du discours du droit. Ma thèse a répondu par la négative à cette question. Elle a montré que la notion de régulation du marché ne constitue pas une notion prescriptive, mais une notion descriptive. Pour arriver à cette conclusion, j’ai montré que la notion ne constitue pas une catégorie juridique du droit administratif. Cette notion ne désigne pas un objet spécifique en droit administratif, elle n’emporte pas l’application d’un régime juridique particulier.

J’ai montré tout d’abord que cette notion de régulation du marché ne désignait pas un objet nouveau en droit administratif. La méthode poursuivie a consisté à mettre à l’épreuve les différentes conceptions doctrinales du droit positif. L’identification de cette notion en droit positif révèle qu’elle a une faible utilité pour le droit administratif. On se rend compte qu’elle renvoie en réalité à des notions déjà existantes dans cette matière. Il est possible d’identifier (comme l’a fait R. Rambaud) la notion de régulation comme étant une fonction de la puissance publique, mais cette fonction n’apparaît pas réellement comme une fonction nouvelle de la puissance publique. Plus encore, il n’est pas possible de savoir qu’elles sont les autorités précisément chargées d’une telle fonction. Je ne crois pas qu’il existe un modèle d’autorité de régulation. Enfin, je crois que cette fonction ne s’exerce pas par des prérogatives de puissance publique particulières, ce sont au contraire des prérogatives très classiques du droit

⁸ SEE(A), *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, thèse, Université de Strasbourg, 2010, 794 p.

administratif qui sont mises en œuvre. En réalité, je me suis rendu compte que cette notion permettait à la doctrine de stigmatiser certaines évolutions contemporaines du droit administratif, mais des évolutions pourtant extérieures et antérieures à l'apparition de cette notion en droit administratif (par ex., émergence des autorités administratives indépendantes ou développement quantitatif de la *soft law*). On se rend compte que la régulation sert de paradigme à la doctrine, lui permettant de mettre en lumière la recomposition contemporaine du droit administratif.

La seconde partie de mon étude a révélé que la notion de régulation du marché ne détermine pas l'application d'un régime juridique très consistant en droit administratif. Bien au contraire, cette notion n'exclut ni l'application du droit administratif, ni le contrôle des juridictions administratives, à une exception près. Certes, il y a quelques originalités dans le régime juridique de la régulation du marché, mais elles ne sont pas spécifiques aux actes de régulation du marché. Elles ne peuvent donc pas être rattachées directement à cette notion en droit administratif. J'ai pu montrer en outre qu'il n'existe pas de droit de la régulation, conçu comme une branche du droit spécifique. On parle souvent de droit de la régulation sectorielle (par ex., le professeur Frison-Roche⁹). Je ne suis pas persuadé que cette branche du droit existe en tant que branche du droit autonome : ce qu'on appelle droit de la régulation aujourd'hui ne constitue qu'une application sectorielle des règles générales de la concurrence.

Au final, cette notion de régulation du marché apparaît comme étant dans l'antichambre du droit administratif positif. Il apparaît improbable qu'elle constitue aujourd'hui une catégorie du droit administratif positif. Elle n'en demeure pas moins une hypothèse théorique, permettant de stigmatiser certaines évolutions de la puissance publique et de l'intervention publique sur le marché. En cela, elle reste une hypothèse théorique qui mérite d'être conservée et débattue.

B. Lavergne¹⁰ : J'ai réalisé ma thèse sur la *soft law* en droit public français. L'idée était de transposer un concept connu du droit international public en droit interne. À l'origine, l'expression *soft law* désigne un ensemble de

⁹ FRISON-ROCHE (M-A), « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 611.

¹⁰ LAVERGNE (B), *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, 613 p.

dispositions déclaratoires, contenues dans les traités internationaux, et dont la force obligatoire est contestée. Son sens s'est progressivement diversifié, au gré de ses traductions françaises, pour désigner tout à la fois un « droit mou », celui qui concerne la nature de l'instrument utilisé, de l'*instrumentum* ; « un droit flou », celui qui s'intéresse à la qualité du contenu, du *negotium* ; et enfin un « droit doux », centré sur l'absence d'un élément extérieur à la norme, sa sanction. Dans ce cadre-là, il m'est vite apparu que la *soft law* est un concept doctrinal conservateur, en ce qu'il permet de rassembler un ensemble de phénomènes *a priori* éloignés des conceptions classiques du droit et de la norme juridique. Le concept de *soft law* frappe en outre (avec une mesure certaine) le droit public, qui s'est traditionnellement fondé sur les idées de puissance et de commandement. Bien souvent la *soft law* est accolée à la notion de régulation, comme l'un de ses moyens privilégiés, la régulation étant parfois définie, nous aurons sans doute l'occasion d'y revenir, comme une nouvelle forme de normativité.

Le point de départ de mon travail s'est tout d'abord focalisé sur la diversité, la polysémie des définitions données par les auteurs, afin de donner une unité à ce concept. Ma problématique s'attache à la question de savoir si la *soft law* peut s'envisager comme une norme juridique : il s'agissait dès lors d'examiner les relations qu'entretiennent la *soft law* et l'ordre juridique, le système normatif.

Dans la première partie, j'essaie ainsi de la délimiter dans l'ordre juridique et de l'épurer de certaines représentations doctrinales, ainsi que de la caractériser, en vue de la distinguer d'autres objets pouvant *a priori* se réclamer de ce concept. Il m'a semblé que la *soft law* n'est pas seulement un concept doctrinal, mais bien une *technique normative* utilisée par les autorités administratives, et notamment les autorités indépendantes. En dépassant le cadre strict du normativisme (point de départ de mon travail), une dissociation des normes dites « éthiques » permet d'envisager la *soft law* comme un *modèle de comportement recommandé*, c'est-à-dire un instrument de mesure, un guide d'action, mais qui n'offre pas la « mesure »¹¹ des comportements en terme de légalité ou d'illégalité. Le

¹¹ THIBIERGE (C), « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de Philosophie du Droit*, Dalloz, 2008.

destinataire d'une recommandation ne sait pas en effet *a priori* si respecter ou ne pas respecter ce modèle de comportement entraîne une illégalité ou une légalité.

Cette première étape de délimitation de l'objet m'a amené à devoir le singulariser pour arriver à ma propre définition. Cette opération m'a permis de voir que la *soft law* ne peut pas se rapprocher réellement d'autres procédés classiquement utilisés par les autorités administratives, telles que les directives, les circulaires et autres avis. Enfin, loin de remettre en cause les qualités, les caractères classiques de la norme juridique, j'ai envisagé la *soft law* comme un *accessoire* (au sens noble) de la norme juridique, dans la mesure où elle peut afficher avec elle une parfaite complémentarité. La *soft law* permet en effet, dans un rapport descendant, d'interpréter ou de rappeler la réglementation et, dans un rapport ascendant, de recommander son changement. La *soft law*, si hétérogène au point de départ, peut donc être ramenée à une certaine unité autour de la notion de technique recommandatoire. Il s'agit alors d'une technique normative, dans le sens où elle indique un modèle de comportement, mais non juridique en ce qu'elle correspond à une formulation particulière des énoncés – qu'ils soient contenus dans un acte juridique ou non –, qui n'ont pas la signification d'un commandement, mais d'une recommandation.

Cette identification devait être complétée pour savoir dans quelle mesure cette technique peut s'intégrer à l'ordre juridique. La seconde partie a donc pour ambition d'examiner les relations dynamiques qui se nouent entre le système normatif et la *soft law*.

J'arrive à la conclusion que l'ordre juridique opère une *réception graduée* de la technique, parce qu'elle oscille entre une absence totale de prise en considération (la fermeture du recours pour excès de pouvoir contre les recommandations) et une reconnaissance ponctuelle de ses effets, qui deviennent des effets juridiques, notamment par un contrôle indirect des décisions de publier certaines recommandations et l'admission d'une responsabilité de la puissance publique dans certains cas.

Enfin, cette question des relations entre la *soft law* et l'ordre juridique ne pouvait être complète qu'à la condition de les envisager de manière réciproque. Si l'ordre juridique consacre certains effets à la technique recommandatoire, il est constant qu'elle l'affecte en retour, notamment au regard du principe de sécurité juridique. C'est à l'aune de ce principe de

sécurité juridique que la *soft law* est combattue par l'ordre juridique, notamment dans son aspect matériel, c'est-à-dire lorsqu'elle s'insère dans des actes juridiques, et notamment la loi. Sous l'action du Conseil constitutionnel notamment, les énoncés à la « normativité incertaine » sont évacués de la loi pour les déplacer dans des instruments considérés comme plus souples. À ce titre, la réintroduction des résolutions parlementaires paraît être l'aboutissement ultime d'un mouvement protégeant la qualité et la normativité de la loi, et montre la spécificité de l'acte de l'instrument de *soft law*, qui est le seul acte à même de pouvoir contenir ces énoncés. La technique recommandatoire retrouve une nature conservatrice, mais dans un sens renouvelé : elle permet de sauvegarder une certaine qualité inhérente et nécessaire à la norme juridique.

II. Définition de la régulation

SB : Premier temps de cette table ronde, la notion de régulation. Que doit-on entendre par régulation, et qu'est-ce qui justifie sa popularité ?

RR : La notion a connu du succès parce qu'elle permettait d'expliquer tout et n'importe quoi au début. Toutes les nouveautés juridiques apparues autour des années 1980 ont été expliquées par l'appel à la régulation. Cela a commencé avec les AAI, pour désigner leurs fonctions. Le même raisonnement a été adopté, à propos de la *soft law*, assimilée à une technique de régulation. Idem pour l'ouverture à la concurrence des industries de réseau. C'est un mot-valise permettant d'y mettre toutes les évolutions contemporaines du droit administratif. D'où son succès.

SB : Et comment passe-t-on de la valise au concept juridique ?

RR : Quand la doctrine construit et que le droit positif évolue.

AS : J'abonde totalement dans le sens de R. Rambaud pour dire que s'il y a eu grand débat doctrinal sur la question, c'est d'abord parce que le juge ou le législateur ou le droit positif en général ne s'est jamais prononcé sur ce qu'est la régulation. Par conséquent, aujourd'hui on peut avoir diverses conceptions de la notion. Il n'y en a aucune de certaine en droit positif, car celui-ci n'en fournit pas de définition ni d'élément permettant de penser à un régime juridique qui y serait particulièrement attaché. Je crois aussi que ce qui a justifié la mode de la régulation, c'est l'évolution du droit

administratif. Ce dernier a été profondément bouleversé, ces dernières années, à plusieurs niveaux. Cette notion indéfinie permettait de mettre un mot sur une évolution et peut-être de stigmatiser des évolutions contemporaines du droit administratif. Reste qu'encore une fois ces évolutions ne sont pas cantonnées à l'usage de la régulation en droit positif ; ce sont des usages qui dépassent largement cette évolution en droit positif.

BL : Le succès de la notion explique peut-être également la virulence des oppositions doctrinales. La régulation n'est pas véritablement un *donné* identifiable, mais davantage un *construit*. Il n'y a pas un interprète authentique qui pourrait réguler ce débat, le Conseil d'État ou le législateur employant le terme de manière quasiment indifférenciée, et sans véritablement trouver de logique. C'est donc un débat qui reste à mon sens au niveau du métadiscours.

AS : Je crois qu'il existe peut-être un modèle, conscient ou non, de ce qu'est la régulation : l'idée d'un secteur ouvert à la concurrence, d'une autorité indépendante qui interviendrait dans le secteur, du développement de la concurrence dans ce secteur. C'est un modèle qui revient assez souvent. Mais en droit positif, la régulation ne se limite pas à ces éléments.

RR : C'est vrai, mais dans ces éléments figure une rationalité, alors que dans les autres utilisations, il n'y en a pas. Il y a quand même beaucoup d'utilisations qui ne servent à rien ; mais il y a un domaine dans lequel ces utilisations ont une rationalité. Donc il est possible de penser, sur le fondement de cette rationalité, à une notion et à un régime juridique.

AS : Si en effet il y a une spécificité de ces éléments, mais que l'on retrouve cette spécificité dans d'autres domaines, comment peut-on arriver à une cohérence, d'un point de vue doctrinal ?

RR : C'est quelque chose qui ne me dérange pas. Par exemple, l'acte administratif unilatéral est utilisé en matière de police aussi bien qu'en matière de service public. Ce n'est pas pour autant que la police et le service public peuvent être assimilés. Ce qui compte est la fonction. Si, à partir de la fonction, existe un ensemble d'éléments qui sont organisés de manière relativement cohérente autour de cette fonction, cela veut dire qu'il existe quelque chose. Ce n'est pas parce qu'une autorité de régulation

utilise des actes administratifs unilatéraux, de la *soft law* ou autre chose que la régulation n'existe pas.

BL : Le problème est que l'on argue souvent du fait qu'il y a un régime particulier s'agissant des actes « souples » des autorités administratives indépendantes, et ce n'est pas le cas. On avance par exemple le fait que le Conseil d'État a admis le recours en annulation à l'encontre d'un refus de recommander du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), pour en déduire une spécificité contentieuse propre à « l'acte de régulation »¹². Théoriquement, la règle du parallélisme des recevabilités veut en effet que refuser de prendre un acte non décisoire ne soit pas recevable à l'excès de pouvoir, parce que l'acte qui est refusé est lui-même irrecevable... Un refus de recommander ne devrait donc pas être recevable. Or, les prétendues « recommandations » prises sur le fondement de l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 en matière de respect du pluralisme des courants de pensée et d'opinions sont bien des actes réglementaires¹³. Il n'y a donc pas de dissociation du régime de recevabilité : c'est bien un refus de *réglementer* et non de *recommander* que le juge a accepté de contrôler.

AS : La doctrine cherche systématiquement des spécificités dans le domaine de la régulation. Dans certaines analyses notamment, les auteurs mettent en avant l'idée d'une spécificité, alors qu'en réalité il n'y en a pas. La doctrine est un peu endogamique sur la question. Dans un premier temps (années 1990), certains auteurs se sont basés sur des conceptions doctrinales pour considérer que c'était du donné ; que la définition proposée par le professeur Chevallier de la régulation¹⁴ était un fait non contestable, sur laquelle il était possible de s'appuyer pour développer des analyses. La difficulté est qu'en ne remettant pas en cause, ou n'examinant pas la doctrine initiale, certains auteurs se sont fondés sur des conceptions très contestables. Cela a engendré ce genre de « dérive ». On constate une sorte de tentation du spectaculaire.

SB : R. Rambaud et A. Sée, pourriez-vous présenter les arguments principaux qui vous permettent d'arriver à des conclusions contraires ?

¹² CALANDRI (L), *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit., spéc. pp. 567-573.

¹³ CE, ass., 8 avril 2009, *MM. Hollande et Mathus*, n° 311136.

¹⁴ CHEVALLIER (J), « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2011, n° 3, p. 827 et s.

RR : Je n'ai pas une approche purement contentieuse de la question. Quant aux éléments purs de régime juridique, on peut citer les suivants : il y a beaucoup d'autorités administratives indépendantes / autorités publiques indépendantes ; elles ont très souvent un cumul de pouvoirs normatifs et contentieux. On leur applique le principe d'impartialité de l'article 6 §1 de la CEDH, elles sont indépendantes¹⁵. On retrouve également l'usage de *soft law*, les pouvoirs de sanction, cumulés avec un pouvoir de règlement de différends (avec un partage entre le juge administratif et le juge judiciaire qui correspond à la logique de la fonction de régulation), la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État sur le fondement de R. 311-1 CJA (réf. à la notion d'autorité de régulation et de contrôle). Dans une perspective non purement contentieuse, on retrouve cette logique fonctionnelle nouvelle, rationnelle : promouvoir l'efficacité économique et la concilier avec d'autres intérêts. C'est une fonction nouvelle. Avant, en droit administratif, on avait l'État gendarme et l'État providence. Désormais, c'est l'apparition de l'État régulateur, caractérisé par l'idée d'efficacité économique.

