

La notion juridique de la régulation

*Maître-assistante : Nemdili Rahima
Faculté de droit
Université « Ferhat Abbas » de Sétif - Algérie*

ملخص

الضبط هو وظيفة جديدة للدولة مثل المرفق العام و البوليس الإداري، الهدف منه هو ضمان المتطلبات الجماعية للمجتمع في بيئة تنافسية و يمارس من طرف إدارة مستقلة تحت رقابة القضاء.

هذا المفهوم هو مفهوم اقتصادي للضبط، لأنه ظهر من أجل تحقيق التوازن بين العوامل الاجتماعية، كما أنه قانوني لأنه يمارس بوسائل ينظمها القانون.

Résumé :

La régulation est une nouvelle fonction de l'état comme le service public et la police administrative, visant de garantir des besoins collectifs de la société dans un environnement concurrentiel, et cette fonction est exercée par des autorités administratives indépendantes. Sous le contrôle de la jurisprudence.

Cette conception, est une notion économique de la régulation, parce qu'elle apparaît pour l'équilibre des facteurs de l'économie, mais en plus est une notion juridique, car elle exerce par des instruments organisés par le droit

Introduction

Parmi, les multiples manifestations de ce qu'il est convenu d'appeler la mondialisation, l'une des plus significatives, parce qu'elle touche au rôle même de l'état ; « est l'introduction des mécanismes de marché et de la concurrence dans des fonctions ou des activités jusqu'alors placées sous le contrôle de l'état »(1)

Par conséquent, l'institution du service public s'accompagne traditionnellement de l'éviction du marché dans les activités auxquelles il s'applique, la généralisation du marché, selon les cas, à la redéfinition, à la marginalisation ou à l'abandon du service public.

Tous les pays n'ont pas admis dans leur système juridique la notion de service public. Mais aujourd'hui on constate la diffusion presque universelle de la notion de régulation.

Toutefois, ce mot est devenu à la mode, on le trouve dans des ouvrages d'économie ; et il consiste un enjeu du discours politique, et il tend aussi à prendre de plus en plus de place en droit ou travaux récents y font référence, que l'on songe par exemple à l'ouvrage de B. du Marais.(2) .et au rapport remis par monsieur STAFFAES Christiane au ministre des affaires européennes(3).qui s'interroge notamment sur la prise en charge de la dimension de service universel face à la politique de libre concurrence, et en fin, au collègue réalisé à l'école nationale de l'administration et certains des centres de recherches soit en droit public comme en droit privé.(4)

Par conséquent, la notion juridique de la régulation a des interprétations différentes selon les pays, et pour distinguer entre eux on partage ce thème en trois parties. la première sera consacrée à les définitions législatives de la régulation que l'on peut trouver dans les droits positifs, et dans la seconde partie, on présentera les définitions jurisprudentielles de la régulation, et en fin on cité les définitions des juristes et chercheurs en droit public et droit privé.

I- Les définitions législatives de la régulation :

En Allemagne, le paragraphe 2 de la nouvelle loi sur les télécommunications (telekommunikationsgesetz) du 22Juin2004.(5) donne une définition de la régulation (Regulliering) :« c'est une mission de puissance publique (Hoheitliche Aufgabe) de la fédération répondant à des objectifs précisément définis par la loi qu'elle doit concilier. il s'agit essentiellement de concilier l'établissement d'une concurrence loyale et efficace avec certain nombre d'autre objectifs d'intérêt général qui peuvent être contradictoires, et dont la liste a été étendue par la loi de 2004.

Cette mission est éclairée par le paragraphe 1 de la loi de 2004 relative aux télécommunications, qui on énoncé le but, stimuler la concurrence et garantir des services suffisants sur tous le territoire(6).

Donc, la régulation -comme le résumé Martin Bullinger- accompagne le passage prestataire à l'état gérant des services essentiels et cette mission exercée par l'autorité de régulation des télécommunications qui est en placée par le ministère fédérale de l'économie et de la technologie, et le ministre a le pouvoir de lui adresser des instructions(7).

La législation française comprend aussi une définition dans l'article l-32-1 du code des postes et des communications électroniques(CPCE): « la fonction de la régulation est indépendante de l'exploitation des réseaux c'est de la fourniture des services de communications électroniques...et exercée au nom de l'état par le ministre chargé des télécommunications électroniques et par l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes et télécommunications(ARCEP).(8)le paragraphe I de la loi de2008 citée les objectifs de la régulation comme l'exercice au bénéfice des utilisations d'une concurrence effective et loyale .

