

**B - La Banque de France**

16- Le pouvoir réglementaire de la Banque a bien évolué. Jusqu'à la loi n° 98-357 du 12 mai 1998, la Banque de France définissait en toute indépendance la politique monétaire de la France. Pour assurer le bon fonctionnement du système bancaire, elle énonçait des avis qui avaient, dans certains domaines, valeur réglementaire (V. M. Vasseur, le pouvoir de la Banque de France de prendre des règlements et d'édicter des normes professionnelles, D. 1981, chron. 25).

17- Mais depuis la loi du 12 mai 1998, la Banque de France fait partie intégrante du Système européen de banques centrales, institué par l'article 8 du traité instituant la Communauté européenne (article L. 141-1 du C.M.F.). Elle participe donc à l'accomplissement des missions et au respect des objectifs assignés par l'article précité.

Par suite, le Conseil de la politique monétaire de la Banque de France, en application de l'article L. 142-2 du C.M.F. (anc. article 7 de la loi du 4 août 1993), dans le cadre des orientations et instructions de la Banque centrale européenne, précise les modalités d'achat ou de vente, de prêt ou d'emprunt, d'escompte, de prise en gage, de prise ou de mise en pension de créances et d'émission de bons portant intérêt, ainsi que la nature et l'étendue des garanties dont sont assortis les prêts consentis par la Banque de France.

18- Ce pouvoir réglementaire limité, attribué à la Banque de France, sous l'empire de la loi du 24 janvier 1984 a été reconnu par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 93-324 du 3 août 1993 (R.D.C., I, 537) dans un considérant clair :

« Considérant que dans la mesure où elle permet d'assurer la mise en œuvre de la politique monétaire, l'habilitation donnée à la Banque de France, institution de l'Etat, de fixer par délibération du Conseil de la politique monétaire certaines normes destinées à concourir au contrôle de l'évolution de la masse monétaire, ne concerne que des mesures circonscrites tant par leur champ d'application que par leur contenu ».

19- En conclusion, nous constatons qu'une institution, fut-elle proche des services de l'Etat, peut se voir reconnaître un pouvoir de recommandation, voire de décision, qualifiable de pouvoir réglementaire mais seulement à titre exceptionnel.

Toutefois, le Conseil d'Etat, par un arrêt du 27 juillet 2001 (J.C.P. 2001-II, 10596, note R. Martin), dénie au Conseil national des barreaux tout pouvoir réglementaire.

En revanche, des autorités indépendantes de régulation sont dotées d'un pouvoir réglementaire propre leur permettant d'édicter des normes générales ayant le caractère de règlements de force obligatoire pour ceux qu'ils concernent (V. Maurice-Antoine Lafortune, Les autorités indépendantes de régulation à l'épreuve des principes processuels fondamentaux dans l'exercice de leur pouvoir de sanction des manquements aux règlements du marché économique, financier et boursier, G.P., 23-25 septembre 2001, p. 12).

## LE POUVOIR NORMATIF DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

Par

Patrice BATTISTINI  
A.T.E.R. à l'Université de Haute-Alsace

1 - Sous la pression du droit communautaire divers secteurs de l'économie doivent se plier à une concurrence plus ou moins totale. Il en est notamment ainsi dans le domaine de la télécommunication (1). En la matière, c'est la loi du 26 juillet 1996 (2) qui a ouvert en France l'activité à la concurrence à compter du 1er janvier 1998 (3). Cependant, cette activité ne pouvait être abandonnée à une concurrence pure et dure, aux seules lois du marché. Elle se devait d'être soumise à un certain contrôle, à une certaine régulation (4). En la matière, cette mission de régulation a non seulement été confiée au ministre chargé des télécommunications, mais aussi à une institution indépendante. C'est pourquoi le législateur a créé une

(1) Cf. par ex. les dir. 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 déc. 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.) à la téléphonie vocale, dir. 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la dir. 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, dir. 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 oct. 1997 modifiant les dir. 90/387/CEE et dir. 92/44/CEE en vue les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications et dir. 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 fév. 1998 concernant l'O.N.P. à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel. Sur les télécommunications cf. J.-M. Hubert, *Télécommunication*, PA 1998, n° 82 et J.-L. Autin, *Télécommunications*, J.-clas. Adm., fasc. 274-10.

(2) L. n° 96-659 du 26 juil. 1996 de réglementation des télécommunications, JO 27 juil., p. 11384, mod. par le Titre II ord. n° 2001-670 du 25 juil. 2001 portant adaptation au droit communautaire du code des postes et télécommunications, JO 28 juil. Cf. par ex. R.-G. Perot, *La nouvelle réglementation des télécommunications*, PA, 1996, n° 132 ; Chevallier J., *La nouvelle réforme des télécommunications : rupture et continuité*, RFDA 1997, 115 ; Lignière P., *La nouvelle donne des télécommunications en France*, JCP E 1997, n° spéc. 27 mars 1997 ; H. Maisl, *La nouvelle réglementation des télécommunications*, AJDA 20 oct. 1996, p. 762.

(3) D. Laffont, *Année 1998 dans les télécommunications : début de l'ouverture à la concurrence des réseaux et du téléphone*, Juris. PTT, 1997, n° 50, p. 11.

(4) Sur la notion cf. L. Cohen-Tanugi, *L'émergence de la notion de régulation*, PA, 1998, n° 82 ; M.-A. Frison-Roche, *Les différentes définitions de la régulation*, PA, 1998, n° 82 et *Le droit de la régulation*, Dalloz 2001, chron., p. 610. D'une manière générale voir *La régulation : monisme ou pluralisme ?*, Colloque du 25 mars 1998 organisé par la D.R.C.C.R.F., PA 1998, n° 82.

nouvelle autorité administrative indépendante (A.A.I.) (5) qu'est l'autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.) (6), mise en place à compter du 1er janvier 1997 (7).

2 - À cette fin, cette nouvelle institution s'est vue confier divers pouvoirs (8), dont certains quasi-juridictionnels en étant chargé de règlement de différends et de conciliation. De sorte que l'autorité connaît les contentieux entre opérateurs dans les domaines du refus d'interconnexion, de la conclusion et l'exécution des conventions d'interconnexions, des conditions d'accès à un réseau de télécommunications, de la mise en conformité des conventions comportant des clauses exclusives ou restrictives, juridiques ou techniques, à la fourniture de services de télécommunications sur les réseaux câblés et de possibilités et conditions d'une utilisation partagée des installations existantes (9). Elle peut être aussi saisie d'une demande de conciliation pour régler des litiges ne relevant pas de la procédure de règlement des différends (10).

L'autorité possède aussi le pouvoir de prononcer la suspension définitive ou temporaire d'une licence ou d'infliger une amende pouvant aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaire de l'opérateur en cas de récidive. Elle détient ainsi le pouvoir de sanctionner tout manquement des opérateurs aux dispositions législatives et réglementaires (11).

3 - Elle s'est également vue confier des compétences propres et partagées. En ce qui concerne ses attributions propres, elle a en charge la délivrance des autorisations concernant l'ouverture et l'exploitation des réseaux indépendants destinés à la fourniture de services de télécommunications réservés à des groupes fermés d'utilisateurs. Elle établit et gère le plan de numérotation national en attribuant les ressources en fréquence et numérotation aux opérateurs et utilisateurs

(5) Qui toutefois est soumise à contrôle juridictionnel dans la mesure où ses décisions de règlement de conflit peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris. Les autres décisions pouvant être déférées devant le Conseil d'État. De plus, elle n'est pas sans contrôle politique dans la mesure où elle peut être entendue par les commissions permanentes du Parlement et où, elle doit rendre un rapport annuel d'activité au gouvernement (art. L. 36-14 C.p.t.).

(6) Qui siège au 7 square Max Hymans, 75730 Paris Cedex 15. On peut consulter son site [www.art-telcom.fr](http://www.art-telcom.fr). Rappelons qu'elle est composée de cinq membres irrévocables nommés pour un mandat de six ans non renouvelables. D'une manière générale, pour la nomination et le fonctionnement de l'A.R.T., cf. les art. L. 36-1 à L. 36-4 C.p.t.

(7) Art. L. 36 C.p.t. rééd. L. n° 96-659 du 26 juil. 1996.

(8) Cf. par ex. sur l'A.R.T., S.C., *Télécommunication : l'autorité de régulation des télécommunications à l'heure du bilan*, PA, 1999, n° 90; J.-M. Hubert, *Les entretiens de l'autorité de régulation des télécommunications*, PA 1999, n° 18 et *L'autorité française de régulation des télécommunications*, PA, 1998, n° 82 et B. Lassine, *L'autorité de régulation des télécommunications*, AJ 1997, p. 224.

(9) Art. L. 36-8 C.p.t., modif. ord. 25 juil. 2001. Entre 1997 et mars 2001, l'A.R.T. a adopté 34 décisions de règlement de conflit. Cf. par ex. déc. n° 01-474, 18 mai 2001, se prononçant sur le différend opposant 9 Télécom Réseau à France Télécom relatif aux modalités de l'interconnexion pour l'acheminement du trafic à destination des services à revenus partagés, JO 24 juil.