BL : Depuis l'arrêt *Blanco*¹⁶, le droit administratif n'est pas autre chose qu'un droit d'équilibre...

RR : Je suis d'accord. C'est l'une des plus importantes difficultés de la régulation. Il y a certaines conceptions qui sont tellement diluées qu'elles pourraient définir le droit public économique (voire le droit) dans son ensemble. Mais ma thèse est que c'est la première fois que l'on voit apparaître une fonction administrative dont le but est de promouvoir une efficacité économique.

BL : C'est donc la nature de l'équilibre qui change ?

RR : En réalité, l'équilibre existe toujours. Heureusement que l'on n'a pas une fonction administrative qui consisterait exclusivement à promouvoir l'efficacité économique.

BL : Cela dépend de ce que vous considérez comme relevant de l'intérêt général. Si l'efficacité économique est intégrée à l'intérêt général, alors le

¹⁵ CJUE, 9 mars 2010, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-518/07.

¹⁶ TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. 61.

droit administratif est un droit d'équilibre entre l'intérêt économique et les intérêts privés.

RR : Dans la régulation, il y a une idée de promotion de l'efficacité économique. C'est quelque chose de proactif. Son but est de mettre de l'efficacité économique dans la machine, et de concilier cette efficacité économique avec d'autres impératifs. C'est pour cela que je n'aime pas les définitions fondées sur l'idée de conciliation des impératifs économiques, ou non économiques. Je trouve cela trop imprécis : cette définition peut s'appliquer à tous les phénomènes de droit public économique. D'où la mise en avant de la théorie économique et de l'idée d'efficacité économique. La fonction nouvelle réside dans sa promotion.

AS : Ce qui est étonnant, c'est que nous avons les mêmes arguments, dont nous nous servons pour des démonstrations exactement opposées. Je reste circonspect sur la fonction de conciliation. D'abord parce que, comme l'a dit B. Lavergne, le droit administratif est un droit de conciliation de l'intérêt général avec les libertés individuelles, voire certains intérêts généraux entre eux. Je crois qu'il y a une évolution, qui dépasse la régulation : l'inclusion de la concurrence comme un élément de l'intérêt général. C'est une évolution certaine et qui dépasse le strict cadre des secteurs régulés. Mais, au-delà, je ne vois pas en quoi concilier un intérêt général économique avec d'autres éléments d'intérêt général constitue une nouveauté dans la fonction de régulation. Pour vous, cette fonction de régulation serait trop imprécise, mais qu'est-ce que l'efficacité économique ? Peut-il y avoir une seule conception de l'efficacité économique ? Je ne pense pas que cette façon de présenter les choses permette de clarifier la notion. Au contraire, elle permet de la rendre encore plus diluée, afin d'y voir une nouveauté qui n'existe pas. L'efficacité économique, on la trouve dans l'arrêt *Ville Nouvelle Est*¹⁷ quant le Conseil d'État applique la théorie du bilan ; on la trouve dans toutes les décisions dans lesquelles le juge administratif concilie deux impératifs divergents. Je ne pense pas qu'il s'agit d'une nouveauté en général.

RR : En premier lieu, je suis d'accord avec l'idée que l'efficacité économique et la concurrence se diffusent dans tout le droit administratif. Mais la spécificité de la régulation est qu'il s'agit d'une fonction, d'un but.

¹⁷ CE, 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement*, Rec. 409

Ce n'est pas la même chose de dire que l'administration doit respecter une certaine forme de fonctionnement économique et rationnel et de créer une fonction dont c'est le but.

En second lieu, je n'utilise pas le terme efficience, mais plutôt celui d'efficacité, pour pouvoir prendre un recul critique par rapport à ce qu'expose la théorie économique. Néanmoins, j'utilise ce terme d'efficacité économique, car je lui donne une connotation scientifique : l'efficacité économique est l'allocation optimale des ressources. Il est possible de discuter de ce que cela veut dire scientifiquement parlant. Mais il y a une connotation scientifique derrière ce terme : c'est pour cela qu'il me semble plus précis.

SB : Ce faisant, ne repoussez-vous pas la difficulté de l'efficacité à l'optimalité ?

RR : Oui, mais l'optimalité signifie quelque chose, scientifiquement parlant, d'un point de vue de la théorie économique. L'optimalité est l'objectif d'une science qui a deux siècles, la théorie économique.

AS : Je vais me faire le porte-parole d'un courant auquel je n'adhère pas vraiment : la théorie réaliste du droit. Je dirais que l'efficacité économique est ce que l'autorité va définir comme étant l'efficacité économique, et ce que le juge définira par la suite comme étant l'efficacité économique. Ce n'est pas du tout ce qu'une norme aurait pu définir au départ, mais ce que l'autorité normative aura pour fonction de désigner.

RR : Je ne suis pas réaliste. Je ne crois pas que l'on puisse affirmer que l'efficacité économique ne désigne rien de précis. Je pense que cela a un sens. On recherche l'efficacité économique. Le but est de la trouver. On peut avoir des divergences sur la façon de la trouver. Mais ce n'est pas exactement la même question de ne pas savoir la trouver et de ne pas l'avoir comme objectif.

SB : Cela nous ramène à la question de l'utilisation d'arguments identiques pour apporter une démonstration opposée...

AS : Il y a des éléments de régime juridique souvent présentés comme des éléments directement rattachés à la notion de régulation. Ce sont des éléments communs à nos deux thèses. Vous évoquez notamment le fait qu'une partie du contentieux soit transféré au juge judiciaire ; les garanties de l'article 6 §1 CEDH ; l'indépendance ; le cumul des pouvoirs ; etc. Je

crois qu'il y a des éléments d'originalité du régime juridique. Il y a des choses un peu curieuses par rapport à la « normalité administrative ». Mais je ne crois pas que ces éléments de régime juridique soient spécifiques ni propres aux autorités de régulation.

SB : A. Sée, vous soulevez un contre-exemple dans votre thèse. Pourriez-vous revenir dessus ?

AS : Il s'agit d'une décision du début des années 2000. Le Conseil d'État considère qu'un régime juridique est attaché explicitement à la fonction de régulation du marché. C'est la mise à l'écart du principe de proportionnalité des peines. Plusieurs décisions du Conseil d'État vont dans ce sens. Le juge justifie l'éviction de ce principe par la fonction de régulation de l'autorité en question. La difficulté est que depuis dix ans le juge n'a rendu aucune décision allant dans le même sens.

III. Matérialisation de la régulation

SB : Second temps de cette table ronde, les rapports entre régulation et *soft law*. L'idée de régulation est apparue au début de votre intervention, puis a disparu. Pourriez-vous revenir sur ce lien entre *soft law* et régulation ? Existe-t-il un lien d'automaticité entre la régulation et la technique que B. Lavergne qualifie de « recommandatoire » ?

AS : Sur le plan historique, la régulation est avant tout une hypothèse théorique. C'est la conception du professeur Timsit¹⁸, qui a élaboré une théorie sur le droit, consistant à dire qu'il existerait une nouvelle forme de droit que serait le droit-régulation. Cette théorie a été reprise par certains auteurs, notamment Laurence Calandri¹⁹ qui tente d'identifier la notion de régulation en droit positif. Dans cette identification, elle considère que la régulation peut être identifiée dans les normes molles édictées par les autorités administratives indépendantes (AAI). Je pense que c'est peut-être le seul point d'accord de cette table ronde que de considérer que cette conception est un peu étonnante, et peut-être un peu contestable, pour

¹⁸ TIMSIT (G), « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP*, 2004, n° 1, p. 5 et s.

¹⁹ CALANDRI (L), *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, 2009, 752 p.

plusieurs raisons. D'abord, les normes molles sont bien antérieures et dépassent largement le cadre de la simple régulation sectorielle ou économique. On en trouve certaines qui sont adoptées par des ministres ou des autorités centrales. On en trouve dans l'histoire du droit administratif bien avant l'apparition de la notion de régulation, et je crois que le lien entre la normativité molle et les autorités administratives indépendantes est un lien un peu trop rapide. Les normes molles dépassent largement le cadre des AAI. Ce qui a peut-être justifié le développement de ces conceptions est l'accroissement quantitatif du recours aux normes molles par les AAI. Il est certain que les autorités administratives indépendantes ont un recours quasiment systématique à ce type de norme. Mais, sur le plan qualitatif, il n'y a pas dévolution de la technique juridique à mon sens.

BL : Je vais abonder largement dans ce sens-là. Faire le lien entre ces « normes molles » et la régulation est séduisant. Le problème est qu'elles ne correspondent pas à une technique nouvelle : il s'agit donc d'un saut plus quantitatif que qualitatif. Toute autorité administrative peut en ce sens prendre des actes « recommandatoires », et c'est d'ailleurs le principe même d'une autorité disposant d'un pouvoir discrétionnaire : elle peut choisir d'agir d'abord de manière souple et informelle. La question se déplace donc et devient : pourquoi une autorité administrative ayant des compétences décisionnelles préfère-t-elle ne pas utiliser ce pouvoir ?

Accoler la *soft law* et à la régulation contribue en outre à évacuer l'aspect organique de la définition de la régulation : les autorités administratives indépendantes sont un foyer privilégié d'édiction des normes molles, mais en aucun cas un foyer exclusif.

SB : Le développement quantitatif de la *soft law* est la traduction, le signe avant-coureur ou la conséquence d'une évolution plus profonde du droit administratif, entendu dans un sens classique de droit de la puissance publique ?

BL : À vrai dire je ne sais pas si cet état de fait va se généraliser. On a coutume de le dire, mais il n'y a pas vraiment de nouveauté depuis les années 1970. Tout au plus peut-on constater une concomitance avec le mouvement de déréglementation et un succès indéniable de cette technique.

AS : Il y a un grand intérêt pour les autorités administratives à utiliser la *soft law*. Le premier est que ces « normes » ne sont pas souvent décisives,

et donc peu contestables devant le juge de l'excès de pouvoir. C'est quelque chose d'assez intéressant pour l'autorité en question, d'édicter une sorte de recommandation, qui sera suivie par les acteurs du marché. La plupart du temps, elle met en œuvre la théorie des actes de langage, théorie sociologique qui veut que l'autorité de la norme ne résulte pas de son contenu, mais de son auteur.

BL : Oui, une des raisons qui commandent d'agir par la voie de recommandations est de limiter le risque contentieux. Le problème est que ce risque existe toujours, justement parce que ces actes comportent une indétermination sur leur nature juridique. *A priori*, on ne sait pas en effet quelle est leur nature, le législateur créant ces autorités restant bien souvent silencieux, et cela jette un flou sur le comportement des opérateurs. Doivent-ils se conformer à un acte dénommé « opinion », « recommandation » ou « ligne directrice » ?

Face à cette indétermination, le juge administratif trouve alors un pouvoir important dans leur requalification, ce qui aggrave le risque contentieux. Dans la mesure où il n'adapte pas ses méthodes, en recherchant bien souvent un impératif (comme il le fait pour les circulaires), le juge va pouvoir, au cours d'un recours pour excès de pouvoir, transformer la nature d'un acte *a priori* recommandatoire. Imaginons un opérateur économique qui n'a pas agi selon les termes de la recommandation – ce qu'il a en principe parfaitement le droit de faire – et voit cet instrument requalifié en *décision*. Le juge déclare tout simplement, avec un effet rétroactif, que le comportement qu'il a suivi pendant quelque temps était parfaitement illégal, puisque le modèle de comportement n'était pas recommandé, mais bien imposé. Le risque contentieux n'est donc pas totalement évité, car le juge peut parfaitement considérer qu'une « recommandation » n'est qu'une étiquette et qu'elle cache en réalité un impératif et un acte décisoire.

RR : On passe de plus en plus à des logiques démocratiques dans lesquelles l'intervention des citoyens, des parties prenantes, des intéressés est beaucoup plus écoutée qu'auparavant. C'est une évolution générale du droit public et du droit administratif. C'est l'idée d'une démocratie administrative. La *soft law* s'inscrit dans ce processus.

Ce développement n'entraîne pas pour autant la disparition de la puissance publique. De ce point de vue, la régulation fait figure d'exemple. Les normes molles existent dans la régulation, mais il ne faut pas oublier que les

autorités de régulation se caractérisent par des régimes juridiques qui peuvent aller assez loin du point de vue contraignant. Donc en fait, ce sont des phénomènes qui se superposent plutôt qu'ils se remplacent. Parmi les facteurs explicatifs figure un autre aspect : la complexité du monde qui augmente. Par voie de conséquence, les acteurs économiques ont besoin de plus de sécurité, ce qui appelle la production de nouvelles normes pour sécuriser les comportements. C'est une évolution logique avec la société.

SB : B. Lavergne, cela fait écho avec votre idée selon laquelle les autorités de régulation économique seraient un peu à part dans le monde des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, en ce que leurs normes auraient un caractère moins « recommandatoire » et beaucoup plus normatif que celles des autres autorités ?

BL : Je me suis rendu compte que les autorités de régulation économique n'occupent pas une place très importante dans ma thèse. Il y a une raison à cela : elles disposent de pouvoirs réellement contraignants, ce qui justement les singularise. L'Autorité de la concurrence par exemple, dispose de pouvoirs beaucoup plus développés que beaucoup d'autres autorités, pourtant qualifiées d'administratives indépendantes (parfois abusivement, comme la Commission de sécurité des consommateurs), mais dont le champ est limité à l'émission d'avis et qui n'ont pas de réel pouvoir de contrainte.

Lorsqu'une autorité administrative indépendante prend une recommandation, cela peut selon moi rester un acte unilatéral, malgré une éventuelle négociation préalable. Les opérateurs ont le choix d'appliquer ou non les décisions, le cas échéant en encourant le risque que l'autorité utilise des pouvoirs plus contraignants. Mais à mon sens, recommandation n'est pas nécessairement consensualisme, c'est même parfois aussi une marque d'unilatéralité. Il s'agit en effet d'une puissance publique qui se comporte autrement, pas avec moins de normes, mais avec d'autres normes.

RR : Pour les autorités de régulation, mais également pour certaines autres AAI, la négociation est importante dans l'édiction de la norme molle. Je pense ici à la Commission de régulation de l'énergie (CRE). Dans ma thèse, je commençais à aborder des domaines dans lesquels manifestement l'autorité n'avait guère de pouvoirs, comme pour l'élaboration des marchés de gros électriques. Dans ce domaine, juridiquement parlant, la CRE a beaucoup moins de pouvoirs : celui de faire des analyses de marché ou de

faire de petites recommandations. Mais en réalité, on voit dans les rapports que la CRE négocie avec les opérateurs économiques ce qu'il faudrait faire pour construire le marché en l'absence de norme contraignante et pose des normes, qui ne sont suivies que parce qu'elles sont acceptées.

BL : La *soft law* correspond à un acte négocié, bien entendu, cela fait partie des mécanismes permettant d'assurer *a priori* son application et son effectivité, mais ce n'est pas à mon sens systématique.

