LE DESORDRE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES :

L'EXEMPLE DU SECTEUR ECONOMIQUE ET FINANCIER

Sous la direction de Nicole Decoopman, Professeur de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, Doyen Honoraire de la faculté de droit et de science politique d'Amiens.

Collection CEPRISCA

Recherche réalisée et publiée avec le soutien
de la Mission Recherche Droit et Justice.

Sommaire

Avant-propos

Comment interprétrer le désordre des autorités administratives indépendantes ?
par Charley Hannoun, Professeur de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, Directeur du CEPRISCA.

Peut-on clarifier le désordre ?
par Nicole Decoopman, Professeur de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, Doyen Honoraire de la faculté de droit et de science politique d'Amiens.

La genèse du désordre
par Gaëtan Guerlin, ATER à la faculté de droit et de science politique d'Amiens.

L'hétérogénéité des données organiques
par Marie-José Guédon, Professeur de droit public à l'Université de Picardie Jules Verne.

Regard sur la dépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes
par Gaëtan Guerlin.

Un pouvoir réglementaire à géométrie variable
par José Lefebvre, maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne.

Le pouvoir de sanction, le maillage répressif
par José Lefebvre.

Le partage enchevêtré des compétences de la régulation
par Morgane Daury-Fauveau, maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne.

La complexité du contrôle juridictionnel
par Nicole Decoopman.

Conclusion : Vers un nouvel ordre ?
par Nicole Decoopman.

Table des abréviations

APC	Archives de politique criminelle
ART	Autorité de régulation des télécommunications
art	article
BOCCRF	Bulletin officiel de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes
Bull.	bulletin
C. conc	Conseil de la concurrence
C. Const.	Conseil constitutionnel
c. ass.	code des assurances
c. com.	code de commerce
c. mon. et fin.	code monétaire et financier
c. mutualité	code de la mutualité
c. séc. soc.	code de la sécurité sociale
CA	cour d'appel
Cass	Cour de cassation
CB	Commission bancaire
CCAss	Commission de contrôle des assurances
CCMIP	Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance
CE	Conseil d'Etat
CECEI	Comité des établissements de crédit et des entreprise d'investissement
CMF	Conseil des marchés financiers
COB	Commission des opérations de bourse
CPT	code des postes et télécommunications
CRBF	Comité de la réglementation bancaire et financière
CRE	Commission de régulation de l'électricité
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
D	Recueil Dalloz
Ed	édition
Fds	fonds
JCP G	Semaine juridique, édition générale
JO	Journal officiel, édition lois et décrets
L	loi
Min	ministre
P. Rep.	procureur de la République
Pdt	président
Petites Aff	Petites affiches
préc	précité(e)
RA	Revue administrative
RFDA	Revue française de droit administratif
RJDA	Revue de jurisprudence et de droit administratif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD Europ	Revue trimestrielle de droit européen
s	suivant(s)
sec. ctx	section contentieux
Soc.	société
Th	thèse
TGI	tribunal de grande instance
v	voir

Avant-propos

Les autorités administratives indépendantes suscitent de nombreuses interrogations depuis que cette dénomination paradoxale fut proposée voici presque trente ans. Moyen de modernisation de l'Etat ou intervention masquée de l'autorité publique, elles présentent à la vérité comme Janus ces deux faces, de même qu'elles constituent l'une des figures les plus originales de la régulation. Or, leur prolifération désordonnée impose une nouvelle réflexion.

Cet ouvrage, issu d'une recherche préparée sous l'égide de la Mission Recherche Droit et Justice, se concentre sur les autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier. Le choix de ce secteur présente divers intérêts. Il est à la fois large et diversifié – des télécommunications aux assurances – et suffisamment homogène pour permettre des comparaisons fructueuses et significatives. Il constitue un terrain d'observation privilégié où le degré et les modes d'intervention de l'autorité publique sont toujours en question.

Conséquences manifestes de la libéralisation des marchés et du recul des interventions directes de l'Etat, les autorités administratives indépendantes offrent au premier regard une impression de désordre tant par leur place sur l'échiquier institutionnel qu'en raison de leur fonctionnement, des attributions qui leur sont conférées ou de l'imbrication de leurs compétences. L'ouvrage met en valeur ce désordre à travers une étude minutieuse des données organiques, des règles de fonctionnement et des pouvoirs de ces instances. Il aborde la question du contrôle juridictionnel de leurs décisions. Ces thèmes font l'objet d'un tableau comparatif systématique qui aide le lecteur à se promener dans les méandres de la matière.

Au delà de la recherche d'une meilleure connaissance de la réalité institutionnelle, le présent ouvrage voudrait cependant susciter plusieurs séries de questions. La première est de savoir si de cet apparent désordre n'émergent pas des lignes de force organiques et procédurales qui introduiraient une forme d'ordre, garantie de légitimité de ces instances, sans les soumettre à un modèle unique réducteur. Ensuite, c'est au défi de la construction de nouvelles catégories et de nouvelles représentations de l'ordre juridique que nous convient les autorités administratives indépendantes. Enfin, l'analyse d'un tel désordre institutionnel ne peut être dépourvu d'enseignements pour l'étude du droit contemporain, qualifié de post-moderne et caractérisé par la pluralité, la complexité et l'enchevêtrement des lieux de production du droit.

Avant-propos

Le présent ouvrage est le premier d'une collection lancée par le centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA). Son but est de créer un nouvel espace de réflexion sur l'évolution du droit dans un esprit d'ouverture à toutes les disciplines.

COMMENT INTERPRETER LE DESORDRE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES ?

Charley Hannoun
Professeur à l'Université Picardie-Jules Verne

Les autorités administratives indépendantes prolifèrent sans ordre apparent. Signe très caractéristique de l'évolution de l'administration française, depuis une trentaine d'années[1], de telles institutions placées hors hiérarchie paraissent contredire le principe traditionnel de l'unité de l'Etat. Elles sont en principe indépendantes et dotées d'un pouvoir de décision et au moins d'une autorité morale, ce qui en fait plus que de simples commissions consultatives. Leur rôle est de réguler un secteur d'activité, au sens où elles sont chargées d'en encadrer le développement en y maintenant un certain équilibre[2]. Instances neutres et objectives, il leur est demandé en principe de jouer le rôle d'écran protecteur interposé entre les gouvernants et le secteur d'activité. Structures souples et dotées de moyens appropriés à leur objet, elles sont par souci d'efficacité délivrées des pesanteurs administratives.

Leur multiplication en fait un thème privilégié pour qui s'intéresse à l'évolution du droit tant le système juridique[3] ne peut y rester indifférent. A mi-chemin entre l'Etat et la Société Civile, les autorités administratives indépendantes troublent l'ordonnancement juridique. Aussi les interrogations sont nombreuses. Déjà leur propre qualification laisse perplexe. Comment concevoir l'indépendance d'un organisme qui reste dépourvu de la personnalité juridique ? En outre, s'agit-il du seul critère à privilégier pour saisir l'évolution en cours ? Le simple caractère de commission trans-ministérielle dotée d'une autorité n'est-il pas en soi un élément essentiel du processus ? Faut-il les classer en fonction de leurs pouvoirs ? Là encore une extrême diversité de situations juridiques peut-être constatée. Et il serait hasardeux d'écarter cette qualification en l'état sans tenir compte des possibilités d'évolution d'une institution. Peut-on trouver un ordre dans cette complexité ? Est-il possible de clarifier cet ensemble institutionnel enchevêtré ? Or, les réponses possibles à ces questions sont dans la dépendance étroite des interprétations que l'on peut avoir de cette évolution quant à ses sources et quant à son sens.

1- Cf. Y. Cannac et F. Gazier, "Les autorités administratives indépendantes", Etudes et documents du Conseil d'Etat N° 35, 1983/84, p. 13 et s. : Ces auteurs avaient recensé dès les années 1980 au moins une quinzaine d'organismes de ce genre ; V. également P. Sabourin, "Les autorités administratives indépendantes", AJDA 1983, p. 275 et s. ; J. Chevallier, "Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes", J.C.P. 1986. I N° 3254 ; C-A Colliard et G. Timsit (sous la dir.) " Les autorités administratives indépendantes ", Puf, 1988 ; M. J. Guédon, " Les autorités administratives indépendantes ", LGDJ, 1991 ; M. Gentot, " Les autorités administratives indépendantes ", Montchrestien, 1991 ; Conseil d'Etat, Rapport public 2001, " Les autorités administratives indépendantes ", Etudes et documents, n°52, La documentation Française.

2- J.L. Autin, "la réforme de la commission des opérations de bourse. La consécration d'une instance régulatrice", J.C.P. éd. E, 1989, Suppl. N° 26 ; L. Cohen-Tanugi "Une doctrine pour la régulation", Rev. Débat 1988, n° 52, p. 58.

3- N. Decoopman, " A propos des autorités administratives et de la déréglementation ", *in* " Les transformations de la régulation juridique ", J. Clam et G. Martin, (sous la dir.) LGDJ, 1998, p. 249 et s.

I - Les sources du désordre

Selon une première série de conceptions possibles, cette nouvelle forme d'intervention de l'Etat trouverait sa source dans un processus de structuration croissante de l'ordre économique. Aussi assisterait-on à la constitution empirique de ce processus qui à terme devrait aboutir à une nouvelle forme d'organisation de l'Etat qualifiée de polycentrique, et constituée d'un ensemble de pôles de pouvoir différenciés et indépendants les uns des autres, par opposition à une forme unitaire, dite mono-centrée. A terme, il pourrait en résulter une balkanisation de l'administration composée d'autorités échappant au contrôle de la Nation. Plusieurs signes confortent cette théorie. Mais des objections d'ordre méthodologique ne permettent pas d'y souscrire sans réserves.

1. Tout d'abord, il est vrai que la multiplication d'institutions adaptées à chaque domaine d'activité, la tendance à l'accroissement de leurs pouvoirs, la production de normes spécialisées selon une logique qualifiée de post-moderne[4] sont autant de faits susceptibles de conforter l'idée que serait à l'œuvre un processus de néo-corporatisation de la Société Civile. Et, l'hypothèse est d'autant plus forte qu'elle peut rejoindre sous de nouveaux rapports d'autres constatations comme la démarche consistant pour l'Etat à se décharger de secteurs industriels entiers auprès de grandes entreprises[5]. Ainsi apparaîtraient de nouvelles féodalités fondées sur des solidarités entre les structures administratives et certains secteurs d'activité. La privatisation de certaines fonctions publiques en témoigne dans un sens ; dans l'autre sens, il est à noter la volonté de grandes firmes multinationales d'assumer des fonctions collectives dévolues à l'Etat[6]. Au total, le désordre actuel ne pourrait bien être que la mise en place d'un nouvel ordre institutionnel articulé autour de plusieurs pôles coiffés respectivement par une autorité administrative indépendante. Une telle perspective détermine également différents questionnements. L'ordre ne pourrait-il être retrouvé par exemple à l'intérieur de chaque pôle faisant renaître une forme traditionnelle de l'Etat ? Ainsi devrait-on y réintroduire notamment une séparation des pouvoirs en les répartissant entre plusieurs institutions. De même, se trouvent mises en question l'efficacité de telles institutions, leur indépendance véritable comme est censée l'être toute fonction publique par rapport aux intérêts privés, ou encore la place des normes émises au sein de l'ordre juridique global. Au fond, le désordre actuel serait à penser comme le fruit d'une série de disfonctionnements dus à la mise en place dynamique d'un nouveau système institutionnel ; et la tâche du juriste serait de remettre de l'ordre grâce à un effort de catégorisation et de structuration des données fournies par l'évolution du système juridique ;

4- J. Chevallier, " Vers un droit postmoderne ", *in* " Les transformations de la régulation juridique ", LGDJ, 1998, p.21 et s. ; F. Ost, " Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans les sociétés de l'information " même ouvrage, p. 423.

5- M. Crozier et autres, " Où va l'administration ? ", Paris, 1974, p. 127.

6- Etude du CREDA, " Quel droit des affaires pour demain? ", (sous la dir. A. Sayag et J. Hilaire), Litec, 1984, p. 88.

ainsi serait à construire un droit autonome de la régulation[7] ; et dans cette perspective, il serait même possible de concevoir un véritable Code des autorités administratives indépendantes qui redonnerait à l'ensemble une cohérence permettant de recomposer un véritable Ordre juridique global et unitaire, les autorités administratives indépendantes n'étant que des éléments de cette nouvelle organisation, un peu comme les ministères qui ne remettent pas en cause l'unité de l'Etat. C'est dire cependant d'une autre manière, et par déduction, qu'il s'agirait d'un moment de transition entre deux situations d'équilibre. L'Etat serait en cours de balkanisation, de féodalisation, de réorganisation ou de " modernisation " selon la connotation négative ou positive que l'on veut prêter à cette évolution.

2. Pourtant cette première lecture des faits laisse insatisfait. D'abord, elle ne semble appréhender l'évolution que pour en extrapoler le sens en fonction d'une photographie qui ne laisse pas apparaître aussi visiblement qu'il y paraît la logique qui l'anime et son point d'arrivée. Il en résulte deux types d'analyses qui tendent soit à conforter le processus en le légitimant, soit à le dénoncer comme une sorte de crise de l'Etat unitaire. La première tentation est en effet de penser que les besoins économiques et sociaux suscitent ces nouvelles institutions. Plus proches des réalités, elles constitueraient des ordres juridiques adaptés, ce qui contribuerait à rendre plus efficace l'action de l'Etat tout en la légitimant grâce à l'intervention de représentants de la Société Civile dans la composition des commissions. Aussi à terme, peut-on espérer une stabilisation du processus grâce à un perfectionnement et à un regroupement des institutions. Une interprétation du même ordre consiste à chercher la cause de l'évolution dans l'environnement incertain des sociétés devenues de plus en plus complexes. Aussi faudrait-il mobiliser des savoirs, des compétences, des informations qu'un seul acteur ne peut détenir seul[8]. Cette donnée matérielle serait ainsi à l'origine de nouvelles formes de gouvernance dont les autorités administratives indépendantes seraient l'un des aspects. Elles seraient un moyen destiné à faire face aux nouveaux défis de la mondialisation, de la globalisation des marchés et de la révolution des télécommunications. Mais cette référence aux besoins et plus généralement à des données exogènes au système juridique, n'est pas sans laisser penser à cette autre référence substantialiste des juristes du 19è siècle qui faisaient volontiers appel à la " nature des choses " pour justifier une solution en guise d'explication et limiter en fait leur cheminement intellectuel. Ce qui reste dans l'ombre, à la vérité est la question du sens et des racines de cette dépendance fonctionnelle du droit à l'égard du système économique et social[9]. Or cette question ne peut être posée que si le système juridique est appréhendé comme l'un des éléments des pratiques sociales à la formation desquelles il participe. Par ailleurs, il n'est pas non plus démontré, dans une vision plus pessimiste,

7- M.-A. Frison-Roche, " Le droit de la régulation ", D. 2001, chr. p. 610.

8- S. Allemand, Gouvernance : " le pouvoir partagé ", *in* " Le pouvoir ", éd. Sc. Humaines, 2002, p. 109 et s.

9- Sur cette dépendance, v. B. Frydman, " Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes ", *in* " Le droit dans la mondialisation ", Puf, 2001, p.57 et s.

que le processus des autorités administratives indépendantes soit à opposer aussi fermement à une forme antérieure de l'Etat qui serait mono-centrée. La distinction de la modernité et de la post-modernité demeure finalement relativement descriptive d'une évolution. Or, resituées dans une perspective historique plus longue, les autorités administratives indépendantes s'insèrent assez nettement dans une seule et même pratique sociale du gouvernement mise en place dès le XVIII ème siècle et assise sur la science, l'économie politique et la logique marchande. C'est dire que l'avènement des autorités administratives indépendantes ne constitue pas une vraie mutation épistémologique. C'est dire également que leur perception comme signe d'une crise de l'Etat unitaire ou de son affaiblissement repose à la vérité sur un présupposé non démontré, à savoir que l'Etat mono-centré serait le forme normale par rapport à laquelle la forme polycentrée serait à considérer comme pathologique.

II - Le sens du désordre

Aussi, dans une seconde conception, est-ce dans cette pratique et les cadres de pensée qui la sous-tendent qu'il faut lire la rationalité de l'évolution et son devenir. Or, l'on sait que le droit et les institutions sociales sont désormais intégralement asservis à des objectifs gouvernementaux de coordination sociale. Aussi ne faudrait-il pas voir dans le développement des autorités administratives indépendantes qu'une méthode contemporaine de poursuite d'objectifs particuliers qui, par elle même, emporte la diversification et la spécialisation ? Et partant de cette pratique générale, peut-on alors espérer découvrir un ordre latent ?

1. Au regard de l'évolution générale du système juridique contemporain, les autorités administratives indépendantes paraissent bien être la projection dans le domaine institutionnel d'un même processus qui a conduit, bien avant leur apparition, à la diversification et à la spécialisation du droit. La conséquence immédiate de cette constatation est qu'il serait vain de chercher un ordre rationnel dans la composition du paysage des autorités administratives indépendantes. Il serait inutile également de rechercher à y introduire une cohérence formelle pour satisfaire l'esprit de géométrie. La réalité est que le désordre ne trouve son sens qu'au regard des objectifs socialement convenus. Dans cette perspective ne faut-il pas alors concevoir le désordre des autorités administratives indépendantes comme une donnée consubstantielle à l'activité d'une administration en mouvement et qui s'éparpille en quête de la satisfaction d'une multiplicité de besoins de coordination et d'encadrement des activités ? C'est en effet cette diversité d'objectifs potentiellement inépuisables qui forme l'espace topologique à l'intérieur duquel les autorités

administratives indépendantes peuvent prendre naissance. Mieux, c'est cette même logique qui commande la forme tant de ces institutions que celle des normes produites. L'impératif d'efficacité est ainsi à l'origine du processus comme à son aboutissement. C'est dire encore qu'il n'est pas acquis que la balkanisation de l'Etat soit le signe d'un affaiblissement de l'autorité publique. Au contraire, le polycentrisme, loin de remplacer le contrôle centralisé traditionnel par secteur de la vie sociale, ne ferait qu'ajouter un contrôle réticulaire transversal par objectif. Au total, c'est un quadrillage institutionnel plus précis qui en résulterait. De même, il n'est pas acquis que la qualification d'autorité administrative indépendante soit la seule à rendre compte de ce processus. Au contraire, les institutions devront évoluer et prendre toutes les formes nécessaires pour parvenir à réaliser les objectifs gouvernementaux conventionnellement inscrits dans les cadres de pensée de la Société Civile. Peut-être est-ce là que se situe en définitive la source de l'extrême diversité de ces autorités.

Une telle perspective conduit à reformuler un certain nombre de questions et à en poser d'autres. D'abord sous l'angle des qualifications, il devient clair que l'indépendance n'est paradoxalement plus un critère essentiel de telles autorités. Ou, d'une autre manière, c'est à l'aune des objectifs que doit être analysée cette nécessité. Mais sous des angles différents, en fonction des buts recherchés, il devient possible d'imaginer que des autorités participant à la même forme d'intervention de l'Etat ne soient pas pour autant indépendantes. Témoin, les commissions trans-ministérielles en charge d'un objectif particulier[10]. Seul le critère de l'objectif poursuivi et des contraintes qu'il impose pour sa réalisation devient de la sorte central. En d'autres termes, il semble peu productif d'assigner une nature juridique particulière à de telles institutions ou d'en faire définitivement une catégorie à part. Mais là où l'indépendance est requise, il peut devenir pertinent d'un point de vue pratique de rechercher pourquoi elle est prévue, dans quelle mesure elle est assurée et si elle permet à l'institution de remplir efficacement ses objectifs. De même, sous la contrainte des objectifs gouvernementaux, c'est la distinction de l'Etat et de la Société Civile qui peut se trouver remise en cause. Aussi est-ce dans une même perspective d'analyse que doivent être situées aussi bien les institutions étatiques que privées, voire mixtes dès lors qu'elles ont pour fonction un objectif d'organisation et de coordination des activités dans un secteur donné[11]. Dans le même esprit, la question des pouvoirs reste toujours ouverte en fonction des objectifs recherchés et surtout de leur promotion sociale et politique. Quant aux normes émises, il serait

10- Comme par exemple la création des CODEFI chargés d'apporter une aide adéquate aux entreprises en difficultés ou plus récemment la création du Conseil de Sécurité Intérieur dont le sigle CSI n'est pas sans évoquer à dessein celui du CSA. Ce conseil, créé en mai 2002, est composé du Premier ministre et des ministres de l'Intérieur, de la Justice, de la Défense, de l'Economie, du Budget et de l'Outre-mer. Ceux de la Ville, de l'Education nationale, des Transports et de la Jeunesse peuvent y être associés. Sa principale mission : donner "l'impulsion" de la politique de sécurité intérieure et veiller à sa bonne coordination, assurer son évaluation et garantir "l'adéquation des moyens aux enjeux". Il est à noter que cette mission, telle qu'officiellement décrite, caractérise assez nettement un mode d'intervention étatique dont les Autorités Administratives Indépendantes n'ont pas l'exclusivité.

11- V. par exemple le développement des Agences d'inspiration américaine qui se voient investies d'une véritable fonction de régulation notamment dans les domaines de la santé et de l'environnement (J. Chevallier, " Les agences : effet de mode ou révolution administrative ", *in* Mélanges Dupuis, Paris, LGDJ, 1997, p. 47 et s.).

extrêmement réducteur que de considérer ces règles et décisions comme l'expression d'un " droit mou " caractéristique d'une fonction régulatrice. Tout d'abord, le concept de régulation ne saurait être restreint à un ensemble de directives peu contraignantes. La régulation peut s'exprimer à travers de simples recommandations comme par des règles très fermement sanctionnées. Ensuite si l'on envisage le domaine économique et financier, il est aisé d'observer que la régulation peut conduire à un véritable encadrement administratif des activités[12]. En réalité, ce qui caractérise les autorités administratives indépendantes, c'est qu'elles expriment peut-être plus directement toutes les facettes d'une caractéristique générale du droit contemporain tout en révélant la relativité des concepts et schémas de pensée habituels. Et leur multiplication ne serait que l'expression au sein de l'Etat d'une remise en cause de la hiérarchie centralisée et donc d'une certaine forme de commandement au profit de nouvelles formes d'encadrement et de coordination sociale répondant mieux aux objectifs poursuivis.

2. Sous le désordre des autorités administratives indépendantes, peut-on alors dégager un ordre latent qui discrètement prendrait forme ? Il ne semble pas qu'une telle recherche soit à penser dès le départ dans la catégorie du système fût-il interactionniste et non simplement analytique et classificatoire[13]. Le développement des autorités administratives indépendantes paraît bien être plus casuistique que systématique. Et si un ordonnancement particulier pouvait s'en déduire, il s'agirait d'une conséquence et non d'une structure première. Ce n'est pas dire pour autant que le désordre échappe à toute rationalité. Et sous ce rapport, il est nécessaire de distinguer ses principes constitutifs et leurs effets sur le système juridique global. Sur le premier plan, et pour aller au delà de la simple référence aux besoins économiques spontanés, c'est une série de conventions sociales qu'il faut mettre à jour. Elles sont nombreuses et constituent les éléments implicites nécessaires à la coordination des échanges économiques et sociaux. Ainsi, en suivant ce courant de pensée[14], faut-il poser qu'il n'y a pas de contrat possible sans une convention préalable constitutive servant de référence commune et permettant de polariser les anticipations[15]. De même les organisations sont analysées comme des dispositifs permettant par le jeu de conventions générales à ne pas avoir à spécifier toutes les caractéristiques des transactions à venir. Ou encore les institutions peuvent être perçues comme le point fixe d'un processus d'apprentissage collectif à l'origine de règles de coordination[16].