Et contrairement à Allemagne l'ARCPE(ou l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes et télécommunication) a assurée une indépendance en France, et elle ne prévoit pas la possibilité pour ministre d'adresser des instructions ou des directives. (9)

En Algérie l'article 3 paragraphe de la loi 08_12 de 25 juin 2008 de la concurrence est définie la régulation comme « toute mesure quelque soit sa nature prise par toutes institution publique et visant notamment à renforcer et à garantir l'équilibre des forces du marché et le jeu de la libre concurrence, à lever les obstacles pouvant entraver son accès et son bon fonctionnement ainsi qu'a permettre l'allocation économique optimale des ressources du marché entre ses différents acteurs conformément aux dispositions de la présente ordonnance »(10).

On conclue donc, qu'il existe une approche matérielle de la régulation c'est-à-dire, qu'elle est une fonction de puissance publique pour faire l'équilibre entre les forces du marché et établir une concurrence loyale et efficace. et une approche institutionnelle par-ce-qu' elle puisse en exercée par une institution publique au nom de l'état.

II- Les définitions jurisprudentielles :

En Angleterre, un arrêt de la cour d'appel du 10 juillet 2002, dans une affaire opposant les administrateurs judiciaires de RAILTRACK exploitant des infrastructures ferroviaires menacée de faillite, et la rail régulatrice établie par la loi de 2000 sur les transports.(11)

Le ministre avait obtenu en justice la nomination d'administrateurs judiciaires de RAILTRAC, au motif que cette société ne pouvait plus faire face à ses engagements bien que nommés sur la base de la loi sur les entreprises en difficultés de 1986. mais la cour d'appel donne raison au régulateur sur les administrateurs judiciaires pour des motifs qui méritent d'être résumé. Elle considère que le régulateur n'est ni un juge ni un arbitre, et que sa mission ne se situe pas sur le même plan que celle des administrateurs judiciaires.

Pour la cour, les premiers juges en sous-estimé la nature réglementaire et le fait que la régulation doit prendre en compte des considérations étrangères à l'intérêt des parties .Elle ajoute : « while the desirability of not interfering with administration is revelant to the issue we hate to determine, more important is the broader public interest role of the RAIL REGULATOR.which goes beyond the interest of even the

administration of a rail company as important as RAILTRACK » .et elle aussi considère que « the Rail Regulatory is better placed to make an overall assessment of what is in the interest of rail net work than the Railway administrators or even the court »(12).

Dans cette arrêt, on voit que le régulateur est le gardien d'un intérêt public définie par la loi ,il s'agit non seulement d'assurer le droit d'accès au réseau , mais aussi ,d'assurer la continuité des services ferroviaires, et cette intérêt publique est supérieur aux intérêts dont la sauvegarde est confiée aux administrateurs judiciaires ,par-ce-que le régulateur est une autorité administrative qui se distingue, par sa mission comme par les procédures aux quelles obéissent ses décisions, à la fois des cours de justice et des tribunaux.

En Belgique, le conseil d'état a exprimé sa définition dans un avis du 05 juin 2002 sur l'avant projet de loi sur le statut du régulateur des postes et télécommunications, il utilise le mot de « régulation » dans un sens étroit, et il s'agit de «la prise de décisions particulières par une autorité administrative jouissant d'un large pouvoir discrétionnaire, par opposition à la réglementation, qui recouvre traditionnellement dans la terminologie interne , les seules normes générales abstraites »(13).