AS : J'abonde dans le sens de R. Rambaud sur l'aspect concertation/consultation préalable. D'un point de vue quantitatif, il y a un développement assez large des consultations publiques. Quand une autorité de régulation développe des lignes directrices, elle le fait souvent après avoir consulté des acteurs du marché pendant un certain temps. Mais là aussi, c'est une technique juridique qui n'est pas propre au domaine de la régulation et qui peut se retrouver en matière environnementale ou urbanistique par exemple.

Je suis plus circonspect quant à l'idée d'absence de pouvoirs de l'autorité de régulation. Je pense au contraire qu'elle a un pouvoir assez important, notamment un pouvoir discrétionnaire dans l'application de la règle de droit. Je crois justement que c'est ce qui lui permet d'avoir un pouvoir d'interpréter les normes qu'elle doit appliquer, des normes souvent très générales, très vagues, qui sont parfois des standards (par exemple, les règles de concurrence). La *soft law* permet de préciser cette interprétation, dans le but de sécuriser peut-être la position des acteurs du marché. J'ai plutôt l'impression que l'expression de la *soft law* est l'expression d'un pouvoir discrétionnaire, l'expression d'un pouvoir d'interprétation qui permettra de préciser une norme générale.

RR : Oui. En fait, quand j'ai dit qu'elle n'avait guère de pouvoir, je parlais plus précisément de zones spécifiques, dans la régulation de certains marchés, où il y a des zones de non-réglementation. Dans les domaines dans lesquels il y a un vide juridique, c'est la *soft law* qui va venir le combler. Cela ne s'oppose pas à l'idée de précision des normes. Cela se complète bien au contraire.

SB : Si l'on aborde non plus une question quantitative, mais davantage qualitative : où s'arrête la *soft law* ? Par exemple, est-ce que les lettres d'observations provisoires, puis définitives adressées par les chambres

régionales et territoriales des comptes aux collectivités territoriales et autres organismes publics ou parapublics ?

BL : Dès lors qu'il y a un impératif, ou une obligation quelconque, on sort à mon sens du cadre de la *soft law*. La dénomination de l'instrument n'a plus alors d'importance, on ne sera plus dans la technique recommandatoire. Le problème est qu'*a priori* la détermination de ce qui est impératif est extrêmement difficile : le juge ne donne jamais les clefs pour distinguer ce qui est impératif de ce qui ne l'est pas. Dès lors qu'il y a une obligation et qu'il y a un mécanisme de sanction, on n'est plus dans le champ de la *soft law*, parce que la sanction révèle une obligation : elle n'est que la conséquence d'un impératif, d'une norme.

SB : De ce point de vue là, le juge financier fait de la recommandation. Les rapports d'observations définitives n'ont que peu de portée juridique concrète... Par contre, ils ont une réelle incidence et sont très souvent suivis par les organismes auxquels ils sont adressés.

BL : Bienvenue dans le monde de la *soft law* !

RR : Pour revenir sur le rapport entre régulation et *soft law*, je voudrais souligner qu'il existe une difficulté avec cette conception. En effet, il est étrange d'utiliser le mot régulation pour désigner la *soft law*, alors que ce mot est utilisé dans des centaines de textes juridiques dans un autre sens. Nous pouvons discuter du sens du mot régulation. Mais à chaque fois, les textes juridiques font référence à la régulation pour désigner des dispositifs juridiques qui ne concernent pas la *soft law*.

SB : De ce point de vue, faites-vous une différence entre les autorités administratives indépendantes et les autorités que l'on qualifie de régulation ? Existe-t-il une spécificité de l'autorité dite de régulation ?

RR : Pour moi, la différence originelle est la fonction prise en charge. C'est de cette fonction que vont dériver les différences de régime juridique. La régulation, si on la définit comme une fonction ayant pour objet de concilier un objectif d'efficacité économique avec l'exécution de politiques publiques, va impliquer un régime juridique beaucoup plus fort, en terme de pouvoirs, de cumul de pouvoirs, de régimes contentieux, etc. Il y a un régime associé à cette fonction particulière. Il y a beaucoup d'autres autorités administratives indépendantes qui n'ont pas cette fonction. Par conséquent, leurs pouvoirs sont de nature totalement différente. Certaines

autorités administratives indépendantes ont des fonctions plus traditionnelles de conseil de l'administration, voire de police. J'introduis ici une distinction conceptuelle : la matière économique n'est pas tout à fait la même que d'autres matières mettant en jeu les libertés. Conceptuellement, on peut réguler l'économie, ce qui paraît difficilement concevable avec les libertés. Ce n'est pas la même chose de réguler l'économie, c'est-à-dire d'intervenir de manière proactive, ou de réguler une liberté. Une liberté, ça se limite dans l'intérêt général et pour autrui, mais cela ne se régule pas.

AS : Pour revenir à la question du lien entre autorités administratives indépendantes et autorité de régulation, je ne le pense pas pour ma part. Je pense que les autorités de régulation ne se limitent pas aux autorités administratives indépendantes et qu'à l'inverse les autorités administratives indépendantes dépassent largement la régulation.

En droit positif, les autorités de régulation ne se limitent pas aux AAI. Certes, il y a de nombreuses autorités administratives indépendantes chargées d'une fonction de régulation, et cette prise en charge de la régulation par des autorités indépendantes se développe quantitativement, mais on constate en droit positif que certaines autorités, chargées d'une fonction de régulation, ne sont pas des autorités indépendantes. On peut citer, comme exemples, le ministre des communications électroniques, chargé d'une fonction de régulation ; les fédérations sportives, qui ont une fonction de régulation économique ; le Conseil national des ventes de meubles aux enchères publiques (établissement d'utilité publique), chargé par la loi d'une fonction de régulation ; ou encore l'autorité de régulation de la publicité (association loi 1901). En d'autres termes, en droit positif il n'y a pas de lien d'automatisme entre l'autorité de régulation et l'autorité administrative indépendante. L'autorité administrative indépendante est la forme privilégiée de la fonction de régulation, mais elle ne se limite pas à cela.

Pour le reste, les autorités administratives indépendantes ne sont pas toutes chargées d'une fonction de régulation. Les plus nombreuses et les plus anciennes (par ex. la CNIL et le CSA) sont chargées de préserver et de sauvegarder des libertés publiques. La question pourrait se poser de savoir si sauvegarder une liberté fondamentale est une activité de régulation, ce dont je ne suis pas persuadé, pour les mêmes raisons que R. Rambaud.

RR : Pour moi, la particularité réside dans le changement de paradigme. Désormais, on recherche l'efficacité économique. Cela ne signifie pas toujours ni la concurrence ni la liberté. Les théories économiques évoluent beaucoup pour expliquer que, dans certaines circonstances, la concurrence pure et parfaite ne fonctionne pas et qu'il faut trouver un autre équilibre.

SB : Assiste-t-on à une forme de récupération par le droit des notions de *soft law* et de régulation ?

BL : C'est une conséquence du fait que le juge n'adapte pas ses méthodes de contrôle. Il recherche toujours une obligation quelconque. Il a donc utilisé le critère de l'impérativité pour plusieurs types de recommandations : celles de l'Agence Nationale d'Accréditation et d'Évaluation en matière de Santé²⁰ ou celles de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'égalité (HALDE)²¹. Le Conseil d'État a repris ce raisonnement à propos des avis « spontanés » et sur demande de l'Autorité de la concurrence²². Il y a dès lors une forme de « juridicisation conditionnelle » de ces actes.

SB : Dans l'hypothèse où ces autorités se mettraient à prendre des mesures générales et impersonnelles, pourraient-on affirmer qu'elles feraient du droit et non plus de la *soft law* ?

BL : À mon sens oui. Le Conseil d'État a rendu deux décisions le 21 octobre 2012 allant dans ce sens. Celles-ci concernent deux espèces différentes, mais partagent un considérant de principe commun. Le Conseil d'État recycle le critère de l'impérativité, mais il semble le modifier légèrement : dans l'arrêt *Société Éditions Tissot* de 2007, le juge avait considéré que seules les recommandations générales de la HALDE « rédigées de manière impérative » pouvaient être envisagées comme décisives. Ce faisant, on a pu un temps penser qu'il s'était orienté vers un impératif dit « déontique », c'est-à-dire lié à la forme impérative de l'énoncé.

²⁰ CE, 26 septembre 2005, *CNOM*, n° 270234.

²¹ CE, 13 juillet 2007, *Société Éditions Tissot*, n° 294195.

²² CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193 ; CE, 11 octobre 2012, *Société ITM entreprises*, n° 346378.

Cette conception plus « objective » de l'impérativité est toutefois pernicieuse, car elle permet aux autorités indépendantes de faire échapper au contentieux leurs recommandations, à condition qu'elles manient une certaine prudence rédactionnelle. D'ailleurs, il est arrivé que certaines autorités réécrivent certaines de leurs recommandations précédemment annulées sur un ton moins impératif, mais pour *in fine*, recommander le même modèle de comportement...

Dans les deux arrêts du 21 octobre 2012, le Conseil d'État règle également la question de la recevabilité des recommandations à caractère individuel : elles peuvent désormais être envisagées comme décisives dans l'hypothèse où l'autorité « *pourrait ultérieurement sanctionner leur méconnaissance* ». On voit bien que le juge recherche à tout prix une obligation, à travers le prisme cette fois de la mise en œuvre possible d'une sanction...

AS : Le juge administratif est totalement indifférent à la forme de la *soft law*. Peu importe qu'elle soit qualifiée de circulaire, de recommandation, d'interprétation, etc. Seuls son contenu et son caractère général et impératif comptent. C'est logique : l'interprétation de l'autorité administrative me semble libre.

Par rapport aux avis de l'Autorité de la concurrence demeure cette formule un peu curieuse, suivant laquelle l'avis qui serait impératif et à caractère général serait décisive et donc contestable devant le juge. En pratique, tous ces avis mentionnent explicitement qu'ils ne lient pas l'autorité dans son pouvoir de décision ultérieur. Pour une raison pratique très simple : l'analyse d'un marché pertinent varie largement suivant que l'on se place dans un cadre consultatif ou contentieux au moment de la quasi-sanction. Donc l'avis de l'Autorité de la concurrence ne sera jamais considéré comme impératif parce que l'autorité ne se sent pas liée.

RR : Il y a quand même une autre évolution de fond. Cela fait un certain temps qu'il y a des évolutions, notamment du statut de l'Autorité de la concurrence. Il y a la prise en compte de l'idée que, même en matière de concurrence, il faut parfois poser des règles *a priori* et que l'on ne peut pas se contenter d'intervenir *a posteriori* sur des comportements anticoncurrentiels. Ce n'est pas un hasard si la décision du Conseil d'État du 21 octobre 2012 concerne la distribution à Paris : il y a un problème. Il faut véritablement organiser au préalable la concurrence, car le contrôle *a posteriori* ne suffit plus. Et je trouve que cela conforte ma thèse qui est de

dire que les autorités de régulation cumulent des pouvoirs normatifs et contentieux. Cela démontre que l'évolution du droit positif finit par reconnaître ce qui est nécessaire : la nécessité pour une autorité de régulation, qui a pour objectif de promouvoir une efficacité économique, de poser des règles *a priori*.

SB : C'est également l'objectif de l'Autorité de la concurrence, lorsqu'elle édicte un guide de la méthode de détermination des sanctions pécuniaires²³.

Auditoire : La recommandation n'est pas la seule technique. Après la recommandation, il existe bien souvent un pouvoir d'injonction. Cela vous amène-t-il à appréhender différemment la notion ?

BL : Cela traduit les deux méthodes du juge relatives aux recommandations. Il y a une première méthode *in abstracto*, qui insiste sur les pouvoirs conférés à l'autorité qui a pris l'acte contesté. Lorsqu'il y a un pouvoir de sanction qui peut être mis en œuvre, le juge considère que ces recommandations disposent d'une force obligatoire de principe, sans qu'il soit besoin de regarder *in concreto* si elles sont impératives. Ce sont alors toujours des actes décisives, à l'instar de certaines « recommandations » du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

Auditoire : À ce moment-là, « qu'est-ce que l'impératif », et surtout, comment le détermine-t-on ?

BL : Je n'en ai aucune idée précise, puisque le juge oscille entre plusieurs méthodes...

Auditoire : On a un peu l'impression que cela résulte de la manière dont les décisions sont formulées. Or, dans la pensée du droit civil en particulier, on définit l'impératif par la manière dont les acteurs sociaux perçoivent le document.

Sur les avis de l'Autorité de la concurrence : imaginons que, dans quelque temps, il y ait un contentieux devant le juge judiciaire, concernant des pratiques anticoncurrentielles. Imaginons que le juge judiciaire mobilise l'avis de l'Autorité de la concurrence et condamne. Ne retrouve-t-on pas un raisonnement assez proche de celui tenu à propos de la Haute autorité de

²³ Autorité de la concurrence, 16 mai 2011, « Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires », disponible sur le site Internet de l'Autorité, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>

santé ? C'est n'est pas un impératif, en tout cas ce n'est pas formulé de cette façon. Mais il y a des conséquences, puisque les acteurs vont tenir compte de ces évènements pour déterminer l'existence ou non d'une faute.

BL : Le raisonnement est tout à fait transposable. Soit l'impératif est un ton, un style rédactionnel, comme je l'évoquais avec réserve à l'instant. Soit l'impératif est déterminé de manière plus subjective en prenant en compte les effets de l'acte sur ses destinataires. Mais dans ce cas, et si l'on pousse à l'extrême le raisonnement, ne peut-on pas considérer que l'exercice même d'un recours pour excès de pouvoir est la manifestation d'un sentiment d'obligation pour celui qui l'exerce ?

Auditoire : De fait, le Conseil d'État a une approche beaucoup plus réaliste des choses des effets de la *soft law*. Ne voit-on pas un mouvement jurisprudentiel plus pragmatique ?

BL : Oui, il y a assurément une prise en compte croissante des effets de ces instruments atypiques sur les acteurs. D'où la mise en place progressive de mécanismes de responsabilité qui viennent pallier la fermeture du recours pour excès de pouvoir. Une recommandation prise dans des conditions fautives par une AAI peut alors engager la responsabilité de l'État²⁴. C'est alors une forme de réintroduction de la *soft law* dans le système normatif par une consécration de ses effets concrets.

D'une manière plus générale, il y a bien une *juridicisation* progressive de ces instruments et une extension de l'empire de la légalité. Les recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé en sont un bon exemple. Le Conseil d'État a récemment jugé qu'elles étaient bien des actes décisifs, dans la mesure où l'obligation déontologique du médecin qui doit assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science s'apprécie notamment à l'aune de ces recommandations²⁵.

²⁴ S'agissant des recommandations de la Commission de Sécurité des Consommateurs (CSC) : CE, Sect., 31 mars 2003, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, n° 188833 & 211756.

²⁵ CE, 27 avril 2011, *Association Formindep*, n° 334396.

IV. Méthodologie de la recherche

SB : D'un point de vue méthodologique, quelle a été votre démarche ? Avez-vous eu une approche inductive ou déductive de votre étude ?

BL : La méthode ne pouvait qu'être déductive. Il me fallait partir des hypothèses et des constructions doctrinales et les confronter à la réalité. Il fallait « tester » chaque conception, avant de reconstruire mon propre objet d'étude.

SB : Avec une difficulté particulière, celle de l'intégration d'une notion d'origine internationale. Comment est-ce que cela a influé votre réflexion ?

BL : Je me suis éloigné des conceptions internationales pendant un temps dans ma thèse, mais elles sont revenues vers la fin de mon travail. Pour ces auteurs, la *soft law* correspond à des dispositions purement déclaratoires contenues dans des traités internationaux. À cette « *soft law* matérielle », s'est ajoutée une autre manifestation, plus « formelle » : la multiplication d'instruments recommandatoires, telles les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui revêtent une double faiblesse normative (de la forme de l'*instrumentum* et de la teneur du *negotium*).