12- V. notamment sur ce point, N. Decoopman, " A propos des autorités administratives et de la déréglementation ", art. préc.

13- M. Van de Kerchove et F. Ost, " Le système juridique, entre ordre et désordre ", Puf, 1988, p. 10

14- Sur cet effort puissamment développé depuis quelques années par les économistes et les sociologues, v. en dernier lieu, notamment les travaux collectifs suivants : A. Orléan (sous la dir. de), " Analyse économique des conventions ", Puf, 1994 ; P. Batifoulier (sous la dir. de), " Théorie des conventions ", Economica, 2001.

15- A. Orléan, " Vers un modèle général de la coordination économique par les conventions ", *in* " Analyse économique des conventions ", op. *cit.* spéc. p. 16.

16- O. Favereau, " Règles, organisation et apprentissage collectif : un paradigme non standard pour trois théories hétérodoxes ", *in* " Analyse économique des conventions ", op. cit. p. 113 et s.

Dans cette perspective, la question des autorités administratives indépendantes ne serait plus à penser à travers les oppositions habituelles de l'Etat unitaire ou polycentré, moderne ou post-moderne, du public et du privé, mais bien plutôt comme l'une des formes particulières des coordinations économiques et sociales au sein desquelles l'Etat apparaîtrait comme un auteur a pu l'écrire " au cœur d'un processus paradoxal où il est à la fois instituant et institué "[17].

Or, une telle conception conduit à porter un regard plus fin sur ces conventions sociales qui disparaissent sous l'évidence des réalités quotidiennes mais qui sont à définir comme des pratiques spécifiques qu'il convient d'identifier. Ainsi, celles consistant précisément à poser un objectif et à mobiliser les moyens jugés nécessaires pour y répondre. Une convention adjacente pourrait être trouvée également dans la définition des buts qui doivent avoir cette particularité d'être perçus comme révélés par la Société Civile elle-même en tant que besoins exprimés dans des discours officiels et médiatiques. Autre convention sociale constitutive, la croyance intersubjective dans le savoir des experts pour l'élaboration des règles. Les normes, souvent considérées comme un droit dégradé, peuvent alors être mieux comprises dans leur forme et leur contenu comme l'expression de cet apprentissage collectif propre à chaque activité et selon des processus conventionnellement définis. Quant à l'effet produit par ces conventions souterraines sur le système global, il est mieux connu car plus apparent. D'abord, le développement d'une technologie juridique extrêmement complexe et évolutive. Ensuite, la constitution d'un réseau maillé - pour ne pas dire enchevêtré - d'institutions dont l'objet est de coordonner et contrôler tous les aspects de la vie économique et sociale[18]. Enfin, une autorité publique qui se distingue de moins en moins de la Société Civile faisant naître de nouvelles formes et de nouveaux espaces de normativité qui ne se différencient plus aisément de la règle de droit positif. Aussi-bien l'ordre juridique classiquement représenté après Kelsen comme une pyramide de normes aux contours nettement affirmés, tend-t-il à ressembler de plus en plus au tissu social lui même qu'il s'incorpore en épousant tous ses détails. Il en perd sa cohérence formelle au profit d'une configuration réticulaire horizontale[19] et d'une apparence désordonnée. Autant de signes selon certains d'une transition d'un Etat autoritaire vers un mode post-totalitaire de gestion de la Société Civile[20]. Mais au cœur du désordre se situent les conventions sociales ; elles nous montrent que l'Etat et ses institutions demeurent endogènes à la Société Civile et à ses pratiques. Leur modes de formation et d'évolution constitueront sans doute un fructueux champ d'investigation dans l'avenir. L'enjeu n'est pas mince, car c'est d'elles dont dépend le sens du désordre et c'est de leur pathologie que découle le chaos…

17- R. Salais, " Action publique et conventions : état des lieux ", *in* " Les métamorphoses de la régulation politique ", LGDJ, 1998, spéc. p. 80.

18- J. Chevallier, " La régulation juridique en question ", Droit et Société, 2001, n° 49, p. 827 et s.

19- F. Ost, " Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge ", *in* " La force du droit ", sous la dir. de P. Bouretz, 1991

20- J.-P. Le Goff, " La démocratie post-totalitaire ", Paris 2002, spéc. p. 32 et s.

Comment interpréter le désordre des autorités administratives indépendantes ?

PEUT-ON CLARIFIER LE DESORDRE ?

Nicole Decoopman
Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne

1. Réponses institutionnelles à un besoin de régulation né de la libéralisation des marchés et du recul des interventions directes de l'Etat, les autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier offrent au premier regard une impression de désordre. Plusieurs éléments concourent à ce sentiment de désordre : la multiplicité des autorités dont les compétences s'enchevêtrent, la pluralité de leurs attributions qui s'éloigne de l'idée classique de séparation des pouvoirs et leur place ambiguë sur l'échiquier institutionnel.

L'idée de désordre ne se comprend que par référence à la notion d'ordre juridique, et plus précisément à la notion d'ordre juridique classique[1] caractérisé par la généralité et la stabilité de la norme, la séparation des pouvoirs et le rôle de l'Etat. La rationalisation consubstantielle à l'ordre juridique classique trouve son aboutissement ultime dans la pyramide kelsénienne et le raisonnement binaire facilite la construction des catégories juridiques. Or, ces différents éléments – réels ou construits – subissent un bouleversement dont témoignent les autorités administratives indépendantes.

2. Dans le domaine économique et financier, le choix du législateur s'est largement exprimé depuis une vingtaine d'années en faveur de la création d'autorités administratives indépendantes, faisant de ce mécanisme institutionnel original une sorte de panacée qui ne peut cependant se substituer ni à la définition d'une politique sectorielle, ni à la sanction par le juge de règles préalablement définies. Le choix du mode de régulation est un choix de nature politique. Plusieurs options sont ouvertes qui peuvent évidemment se combiner.

La régulation peut être opérée directement par l'Etat central. Elle peut être réservée aux professionnels du secteur intéressé, que ce soit par délégation des pouvoirs publics ou par le fait d'une auto-organisation. Ou enfin, la régulation peut être confiée à des autorités administratives indépendantes. Créées par le législateur, non dotées de la personnalité juridique et comprenant généralement des professionnels, elles permettent au pouvoir exécutif de ne pas intervenir directement dans la vie économique tout en constituant un instrument de l'Etat.

1- Certains auteurs parlent de droit moderne pour l'opposer au droit postmoderne, v. J. Chevallier, " Vers un droit postmoderne ? ", *in* Les transformations de la régulation juridique, sous la direction de J. Clam et G. Martin, LGDJ, 1998, p. 21 et s.

3. L'encadrement des activités économiques par l'Etat ne constitue certainement pas une nouveauté. Si l'on prend l'exemple du secteur bancaire, le régime libéral du XIXè siècle fait figure d'exception et encore la liberté n'y fut-elle pas absolue[2] ; les autres périodes se caractérisent plus par le contrôle de la profession, voire sa direction. A l'heure actuelle, le dirigisme étatique a certainement vécu, l'interventionnisme est lui-même en recul. Le choix opéré en faveur d'une économie libérale le postule, sans pour autant en prôner la disparition. En effet, l'expression économie libérale est ambiguë puisqu'elle peut signifier aussi bien l'absence de contrainte, le " laissez faire " que l'organisation d'une économie de marché qui suppose une multiplicité d'acteurs aussi bien au niveau de l'offre qu'à celui de la demande et impose, sous peine de disparition du " marché ", un relatif équilibre entre les différents acteurs. En France, en Europe, comme dans nombre de pays occidentaux ou non, le pouvoir politique a opté en faveur de l'économie de marché. Ce choix implique au minimum que des règles du jeu économique soient posées et respectées. C'est dans ce contexte que s'inscrivent les autorités administratives indépendantes qui interviennent dans le domaine économique et financier.

4. Les origines et les raisons d'être des autorités administratives indépendantes sont diverses et il serait certainement artificiel de les ramener à l'unité. Certaines ont des racines relativement anciennes : lois des 13 et 14 juin 1941 pour les autorités bancaires, décret du 27 janvier 1954 pour le Conseil de la concurrence. D'autres, plus récentes, sont le fruit à la fois des progrès techniques, de la multiplication des acteurs qu'ils autorisent et de la politique de libéralisation des marchés menée par l'Union Européenne : l'Autorité de régulation des télécommunications créée par une loi du 2 juillet 1996 en offre un exemple significatif.

5. Le rôle joué par les textes européens est paradoxal. D'une part, il est probablement difficile de citer, dans le domaine économique et financier, une seule autorité administrative indépendante dont soit la création, soit l'évolution ne se soit pas réalisée à l'occasion de la transposition d'une directive européenne ou en tenant compte des exigences européennes. D'autre part, quoique la construction européenne repose sur l'économie de marché et implique en conséquence l'existence d'une régulation économique, le législateur européen laisse généralement les Etats membres libres du choix du mode de régulation. Lorsque, par exception, il préconise la création d'une instance de type " autorité administrative indépendante ", il le fait de façon indirecte et pour une attribution particulière. Ainsi la directive européenne du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité dispose dans son article 20 §3 : " les Etats membres désignent une autorité compétente, qui doit être indépendante des parties, pour

2- R. Rodière et J.L. Rives-Lange, Droit bancaire, Dalloz, 2è éd., 1975, n° 13.

régler les litiges relatifs aux contrats et aux négociations en question. Cette autorité doit notamment régler les litiges concernant les contrats, les négociations et le refus de l'accès et d'achat ". La loi du 10 février 2000 confia cette mission d'arbitrage à la Commission de régulation de l'électricité qu'elle créait. Un élément mérite de retenir l'attention dans les dispositions de la directive, c'est que la régulation est organisée par les Etats membres. Certes, le mécanisme même de la directive impose qu'elle s'adresse aux Etats ; il n'en reste pas moins que cela exclut non la régulation professionnelle, mais l'auto- régulation ; la régulation professionnelle elle-même semble difficile lorsque le texte dispose que l'autorité compétente doit être indépendante des parties.

6. De façon générale, il semble que dans le domaine économique et financier, les autorités administratives indépendantes succèdent à un encadrement étatique plus direct, exercé selon des modalités différentes. La régulation du secteur audiovisuel par une autorité administrative indépendante a été rendue nécessaire par la multiplication des radios privées et la privatisation des chaînes de télévision. La disparition du monopole télévisuel public et le maintien de chaînes publiques, l'exigence mieux affirmée d'un pluralisme politique ne permettaient pas une mainmise étatique trop voyante, même si la distanciation de l'autorité de régulation avec les pouvoirs politiques ne s'est pas réalisée sans difficultés comme le montrent les différents avatars de l'instance devenue le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Le secteur des télécommunications ou celui de l'électricité illustrent également le processus qui conduit à la création d'une autorité administrative indépendante : d'une direction ministérielle (les PTT), on passe à une entité pourvue de la personnalité morale, progressivement privatisée (France Télécom) et mise en situation de concurrence, ce qu'imposent les progrès techniques et les exigences européennes. On remarquera que, dans ces différents cas, une autre idée est également présente, c'est celle de service public. Elle explique l'intérêt que portent les pouvoirs publics à ces secteurs d'activité, mais ne permet pas à elle seule de justifier la création d'une autorité administrative indépendante : un cahier des charges bien rédigé permet d'imposer des contraintes de service public. Dans ces différentes hypothèses, on est passé d'une activité économique exercée par l'Etat ou ses démembrements à une libéralisation de l'activité – mise en concurrence et privatisation progressives – encadrée par une autorité administrative indépendante.

7. Dans d'autres hypothèses, l'encadrement étatique se manifestait de façon différente. Il s'agissait non pas de l'exercice même de l'activité, mais de son contrôle, voire de sa direction. Le domaine de l'assurance apparaît de ce point de vue particulièrement topique. Jusqu'à la création de la Commission de contrôle des assurances[3], le contrôle des entreprises

3- Le terme " contrôle " est significatif de la philosophie de l'intervention étatique.

d'assurance était exercé " dans l'intérêt des assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats d'assurance et de capitalisation "[4] par la direction des assurances du ministère des finances tandis que le Conseil National des Assurances, présidé par le ministre des finances et composé notamment de professionnels remplissait une fonction générale d'élaboration d'une politique de l'assurance.

L'organisation du secteur bancaire n'était pas très éloignée. En effet, la loi du 13 juin 1941 pouvait se caractériser comme mettant en œuvre " un corporatisme étroitement contrôlé par l'Etat"[5] : elle instituait le comité permanent d'organisation professionnelle des banques, la Commission de contrôle des banques et l'Association professionnelle pour les banques et les établissements financiers. La loi du 2 décembre 1945 avait atténué le caractère professionnel et accentué l'aspect étatique de l'encadrement. Au comité permanent d'organisation bancaire succède le Conseil national du crédit ; présidé par le ministre des finances, ayant comme vice-président le Gouverneur de la Banque de France et composé notamment de membres de la société civile et de professionnels, il dispose non seulement de larges attributions consultatives, mais également du pouvoir de prendre des décisions à caractère général (règlements) et à caractère individuel (ex. inscription sur la liste des banques). La Commission de contrôle des banques, présidée par le Gouverneur de la Banque de France et ayant comme autre membre de droit le directeur du Trésor, assurait une mission administrative de surveillance et une mission disciplinaire de nature juridictionnelle. La Banque de France était chargée de veiller au bon fonctionnement du système bancaire. Ce système de contrôle, dont il serait excessif de dire qu'il a été substantiellement modifié même si le schéma institutionnel a subi quelques évolutions, mettait en œuvre un contrôle moins direct de l'Etat : l'inscription sur la liste des banques n'était pas par exemple assurée par une direction ministérielle comme c'était – et le reste – le cas en matière d'assurance. Cependant, la présence du ministre des finances ou du directeur du Trésor ne signe pas l'indépendance de ces instances. L'importance économique du secteur bancaire n'a jusqu'à présent jamais conduit le pouvoir exécutif à relâcher réellement la surveillance de ce secteur.

Le secteur boursier permet de nuancer cette remarque. Pour n'être pas absente, l'idée de protection des épargnants est moins présente que celle de protection des déposants ou des assurés[6], ou du moins ne se manifeste-t-elle pas de la même façon ; il s'agit d'assurer une égalité de traitement des épargnants afin de développer le marché boursier. Cette préoccupation explique la création de la Commission des opérations de bourse en 1967 tandis que le contrôle professionnel était assurée par une autorité professionnelle – la Chambre syndicale de la Compagnie des

4- C. ass., ancien art. L.310.1.

5- R. Rodière et J.L. Rives-Lange, *op.* cit., n° 40.

6- Il est vrai qu'existe une obligation d'assurance alors que l'investissement en bourse résulte toujours d'un choix individuel.

agents de change – et le ministère des finances qui, notamment nommait les agents de change[7]. Le ministère des finances a progressivement perdu une large partie de ses attributions directes parfois au profit de la COB, plus souvent au profit de l'autorité professionnelle[8]. Une double évolution, intéressante du point de vue des modes de régulation, s'est opérée par la loi du 2 juillet 1996. D'un côté, le Conseil des marchés financiers, autorité professionnelle qui succédait au Conseil des bourses de valeurs, s'est vu retirer certaines attributions soit au profit d'autorités bancaires (agrément des entreprises d'investissement), soit au profit d'entreprises privées (admission et radiation de la cote par les entreprises de marché). D'un autre côté, son aspect professionnel s'est atténué puisqu'à l'élection de ses membres a succédé une nomination (sur proposition) par le ministère des finances. On assiste donc comme dans le secteur bancaire ou celui des assurances à un recul du rôle de l'autorité professionnelle, qui s'opère en partie au profit du ministère des finances, en partie au profit d'autorités administratives indépendantes et bénéficie enfin à des entreprises privées. Le recul des autorités professionnelles peut s'expliquer moins par la crainte d'un regain du corporatisme que par le fait que les autorités administratives indépendantes mises en place comprennent généralement en leur sein des professionnels du secteur considéré. On a pu parler à ce titre de néo-corporatisme[9].

En somme, dans le secteur financier entendu au sens large, c'est-à-dire comprenant les secteurs bancaire, boursier et d'assurance, seule la Commission des opérations de bourse n'a pas été instituée pour se substituer à une autorité de contrôle préexistante, elle est la source d'un encadrement supplémentaire[10], ce qui peut expliquer à la fois la multiplicité de ses pouvoirs et les critiques dont elle fait l'objet depuis que la loi du 2 août 1989 lui a octroyé un large pouvoir de sanction.

8. Les antécédents historiques des autorités administratives indépendantes montrent que la majorité d'entre elles s'inscrivent dans un encadrement étatique important. Les pouvoirs dont elles sont dotées – hormis sans doute le pouvoir de sanction – résultent plus d'une opération de transfert que d'une création *ex nihilo* , ou lorsqu'il s'agit d'une création, elle s'explique par la modification de la nature de l'intervention étatique : le passage d'un monopole public à une activité économique libéralisée entraîne la création d'une autorité de régulation. Le contexte idéologique défavorable à une intervention directe de l'Etat dans la vie économique explique le choix en faveur des autorités administratives indépendantes. Leur indépendance affichée et nécessaire afin d'atteindre les objectifs fixés permet d'accroître leur légitimité, voire de constituer un

7- V. A. Rabut, Le droit des bourses de valeurs et des agents de change, Litec, 1983.

8- Loi du 22 janvier 1988 qui attribue au conseil des bourses de valeurs l'agrément des sociétés de bourse.

9- V. C. Hannoun, " La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme ", RTD com. 1989, p. 417.

10- La même remarque pourrait être faite par exemple pour la CNIL ou pour la Commission des sondages ou d'autres autorités administratives indépendantes, mais leur mission de protection des libertés et/ou la moindre amplitude de leurs attributions expliquent leur meilleure acceptation par les personnes concernées par leur action.

label commode. Encore convient-il de vérifier la réalité de cette indépendance et, le cas échéant, de proposer des mesures qui permettraient de l'asseoir (II). Si la quête de l'indépendance ne peut jamais être achevée étant donné l'insertion des autorités administratives indépendantes dans l'appareil d'Etat, la fonction de régulation qui leur est dévolue est elle-même soumise aux contingences politiques : quelle part des attributions d'encadrement sera octroyée aux autorités administratives indépendantes ? La réponse est d'ordre politique plus que juridique. Nous verrons que la fonction de régulation est extrêmement diversifiée (I) aussi bien quant aux attributions qui sont accordées aux instances étudiées qu'entre les différentes autorités. La complexité qui en résulte et qui est très largement un produit de l'histoire peut certainement être réduite sans pour autant qu'un modèle unique soit proposé.

Section I - Une fonction de régulation diversifiée

9. Le terme " régulation " , issu du vocabulaire technico-scientifique et largement utilisé par les sciences sociales (sociologie et économie) et politiques, se caractérise par sa polysémie[11]. Parfois devenu un terme " passe-partout " qui n'informe pas sur la fonction étudiée ou l'acteur, il est souvent associé à cette nouvelle forme d'intervention de l'Etat que sont les autorités administratives indépendante. Ainsi, dans le secteur des télécommunications ou de l'électricité, l'autorité créée n'est pas qualifiée d'autorité administrative indépendante, mais est dénommée autorité de " régulation ". En réalité, c'est la fonction qui est ici visée[12]. **La notion de régulation évoque une idée d'équilibre entre les différents intérêts, les différents acteurs du secteur économique. La recherche de cet équilibre, par définition instable, nécessite l'utilisation de moyens d'action variés, plus ou moins contraignants, une compétence technique et une capacité de réaction que ne possèderaient ni le gouvernement, ni le juge qui, au surplus, ne sont pas institutionnellement proches des milieux économiques.** L'exercice de la fonction de régulation repose à la fois sur une capacité d'influence, d'autant plus facile à exercer qu'existe une proximité avec le secteur régulé, et sur une multiplicité de pouvoirs. **Le cumul de pouvoirs caractérise les autorités administratives indépendantes chargées d'une fonction de régulation économique**.

10. Cependant, si l'on dresse un état des lieux, celui-ci paraît contrasté pour diverses raisons. D'où la **complexité** si souvent déplorée. D'abord, certaines autorités sont très richement dotées - on pense bien entendu à

11- V. not. M. Miaille (sous la direction de), La régulation entre droit et politique, L'Harmattan, 1995 ; en particulier, dans cet ouvrage, les articles de J. Chevallier, " De quelques usages du concept de régulation ", p.71-93 , J.L. Autin, " Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public ", p.43-55. A. Jeammaud, " Des concepts en jeu ", *in* Les transformations de la régulation juridique, LGDJ, 1998, spéc. p. 52 s. M.A. Frison-Roche, " Les différentes définitions de la régulation ", *in* La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibres dans le secteur des services publics concurrentiels, Petites Aff. n°82, 10 juillet 1998.

12- Les deux expressions " autorités administratives indépendantes " et " autorités de régulation " ne sont pas équivalentes : la première souligne l'aspect institutionnel tandis que la seconde s'attache à la fonction. De plus, la régulation peut s'opérer selon des modalités différentes, le recours à une autorité administrative indépendante n'étant que l'un des modes possibles.

la COB qui est l'instance cumulant le plus de pouvoirs de nature différente -, d'autres en revanche le sont beaucoup moins : Conseil de la concurrence, Commission de contrôle des assurances ou Commission de régulation de l'électricité par exemple. Ensuite, les pouvoirs de régulation sont très souvent partagés entre différentes autorités ministérielles, professionnelles ou indépendantes[13]. Enfin, si lors de l'arrivée des autorités administratives indépendantes sur la scène institutionnelle, l'accent a été mis sur leur autorité morale, leur magistrature d'influence, force est d'observer qu'actuellement leurs pouvoirs essentiels sont non seulement d'ordre juridique, mais qu'ils relèvent pour la majorité d'entre eux des catégories juridiques connues (règlements, sanctions, …). Paradoxalement, l'idée de *soft law*, de " droit mou " permet de moins en moins de caractériser les différents pouvoirs dont sont dotées les autorités administratives indépendantes. En conséquence, à travers les trois grandes catégories de pouvoirs que sont le pouvoir réglementaire (A), le pouvoir d'autorisation (B) et le pouvoir de sanction (C), nous nous demanderons si, malgré l'utilisation de plus en plus fréquente du vocable régulation, on ne s'éloigne pas de la fonction de régulation pour se rapprocher de la fonction plus classique d'encadrement.