En France , le conseil d'état, dans son premier rapport consacré aux autorités administratives indépendantes(A.A.I) en1983 a caractérisé leur mission par « la régulation quelque chose intermédiaire entre le choix des politiques , qui n'appartient aux autorités élues ou directement contrôlées par les élus, et la gestion des services qui est l'affaire des administrations, placées sous le pouvoir hiérarchique ou la tutelle des premiers . »

Il ajoute aussi que la régulation « est une tache qui consiste à assurer, entre les droits et les obligations de chacun de type d'équilibre voulu par la loi »(14)

Après 20 ans, le second rapport du conseil d'état sur les autorités administratives indépendantes développe cette conception dans un contexte économique. et politique très différent, et il considère que l'autorité de régulation est l'intermédiaire entre le pouvoir qui fixe les règles et les opérateurs sur le terrain, se consacre essentiellement au respect des textes ou c'est l'interactivités entre le droit et le fait. Toutes fois, le conseil d'état n'oppose pas le marché et l'état, la régulation doit - au contraire-encadrer la concurrence et mettre celle-ci au service d'objectifs politiques conciliant efficacité et équité »(15)

III- Les définitions doctrinales :

La régulation est un thème très présent dans les débats juridiques doctrinaux depuis près de vingt-ans, et on peut toutes fois distinguer parmi eux deux grandes tendances, selon la première, à dominante économique, la régulation est une notion économique et descriptive de l'évolution de l'état, à laquelle il convient de rattacher certaines évolutions juridiques, et pour la seconde, une notion propre juridique.

Bien entendu, la distinction de ces conceptions constitue une simplification de ce mot (16).Mais avant tous cas, les anciens juristes ont eu tendance à assimiler la régulation et les modes d'action des autorités administratives indépendante, comme AUTIN JEAN LOUIS, « l'action des (A.A.I) « autorités administratives indépendantes »réalise dans certains secteurs un mode de régulation que la justice administrative n'est plus en mesure de réaliser et elle produit un nouveau type de droit.(17)

Et pour COLLY CATHERINE TEITGEN « La fonction de régulation constitue la mission fondamentale des autorités administratives indépendantes et elle encadre un secteur de la vie sociale, dans le respect de l'équilibre entre les intérêts voulus par le législateur et qui peut appeler un arbitrage entre ces intérêts. »(18)

Aujourd'hui, et après le rapport public de conseil d'état de 2001 sur les (A.A.I), les conceptions sont descriptives, les premiers à dominante économique, permettant de rendre compte des nouveaux rapports entre la puissance publique et le marché et par exemple, pour PIERRE DEVOLVE « La régulation est une police spéciale de la concurrence »(19) et pour GAUDMET YVES, il s'agit en fait « d'une police économique ayant pour objectif l'ouverture de la concurrence »(20)

Plus récemment BERTRAND DU MARAIS et STEPHANE RODRIGUEZ(21) donnent des définitions à partir de l'introduction du marché et la concurrence, selon la conception anglo-saxonne ou sous l'influence du droit communautaire et qu'ils apparaissent des nouveaux principes du service public.

Pour les deuxièmes conceptions à dominante juridique GERARD TIMISIT propose une notion indépendante de régulation dans le champ de la théorie du droit, elle correspond au « passage d'un droit abstrait générale et désincarné à un droit concret et ancré dans la réalité la plus physique et la plus sensible de la société » (22).

Donc ce phénomène se manifeste alors -pour TIMISIT- en particulier dans nouveaux rapports juridiques qui naissent de l'introduction de la concurrence dans les secteurs jusqu'alors contrôlés par l'état, et donc l'élargissement de la sphère du marché.

Par conséquent, M.A FRISON ROCHE, a développé cette notion et estimé qu'une nouvelle branche du droit qui est en train de se former: « le droit de la régulation » et « qui regroupe l'ensemble des règles affectées à la régulation qui ne peuvent engendrer leurs équilibre par eux même »(23) .Et pour FRISON ROCHE, l'objet de droit est le secteur régulé et la méthode est l'objectif équilibré ou la construction du marché, qui se distingue par le droit de la concurrence et produit des principes à partir des solutions particulières : impartialité, transparence, proportionnalité, et enfin ces institutions, sont : les autorités de régulation, et l'élaboration de l'inter -régulation conduisant à la

juridictionnalisation de régulation et à la concentration des pouvoirs.