Les deux phénomènes concernent aussi le droit français. D'un côté les dispositions législatives « non prescriptives », « non normatives » ou à la « normativité incertaine » font par exemple l'objet d'un contrôle gradué par le Conseil constitutionnel visant à améliorer la qualité de la loi. D'un autre côté, on l'a dit, les recommandations inondent le droit de la régulation. La dualité de la *soft law*, dégagée en droit international public, se retrouve alors également en droit interne...

SB : Est-ce que votre conception a évolué entre le début et la fin des recherches doctorales ?

BL : Totalement. J'avais un *a priori* qui a évolué : je pensais pouvoir prouver que la *soft law* était quasiment du droit, ou qu'elle devait conduire à repenser les théories normativistes. Je me suis heurté à un principe de réalité : dire que la *soft law* est une norme juridique conduit tout simplement à ruiner la spécificité de l'objet « droit ».

Cette affirmation se heurte aussi à la réalité contentieuse, le juge administratif ne faisant pas évoluer son contrôle, en restant attaché au

critère de l'impérativité, d'essence évidemment normativiste. Je n'ai donc pas pu démontrer que la *soft law* est bien du droit.

Mais je ne suis pas pour autant un « normativiste pur » et il y a des points de passage entre droit et non-droit qui me semblent intéressants à soulever. Notamment lorsque le juge consacre certains effets de la technique, en introduisant notamment des mécanismes de responsabilité ou en acceptant de contrôler les décisions publiant certaines recommandations, qui les rendent donc plus visibles et aggravent leurs effets.

SB : Et dans votre cas, A. Sée ?

AS : Mon objectif n'était pas de faire une thèse négative, mais au contraire de rechercher quelles étaient les spécificités juridiques attachées à la notion de régulation juridique du marché. Ces spécificités, au fur et à mesure du temps, je n'ai pas réussi à les trouver. Du moins, celles qui apparaissaient de la façon la plus apparente étaient les plus contestables. C'est pour cette raison que l'orientation de ma thèse a complètement changé.

J'ai adopté une méthode complètement positiviste et conceptualiste. Une méthode certainement fermée au réalisme, mais qui permettait de répondre à ma problématique, qui était la question de savoir s'il s'agissait d'une notion du droit ou d'une notion du discours sur le droit. Je ne pouvais ni ne voulais élaborer une nouvelle théorie sur la notion de régulation ou élaborer un nouveau discours sur le droit. Par conséquent, j'ai d'abord eu une approche inductive, qui a consisté à rechercher dans le droit positif si celui-ci attachait des conséquences juridiques à cette notion de régulation du marché. La rédaction de la thèse est déductive. Je pars des conceptions doctrinales pour montrer comment ces conceptions ne se retrouvent pas en droit positif. J'ai alterné les deux méthodes.

Mais je pense que nos méthodes ont été guidées par nos problématiques. Pour ma part, ma méthode se focalisait sur la volonté de chercher une notion du droit administratif et non pas une notion du discours sur le droit. Je pense d'ailleurs que c'est ce qui me distingue de R. Rambaud.

SB : Comment fait-on pour accepter et défendre une démonstration négative ?

AS : J'ai constaté dans mes recherches que je ne pouvais pas catégoriser juridiquement la notion de régulation du marché. C'était la réponse à la question que je me posais dès le départ.

À partir de là, je n'avais aucune ambition de reconstruire la notion, de produire un nouveau discours sur le droit. Dès qu'il ne s'agit pas d'un discours du droit selon moi, cela ne peut être qu'un discours sur le droit. Des discours sur la régulation, il y en a des dizaines, et je n'avais pas pour ambition de rajouter encore à la confusion ambiante et de produire une nouvelle théorie sur le droit à propos de la notion de régulation. C'est peut-être frustrant, mais je pense qu'il n'y a pas de reconstruction à avoir. La notion de régulation du marché n'est pas une catégorie juridique, elle demeure un discours sur le droit.

SB : Et pour vous, enfin, R. Rambaud ?

RR : Je considère que le meilleur endroit est le point de contact entre le déductif et l'inductif. J'essaie de faire les deux, et lorsque j'arrive au point de contact des deux, je suis satisfait. J'essaie de construire un modèle cohérent avec le droit positif, et que le droit positif soit cohérent avec le modèle que je construis. J'essaie d'avoir la capacité de faire des mouvements de va-et-vient permanents entre l'inductif, le déductif, le théorique, le pratique.

S'agissant de la conception initiale, ma thèse a commencé par un exposé sur le droit d'accès au réseau. C'est dans le droit d'accès au réseau que j'ai trouvé la notion de régulation *ex ante*. J'ai commencé par penser en regardant les textes que l'on allait passer au droit commun de la concurrence et je me suis rendu compte que cela ne fonctionnait pas. De ce point de vue, ma conception a évolué.

AS : Je me pose deux questions : en premier lieu, avez-vous eu un présupposé dans votre recherche ? J'ai en effet l'impression que vous présumez que la notion juridique doit correspondre au réel de ce que serait la régulation, à savoir l'équilibre en droit. Ensuite, j'aimerais savoir à quel niveau de discours vous vous situez : est-ce que vous voulez rechercher la notion dans le discours du droit ou le discours sur le droit ? Finalement, vous faites beaucoup de droit positif, mais parallèlement, vous vous basez sur une construction théorique (l'institution d'Hauriou), pour montrer que le droit positif correspond à cette théorie. À quel niveau se situe-t-on ?

RR : Aux deux niveaux. Pour moi, c'était l'intérêt de la théorie de l'institution juridique, car dans cette théorie il y a l'idée d'œuvre en haut, la

rationalité de l'organisation, qui crée une structure juridique qui s'organise autour de l'exercice de cette fonction. Il y a la fonction (le discours sur le droit, l'aspect le plus conceptuel) et après, la fonction crée l'organe, donc le concept crée la notion juridique et le régime juridique. L'essai consistait à réunir ces deux conceptions du droit et non pas à les opposer. Parfois cela force un peu, mais c'est assumé. C'est la différence entre le discours positif et le discours normatif : est-ce que je me contente de décrire ce qui est, où est-ce que, sans négliger ce qui est, j'essaie aussi de dire ce qui devrait être. Ma conception est que la doctrine a le droit d'être normative.

AS : Je pense pour ma part qu'une notion juridique n'a pas besoin d'être totalement conforme à ce qu'est la réalité des choses. Au contraire, je crois que la notion juridique se caractérise par son autonomie. Et surtout pourquoi la réalité des choses serait l'équilibre en droit ; il y a d'autres conceptions de la régulation.

RR : Le sens courant de la régulation est l'équilibre. Si on construit une notion juridique de régulation, il ne faut pas que celle-ci soit complètement déconnectée du sens de la régulation dans le langage courant. Parce que sinon on construit quelque chose d'un peu artificiel. Ce serait un peu étrange que le même mot ait des significations complètement différentes en droit et en dehors du droit.

Seconde table ronde Actualité de l'eupéanisation de l'action publique économique

S. Brameret : La seconde partie de la journée d'étude sera consacrée à l'actualité de l'eupéanisation de l'action publique économique. Je profite de ces propos préliminaires pour remercier très chaleureusement les intervenants de cette table ronde. Celle-ci sera organisée autour de quelques grandes thématiques communes aux trois thèses présentées : la question de la légitimité du mouvement d'eupéanisation (II) puis celle de son étendue (III). *In fine*, nous reviendrons sur des aspects méthodologiques et sur la particularité de certaines des sources utilisées pour ces recherches (IV). Comme pour la première table ronde, je vous propose de commencer, à titre liminaire, par une présentation de vos travaux (I).

I. Présentation des thèses

C. Mongouachon²⁶ : Ma thèse porte sur l'application du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics. Il s'agit d'abord un travail de systématisation des décisions et avis des autorités et juridictions en charge de la concurrence. À l'époque où j'ai entrepris ma thèse, la doctrine publiciste s'était largement désintéressée de ce sujet, suivant en cela le partage de compétences entre l'Autorité de la concurrence et le juge administratif instauré par le Tribunal des conflits dans sa décision du 19

²⁶ MONGOUACHON (C), *Abus de position dominante et secteur public. L'application par les autorités de la concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics*, Bruylant, 2012, 699 p.

octobre 1999 relative aux Aéroports de Paris²⁷. Pour mémoire, le Tribunal des conflits avait institué un bloc de compétence administrative pour toutes les décisions mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique et se rattachant à l'organisation du service public. Il y a eu là un terrain fertile pour la doctrine publiciste (ouvrage du professeur Nicinski²⁸, thèse du professeur Clamour²⁹). En revanche, les décisions de l'Autorité de la concurrence n'étaient guère examinées, avec l'idée implicite que lorsque la personne publique intervient sur un marché, elle exerce une activité économique comme n'importe quel opérateur économique, et que par conséquent la règle de droit commun doit s'appliquer dans les conditions ordinaires...

C'est cette perspective habituelle que la thèse vient renverser, avec des propositions beaucoup plus contrastées, et deux grandes idées qui rendent compte de la pratique des autorités de concurrence : d'un côté l'uniformité (parfois désignée par le terme de « banalisation ») des décisions concernant les opérateurs publics, d'un autre côté l'adaptation de la règle appliquée au secteur public.

Dans une première partie, il s'agit de mettre en évidence et d'expliquer cette tendance à l'uniformisation des solutions. Je constate que la règle de concurrence de droit commun s'applique très bien au secteur public, que c'est bien la même règle qui s'applique aux opérateurs publics et aux opérateurs privés. Certaines théories du droit de la concurrence (plus précisément du droit européen de la concurrence) trouvent ainsi leur effectivité maximale lorsqu'elles sont appliquées au secteur public. C'est le cas par exemple de la théorie des facilités essentielles ou en matière de contrôle des abus d'exploitation. Les abus d'exploitation ne sont pratiquement jamais appliqués au secteur privé, mais on trouve quelques décisions intéressant les opérateurs publics.

La seconde partie rend compte de certains raisonnements spécifiques, de solutions inédites visant les opérateurs publics (par ex. l'aménagement du contrôle des prix prédateurs des opérateurs publics). C'est une partie plus

²⁷ TC, 18 octobre 1999, *ADP c/ TAT*, n° 03174, Bull. 14 février 2000.

²⁸ NICINSKI (S), *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, 230 p

²⁹ CLAMOUR (G), *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006, 1044 p.

dynamique, plus vivante, car les autorités de concurrence construisent véritablement de nouveaux instruments pour appréhender les pratiques des opérateurs publics, avec un aménagement des techniques de contrôle par rapport à celles qui s'appliquent aux opérateurs privés. Il faut bien voir que les notions sur lesquelles repose le droit de la concurrence sont très souples, donc très malléables. Leur plasticité autorise l'interprétation de la règle pour tenir compte des spécificités de l'action publique marchande. C'est le constat de l'efficacité du droit de la concurrence appliqué au secteur public.

Je parviens à deux conclusions en apparence contradictoires (*uniformisation* contre *adaptation* de la norme de droit commun). Cette contradiction s'est trouvée finalement surmontée par le recours à ce que j'ai appelé le « modèle européen de la concurrence », c'est-à-dire par un travail sur les fondements et les finalités de la politique européenne de la concurrence. C'est ce qui m'a permis de démontrer l'effectivité et l'efficacité du modèle européen à l'égard des opérateurs publics.

D. Guinard³⁰ : Comme pour C. Mongouachon, beaucoup de choses avaient été écrites sur mon sujet, portant sur la construction de la notion de service d'intérêt général (SIG). J'ai adopté un prisme d'analyse spécifique, celui de la théorie réaliste de l'interprétation. L'adoption de cette méthode particulière a conduit à ce que ma construction de thèse soit elle-même particulière. Dans une première partie, je me suis intéressé aux mécanismes de détermination de ce qu'est une mission de SIG. Plusieurs phénomènes, mettant en cause la Commission européenne, les juges internes et la Cour de justice, ont ainsi été mis au jour. Il s'agissait de regarder comment s'articulait l'ensemble des règles de droit pour parvenir à la détermination d'une mission de service d'intérêt général. Dans une seconde partie, je me suis intéressé principalement aux fonctions que remplissent les SIG. Deux grandes fonctions ont été dégagées. La première est une fonction de justification d'une position d'un acteur du droit (pour justifier la constatation d'une mission de service d'intérêt économique général (SIEG) ou d'activité non économique) dans une décision d'espèce. Il y a ainsi toute une recherche sur les mécanismes qui parviennent à justifier une telle position. Une deuxième fonction a été mise en lumière. Elle permet aux

³⁰ GUINARD (D), *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de Services d'intérêt général*, L'Harmattan, 2012, 578 p.

acteurs de l'Union européenne de définir d'autres notions : l'intérêt général, mais aussi la cohésion sociale ou les valeurs communes. Toute ma recherche a été construite sur l'étude, et uniquement l'étude, des discours des acteurs du droit, c'est-à-dire la Commission européenne par ses communications, par ses décisions et surtout la Cour de justice, par les arrêts rendus sur le sujet. La recherche procède ainsi d'une vision uniquement positiviste, au sens de la théorie du droit : en ne s'intéressant qu'à ce qui a été produit par les acteurs du droit, et en n'ayant pas d'ambition de prescription par rapport à ce que devrait être un SIG.

F. Tesson³¹ : Ma thèse porte sur les limites de l'influence du droit du marché intérieur sur les activités administratives françaises. Ce qui m'intéressait instinctivement, au départ, c'était le droit de l'Union européenne et le droit public économique. Ce qui m'intéressait également, c'était de me pencher sur un domaine du droit qui évolue vite. Et il m'a semblé que la confrontation du droit de l'Union européenne avec l'action de l'administration française était un terrain où l'on pouvait particulièrement observer des mutations juridiques, politiques, économiques, etc.

J'ai traité de la question de la limite, car je ne croyais pas vraiment à une approche orientée dans le sens de « l'influence du droit de l'Union européenne sur ». Ce type d'approche a tendance à imposer l'exhaustivité, laquelle est très difficile à atteindre sur ce genre de question. De plus, il existait un certain nombre d'ouvrages³² et thèses³³ traitant de l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit administratif. Ma thèse est donc axée sur la limite, sur le point de contact entre l'action administrative et le droit de l'Union européenne et spécialement le droit du marché intérieur, mais tout le droit du marché intérieur. Je n'avais pas pour objectif de faire

³¹ TESSON (F), *Les limites de l'influence du droit du marché intérieur sur les activités administratives françaises*, thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2010, 623 p.

³² Par ex., AUBY (J-B) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, 2009; AUBY (J-B), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J) (dirs.), *Droit Administratif Européen*, Bruylant, 2007 ; ECKERT (G), GAUTIER (Y), KOVAR (R), RITLENG (D) (dirs.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007.

³³ Par ex., SIRINELLI (J), *La transformation du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, LGDJ, 2011, 617 p.

une thèse sur le droit de la concurrence de l'Union européenne. J'ai élargi aux autres libertés composant le marché intérieur et à l'influence de ce droit au-delà de son champ d'application. Rechercher la limite s'imposait dans la logique de la thèse, mais c'était un objectif lui aussi limité. Ces limites sont en redéfinition constante. On peut simplement dire qu'à un moment donné, les choses sont telles qu'elles se présentent. Mais rien ne permet d'affirmer que, quelque temps après, le juge ne dira pas l'inverse, ne verra pas les choses différemment. Ce qui m'a intéressé pour construire ma démonstration, c'était donc de chercher les facteurs conditionnant le mouvement des limites. Qu'est-ce qui fait qu'on soumet une activité au droit du marché intérieur ou non ? Je pense avoir montré que ce sont d'une part les finalités propres au droit du marché intérieur, et d'autre part les finalités propres à l'action administrative, qui conditionnent le mouvement des limites.