A. Un pouvoir réglementaire résiduel[14]

11. Le pouvoir réglementaire n'a pas été attribué à l'ensemble des autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier. Cette attribution a été conférée uniquement à cinq d'entre elles : le Comité de la réglementation bancaire et financière, la Commission des opérations de bourse, le Conseil supérieur de l'audio-visuel, l'Autorité de régulation des télécommunications et la Commission de régulation de l'électricité. L'octroi d'un pouvoir réglementaire à une autorité administrative indépendante a suscité les controverses dans la mesure où la Constitution attribue cette compétence au Premier ministre (art. 21). Dès lors, le Conseil constitutionnel a été conduit à préciser les limites dans lesquelles ce pouvoir pouvait être attribué à une autorité administrative indépendante ou à une autorité professionnelle. A propos du pouvoir réglementaire conféré à la COB, la Haute Instance a considéré que " *si ces dispositions* [constitutionnelles] *ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité publique autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* "[15]. La même formule a été reprise dans la décision relative à l'Autorité de régulation des télécommunications[16] tandis que dans la

13- V. *infra* M. Daury-Fauveau, " Le partage enchevêtré des compétences de la régulation ".

14- V. *infra* J. Lefebvre, " Un pouvoir réglementaire à géométrie variable ".

15- Déc. 89-260 DC, 28 juill. 1989, J.O. 1.08.1989.

16- Déc. 96-378 DC, 23.07.1996, J.O., 27.07.1996.

décision concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel[17], le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution en raison de leur portée trop étendue les dispositions législatives habilitant le CSA à fixer seul par voie réglementaire non seulement les règles déontologiques concernant la publicité mais également l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues à celui-ci. Cette jurisprudence très ferme du Conseil constitutionnel conduit le législateur à ne déléguer qu'un pouvoir réglementaire résiduel aux autorités administratives indépendantes. Il convient d'ailleurs de remarquer que l'auteur de la délégation (le législateur) n'est pas l'autorité qui dispose du pouvoir, objet de la délégation (le Premier ministre). Ce mécanisme encadre dans le temps le pouvoir réglementaire ainsi dévolu, ce qui aboutit à la fois à le pérenniser tout en excluant une extension conjoncturelle.

12. Cantonné dans des limites strictes par le Conseil constitutionnel, le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes fait l'objet d'un contrôle juridictionnel dont l'existence et l'étendue n'ont pas posé de problèmes particuliers. Le Conseil d'Etat, compétent quelle que soit l'autorité auteur du règlement[18], vérifie la compétence de l'autorité de régulation et annule le règlement qui excède cette compétence, sans s'arrêter à la dénomination de l'acte contesté (note de terminologie, communiqué[19]).

13. Limité dans son champ d'application par la vigilance du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, le pouvoir réglementaire confié aux autorités administratives indépendantes n'est pas pour autant uniforme[20]. Si toutes les règles ont une portée générale, leur objet tel que défini par le législateur diffère laissant une latitude plus ou moins grande à leur auteur. Ainsi la marge d'appréciation de la COB ou du Comité de la réglementation bancaire sont-elles relativement importantes dans la mesure où la loi ne fait que préciser l'objet des règlements ; en revanche, lorsque le règlement ne peut avoir pour objet que la définition des conditions d'exercice d'un droit ou d'une obligation visés par la loi, son caractère technique est particulièrement marqué. L'autorité intervient alors en tant qu'expert, auteur de normes techniques. La différence entre ces normes et la normalisation émanant d'un organisme privé n'est quant à leur contenu pas très importante : le caractère normatif est dans les deux cas discutable ; en revanche, la réception par l'ordre juridique est totalement différente dans la mesure où d'une intégration d'office, *a priori*, à l'ordre juridique du fait de l'octroi d'un pouvoir réglementaire à l'autorité concernée, on passe à une réception *a posteriori* par l'intermédiaire du juge[21].

17- Déc. 88-248 DC, 17 janvier 1989, J.O., 18.01.1989.

18- V. *infra* " La complexité du contrôle juridictionnel ".

19- CE, 14 juin 2000, inédit.

20- J. Lefebvre, préc.

21- L. Boy, " La valeur juridique de la normalisation ", *in* Les transformations de la régulation juridique, préc., p.183-196.

14. Dans d'autres cas, les normes émises se caractérisent non pas par leur technicité, mais au contraire par leur caractère vague, par le fait qu'elles imposent des normes de comportement au professionnel du secteur considéré : le législateur les dénomme lui-même " règles de bonne conduite " et n'a pas hésité dans la loi du 2 juillet 1996 (art. 58)[22] à en dresser une liste. Le secteur bancaire et boursier offre des exemples d'édiction de ces normes par une autorité de régulation[23]. Constituent-elles une manifestation de *soft law* ? Le droit contractuel est irrigué par les notions de bonne foi, de loyauté, d'équité[24] sans que l'on songe à se demander s'il s'agit d'un " droit dur " ou d'un " droit mou ". Ce n'est en définitive pas tant le contenu des normes que leur objet et leur auteur qui retiennent l'attention. S'agissant de **normes déontologiques**[25], on pouvait s'attendre à ce qu'elles soient élaborées par les professionnels eux-mêmes, or leur auteur direct est soit une autorité professionnelle mais dont le caractère professionnel est atténué[26], soit une autorité administrative indépendante composée pour partie, il est vrai, de professionnels. En réalité, le processus qui conduit à l'édiction des règles de bonne conduite est beaucoup plus complexe et est révélateur des **modes hybrides d'élaboration des textes**.

15. En matière boursière, la multiplicité et la diversité des acteurs ayant participé au processus d'élaboration sont particulièrement significatives[27]. En effet, une première formalisation des principes déontologiques fut effectuée par le groupe de travail sur la déontologie des activités financières créé en 1987 et présidé par M. Brac de la Perrière. Ensuite, dans le sillage de la loi du 2 août 1989 marquée par le scandale Péchiney, fut instituée la Commission de déontologie boursière présidée par M. Pfeiffer : ses travaux ont servi de base à la rédaction des règlements de la COB relatifs à l'information du public, l'utilisation d'une information privilégiée, l'utilisation abusive des pouvoirs ou des mandats. En 1990, l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) élabore un corps de sept principes déontologiques proches de ceux retenus par la commission Brac de la Perrière et qui seront largement repris par la directive services d'investissement du 10 mai 1993 (art. 11), source directe de la loi du 2 juillet 1996 qui énumère les principes déontologiques et confie au Conseil des marchés financiers et à la COB le soin d'en édicter les règles. Cette mixité dans l'élaboration des règles dont on ne sait plus

22- C. mon. et fin., art. L.533-4.

23- Les règles de bonne conduite de la profession étaient déjà évoquées par la loi bancaire du 24 janvier 1984 qui prévoyait que la violation devait être sanctionnée par la Commission bancaire (art. 37 al.3). En ce qui concerne les prestataires de services d'investissement, la loi du 2 juillet 1996 prévoit que les règles de bonne conduite sont en principe établies par le Conseil des marchés financiers sauf lorsqu'il s'agit de la gestion pour compte de tiers où compétence est alors dévolue à la COB.

24- D. Mazeaud, " Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? ", Mélanges F. Terré, Dalloz, PUF, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 603-634.

25- V. D. Gutmann, " L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique ", *in* L'obligation, Archives de philosophie du droit, t. 44, Dalloz, 2000.

26- V. *supra* n°5.

27- V. M.N. Dompe, " Les règles de bonne conduite ", *in* La modernisation des activités financières, sous la direction de T. Bonneau, Ed. GLN Joly, 1996, p.205 s., spéc. p. 209 s.

à qui attribuer la paternité nous semble tout à fait révélatrice de l'exercice du pouvoir réglementaire par une autorité de régulation d'autant plus que les règlements de ces instances sont le plus souvent soumis à l'homologation du ministère des finances.

16. L'homologation par arrêté ministériel constitue, lorsqu'elle est prévue par les textes, une condition de validité du règlement. Elle opère un partage de compétence. Certes, l'auteur principal est l'autorité administrative indépendante qui a élaboré le texte, mais par un refus d'homologation, le ministre s'oppose à l'édiction du règlement. Qui plus est, lorsqu'il existe, le commissaire du gouvernement ou le représentant du ministre peut demander sur ce point une deuxième délibération, ce qui permet sans doute d'éviter un refus d'homologation - on peut d'ailleurs penser que les discussions se déroulent en amont -, mais constitue un encadrement supplémentaire. Bref, en cas d'homologation, la délégation de pouvoir réglementaire n'est que partielle, elle est partagée entre l'autorité de régulation et le ministre. Il est d'ailleurs remarquable de constater que l'homologation est prévue lorsque les autorités disposent d'un pouvoir réglementaire assez large (Comité de la réglementation bancaire, COB) et qu'elle est au contraire inexistante lorsque l'autorité ne peut élaborer que des normes techniques (CSA, CRE)[28]. C'est un **pouvoir réglementaire " retenu "** qui est délégué aux autorités administratives indépendantes soit en raison de leur expertise (règles techniques), soit en raison de leur proximité institutionnelle ou non avec les milieux économiques. Il n'est pas rare d'observer une rétention du même type à propos du pouvoir d'autorisation.

B. Un pouvoir d'autorisation partagé

17. Nous entendons le pouvoir d'autorisation dans un sens large : il peut s'agir d'un agrément préalable à l'exercice d'une activité (secteur financier), d'une autorisation proprement dite (ex. autorisation d'utilisation de fréquences), d'une nomination, d'un visa ou d'un enregistrement. Les autorités administratives indépendantes étudiées sont inégalement dotées de ce pouvoir et l'on observe la même ligne de partage qu'en ce qui concerne le pouvoir réglementaire. Disposent d'un pouvoir d'autorisation dans le secteur financier le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement[29] et la COB, et dans le secteur auparavant sous monopole, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des télécommunications et la Commission de régulation de l'électricité. Permettant l'exercice d'une activité professionnelle ou la réalisation d'une opération financière, **ce pouvoir d'autorisation** constitue une dérogation au principe de la liberté du commerce et de l'industrie et **ressortit plus d'un pouvoir d'encadrement**

28- Exception faite de l'ART. On peut d'ailleurs estimer que lorsqu'il s'agit de règles techniques, l'homologation ministérielle ne se justifie pas.

29- Dans le secteur bancaire, la particularité des autorités est d'être distinguées selon leurs fonctions (réglementaire, disciplinaire, pouvoir d'autorisation).

que d'une fonction de régulation. Dans certains cas, on est en présence d'une simple fonction de contrôle qui peut s'expliquer à la fois par un souci de protection des déposants et des épargnants et par l'importance économique du secteur considéré. Dans d'autres cas, le pouvoir d'autorisation s'explique aussi par la nécessité de répartir des ressources rares et de favoriser la pluralité d'acteurs sur un marché en voie de constitution ; l'arrivée à maturité du marché comme les progrès techniques devraient permettre de supprimer les autorisations requises ou de réduire sensiblement le contrôle exercé.

18. Il est difficile de percevoir la logique qui a présidé à l'attribution des pouvoirs d'autorisation. Une logique sectorielle est certainement à l'œuvre ; rappelons le principe d'organisation censé être mis en œuvre par la loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996 : " un métier – une règle – une autorité ". Outre que ce principe peut conduire à une nouvelle forme de corporatisme, sa mise en œuvre se heurte aux pesanteurs historiques et aux luttes d'influence. Dans certains domaines, le souci des ministères concernés de conserver la tutelle d'un secteur est également à prendre en compte. Il n'est pas étonnant dès lors que la complexité caractérise le schéma d'attribution du pouvoir d'autorisation.

19. Dans le secteur bancaire et boursier[30], le pouvoir d'agrément est partagé entre le Comité des établissements de crédit, le Conseil des marchés financiers et la COB. Mais il faut notamment ajouter le visa ou l'enregistrement des documents d'information par la COB, indispensables à la réalisation des opérations financières, et les décisions du CMF relatives à la recevabilité des offres publiques.

Dans le secteur audiovisuel et des télécommunications, l'enchevêtrement des compétences entre le CSA et l'ART est telle qu'un non-spécialiste ne peut en rendre compte [31], ce qui conduit nécessairement à la question du bien-fondé de l'existence de deux autorités distinctes. Cette question se résoudra peut-être d'elle-même lorsque l'évolution du marché et des techniques supprimera la nécessité d'une autorisation.

Le secteur de l'électricité amène à se poser une question que le secteur des assurances tranche de manière peu libérale : celle du rôle que le Gouvernement entend se réserver. En effet, la lecture de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité montre qu'une autorité de régulation a été créée, mais elle s'inscrit dans un schéma institutionnel extrêmement complexe et son pouvoir de décision est très limité (art. 36), l'essentiel du pouvoir d'autorisation est attribué au ministre chargé de l'énergie (exemple : autorisation d'exploiter, art.7), voire au gestionnaire du réseau public de

30- L'utilisation de l'adjectif " financier ", s'il est parfois commode et permet de montrer la proximité des deux secteurs auxquels on ajoute parfois le secteur des assurances (loi du 25 juin 1999), présente l'inconvénient de ne pas permettre de savoir de quoi l'on parle : du secteur boursier exclusivement ? des secteurs bancaire et boursier ? ou des trois secteurs : bancaire, boursier et des assurances ? La réponse n'est pas neutre, y compris lorsqu'on s'intéresse aux modes de régulation.

31- V. *infra* M. Daury, art. préc.

transport d'électricité (art. 14 et 15). Est-on réellement dans ce cas en présence d'une " autorité " ? La question se pose de façon encore plus pressante dans le secteur des assurances ainsi que dans celui des mutuelles et institutions de prévoyance. Bien que les textes soient relativement récents[32], la création d'une autorité administrative indépendante ne s'est pas accompagnée du transfert d'un pouvoir de décision hormis le pouvoir de sanction -, le ministre concerné l'a conservé sans qu'une justification ou, au moins, une explication satisfaisante puisse en être donnée.

20. L'exercice d'un pouvoir d'autorisation par une autorité administrative indépendante doit être soumis à un **contrôle juridictionnel entier**[33]. Tel est le contrôle exercé " par nature " par la Cour d'appel de Paris, compétente pour juger des recours intentés contre les décisions individuelles de la COB[34] et par le Conseil d'Etat en ce qui concerne les autres autorités. Les décisions soumises à un contrôle restreint sont minoritaires (nomination des présidents des chaînes de télévision hertziennes). Dans tous les cas, **il s'agit d'un recours en annulation et non d'un recours en réformation** qui permettrait au juge de se substituer à l'autorité, auteur de la décision contestée. Si la nature du recours – recours en annulation – et l'étendue du contrôle – contrôle entier – ne posent plus de problèmes particuliers, la répartition actuelle des compétences n'est pas judicieuse, elle est source de difficultés certaines : dispersion du contentieux de l'autorisation entre le juge administratif et le juge judiciaire[35], détermination du régime procédural.

L'ensemble du contentieux relatif au pouvoir d'autorisation pourrait relever du juge administratif, juge de droit commun des autorités administratives dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique. Cette solution imposerait un transfert limité de compétence. Déjà compétent pour connaître des décisions d'agrément de la Commission des opérations de bourse, le juge administratif se verrait attribuer le contentieux des décisions individuelles de la COB ; le juge judiciaire ne serait compétent que pour connaître des recours diligentés contre les décisions d'injonction et de sanction comme en matière de concurrence. Ces décisions répriment des comportements qui seraient soumis au juge judiciaire s'ils n'étaient sanctionnés par la COB, ce qui justifie la compétence judiciaire.

Ce transfert partiel de compétence au juge administratif permettrait de résoudre l'irritante question du régime procédural des demandes en indemnisation fondées sur l'illégalité d'une décision de la COB ou sur son

32- La Commission de contrôle des assurances a été créée par une loi du 31 décembre 1989 et la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance a été instituée par une loi du 8 août 1994, v. *infra* G. Guerlin, " La genèse du désordre ".

33- Sur le contrôle juridictionnel, v. *infra* N. Decoopman.

34- Et du Conseil des marchés financiers (autres que les décisions d'agrément), ce qui comprend essentiellement les décisions relatives aux offres publiques.

35- Il ne relève pas de cette étude de s'interroger sur le bien-fondé du maintien du dualisme juridictionnel. Tout au plus peut-on en observer les méfaits.

activité. Selon la technique du bloc de compétence, ce contentieux reviendrait au juge administratif qui appliquerait le régime de droit commun. La simplification qui résulterait de ce transfert limité de compétence serait appréciable[36].

21. Au-delà de la question du contrôle juridictionnel, l'examen du pouvoir d'autorisation entendu dans un sens large aboutit à une double constatation. D'une part, c'est un pouvoir juridique important dans la mesure où il conditionne l'exercice d'une activité professionnelle ou la réalisation d'une opération, l'attribution de cette compétence à une autorité administrative indépendante est manifestement de nature à asseoir son autorité. D'autre part, c'est avec une réticence certaine que le pouvoir exécutif transfère ce pouvoir à une autorité administrative indépendante. Le colbertisme est une vieille tradition française.

C. Un pouvoir de sanction affirmé

22. **Dans le domaine économique et financier, dès lors que l'on est réellement en présence d'une autorité administrative indépendante, un pouvoir de contrôle et de sanction lui est accordé**. C'est parfois le seul pouvoir de décision réel qui lui est conféré (Commission de contrôle des assurances, Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance[37]) ; la Commission bancaire ne peut être rangée dans cette catégorie dans la mesure où les différentes fonctions sont éclatées entre diverses autorités. Le Conseil de la concurrence constitue un cas isolé ; sans doute, ses attributions sont-elles essentiellement de contrôle, de prononcé de mesures conservatoires, d'injonctions et de sanctions, mais il dispose d'une compétence transversale large : veiller au respect des règles de concurrence par les entités économiques quelles que soient leur nature et leur secteur d'activité.

Cette insistance mise sur le pouvoir de sanction, qui semble être une spécificité française, mérite d'être soulignée. Elle renforce l'impression d'**encadrement** d'une activité que nous avons déjà évoquée. L'existence d'un pouvoir de sanction comme son attribution à une autorité administrative indépendante sont des choix de nature politique et non pas technique. L'existence même d'une sanction qui relève de la matière pénale peut parfois se discuter, une sanction civile pourrait se révéler aussi adéquate. Quant au titulaire du pouvoir de sanction, si l'on exclut que la sanction puisse être prononcée par le ministre de tutelle[38], une triple option existe. Soit la sanction est prononcée par une autorité professionnelle, ce qui suppose que l'on soit en présence d'une infraction disciplinaire ; soit elle est prononcée par le juge lorsqu'il s'agit de la

36- Sauf en ce qui concerne la matière des offres publiques qui serait alors partagée entre le juge judiciaire et le juge administratif.

37- Il est symptomatique que ces instances comportent dans leur dénomination le terme " contrôle ".

38- Avant la création de la Commission de contrôle des assurances, la violation grave des dispositions législatives et réglementaires par une entreprise d'assurance pouvait entraîner le retrait d'agrément prononcé par le ministre des finances (anc. art. R.325.1, code des assurances).

violation des dispositions législatives et réglementaires ; soit elle est infligée par une autorité administrative indépendante. Tel est le choix de plus en plus souvent opéré par le législateur quelles que soient la nature du manquement et celle de la sanction.

23. **L'octroi d'un pouvoir de sanction semble avoir annihilé l'utilisation de moyens d'action moins répressifs pourtant plus caractéristiques d'une autorité de régulation**. L'exemple de la Commission des opérations de bourse est significatif ; dans la panoplie des pouvoirs, figurent un pouvoir d'injonction direct en cas de manquement aux règlements de la commission[39] et un pouvoir d'injonction indirect : saisi par le président de la COB d'une pratique contraire aux dispositions législatives et réglementaires, le juge enjoint à l'auteur de la pratique de la faire cesser et de se conformer aux dites dispositions[40].Or, depuis qu'elle dispose d'un pouvoir de sanction, la COB a très peu utilisé ce pouvoir d'injonction qui, par sa souplesse et son originalité, relève pourtant plus de l'idée de régulation que le pouvoir de sanction. Les cas dans lesquels une injonction s'avère inutile sont pourtant restreints (utilisation d'une information privilégiée, …), ce sont les manquements qui se superposent aux infractions boursières et pourraient donc n'être poursuivis et réprimés que par le juge. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel utilise plus le mécanisme de la mise en demeure qui joue un rôle préventif et de persuasion : en 1999, 80 mises en demeure ont été prononcées, 11 ont été suivies quelques mois plus tard d'une mesure de suspension, 7 autres mesures de sanction ont été infligées dont une seule n'a pas été précédée d'une mise en demeure, conformément au texte appliqué en l'espèce, l'article 42.3 de la loi du 30 septembre 1986 . Cet exemple montre le rôle positif que jouent ces mécanismes plus souples que sont les mises en demeure et injonctions. De ce point de vue, les textes qui prévoient qu'une sanction ne peut être infligée qu'après la constatation du non-respect d'une mise en demeure[42] devraient être conservés et il est particulièrement regrettable que la loi du 1er août 2000 (art. 71) ait supprimé à l'article 42.1 de la loi du 30 septembre 1986[41] l'obligation de mise en demeure préalable à la suspension ; mais en outre cette articulation et cette progressivité des moyens utilisés devraient être étendues, quitte à différencier la règle selon la nature de la sanction édictée.

24. **Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes constitue un ensemble hétérogène en raison de la qualification incertaine des sanctions et de leur nature extrêmement diverse**[43]. La rédaction défectueuse des textes comme leur succession à un rythme soutenu ne facilite pas l'approche de la question. En simplifiant, trois hypothèses sont susceptibles d'entraîner le prononcé d'une sanction :

39- C. mon. et fin., art. L. 621-14.

40- C. mon. et fin., art. L. 621-17.

41- 11è Rapport d'activité du CSA, Annexes, p. 147 s.

42- Art. 42.1 de la loi du 30 septembre 1986.

43- J. Lefebvre, " Le pouvoir de sanction. Le maillage répressif ", *infra*.

- soit les conditions posées lors de l'autorisation (au sens large retenu précédemment) ne sont plus réunies ;

- soit l'on est en présence d'une violation des dispositions législatives ou réglementaires, définies de façon plus ou moins précises ;

- soit il s'agit d'un manquement aux règles professionnelles.

Tous ces cas de figure sont envisagés par le législateur, mais de façon beaucoup plus complexe et non uniforme. On peut penser que la troisième hypothèse correspond aux sanctions disciplinaires. De telles sanctions peuvent être prononcées par la Commission bancaire - qui agit alors en tant que juridiction -, la Commission de contrôle des assurances, la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance, la COB et le Conseil des marchés financiers, seule autorité professionnelle. C'est donc dans le secteur financier (au sens large) que de telles sanctions sont prononcées par les autorités administratives indépendantes. Les professions y sont l'objet d'un encadrement étatique traditionnel et le recul de la surveillance par la profession elle-même est patent. L'absence de sanctions disciplinaires dans les autres secteurs d'activité peut s'expliquer par le fait que l'on est moins en présence d'une profession que d'une activité économique. Lorsque le non-respect d'une règle sectorielle technique entraîne le prononcé d'une sanction suspendant ou retirant l'autorisation d'exercer une activité, on reste proche de la sanction disciplinaire. Bien qu'une telle qualification ne soit jamais adoptée par le législateur, on peut considérer qu'il s'agit d'une seule catégorie.