(10) L'autorité informe le Conseil de la concurrence, qui peut décider de surseoir à statuer s'il est saisi des mêmes faits. En cas d'échec de la conciliation, le président de l'autorité saisit le Conseil de la Concurrence si le litige relève de sa compétence. Art. L. 36-9 C.p.t.

(11) Art. L. 36-7 3° C.p.t. renvoyant aux art. L. 36-10 et L. 36-11. Ces décisions doivent être motivées, notifiées à l'intéressé, publiées au JO et peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction et d'une demande de suspension présentée devant le Conseil d'État (art. L. 36-11 4°). Pour un ex. de sanctions prononcées par l'A.R.T. cf. déc. n° 01-521, 1er juin 2001, portant mise en demeure de France Télécom en application de l'art. L. 36-11 C.p.t. de se conformer à certaines dispositions de la déc. n° 01-135 de l'autorité en date du 8 fév. 2001 demandant à France Télécom d'apporter des modifications à son offre de référence pour l'accès à la boucle locale, JO 31 juil.

(12). Elle établit chaque année, après avis (13) du Conseil de la concurrence publié au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (14), la liste des opérateurs de réseaux ouverts au public et dont la part de marché est supérieure à 25% et dont elle approuve leur catalogue d'interconnexion qu'ils se doivent de publier (15). Enfin, elle assure la responsabilité du dispositif d'évaluation de conformité des équipements terminaux connectés aux réseaux.

Pour ce qui est de ses compétences partagées avec le ministre des télécommunications, elle est consultée sur les projets de lois, de décrets ou de règlements relatifs au secteur des télécommunications et participe à leur mise en œuvre (16). Elle est aussi associée, à la demande du ministre, à la préparation de la position nationale dans les négociations internationales relatives aux télécommunications (17). Elle instruit, pour le compte du ministre, les demandes de licence d'établissement et d'exploitation de réseaux ouverts au public, de fourniture du service téléphonique au public, et celles nécessaires à la fourniture au public de services utilisant des fréquences hertziennes. Elle transmet ensuite les dossiers instruits au ministre qui délivre les autorisations (18). Elle propose l'évaluation du coût net du service universel et le montant des contributions des opérateurs au ministre qui les constate (19). Elle émet des avis sur les tarifs et les objectifs tarifaires pluriannuels du service universel, ainsi sur les tarifs des services pour lesquels il n'existe pas de concurrence (20).

4 - Mais surtout, l'article L. 36-6 du code des postes et télécommunications (C.p. t.) lui confère le pouvoir d'édicter des normes. En effet, elle peut préciser certaines règles techniques en matière d'exploitation de réseaux et de services, d'interconnexion et de terminaux dont les décisions sont soumises à homologation du ministre. Ainsi, l'A.R.T., comme beaucoup d'autres A.A.I., s'est donc vue reconnaître un véritable pouvoir normatif, qui en raison de sa nature même ne peut être réglementaire (I). S'agissant d'un pouvoir réglementaire de précision, ceci explique dès lors pourquoi ce pouvoir normatif ne peut être que nécessairement restreint (II).

(12) Art. L. 36-7 6° C.p.t.

(13) Avis obligatoire mais non liant.

(14) Art. L. 36-7 7° C.p.t., mod. ord. 25 juil. 2001.

(15) Cf. déc. n° 01-750, 25 juil. 2001, établissant pour 2002 la liste des opérateurs exerçant une influence significative sur le marché du service téléphonique fixe et celui des liaisons louées, JO 9 sept.

(16) Art. L. 36-5 C.p.t. L'art. L. 36-14 prévoit que l'A.R.T. établit chaque année un rapport public, dans lequel elle peut suggérer des modifications législatives ou réglementaires.

(17) Et, en vertu de l'art. L. 36-5 al. 2 C.p.t., à la demande du ministre, elle participe à la représentation de la France dans les organisations internationales et communautaires compétentes en la matière.

(18) Art. L. 36-7 1° C.p.t. Par ex. cf. déc. n° 01-781, 27 juil. 2001, relative à l'instruction de la demande d'autorisation présentée par la société objectif BL, arr. 17 août 2001, JO 17 août.

(19) Art. L. 36-7 4° C.p.t. Par ex. cf. l'avis n° 01-418, 25 avr. 2001, proposant les évaluations définitives du coût du service universel et les contributions des opérateurs pour l'année 1999, JO 10 juil.

(20) Art. L. 36-7 5° C.p.t. Pour un ex. d'avis tarifaire favorable cf. l'avis n° 01-883, 12 sept. 2001, sur la décision tarifaire de France Télécom n° 2001568 relative à l'évolution du prix des prestations et des services optionnels Numéris, [www.art-telcom.fr/textes/avis/01/01-883.htm](http://www.art-telcom.fr/textes/avis/01/01-883.htm). Cf. aussi déc. n° 01-458, 11 mai 2001 portant adoption de lignes directrices relatives aux conditions tarifaires d'interconnexion des opérateurs mobiles puissants sur le marché national de l'interconnexion, JO 30 juin.

## I - UN POUVOIR NORMATIF NATURELLEMENT RÉGLEMENTAIRE

5 - Le pouvoir normatif de l'A.R.T. ne peut être que réglementaire (21) dans la mesure où en droit interne, depuis la Constitution de 1958, le pouvoir d'édicter des règles générales et impersonnelles est dualiste. En effet, les articles 34 et 37 de la Constitution répartissent le domaine des compétences entre la loi ordinaire, relevant du pouvoir législatif, et le règlement, relevant du pouvoir exécutif (22). On distinguera alors le domaine législatif du domaine réglementaire (23). Pour autant, la particularité du pouvoir normatif de l'A.R.T. tient au fait que ne le tirant pas directement de la Constitution, il ne peut s'agir que d'un pouvoir normatif qui lui a été délégué (A) par l'une des deux autorités qui en est dépositaire constitutionnellement. Dès lors, ce pouvoir ne peut que lui être subordonné (B).

## A - Un pouvoir normatif délégué

6 - Avec la Constitution de 1958, le domaine de la loi s'est retrouvé encadré. La loi, votée par le Parlement, fixe les règles de certaines matières et les principes généraux d'autres (24). Au contraire, le règlement a vu son domaine s'accroître dans la mesure où selon l'article 37 « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire » (25). Ce qui revient à dire que le règlement n'est plus seulement cantonné à un rôle traditionnel d'application de la loi. Il s'est vu reconnaître un véritable domaine autonome (26) par défaut, puisque tout ce qui ne relève pas de la loi relève du pouvoir réglementaire (27). S'il existe désormais un

(21) En ce sens d'une manière générale pour l'ensemble des A.A.I., cf. E. Desfougère, *Bilan critique des tentatives d'adaptation de l'administration aux réalités contemporaines*, RRJ 2000-2, p. 577 s., spéc. 593.

(22) Sur le partage des compétences, cf. par ex. D. Turpin, *Droit constitutionnel*, PUF, 1999, p. 536 s.; B. Mathieu, *La loi*, Dalloz, 1995; N. Poulet-Gibot Leclerc, *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, th. Limoges, PUF, 1990; J.-L. Pezant, *Loi-Règlement : la construction d'un nouvel équilibre*, in *La constitution de la V<sup>e</sup> République*, 1998, p. 342; Colloque d'Aix-en-Provence, *Le domaine de la loi et du règlement*, Economica, 1978; B. Brachet, *La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, LGDJ, 1965; J. Groux, *Les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution du 4 octobre 1958*, NED n° 2908, 1962 et n° 2959, 1963; J. Soto (de), *La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, RDP 1959, p. 240 et M. Waline, *Les rapports entre la loi et les règlements avant et après 1958*, RDP 1959, p. 699.

(23) D'une manière générale sur le pouvoir réglementaire voir R. Chapus, *Droit administratif général*, T.1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd. 2000, p. 649 s.

(24) Distinction purement formelle, le Conseil Constitutionnel refusant, dans sa décision du 27 nov. 1959, d'établir une distinction de régime entre les matières où la loi fixe les règles et celle où elle pose les principes fondamentaux. Déjà R. Capitant, préf. à L. Hamon, *De Gaulle dans la République*, 1958, p. XXII, avait relevé que l'énumération de l'article 34 « est si large et surtout si extensive que l'Assemblée pourra presque tout réclamer pour sa compétence. Il s'en suivra des conflits incessants avec le pouvoir exécutif, qui seront portés devant le Conseil constitutionnel et qui se termineront le plus souvent à l'avantage du Parlement ».

(25) Pourtant certains ont soulevé la question de l'existence réelle du pouvoir réglementaire autonome, voire même l'ont nié. Cf. L. Favoreu, *Les règlements autonomes existent-ils ?*, in *Mélanges Burdeau*, 1977, p. 405 et *Les règlements autonomes n'existent pas*, RFDA 1987, p. 871s.