On peut conclure que les positions traditionnelles de la doctrine – qui emploie parfois un vocabulaire un peu guerrier, traitant de « la soumission de l'administration à la concurrence », « la guerre des droits » – ne sont pas toujours fondées. En effet, certaines marges de manœuvre pour les autorités nationales demeurent. Par contre, la mise en œuvre d'une activité administrative économique, d'une activité avec un effet, une *résonance* économique, ne peut pas se concevoir sans l'idée de marché, sans le droit du marché intérieur. Elle peut se concevoir en dehors, mais nécessairement par rapport aux principes véhiculés par le droit du marché intérieur.

II. Légitimité de l'eupéanisation

SB : J'ai l'impression que vous avez tous eu une approche partant du droit de l'Union européenne pour revenir vers le droit administratif. Auriez-vous abordé le sujet de la même façon si vous étiez partis d'une approche de droit administratif classique, en appréhendant – en quelque sorte – le sujet sous l'angle de la réception du droit européen ?

DG : Si j'avais abordé mon sujet à travers le prisme du service public d'un point de vue purement interne, j'aurais procédé exactement de la même façon, et j'aurais abouti aux mêmes conclusions. En effet, j'observe dans mes recherches actuelles que le Conseil d'État a une marge d'interprétation aussi grande concernant le service public que le juge de l'Union européenne

par rapport aux activités d'intérêt général. Je ne me suis pas senti spécialement « européeniste ».

FT : J'ai plutôt eu une approche amont, du point de vue européen, même si j'ai une culture d'administrativiste. J'ai donc beaucoup travaillé sur la réception par le juge administratif de ce droit. Si j'étais parti du juge administratif, ou de l'administration nationale, j'aurais – pour traiter le même sujet – fait un certain nombre d'impasses et d'angles morts, du seul fait que certaines questions ne sont pas traitées par le juge administratif, ne le concernent pas forcément. De ce point de vue, j'aurais manqué une part importante de mon sujet.

CM : Ma position est un peu particulière. Concernant le droit de la concurrence, la perspective ne peut que provenir du droit de l'Union européenne. D'une part, c'est le droit de l'Union qui m'a permis de définir les contours du secteur public qui se trouve spécifiquement visé à l'article 106 T.FUE. D'autre part, les autorités nationales de la concurrence, depuis le règlement n° 1/2003 en vigueur depuis 2004, sont tenues d'appliquer le droit européen de la concurrence. Il y a une application décentralisée du droit de la concurrence. Surtout, l'analyse du droit européen de la concurrence m'a permis de suivre de près le débat sur la « modernisation » du droit européen de la concurrence. Il y a eu à partir de 2006 un grand débat autour des finalités poursuivies par la mise en œuvre de l'article 102 T.FUE relatif aux abus de position dominante. Cela m'a permis de prendre de la hauteur par rapport au droit positif, de mieux comprendre les solutions jurisprudentielles que j'analysais.

SB : À l'issue de vos recherches, que retirez-vous de l'idée d'eupéanisation ? Est-ce quelque chose de positif ? Est-ce un mouvement inéluctable ?

FT : Je n'ai pas un point de vue souverainiste ! Mon objet n'est pas de montrer qu'il y a trop (ou pas assez) d'eupéanisation. Il n'y a pas de sous-entendu idéologique, ni dans le titre ni dans le contenu de la thèse. Sur le fond, je pense que cette eupéanisation est relativement inéluctable. Mais il faut faire attention au vocabulaire : les expressions d'« îlot de résistance », de « limites », de « frontières », ne font pas référence à une guerre. En changeant de perspective, on observe une élévation des fonctions traditionnelles de l'État, ou de l'administration, vers l'Union européenne. Il y a un décalage de ces fonctions « classiques ». Toute cette prise en compte

fait que les notions de SIG, d'intérêt général (entre autres), sont modulées, façonnées par les instances de l'Union européenne. Il n'en demeure pas moins que, même si c'est l'Union européenne qui façonne, elle élabore une grille des activités d'intérêt général. À l'issue de cette européanisation, on assiste quand même à la préservation des missions dont on estime, dans une société donnée – européenne en l'occurrence – qu'elles ne doivent pas être soumises, ou pas complètement, à des principes économiques.

Auditoire : Pensez-vous que le mouvement que l'on observe dans le domaine de la concurrence pourrait se retrouver dans le domaine budgétaire ?

FT : Le mouvement semble entamé. La différence est que les règles de la concurrence sont sanctionnées quotidiennement par le juge, alors que le respect de la discipline budgétaire ne reçoit pas le même traitement. La dynamique est celle-là. Sa concrétisation est encore lointaine.

SB : Quelle est la légitimité, pour le droit du marché, à s'intéresser aux activités administratives ? Cette confrontation semble particulièrement prégnante dans le domaine des rapports entre abus de position dominante et activités publiques. C. Mongouachon a souligné « l'efficacité maximale » de l'application des règles de la concurrence aux activités publiques. Cela revient-il à affirmer que le droit de la concurrence est, pour ainsi dire, *fait* pour s'appliquer aux autorités publiques ? N'est-ce pas un paradoxal ? Plus largement, comment cette idée se traduit-elle concrètement ?

CM : Ce paradoxe n'en est pas un si l'on garde à l'esprit la « Constitution économique » de l'Union européenne. En revenant sur les fondamentaux du modèle européen de la concurrence que j'évoquais précédemment, je me suis naturellement intéressée à la pensée ordolibérale. Celle-ci a façonné le modèle. Elle a forgé des concepts permettant d'assujettir un opérateur disposant d'un fort pouvoir de marché à un contrôle étroit de la part de l'autorité en charge de la concurrence. Dans cette optique, le droit de la concurrence a été spécialement conçu pour régir les comportements des entreprises puissantes sur un marché. L'objectif, chez les ordolibéraux du début du 20^e siècle, est d'éviter que le pouvoir de marché nuise à la liberté économique des autres opérateurs et balaye la liberté politique. Il y a donc une finalité politique liée à la préservation de la liberté. Les ordolibéraux ont voulu mettre au point des instruments de contrôle sophistiqués à l'égard de ces puissances privées, pour tenir compte du poids économique de ces

entreprises, perçu comme une menace pour la liberté économique des autres entreprises présentes sur le marché. Il s'agit d'obliger ces entreprises à se comporter *comme si* elles n'avaient pas ce pouvoir de marché. On est pratiquement dans un système de régulation asymétrique, pour employer un terme moderne, dans lequel on soumet l'opérateur à des obligations, à des contraintes spécifiques, par rapport à celles qui pèsent sur les entreprises ordinaires. On voit des traces de cette pensée dans la jurisprudence de la Cour de justice, lorsqu'elle précise qu'une entreprise en situation de position dominante a une « responsabilité particulière » de ne pas porter atteinte à la structure du marché³⁴. L'idée consiste à placer les entreprises dominantes dans un rapport juridique particulier par rapport aux entreprises privées. Or, de par leur statut, les opérateurs publics disposent d'un fort pouvoir de marché. Il y a donc une application *a fortiori* du droit de la concurrence au secteur public. C'est à l'égard du secteur public que la politique européenne de la concurrence est susceptible de produire ses effets les plus contraignants.

C'est ainsi que se trouve renversée une problématique traditionnelle qui consiste à s'interroger sur l'application au secteur public de règles tirées d'un droit prétendument « privé » de la concurrence, censé régir les comportements d'entreprises privées. Ce raisonnement est faux : en réalité, il y a en Europe un droit de la concurrence assez dirigiste et intrusif, avec des instruments de régulation puissants, qui convient parfaitement aux opérateurs publics.

DG : C'est assez normal, vu que l'article 345 T.FUE ne préjuge pas de la propriété des entités. Dans le droit de l'Union européenne, faire référence à l'entreprise publique ou privée est peu utile. Il suffit de constater que l'on est en présence d'une entreprise qui exerce une activité économique. Donc il est logique (cohérent) que le droit européen de la concurrence s'applique de façon indifférenciée aux entreprises, qu'elles soient publiques ou privées.

CM : En 1957, les rédacteurs du Traité de Rome ont choisi de soumettre le secteur public au droit européen de la concurrence. Je me demande si cela n'a pas compté dans la mise en place de ce droit de la concurrence et dans son approche ordolibérale, eu égard à l'importance de ce secteur public

³⁴ CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin c/ Commission*, C-322/81, Rec. I-346.

dans l'économie de l'Europe d'après-guerre. Dans le cas de la prohibition de l'abus de position dominante, on ne condamne pas la position dominante en tant que telle – contrairement au modèle américain –, mais son abus. C'est déjà, en soi, un autre modèle de régulation. Il était nécessaire que le droit de la concurrence contrôle efficacement les comportements des entreprises dominantes. Si l'on regarde la liste des comportements abusifs de l'article 102 T.FUE, on voit qu'elle fournit à la Commission européenne les moyens de s'assurer que les entreprises dominantes fixent leurs prix et leurs niveaux de production correspondant à celui qui serait fixé si elles opéraient sur des marchés concurrentiels. C'est une approche qu'on a parfois pu qualifier de *dirigiste* (les Anglo-saxons disent *regulatory approach*), mais qui permet précisément de compenser le choix de ne pas interdire les positions dominantes ni les monopoles privés et publics en plaçant ces derniers sous stricte surveillance.

SB : Quid de l'existence d'un droit public de la concurrence ?

CM : Je ne me suis intéressée qu'au droit « commun » de la concurrence appliqué au secteur public : à ce titre, mes travaux ne permettent pas de discuter l'existence du droit public de la concurrence, *stricto sensu*. Mais je me suis demandée un moment si l'existence de règles de concurrence aménagées spécialement à l'égard des opérateurs publics permettait de détecter une branche autonome du droit de la concurrence, une sorte de droit public de la concurrence. J'ai finalement voulu montrer, au contraire, que les solutions formulées par les autorités de concurrence s'inscrivaient pleinement dans le cadre des concepts théoriques du droit commun de la concurrence. L'expression droit public de la concurrence vise, schématiquement, l'ensemble des règles, appliquées par le juge administratif, et régissant les actes et activités des personnes publiques ayant un effet sur la concurrence. C'est un point de vue purement administrativiste que de dire que le juge administratif, lorsqu'il applique ces règles de concurrence aux décisions administratives, doit les aménager. Pour ma part, je ne conclus pas à l'existence d'un droit public de la concurrence. Le droit commun de la concurrence s'applique très bien aux opérateurs publics, au besoin en s'adaptant.

SB : Il n'y aurait donc pas besoin d'avoir un ensemble de règles pour sanctionner les atteintes anticoncurrentielles éventuellement commises par les autorités publiques. ?

CM : Je suis un peu sceptique. Je me demande si l'intégration du droit commun de la concurrence au bloc de légalité peut vraiment enrichir le contrôle exercé par le juge administratif. Le mécanisme du recours pour excès de pouvoir reste assez formaliste ; il conduit à un contrôle abstrait sur les décisions administratives, qui sied mal à la prise en compte des effets sur les marchés, alors que cette prise en compte est cruciale en droit de la concurrence. Le juge administratif n'exerce pas un contrôle entier sur les effets produits sur la concurrence par l'action économique de l'administration. Le recours à la théorie de l'abus automatique rend difficile la démonstration du lien d'automaticité entre l'acte contesté et l'atteinte à la concurrence sur le marché en cause.

FT : Le droit public de la concurrence reprend l'idée de conciliation des exigences de la concurrence et des objectifs de l'action publique. D'où la modification terminologique : par exemple, ne plus faire référence à l'ordonnance, mais au principe de libre concurrence.

CM : Tout à fait. C'est une démarche d'autonomisation. C'est l'idée que le juge administratif ne doit pas appliquer le droit commun de la concurrence, qu'il doit publiciser son contrôle. La question que je me pose est celle de savoir si la référence à ce principe de libre concurrence a un intérêt pratique véritable. Les principes traditionnels du droit administratif ne peuvent-ils pas être mobilisés afin de protéger le jeu de la libre concurrence ? G. Marson a soutenu dans sa thèse que le droit de la concurrence, tel qu'appliqué par le juge administratif, visait essentiellement à sanctionner des atteintes au principe d'égalité³⁵. Lorsque le juge administratif censure une décision administrative sur la base du droit de la concurrence, ne pourrait-il pas, avec le même résultat, se fonder sur la violation du principe d'égalité ?

FT : Dans l'arrêt *Société Groupe Moniteur*³⁶, par exemple, le juge administratif relève l'atteinte à la libre concurrence en se fondant sur une analyse classique du principe d'égalité, tel qu'il résulte de la jurisprudence

³⁵ MARSON (G), *Le juge administratif et les libertés économiques. Contribution à la définition des libertés économiques au sein de la jurisprudence administrative*, thèse, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, 640 p.

³⁶ CE, 26 octobre 2012, *Société Groupe Moniteur*, n° 353663, Inédit.

*Denoyez et Chorques*³⁷ : le Groupe Moniteur n'est pas dans la même situation que les autres annonceurs légaux. Face à un argument fondé sur la libre concurrence, le juge administratif répond par une application classique du principe d'égalité.

Auditoire : À propos de cette tentation de renationaliser ou, à tout le moins, de publiciser le droit de la concurrence en faisant sortir le droit commun, il me semble qu'il faut faire un parallèle avec le droit de la consommation. Il en ressort une alternative : soit on applique le droit commun de la consommation en le torturant ; soit on utilise les cadres et concepts du droit public pour éviter de torturer le droit de la consommation et arriver au même résultat.

Auditoire : Cela rejoint les problématiques de la régulation, évoquée durant la première table ronde. Le droit de la concurrence est-il une forme de régulation ? Plus particulièrement, permet-il de servir d'autres objectifs que la concurrence ? Et dans quelle mesure prend-il en compte des impératifs d'intérêt général ? J'aimerais savoir si dans votre thèse, vous avez trouvé des résultats convaincants sur ces prises en comptes d'aménagements pour des considérations d'intérêt général.

CM : Je n'ai pas abordé de front la question de l'application de l'article 106 §2 T.FUE (la dérogation au profit des SIEG). Mais, en lui-même, le droit commun de la concurrence peut internaliser ce mécanisme de justification. Le droit de la concurrence est foncièrement un droit régulateur, un droit qui s'adapte. On trouve un mécanisme d'exemption légal dans le domaine des ententes. Pour les abus de position dominante, c'est un mouvement plus récent, adopté sous l'influence des discours tendant à moderniser la règle de concurrence. La jurisprudence européenne tend à consacrer l'idée qu'un abus de position dominante peut être objectivement justifié. La Commission européenne a systématisé deux types de justifications au comportement de l'entreprise dominante. Il y a un type d'argument tiré des gains d'efficacité, donc purement économique ; il y en a un autre – mais il est très peu développé – lié à des nécessités objectives (santé publique, sécurité). Il y a très peu d'applications concrètes de ce dernier type de justifications, non seulement parce qu'il est contraint par le principe de proportionnalité, mais surtout du fait de l'existence d'une voie dérogatoire spécifique en droit de

³⁷ CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. 274.

l'Union : l'article 106 T.FUE. Dans certains arrêts, on trouve l'idée qu'il n'appartient pas aux entreprises, mais bien aux autorités publiques de fixer et de faire respecter les normes de santé et de sécurité. C'est en quelque sorte une conception organique, pour ne pas dire étatique, de l'intérêt général qui prévaut.