Le premier cas de figure évoqué pose un problème évident de qualification : est-on ou non en présence d'une sanction relevant de la matière pénale lorsque les conditions d'autorisation ne sont plus réunies ? La réponse est négative si l'on considère que l'on n'est pas en présence d'un manquement, mais d'une situation objective appréciée par l'autorité de régulation. L'agrément est une décision administrative, son retrait en l'absence de manquement l'est également[44], il s'agit d'une mesure de " caractère civil " au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La question de la qualification se pose du fait que le retrait d'agrément, d'autorisation figure parfois parmi les sanctions que peut prononcer une autorité administrative indépendante[45] ; cependant, les textes montrent qu'un manquement doit alors justifier le prononcé de cette sanction.

Enfin, la deuxième hypothèse est sans doute celle qui suscite le plus de discussion lorsqu'une autorité administrative indépendante se voit attribuer le pouvoir de sanctionner le comportement évoqué. En effet, si l'on retire les situations dans lesquelles il y a violation d'une règle sectorielle précise - nous avons vu précédemment que les sanctions

44- V. CE 23 mai 1997 , Bull. Joly Bourse 1997, p. 745.

45- Il en est ainsi de la Commission de contrôle des assurances, de la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance.

prononcées relèvent alors de la catégorie des sanctions disciplinaires -, les hypothèses étudiées sont celles où le pouvoir de sanction des AAI concurrence celui du juge : on est en présence de la violation de dispositions législatives et réglementaires dont la portée est générale, les auteurs des manquements ne sont généralement pas prédéfinis. L'exemple le plus significatif est évidemment le Conseil de la concurrence, mais n'est-on pas en présence d'une juridiction spécialisée autant que d'une autorité administrative indépendante ? Le deuxième exemple est celui de la Commission des opérations de bourse lorsqu'elle prononce des sanctions dans le cadre de l'ancien article 9.2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967[46]. Enfin, on peut citer le Conseil supérieur de l'audiovisuel habilité à sanctionner la violation des principes énoncés par l'article 1er de la loi du 30 septembre 1986 : " respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion.. ", mais les auteurs des manquements sont déterminés, ce sont les titulaires d'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle, la répression reste disciplinaire.

25. **Dans le domaine économique et financier, on peut ramener à deux grandes catégories les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes : les sanctions disciplinaires prononcées lorsqu'existe un lien préalable d'agrément, d'autorisation …, les sanctions à caractère général** . Dans ce dernier cas, l'auteur du manquement n'est pas prédéterminé et le comportement prohibé réside dans la violation de règles dont le caractère sectoriel n'est pas affirmé ; il s'agit des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence et la COB dans le cadre de l'ancien article 9.2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967. Outre l'éventuelle publication de la décision, les sanctions sont exclusivement pécuniaires et les recours intentés à leur encontre relèvent de la compétence du juge judiciaire alors que dans tous les autres cas, le juge administratif est compétent[47]. On peut noter que l'appellation sanction administrative ne constitue pas une qualification, elle informe uniquement sur l'auteur de la sanction et ne préjuge pas – ou ne devrait plus préjuger – du régime procédural applicable à la sanction.

26. Objet de maintes contestations, la **procédure de sanction** suivie par les autorités administratives indépendantes devrait après quelques réformes aborder des rives plus sereines. On sait que sous l'influence de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et plus généralement des principes fondamentaux du droit processuel répressif[48], le juge judiciaire a progressivement accru les garanties qui devaient être accordées aux personnes sanctionnées par la COB, exigeant notamment que le rapporteur ne participe pas au délibéré et qu'une différenciation

46- C. mon. et fin., art. L. 621-15.

47- V. *infra* " La complexité du contrôle juridictionnel".

48- S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, Droit processuel. Droit commun du procès, Dalloz, 2001.

des fonctions de mise en accusation, d'instruction et de prononcé de la sanction soit opérée[49]. Ces exigences ont conduit le Gouvernement à modifier en ce sens la procédure de sanction suivie par la COB. Le décret n° 2000-721 du 1er août 2000 prévoit que la décision de poursuite est prise par le directeur général de la COB, l'instruction est menée par un rapporteur, membre du collège de la COB, mais qui ne participe pas au délibéré, la sanction éventuelle est prononcée par le collège. Il n'est pas sûr que cette répartition soit totalement satisfaisante dans la mesure où le directeur général de la commission n'est pas membre du collège et n'est donc pas soumis au même statut, il est d'ailleurs placé sous la direction du président de la COB[50]. Il sera sans doute difficile d'échapper à une répartition des fonctions au sein même du collège, tâche beaucoup plus difficile dans la mesure où sont en cause les équilibres voulus par le législateur.

27. **Cette réforme imposée à la COB devrait s'étendre à toutes les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes** (et au-delà), **que les sanctions soient à caractère général ou disciplinaire, que leur connaissance relève du juge judiciaire ou du juge administratif.** D'une part, **les principes du droit processuel répressif doivent s'appliquer dès lors que les sanctions prononcées présentent un caractère répressif.** Précisément, d'autre part, l'ensemble des sanctions étudiées relèvent de la matière pénale au sens de l'article 6 de la CEDH, l'arrêt Didier rendu par le Conseil d'Etat le 3 décembre 1999[51] à propos des sanctions disciplinaires infligées par le Conseil des marchés financiers le confirme. La convergence des jurisprudences judiciaire et administrative quant à l'applicabilité de l'article 6 précité doit conduire à mettre en place les réformes permettant de respecter le principe d'impartialité, sans attendre que les solutions relatives à l'application du texte soient identiques. La légitimité du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ne peut qu'en être accrue, exigence primordiale à défaut de réduire le champ de ce pouvoir de sanction.

28. Dans le domaine économique et financier, la tonalité répressive de l'action des autorités administratives indépendantes[52] obscurcit la perception que l'on peut avoir d'une fonction de régulation. Jointe à un pouvoir d'autorisation et de contrôle, elle évoque plus un rôle d'encadrement que de régulation. Mieux, le cumul des pouvoirs associé à une éventuelle fluidité des concepts aboutit à une **accentuation du contrôle social**, bien éloigné d'un quelconque " laisser-faire ". La définition du statut de ces autorités n'en est que plus importante. **Non dotées de la légitimité constitutionnelle de l'autorité judiciaire, n'encourant aucune responsabilité politique, les autorités administratives indépendantes doivent forger leur propre légitimité** qui repose largement sur leur **indépendance** aussi bien vis-à-vis des pouvoirs politiques qu'à l'égard des professionnels.

49- *Ibid*

50- V. G. Berlioz, La Tribune, 3 août 2000.

51- AJDA 2000, p.172, obs . M. Guyomar et P. Collin.

52- Qui est aussi le résultat d'une plus grande médiatisation de ce pouvoir.

Section II - Une indépendance à renforcer

29. L'absence de légitimité acquise par les autorités administratives indépendantes et l'obligation corrélative de construire au jour le jour cette légitimité favorisent certainement le sentiment de désordre qu'offre la contemplation de ces instances, d'autant plus que cette catégorie s'est forgée progressivement, de façon pragmatique. La dénomination paradoxale de ces autorités reflète bien leur ambiguïté apparente. Si l'appellation n'est justifiée que pour autant que ces instances sont réellement dotées d'un pouvoir de décision, leur caractère administratif les situe dans le système institutionnel français ; **ni juridictions, ni instances politiques, les autorités administratives indépendantes s'insèrent dans l'appareil administratif même si elles ne sont pas soumises à un quelconque pouvoir hiérarchique ou de tutelle**. Cette place exclut que les autorités administratives indépendantes déterminent la politique d'un secteur, tout au plus peuvent-elles participer à la détermination de cette politique, leur expertise le justifie et cela ressortit d'un pouvoir de consultation dont elles sont fréquemment dotées. Organes administratifs non dotés de la personnalité morale, les autorités administratives indépendantes sont nécessairement soumises à un contrôle juridictionnel dont la nécessité est renforcée par leur indépendance et la multiplicité de leurs pouvoirs. Le paradoxe de ces autorités réside précisément dans le fait que leur légitimité ne peut se construire que sur la base d'une indépendance certaine aussi bien à l'égard des pouvoirs publics (A) que des milieux professionnels (B) et que, dans le même temps, cette indépendance, du fait de leur qualification et dans un Etat de droit, ne saurait être totale. Seule une indépendance statutairement garantie peut en partie résoudre la question de leur légitimité[53].

A. L'indépendance à l'égard des pouvoirs publics

30. **L'indépendance à l'égard des autorités gouvernementales est la mesure du recul de l'intervention de l'Etat central dans la vie économique, cette indépendance ne peut être que partielle étant donné le caractère administratif de ces instances et leur absence de personnalité juridique**. Il serait en conséquence plus adéquat de parler d'autonomie plutôt que d'indépendance. Autonomie ou indépendance, les garanties qui permettent de s'en rapprocher concernent à la fois le collège des autorités et leur fonctionnement.

31. Les autorités administratives indépendantes ont toutes été créées par le législateur, ce qui est le signe de l'importance accordée à ces autorités, au point que l'on s'était interrogé sur leur constitutionnalisation[54]. Le législateur a généralement pris soin de préciser la composition du collège

53- J. Douvreleur et O. Douvreleur, " Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes ", Mélanges J. Robert, Montchrestien, 1998, p. 322.

54- V C. Teitgen-Colly, " Les instances de régulation et la Constitution ", RDP 1990, p. 153.

et le mode de nomination des membres, mais la comparaison des données organiques[55] montre que le pragmatisme du législateur aboutit à des solutions extrêmement diversifiées. Il est cependant possible de tracer quelques lignes directrices dès lors que l'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, conçue comme moyen permettant d'assurer la légitimité de ces instances, est l'objectif poursuivi.

32. Si l'on s'attache à la **composition des autorités**, une première observation paraît évidente : **le ministre de tutelle ou son représentant ne devrait pas être membre, *a fortiori* président, d'une autorité administrative indépendante**. Tel est pourtant le cas des autorités bancaires - Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, Comité de la réglementation bancaire et financière , Commission bancaire -, ce qui amène à s'interroger sur l'exactitude de la qualification qui n'est d'ailleurs pas donnée par les textes. Les antécédents historiques permettent d'expliquer cette composition, il est cependant souhaitable qu'une évolution assure une meilleure indépendance de ces instances. Le fait que le Gouverneur de la Banque de France soit président ou membre de droit de ces autorités suscite moins de difficultés étant donné l'indépendance accordée à cet organisme par la loi du 4 août 1993 et la mission qui lui est confiée de veiller au bon fonctionnement du système bancaire.

Une seconde observation concerne la mixité de ces instances. La pluralité des origines - grands corps de l'Etat, magistrats, professionnels et plus généralement membres de la société civile - est un gage d'indépendance et doit être préservée, voire accentuée. On peut penser d'ailleurs que **lorsque les autorités disposent d'un pouvoir de sanction, leur collège devrait comprendre des magistrats**, solution qui n'est pas adoptée dans tous les cas.

33. Le mode de nomination et surtout de désignation permet également d'accroître l'indépendance des autorités administratives indépendantes. La nomination peut être le fait dans tous les cas du Gouvernement, ce qui uniformise le statut des membres ; en revanche, il est souhaitable que la désignation émane d'autorités diversifiées : président des assemblées parlementaires, président des Hautes juridictions (Cour de cassation, Conseil d'Etat, Cour des comptes) notamment. Ce mode de désignation, fréquent, pourrait être systématisé.

34. La **durée du mandat** comme son caractère **non renouvelable** et **non révocable** sont également des éléments d'indépendance. Une durée suffisante – 5 ou 6 ans – est nécessaire surtout si elle s'accompagne d'une interdiction de renouvellement. Quant à la non-révocabilité, elle est loin d'être systématiquement envisagée par le législateur dont le silence est

55- V. *infra* M.J. Guédon, " L'hétérogénéité des données organiques ".

généralement interprété dans le sens de la non-révocabilité. Cette solution pourrait être généralisée, quitte à prévoir des cas de démission d'office par exemple lorsque les conditions d'incompatibilité ne sont plus remplies[56].

35. L'étude des **règles de fonctionnement**[57] révèle également une large disparité que l'idée d'indépendance ne permet certainement pas de résumer. Une autonomie certaine résulterait du fait que toutes les autorités étudiées disposent de **services propres, placés sous la responsabilité du président de l'autorité**. Cette exigence minimale n'est pas réalisée dans tous les cas, les autorités bancaires par exemple disposent en tant que de besoin des services de la Banque de France et du corps de ses inspecteurs ; ce qui conduit de nouveau à douter de leur qualification d'autorités administratives indépendantes. L'existence de moyens humains et matériels d'action doit s'accompagner de l'octroi au président de l'autorité de la qualité d'ordonnateur des dépenses et des recettes. De plus, l'autorité ne devrait pas être soumise au contrôle a priori des dépenses, elle devrait relever uniquement du contrôle *a posteriori* de la Cour des comptes.

36. Du point de vue financier, on ne peut parler d'indépendance, mais seulement d'autonomie étant donné l'absence de personnalité juridique des autorités administratives indépendantes. Cependant, celle-ci peut être plus ou moins importante selon **l'origine des ressources budgétaires**. Lorsque ces autorités émargent au budget de l'Etat, elles devraient au minimum faire l'objet d'une ligne budgétaire spécifique au sein de leur ministère de rattachement de telle sorte qu'existe au moins une certaine transparence ; mais on pourrait aussi imaginer que ces budgets soient rassemblés dans un chapitre particulier de la loi de finances, ce qui faciliterait leur présentation et leur discussion au **Parlement**. Il est cependant évident que l'autonomie des autorités est plus importante lorsqu'elles jouissent de **ressources propres**, ce qui est le cas de la COB, de l'ART et de la Commission de régulation de l'électricité qui perçoivent des personnes relevant de leur champ de contrôle des redevances dont le taux est fixé par les lois de finances ou par décret ; une relative stabilité peut être attendue de ce mode de fixation, le montant des ressources peut en revanche – c'est le cas de la COB – dépendre de la situation du marché.

37. Enfin, du point de vue de l'indépendance à l'égard des pouvoirs publics, un dernier élément est important, c'est la présence ou l'absence d'un commissaire du gouvernement. Il est des autorités pour lesquelles cette question a fait l'objet d'une valse-hésitation : c'est le cas de la Commission des opérations de bourse dotée depuis 1996 d'un " représentant du ministre de l'économie et des finances ". Les autorités bancaires n'ont pas de **commissaire du gouvernement**, mais la présence

56- V. *infra* n° 37.

57- V. *infra* G. Guerlin, " Regard sur la dépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes ".

du ministère des finances est telle qu'il n'en est nul besoin. Président du Comité de la réglementation bancaire et financière, le ministre des finances a voix prépondérante. Le directeur du Trésor, membre de droit de la Commission bancaire et du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, peut demander l'ajournement de toute décision du comité[58]. La Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance, bien que dotées uniquement d'un pouvoir de contrôle et de sanction, ont un commissaire du gouvernement. Ainsi, dans le domaine financier (au sens large), le ministère des finances reste très présent. En revanche, aucun commissaire du gouvernement n'est prévu au sein du CSA et de l'ART.

La présence d'un commissaire du gouvernement peut difficilement être présentée comme un signe d'autonomie ; d'un autre côté, il peut constituer " l'interface " entre l'autorité et le ministère chargé du secteur régulé, d'autant plus que ce dernier conserve parfois de larges pouvoirs d'encadrement. Il nous semble pourtant que dès lors que le législateur a fait le choix de recourir aux autorités administratives indépendantes pour réguler un secteur, le transfert de compétence au profit de cette autorité doit être important, le contrôle de son activité doit s'opérer par la voie du contrôle juridictionnel et l**a présence d'un commissaire du gouvernement ne se justifie qu'en vue de rappeler la politique sectorielle du gouvernement et dans un éventuel but d'harmonisation. Son pouvoir maximal devrait résider dans la faculté de demander une seconde délibération**, ce que les textes l'instituant devraient préciser. En tout état de cause, **le commissaire du gouvernement ne devrait jamais participer au délibéré lors du prononcé d'une sanction**.

Cette question du commissaire du gouvernement paraît symptomatique des relations ambiguës qui existent entre le pouvoir central et les autorités administratives indépendantes dont l'autorité morale dépend cependant de leur indépendance. Si elles étaient perçues comme un rouage administratif, leur capacité de réguler un secteur d'activité serait probablement amoindrie. Leur proximité avec les milieux économiques peut au contraire l'accroître, encore faut-il qu'une neutralité suffisante les caractérise. La crainte d'une collusion avec les intérêts économiques les plus puissants serait aussi lourde de conséquences pour ces autorités.

B. L'indépendance à l'égard des milieux économiques.

38. L'**originalité organique des autorités administratives indépendantes réside dans leur composition mixte, des professionnels du secteur régulé font et doivent faire partie du collège de l'autorité**. Peu importe leur mode de désignation : sur proposition des autorités professionnelles,

58- C. mon. et fin., art. L. 612-5.

de droit (exemple : président du CMF) ou par les présidents des assemblées parlementaires ou, tout autre mode qui assure une représentativité et une compétence suffisantes. On peut regretter que les textes ne soient pas toujours suffisamment précis : prévoir la nomination de " deux personnalités qualifiées " est par exemple manifestement imprécis. De même, l'idée de protection du public ou de service public étant généralement présente, il est souhaitable qu'un (ou plusieurs) membre(s) de ce que l'on appellera par commodité la société civile participe(nt) aux travaux de l'autorité bien que cette solution est loin d'être souvent retenue.

Au-delà du collège, l'action des autorités administratives indépendantes et sa réception par le milieu économique peuvent être facilitées par la présence de professionnels au sein des services. Les textes autorisant largement l'emploi d'agents contractuels le permettent et les autorités y recourent fréquemment. Cependant, comme pour les membres du collège, des garanties d'indépendance doivent être prises.

39. Les autorités administratives indépendantes jouant un rôle important dans la détermination et l'application des règles déontologiques, il serait paradoxal que les exigences de cette nature soient faibles en ce qui concerne leurs membres. La question des **conflits d'intérêts** constitue pourtant une préoccupation récente du législateur, qui ne s'est pas encore traduite dans tous les textes institutifs. Deux réponses peuvent être adoptées. Soit, solution la plus sévère adoptée par exemple pour la Commission de régulation de l'électricité, sont posées des **incompatibilités** : tout en étant éventuellement un professionnel du secteur régulé, l'intéressé ne doit pas pendant son mandat avoir un intérêt dans une entreprise soumise au contrôle de la commission. Soit, solution adoptée pour la COB en 1996, une **déclaration** des intérêts financiers ou autres doit être faite par les membres du collège – y compris le président – et une **interdiction** ponctuelle de participer aux délibérations pèse sur tout membre du collège ayant un intérêt direct ou indirect dans une affaire soumise à la commission. Ces solutions sont bienvenues et leurs principes devraient être adoptés à propos de chaque autorité administrative indépendante. Il conviendrait d'ailleurs de les compléter par des dispositions envisageant les conséquences du non-respect de ses règles d'une part quant à la responsabilité de l'intéressé ou à sa présence au sein de l'institution, d'autre part quant à la validité de la délibération.

Par ailleurs, **ces préoccupations d'ordre déontologique devraient concernées également les membres des services**. Si le législateur n'a pas en l'occurrence à fixer lui-même les règles, il devrait imposer à chaque autorité administrative indépendante l'élaboration d'un code de déontologie, distinct ou non du règlement intérieur.

40. **Un autre moyen d'éviter une trop grande proximité avec le secteur régulé est d'élargir le périmètre de ce secteur.** Un secteur trop étroitement défini risque plus facilement d'être source de conflits d'intérêts. **De plus, cette méthode permettrait d'éviter la prolifération des autorités administratives indépendantes**. Par exemple, le secteur de l'énergie pourrait constituer un seul secteur[59] ; étant donné la diversification des activités des établissements de crédit vers l'assurance, un regroupement des autorités bancaires et de la Commission de contrôle des assurances pourrait être opéré[60], ce qui serait l'occasion de leur conférer réellement les pouvoirs et le statut d'une autorité administrative indépendante. La réforme envisagée par le projet de loi n° 2920 qui consisterait à fusionner la Commission des opérations de bourse et le Conseil des marchés financiers, autorité professionnelle, paraît à première vue étonnante ; cependant, l'aspect très atténué du caractère professionnel du CMF comme ses attributions permettent d'envisager un tel rapprochement[61]. On n'évoquera pas ici la question d'un regroupement entre le CSA et l'ART qui se disputent la régulation d'Internet, services audiovisuels reposant sur un réseau de télécommunications, mais on observera que, même si ces deux instances ainsi que la Commission de régulation de l'électricité doivent veiller à l'existence d'une concurrence dans leurs secteurs respectifs, **le contrôle de l'application des règles de la concurrence doit appartenir au Conseil de la concurrence, seule autorité à la compétence réellement transversale**. Il nous semble que, contrairement à la jurisprudence développée par le Conseil d'Etat depuis 1996 et 1997, **cette compétence du Conseil de la concurrence devrait également s'exercer à l'égard des actes administratifs relatifs aux services publics ou à la gestion du domaine public et pouvant avoir pour effet d'empêcher, fausser ou restreindre la concurrence**.

41. En guise de conclusion, nous allons reprendre schématiquement les propositions qui peuvent être présentées afin de renforcer la fonction de régulation des autorités administratives indépendantes intervenant dans le secteur économique et financier et d'assurer leur indépendance. Le postulat de départ, que nous ne discutons pas ici, est que le pouvoir politique a choisi comme mode de régulation économique l'intervention des autorités administratives indépendantes plutôt qu'une action directe de l'Etat central ou une autorégulation par le milieu économique. Dès lors que ce choix est opéré, diverses mesures peuvent permettre d'accroître son efficacité et, en même temps, d'améliorer les garanties des personnes relevant des secteurs régulés.

59- On anticipe ici sur la probable création future d'une autorité administrative indépendante dans le secteur du gaz.

60- Ce qui semble-t-il est envisagé. Le contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance pourraient faire partie de cet ensemble (les préoccupations sont sensiblement les mêmes), mais le ministère de rattachement n'est plus cette fois le ministère des finances, mais le ministère chargé de la sécurité sociale.

61- Ce serait également l'occasion de simplifier le schéma de compétence par exemple en matière d'agrément.

1. Une première mesure de simplification de la complexité institutionnelle peut résider dans le regroupement de certaines instances : autorités bancaires/CCA ; COB/ Conseil des marchés financiers ; Commission de l'énergie ; Commission de l'audiovisuel et des télécommunications.

2. Lorsqu'une autorité administrative indépendante existe dans un secteur donné, le pouvoir d'autorisation (au sens large du terme) doit lui être conféré ; il doit faire l'objet d'un contrôle entier par le juge administratif dans le cadre d'un recours en annulation .

3. Les moyens d'action souples et préventifs (ex. injonctions) doivent être préférés aux moyens répressifs.

4. Lorsque les faits sont constitutifs d'une infraction pénale, l'autorité administrative indépendante ne devrait pas disposer du pouvoir de sanction ; elle serait uniquement habilitée à mener l'enquête.

5. Les garanties d'un procès équitable doivent être respectées au stade même du prononcé de la sanction et pas seulement lors d'un recours éventuel, qu'il s'agisse d'une sanction à caractère général ou d'une sanction disciplinaire, que le recours relève du juge judiciaire ou du juge administratif.