(26) Pour autant, le pouvoir réglementaire peut s'immiscer dans le domaine législatif sur le fondement de l'art. 16 (pleins pouvoirs du Président de la République), des ordonnances de l'art. 38, de l'art. 47-1 (concernant les lois de financement de la Sécurité sociale) ou de l'art. 47 de la Constitution (relatif aux lois de finances mises en vigueur par ordonnance lorsque le Parlement ne s'est pas prononcé dans les 70 jours).

(27) Pour déterminer ce qui relève du pouvoir réglementaire, il suffit de se référer d'une manière générale à l'art. 34, à quelques autres art. de la Constitution (art. 3 : détermination des électeurs; art. 36 : prolongation de l'état de siège; art. 47 et 47-1 : lois de finances et de financement de la Sécurité sociale) ou d'autres textes (déc. du 2 juil. 1965, Rec., se référant à l'article 7 de la Déclaration de 1789

pouvoir normatif réglementaire autonome, il n'en reste pas moins que le pouvoir normatif réglementaire d'application d'une loi n'a pas disparu, bien au contraire (28). En effet, l'article 21 de la Constitution attribue au Premier ministre l'exécution des lois et le pouvoir réglementaire (29). Il peut même déléguer certains de ces pouvoirs aux ministres (30). Autrement dit, le pouvoir exécutif peut prendre des règlements, dits d'application (31) des lois, qui précisent les modalités concrètes d'application de la loi (32).

7 - Si cette intervention peut se faire de manière spontanée, le gouvernement pouvant toujours édicter les règlements qu'exige l'application d'une loi, le législateur prévoit fréquemment l'intervention du pouvoir réglementaire d'application (33). Il indique que pour telle ou telle disposition les modalités d'application seront précisées par décret (34) en conseil d'État (35), décret simple (36), voire arrêté interministériel (37) ou même ministériel (38). La marge de manœuvre de l'acte réglementaire d'application peut être plus ou moins grande. Elle sera importante lorsque la loi se contente d'énoncer que « un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application du présent article » (39) ou « les modalités d'application du présent article » (40). Mais la loi peut aussi déterminer

et déc. n° 73-80, 28 nov. 1973, Rec. p. 75, qui vise le Préambule) pour déterminer le domaine de la loi et a contrario celui du règlement.

(28) Sur la distinction cf. J.-M. Duffau, *Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé*, th. Paris II, 1975.

(29) Sous réserve des dispositions de l'art. 13 qui définit les prérogatives du Président de la République et du Conseil des ministres. Ainsi, si la compétence réglementaire de principe revient au Premier ministre, le Président se voit reconnaître une compétence d'exception. Cf. G. Dupuis, M.-J. Guédon et P. Chrétien, *Droit administratif*, 7<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 141 s.

(30) Pour l'autorisation de délégation de son pouvoir réglementaire cf. C.E., 27 mai 1966, *Crédit commercial immobilier*, Rec. p. 365.

(31) Cf. J.-C. Vénézia, *Les mesures d'applications*, in *Mélanges Chapus*, p. 673 s. qui distingue les mesures prises pour l'application, en application et par application.

(32) Sur ce point Cons. cons. déc. n° 76-94, 2 déc. 1976, Rec., p. 67, RDP 1977, p. 458, com. Favoreu et Philip, est très explicite : « la Constitution en son article 34, réserve au législateur la fixation de règles concernant les droits civiques... et laisse, en vertu de son article 37, au pouvoir réglementaire le soin d'édicter les mesures nécessaires pour l'application de ces règles ». Il refuse donc de distinguer selon les deux types de règlements. Cf. R. Libchaber, *Le décret d'application, norme paradoxale*, RTD civ. 1998, p. 788.

(33) Plus rarement l'exécution de la loi sera précisée par une autre loi. Ainsi selon l'art. L. 36-4 les ressources de l'A.R.T. comprennent des rémunérations, taxes et redevances dans les conditions fixées par la loi de finances ou par décret en Conseil d'État. Cet article institue ainsi une double compétence d'application de la loi. Ce n'est que si la loi de finance ne prévoit pas ces modalités particulières d'application que ces dernières seront établies par décret.

(34) Notons que le renvoi à un décret se déduit lorsque la loi prévoit que les modalités d'applications se détermineront par « voie réglementaire ». C.E., 1<sup>er</sup> avr. 1996, DA 1996, n° 251, obs. R.S.

(35) Cf. par ex. les art. L. 34-2, 34-9, 35-3, 35-4, 36-4, 47, 48, 56-1, 62-1, et 97-1 C.p.t.

(36) Cf. par ex. les art. L. 33-1 I, 33-2 et 34-5 C.p.t.

(37) Cf. l'art. L. 97-1 C.p.t. pour un ex. d'arrêté interministériel qui « précise les objectifs à atteindre par l'agence dans les circonstances prévues aux articles 2 et 6 de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense ainsi que les dispositions particulières à prendre en compte pour y parvenir ».

(38) Cf. L. 26 janv. 1984, sur l'enseignement supérieur, autorisant le ministre à définir les conditions d'obtention des diplômes nationaux. Parfois, c'est le décret d'application qui renvoie pour certaines mesures à un arrêté ministériel, à condition qu'il ait défini de manière précise les mesures que doit prendre le ministre. Cf. par ex. C.E., 12 mai 1986, *Association des anciens élèves de l'IRA de Lille*, Rec. p. 140.

(39) C'est la formule retenue par ex. à l'art. L. 48 C.p.t.

(40) C'est la formule retenue par ex. aux art. L. 56-1. et L. 62-1 C.p.t.

plus strictement la compétence du règlement (41). Elle peut ainsi limiter son intervention à la simple détermination de « la composition, les attributions et les conditions de fonctionnement de chacune de ces deux commissions facultatives » (42) et le soumettre parfois à un (43) ou plusieurs (44) avis préalables.

8 - Toutefois, si le pouvoir d'application appartient en principe à l'exécutif, avec le développement des A.A.I. (45), le législateur n'a pas hésité à transférer une partie de l'application de la loi à une autre autorité. C'est ainsi, qu'en certaines matières, le législateur a créé des autorités administratives (46) indépendantes qui se sont vues doter, entre autres (47), d'un pouvoir normatif réglementaire. C'est notamment le cas avec la C.O.B. (48) ou le C.S.A. (49). En matière de télécommunication cette charge incombe à l'A.R.T. Toutefois, cette délégation de pouvoir normatif n'a pas été sans soulever des interrogations. Dans le schéma classique le pouvoir normatif appartient au législatif et à l'exécutif. Pour ce qui est de l'application de la loi, il appartient au Premier ministre qui peut le déléguer aux autres ministres. On aurait pu alors concevoir que, par extension de l'interprétation du jeu des délégations, certaines autorités administratives puissent être investies de la charge de l'application d'une loi. On a aussi pu admettre que le législateur

(41) Ainsi, l'art. L. 47 C.p.t. prévoit que « un décret en Conseil d'État détermine les conditions de modalité d'application du présent article et notamment le montant maximum de la redevance mentionnée à l'alinéa précédent ».

(42) Art. L. 34-5 C.p.t. elle peut aussi le limiter à préciser, par des clauses énumérées par elle, celles qui devront être conformes à des clauses types dont il fixera le contenu (art. L. 33-1 I C.p.t.), à déterminer les conditions générales d'établissement et d'exploitation des réseaux en ce qui concerne les exigences essentielles, les prescriptions relatives à la sécurité publique et à la défense et les modalités d'implantation du réseau que doivent respecter les exploitants... (art. L. 33-2 C.p.t.). Voir aussi les art. L. 34-2, 34-9, 35-3, 35-4 et L. 97-1 C.p.t.

(43) Cf. par ex. l'art. L. 33-2 C.p.t. selon lequel « un décret, pris après avis de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications, détermine... ». Cf. aussi les art. L. 35-3 et 35-4 C.p.t.

(44) Voir par ex. l'art. L. 33-1 I C.p.t. selon lequel « un décret, pris après avis de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications, précise... Les dispositions du projet de décret relatives à la clause mentionnée au m sont soumis pour avis au Conseil de la Concurrence ».

(45) Autorités qui n'ont cessé de proliférer. On y trouve par ex., la C.O.B., le C.S.A., la C.N.I.L., le Conseil de la concurrence... Sur la normalisation des A.A.I. cf. C. Teitgen-Colly, *Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution*, in *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 1988, p. 63. Voir aussi C. Colliard et G. Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, coll. Les voies du droit, 1988 ; Guedon M.-J., *id.*, LGDJ, coll. Systèmes, 1991 ; M. Gentot, *id.*, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 1991 ; P. Icard, *id.*, Th. Dijon, 1991 ; J.-L. Autin, *id.*, RA 1982, p. 333 et *Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation*, RDP 1988, p. 1213 ; J. Chevallier, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP 1986, I 3254 ; P. Sabourin, *Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle*, AJDA 1983, p. 275 s. Pour une perspective italienne voir N. Longobardi, *Les « autorités administratives indépendantes » : une première approche*, PA 1995, n° 120 et 121 et *Les A.A.I., laboratoire d'un droit administratif nouveau*, PA 1999, n° 171 et 172.