Cette approche est critiquée par LAURENCE BOY. qui considère que le droit de régulation est une notion à la fois trop large et trop-étroite aussi. par-ce-qu' elle est opposée par le droit de concurrence, et la régulation est définitive par le fait de l'état n'a plus les moyens de conserver dans sa sphère le secteur en cause, et encore les dimensions européenne et internationale qui ne sont pas prise en compte. (24)

En résumé, on ne peut pas parler d'une nouvelle branche de droit comme le dit FRISON ROCHE, mais on peut dire aujourd'hui, que la place la plus importante de la régulation de l'économie par le droit formée ou fondée le droit de la régulation .et le sens le plus souvent utilisé est le sens politique ou dans les revues ou la régulation est la fonction de la puissance publique utilisée soit par l'état ou par les autorités administratives indépendantes . pour l'équilibre de la concurrence et du marché

Conclusion :

Après l'analyse des approches législatives et juridictionnelles et doctrinales de la régulation, on ne peut pas dire qu'il y a une conception homogène et complète ;a cause des multiples facteurs comme le marché, la concurrence, les services publics, les intérêts collectifs, le droit et l'état.

Cela signifie, que la régulation est une conception incontournable dont lesquels le discours politique, le discours sociale, le discours économique, et parfois le discours philosophique, serait considéré comme incomplet.

Et de plus, la régulation est une nouvelle fonction de la puissance publique comme le service public et la police, et elle était créée en tant qu'instrument de l'état qui n'offre plus lui même un service d'intérêt générale, mais garantit que les intérêts publics essentiels seront respectés par les entreprises publiques et les entreprises privées en concurrence.

Enfin, nous pouvons ainsi proposer la définition de la régulation, qu'elle est un instrument de passage, de l'état prestataire des services publics à l'état qui les garantissant et celle-ci appliquée par une autorité administrative indépendante, ou on peut dire que la régulation est une fonction de la puissance publique visant à la satisfaction des besoins collectifs dans un environnement concurrentiel entre les entreprises privés et les entreprises publiques.

Glossaire :

(1)-Marcou(G):régulation et service publique ; colloque « droit de la régulation, service publique, et intégration régionale, université Paris I, 29-30 Avril 2004, p11.

(2)-Du Marais(B) : droit publique de la régulation économique, Dalloz, Paris, 2004, p130

(3)-STAFFAES(CH) : service publique, question d'avenir, la documentation française, Paris, 1995, p127-129.

(4)-FRIER (P-L) : la régulation comme fonction, propos introductifs, colloque « service publique et intégration régionale, Paris 1, 29-30, Avril2004,p67.

(5)La loi de la télécommunication du 22juin2004 en Allemagne

(6)-Marcou(G) : op-cit, p15

(7)-Bullinger(M) : droit de la régulation, service publique et intégration régionale en Allemagne, université de Paris I, 29-30 avril 2004, p143-148.

(8)-la loi n° 2005-516 du 20/05/2005 sur la régulation des activités postales

(9)-l'article L-130 et S de la loi n°2005-516du 09/05/2005 sur la régulation des activités postales. (JO n°117 du 21/05/2005)en France

(10)-La loi 08-12 du 25/06/2008 portant de la loi concurrence en Algérie (JO n°36 du 02/07/2008)

(11)-Winsor V.special railway administrators of railtrack plc

(2002)EWCA civ 955(10/07/2002)(www.lawreports.co.uk)

- (12)-Marcou(G) : op-cit, p 17
- (13)Marcou(G) : La notion juridique de la régulation, AJDA, 20/02/2006, p349..
- (14)-Conseil d'état, rapport public 1983, études et documents 1983, 1984, n°35, p20
- (15)-Conseil d'état, rapport public 2001, « étude et documents, ».n°52, p278
- (16)-Marcou(G) : op-cit, p32
- (17)-Autin(J-L) : du juge administratif aux autorités administratives indépendantes, RDP, 1988,n°5,p1214.
- (18)-Teitgen-colly (C) : les autorités administratives indépendantes, PUF, ;;Paris ;1988,p,26
- (19)-Delvové (P) :le droit public de l'économie, Dalloz ,Paris, p1988 p561
- (20)-Gaudmet (Y) : la concurrence des modes et des niveaux de régulation, RFDA, 2004, N°109,P14
- (21)- Rodriguez (S):apport du droit communautaire au droit de la régulation des services publics , colloque, droit de la régulation ,service public ;et intégration régionale ; université Paris,29-30 Avril ; 2004,p119.
- (22)-Timsit (G) : les deux corps du droit, RFAP, 1996, n°78, p375_384.
- (23)-Frison Roche (M-A):le droit de la régulation, Dalloz ; Paris, 2001.p610.
- (24)-Boy (L):Réflexion sur le droit de la régulation, Dalloz .chro, 37,p3031-3038.