6. Le collège des autorités devrait toujours comprendre des professionnels du secteur régulé, des membres de la société civile, des magistrats lorsque l'autorité dispose d'un pouvoir de sanction. Le ministre chargé du secteur régulé ou son représentant ne devrait jamais être membre, et encore moins président, d'une autorité administrative indépendante.

7. Nommés par le gouvernement, les membres d'une autorité administrative indépendante devraient être désignés par des autorités différentes, présidents des assemblées politiques, des Hautes juridictions notamment.

8. Les autorités administratives indépendantes devraient disposer de moyens humains, matériels et financiers propres.

9. Si un commissaire du gouvernement est désigné, son pouvoir résiderait dans la faculté de demander une deuxième délibération. Il ne pourrait jamais participer au délibéré lors du prononcé d'une sanction.

10. Des règles relatives aux conflits d'intérêts devraient être systématiquement prévues par le législateur en ce qui concerne les membres du collège et par un règlement des autorités en ce qui concerne les membres des services.

LA GENESE DU DESORDRE

Gaëtan Guerlin
ATER à l'Université de Picardie Jules Verne

1. L'émergence d'autorités administratives indépendantes dans l'appareil d'Etat français a caractérisé l'histoire institutionnelle des trente dernières années. Ce phénomène avait incité la doctrine à étudier ces nouvelles instances de régulation[1], facilitant par-là même leur compréhension générale. " *Créer trop d'institutions de ce genre serait les déprécier* " a-t-on écrit[2]. Pourtant, on peut noter aujourd'hui une véritable inflation de ces autorités. Celles-ci interviennent dans tous les domaines sociaux-juridiques, que ce soit par exemple pour réguler le secteur de l'électricité[3], contrôler les nuisances sonores aéroportuaires[4], ou encore protéger l'intérêt des enfants[5]. Depuis l'instauration du Médiateur de la République par la loi du 3 janvier 1973, la création d'autorités administratives est continue.

Spécifiquement, on remarque l'omniprésence de ces autorités dans la vie économique. Celles-ci interviennent largement dans les domaines de l'économie ou de la finance, pour réguler la concurrence, contrôler les marchés boursiers ou encore maîtriser la pratique des assurances. L'analyse pertinente des secteurs économiques et financiers rend indispensable aujourd'hui la compréhension préalable des instances de régulation.

2. Classiquement, le domaine économique et financier est régulé territorialement par chaque Etat selon le système juridique et politique qui lui est propre. Il revient en ce sens à l'Etat d'établir ou de déléguer l'établissement de sa propre conception d'un ordre public économique. Lorsque le législateur français crée une autorité intervenant dans un secteur économique ou financier, il dirige et met en œuvre sa propre conception de l'ordre public économique[6]. L'émergence des autorités administratives indépendantes constitue en ce sens la manifestation de l'ordre public[7].

1- M. Gentot, Les autorités administratives indépendantes, Montchretien, 1991 ; M.J. Guédon, Les autorités administratives indépendantes, LGDJ, 1991 ; C.A. Colliard, G. Timsit, Les autorités administratives indépendantes, PUF 1988.

2- P. Nicolay, *in* Les autorités administratives indépendantes, C.A. Colliard, G. Timsit, PUF, 1988, p. 306.

3- V. la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité institue la Commission de régulation de l'électricité. Notamment : G. Block, " La loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ", JCP 2000, p. 331.

4- V. la loi du 12 juillet 1999 créant la Commission de contrôle des nuisances aéroportuaires (texte codifié à l'article L227-1 c. de l'aviation civile).

5- V. la loi du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants. M.J. Guédon, " Le Défenseur des enfants : une nouvelle autorité indépendante ", AJDA 20 mai 2000, p. 424.

6- En ce sens, nous pourrions qualifier cette étude d'étude de Droit Public Economique, défini comme une branche du droit public concernant les aspects juridiques des interventions économiques de la puissance publique (Etats et organes communautaires) (G. Vlachos, " le Droit Public Economique – branche du droit public ", RRJ Droit Prospectif 1999-4, p. 1293).

7- Le respect de l'ordre public économique est parfois présenté expressément comme un objectif majeur des autorités administratives indépendantes. Ainsi le site officiel du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie présente-t-il par exemple le Conseil de la concurrence comme " une institution indépendante spécialisée dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés, contribuant à assurer *le respect de l'ordre public économique* ".
Adresse internet : http ://www.finances.gouv.fr/conseilconcurrence/

Ces autorités représentent l'instrumentalisation en droit de la politique économique menée par l'Etat[8]. Elles sont l'émanation d'un Etat régulateur.

L'ordre public économique est lui-même un concept imprécis et évolutif. On peut l'appréhender dans sa conception directive lorsque l'Etat cherche à atteindre par des règles de droit les objectifs économiques qu'il a définis[9]. On peut plus particulièrement l'appréhender dans sa conception protectrice lorsque l'Etat cherche par des règles de droit à protéger un acteur économique déterminé de la supériorité ou de l'influence de ses partenaires[10]. Il est indéniable que les autorités administratives indépendantes intervenant dans les domaines économiques et financiers sont pour l'Etat un instrument juridique permettant à la fois le respect des normes de l'ordre public de protection et la mise en œuvre de l'ordre public de direction.

3. Quant à l'ordre public de protection :

La création de la Commission des clauses abusives ou de la Commission de la sécurité des consommateurs relève clairement de la mise en œuvre par l'Etat des normes d'ordre public de protection. L'Etat met en place ici deux autorités chargées de réguler le comportement des professionnels en assurant par-là même le respect des intérêts des consommateurs. L'institution de la Commission de contrôle des assurances révèle encore l'intention de l'Etat d'établir une protection particulière : celle des assurés. En vertu de l'article L310-12 du code des assurances, la Commission de contrôle des assurances veille " *au respect, par les entreprises d'assurances, des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'assurance. Elle s'assure que ces entreprises tiennent les engagements qu'elles ont contractés à l'égard des assurés* ". L'ordre public de protection est ici nettement en question.

Il en va de même indirectement pour d'autres autorités administratives indépendantes comme le Conseil de la concurrence. Ce dernier fut créé en effet pour réguler les comportements anticoncurrentiels et assurer l'équilibre des marchés économiques. En ce sens, sa création relève d'une mesure d'ordre public de direction. Cependant, en assurant le contrôle

8- G. Vlachos exprime à raison à ce sujet que " le droit et l'économie ne sont par deux univers, mais un, parce que les rapports économiques sont institutionnalisés et s'expriment à travers des règles juridiques qui les consacrent et les légitiment " (*op. cit.* p. 1295). L'émergence d'autorités administratives indépendantes s'analyse dès lors comme l'institutionnalisation d'une politique économique.

9- L'ordre public économique ainsi défini constitue alors la directive d'intervention privilégiée d'un Etat providence. Poussée à son paroxysme, la théorie de l'Etat providence devrait conduire logiquement à réduire le nombre des instances de régulation dans la mesure où la multiplication de ces dernières accroît en nombre les centres décisionnels. Inversement, les autorités administratives indépendantes s'inscrivent " dans un contexte néo-libéral marquant la fin des excès de l'Etat providence ", S. Renaud, " Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central ", RRJ Droit Prospectif, Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative, Cahiers de méthodologie juridique n°16, 2001, p. 2212.

10- L'ordre public de protection tendrait alors à établir un droit de classe. Une telle conception fut largement critiquée au début du XXème siècle par une doctrine prônant un droit unitaire et s'opposant à la distinction des catégories sociales. Réaffirmant l'égalité des citoyens devant la loi et la négation des privilèges, le Doyen Josserand regretta que le droit soit ainsi " coupé en tranches " (L. Josserand, " Sur la reconstitution d'un droit de classe ", D. 1937, p. 1). La fin du siècle fut cependant le théâtre d'un pluralisme juridique grandissant, où le consommateur, acteur principal de la scène économique, fut consacré par l'ordre public de protection (v. notamment F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, les obligations, Dalloz, 1999, 7ème édition, n° 12). Nous verrons que l'émergence des autorités administratives indépendantes est un fait qui n'est pas étranger à ce phénomène de protection et de sectorisation du droit.

des acteurs économiques, le Conseil peut être conduit par exemple à réprimer une entente. En sanctionnant ainsi les contrevenants, il contribue en même temps à la protection des autres acteurs économiques. L'Etat met encore en œuvre ici l'ordre public de protection.

4. Quant à l'ordre public de direction :

L'exercice par les autorités administratives indépendantes de l'ordre public de direction est à bien des égards évident : comment nier en effet que la Commission des opérations de bourse participe à l'exercice de la politique économique ? Comment douter que la Commission bancaire influence le comportement des établissements de crédit ? Assurément, les autorités administratives constituent un moyen privilégié par l'Etat français pour diriger l'économie. En instituant des autorités administratives indépendantes, l'Etat français crée ainsi des " outils " lui permettant de mettre en œuvre sa politique économique.

5. L'émergence des autorités administratives[11] indépendantes a été décrite comme le fruit partiel du hasard et des contingences économiques. Plus que cela, le hasard[12] des nécessités économiques pousserait au constat du désordre : les autorités administratives indépendantes seraient un phénomène désordonné. Non seulement ces autorités seraient le fruit du hasard , mais elles seraient de surcroît extrêmement hétérogènes[13], et substantiellement ambiguës[14].

Nées du hasard, hétérogènes, ambiguës, les autorités administratives indépendantes se posent d'emblée comme un sujet d'étude délicat. Plus que cela, le préjugé ne se fait plus attendre : leur système doit être désordonné ! Ce préjugé doit pourtant être discuté.

Les " autorités[15] " qui interviennent dans les domaines économiques et financiers ont été rendues nécessaires du fait même de l'extrême spécialisation des secteurs visés. Ces autorités sont en conséquence nombreuses et variées. Il s'agit de les présenter en empruntant tout d'abord la voie d'un rappel historique et contextuel. Nous expliquerons alors les raisons de leurs créations ainsi que leurs rôles respectifs dans la régulation des secteurs économiques et financiers[16] (I). Nous pourrons ensuite remettre en cause le postulat selon lequel les autorités administratives indépendantes constituent dans l'appareil d'Etat français un système désordonné (II).

11- V. le Rapport public du Conseil d'Etat, 2001, La documentation française, 2001, p. 261.

12- *Op. cit.*, v. précisément p. 267.

13- *Op. cit.*, p. 300. Ce constat serait rendu inattaquable du fait même de la diversité des secteurs régulés.

14- La complexité des secteurs régulés n'est pas étrangère à ce constat, cf. *infra* § 20. Sur l'ambiguïté même de la notion d'" autorité administrative indépendante ", v. *op. cit.*, p. 287.

15- Précisons que le législateur n'a que rarement qualifié ces instances " d'autorités administratives indépendantes ". Le Conseil constitutionnel est venu parfois préciser cette qualification existant il est vrai souvent *de facto*. Ainsi la Haute autorité de la communication audiovisuelle (décision n° 84-173 DC du 28 juillet 1984). Le Conseil constitutionnel a par ailleurs reconnu la conformité des autorités administratives indépendantes à la constitution ainsi que la validité de leur pouvoir de sanction. Ainsi a-t-il déclaré dans sa décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 que " *la loi peut, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter une autorité administrative indépendante de pouvoirs de sanctions dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission* ".

16- L'ensemble du droit positif sera annexé en fin d'étude.

Section I - L'émergence des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier

Nous présenterons successivement les autorités nées pour réguler les secteurs de l'économie et de la finance.

A. Le Conseil de la concurrence

6. A l'instar des grands pays démocratiques, la France a fondé son système économique sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Le titre de l'ordonnance du 1er décembre 1986[17] est révélateur lorsqu'il déclare le texte relatif " *à la liberté des prix et de la concurrence* ". Un tel système ne peut cependant perdurer que si les agents économiques respectent eux-mêmes le libre jeu du marché. La France s'est dès lors dotée d'une autorité indépendante spécialisée dans la régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés économiques : le Conseil de la concurrence.

Il convient à titre liminaire de rappeler que le Conseil de la concurrence constitue l'aboutissement actuel du dispositif institutionnel français de contrôle du marché. Dès 1953[18] fut en effet instituée la Commission technique des ententes qui deviendra la Commission technique des ententes et positions dominantes. Il s'agissait alors d'un organisme administratif consultatif chargé d'aviser le Ministre de l'Economie sur d'éventuelles ententes et positions dominantes afin que ce dernier puisse *in fine* se prononcer sur l'opportunité de saisir le juge pénal. Ce système se révéla pourtant insuffisant pour réprimer les atteintes à la concurrence. Le législateur réforma dès lors le dispositif par la loi du 19 juillet 1977. Cette loi substitua la Commission de la concurrence à la Commission technique des ententes et positions dominantes. L'ambition du législateur consistait à accroître les compétences dévolues à cette nouvelle autorité sans toutefois aller jusqu'à lui conférer un pouvoir propre de décision. Avec l'alternance politique, l'ordonnance du 1er décembre 1986 marqua un tournant décisif avec le passé : tout en libérant les prix, le texte crée le Conseil de la concurrence. Ce dernier remplace la Commission de la concurrence et se voit doté des pouvoirs d'injonction et de sanction antérieurement confiés au Ministre de l'Economie.

Il est intéressant de noter que la Commission de la concurrence était expressément qualifiée par le législateur de 1985[19] d'autorité administrative indépendante. Il est surprenant de constater que l'ordonnance de 1986 instituant le Conseil de la concurrence ne reprend pas la formule.

17- Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 (JO du 9 décembre 1986).

18- Décret du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale dont les dispositions figuraient aux articles 50 et suivants de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix.

19- Loi du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence.

Ainsi créé par l'ordonnance du 1er décembre 1986, le Conseil de la concurrence n'a cessé de voir son activité augmenter. Un communiqué de presse du ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie du 8 juillet 1999 rappelle à ce propos que le Conseil doit non seulement assurer le respect des règles de la concurrence, mais aussi " *établir les règles du jeu et les faire respecter pour que les acteurs économiques puissent prendre des risques et se développer* ". Il dispose à cette fin d'un pouvoir autonome de sanction. Le Conseil de la concurrence est ainsi en France le garant de l'unicité des règles de la concurrence. Outre la régulation de la concurrence, sa mission consiste à " *favoriser la croissance, l'innovation et l'emploi*[20] ". Légèrement réformé par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, le Conseil de la concurrence est par ailleurs codifié aux articles L461-1 et suivants du code de commerce.

B. La Commission des opérations de bourse

7. La Commission des opérations de bourse est régie par les articles L621-1 du code monétaire et financier. elle fut créée par l'ordonnance du 28 septembre 1967 et qualifiée d'institution spécialisée de caractère public par le décret du 3 janvier 1968 qui supprimait le Comité des bourses de valeurs. Initialement, la COB était chargée de contrôler le bon fonctionnement de la Bourse, comme son prédécesseur, mais également, à la différence de ce dernier, de s'assurer de la régularité des informations publiées par les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne. Elle n'est pas née de la crise comme la Securities and Exchange Commission (la SEC américaine) destinée à réorganiser le marché libre des capitaux après le krach de 1929. Elle a au contraire été rendue nécessaire par la forte croissance de l'économie française d'après-guerre. Précisément, elle constituait l'un des moyens pour l'Etat d'orienter l'épargne des particuliers vers des placements en valeurs mobilières. La confiance des épargnants dépendant de la régularité des opérations sur le marché, il a semblé opportun de créer un organisme de surveillance.

Depuis 1967, l'histoire de la COB est celle d'un développement considérable de son domaine d'intervention[21]. Cette extension rendit nécessaire une réforme en profondeur de la COB afin de la doter de moyens d'action bien supérieurs. Ce fut chose faite avec les lois du 11 juillet et 14 décembre 1985. Cette dernière loi dota la COB d'un pouvoir réglementaire encore très parcellaire. En cas de manquement, elle devait se contenter de saisir le juge et de lui faire connaître son point de vue. Or, l'internationalisation des marchés et la sophistication des nouveaux

20- Communiqué de presse du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie du jeudi 8 juillet 1999 ; voir le site internet http://www.finances.gouv.fr/presse/communiques/c9907081.html

21- Ainsi, sa mission a été successivement étendue aux sociétés civiles de placement immobilier par la loi du 31 décembre 1970, aux fonds communs de placement par la loi du 13 juillet 1979 d'investissements autres que les sociétés de gestion de portefeuille, par les membres des marchés réglementés ainsi que par les adhérents aux chambres de compensation. Ce contrôle s'exerce sous réserve, aux placements en biens divers, par la loi du 3 janvier 1983 et aux titres émis par les associations lorsqu'elles font publiquement appel à l'épargne par la loi du 3 janvier 1985.

produits financiers généraient de nouveaux comportements infractionnels difficiles à établir et à sanctionner. C'est donc dans un souci de moralisation du secteur considéré et d'efficacité de la répression que la loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier dote la COB d'un pouvoir sanctionnateur. Le législateur n'était jamais allé aussi loin dans l'attribution de moyens d'action efficaces et variés à une autorité administrative indépendante. En effet, depuis 1989, la COB, qui élabore ses règlements, s'assure également de leur application et, en cas de manquement, prononce des sanctions.

Ce n'est que par la loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières que la COB a finalement été qualifiée d'autorité administrative indépendante[22]. Cette loi, qui réalise la transposition en droit français de la directive n°93/22/CE concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières[23], apporte quelques modifications à la COB. Sa mission ne varie pas fondamentalement puisque " la Commission des opérations de bourse, autorité administrative indépendante, veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers "[24]. La compétence transversale de la COB de protection de l'épargne publique est donc confirmée[25]. La nouveauté réside dans l'attribution à la COB d'une compétence exclusive concernant l'activité de gestion pour compte de tiers. S'agissant cette fois-ci d'une compétence verticale, la COB a, à l'égard des sociétés de gestion de portefeuille, un pouvoir d'agrément, de retrait d'agrément, d'établissement des règles de bonne conduite, de contrôle et un pouvoir disciplinaire.

Sans remanier profondément la COB, le législateur a, une fois de plus, étendu son domaine d'intervention.

C. Les autorités bancaires : Commission bancaire, CRBF, CECEI

8. Les autorités bancaires sont relativement anciennes. En effet, la loi du 13 juin 1941 avait créé le Comité permanent d'organisation professionnelle des banques, la Commission de contrôle des banques et l'Association professionnelle pour les banques et les établissements financiers. La loi du 2 décembre 1945 a modifié cette organisation, notamment en remplaçant le Comité permanent d'organisation professionnelle des banques par le Conseil national du crédit. Depuis, l'évolution du secteur bancaire a été caractérisée par une large adhésion des Etats à l'économie de marché et par l'internationalisation de l'activité bancaire. C'est dans ce contexte qu'est intervenue la loi du 24 janvier

22- Cette qualification fut auparavant consacrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 89-260DC du 28 juillet 1989, JO 1er août 1989, p. 9676.

23- JOCE, n° L 141/27 du 11 juin 1993.

24- Article 89 de la loi du 2 juillet 1996, modifiant l'article 1er de l'ordonnance du 28 septembre 1967.

25- N. Decoopman, " La Commission des opérations de bourse " *in* La modernisation des activités financières, sous la direction de T. Bonneau, Pratique des affaires Joly, 1996, p. 105.

1984, complétée par deux décrets du 24 juillet 1984. Ces textes ont réparti les compétences de la régulation du secteur bancaire entre le Conseil national du crédit, le Comité de la réglementation bancaire, le Comité des établissements de crédit et la Commission bancaire. Par la suite, il est apparu que la complexité du système bancaire et financier rendait nécessaire une réforme de la loi du 24 janvier 1984. La transposition de la directive 93/22/CE du 10 mai 1993[26], en a fourni l'occasion.

La transposition a été opérée par la loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières[27]. Ce texte est allé bien au-delà de la directive. Il s'agissait, pour celle-ci, de poser les conditions minimales d'harmonisation des droits des marchés financiers (par l'octroi d'un passeport européen) afin d'ouvrir les frontières, dans des conditions d'égalité de concurrence, aux entreprises d'investissement au sein de l'Espace économique européen. La loi de 1996 répond à cet objectif en instaurant notamment une procédure unique d'agrément, permettant au prestataire de service qui en est titulaire de fournir des services d'investissement sans avoir à créer une filiale dans l'Etat membre. Mais la loi française s'est également assignée pour objectif de donner à la place financière de Paris les moyens de soutenir la concurrence internationale[28]. Ce but ne peut être atteint que par la saine régulation des marchés financiers, laquelle implique en amont une simplification de l'organisation du système bancaire et financier.

Le législateur a donc profité de cette transposition pour mettre en place un nouveau cadre juridique des marchés financiers. L'organisation des autorités de tutelle a été bouleversée afin de mettre en oeuvre, sans y parvenir complètement, l'axiome " un même métier – une même règle – une même autorité "[29]. Par ailleurs, la dénomination de certaines autorités a été modifiée, afin, semble-t-il, " d'éviter une " bancarisation " trop importante des entreprises d'investissement "[30]. Ainsi, le Comité de la réglementation bancaire devient le Comité de la réglementation bancaire et financière, le Comité des établissements de crédit est remplacé par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et le Conseil des bourses de valeurs et le Conseil du marché à terme ont disparu au profit du Conseil des marchés financiers. Seule la commission bancaire résiste à ce mouvement.

L'originalité de l'organisation actuelle réside en ce que les prérogatives habituellement attribuées à une autorité administrative indépendante sont ici " éclatées " entre plusieurs d'entre elles. Si bien que l'on peut s'interroger sur le point de savoir si ces trois autorités administratives

26- Directive précitée.

27- M. Germain et M.A. Noury, " La loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières ", JCP 1997, I, 4022.

28- Th. Bonneau, " La modernisation des activités financières ", ouvrage précité, p.11 et V.F. Bostnavaron, " La Bourse de Paris est engagée dans une compétition en Europe pour sa survie ", *Le Monde* du 5 juin 1996, p. 15.

29- Rapport de P. Marini, Doc. Sénat, n°254, 6 mars 1996, p. 40.

30- Th. Bonneau attribue l'absence de modification de la dénomination de la Commission bancaire, non à une simple omission, mais à un défaut d'ampleur de la réforme (précité, p. 6).

indépendantes n'en constituent pas en fait une seule. En effet, les trois moyens d'action caractéristiques d'une mission de régulation sont ici réparties entre le CECEI, le CRBF et la Commission bancaire[31] :

- Le CECEI a pour mission de délivrer l'agrément que doivent lui demander les prestataires de services d'investissement avant d'exercer leur activité. Il dispose donc du pouvoir de décision, et plus précisément du pouvoir d'autorisation.

- Le CRBF fixe les prescriptions d'ordre général applicables aux prestataires de services d'investissement. Il s'agit du pouvoir réglementaire.

- La Commission bancaire surveille le respect, par les prestataires de services d'investissement, des normes établies par le CRBF et sanctionne les manquements. Elle est donc dotée d'un pouvoir de sanction qui explique qu'elle soit qualifiée de juridiction administrative lorsqu'elle l'exerce.

On pourrait donc considérer qu'il existe deux autorités financières, l'une administrative et indépendante (la COB) et l'autre professionnelle (le CMF) et une seule autorité administrative indépendante bancaire que constituerait le regroupement de CECEI, le CRBF et la Commission bancaire.