(46) Leur nature administrative découle de leur habilitation à prendre des mesures présentant le caractère d'actes administratifs unilatéraux. C.E., 10 juil. 1981, *Retail*, RDP 1981, p. 1441 s. et Cons. Const., 18 sept. 1986, Déc. 86-217 DC, Rec. 141, RJC I-283, RA 1986, p. 458 et 564, n. Etien, RDP 1989 n° 2, p. 399, n. Favoreu, AJC 1986, p. 430 s. et vol. II, p. 442, n. Genevois, R.D.S. 1986, p. 606, n. Guyon, AJDA 1987, p. 102, n. Wachsmann, D 1987, som. p. 381, obs. Mails, à propos de l'autorité de régulation de l'audiovisuel, confirment le rattachement de ces autorités au pouvoir exécutif et donc leur nature administrative.

(47) Sur le pouvoir des A.A.I. cf. T. Larzul, *Droit constitutionnel de l'administration*, Juris-Classeur adm., fasc. 1452, n° 51 s.

(48) Art. 31, L. 14 déc. 1985. Voir N. Decoopman, *La commission des opérations de bourse et le droit des sociétés*, th. Paris XI, 1979.

(49) Art. 13 et 16, L. 30 sept. 1986.

délègue directement à des ministres le soin de prendre les mesures d'exécution de la loi (50).

9 - Pourtant, c'est une toute autre solution qui a été retenue. C'est le législateur lui-même, qui en créant des autorités administratives leur a confié un pouvoir réglementaire. Autrement dit, c'est le législateur qui a délégué le pouvoir réglementaire d'application à diverses A.A.I. (51). Et cette technique a été approuvée par le Conseil constitutionnel qui reconnaît la constitutionnalité (52) de la délégation législative du pouvoir d'exécution réglementaire (53). Il en a été ainsi pour l'A.R.T. En effet, pour le Conseil constitutionnel, les articles 21 et 13 de la Constitution « ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité publique autre que le Premier ministre le soin de fixer les normes permettant de mettre en œuvre une loi » (54). Ainsi, le législateur peut décider de déléguer le pouvoir normatif à une autorité publique, qu'il peut créer à ce dessein. Ce qui confirme que toute administration (55), toute autorité administrative, ne peut agir que si elle y est habilitée par une règle de droit (56). Dès lors, elle est donc subordonnée au respect des textes supérieurs.

## B - Un pouvoir normatif subordonné

10 - Dès lors que nous sommes dans un système qui reconnaît un pouvoir normatif à diverses entités, le principe de la hiérarchie des normes (57) prend tout son sens. Il détermine en quelque sorte la validité de chacune des normes les unes par rapport aux autres. Les normes inférieures se devant d'être conformes aux normes supérieures. Schématiquement, du sommet à la base de la hiérarchie normative, se trouvent les normes à valeur constitutionnelle (58), les normes supranationales (59),

(50) Sans toutefois méconnaître sa propre compétence, déc. n° 93-323 DC, 5 août 1993, n° 16, Rec., p. 213, RJC I-535, RFDC 16-1993, p. 837, n. Favoreu, LPA 1994, n° 2, p. 18, n. Mathieu et Verpeaux, AJDA 1993, n° 11, p. 815, n. Wachsmann.

(51) Sur l'attribution de compétences réglementaires normatives aux A.A.I. contrôlant les campagnes électorales, cf. Desfougères E., *Le contrôle des campagnes électorales par les autorités administratives indépendantes*, Th. Clermont-Ferrand I, 1997, p. 179 s.

(52) De manière explicite à propos de la C.N.C.L. déc. n° 86-217 DC, 18 sept. 1986, n° 58, préc. Décision identique pour le C.S.A., déc. n° 88-248 DC, 17 janv. 1989, cons. 15, Rec. 18, RJC I-339, Gdes déc., Dalloz, 10 éd. Par Favoreu et Philip, n° 42, et la C.O.B., déc. n° 89-260, 18 juil. 1989, n° 30, Rec. 71, RJC I-365, Pouvoirs 1990, n° 52, p. 189, obs. Avril et Gicquel, RFDA 1989, n° 4, p. 671 et AJC 1989, vl. V, p. 481, n. Genevois, Déjà implicitement déc. n° 83-167 DC, 19 janv. 1984, Rec. p. 23, RDP 1986, p. 395, com. Favoreu, D 1984, IR, p. 359, obs. Hamon.

(53) Sur le pouvoir réglementaire des A.A.I. cf. J.-L. Autin, *Autorités administratives indépendantes*, J.-Clas. Adm., fasc. 75, n° 26.

(54) Déc. n° 96-378 DC, 23 juil. 1996, n° 11, Rec. 1999, RJC I-675, RFDA 1996, p. 909, obs. Chevallier, AJDA 1996, p. 694, chron. Schrameck, RFDC 8-1996, p. 823, n. Trémeau, Cah. Fonct. Pub. 1996, n° 149, p. 7, n. Schrameck, D 1998, som. com., 146, obs. Trémeau.

(55) Cf. J.-C. Douence, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, LGDJ, 1968 et J.-M. Breton, *L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois. A propos de quelques décisions récentes du juge administratif*, RDP 1993, p. 1749.

(56) Sur la nécessité d'un texte cf. C.E., avis du 17 mai 1979, Grands avis, p. 153, obs. Chénau. Sur le refus de principe d'un pouvoir réglementaire général reconnu au ministre, cf. p. ex., C.E., 10 juil. 1996, *URSSAF de la Haute-Garonne*, Rec. p. 275, CJEG 1997, p. 117, concl. Denis-Linton, DA 1996, n° 424, obs. M. D.-L.

(57) Cf. notamment, M. Monin, *Réflexions à propos de la hiérarchie des normes*, D 1990, chron. 27 et *La hiérarchie des normes n'existe pas*, D 1999, n° 30, actu. ; D. Bechillon (de), *Hiérarchie des normes et administratifs exécutoires en droit public français*, LGDJ, 1966 et G. Morange, *La hiérarchie des textes dans la Constitution de 1958*, Dalloz 1959, p. 21.

(58) C'est-à-dire le bloc de constitutionnalité et les lois constitutionnelles postérieures de révision adoptées par le Congrès ou par voie référendaire.

les normes législatives (60) et les normes réglementaires (61). Ainsi tout acte réglementaire se doit d'être conforme à la loi. Il ne saurait être argué du domaine autonome pour déroger à une disposition législative supérieure (62). Ce qui revient à dire que tout acte administratif est contestable, et notamment les actes d'application de la loi. Ce principe général s'applique évidemment aux actes réglementaires pris par les diverses A.A.I. créées par le législateur qui leur a confié un pouvoir normatif réglementaire, comme l'A.R.T.

11 - En l'espèce, le législateur a même pris soin de préciser que le pouvoir normatif de l'A.R.T. est non seulement strictement lié aux normes législatives mais aussi réglementaires. En effet, l'A.R.T. doit intervenir dans le respect des dispositions du Code des postes et télécommunication et de ses règlements d'application. Ainsi, son pouvoir normatif est doublement subordonné, au Code tout d'abord et aux règlements ensuite. Pour autant, il ne s'agit en réalité ici que d'une précision du principe de la hiérarchie des normes qui trace les limites normatives de l'A.R.T. et plus généralement des A.A.I. (63). C'est d'ailleurs, ce qui a contribué, en partie, à ce que l'art. 36-6 1° échappe à la censure du Conseil constitutionnel (64).

12 - Diverses démarches peuvent permettre d'assurer la supériorité hiérarchique normative. Tout d'abord on peut songer à une abrogation de l'acte illégal par le pouvoir réglementaire (65). De même, rien ne semble interdire à ce qu'une loi intervienne pour faire respecter la stricte répartition des compétences en modifiant ou en abrogeant le règlement irrégulièrement pris dans une matière relevant de son domaine (66). Cependant, ce n'est pas sans inconvénient au regard de la lourdeur législative et surtout en raison de la maîtrise de l'ordre du jour par le gouvernement. C'est pourquoi, on peut songer à des procédures juridictionnelles. En

(59) Puisque l'art. 55 de la Constitution leur reconnaît une autorité supérieure à la loi et que pour pouvoir être ratifiées, une modification de la Constitution est nécessaire en cas de contrariété entre les deux normes.

(60) Cela comprend les lois ordinaires, les lois organiques de l'art. 46, les lois référendaires non soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, les ord. de l'art. 38 ratifiées par le Parlement et les décisions prises en matière législative prises par le Président de la République lors de l'application de l'art. 16 de la Constitution. Dans le sens de la supériorité constitutionnelle cf. Cass. ass. plén., 2 juin 2000, D 2000, IV 180.