En droit interne il n'existe pas de mécanisme dérogatoire analogue à l'article 106 §2 T.FUE. On a pu voir l'Autorité de la concurrence recourir plus généreusement au concept de justifications objectives. Elle a par exemple accepté de justifier un comportement abusif au motif que ce comportement répondait à une nécessité objective³⁸.

Plus largement, on peut se demander si l'Autorité de la concurrence n'a pas consacré une règle de raison spécifique en faveur des opérateurs publics. C'est une illustration de théorie de la « concurrence-moyen » : le droit de la concurrence ne vise pas à protéger exclusivement la concurrence. En Europe, il sert aussi, et peut-être avant tout, la réalisation du marché intérieur.

DG : Ainsi qu'à l'élaboration d'un projet européen de société... La concurrence n'est plus seulement au service de la réalisation du marché intérieur, ou d'un marché unique, mais elle est également mobilisée pour construire un modèle de société.

CM : N'est-ce pas par le biais du marché intérieur ?

DG : Pas seulement. Le marché intérieur n'est pas présenté, dans les discours des acteurs du système européen, comme le Parlement européen ou la Commission, comme suffisant pour construire un projet politique européen de société. Le droit de la concurrence est un moyen pour réaliser le marché intérieur, mais aussi pour permettre d'autres finalités, telle que la construction d'une citoyenneté. Ce sont les communications de la Commission européenne qui établissent ce genre de principes. La finalité purement économique du droit de la concurrence est, en tout cas dans ce type de discours, surpassée.

Auditoire : Cela peut être stratégique.

³⁸ Conc conc., 5 novembre 2005, *Décision relative à des pratiques mises en œuvre par la congrégation cistercienne de l'Immaculée Conception, la société Planaria, l'État et la commune de Cannes*, n° 05-D-60.

DG : Très clairement. Cela apparaît comme un processus de légitimation de son action, qui s'inscrit *in fine* dans la réalisation d'une zone de bien-être, d'une utopie domestique au sens de Barthe.

CM : On a eu ce débat suite au Traité constitutionnel, à propos de la référence à la libre concurrence dans les objectifs de l'Union. Le Traité de Lisbonne a supprimé formellement cette référence, mais de façon peu intelligible. Car le Protocole sur la libre concurrence et le marché intérieur précise que la libre concurrence reste toujours associée à la construction du marché intérieur. Or le marché intérieur sert aujourd'hui la réalisation d'objectifs extraéconomiques. Je ne vois pas d'autres techniques juridiques permettant d'asservir le droit de la concurrence à des finalités d'intérêt général.

Auditoire : Cela reprend les débats liés au développement de marchés particuliers. Par exemple dans le domaine de l'électricité. Dans la mesure où la concurrence ne fonctionne pas très bien, on voit apparaître un objectif de construction du marché intérieur très affirmé dans les directives. Il y a un objectif d'efficacité et un objectif de construction du marché intérieur. Du point de vue de l'efficacité économique, il n'est pas instinctif de libéraliser le marché de l'électricité.

III. Étendue de l'eupéanisation

SB : Pour entamer cette nouvelle séquence de notre débat, j'aimerais revenir sur la notion d'activité à *résonance* économique, telle qu'évoquée par F. Tesson. Plus largement, c'est la question des limites de l'eupéanisation qui mérite d'être soulevée. La notion d'activité à résonance économique fait-elle écho à la distinction entre service économique d'intérêt général (SIEG) et service non économique d'intérêt général (SNEIG) ?

FT : À proprement parler, on ne trouve pas mention des activités à « résonance économique » ! Par contre, les notions d'activité économique ou d'activité ayant un effet économique peuvent recouvrir l'ensemble des activités de l'administration. Ainsi, je me suis axé sur les finalités de l'activité administrative, avec un point de vue extrêmement classique. L'activité administrative est le service public, la police administrative et,

éventuellement, des activités de prestations économiques. Bien sûr, les notions d'activité économique et d'activité non économique peuvent trouver une signification à propos des SIG et de la division entre des services économiques ou non économiques.

SB : Dans ce cas, comment définir la notion d'activité économique, qui délimite le champ de votre thèse ?

FT : Je ne traite pas que des activités administratives économiques ou à « résonance » économique ou à l'inverse juste des activités non économiques. Mon propos est d'aborder tout ce qui est en dehors du champ d'application des règles du marché intérieur de l'Union européenne. Le champ de la thèse dépasse donc la simple frontière des activités économiques et non économiques.

DG : Sur la distinction entre SIEG et SNEIG, la définition retenue à la fin de la thèse est relative aux productions des acteurs du droit : partant du principe que ces expressions n'ont pas de signification préexistante descriptible, il convenait de regarder ce que désignaient les acteurs du droit comme étant ou non un service économique ou non économique pour, au final, tracer une ligne de démarcation entre une activité économique et une activité non économique. Cette frontière entre ces deux types d'activités a fait l'objet d'une jurisprudence fournie et offrait donc un champ d'analyse dense.

SB : Sans aborder pleinement les aspects méthodologiques (*cf. infra D.*), peut-on tout de même affirmer que vos travaux sont essentiellement axés sur un effort de casuistique ?

DG : Essentiellement, oui. De ce point de vue, l'article 2 du Protocole 26 sur les Services d'intérêt général introduit par le Traité de Lisbonne, qui laisse une compétence entière aux États membres pour définir les services non économiques d'intérêt général, n'apporte strictement rien. En effet, il est difficile – impossible en réalité – de connaître l'ensemble des significations qui peuvent être données à ce texte ; conséquemment, nous ne pouvons connaître l'ensemble des services visés par l'expression « services non économiques d'intérêt général ». L'étude casuistique, qui ne se limite évidemment pas à une simple synthèse de l'activité prétorienne et de celle de la Commission européenne, porte alors sur les mécanismes de raisonnement déployés par les acteurs de concrétisation du droit pour

arriver à consacrer soit un SIEG, soit une activité économique classique, soit une activité non marchande.

FT : Lorsque la Commission s'est prononcée, elle l'a souvent fait en faisant une synthèse des propos du juge. C'est rarement un travail original.

DG : Quand la Commission s'est-elle prononcée par voie de communication ou de décision sur ce sujet précis ?

FT : Je pense à certaines communications de la Commission, dans lesquelles elle peut reprendre ce qu'elle affirme dans ses décisions³⁹.

DG : Dans ces décisions, elle s'affranchit même de temps en temps de ce qu'affirme la jurisprudence de la Cour et crée elle-même une démarcation entre les services économiques et non économiques.

SB : Dans ce cas, existe-t-il des critères opératoires pour les autorités nationales ? Je pense à la jurisprudence relative au transport médical : suivant les circonstances (transport terrestre ou aérien), l'activité pourra ou non être réalisée en dehors du champ de la concurrence.

DG : Depuis l'arrêt *Ambulanz Glöckner*⁴⁰, nous savons que les activités assumées par les hôpitaux dans le cadre du transport d'urgence relèvent de la catégorie des activités économiques d'intérêt général, donc s'inscrivent dans le champ du droit de la concurrence. Les circonstances ne jouent donc pas dans ce domaine.

SB : Oui, parce qu'existe une jurisprudence. Mais en dehors de tout cadre jurisprudentiel, comment appréhender cette question ?

DG : De mon point de vue, tout s'analyse en terme de coûts pour les acteurs du système juridique (par exemple, une collectivité territoriale) : quels risques prennent-ils en mettant en place ce type de service ? Celui de voir l'organisation et l'exploitation d'un service invalidées par la Commission puis, s'ils sont saisis, par les juges de l'Union. Mais cette question est consubstantielle à un ordre juridique faisant intervenir des

³⁹ Par ex., Communication C(2011) 9404 final de la Commission, 20 décembre 2011, relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général.

⁴⁰ CJCE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. I-8089, confirmé par CJUE, 29 avril 2010, *Commission c/ Allemagne.*, C-160/08, Rec. I-03713.

acteurs doués d'une volonté propre. En l'absence d'une jurisprudence établie de la Cour ou, à tout le moins, d'une décision de la Commission européenne, il est impossible de savoir si le service mis en place rentrera dans telle ou telle catégorie. Lorsque la Cour s'est prononcée sur un sujet équivalent ou très proche, il y a davantage d'éléments de réponse, donc une diminution du risque pris, par exemple, par une collectivité territoriale voulant mettre en place un service spécifique. Mais, et c'est là où l'incertitude est inhérente au système juridique, il n'y a pas de critère opératoire – objectif pourrait-on dire – permettant de définir les notions de SIEG ou SNEIG. Cela ressort, toujours de mon point de vue, de la subjectivité de la Cour ou des autres autorités de concrétisation.

FT : Ce qui est intéressant, mais également effrayant pour les acteurs concernés, c'est que si l'on se risque à théoriser les critères d'identification d'une activité non économique, on n'arrive pas très loin. Il s'agit d'une activité d'une nature spécifique, dont découle un régime lui aussi spécifique. Celui-ci est spécifique, car il s'exerce sous des contraintes réglementaires particulières, parce que la personne qui agit a des pouvoirs particuliers, parce que son mode de financement peut ne pas être lucratif ou être déconnecté des redevances demandées aux individus, etc. Mais, si l'on prend un peu de recul, on se rend compte que ces idées de nature spécifique et de régime spécifique peuvent très bien servir également à identifier un service économique d'intérêt général...

Par exemple, dans l'arrêt *Ambulanz Glöckner*, le juge de l'Union européenne, pour décider qu'il s'agit d'une activité économique, relève, entre autres, qu'il s'agit d'une activité qui n'a pas toujours été exercée par des autorités publiques. Mais cette logique-là, on sait qu'elle est extrêmement délicate à manier : à 10 ou 20 ans d'intervalle, dans un autre pays, peut-être que tout service pourra être exercé en concurrence avec une autre activité. Donc il s'agit souvent de décisions d'espèce.

DG : Selon moi, dans l'arrêt *Ambulanz Glöckner*, l'économicité du service vient du fait que la Cour l'a décidé purement et simplement en dehors du critère de la concurrence avec d'autres activités. Dans l'arrêt *Poucet et Pistre*⁴¹, auquel F. Tesson se réfère peut être de façon indirecte, la Cour utilise le caractère « exclusivement social » de l'activité d'espèce, la

⁴¹ CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 et C-160/91, Rec. I-637.

solidarité et l'absence de but lucratif comme des indices permettant d'identifier une activité non marchande, donc non économique. Lorsqu'on ne parle pas du service de caisse de sécurité sociale ou du système scolaire mis en place par un État membre, je ne sais pas – et je pense qu'il est difficile de savoir – ce qu'est un service exclusivement social. Surtout qu'en droit de l'Union européenne, la socialité d'un service n'impose pas un régime particulier, ni ne renseigne sur sa nature. Il n'y a qu'une distinction en droit de l'Union européenne : celle entre l'économique et le non économique et, plus loin, celle du marchand et du non marchand.

SB : Comment intègre-t-on alors la notion de service social d'intérêt général ?

DG : C'est une notion qui, d'un point de vue purement prétorien, n'a jamais été utilisée. La CJUE n'a jamais fait référence à la notion de service social d'intérêt général (SSIG) pour identifier un service. C'est une notion née dans les communications, puis consacrée véritablement dans une décision liée au « paquet Almunia »⁴². La seule particularité des SSIG est qu'il est possible d'avoir un seuil de compensation plus élevé que pour les autres SIG (et pour certains SSIG, comme le logement social, une faculté d'absence de notification préalable des aides d'État versées sous forme de compensations de service public). Mais, si on pousse la réflexion, le SSIG est, dans le droit positif, un dérivé du SIEG. Car on peine à deviner ce qu'est un service social non économique d'intérêt général. S'il vient immédiatement à l'esprit les services remplis par les caisses de sécurité sociale (par exemple dans la jurisprudence *Poucet et Pistre* évoqué précédemment), il faut cependant relever en toute rigueur que dans la formulation de la Cour, il n'est jamais fait mention d'un « service », mais plutôt d'une « activité ». L'expression peut être cependant estimée comme un équivalent. Mais il n'en demeure pas moins qu'elle ne figure pas dans la décision. C'est une reconstruction doctrinale.

SB : C. Mongouachon, avez-vous eu les mêmes difficultés ?

CM : En réalité, j'ai évacué ces difficultés. Je ne me suis pas intéressée de front à la délicate question du *si* on peut appliquer le droit de la

⁴² Décision 2012/21/UE de la Commission, 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106§2 du T.FUE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG.

concurrence, mais plutôt à celle, plus pragmatique, du *comment* il est appliqué. Je n'ai donc consacré que très peu de pages à la notion d'activité économique. Tout au plus, j'avais relevé une belle contradiction entre la notion même d'entreprise, qui suppose un comportement autonome de la part de l'opérateur et la dépendance des opérateurs publics à l'égard de la puissance publique. En droit de la concurrence, les règles de concurrence ne trouvent à s'appliquer qu'à l'égard d'entreprises libres d'adopter les comportements qui leur sont reprochés. Au contraire, les entreprises du secteur public, au sens du droit de l'Union (c'est-à-dire les entreprises publiques et les entreprises bénéficiaires de droits spéciaux ou exclusifs), se définissent par le lien étroit qui les unit aux pouvoirs publics. Finalement, la jurisprudence qui entend soustraire à la qualification d'activité économique les activités fondées sur le principe de solidarité nationale se fonde justement sur le degré de dépendance des organismes de sécurité sociale par rapport aux pouvoirs publics. Le contrôle exercé par l'État sur le régime d'assurance sociale devient là une condition d'exclusion de la qualification d'activité économique⁴³. Cela revient à considérer que la prégnance de l'État sur le comportement des organismes de sécurité sociale est telle qu'ils ne peuvent être traités comme des entreprises, faute d'autonomie suffisante sur le marché. Cette jurisprudence, qui demeure très exceptionnelle, devrait en réalité s'appliquer à l'ensemble des entreprises du secteur public, si l'on voulait rester cohérent par rapport aux concepts du droit de la concurrence...

FT : L'activité non économique demeure une notion qui a tendance à suivre les choix politiques, surtout dans le domaine de social. Quelle est la fonction de la notion d'activité non économique, lorsque l'on se réfère aux caisses de sécurité sociale ? C'est une fonction politique, de préservation de ce qui relève des fonctions « essentielles » de l'État. La notion sert à ne pas soumettre à la concurrence la fonction de régime obligatoire de sécurité sociale

Auditoire : La directive « services » de 2006 a-t-elle permis de clarifier la place des SSIG ?

⁴³ CJCE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau GmbH*, C-350/07, Rec. I-1513.

DG : Non. La directive Services renvoie dans le corps de texte à des directives devant être adoptées sur les services de santé et sur les services sociaux. Mais celles-ci n'ont toujours pas été prises.

FT : Cela a mis en valeur la volonté européenne de réserver une place spécifique aux activités sociales des États... D'un point de vue politique, il faut souligner son apport symbolique non négligeable. En pratique, et même à la lecture de la directive, on peine à positionner clairement la notion de SSIEG qui conserve sa nature indéterminée entre SIEG et SNEIG.

Auditoire : Cette imprécision de l'activité non économique ne contribue-t-elle pas à renforcer la marge de manœuvre du juge national, qui peut avoir davantage de libertés dans l'appréciation de ce qui est économique ? Le Conseil d'État adopte parfois des positions largement différentes de celles de la Cour de justice sur ce qui est économique.