Il n'en demeure pas moins qu'il existe des risques de chevauchement des compétences, en particulier entre le CMF et le CRBF et entre le CMF et la Commission bancaire. C'est pourquoi le législateur a créé, par la loi du 25 juin 1999[32], un collège des autorités de contrôle du secteur financier, dont la mission est de " faciliter les échanges d'information entre les autorités de contrôle des groupes financiers ayant à la fois des activités de crédit, d'investissement ou d'assurance ainsi que toute question d'intérêt commun relative à la coordination du contrôle desdits groupes "[33]. Il s'agit exclusivement d'une instance de consultation et de réflexion qui n'a aucun pouvoir de décision. Cette loi réalise la transposition de plusieurs directives européennes[34]. Là encore, le législateur va bien au-delà des obligations imposées par la Commission européenne. Il a pour objectif de renforcer la sécurité financière, celle-ci étant un gage de bon fonctionnement des marchés français, elle contribue à leur compétitivité.

Précisons enfin que les dispositions relatives aux autorité bancaires ont été codifiées aux articles L611-1 , L612-1 et L613-1 et suivants du code monétaire et financier.

31- Ce qui vient d'être dit s'applique aux prestataires de services d'investissement autres que les gestionnaires pour le compte de tiers dont l'agrément, la réglementation et le contrôle relève exclusivement de la COB.

32- V. N. Decoopman, " Renforcement des pouvoirs et coordination des autorités de contrôle du secteur financier ", Rev. de droit bancaire et de la Bourse, sept.-oct. 1999.

33- Article 60 de la loi du 25 juin 1999, ajoutant un art. 45-1 à la loi n°92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit.

34- Notamment la directive 95/26/CE du 29 juin 1995.

D. La Commission de contrôle des assurances

9. La loi du 15 février 1917 marque les débuts d'un contrôle effectif de l'Etat français sur l'activité d'assurance. Cette loi imposait en effet l'octroi d'un agrément aux entreprises étrangères désireuses de s'implanter sur le territoire de la République[35]. Le régime de Vichy (avec la loi du 1er août 1940) institua par la suite un dispositif de contrôle des assurances fondé sur une politique dirigiste et particulièrement représentative des intérêts de l'Etat providence. Le ministère de l'Economie, et plus précisément la Direction des assurances, conserva la mainmise sur le contrôle des assurances pendant presque un demi-siècle. Le traité de Rome du 25 mars 1957 et la liberté d'établissement devaient pourtant troubler le système de contrôle des assurances en imposant un dispositif à la fois fondé sur moins de dirigisme et privilégiant davantage l'intérêt des consommateurs. Avec l'adoption de la loi du 31 décembre 1989[36] relative spécifiquement " *à l'adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen* ", le législateur adapta le droit français des assurances au droit communautaire.

La loi de 1989 crée la Commission de contrôle des assurances[37] et dote ainsi l'Etat français d'une autorité administrative spécialisée dans la surveillance des entreprises d'assurance. La Commission de contrôle des assurances veille aux intérêts des assurés et aux comportements des compagnies d'assurance et de réassurance. Elle n'est pas qualifiée expressément par le législateur d'autorité administrative indépendante. Sa mission principale consiste à vérifier que les entreprises d'assurance tiennent les engagements qu'elles ont contractés à l'égard des assurés, à vérifier leur solvabilité, à examiner leur situation financière et leurs conditions d'exploitation. Sa mission ressortit donc clairement à l'exercice de l'ordre public de protection. Sa raison d'être semble d'autant plus justifiée que les enjeux financiers générés par les contrats d'assurance sont aujourd'hui essentiels.

Il convient de noter que loi du 8 août 1994 est venue accroître le champ de contrôle de la Commission aux sociétés de réassurance[38] ayant leur siège social en France et aux sociétés de participation d'assurance. Le pouvoir de la Commission s'est alors vu étendu par la possibilité de prendre en compte les imbrications existant entre les sociétés d'assurance ou de réassurance.

La Commission de contrôle des assurances jouit d'un pouvoir de sanction disciplinaire à l'égard des entreprises d'assurances. Cette dernière

35- L'esprit du texte relevait alors fondamentalement de considérations politiques et stratégiques : " *on ne voulait pas que l'ennemi non seulement puisse prospecter en France mais, surtout, on souhaitait rendre impossible la communication des données militaires par l'intermédiaire des dossiers d'assurance et plus encore de réassurance* " B. Beignier, Droit du contrat d'assurance, collection Droit Fondamental, PUF, 1999, P. 45 § 26.

36- Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 (JO du 3 janvier 1990).

37- La Commission de contrôle des assurances, Argus 1990.2028 ; Les autorités administratives indépendantes dans le domaine des assurances, RGAT 1990.11 ; Organigramme de la Commission de contrôle des assurances, Argus 1991.880.

38- J-L. Bellando, J. Bigot, M. Hagopian, " Le contrôle de la réassurance ", RGAT 1994, p. 1073 ; G. Defrance, " Compétence élargie pour la Commission de contrôle ", ARGUS 9 septembre 1994, p. 44.

considère pourtant dans son rapport d'activité pour l'année 1998 qu'une sanction constitue l'échec d'une procédure d'injonction[39]. Son rôle, parfois délicat, consiste à la fois à sauvegarder l'intérêt des assurés sans toutefois entraîner la disparition des sociétés d'assurances en difficulté.

Les articles L310-12, R310-11 et A310-3 et suivants du code des assurances régissent la Commission de contrôle des assurances.

E. La Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance

10. On l'a vu, le contrôle de la protection sociale complémentaire facultative a été confié en partie à la Commission de contrôle des assurances. Depuis la loi du 31 décembre 1989 précitée, ce contrôle est partagé avec une autorité administrative spécialisée dans le domaine des mutuelles et des institutions de prévoyance : la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance anciennement appelée Commission de contrôle des institutions de retraite et de prévoyance puis Commission de contrôle des institutions et des unions[40].

Le dispositif vise à protéger aujourd'hui trente millions de mutualistes et huit millions et demi de salariés garantis collectivement par des organismes de prévoyance[41]. C'est dire pratiquement l'utilité d'une telle instance. Celle-ci n'est pas qualifiée d'autorité administrative indépendante par le législateur. Elle dispose du pouvoir de prononcer au besoin des sanctions à l'égard des institutions ne respectant pas les dispositions législatives ou réglementaires.

La Commission a par ailleurs fait l'objet d'une adaptation au droit communautaire par l'ordonnance du 19 avril 2001 relative au code de la mutualité et transposant les directives 92/49/CEE et 92/96/CEE du Conseil des 18 juin et 10 novembre 1992. Elle est aujourd'hui régie par les articles L510-1 et suivants du code de la mutualité et par les articles L951-1 du code de la sécurité sociale.

F. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel

11. L'abrogation du monopole de l'Etat et le principe de liberté de la communication audiovisuelle ont été affirmés par la loi du 25 juillet 1982 qui a également créé la Haute Autorité de la communication audiovisuelle. Cette autorité administrative indépendante, non qualifiée comme telle par le législateur, répond alors d'abord à la nécessité de créer un " écran entre le service public de l'audiovisuel et l'exécutif "[42]. L'on sait que le monopole de l'Etat apparaissait de plus en plus anachronique dans une

39- V. le Rapport d'activité de la Commission de contrôle des assurances pour 1998, p. 63.

40- Il faut noter l'insuffisance des textes législatifs liés aux changements tacites de dénomination de la Commission.

41- Sources internet du site ministériel : http://www.social.gouv.fr/htm/minister/igas/igas_commis1.htm

42- C. Teitgen-Colly, précitée, p. 28.

démocratie. Mais il s'est agi aussi d'éviter le désordre qu'aurait entraîné inévitablement la libéralisation du secteur compte tenu des possibilités techniques qui autorisaient désormais la concurrence. Libéralisation du secteur et progrès techniques sont ici étroitement mêlés. En effet, il a longtemps été dit que le nombre de fréquences disponibles était trop limité pour en attribuer aux entreprises privées. Si l'argument a été avancé avec sincérité au début, il était devenu au fil des années un alibi pour préserver le monopole. Et celui-ci a cédé lorsque " la pression des innovations techniques a été trop forte"[43]. La Haute Autorité était chargée, selon la loi, " de garantir l'indépendance du service public de la radio et de la télévision ". Son appellation est révélatrice à cet égard : on attend d'une Haute Autorité la sagesse et l'indépendance d'une Haute juridiction... Elle disposait d'un pouvoir réglementaire et d'un pouvoir d'autorisation. Mais afin de faire respecter ses avis, la Haute Autorité ne disposait que de deux sanctions bien souvent excessives : la suspension ou le retrait de certaines autorisations. En outre, il a été reproché à la Haute Autorité de ne pas avoir su s'imposer comme une institution totalement indépendante du pouvoir politique. C'est d'ailleurs sans doute pour mettre l'accent sur la volonté gouvernementale de parachever la libéralisation du secteur que la nouvelle autorité, instituée par la loi du 30 septembre 1986, fut dénommée Commission nationale de la communication et des libertés et reçut légalement la qualification d'autorité administrative indépendante. Elle s'est trouvée investie d'attributions très étendues, notamment par la mise à sa disposition d'une palette de sanctions plus large que la Haute Autorité, mais encore insuffisante puisqu'elle demanda que soient instituées des sanctions pécuniaires. C'est le CSA qui en a bénéficié. En effet, la loi du 17 janvier 1989 créé le Conseil supérieur de l'audiovisuel et le qualifie " autorité indépendante ". La loi de 1989, comme celle de 1986 est parfois présentée comme une loi de révocation, puisqu'elle permet de mettre immédiatement fin au mandat des membres de l'autorité remplacée[44]. A la suite de la décision du Conseil constitutionnel, le pouvoir réglementaire du CSA est fortement limité mais l'attribution d'un pouvoir de sanction a une autorité administrative indépendante est clairement autorisée.

Il ne fait aucun doute que la réglementation de la communication audiovisuelle est conduite à évoluer encore à l'avenir. En effet, le choix international et européen d'une libéralisation rapide du secteur des télécommunications retentit fortement sur le secteur audiovisuel notamment du fait des autoroutes de l'information. A ce propos, le CSA a failli perdre ses compétences d'attribution des fréquences et des liaisons au bénéfice de l'ART, au cours de la discussion relative à la loi de réglementation des télécommunications[45]. La solution n'a pas été retenue si bien qu'aujourd'hui, le partage du pouvoir d'attribuer les fréquences

43- C. Debbasch, La Commission nationale de la communication et des libertés, Economica, 1988, p. 12.

44- L. Favoreu, L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Sirey.

45- B. Cousin, AN, 9 mai 1996 (JO Déb., p. 2922), 10 mai (JO Déb., p. 3038).

est éclatée d'une manière si complexe, et parfois si peu cohérente, qu'elle ne peut être pérenne[46].

G. L'Autorité de régulation des télécommunications

12. L'ART a été créée par la loi du 26 juillet 1996 portant réglementation des télécommunications. Cette loi a pour objet de transposer la directive 96/19/CE du 13 mars 1996 concernant l'introduction de la concurrence pleine dans les marchés des télécommunications[47]. Elle prévoit notamment l'abolition au 1er janvier 1998 des droits exclusifs ou des droits spéciaux pour la fourniture de services de télécommunications et invite les Etats membres à prendre les mesures nécessaires afin de garantir à toute entreprise le droit de fournir les services ou d'établir les réseaux par des procédures objectives, non discriminatoires, proportionnées et transparentes. Cette directive est elle-même dictée par la nécessité de prendre en compte les nouvelles technologies (téléphonie mobile, Internet, satellites...) dans un secteur concurrentiel en devenir.

Contrainte européenne et progrès des technologies constituent les " parents " de la loi du 26 juillet 1996, sans que l'on puisse exactement déterminer quel est le " géniteur " dominant[48]. Le processus de libéralisation du secteur avait commencé avec la loi n°90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications, transposant la directive " services " du 28 juin 1990[49]. Les notions utilisées par la loi du 26 juillet 1996 sont pour la plupart les mêmes que celles utilisées par la loi du 29 décembre 1990 (réseaux ouverts au public, services fournis au public...). Mais le changement fondamental consiste dans le passage de monopole à la concurrence, dont le bon déroulement constitue la mission première de l'ART. La Commission européenne n'imposait pas la création d'une autorité nouvelle. En revanche, elle préconisait d'attribuer les fonctions de régulation à une entité indépendante du ministère chargé des télécommunications " dans le cas où ce ministère est l'actionnaire unique ou dominant de l'opérateur, ou quand une participation importante de l'Etat dans l'opérateur demeure "[50]. En France, la régulation du secteur était assurée par la direction générale des postes et des télécommunications, direction centrale du ministère chargé des télécommunications. L'Etat étant l'actionnaire de l'opérateur dominant, il a semblé nécessaire de confier la mission de régulation à une autre autorité. Le législateur a donc

46- Ainsi, s'agissant des services de radiodiffusion sonore, l'attribution des fréquences a été confiée à l'Agence nationale des fréquences, le CSA et l'ART. S'agissant des services de radiodiffusion sonore et de télévision diffusés par satellites, l'attribution des fréquences appartient au CSA pour les satellites directes et à l'ART, pour les satellites de télécommunications.

47- JOCE L 74 du 22 mars 1996, p. 13.

48- Selon M. Fillon, la loi est " historique ", en ce qu'elle marque la fin du monopole de l'Etat sur le téléphone, mais elle s'imposait moins par les directives européennes que par l'évolution des technologies qui rendaient illusoire la protection monopolistique, A.N., 7 mai 1996, JO Débats, pp. 3165 à 3170.

49- Directive de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés de services de télécommunications, JOCE L 192, 24 juillet 1990, modifiée par la directive du 13 mars 1996.

50- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388 relative à la concurrence dans les marchés des services des télécommunications, p. 10, JOCE, n° C 275, 20 octobre 1995.

choisi de créer l'ART, plutôt que de confier la mission au Conseil de la concurrence. Sans doute est-ce dû au fait que la priorité et l'urgence portent davantage sur la mise en place de règles techniques favorisant le développement des projets des opérateurs que sur la prévention et la répression des pratiques anticoncurrentielles[51].

L'ART est la première autorité administrative indépendante qui comporte la régulation dans sa dénomination. En revanche, elle n'est pas qualifiée comme telle par le législateur. Nul doute qu'il ne s'agit pas d'un oubli. En effet, selon l'article 2-I-3° de la loi (L 32-1 du code des postes et des télécommunications), certes " la fonction de régulation du secteur des télécommunications est indépendante de l'exploitation des réseaux et de la fourniture des services de télécommunications ", mais " elle est exercée au nom de l'Etat (...) par le ministre chargé des télécommunications et par l'Autorité des régulation des télécommunications ". Ce n'est donc pas l'ART qui est indépendante mais la fonction de régulation[52]. Ainsi, le pouvoir réglementaire de l'ART est limité et s'exerce sous le contrôle ou pour le compte du ministre chargé des télécommunications. Son pouvoir propre d'autorisation est également restreint puisqu'il n'est relatif qu'aux réseaux indépendants, les autres autorisations étant délivrées par le même ministre. Ce sont les pouvoirs d'arbitrage, de conciliation et de sanction que l'ART exerce de manière autonome.

H. La Commission de régulation de l'électricité

13. La Commission de régulation de l'électricité a été créée par la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité. Il s'agit de la transposition de la directive 96/92 du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité[53]. Cette directive n'imposait pas la création d'une autorité administrative indépendante, mais c'est la solution qui a semblé la plus judicieuse afin d'adapter, en France, ses articles 20 *(" Les Etats membres désignent une autorité compétente, qui doit être indépendante des parties, pour régler les litiges (...) concernant les contrats, les négociations et le refus de l'accès et d'achat ")* et 22 *(" Les Etats membres créent des mécanismes appropriés et efficaces de régulation, de contrôle et de transparence afin d'éviter tout abus de position dominante, au détriment notamment des consommateurs, et de tout comportement prédatoire. Ces mécanismes tiennent compte des dispositions du traité et plus particulièrement de son article 86 ".)*. Une telle solution était préconisée par le Conseil de la concurrence saisi pour avis[54], pour lequel le recours à une autorité administrative indépendante

51- En ce sens, B. Lasserre, " L'Autorité de régulation des télécommunications ", AJDA 1997, p. 225.

52- En ce sens, P.G. Perot, " La nouvelle réglementation des télécommunications ", Petites Aff., 1er novembre 1995, p. 20.

53- JOCE L 27 20, 30 janvier 1997.

54- Conseil de la concurrence, avis n°98-A-05, du 28 avril 1998 en réponse à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE, BOCCRF, 16 juillet 1998, p. 383.

permet d'éviter que l'Etat ne se trouve à la fois opérateur, par le biais d'une entreprise publique, et régulateur. C'est donc la raison essentielle qui a dicté l'attribution à la CRE d'un pouvoir de sanction. En revanche, le législateur ne s'est pas résolu à lui attribuer une véritable compétence réglementaire, puisqu'elle ne consiste qu'à préciser la portée de règle de nature législative ou réglementaire, tout comme l'ART. Mais, à la différence de cette dernière, la CRE n'a quasiment pas de pouvoir d'autorisation autonome.

D'une manière générale, il ne fait pas de doute que la CRE est à bien des égards, la " sœur jumelle "[55] de l'ART. Ne serait-ce que le terme de " régulation " qui apparaît également dans sa dénomination et l'absence de qualification légale d'autorité administrative indépendante. On ne s'en étonnera pas tant le contexte de leur création est comparable : la contrainte européenne de parvenir à organiser un marché concurrentiel tout en préservant la qualité du service public dans un secteur en progrès technique constant. C'est pourquoi ces deux autorités administratives indépendantes ont une vocation temporaire et ne seront plus maintenues dès l'instant où la concurrence sera installée sur le marché : le Conseil de la concurrence sera alors seul compétent.

I. La Commission des participations et des transferts

14. Les privatisations sont classiquement des opérations sensibles et sujettes aux tractations politiques. Enjeux de débats sociaux, elles modifient le patrimoine public et doivent en conséquences faire l'objet d'un contrôle spécifique. Le choix de ce contrôle dans l'appareil d'Etat français s'est porté en 1986 vers la création d'une nouvelle autorité : la Commission de privatisation. Ainsi créée par la loi du 6 août 1986[56], cette autorité a pour tache d'assurer la transparence des opérations de privatisation, tant au niveau juridique qu'au niveau financier. Il lui appartient d'assurer la juste évaluation des entreprises à privatiser de manière impartiale et objective et en respect des exigences énoncées par le Conseil constitutionnel. Ce dernier a en effet posé dans sa décision des 25 et 26 juin 1986 (Décision n° 86-207 DC relative à la privatisation) le principe de la protection de la propriété de l'Etat, et affirme très explicitement que la " *Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêts privés pour des prix inférieurs à leur valeur* ".

Baptisée initialement " *commission de privatisation* " par la loi du 6 août 1986, cette autorité administrative pris le nom de " *commission d'évaluation des entreprises publiques* " suite au décret du 22 novembre

55- G. du Puy-Montbrun et B. Martor, " La Commission de régulation de l'électricité ", Petites Aff., 14 janvier 2000, p. 9.

56- Loi n° 86-912 du 6 août 1986 (JO du 7 août 1986) relative aux modalités d'application des privatisations décidées par la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, modifiée par la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 (JO du 21 juillet 1993). La loi ne qualifie pas expressément la Commission d'autorité administrative indépendante.

1988. La loi du 19 juillet 1993 lui donna par la suite la qualification de " *commission de la privatisation* ". L'article 1er du décret du 27 avril 1998 la requalifia enfin de " *commission des participations et des transferts*[57] ".

Cette valse terminologique n'est pas dénuée de signification. Elle démontre clairement la sensibilité du choix des qualifications apportées aux autorités administratives indépendantes. Elle met en avant le poids des mots eux mêmes vecteurs de choix politiques. Dans sa décision n° 98-182 L du 6 mars 1998 (JO du 10 mars 1998), le Conseil constitutionnel, conformément à sa précédente décision n° 88-159 L du 18 octobre 1988, précisa que le choix de la dénomination de la Commission relevait du pouvoir réglementaire " *sous réserve que ne soient dénaturées les règles la concernant qui sont du domaine de la loi* ". Le choix terminologique s'analyse ici comme un choix politique et non pas comme un choix de technique juridique.

J. La Commission de la sécurité des consommateurs

15. En 1983[58], dans la lignée du mouvement consumériste des années 1970, fut instituée la Commission de la sécurité des consommateurs. Les raisons de sa création furent clairement rappelées dans l'article L224-2 du code de la consommation disposant que la Commission " *est chargée d'émettre des avis (motivés) et de proposer toute mesure de nature à améliorer la prévention des risques en matière de sécurité des produits ou des services. Elle recherche et recense les informations de toutes origines sur les dangers présentés par les produits et services* ". Limpide, l'objectif du législateur consista à renforcer la sécurité des prestations offertes par les professionnels. La Commission de la sécurité des consommateurs répond en ce sens au principe général de sécurité énoncé à l'article 1er de la loi du 21 juillet 1983. Cet article dispose en effet que " *les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes* "[59] . Il s'agit donc ici de normes d'ordre public de protection.

Bien qu'elle ne soit pas qualifiée en tant que telle par le législateur, une doctrine majoritaire intègre la Commission de la sécurité des consommateurs dans la catégorie des autorités administratives indépendantes[60]. Chargée

57- B. Boumakani, " La Commission des participations et des transferts ", Revue de droit public 1999, n° 2, p. 557.

58- Loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs (JO du 22 juillet 1983). Pizzio, " La loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs ", D. 1984, A.L. 13. Ouvrage collectif : Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits, LGDJ 1987, p. 49.

59- L'article 1er de la loi du 21 juillet 1983 (aujourd'hui article L221-1 du code de la Consommation) révèle alors clairement la philosophie du dispositif de prévention des accidents au sein duquel opère la Commission de la sécurité des consommateurs. Pour plus de détails sur le rôle et l'influence des articles premiers des textes, lire G. Rouhette, " L'article premier des lois ", *in* Les mots de la loi, sous la direction de N. Molfessis, Economica, 1999.

60- Voir notamment : G. Dupuis, M-J. Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, Armand Colin, 7ème éd. 2000, p. 181, note n° 2 ; M. Gentot, Les autorités administratives indépendantes, Montchrétien, 1991, p. 117.

avant tout d'une mission informative et consultative, elle ne dispose d'aucun pouvoir réglementaire ou de sanction. Elle " *n'a pas de pouvoir proprement dit ; elle s'apparente, par ce trait, à la Commission des clauses abusives* "[61]. Jouant un rôle majeur d'avis et de centralisation des informations sur la sécurité des consommateurs, elle constitue cependant un pilier central du système de prévention des accidents domestiques.

K. La Commission des clauses abusives

16. Impulsée également par le mouvement consumériste des années 1970, la Commission des clauses abusives fut instituée par la loi du 10 janvier 1978. Elle est aujourd'hui régie par les articles L132-2, R224-1 et suivants du code de la consommation. Cette commission, non qualifiée par le législateur d'autorité administrative indépendante, est placée auprès du ministre chargé de la consommation et détient une mission purement consultative. Son rôle consiste à détecter les clauses abusives et à émettre des recommandations. Depuis la directive communautaire du 5 avril 1993[62], son fonctionnement se situe dans un cadre européen.