(61) On y trouve les ordonnances de l'art. 38 non ratifiées, les décisions prises en matière réglementaire par le Président de la République lors de l'application de l'art. 16, les décrets pris en Conseil des ministres, les décrets simples, ainsi que les arrêtés réglementaires pris par les ministres, les préfets et les maires.

(62) En effet, les règlements autonomes, étant des actes administratifs, sont de ce fait soumis à un contrôle de la légalité par le Conseil d'État. C.E., 12 fév. 1960, *Sté Eky*, D 1960, 263, n. L'Huilier, S 1960, concl. Kahn et C.E., 26 juin 1959, D 1959, 541, n. L'Huilier, S 1959, 202, n. Drago. Sauf, peut-être les actes de gouvernement, c'est-à-dire relatifs aux relations du gouvernement avec le Parlement, aux relations internationales et certains actes émanant du chef de l'État, comme le décret de dissolution de l'Assemblée Nationale.

(63) Cf. D. Truchet, note ss C.E., 16 nov. 1991, *La cinq*, RFDA 1991, p. 635. Déjà, le Conseil avait censuré une disposition légale subordonnant les normes posées par décret aux règles fixées par la C.N.C.L., déc. 86-217, préc., § 60.

(64) Déc. 96-378 DC, n° 12, préc.

(65) En ce sens, C.E., 12 mai 1976, *Leboucher et Tarandon*, p. 246, AJ 177, p. 261, n. Ceoara, CJEG 1976, p. 167, n. Virole.

(66) Divers procédés permettent de préserver les empiètements législatifs sur le domaine réglementaire (cf. art. 41, 37-2 et 61-2). Toutefois, le Conseil limite la protection du domaine réglementaire dans la mesure où les parlementaires ne peuvent invoquer le fait qu'une loi comporte des dispositions non législatives, la Constitution n'ayant pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition réglementaire contenue dans une loi. Déc. n° 82-143 du 30 juil. 1982, Rec., p. 57.

effet, le principe de la hiérarchie des normes se traduit par la soumission de toute autorité administrative à de nombreuses normes juridiques qu'elle se doit de respecter. Dès lors que la norme supérieure n'est pas respectée ou contredite, l'acte entaché de cette irrégularité doit être écarté de l'ordonnement juridique. D'une manière générale, l'acte administratif ne peut contrevenir aux règles de droit, d'autant plus s'il s'agit d'un acte d'application. S'il ne respecte pas les règles qui s'imposent à lui, il violera son objet essentiel, qui est d'appliquer la norme. C'est pourquoi deux procédures peuvent permettre de faire respecter le principe de la hiérarchie des normes, appelé aussi le principe de la légalité, qui veut que tout acte administratif respecte les normes qui lui sont supérieures (67). Et bien entendu le pouvoir réglementaire des A.A.I., qui fait l'objet d'un contrôle par le juge administratif (68), est soumis à ce principe (69).

13 - On peut ainsi songer à l'exception d'illégalité qui tend à faire écarter, lors d'un litige particulier, l'application d'un règlement illégal (70). L'inconvénient étant la survivance de l'acte. Cependant, il faut bien comprendre que l'exception de nullité est perpétuelle, tandis que le recours en annulation pour excès de pouvoir, qui est aussi possible, a pour inconvénient majeur le délai strict dans lequel l'exercice de l'action est enfermé. En effet, dans cette hypothèse, l'action doit être exercée dans les deux mois suivant la publication du texte litigieux. Il s'agit là d'un contentieux objectif, le procès étant dirigé contre un acte, qui a cependant pour effet de faire disparaître l'acte réglementaire illégal de manière rétroactive (71) avec un effet erga omnes. En effet, tous les règlements peuvent être déférés par toute personne intéressée à la juridiction administrative par la voie du recours pour excès de pouvoir. Ainsi, le pouvoir normatif réglementaire de l'A.R.T., en étant soumis à une censure éventuelle du juge administratif en raison de sa subordination aux textes supérieurs, ne peut qu'être strictement restreint au cadre fixé par la loi.

## II - UN POUVOIR NORMATIF NÉCESSAIREMENT RESTREINT

14 - Comme on vient de le voir, d'une manière générale, les A.A.I. détiennent un pouvoir réglementaire non exclu par l'art. 21 de la Constitution mais

(67) Cf. par ex. G. Peiser, *Le développement de l'application du principe de la légalité dans la jurisprudence du Conseil d'État*, in *Mélanges Chapus*, 1992, p. 517; J. Chevallier, *La dimension symbolique du principe de la légalité*, RDP 1990, p. 1651; S. Velley, *Les origines du principe de la légalité en droit public français*, Th. Paris 10, 1988; D. Loschak, *Le principe de légalité. Mythes et mystifications*, AJ 1981, p. 387 et C. Eisenmann, *Le droit administratif et le principe de la légalité*, EDCE 1957, n° 11, p. 25.

(68) C.E., 12 mars 1982, *CGT*, Rec. p. 107, AJDA 1982, p. 541, concl. Dondoux, RDP 1982, p. 1697, n. Auby, pour la C.N.I.L.; C.E., 20 mai 1985, *Labbé et Gaudin*, Rec. p. 157, RFDA 1985, p. 554, concl. Roux pour la Haute autorité de l'audiovisuel.

(69) « Dans l'exercice de ses compétences, la C.N.C.L. sera, à l'instar de toute autorité administrative soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre tant par le gouvernement, (...), que par toute personne qui y aurait intérêt ». Cons. const., Déc. 86-217 DC, préc., § 24.

(70) En principe les juridictions judiciaires doivent alors surseoir à statuer, sauf si la réalité de l'illégalité ne pose de pas de difficultés sérieuses, jusqu'à l'appréciation de la validité de l'acte par les juridictions administratives, exceptés, en matière civile, les hypothèses d'atteintes à la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile ou au respect du droit de propriété. Civ. 1re, 16 mai 2000, D 2000, Actu. jurisp. 291, obs. Lienhard, JCP 2000, IV 2173. En matière pénale cf. l'art. 111-5 N.c.p. qui dispose que « les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels, et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès qui leur est soumis ». Cf. Lesclous, *L'appréciation des actes administratifs par le juge répressif*, JCP 1994, I, 3747.

(71) Les actes annulés pour excès de pouvoir étant réputés n'être jamais intervenus. C.E., 26 déc. 1925, *Rodière*, Rec. p. 1065.

« à condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par le champ d'application que par leur contenu (72) ». Ce qui revient à dire qu'il ne peut leur être reconnu un pouvoir réglementaire général, mais seulement un pouvoir normatif réglementaire limité. Cette limitation en ce qui concerne l'A.R.T. est double. D'une part, parce que le législateur lui a seulement conféré un pouvoir de précision (A). D'autre part car son pouvoir réglementaire est soumis à une homologation ministérielle (B).

#### A - Un pouvoir normatif de précision

15 - C'est à l'art. L. 36-6 C.p.t. que le législateur a fixé le pouvoir normatif de l'A.R.T. Ce pouvoir est bien encadré dans la mesure où le législateur l'a cantonné à un rôle bien défini. En effet, la loi dispose que l'A.R.T. « précise les règles ». La loi ne lui a conféré qu'un simple pouvoir de précision. Autrement dit, on retrouve là le rôle traditionnel d'une norme d'exécution, d'application de la loi. Cet acte n'a pour but que d'appliquer la loi. Il ne doit pas y surajouter. C'est pourquoi, par la suite le législateur a strictement délimité les cinq cas d'intervention de l'autorité. C'est ainsi que l'A.R.T. précise les règles concernant :

1° - (73) Les droits et obligations afférents à l'exploitation des différentes catégories de réseaux et de services, en application des articles L. 33-1 (74) et L. 34-1 (75) ;

2° - Les prescriptions applicables aux conditions techniques et financières d'interconnexion, conformément à l'article L. 34-8 (76) ;

3° - « Les prescriptions techniques applicables, le cas échéant, aux réseaux et terminaux, en vue de garantir leur interopérabilité, la portabilité des terminaux et le bon usage des fréquences et des numéros de téléphones ;

4° - Les conditions d'établissement et d'exploitation des réseaux mentionnés à l'article L.33-2 (77) et celles d'utilisation des réseaux mentionnés à l'article L. 33-3 (78) ;

5° - la détermination des points de terminaison des réseaux » (79).

16 - Remarquons que parfois l'autorité doit préciser les normes « en application » de tel article (80) ou « conformément à » tel article (81). Ce qui

(72) Cons. Const., déc. 86-217 DC, préc., et 88-248 DC, préc., en matière audiovisuelle, déc. 89-260 DC, préc., pour la COB, déc. 91-301, 15 janv. 1992, J.O. 18 juil., RJC I-473, Pouvoirs, n° 62, p. 204, obs. Avril et Gicquel, pour le CSA en matière électorale. Ainsi le Conseil n'hésite pas à censurer des habilitations législatives trop excessives, comme celle conférant au C.S.A. la possibilité d'établir non seulement les règles déontologiques relatives à la publicité mais aussi l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle. Déc. n° 88-248 DC, préc., § 16.