FT : Oui, il s'est plutôt prononcé sur les activités sociales, mais pas forcément sur les activités non économiques de puissance publique. On peut constater que la jurisprudence nationale s'éloigne souvent des positions européennes et que son flou favorise l'existence de ces marges de manœuvre. On peut tenir le même raisonnement à propos des activités qui sont économiques, mais qui bénéficient de certains régimes particuliers, comme les SIEG. Là encore, le juge et les pouvoirs publics nationaux disposent d'une liberté certaine. Il faut quand même avouer que la tendance nationale est à adopter et à motiver les décisions d'une manière qui est de plus en plus fidèle à l'approche européenne.

DG : La notion d'activité économique, telle qu'elle résulte de la jurisprudence *Höfner*⁴⁴ qui la définit par le biais de l'entreprise, laisse une marge de manœuvre considérable à toute autorité devant se prononcer sur l'économicité de l'activité. Si on analyse le comportement des juges des pays de l'Union européenne, on se rend compte que les latitudes d'action sont très importantes : une définition de l'activité économique qui se limite à préciser qu'est une activité économique celle qui consiste à placer des biens et des services sur un marché ne contraint, au final, que très peu le juge.

⁴⁴ CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, Rec. I-1979.

Auditoire : L'office du juriste universitaire est d'essayer de proposer des éléments de compréhension, de systématiser. Une fois qu'a été soulevé le caractère politique et, par conséquent, non objectif, de la notion, que faire ? Est-il possible d'aller plus loin dans la réflexion que le seul constat de la casuistique ?

DG : Je ne procède pas par le biais de la systématisation. Je me concentre sur la façon dont raisonne le juge. Quels mécanismes intellectuels sont mis en œuvre pour arriver à la détermination de l'économicité ou de la non-economicité de l'activité ? Comment le service va-t-il être défini, ou, le cas échéant, une partie du service ? L'exemple des hôpitaux est topique à cet égard. Trois types de services peuvent être fournis par un seul hôpital : des services purement économiques (ceux qui ne peuvent être rattachés aux services de soins généraux ou aux services liés à la recherche), des SIEG (les soins généraux et les transports d'urgence) et des SNEIG (la recherche scientifique). Ce qui m'intéresse est de comprendre comment, intellectuellement, le juge prend des décisions et arrive à la justifier. Il y a des outils juridiques – des argumentations – mis en œuvre (l'erreur manifeste d'appréciation, les arguments essentialistes, naturalistes, les règles relatives aux aides d'État, etc.) et qui doivent ainsi être étudiés.

SB : Comment passe-t-on alors du constat de la casuistique à la « construction d'une notion juridique », puisque c'est le titre de votre thèse ?

DG : Je n'ai tout d'abord pas dit que cette construction est terminée. La notion est précise – et précisée – à partir du moment où les personnes habilitées à se prononcer sur la nature des activités se sont... prononcées. La notion est en évolution permanente, et je n'ai pas de prétention à construire une notion. J'ai une simple prétention à la description de ce que disent les acteurs du droit sur la notion.

FT : La systématisation par les acteurs consiste, pour le moment, en une méthode mixte par laquelle les autorités de l'Union européenne, et surtout la Commission, énoncent d'une part, à titre d'exemple, que certaines activités ou certaines missions (comme celles de réseau et de construction de réseau ou de souveraineté) ne sont pas soumises aux règles de concurrence et, d'autre part, dégagent certains des critères utilisés notamment dans la jurisprudence. La Commission a parfois elle-même des difficultés à établir

un argumentaire construit sur autre chose que le constat de la « nature » de l'activité. Elle se base sur une idée de l'État et de ses missions.

DG : Deux remarques peuvent être formulées. En premier lieu, l'arrêt *Eurocontrol*⁴⁵ symbolise parfaitement ce mouvement, à propos des activités dites « stratégiques » et des activités mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique.

En second lieu, le juge est allé plus loin à propos des caisses de sécurité sociale. Lorsqu'il n'y a pas d'adéquation entre le versement des cotisations et les prestations que la personne est susceptible de recevoir, on est en présence, *a priori*, d'une activité non économique. Il y a eu, dans ce domaine, une véritable démarche, de la part des juges, d'identification – par la proposition d'un critère – de ce qui peut relever du non économique.

Auditoire : La notion d'activité économique au sens du droit de la concurrence est-elle la même que celle que l'on retrouve dans le droit de la commande publique ? Dans la récente affaire *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*⁴⁶, le juge de l'Union européenne considère que les activités de recherche universitaire sont des activités économiques et que leur réalisation nécessite la passation de contrats soumis au droit de la commande publique.

SB : Et ce d'autant plus que D. Guinard a donné la recherche universitaire comme exemple d'activité non économique.

FT : La réglementation italienne, ou du moins la traduction qui en est faite dans l'arrêt de la Cour, prévoit que les « activités de recherches et de conseil » peuvent faire l'objet d'une convention, tant que cela n'entrave pas la « fonction scientifique de transmission des connaissances » des universités.

DG : Dans la jurisprudence de la Cour, de façon constante, la recherche n'est pas considérée comme une activité économique, ce que souligne l'arrêt *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*. Je crois qu'il faut faire une distinction entre l'activité de recherche en elle-même et la prestation de services liés à la recherche. La première n'est pas économique, alors que les

⁴⁵ CJCE, 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, C-364/92, Rec. I-43.

⁴⁶ CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento c/Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, C-159/11, Sera publié au Recueil.

prestations issues d'un centre de recherche ne sont pas nécessairement des activités ayant un fondement scientifique et peuvent rentrer conséquemment dans le champ du droit de la commande publique. La formulation de l'arrêt évoqué est à cet égard particulièrement explicite.

De façon générale, il y a une véritable convergence quant à l'appréhension de l'économicité d'une activité dans le champ de la concurrence et de la commande publique. Cela résulte notamment du fait que les impératifs concurrentiels sont de plus en plus prégnants dans le droit de la commande publique. Conséquemment, il existe un mouvement de rapprochement – qui ne va pas cependant pas jusqu'à une superposition – entre les appréhensions du juge européen dans ces deux domaines.

FT : Il y a une convergence assez évidente entre droit de la concurrence et droit de la commande publique sur la question, même s'il n'y a pas toujours une correspondance. On peut évoquer aussi, en plus, un rapprochement entre les exclusions du droit de la concurrence et du droit de la commande publique fondées sur la notion d'activité non économique avec les exclusions à l'application de toutes les autres libertés qui composent le marché intérieur (circulation, etc.). À mon sens, on assiste à une convergence globale, à un même bornage pour l'ensemble du droit du marché intérieur.

SB : On arrive à une appréhension très globalisante de la définition, sans faire de référence aux critères organiques. Dans le domaine de la commande publique, l'applicabilité des règles de la concurrence est limitée à la présence d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice, définis par référence à un « organisme de droit public ». Mais la jurisprudence a reconnu que des personnes privées peuvent être des organismes de droit public. Quelles sont alors les limites organiques d'application du droit de la concurrence ? Peut-on même les cerner ?

DG : Les critères d'identification sont plutôt simples. L'ensemble du droit des marchés publics dérive des directives marchés⁴⁷. Le Code des marchés publics doit se conformer à elles. Ce sont donc ces conditions qu'il faut analyser.

⁴⁷ PE et Cons. UE, directive 2004/17/CE ; PE et Cons. UE, directive 2004/18/CE, 31 mars 2004 : *JOUE*, L. 134, 30 avr. 2004.

SB : Je vais préciser ma question en prenant un exemple. Une société d'économie mixte locale peut être assimilée à un organisme de droit public, c'est-à-dire une entité qui répond à un « besoin autre qu'industriel ou commercial » selon la directive dite marché. Pourtant, il s'agit d'une société commerciale – personne morale de droit privé – et le juge administratif a toujours refusé de qualifier son objet social d'activité administrative. Il y a de ce fait une double contrariété.

DG : Les instances de l'Union européenne ont une conception « extensive » de la notion de concurrence. Cette conception impose de reconnaître le plus largement possible des activités économiques, pour permettre une application la plus grande possible du droit européen de la concurrence, et donc une compétence des acteurs de l'Union européenne. Paradoxalement, mais c'est là encore un constat, il y a une appréhension de plus en plus large de la notion de « besoin autre qu'industriel ou commercial » dans le contentieux de la commande publique, qui permet de qualifier une entité « d'organisme de droit public », pour maximiser le champ d'application du droit de la concurrence de l'Union européenne et donner ainsi un « effet utile » maximal aux directives européennes relatives à la commande publique.

SB : Le mouvement d'europanisation conduit à discuter de l'intérêt de mettre en place des critères d'application. Cette absence de critère de définition conduit à des situations proches de l'absurde, comme l'illustre le cas des sociétés d'économie mixte locales : dans leurs relations avec les collectivités territoriales actionnaires, elles ne pourront pas échapper aux obligations de mise en concurrence, car elles ne bénéficient pas de la théorie des prestations intégrées (jurisprudence *Stadt Halle*⁴⁸) ; dans leurs relations avec des tiers, elles sont assimilées à des organismes de droit public et doivent mettre en concurrence leurs contrats avec des tiers. Elles sont complètement ambivalentes, étant dans un premier cas assimilées à des sociétés commerciales, puis, pour la réalisation de la même activité, à un organisme de droit public.

Auditoire : Ce qu'il semble ressortir de tout cela, c'est le caractère très contingent des définitions et la portée limitée des différentes définitions.

⁴⁸ CJCE, 11 janv. 2005, *Stadt Halle RPL*, C-26/03, Rec. I-1

Une activité sera économique dans un domaine particulier, mais ne le sera pas dans un autre, pourtant connexe.

DG : Dans l'identification d'un besoin, il suffit, selon une jurisprudence constante, qu'une toute petite partie soit « autre qu'industrielle ou commerciale » pour que l'ensemble du droit de la commande publique s'applique à cette entité, même si, principalement, elle exerce une activité industrielle et commerciale.

FT : L'infortune des collectivités publiques a des limites. Il y a de plus en plus d'éléments allant dans le sens de l'exclusion des règles de la commande publique : les contrats *in house*⁴⁹, la coopération entre collectivités publiques⁵⁰. Ce sont des îlots. Du point de vue de l'Union européenne, les activités administratives, publiques, de service public, de police administrative, ne sont que des *exceptions* à l'opposition des règles de libre circulation ou de concurrence aux activités des personnes publiques. Mais un fil directeur se dégage lentement entre ces ensembles d'oppositions.

SB : C. Mongouachon, avez-vous pu également dresser le constat d'une telle « efficacité » du droit de la concurrence ?

CM : J'ai évacué le débat relatif aux frontières de l'activité économique. Mais la conclusion à laquelle vous parvenez est de dire qu'il y a une potentialité d'économicité pour nombre d'activités publiques. C'est une raison de plus, pour les publicistes, de s'intéresser à l'application du droit commun de la concurrence au secteur public. D'autant que l'approche du juge de l'Union européenne et celle du juge administratif ne sont pas exactement les mêmes. Le droit de la concurrence dispose d'une certaine légitimité dans son application au secteur public, d'une efficacité, effectivement, car les outils sont alors réaménagés.

On en a un bon exemple avec l'affaire des vedettes vendéennes. Des sociétés privées contestaient devant l'Autorité de la concurrence les prix pratiqués par un opérateur public de transport maritime (la Régie départementale), du fait notamment de l'utilisation d'une vedette rapide (l'Amporelle) mise à disposition par le Conseil général de la Vendée. Ces

⁴⁹ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Srl*, C-107/98, Rec. I-8121.

⁵⁰ CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, Rec. I-4747.

sociétés privées invoquaient le grief de prix prédateurs, qui suppose de démontrer que les prix pratiqués par l'opérateur dominant sont soit inférieurs aux coûts variables, et l'abus est alors présumé, soit inférieurs aux coûts moyens (c'est-à-dire fixes et variables) à condition de rapporter alors la preuve de la volonté d'éliminer les concurrents.

Le problème est que les opérateurs en charge d'un service public supportent généralement des coûts fixes très élevés qui sont liés au fait qu'ils exercent, parallèlement à leur activité concurrentielle, une mission de service public et qu'ils sont assujettis à ce titre à des obligations particulières. L'application du droit commun de la concurrence peut donc se révéler pénalisante pour les opérateurs publics. En l'occurrence, la vedette utilisée l'été sur le marché concurrentiel, l'était aussi l'hiver. C'est ici qu'intervient l'une des adaptations majeures du droit des abus de position dominante. Plutôt que de raisonner exclusivement en termes de coûts variables ou de coûts fixes, les autorités de concurrence ont pu retenir, pour évaluer les pertes subies par l'opérateur public, le concept de coûts incrémentaux, c'est-à-dire les coûts qui ne seraient pas engagés par l'entreprise si elle n'exerçait pas l'activité en cause⁵¹. Le Conseil de la concurrence avait appliqué ce concept, ce qui l'avait conduit à écarter le grief de prix prédateurs au motif que les recettes de l'activité de transport estival de passagers étaient supérieures aux coûts incrémentaux propres à cette activité⁵². Pour arriver à cette conclusion, le Conseil de la concurrence n'avait pas inclus les coûts liés à l'utilisation de l'Amporelle au motif qu'elle était nécessaire à l'exécution de la mission de service public confiée à la régie. La Cour d'appel de Paris avait suivi sur ce point le Conseil de la concurrence⁵³. Mais l'arrêt de la Cour d'appel a ensuite été censuré par la Cour de cassation qui estima que pour exclure les coûts liés à l'exploitation de la vedette rapide, il aurait fallu prouver que l'utilisation de l'Amporelle était absolument indispensable pour assurer la mission de service public⁵⁴.

⁵¹ Décision 2001/354/CE de la Commission, 20 mars 2001, *Deutsche Post*.

⁵² Cons. conc., 23 décembre 2004, *Décision relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée*, n° 04-D-79.

⁵³ CA Paris, 27 juin 2005.

⁵⁴ Cass. Com., 17 juin 2008, n° 05-17.566.

SB : Le Conseil d'État avait eu un raisonnement un peu similaire en 2004, à propos de l'accès au ponton⁵⁵. La décision autorisant la vedette départementale à y accéder prioritairement avait été attaquée devant le juge administratif. Celui-ci avait exclu l'application des règles de la concurrence, en évoquant un motif d'intérêt général. Le juge administratif avait en l'espèce concilié l'application du droit de la concurrence avec le droit administratif, et donc dégagé certaines limites.

CM : C'est vrai ! Le Conseil de la concurrence, dans sa décision du 23 décembre 2004, s'est référé précisément à l'arrêt du Conseil d'État rendu le 30 juin 2004 pour motiver son choix de ne pas tenir compte, dans le calcul des coûts incrémentaux, des frais liés à l'Amporelle. La Cour d'appel de Paris l'a suivi. C'est sur ce point que le contentieux s'est cristallisé devant le juge judiciaire. Pour la Cour de cassation, cette référence à l'arrêt du juge administratif n'était pas suffisante puisque le Conseil d'État ne s'était pas prononcé spécifiquement sur la question de savoir si l'Amporelle était nécessaire à l'accomplissement de la mission de service public de la régie.

FT : Il faut remarquer qu'on sort ici de la logique activité économique – non économique, pour entrer dans le domaine plus classique de la distinction entre activités publiques et privées et de leur conciliation.

SB : L'appréhension par la concurrence permet-elle au juge d'apprécier l'opportunité de l'outil utilisé par la personne publique pour son activité de service public ?