Vingt ans après sa création, on constate que la transposition directe des travaux de la Commission en texte réglementaire est très rare (un seul décret). En revanche, plusieurs de ses recommandations ont influencé le législateur, le conduisant à compléter et à préciser le dispositif de protection des consommateurs. La Commission des clauses abusives agit dans le cadre d'une politique globale de consommation. Il lui appartient de " *renforcer l'autodiscipline des professionnels, qui doivent avoir une image de sérieux pour s'implanter durablement sur les marchés français et étrangers* "[63].

L. La Commission nationale d'équipement commercial

17. La Commission nationale d'équipement commercial fut créée par la loi du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'industrie. Elle participe au contrôle des autorisations de certaines exploitations commerciales dans le cadre d'une politique générale de liberté du commerce et en respect de la volonté d'entreprendre. Il s'agit d'une autorité collégiale indépendante dont le rôle principal consiste à éviter le développement anarchique de la grande distribution. Cette dernière n'est pas qualifiée expressément par le législateur d'autorité administrative indépendante. Elle a cependant été considérée comme telle par la doctrine[64], et par le ministère de l'Economie et des Finances[65].

61- Lamy Droit Economique, 2000, n° 6115.

62- Directive communautaire n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JOCE 21 avril 1995 L. 9).

63- Rapport d'activité de la Commission des clauses abusives pour l'année 1998, BOCCRF vendredi 25 juin 1999.

64- V. par exemple M. J. Grymgerg, " Autorités administratives indépendantes, un essai de recensement ", Cahiers de la Fonction publique, mai 2000, p. 3.

65- V. circulaire n° 892 du 20 mars 1993 du ministre de l'Economie et des Finances.

Section II - L'émergence d'un désordre ?

18. Cette rapide présentation des autorités intervenant dans les secteurs économiques et financiers confirme la tendance pressentie[66]. Les autorités administratives indépendantes sont le fruit du hasard : elles sont nées principalement en raison de contingences économiques et politiques. Elles sont ambiguës du fait même de leur complexité congénitale. Elle sont hétérogènes du fait même de la diversité de leurs missions.

Mais faut-il pour autant conclure au constat du désordre ? Il nous semble à cet égard que ce constat, parfois posé, doit être relativisé. Plusieurs raisons peuvent être avancées.

19. Quant au hasard : s'il a pu être à l'origine de la création des autorités administratives indépendantes, il n'engendre pas forcément le désordre. Les contingences historiques, politiques ou économiques sont continuellement des raisons d'émergence du Droit. Le droit positif émerge ou se façonne sous la poussée des mœurs et du temps. Le hasard et la contingence n'ont jamais été étrangers à cette évolution, ils n'ont jamais empêché d'ordonner les normes et les institutions. Etymologiquement d'ailleurs, " *le mot* positivus *(expression du bas latin) signifie* accidentel *- par opposition à* naturel *ou nécessaire. La règle positive est, en effet, accidentelle et varie suivant les contingences*[67] ". Il ne faut donc pas préjuger du désordre du seul fait que les autorités administratives indépendantes sont nées " par hasard ".

20. Quant à l'ambiguïté des autorités administratives indépendantes : celle-ci est patente *a priori*. La complexité des secteurs régulés s'inscrit en droit par des autorités elles mêmes complexes. Cette complexité propre à chaque autorité donne au final une image ambiguë des autorités dans leur ensemble. Il nous semble que cette ambiguïté naît de la difficulté de saisir l'ensemble des règles applicables à chacune des autorités. Alliées à la diversité des secteurs étudiés, l'évolution constante du nombre des autorités et la profusion des textes imposent à cet égard l'humilité du savoir. En ce sens, l'étendue des secteurs régulés par les autorités administratives indépendantes conduit inévitablement à la spécialisation des juristes. Pris dans son ensemble, le " phénomène " des autorités administratives indépendantes peut donner le vertige ou conduire facilement au constat de l'ambiguïté. Cette ambiguïté, que l'on constate lors de l'observation de l'ensemble des autorités, ne doit pourtant pas conduire au constat du désordre. Un phénomène qui semble ambigu dans son ensemble peut en réalité se révéler parfaitement ordonné dès lors qu'on lève le voile de sa complexité. R. Changeux disait

66- V. *supra,* § 5.

67- J. Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé, Sirey, 1929, p. 6.

" *qu'il y a deux simplicités : celle d'avant la complexité et celle d'après. Peut-être une simplicité de l'ignorance – celle de celui qui n'a pas encore plongé dans la complexité – et une simplicité de la conscience, de celui qui ayant traversé la complexité l'a dépassée*[68] ". Le phénomène des autorités administratives indépendantes est indéniablement complexe. Il est dès lors jugé ambigu *a priori*. Ce phénomène ressortit assurément à " *la simplicité de la conscience* ". L'ambiguïté peut ainsi être levée *a fortiori* par l'étude systématique des autorités. Ce n'est qu'après un tel travail de réflexion, quand la seconde simplicité est trouvée, qu'on peut affirmer si oui non ces dernières constituent un dispositif ordonné.

21. Quant à l'hétérogénéité des autorités administratives indépendantes, souvent énoncée, il faut remarquer qu'elle confine au truisme. Les autorités sont multiples parce que les secteurs à réguler sont divers. Elles sont différentes dans leurs compositions, leurs missions ou leurs pouvoirs parce que leurs fonctions sont variées. Faut-il conclure au constat du désordre du fait même de cette hétérogénéité ? Nous ne le pensons pas. Il importe en ce sens de distinguer strictement l'hétérogénéité de la diversité : des éléments divers peuvent former ensemble un tout ordonné et homogène. Autrement dit, des autorités administratives très variées peuvent former ensemble un système régulateur homogène et ordonné. Il est en ce sens préférable de parler de " diversité " des autorités administratives indépendantes, ce qui *a priori* ne préjuge en rien de leur hétérogénéité d'ensemble.

22. Nous l'avons dit, l'autorité administrative indépendante constitue pour l'Etat un " outil " de mise en œuvre d'une politique donnée à un moment donné. Dans le domaine économique et financier, l'Etat a créé bien des outils lui permettant de fonctionner. Ces outils sont nombreux, ils sont variés. Mais est-ce là forcément une source de désordre ? Ce désordre ne serait-il pas que le reflet de la complexité ? Les autorités administratives indépendantes ne forment-elles pas finalement un désordre ordonné ? Nous laisserons au lecteur le choix de sa propre opinion en avançant simplement pour notre part que pour être efficace, une boîte à outils ne peut contenir les mêmes instruments.

68- Cité par C. Thibierge-Guelfucci, " Libres propos sur la transformation du droit des contrats ", RTD civ. 1997, p. 371

L'HETEROGENEITE DES DONNEES ORGANIQUES

Marie-José Guédon
Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne

L'analyse des données organiques révèle clairement que les autorités administratives indépendantes sont fort loin de constituer un ensemble homogène. En fait l'extrême diversité au sein de la " catégorie " n'est pas un phénomène réellement surprenant. En matière de structures administratives l'hétérogénéité des organismes regroupés sous une appellation commune est fréquente : les établissements publics sont un exemple connu, auxquels s'ajoutent maintenant les groupements d'intérêt public. Il n'en reste pas moins que la comparaison entre les autorités administratives indépendantes laisse apparaître une somme de variables qui, sur certains aspects, sont peu explicables. Et il est vain de chercher les raisons des différences en opposant les instances qualifiées expressément d'autorités administratives indépendantes par le législateur, et celle dont la qualification est faite par analogie, dans la mesure où les textes régissant les premières ne présentent pas eux-mêmes toute la cohérence souhaitable.

Dans les développements qui suivent seront successivement présentées la question de la composition des autorités (effectifs et qualité des membres), celle du mode de désignation (autorités de nomination et forme de la désignation) et enfin, la question du statut des membres dont la " richesse " en variables est particulièrement importante.

Section I - Composition

A. Effectifs

1. Classement selon l'importance de l'effectif
(le chiffre inclut le Président de l'autorité)

Commission de contrôle des assurances	5
Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance	5
Autorité de régulation des télécommunications	5
Commission de régulation de l'électricité	6

Commission bancaire	6
Comité de la réglementation bancaire et financière	7 (ou 10 dans certains cas)
Commission des participations et des transferts	7
Commission nationale d'équipement commercial	8
Conseil supérieur de l'audiovisuel	9
Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement	10 (ou plus selon les cas)
Commission des opérations de bourse	10
Commission des clauses abusives	13
Commission de la sécurité des consommateurs	16
Conseil de la concurrence	17

2. Commentaires

La diversité des effectifs des autorités étudiées reflète celle des autorités administratives indépendantes en général (dans l'ensemble, les effectifs vont de 3 à 17). Les différences très marquées (5 à 17) tendent à montrer que la collégialité peut être entendue de façon extrêmement variable, en liaison avec l'idée de pluralisme. Et le choix de l'effectif n'est pas lié à l'ampleur des fonctions et des pouvoirs (on peut comparer à cet égard, par exemple, l'Autorité de régulation des télécommunications (5) et la Commission de la sécurité des consommateurs (16)).

Une variable importante est la présence de " professionnels " et de représentants d'organismes (sur ce point, voir ci-après la question de la qualité des membres). En effet, les instances qui en comprennent ont des effectifs plus importants :

- Conseil de la concurrence,
- Commission de la sécurité des consommateurs,
- Commission des clauses abusives,
- Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement,
- Commission des opérations de bourse.

A cet égard, on notera que des autorités qui ont en charge des secteurs déterminés d'activités et sont dotés de pouvoirs importants ne comprennent pas de " professionnels " es-qualité et de représentants d'organismes parmi leurs membres : Conseil supérieur de l'audiovisuel, Commission de contrôle des assurances, Autorité de régulation des télécommunications, Commission de régulation de l'électricité.

B. Qualité des membres

Aucune des autorités étudiées ne comprend d'élus parmi les membres.

A l'exclusion du Conseil supérieur de l'audiovisuel, pour lequel la loi ne fixe aucune condition quant à la qualité des membres, les autorités ont une composition diversifiée. Celle-ci est très variable selon les cas : membres de juridictions, personnalités qualifiées, représentants d'organismes et professionnels. Il faut signaler aussi la catégorie particulière des membres de droit.

1. Membres de juridictions

Cette catégorie de membres est très fréquente (et a été renforcée dans certaines autorités). Mais il faut souligner l'absence (es-qualité) dans l'Autorité de régulation des télécommunications, la Commission de régulation de l'électricité, la Commission des participations et des transferts. Il y a donc dans ces cas une originalité notable par rapport à tous les autres.

Parmi les membres de juridictions, on trouve dans la quasi-totalité des cas un membre du Conseil d'Etat obligatoirement (une alternative n'existe que pour la Commission des clauses abusives et le Conseil de la concurrence).

Dans certaines autorités, la fonction de Président revient obligatoirement à un membre d'une haute juridiction :

- Commission de contrôle des assurances (Conseiller d'Etat),
- Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance (Conseiller d'Etat),
- Commission nationale d'équipement commercial (Conseiller d'Etat),
- Conseil de la concurrence : le Président et deux des trois vice-présidents doivent être des membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes.

2. Personnalités qualifiées

A l'exclusion de Conseil supérieur de l'audiovisuel, toutes les autorités étudiées comprennent des " personnes choisies en raison de leur compétence ". Ainsi, l'appel à des " experts " apparaît comme une constante dans ces autorités administratives indépendantes du domaine économique et financier.

Toutefois, la proportion dans l'effectif global de chaque autorité est variable. Et il faut souligner que certaines autorités ne sont composées que de personnalités qualifiées : Autorité de régulation des télécommunications, Commission de régulation de l'électricité, Commission des participations et des transferts. On retrouve donc ici l'originalité de ces trois instances signalée plus haut.

3. Représentants d'organismes et professionnels

Cette catégorie est en fait très hétérogène, et chaque élément répond à des impératifs particuliers. Toutefois, globalement, les choix du législateur montrent une volonté de réaliser un pluralisme accentué, permettant la recherche de solutions équilibrées avec la confrontation de points de vue très divers incluant ceux des milieux concernés par la régulation.

Parmi les quatorze autorités étudiées, six ont ainsi une composition élargie :

- Conseil de la concurrence,
- Commission des opérations de bourse,
- Comité de la réglementation bancaire et financière,
- Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement,
- Commission des clauses abusives,
- Commission de la sécurité des consommateurs,

Ces deux dernières instances comportent, assez logiquement d'ailleurs, des représentants des " consommateurs ". Elles sont les seules. Dans la Commission nationale d'équipement commercial on trouve, par contre, une " personnalité compétente en matière de consommation ".

Il convient ici de relever l'absence de représentants de " consommateurs " ou " usagers " dans les instances en charge des secteurs d'activités sensibles quant aux garanties offertes aux consommateurs : télécommunications, électricité, banque, assurances, audiovisuel.

4. Membres de droit

La présence de membres de droit est une caractéristique essentielle des instances de contrôle des banques : Comité de la réglementation bancaire et financière, Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, Commission bancaire. Et l'articulation entre ces trois instances doit être soulignée :

- Le gouverneur de la Banque de France :
  - préside le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement,
  - préside la Commission bancaire,
  - est membre du Comité de la réglementation bancaire et financière.
- Le directeur du Trésor est membre :
  - du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement
  - de la Commission bancaire.

Le partage des tâches de régulation en matière de banque et finance entre trois instances n'a donc pas pour corollaire une séparation nette entre elles, mais au contraire des liens directs.

Le bilan général est donc le suivant (en dehors du cas spécifique du Conseil supérieur de l'audiovisuel) :

- Trois instances sont composées uniquement de " personnalités qualifiées " :
  - l'Autorité de régulation des télécommunications,
  - la Commission de régulation de l'électricité,
  - la Commission des participations et des transferts.
- Quatre instances sont composées de membres de juridictions et de personnalités qualifiées :
  - la Commission de contrôle des assurances,
  - la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance,
  - la Commission nationale d'équipement commercial,
  - la commission bancaire (celle-ci comprend en outre deux membres de droit).

• Six instances ont une composition élargie : membres de juridictions, personnalités qualifiées, et représentants d'institutions, d'organismes professionnels :

- le Comité de la réglementation bancaire et financière et le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (ces deux instances ayant en outre des membres de droit),
- la Commission des opérations de bourse,
- le Conseil de la concurrence,
- la Commission des clauses abusives,
- la Commission de la sécurité des consommateurs.

Si chaque composition peut s'expliquer, les différences entre les autorités ne montrent pas de logique évidente. Pourquoi des membres de juridictions dans certains cas et pas dans d'autres ? Pourquoi une composition élargie ou non ? Il ne semble pas y avoir de lien direct avec le type de fonctions exercées par telle ou telle autorité.

Section II - Mode de désignation

A. Autorité de nomination

L'ensemble présente une grande diversité. Les autorités peuvent être le Président de la République, le Premier ministre, des ministres, et d'autres autorités… Quant aux actes, il peut s'agir de décrets du Président de la République, soit en Conseil des ministres, soit simples, de décrets du Premier ministre, d'arrêtés ministériels, ou de décisions de diverses autorités.

1. Dans deux cas, il existe une différence essentielle entre la nomination du président et celle des autres membres :

S'agissant de la Commission des opérations de bourse, le Président est nommé par décret du Président de la République en Conseil des ministres, alors que les autres membres sont nommés par diverses autorités (autres que le Premier ministre et les ministres).

S'agissant de la Commission de la sécurité des consommateurs, le Président est nommé par décret du Président de la République en Conseil des ministres, les autres membres étant nommés par arrêté du ministre chargé de la consommation.

Si l'on compare avec d'autres instances (qui ne sont pas moins importantes…), on peut se demander pourquoi ces deux présidents sont nommés par décret en Conseil des ministres.

Par ailleurs, dans les trois instances de contrôle des banques, les présidents sont des membres de droit (Comité de la réglementation bancaire et financière, Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, Commission bancaire). Les autres membres sont soit des membres de droit, soit des membres nommés par arrêté du ministre de l'économie et des finances. Ce dernier détient donc un pouvoir important, d'autant plus qu'il préside le Comité de la réglementation bancaire et financière, ce qui tend à rendre incertaine, pour le moins, la nature d'autorité administrative indépendante de cette instance.

2. Il est intéressant de relever les différences entre l'Autorité de régulation des télécommunications et la Commission de régulation de l'électricité d'une part, le Conseil supérieur de l'audiovisuel d'autre part.

En effet, dans le cas de l'Autorité de régulation des télécommunications et de la Commission de régulation de l'électricité, le pouvoir de nomination est partagé : certains membres sont nommés par décrets simples du Président de la République, les autres par décisions des Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, et pour la Commission de régulation de l'électricité, en outre, le Président de Conseil économique et social.

Les membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel, en revanche, sont tous nommés par décret simple du Président de la République. Cependant ici la " désignation " (le choix) est partagée entre le Président de la République et les Présidents des assemblées parlementaires. En conséquence, pour six des membres, l'acte de nomination est purement formel (voir *infra*, sur la forme de la désignation).

3. En ce qui concerne les nominations qui, selon la lettre du texte, relèvent d'un " décret " (sans précision quant à l'autorité investie), il convient de préciser qu'il peut s'agir, en pratique soit de décrets simples du Président de la République, soit de décrets du Premier ministre.

Notamment, on constate que tous les membres du Conseil de la concurrence sont nommés par " décret ", mais il s'agit de décrets du Président de la République pour le Président et les vice-présidents, et de décrets du Premier ministre pour les autres membres.

Le tableau d'ensemble des règles relatives aux autorités de nomination apparaît fort hétéroclite. L'impression d'un manque de cohérence ne vient pas tant de la diversité en elle-même que de la logique fuyante des choix effectués par le législateur. La comparaison des cas de figure laisse perplexe : quelles sont, dans un certain nombre de cas, les raisons des différences ? La situation semble bien refléter l'originalité et l'ambiguïté

de ces structures diversifiées recevant la qualification d'autorités administratives indépendantes. Certaines sont des organes consultatifs, d'autres sont dotées de pouvoirs de décision qui les apparentent à des autorités administratives classiques, ou encore à des juridictions. En outre, dans certains cas, les membres des autorités administratives indépendantes exercent leurs fonctions à plein temps, dans d'autres non. En conséquence, la diversité des fonctions, conjuguée avec l'objectif de pluralisme et d'indépendance, paraît conduire le législateur à fixer des règles de nomination au cas par cas. Au fil des lois créant les autorités administratives indépendantes, ou les modifiant, les données changent et se diversifient, montrant une démarche pragmatique du législateur. Chaque autorité administrative indépendante a sa spécificité et la détermination des autorités de nomination n'obéit pas à un régime général structuré. Cela conduit à s'interroger sur la nature de la fonction de membre d'une autorité administrative indépendante. C'est une " activité publique ", mais constitue-t-elle un emploi public ? Cette notion présente une fluidité en l'absence d'une définition précise. Utilisée dans l'article 23 de la constitution, elle correspond à celle d' " emplois civils et militaires " que l'on trouve dans les articles 13 et 21[1].

Il résulte du dispositif juridique, complexe, relatif au pouvoir de nomination aux emplois publics (c'est à dire l'article 13 et l'ordonnance du 28 novembre 1958), que ce pouvoir appartient au Président de la République, le Premier ministre ne pouvant l'exercer qu'en vertu de délégations expresses du Président de la République. Mais l'article 4 de l'ordonnance permet aussi l'exercice d'un pouvoir de nomination par les ministres et les autorités subordonnées (confié par des textes particuliers). En dépit de certains éléments de rapprochement, on constate que ce régime n'est pas celui qui gouverne le pouvoir de nomination des membres des autorités administratives indépendantes. Ce pouvoir est réparti de façon extrêmement variable, et lorsqu'il appartient au Président de la République, on ne peut en déduire qu'il s'agit d'un emploi public répondant aux règles de nomination rappelées plus haut. Lorsque des membres d'une autorité administrative indépendante exercent leurs fonctions à plein temps, il y a sans nul doute une similarité avec un emploi public[2]. Mais ces membres sont, pour certains, nommés par d'autres autorités que le Président de la République . Ce fait, comme d'autres particularités, montre que les règles de nomination sont un ensemble hétérogène de dispositions " sui-generis ".

1- L'article 4 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 portant LO pour l'application de l'article 23 de la constitution précise les conditions de remplacement d'un emploi public sans définir cette notion.
La circulaire du 30 janvier 1997 indique que la notion d' " emploi " au sens de l'article 13 de la constitution et de l'ordonnance du 28 novembre 1958 portant LO concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat, est plus large que celle d' " emploi budgétaire " ou que celle d' " emploi permanent ", et inclut notamment les emplois de direction des établissements publics et entreprises publiques. Mais il est précisé que ne constituent pas des emplois publics les fonctions de membres de conseil d'administration ou de commissions diverses.

2- A ce sujet, il faut remarquer que la loi relative à l'Autorité de régulation des télécommunications énonce que le mandat est incompatible " avec tout autre emploi public ". Toutefois, il existe ici une ambiguïté, et cela d'autant plus que la même expression était utilisée dans le projet de loi concernant la Commission de régulation de l'électricité mais ne se retrouve pas dans la loi adoptée (il y a incompatibilité " avec tout emploi public ").

B. Forme de la désignation

Remarques préalables : sur les conditions de choix des membres quant à leur qualité, voir supra l'analyse de cette situation. Et il est rappelé ici que le Conseil supérieur de l'audiovisuel est la seule instance pour laquelle la loi ne pose aucune condition quant à la qualité des personnes choisies.

1. Typologie

Les formes de la désignation sont, elles aussi, très diverses. Les autorités administratives indépendantes étudiées présentent une pluralité de cas de figure avec des distinctions selon les instances et selon les catégories de membres. Globalement, trois hypothèses peuvent être distinguées :

a) La décision de nomination n'est subordonnée à aucune procédure préalable quant au choix. Le pouvoir de nomination est alors discrétionnaire.

b) La décision de nomination est subordonnée à l'exercice d'une proposition (selon plusieurs modalités possibles). Le pouvoir de nomination est dans cette hypothèse conditionné mais non totalement lié.

c) La décision de nomination est dissociée de la désignation. Dès lors l'acte de nomination est purement formel : le choix d'une personne revient à une autre autorité investie de la compétence de " désignation ".

Les différentes modalités font l'objet d'un panachage variable, et de surcroît, assorti de quelques nuances complémentaires et de cas particuliers (sans oublier les cas spécifiques, évoqués plus haut, de certains présidents d'instance). L'ensemble est donc complexe comme le montre un examen précis des cas de figure.

2. Présentation des diverses modalités

a) Absence de proposition ou désignation par une autre autorité préalablement à l'acte de nomination :

- Commission des participations et des transferts (pour tous les membres y compris le Président).

- Autorité de régulation des télécommunications : le pouvoir de nomination est partagé et discrétionnaire. Mais le Président de l'Autorité de régulation des télécommunications est obligatoirement l'un des membres nommés par décret.

- Commission de régulation de l'électricité : système similaire à celui de l'Autorité de régulation des télécommunications.

- Comité de la réglementation bancaire et financière et Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement : il n'existe pas de proposition ou désignation préalable, cependant la loi dispose que " les titulaires sont choisis au sein du Conseil national du crédit et du titre ". En conséquence, le choix est restreint.

b) Existence d'une procédure de proposition ou avis :

Il peut s'agir de la proposition d'une personne ou de la présentation d'une liste, ou encore d'un avis requis.