(73) D'ailleurs le Conseil, déc. 96-378, DC, n° 12, préc., a reconnu que l'art. L. 36-6 1° C.p.t. est bien limité dans son champs d'application et son contenu.

(74) Relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux ouverts au public.

(75) Relatif à la fourniture du service téléphonique au public.

(76) Relatif à l'autorisation des demandes d'interconnexion et d'accès au réseau et à la compétence à l'A.R.T. en cas de litige. Il prévoit que les exploitants de réseaux ouverts au public publient une offre technique et tarifaire devant satisfaire à certaines conditions d'interconnexion approuvée par l'A.R.T. Autrement dit l'A.R.T. intervient à double titre. Tantôt pour préciser les conditions d'interconnexion, tantôt pour en autoriser les offres. Elle fait en quelque sorte à la fois œuvre de législateur et de juge, dans la mesure où en déterminant les conditions de l'interconnexion, elle prédétermine les offres d'interconnexion soumises à son contrôle.

(77) Il s'agit des réseaux indépendants autres que ceux de l'art. L. 33-3.

(78) Il s'agit des réseaux internes, cabines téléphoniques en dehors de la voie publique, certaines réseaux indépendants de proximité et certaines installations radioélectriques.

(79) Tel qu'issu de l'art. 20 III de l'ord. n° 2001-670 du 25 juil. 2001.

revient à dire que par la technique de la législation par renvoi (82), le pouvoir de précision est doublement encadré. Dans un premier temps par l'art. 36-6 C.p.t. et dans un second temps par les articles de renvois. Quoiqu'il en soit, sur les cinq cas d'intervention reconnus à l'A.R.T., à notre connaissance, l'autorité ne s'est jamais prononcée sur le 5ème cas et seulement qu'une fois sur la première (83). Mais pour ce qui est des conditions d'interconnexion, sa première décision, n° 97-345 (84), a consisté à y inclure le tri des appels qui est effectué dans des conditions qu'elle détermine (85). Dans sa décision n° 98-861 (86), abrogeant sa décision n° 98-399 (87), elle décide qu'en cas de « demande d'interconnexion à un commutateur de raccordement d'abonné qui n'est pas ouvert à l'interconnexion, France Télécom, à la demande de l'Autorité, établit une offre d'accès transitoire à ce commutateur ». Ce qu'il faut retenir, c'est que l'autorité désapprouve ici quelque peu la réglementation qu'elle avait édictée dans sa décision n° 98-339. En effet, elle prévoyait que cette offre soit établie « dans les délais et conditions techniques et tarifaires précisés dans les motifs de la présente décision ». Ce qui ne l'empêche toutefois pas de formuler quelques exigences dans les motifs de sa décision n° 98-861 (88). Dans sa décision n° 99-1143 (89), elle adopte un protocole de spécification « Signalisation Pour l'Interconnexion des Réseaux Ouverts ». Et dans sa décision n° 99-1077 (90), elle précise les mécanismes de présélection et de sélection appel par appel permettent aux utilisateurs raccordés d'accéder au service téléphonique au public.

Pour ce qui est des prescriptions techniques applicables aux fréquences, sa décision n° 97-196 (91) prévoit le régime d'utilisation du E. La décision n° 97-277 (92) détermine les préfixes de sélection d'un réseau à 4 chiffres (93). Dans sa décision n° 98-283 (94), abrogée par la décision n° 99-831 (95), l'autorité définit

(80) Art. L. 36-6 1° renvoyant aux art. L. L. 33-1 et L. 33-4 C.p.t. Remarquons que le législateur lors du renvoi ne précise pas à quel Code ou loi correspond l'art. auquel il est renvoyé. Il va sans dire qu'il s'agit du C.p.t., mais ce qui va sans dire va tout de même encore mieux en le disant.

(81) Art. L. 36-6 2° renvoyant à l'art. L. 34-8.

(82) Notons que les articles de renvois se réfèrent eux aussi à d'autres art. Sur les législations par renvoi cf. RRJ 1997, Cahiers de méthodologie juridique vol. 12.

(83) Et encore conjointement avec le troisième cas d'intervention normatif, dans la décision 2000-232, 5 avr. 2000, décrivant les interfaces d'accès aux réseaux ouverts au public, JO 17 août, homologuée arr. 11 août 2000, JO 18 août.

(84) 17 oct. 1997, relative à la définition des zones locales de tri, JO 19 déc., homologuée arr. 12 déc., JO 19 déc.

(85) L'opérateur puissant concerné conserve et assure l'acheminement des appels à destination des abonnés situés dans la même zone locale de tri que l'appelant, que ce dernier ait sélectionné ou non un transporteur. Il transmet au transporteur sélectionné par l'appelant les appels à destination d'abonnés situés dans une autre zone locale de tri que l'appelant.

(86) 23 oct. 1998 relative à l'offre transitoire d'accès à certains commutateurs de raccordement d'abonnés de France Télécom, JO 4 déc., homologuée arr. 26 nov., JO 4 déc.

(87) 24 juin 1998, JO du 8 août.

(88) Tenant par exemple à ce que les délais de mise en œuvre de l'offre soient courts ou que la solution technique retenue par France Télécom garantisse une certaine qualité de service.

(89) 22 déc. 1999 adoptant une spécification technique relative aux interfaces d'interconnexion, JO 29 fév., homologuée arr. 23 fév. 2000, JO 29 fév.

(90) 8 déc. 1999 précisant les conditions et les délais de mise en œuvre de la sélection du transporteur appel par appel et de la présélection, JO 5 avr., homologuée arr. du 23 mars 2000, JO 5 avr.

(91) 16 juil. 1997 relative aux modalités d'attribution d'un chiffre de sélection du transporteur, JO 2 août, homologuée arr. 30 juill. 1997, JO 2 août.

(92) 12 sept. 1997, relative à l'attribution des préfixes de sélection d'un réseau de transport à quatre chiffres et au format des appels correspondants, JO 6 déc., homologuée arr. 1er déc. 1997, JO 6 déc.

(93) 12 sept. 1997, relative à l'attribution des préfixes de sélection d'un réseau de transport à quatre chiffres et au format des appels correspondant, JO 6 déc., homologuée arr. 1er déc. 1997, JO 6 déc.

(94) 30 avr. 1998 fixant les conditions techniques et d'exploitation générale de la bande de fréquences 24,5-26,5 GHz pour les liaisons de transmission point à point du service fixe, JO 11 juil.

les conditions techniques et d'exploitation générale de la bande 24,5-26,5 GHz. Les décisions n° 99-37 (96) et 99-830 (97) sont relatives à la bande 8025-8500 MHz et 3,4-3,6 GHz. La décision n° 98-788 (98) détermine le contenu du dossier de demande d'évaluation de conformité des équipements terminaux de télécommunications. Et la décision n° 98-791 (99) prévoit le contenu et les modalités d'instruction des demandes d'évaluation et de surveillance du système approuvé de la qualité de la production et d'approbation et de surveillance du système d'assurance de qualité complète. La décision n° 00-1367 (100) porte sur les conditions de garantie de protection contre les brouillages préjudiciables des réseaux radioélectriques

En ce qui concerne l'établissement et l'exploitation des réseaux, c'est dans ce domaine où l'activité de l'autorité a été la plus florissante et les décisions les plus détaillées. La décision n° 97-453 (101), annulée par le Conseil d'État (102), et la décision n° 00-1364 (103) visent à déterminer le régime des installations de radioamateur. Dans sa décision n° 97-454 (104), elle fixe les modalités d'examen des certificats d'opérateur radioamateur. Dans la décision n° 98-118 (105), elle pose les conditions d'utilisation des réseaux de radiomessagerie sur site. La décision n° 97-137 fixe les conditions d'utilisation des équipements de radiocommunication professionnelle simplifiée (106). La décision n° 98-909 (107) détermine le régime des réseaux radioélectriques indépendants du service mobile terrestre. La décision n° 98-865 (108) fixe le régime des installations radioélectriques d'appareils de faible portée fonctionnant dans la bande de fréquences 868-870 MHz. La décision n° 98-

(95) Bien que la confirmant sur ces points, elle apporte toutefois des précisions techniques. Déc. n° 99-831, 6 oct. 1999, fixant les conditions techniques et d'exploitation générales de la bande de fréquences 24,5-26,5 GHz pour les liaisons de transmission du service fixe et abrogeant la déc. n° 98-283, 30 avr. 1998, JO 30 nov., homologué arr. 26 nov. 1999, JO 30 nov.