CM : Exactement. L'application du droit de la concurrence au secteur public implique finalement un questionnement sur l'efficacité de l'opérateur public. S'agissant spécifiquement des coûts incrémentaux, ce sont en réalité les limites du droit de la concurrence qui conduisent à cette question de l'adéquation des moyens mis à disposition du service public. La mise en place du test des coûts incrémentaux opère comme une forme d'internalisation du mécanisme dérogatoire prévu à l'article 106 §2 T.FUE : comme si la Cour de cassation avait intégré au stade de la mise en œuvre du test des coûts incrémentaux le critère de nécessité requis aux fins d'application de la dérogation aux règles de concurrence au profit des

⁵⁵ CE 30 juin 2004, *Département de la Vendée*, Rec. 277.

SIEG. Dans son dernier arrêt en date du 20 décembre 2012⁵⁶, la Cour d'appel de Paris a repris cette question du dimensionnement de la vedette par rapport aux nécessités du service public. Ce débat était d'ailleurs devenu une vraie question de compétence juridictionnelle puisqu'il était reproché au Conseil d'avoir dépassé sa compétence en se prononçant sur la nécessité pour la Régie d'utiliser l'Amporelle pour l'exercice de sa mission de service public. Mais la Cour d'appel a rejeté ce moyen procédural en intégrant la question du dimensionnement du service public à sa motivation relative à l'application de la méthode des coûts incrémentaux. Ce faisant, la Cour d'appel l'a aussi relativisée en insistant sur la nécessité de rechercher les effets de la pratique tarifaire sur le marché, en phase avec l'apport de la jurisprudence européenne la plus récente.

Auditoire : Du point de vue de l'eupéanisation, y a-t-il eu un changement suite à l'adoption du Traité de Lisbonne et au Protocole, en ce qui concerne la définition de ce qui est économique ? Est-ce que l'on constate un retour des prérogatives au niveau national ?

FT : Symboliquement, oui ; en pratique, non. On peut dire que les SIG existent et qu'ils sont divisés entre les économiques et les non économiques. Mais cela ne nous renseigne pas davantage sur leur identification. Symboliquement, pour le moment, le Traité mentionne la marge de manœuvre des autorités publiques nationales – et locales – pour gérer les SIEG, sans que l'on puisse dire que cette mention influence le comportement des acteurs européens ou nationaux.

Par contre, il faut remarquer qu'il y a une réappropriation par les autorités nationales de cette définition. La jurisprudence est clairement imprégnée de cette distinction entre activités économique et non économique. C'est la même chose pour l'Autorité de la concurrence, qui a parfois fait une distinction entre activité économique et activité de service public administratif, dans le sens de la décision *OABP*⁵⁷. De ce point de vue, le Traité de Lisbonne n'a pas changé les choses. Depuis une petite dizaine d'années, le juge administratif et l'Autorité de la concurrence s'imprègnent de cette logique de distinction entre ces deux domaines.

⁵⁶ CA Paris, 20 décembre 2012, *Pelletier c/ Régie départementale des passages d'eau de la Vendée*.

⁵⁷ CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats Barreau de Paris, préc.*

Auditoire : Au niveau des aides d'État par exemple, il y a une récupération des prérogatives nationales. Les différents paquets d'aides laissent penser que l'Union européenne redonne une marge de manœuvre aux États.

FT : Oui, mais on rentre dans une logique d'exclusion qui n'est plus nécessairement basée sur l'existence d'une activité économique, mais sur l'idée du seuil. Ce critère est d'ailleurs plus porteur et plus objectif pour les collectivités publiques, que celui d'*économicité*. On peut également faire entrer dans cette même ligne toutes les coopérations entre collectivités dans le domaine contractuel. Ce raisonnement est repris également par le juge national. Les conclusions Boulouis sur l'arrêt *APR* sont topiques à cet égard : le rapporteur public développe une distinction entre les activités dans et hors marché. On en revient à cette idée des activités de prestation interne (*in house*) en s'éloignant de la distinction économique / non économique, plus difficile à manier. Même si le critère dans / hors marché n'est pas non plus évident à manipuler...

DG : Lorsque l'on traite de la question des aides d'état, on ne fait plus référence à la distinction entre activités économiques et non économiques. Par hypothèse, il s'agit forcément d'activités économiques. Si l'activité n'est pas économique, le régime des aides d'état n'a pas vocation à s'appliquer et la question de la nature de l'activité est tranchée en amont de celle de l'application des règles relatives aux aides d' tat.

FT : Pour affiner, il faut noter que le fait d'octroyer une aide d'état est une activité de l'autorité publique. Pour identifier une aide d'état, il faut s'assurer que c'est l'état en tant qu'autorité publique qui décide d'octroyer des fonds. Le fait de donner l'aide n'est pas une activité économique, mais reste une activité de la puissance publique. Par contre, l'entité qui la reçoit a une activité économique.

DG : Jusqu'à une décision de 2011 au cœur du « paquet Almunia », même la prise en compte du seuil était fondée sur l'absence d'un bénéfice raisonnable⁵⁸. Le problème demeure la question du contenu de la notion de « bénéfice raisonnable ». Dans la pratique décisionnelle de la Commission européenne, le bénéfice raisonnable peut résider dans une sous-compensation : dès lors que les coûts occasionnés n'ont pas été compensés,

⁵⁸ Décision 2012/21/UE de la Commission, 20 décembre 2011, préc.

on est en présence d'un bénéfice raisonnable⁵⁹. On n'a jamais réussi à identifier objectivement un bénéfice raisonnable. L'objectivisation du contentieux n'a pas marché. Il semble qu'il en aille différemment avec la décision du « paquet Almunia », même si les nouveaux critères d'identification du bénéfice raisonnable ne sont pas clairement intelligibles.

SB : Tout cela donne l'impression que les institutions européennes, et désormais les juridictions nationales, reprennent ces concepts flous et indéfinissables, sans véritablement arriver à les définir.

Auditoire : Dans une tribune, le professeur Truchet propose de substituer à la distinction SPIC – SPA la distinction européenne SIEG / SNEIG⁶⁰. Comment articuler ces deux distinctions ?

DG : L'utilisation des deux distinctions dépend du contentieux. La distinction SIEG – SNEIG est extrêmement peu reprise par le Conseil d'État (le juge administratif ne se réfère d'ailleurs jamais à la notion de SNEIG). Dans l'arrêt *OABP*, le Conseil d'État se contente de se référer à une distinction entre les activités économiques et non économiques.

La distinction SPIC / SPA n'est absolument pas opératoire dans le contentieux de l'Union européenne, et n'a donc pas à y être invoquée. Elle ne recouvre pas le même champ : ce qui apparaît comme administratif pour le Conseil d'État ne l'est pas forcément pour la Cour de justice de l'Union européenne ; ce qui est industriel et commercial au sens du Conseil d'État n'est pas mécaniquement économique pour le juge européen. On ne peut pas transposer la distinction SPIC / SPA parce qu'elle procède de la volonté du Conseil d'État (hors qualification législative), alors que la distinction SIEG / SNEIG relève de la volonté de la Cour de justice. Ces deux distinctions ne sont pas transposables parce que les acteurs sont différents.

Auditoire : Est-ce que ces deux distinctions coïncident partiellement, largement, essentiellement ?

DG : Elles sont matériellement proches en ce sens que les services qu'elles englobent sont souvent les mêmes, même si une équivalence systématique n'existe pas.

⁵⁹ Par ex., Décision 2006/5477/CE de la Commission, 22 novembre 2006, *Laboratoire national d'Essai*

⁶⁰ TRUCHET (D), « Renoncer à l'expression "service public" », *AJDA*, 2008, p. 553.

FT : Il n'y a pas de coïncidence obligatoire. Mais il faut chercher longtemps pour trouver des cas dans lesquels les analyses interne et européenne sont opposées. Petit à petit, le juge de l'Union européenne sera certainement amené, par petites touches, à finir son tableau et dire ce que sont des SIEG et ce que sont des SNEIG. On sera alors obligé de les confronter avec ce que l'on a sous la distinction SPIC / SPA. La distinction SPIC / SPA conserve son utilité à plusieurs niveaux. Mais on arrive à une fusion des deux logiques, sous des appellations différentes. Et je pense qu'à terme, la distinction SPIC / SPA est un peu condamnée.

DG : Même si le Conseil d'État se saisissait de la distinction SIEG / SNEIG dans son contentieux, cela ne changerait pas grand-chose. Le signifiant serait le même, mais rien n'empêcherait le Conseil d'État de produire des signifiés différents à partir d'un signifiant identique. Le caractère suprême du Conseil d'État fait que les signifiés procèdent de son pouvoir discrétionnaire.

IV. Méthodologie de la recherche

SB : J'aimerais profiter de ce dernier temps de notre rencontre pour que nous revenions sur un aspect plus méthodologique. Ce qui m'a frappé à la lecture de vos travaux, c'est l'utilisation systématique de sources que l'on pourrait qualifier d'alternatives, en marge de la jurisprudence nationale ou européenne. Dans l'analyse des sources, quelle place avez-vous accordée à l'étude de la *soft law* ? Cela nous ramène au débat que nous avons eu lors de la première table ronde ; mais je pense que votre expérience pourra permettre de l'éclairer différemment.

DG : L'argument de la juridicité d'un acte n'intervient que par le truchement d'une autorité de concrétisation et donc, le plus souvent, d'un juge. Ce qui est intéressant avec les communications de la Commission européenne, appelées « normes officieuses » ou parfois « actes atypiques » par la doctrine, est de s'interroger sur la possibilité de les faire entrer dans le champ de l'analyse juridique. Il est éventuellement possible de les classer comme source du droit, c'est-à-dire comme un acte permettant de fonder une décision. Dans plusieurs décisions (notamment en 2006), la

Commission européenne relève qu'il « convient d'appliquer » une communication « alors en vigueur »⁶¹. Pourtant, en théorie, un tel acte ne peut pas être entré en vigueur, puisqu'il ne s'agit pas d'un acte juridique contraignant entré dans l'ordonnement juridique. On constatait alors la production d'un effet de droit par un acte *a priori* totalement dépourvu d'effet de droit. Corrélativement, on quittait la sphère de la *soft law* pour entrer dans le droit.

Par conséquent, je n'utilise pas vraiment la distinction *soft law* – *hard law*. Pour moi il y a du droit ou du non droit. Cette analyse a été étayée par plusieurs décisions du TPIUE⁶², dans lesquelles le juge décide qu'il convient d'appliquer des communications de la Commission. Le juge donne un « brevet » de juridicité à ces actes et fait quitter ces communications d'un champ purement politique de la Commission pour entrer dans un champ contentieux. Là où c'est très compliqué, c'est que le juge européen dans d'autres décisions⁶³ indique que la même communication a un caractère purement « interprétatif », et que l'on ne peut pas s'en prévaloir (la communication n'est pas invocable). Avec ce type d'acte, on a donc une production d'effets juridiques ponctuels, au gré de la volonté de l'autorité de concrétisation (le juge et la Commission dans sa pratique décisionnelle).

FT : On devrait comparer cette pratique avec celle du Conseil d'État qui, d'une part, se vante rarement de ne pas suivre un avis de l'Autorité de la concurrence et qui, d'autre part ne fait pas toujours référence aux positions des autorités de concurrence dans ses arrêts, sans toutefois forcément s'en éloigner (on peut les retrouver dans les conclusions et l'Autorité de la concurrence fait elle-même parfois référence à la pratique du juge administratif). Cela tient certainement aux différences institutionnelles et de cultures juridictionnelles entre les niveaux national et européen. Pourquoi dans sa décision le juge européen mentionne-t-il les communications de la Commission pour conclure qu'il ne faut pas les appliquer ?

⁶¹ Décision de la Commission, 22 novembre 2006, *Laboratoire national de métrologie et d'essais, prec.*

⁶² Par ex., TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen*, T-17/02, Rec. II-2031 ; TPICE, 12 février 2008, *BUPA*, T-289/03, Rec. II-81.

⁶³ Par ex., TPICE, 11 juin 2009, *ASM Brescia SpA contre Commission*, T-189/03, Rec. II-1831.

DG : Il s'agissait de répondre à la requérante, qui s'était fondée sur une communication pour contester une décision de la Commission. En revanche, lorsqu'il dit qu'il faut les appliquer, il le fait seul.

SB : C. Mongouachon, avez-vous été confrontée à cette problématique ? En particulier, quel choix avez-vous fait quand au traitement des actes de l'Autorité de la concurrence : vous êtes-vous limitée aux seules décisions ?

CM : J'ai beaucoup travaillé sur les avis de l'Autorité de la concurrence intéressants le secteur public, et plus largement le rôle des pouvoirs publics. Ces avis ont été systématisés dans un guide publié par l'Autorité de la concurrence⁶⁴. Parce que l'abus de position dominante est une notion souple, et qu'il faut sécuriser ces règles – notamment dans leur application aux opérateurs publics –, l'Autorité de la concurrence a, dès les années 1990, été consultée fréquemment sur des questions d'ouverture à la concurrence (EDF-GDF, diversification des activités de La Poste, etc.). Il y a un grand nombre d'avis dans lesquels elle précise quel type d'obligation le contrôle des pratiques anticoncurrentielles impose aux opérateurs publics. Or, par le biais de la procédure des engagements, l'Autorité de la concurrence arrive de nos jours à imposer aux opérateurs publics le respect de normes qu'elle avait édictées dans ses avis.

SB : Pourquoi avoir limité le champ de votre recherche à l'analyse des seuls abus de position dominante, en délaissant les autres pratiques anticoncurrentielles ?

CM : En réalité, il n'y a que très peu de décisions de l'Autorité de la concurrence mettant en œuvre le droit des ententes. C'est sur la base des abus de position dominante que les opérateurs publics sont sanctionnés le plus souvent. La délimitation du sujet se justifie donc sur le plan quantitatif, mais aussi d'un point de vue qualitatif, car les abus de position dominante ont été au centre des débats sur la modernisation du droit européen de la concurrence. Le mouvement était amorcé dès 2005, mais la Commission continuait à réfléchir à ces orientations en 2009. Il y avait donc un débat très intéressant sur la question qui a nourri et enrichi très largement la thèse.

⁶⁴ *Guide d'évaluation de l'impact concurrentiel de projets de texte normatifs*, La Documentation française, 2012, 112 p.

SB : Et pourquoi une telle centralité ? On pourrait imaginer de contrôler les activités des opérateurs publics par le biais de l'entente par exemple. Ententes entre entreprises publiques, mais, pourquoi pas, également entre collectivités territoriales. Théoriquement, deux opérateurs – fussent-ils des collectivités – peuvent commettre une entente, dès lors qu'ils exercent une activité économique au sens du droit de l'Union européenne.

CM : Oui sur le plan théorique. Mais dans la pratique, il n'en demeure pas moins qu'il y a très peu de décisions. Alors que l'Autorité de la concurrence est beaucoup plus souvent saisie sur le fondement de la position dominante des opérateurs publics. Par ailleurs, le droit des ententes est sans doute un droit moins malléable que le droit des abus. Je ne suis pas certaine que les ententes puissent fournir aux autorités de concurrence matière à des raisonnements spécifiques en présence d'opérateurs publics.

SB : Et l'appréhension de votre sujet sous l'angle des concentrations ? Auriez-vous pu adopter une autre perspective ?

CM : Je n'ai pas exclu cette question en commençant ma thèse, mais il n'y avait pas là non plus matière à approfondir. Ce n'est pas un parti pris de départ d'avoir circonscrit la recherche aux abus de position dominante, mais cela s'est imposé parce que l'analyse des abus prenait le pas sur les autres types règles de concurrence.