(96) 12 janv. 1999 fixant la canalisation à utiliser par les matériels à modulation numérique de transmission point à point du service fixe dans la bande 8025-8500 MHz, JO 17 mars.

(97) 6 oct. 1999 fixant les conditions techniques et d'exploitation générales de la bande de fréquences 3,4-3,6 GHz pour les liaisons de transmission point à multipoint du service fixe, JO 30 nov., homologuée arr. 26 nov. 1999, JO 30 nov.

(98) 25 sept. 1998, portant sur la composition du dossier d'évaluation de conformité des équipements terminaux de télécommunications, JO 15 déc., homologuée arr. 8 déc. 1998, JO 15 déc.

(99) 25 sept. 1998 relative à la mise en œuvre du système approuvé de qualité de la production et du système d'assurance qualité complète, JO 26 déc., homologuée arr. 18 déc. 1998, JO 26 déc.

(100) 22 déc. 2000, précisant les conditions de garantie de protection contre les brouillages préjudiciables des réseaux radioélectriques soumis à autorisation individuelle sur la base de l'article L.33-2 du code des postes et télécommunications, JO 8 mars 2001, homologuée arr. 16 fév. 2001, JO 8 mars.

(101) 17 déc. 1997, relative aux programmes d'examen des certificats d'opérateurs radioamateurs, JO 26 mai 1998, homologuée arr. 14 mai 1998.

(102) CE, 26 janv. 2000, Juridique Lamy, C.E. & C.A.A., vol. 3.

(103) 22 déc. 2000, précisant les conditions d'utilisation des installations de radioamateurs, JO 3 fév. 2001, arr. 19 janvier 2001.

(104) 17 déc. 1997, relative aux programmes d'examen des certificats d'opérateurs radioamateurs, JO 26 mai 1998, homologuée arr. 14 mai 1998.

(105) 18 fév. 1998 fixant les conditions d'utilisation des réseaux de radiomessagerie sur site, JO 11 juil., homologuée arr. 7 juil. 1998, JO 11 juil.

(106) 21 mai 1997, homologuée arr. 2 sept. 1997, JO 9 sept.

(107) 17 nov. 1998, précisant les règles concernant les conditions d'établissement et d'exploitation des réseaux radioélectriques indépendants du service mobile terrestre, JO 12 fév. 1999, homologuée arr. 24 déc. 1998, JO 12 fév. 1999.

(108) 21 oct. 1998 fixant les conditions d'utilisation des appareils de faible portée fonctionnant dans la bande de fréquences 868-870 MHz, JO 13 déc., homologuée arr. 7 déc. 1998, JO 13 déc.

881 (109), abrogée par la décision n° 01-442 (110), et la décision n° 01-479 (111) portent sur celui de la fréquence 2,4 GHz et la décision n° 01-441 (112) sur celui de la fréquence 5 GHz. La décision n° 98-883 (113) fixe les conditions d'utilisation des installations de radiocommunications de loisir de type radiocommandes de modèles réduits, la décision n° 99-800 (114) celles des dispositifs de transmission audio, la décision n° 99-782 (115) celles des équipements auxiliaires de radiodiffusion, la décision n° 00-147 (116) celles des dispositifs de niveaumétrie de cuve, la décision n° 00-145 celles des systèmes d'information routière et la décision n° 01-439 (117) celles des systèmes de radiocommunication unilatérale sur site à faible portée.

17 - Comme on peut le voir, l'autorité a déjà rendu un nombre considérable de décisions normatives. Décisions, qui dans la forme, comportent toujours les motifs, puis les articles comportant le dispositif et un dernier rappelant qu'elles doivent faire l'objet d'une homologation (118). On trouve aussi un visa en tête de la décision. Ce visa peut renvoyer à une décision antérieure de l'autorité (119), à des textes nationaux (120), voire encore à des textes internationaux (121). Cette influence internationale explique que l'autorité n'hésite pas à se référer expressément à certaines recommandations ou normes (122) pouvant provenir d'organismes internationaux (123). D'une manière générale, il n'est pas rare que la décision en elle-même fixe les grandes lignes de la réglementation et que les détails se trouvent dans les annexes (124). Il arrive aussi que l'autorité renvoie à un texte de réglementation qui n'émane pas d'elle (125). Pour autant, ce texte ne saurait aller au-delà des limites de précision imposée par la loi.

(109) 21 oct. 1998 fixant les conditions d'utilisation des appareils de faible portée destinés à des liaisons vidéo radioélectriques et fonctionnant dans la bande de fréquences 2454-2483,5 MHz, JO 13 déc., homologuée arr. 7 déc. 1998, JO 13 déc.

(110) 2 mai 2001 fixant les conditions d'utilisation des installations radioélectriques de faible puissance et de faible portée dans la bande des 2,4 GHz, JO 16 juin 2001, homologuée arr. 7 juin 2001.

(111) 23 mai 2001 fixant les conditions d'utilisation des réseaux locaux radioélectriques dans la bande des 2,4 GHz, JO 21 août 2001, homologuée arr. 31 juil. 2001.

(112) 2 mai 2001 fixant les conditions d'utilisation des réseaux locaux radioélectriques à haute performance dans la bande des 5 GHz, JO 16 mai, homologuée arr. 7 juin.

(113) 21 oct. 1998, JO 12 janv. 1999, homologuée arr. 6 janv. 1999, JO 12 janv.

(114) 24 sept. 1999, JO 16 nov., homologuée arr. 8 nov. 1999, JO 16 nov.

(115) 22 sept. 1999, JO 16 nov., homologuée arr. 8 nov. 1999, JO 16 nov.

(116) 9 fév. 2000, JO 23 mai, homologuée arr. 15 mai 2000, JO 23 mai.

(117) 2 mai 2001, fixant les conditions d'utilisation des systèmes de radiocommunication unilatérale sur site à faible portée, JO 16 juin, homologuée arr. 7 juin.

(118) Et un dernier article rappelle qu'elles doivent faire l'objet d'une homologation.

(119) Ainsi, la déc. n° 01-441 renvoie à la déc. n° 01-440.

(120) Comme à la loi de 1996 ou à son décret d'application de 1999.

(121) Cf. par ex. dans la déc. n° 01-442, la référence à la dir. 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998.

(122) Cf. la déc. n° 98-283 qui renvoie à la norme ETSI 300431 et de la règle technique SP/DGPT/ATAS/35 publiée au *Journal officiel* du 30 juillet 1997.

(123) Dans le visa avec la déc. n° 00-145 visant la déc. BRC/DEC(92)02 de la Conférence européenne des administrations des postes et télécommunications (CEPT) en date du 22 oct. 1992, les motifs avec la déc. n° 99-800 prenant en compte les préconisations de la recommandation T/R 70-03 de la CEPT ou la décis. n° 99-831 où ses dispositions sont définies sur la base du plan de fréquences dérivés de la recommandation européenne CEPT/T/R13/02 voire dans le dispositif même avec la déc. n° 00-1367 se référant aux normes de l'Institut européen de normalisation des télécommunications.

(124) Ainsi, dans sa déc. n° 99-1143 adoptant le protocole « SPIROU » elle précise que les prescriptions y afférentes et qui doivent être respectées se trouvent en annexes de la décision. Voir aussi les déc. n° 00-1364, n° 99-831.

(125) Ainsi, dans sa déc. n° 00-1367 elle prévoit que les paramètres de réception sont déterminés par les normes pertinentes édictées par l'Institut européen de normalisation des télécommunications ou par

18 - Si tel était le cas, on pourrait bien entendu songer à une illégalité externe pour incompétence matérielle dans la mesure où elle intervient dans une matière étrangère à ses attributions (126). Et au contraire, si elle ne respecte pas les dispositions légales du C.p. t. et des règlements y afférant, il s'agira d'une illégalité interne à l'acte en raison de son contenu violant la légalité, au sens large du terme. Mais, en réalité, ce n'est pas tant la décision de l'A.R.T. qui sera illégale, que celle du ministre l'homologuant.

#### B - Un pouvoir normatif soumis à homologation

19 - Le pouvoir normatif de l'A.R.T. non seulement d'être limité dans son champ d'application et son contenu, est qui plus est subordonné à une sorte de contrôle ministériel (127). En effet, in fine l'art. L. 36-6 C.p. t. prévoit que « les décisions prises en application du présent article sont, après homologation par arrêté du ministre chargé des télécommunications, publiées au journal officiel » (128).

20 - Plusieurs conditions sont donc posées pour que les décisions de l'autorité jouent pleinement. Elles doivent être publiées au Journal officiel. Mais cette publication n'est pas suffisante. Elle doit être précédée d'un acte administratif, à savoir un arrêté ministériel homologuant les décisions de l'autorité. Cet arrêté doit émaner du seul ministre chargé des télécommunications. Ce qui revient à dire que les effets des décisions rendues par l'autorité sont suspendus à une homologation ministérielle. S'agissant d'une homologation du ministre chargé des télécommunications, l'arrêté d'homologation se doit évidemment de comporter la signature du ministre, sous peine d'illégalité externe pour vice de forme (129). Notons que rien ne semble aller à l'encontre d'un arrêté unique homologuant plusieurs décisions rendues par l'A.R.T. En effet, le dernier alinéa de l'article L. 63-6 C.p.t. vise seulement les « décisions prises en application du présent article ». Il n'impose pas que pour une décision corresponde un arrêté (130). Pourtant, il semble bien qu'en pratique, le plus souvent, la préférence aille à un arrêté pour chaque décision rendue (131). Ce qui explique que l'arrêté ne comporte qu'un visa (132) et deux articles. Le premier homologant telle décision de l'autorité et le second étant relatif à la publication.

21 - Comme on peut le voir, l'autorité ne dispose pas d'un pouvoir normatif direct, en ce sens où ses décisions ne sont pas pleinement opposables et exécutoires.

toute autre norme reconnue équivalente. Dans sa déc. n° 98-791, elle fait référence au respect de normes qui n'ont pas été édictées par ses soins en l'occurrence les normes EN ISO 9002 et le point 3.2 de l'annexe 3 de la directive 98/13/CEE.

(126) Cf. A. Calogeropoulos, *Le contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, 1984.

(127) Contrôle qui explique aussi en partie la non censure de l'art. 36-6 1° par le Conseil constitutionnel. déc. 96-378, n° 12, préc.

(128) Relevons que le système de l'homologation a aussi été prévu pour les avis rendus par l'autorité en matière de tarifs et objectifs pluriannuels du service universel et sur les tarifs des services où il n'existe pas de concurrents, prévus à l'art. L. 36-7 5° C.p.t.

(129) La signature de l'arrêté par le ministre chargé des télécommunications permettant de vérifier le respect des règles de compétences, telles que définies en l'espèce par la loi. Cf. J.-F. Lachaume, *Le formalisme* AJ 1995, n° spéc. juin, p. 122 et G. Berlia, *Le vice de forme et le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, RDP 1940, p. 370.

(130) Cf. ainsi l'arrêté 14 mai 1998, JO 26 mai, homologuant les déc. n° 97-453 et 97-454.

(131) Cf. ainsi les deux arrêtés du 7 déc. 1998, homologuant les déc. n° 98-865 et 98-881, JO 13 déc.

(132) Renvoyant d'une manière générale au C.p.t. et à son art. L. 36-6.

En effet, d'autres autorités administratives indépendantes sont dotées d'un pouvoir normatif direct. Ainsi, la C.N.I.L. peut émettre des normes simplifiées concernant les catégories courantes de traitement automatisé et des règlements types en vue d'assurer la sécurité du système (133). De même, la Commission des sondages définit les clauses figurant dans les contrats de vente de sondages (134). Pour ce qui est de l'A.R.T., son pouvoir normatif est soumis à un contrôle, en quelque sorte hiérarchique, puisque pour être opposables ses décisions doivent avoir été homologuées par un arrêté du ministre des télécommunications. Ensuite seulement, elles pourront être publiées au journal officiel (135). Ainsi, l'A.R.T., ne fait qu'élaborer les normes qui doivent être approuvées par le ministre, dans la mesure où l'homologation correspond à une « approbation donnée par l'autorité administrative à certains actes pour permettre leur mise à exécution » (136).

22 - Mais soumettre les décisions normatives de l'A.R.T. à homologation, cela revient à dire que son pouvoir normatif est un pouvoir normatif indirect d'application. D'application car il vise à mettre en œuvre certaines modalités techniques que la loi ne pourrait envisager d'une manière globale et définitive. Indirect puisque les décisions normatives que l'autorité est amenée à prendre ne sont pas exécutoires de plein droit. Elles sont soumises à homologation. Étant homologué par arrêté ministériel, cela signifie que le pouvoir réglementaire de l'autorité n'est pas en lui-même contestable devant une juridiction. C'est l'arrêté l'homologant, en tant qu'acte administratif, qui pourra faire l'objet de recours devant les juridictions administratives pour excès de pouvoir. Ainsi, le jeu de l'homologation a pour effet de faire endosser la responsabilité de l'acte au ministre. Ce qui n'est pas sans une certaine cohérence, dans la mesure où si cette homologation existe, c'est pour que les décisions soient approuvées par le ministre. Cela permet donc d'instaurer un contrôle ministériel sur l'action de l'autorité. Dès lors, la responsabilité incombe au contrôleur (137). En l'espèce, le Conseil d'État sera compétent, puisqu'il connaît seul des recours contre les actes réglementaires des ministres et notamment de la légalité des arrêtés ministériels. Et justement, les décisions normatives rendues par l'A.R.T. sont soumises à l'homologation du ministre chargé des télécommunications. D'ailleurs, le Conseil d'État a annulé l'arrêté du 14 mai 1998, en ce qu'il avait homologué la décision n° 97-453 prise par une autorité incompétente (138). Dans cette affaire, l'A.R.T. avait subordonnée l'utilisation d'installation à l'obtention d'un certificat dont elle fixait les conditions et la délivrance et instituait une procédure de sanction. Le Conseil d'État censure puisque d'une part, l'article L. 90 C.p. t. donne compétence au ministre pour déterminer les installations devant faire l'objet d'un certificat et d'autre part car aucun texte ne donne pouvoir à l'autorité d'édicter des sanctions.

(133) L. n° 78-17 du 6 janv. 1978, art. 6, 17 et 21 3°. Cf. C.E., 12 mars 1982, *CGT*, préc.

(134) Art. 5 L. n° 77-808 du 19 juil. 1977.

(135) Dans deux autres cas l'homologation d'un ministre est prévue, en l'occurrence le ministre des finances. Il s'agit de la détermination des règles générales applicables aux établissements de crédit par le Comité bancaire et de la réglementation des pratiques des opérateurs (O.P.A., O.P.V., cession de blocs de titres, utilisation d'information privilégiée) par la C.O.B.

(136) Définition proposée par Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Ass. Capitant, Quadrige/PUF, 2001, V° Homologation.

(137) Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un acte d'application de la loi, il ne sera pas censuré, s'il respecte les limites de sa mission alors même qu'il serait intervenu en matière législative, y étant autorisé par la loi dont il émane. Cf. par ex., C.E., 27 oct. 1989, *Cottrel*, Rec. p. 215, AJDA 1990, p. 60, obs. N.B., RFDA 1990, p. 48, concl. M. de Guillen Schmidt.

(138) CE, 26 janv. 2000, préc.

23 - Au total donc, le système de l'homologation met surtout en avant le fait que le pouvoir normatif dévolu à l'autorité de régulation des télécommunications est un pouvoir normatif indirect dans la mesure où c'est le ministre qui finalement en dernier ressort décide de l'existence de la norme ou non. Toutefois, il convient de remarquer que s'agissant d'une homologation, le ministre n'a que le pouvoir d'accepter ou de rejeter la norme édictée par l'autorité. Il ne saurait ni réglementer de son propre chef ni modifier de son plein gré la décision de l'A.R.T., la loi ayant prévue une procédure spécifique d'élaboration de normes en la matière. Mais rien ne semble aller à l'encontre d'un rejet avec recommandations pour que la prochaine norme soumise au ministre aboutisse à une homologation. Autrement dit, l'effectivité du pouvoir normatif de l'autorité est conditionnée à une homologation ministérielle quasi-systématique.

Novembre 2001

## L'ATTRIBUTION À UNE AUTORITÉ AUTRE QUE LE PREMIER MINISTRE DU POUVOIR NORMATIF D'APPLICATION D'UNE LOI OU D'UN DÉCRET : LE CAS DE LA COMMISSION DE RÉGULATION DE L'ÉLECTRICITÉ

Par

Jean-Victor BOREL

*Doctorant en Droit privé*

*Chargé de travaux dirigés à la Faculté de Droit et de Science Politique  
d'Aix-Marseille*

La Commission de régulation de l'électricité (CRE) a été créée par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (1), « relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », qui avait pour objet la transposition de la Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 (2) fixant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. Cette directive européenne contribue à achever la mise en place d'un marché intérieur de l'énergie (3), par l'instauration progressive d'un marché concurrentiel de l'électricité répondant aux exigences du Traité, tout en portant une grande attention aux missions de service public incombant aux entreprises du secteur électrique. Elle impose notamment aux états membres le respect des exigences d'objectivité, de transparence, et de non discrimination, et plus particulièrement :

- « la désignation d'une autorité compétente, qui doit être indépendante des parties, pour régler les litiges relatifs aux contrats de fourniture d'électricité, aux négociations relatives à l'accès au réseau de production et aux refus d'accès et d'achat » (article 20 de la directive) ;

(1) *J.O.R.F.*, 11 février 2000, p. 2143.

(2) *J.O.C.E.* n° L. 24 du 30 janvier 1997.

(3) Lui-même permettant l'achèvement du marché commun, c'est-à-dire d'un espace dans lequel la libre circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux est assurée.