- Commission de la sécurité des consommateurs : tous les membres (hors le Président) sont choisis sur proposition de diverses instances selon les catégories des membres. Pour les membres de juridictions, les propositions sont émises par les assemblées générales du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes et de la Cour de cassation. Pour les autres catégories de membres, il y a présentation de listes. A cette proposition s'ajoute un autre élément procédural : les nominations sont décidées " après avis des ministres intéressés ".

- Commission de contrôle des assurances : la procédure de proposition concerne seulement les trois membres de juridictions : ici les propositions émanent des chefs de corps (vice-président du Conseil d'Etat, Premiers Présidents de la Cour de cassation et de la Cour des comptes).

- Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance : procédure identique à celle de la Commission de contrôle des assurances pour les membres de juridictions. Par ailleurs l'une des " personnalités " est choisie dans le secteur de la mutualité après avis du Conseil supérieur de la mutualité.

- Commission des clauses abusives : la procédure de proposition ne concerne que les membres de juridictions, et ici la proposition émane du ministre de la justice. Par ailleurs les deux " personnalités " sont choisies après avis du Conseil national de la consommation. Aucune procédure n'existe pour les autres membres.

- La Commission bancaire : la procédure de proposition ne concerne que les membres de juridictions et la proposition émane des chefs de corps.

- Conseil de la concurrence : il y a une nette particularité dans la

mesure où quatre personnalités sont choisies sur une liste de huit noms présentée par huit membres (ou anciens membres) de juridictions faisant partie du Conseil de la concurrence (donc ici un mécanisme de proposition (cooptation)). Mais les huit membres de juridictions et les cinq autres membres ne font pas l'objet d'une procédure de proposition. Il faut cependant ajouter que tous les décrets de nomination sont pris " sur le rapport du ministre chargé de l'économie " (cela peut laisser supposer des " propositions ", mais c'est incertain…).

c) Dissociation des pouvoirs de nomination et de désignation :

- Conseil supérieur de l'audiovisuel : tous les membres sont nommés par décret mais le Président de la République n'en désigne que trois (dont le Président). Les six autres membres sont désignés par le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat.

- Commission nationale de l'équipement commercial : la dissociation des pouvoirs concerne tous les membres : la loi énumère les autorités compétentes pour désigner respectivement les quatre membres des grands corps de contrôle de l'Etat et les quatre personnalités qualifiées (pour les premiers il s'agit des chefs de corps, pour les seconds des Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, et des ministres chargé du commerce et chargé de l'emploi). L'acte de nomination de tous les membres est un décret.

- Commission des opérations de bourse : il faut rappeler ici l'originalité de cette instance. Tous les membres (hors le Président) sont " désignés " ou " nommés " par diverses autorités (et non par le pouvoir exécutif), et ces nominations sont publiées au journal officiel sous forme d'un " avis relatif à la composition de la Commission des opérations de bourse ".

Un point mérite d'être souligné : l'intervention des Présidents des assemblées parlementaires, ou encore du Président du Conseil économique et social, comme autorités de " nomination " ou de " désignation " semble se développer. Elle existe dans cinq des instances étudiées : le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des télécommunications, la Commission de régulation de l'électricité, la Commission des opérations de bourse, la commission nationale d'équipement commercial.

Section III - Statut des membres

A. Caractères du mandat

Sont présentés ici les différents traits (fort variables) qui caractérisent le mandat de membre d'une Autorité administrative indépendante, ainsi que la question des mécanismes de représentation et suppléance des membres dans l'exercice des fonctions.

1. La durée du mandat et les caractères non-renouvelable et non-révocable

Le tableau ci-dessous récapitule ces traits du mandat (les autorités étant classées dans l'ordre de durée du mandat) :

AUTORITES	DUREE	CARACTERES
Commission de la sécurité des consommateurs	Président 5 ans Autres membres 3 ans	Renouvelable une fois (tous) Néant à propos du caractère non révocable
Commission des clauses abusives	3 ans	Renouvelable Néant à propos du caractère non révocable
Comité de la réglementation Bancaire et financière	3 ans (membres nommés)	Néant
Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement	3 ans (membres nommés)	Néant
Commission des opérations de bourse	Président 6 ans Autres membres 4 ans	Président non renouvelable Autres membres renouvelables une fois Néant à propos du caractère non révocable

Commission de contrôle des assurances	5 ans	Néant à propos du caractère non renouvelable Non révocable
Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance	5 ans	Néant à propos du caractère renouvelable Non révocable
Commission des participations et des transferts	5 ans	Néant
Conseil supérieur de l'audiovisuel	6 ans	Non renouvelable Non révocable
Conseil de la concurrence	6 ans	Renouvelable Néant à propos du caractère non révocable
Autorité de régulation des télécommunications	6 ans	Non renouvelable Non révocable
Commission de régulation de l'électricité	6 ans	Non renouvelable Non révocable
Commission nationale d'équipement commercial	6 ans	Non renouvelable Néant à propos du caractère non révocable
Commission bancaire	6 ans (membres nommés)	Néant

Le bilan concernant les quatorze instances étudiées est donc le suivant :

1) Trois seulement sont régies par des dispositions qui précisent à la fois que le mandat est non renouvelable et non révocable (Conseil supérieur de l'audiovisuel, Autorité de régulation des télécommunications, Commission de régulation de l'électricité).

2) Dans deux cas, il est précisé que le mandat est non-renouvelable, mais sans indication sur le caractère non-révocable : Commission des opérations de bourse pour le Président, Commission nationale d'équipement commercial.

3) Dans deux cas en revanche, il est précisé que le mandat est non révocable… mais sans indication au sujet du caractère renouvelable ou non : Commission de contrôle des assurances, Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance.

4) Dans quatre cas, il est précisé que le mandat est renouvelable (avec limite ou non), mais sans indication sur le caractère non révocable : Commission de la sécurité des consommateurs (une fois), Commission des clauses abusives, Commission des opérations de bourse (une fois à l'exclusion du Président), Conseil de la concurrence.

5) Dans quatre cas, les textes ne donnent aucune indication : Comité de la réglementation bancaire et financière, Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, Commission bancaire, Commission des participations et des transferts.

L'ensemble est donc tout à fait hétérogène et lacunaire. Si les textes relatifs aux trois autorités dont les membres ont pour particularité d'exercer leurs fonctions à plein temps sont précis, pour le reste les différences établies et les silences du législateur sont surprenants. Il convient d'insister sur le fait que les caractères non renouvelable et non révocable du mandat constituent des garanties d'indépendance, même si l'effectivité de celle-ci en pratique ne dépend pas uniquement de ces éléments. Et si l'on peut supposer, dans le silence du texte, que le mandat de membre d'une autorité administrative indépendante n'est pas révocable, la précision dans le texte ne serait pas superflue. Il paraît étonnant que cette mention ne figure pas dans les textes relatifs, particulièrement, à ces deux importantes instances que sont la Commission des opérations de bourse et le Conseil de la concurrence. Et d'une façon générale une certaine mise en cohérence des dispositions semble s'imposer.

On notera par ailleurs qu'il existe dans certains cas des dispositions relatives à la limite d'âge des membres. Elles sont peu fréquentes, et de deux sortes. D'une part on retrouve ici la spécificité de ces trois autorités que sont le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des télécommunications et la Commission de régulation de l'électricité puisque dans ces trois cas seulement la loi dispose que les membres ne peuvent être nommés au-delà de l'âge de soixante-cinq ans. D'autre part pour quatre instances la loi (ou le décret) précise que le mandat n'est pas

interrompu par les règles concernant la limite d'âge éventuellement applicables aux intéressés : Commission des opérations de bourse, Conseil supérieur de l'audiovisuel, Commission nationale d'équipement commercial, Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance.

Pourquoi celles-ci et non d'autres ? Là encore on recherche les raisons des différences. Il en va de même à propos de la question des conditions d'exercice du mandat, c'est à dire les mécanismes de suppléance et représentation.

2. Représentation et suppléance

Tout d'abord, il est à noter que les dispositions relatives à la démission d'office en cas d'absence sont rares. Pour trois instances seulement, la loi énonce que tout membre titulaire qui n'assiste pas, sans motif légitime, à trois réunions consécutives est déclaré démissionnaire d'office : le Conseil de la concurrence, la Commission de la sécurité des consommateurs, et la Commission des clauses abusives. Un régime sévère ici, et non ailleurs ? Pour quelles raisons ? Si cette règle a son intérêt en raison d'un absentéisme fréquent dans ce genre d'instance, elle mérite d'être étendue à d'autres.

Ensuite, dans les trois instances de contrôle des banques existent à la fois la représentation pour les membres de droit et la suppléance pour les membres nommés. La représentation ne concerne que les membres de droit, et n'existe donc dans aucune autre instance. Il faut souligner qu'aucune condition n'est posée pour le choix des représentants.

Quant à la suppléance, elle est instituée dans trois instances : la Commission de contrôle des assurances, la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance, la Commission des clauses abusives (toutefois ici cela ne concerne pas le Président, mais il existe un vice-président qui peut présider certaines formations restreintes).

L'existence d'un système de suppléance n'est pas liée au fait que les membres n'exercent pas leurs fonctions à plein temps. En effet il y a bien absence de suppléants pour des membres exerçant à plein temps (Conseil supérieur de l'audiovisuel, Autorité de régulation des télécommunications, Commission de régulation de l'électricité, et les Président et vice-président du Conseil de la concurrence), mais il y a aussi absence de suppléants alors que les fonctions ne sont pas à plein temps. Il serait sans doute plus utile de prévoir ce système de suppléance.

Et la suppléance n'est pas propre à un type particulier de composition.

En effet les autorités qui connaissent la suppléance des membres ont des compositions variables. Autrement dit, la suppléance peut concerner aussi bien les membres de juridictions, les personnalités qualifiées, les représentants d'institutions.

En conséquence la suppléance serait applicable à la Commission des opérations de bourse, à la Commission de la sécurité des consommateurs, aux membres du Conseil de la concurrence, à la Commission nationale d'équipement commercial, à la Commission des participations et des transferts.

- Enfin un dernier point mérite d'être souligné : il est rare que le législateur ait prévu le remplacement du président d'une autorité, en cas d'absence ou d'empêchement. Une disposition en ce sens existe pour :

- le Conseil supérieur de l'audiovisuel : le Président est remplacé par le membre le plus âgé du collège,

- la Commission d'équipement commercial : le président est suppléé par le membre de la Cour des comptes et en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci par le membre de l'Inspection générale des finances.

- la Commission de la sécurité de consommateurs : le Président est remplacé par le membre du Conseil d'Etat, ou, à défaut, par le magistrat de l'ordre judiciaire, ou, à défaut, par le membre de la Cour des comptes.

Etant donné, d'une façon générale, l'importance de la fonction de président d'une instance, il ne semble pas négligeable d'énoncer dans la loi les conditions de son remplacement.

B. Incompatibilité et obligations d'information sur les activités et d'impartialité

1. Incompatibilités

Trois autorités se distinguent nettement des autres puisque leurs membres sont soumis à un régime d'incompatibilité générale. Pour le reste, deux instances connaissent un régime d'incompatibilité limitée, les autres aucun, sous réserve de deux cas particuliers.

a) Les membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel, de l'Autorité de régulation des télécommunications, et de la Commission de régulation de l'électricité exercent leurs fonctions à plein temps, et sont donc

soumis à un régime d'incompatibilité générale. En dépit de la similarité entre les trois, il existe cependant quelques variations :

• Par exemple à propos de l'incompatibilité avec un mandat électif, il s'agit pour les membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel de " *tout mandat électif* ", pour ceux de l'Autorité de régulation des télécommunications de " *tout mandat électif national* " et pour ceux de la Commission de régulation de l'électricité de " *tout mandat électif communal, départemental, régional, national ou européen* ". A l'évidence dans ce dernier cas le législateur s'est voulu précis…

• Concernant l'incompatibilité avec un emploi public, il convient de rappeler ici que la loi relative à l'Autorité de régulation des télécommunications énonce une incompatibilité avec " *tout autre emploi public* ", expression qui se trouvait aussi dans le projet relatif à la Commission de régulation de l'électricité, mais a été écartée.

• La détention directe ou indirecte d'intérêts dans une entreprise est prohibée de façon différente puisque cela touche dans chaque cas le secteur concerné.

• Pour les membres de la Commission de régulation de l'électricité, la loi dispose qu'ils ne peuvent être membre du Conseil économique et social.

b) Un régime d'incompatibilité limitée est appliqué aux membres de la Commission de contrôle des assurances et de la Commission des participations et des transferts. Il s'agit d'incompatibilités avec des activités liées aux secteurs concernés par l'action de ces instances.

c) Par ailleurs, deux cas particuliers sont à relever, qui ont en commun une soumission " aux règles d'incompatibilités prévues pour les emplois publics " *: tel est le cas du Président de la Commission des opérations de bourse, et du Président et des vice-présidents du Conseil de la concurrence. Toutefois si ces derniers exercent leurs fonctions à plein temps, ce n'est pas le cas du premier (il peut exercer des fonctions dans une activité économique et financière). On retrouve ici l'ambiguïté de la nature de la fonction de membre d'une autorité administrative indépendante (emploi public ou non ?) et donc du régime juridique qui la gouverne.*

Si l'on rapproche la composition des autorités et les règles d'incompatibilités (hors le cas spécifique du Conseil supérieur de l'audiovisuel, de l'Autorité de régulation des télécommunications et de la Commission de régulation de l'électricité), on peut constater :

• d'une part, que l'absence d'incompatibilité avec des activités liées au secteur concerné s'explique logiquement lorsque des instances comprennent parmi leurs membres des représentants du secteur (des " professionnels " es-qualité). Tel est le cas du Conseil de la concurrence, de la Commission des opérations de bourse, du Comité de la réglementation bancaire et financière, du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, de la Commission de la sécurité des consommateurs, et de la Commission des clauses abusives.

• d'autre part, que les instances qui ne comprennent pas de représentants du secteur, mais des " personnalités choisies en raison de leur compétence " se répartissent en deux catégories : soit il existe des incompatibilités partielles (Commission de contrôle des assurances, Commission des participations et des transferts), soit il n'y a pas d'incompatibilités (Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance, Commission nationale d'équipement commercial, Commission bancaire).

Les justifications de ces différences ne sont pas évidentes et soulèvent une interrogation.

2. Obligations d'information sur les activités, et d'impartialité

Ces obligations ne sont que rarement énoncées.

- Trois instances se distinguent en raison de la soumission de leurs membres aux deux obligations : d'une part informer sur les intérêts qu'ils détiennent ou les fonctions qu'ils exercent dans une activité économique, d'autre part ne pas délibérer dans une affaire où ils ont un intérêt ou s'ils représentent l'une des parties intéressées. Il s'agit du Conseil de la concurrence, de la Commission des opérations de bourse et de la Commission nationale d'équipement commercial.

- Par ailleurs, les membres de la Commission des clauses abusives sont soumis à l'obligation d'impartialité.

- L'interdiction de délibérer dès lors qu'un lien existe avec l'affaire est une application de l'obligation d'impartialité de portée générale qui s'impose à toute personne exerçant des fonctions administratives. Il convient ici de rappeler que le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 juillet 1989 (loi relative à la sécurité et la transparence du marché financier) avait affirmé à propos de la Commission des opérations de bourse : " *l'absence d'un régime d'incompatibilités n'est pas de nature à altérer l'indépendance dès lors que la commission des opérations de*

bourse est, à l'instar de tout organisme administratif, soumise à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent ".

A cet égard, le législateur a fait preuve de précision (une fois n'est pas coutume) dans la loi du 10 février 2000 à propos de la Commission de régulation de l'électricité. L'article 35 dispose (à la différence du projet d'origine) que les membres et agents de la Commission " *exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instruction du gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou organisme* ". La mention de cette obligation d'impartialité prouve son importance. Elle pourrait donc trouver utilement sa place dans d'autres textes instituant des autorités administratives indépendantes.

3. Procédure de démission d'office (en cas de non-respect des règles d'incompatibilités ou des obligations)

On constate une absence totale d'unité en la matière.

• D'une part, dans divers cas la loi est muette : Autorité de régulation des télécommunications, Commission des opérations de bourse, Commission de contrôle des assurances, Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance, et les trois instances de contrôle des banques.

• D'autre part, lorsque la procédure est prévue elle connaît des modalités variables :

- Concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel : la démission d'office est décidée par le Conseil statuant à la majorité des deux tiers des membres.

- Concernant la Commission de régulation de l'électricité : la démission d'office est décidée par arrêté du ministre chargé de l'énergie après consultation de la Commission.

- Concernant le Conseil de la concurrence : la décision relève ici aussi du ministre, mais sans consultation du Conseil.

- Concernant la Commission des participations et des transferts : la décision relève de la Commission statuant à la majorité des membres (le Président ayant voix prépondérante en cas de partage).

Compte tenu de la portée non négligeable d'une déclaration de démission d'office, un effort de précision et d'harmonisation de la part du législateur apparaît souhaitable.

C. Obligation au secret

Pour la quasi-totalité des autorités étudiées, les textes posent l'obligation du secret professionnel.

Les membres du Comité de la réglementation bancaire et financière n'y sont pas soumis, en raison sans doute de l'objet des fonctions. Mais il est fort surprenant de constater le silence des textes relatifs au Conseil de la concurrence sur cette question. Les fonctions exercées par les membres de cette instance semblent bien appeler impérativement le respect du secret professionnel.

L'énoncé de la règle du secret professionnel s'accompagne de la référence à l'article 226-13 du Code pénal (et parfois 226-14) dans tous les cas sauf trois : l'Autorité de régulation des télécommunications, la Commission de régulation de l'électricité, la Commission des participations et des transferts. Cette omission n'a peut-être pas une importance fondamentale, mais elle est curieuse.

Parfois, des précisions relatives aux limites de l'obligation au secret professionnel sont énoncées : non-opposabilité aux juridictions, transmission possible d'informations à certaines conditions. Il en va ainsi pour la Commission des opérations de bourse, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, la Commission bancaire, la Commission de contrôle des assurances, la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance. Là encore on peut s'interroger sur l'absence d'indication dans les textes relatifs aux autres instances.

Mais par ailleurs, deux instances se distinguent des autres car leurs membres sont soumis à une obligation de " secret ", sans mention du secret professionnel : la Commission des clauses abusives et la Commission nationale d'équipement commercial. L'obligation ici est celle de discrétion professionnelle qui s'apparente à celle s'imposant aux fonctionnaires : une obligation, dans l'intérêt du service, destinée à protéger la confidentialité (le secret). Cela est distinct du secret professionnel qui, lui, vise la protection des secrets des entreprises et des particuliers.

On notera, en outre, que pour ces deux instances, cette obligation de " secret " sur les documents, délibérations, votes, est fixée non par la loi mais respectivement par décret (pour la Commission nationale d'équipement commercial) et par le seul règlement intérieur pour la Commission des clauses abusives.

Au total, la règle du secret professionnel est fréquente mais non générale, ce qui peut paraître anormal en raison des fonctions des autorités. Et l'énoncé de la règle est plus ou moins précis, ce qui peut sembler peu cohérent…

Le constat de diversité doit enfin être complété en rappelant les particularités concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel. D'une part la loi, tout en faisant référence à propos du secret professionnel, à l'article 226-13 du Code pénal, fait aussi référence à l'ancien article 75 du Code pénal relatif au secret de la défense nationale. La rédaction du texte est curieuse dans la mesure où elle semble lier deux éléments qui sont distincts. D'autre part les membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel sont astreints à une obligation de réserve restreignant leur liberté d'expression : ils doivent s'abstenir de toute prise de position publique sur les questions dont le Conseil a ou a eu à connaître, ou qui sont susceptibles de lui être soumises.

Si l'hétérogénéité des données organiques est patente, dans quelle mesure faut-il remédier à cette apparent " désordre " ? Chaque autorité a une spécificité répondant à un problème particulier, et la diversité de ces structures indépendantes reflète directement la nécessité d'une adaptation aux exigences de chaque secteur concerné. L'étude du Conseil d'Etat sur les autorités administratives indépendantes dans le rapport 2001 souligne à cet égard qu' " on ne saurait trop insister sur l'irréalisme d'un modèle juridique uniforme ". Il est vrai que la recherche d'une uniformité pour les autorités administratives indépendantes ne se justifie pas en raison des différences de fonctions et de pouvoirs. Par contre, la recherche d'une cohérence est souhaitable. Les autorités administratives indépendantes ont un certain nombre de traits communs qui mériteraient une expression plus harmonisée. Et des silences de la loi sur certains points donnent une impression d'élaboration inachevée, alors même qu'il s'agit de mettre en place des institutions dont le rôle dans la régulation de la société n'est pas secondaire.

REGARD SUR LA DEPENDANCE FONCTIONNELLE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES

Gaëtan Guerlin
ATER à l'Université de Picardie Jules Verne

1. L'intervention des instances de régulation sur les secteurs économiques et financiers ne peut être sérieusement maîtrisée sans avoir précisé au préalable la nature et l'importance de leurs moyens de fonctionnement. Des moyens humains, techniques et financiers doivent en effet immanquablement être mobilisés pour permettre aux autorités administratives indépendantes d'atteindre les objectifs définis par le législateur. Particulièrement, ces moyens doivent leur permettre de remplir leurs missions en leur assurant en même temps un certain degré d'autonomie. Il en va tant de leur efficacité que de leur indépendance. Il importe alors de connaître les moyens d'action utilisés par les autorités de régulation, mais aussi de comprendre la manière dont ces moyens sont mis à leur disposition. Par delà ce travail de recherche propre à chaque autorité, il s'agit dans cette étude d'observer le mode de fonctionnement des autorités dans sa globalité. Il faudra ainsi s'extraire des modalités d'action particulières pour tenter d'identifier une logique d'ensemble qui caractériserait le fonctionnement des autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier.

2. L'étude des normes législatives ou réglementaires régissant les modes techniques de fonctionnement des autorités administratives indépendantes révèle un manque partiel de précision et, *a fortiori*, un manque général d'information. Si l'information relative aux modes d'action des autorités administratives indépendantes relève d'un souci de transparence[1], cette transparence témoigne quant à elle de la volonté d'instaurer un sentiment de confiance entre l'administration et les administrés. Il faut pourtant noter aujourd'hui que cette transparence n'est pas totalement effective, et que dans le silence ou l'imprécision des textes, il appartient au bon vouloir de chacun des organes régulateurs d'informer le public des moyens précis dont il dispose.

Dans son rapport d'activité pour l'année 1998, la Commission de contrôle des assurances se déclare expressément favorable, sous réserve du respect du secret professionnel, à l'information de son mode de fonctionnement. Ainsi considère-t-elle que " *l'explicitation de ses méthodes et de ses actions est de nature à favoriser l'exercice du*

1- La loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations a visé en ce sens à renforcer la transparence des autorités administratives en facilitant notamment l'accès des règles de droit aux citoyens. V. JO du 13 avril 2000 p. 5646 ; S. Salon, " Relations entre les citoyens et les administrations ", Cahiers de la fonction publique, mai 2000, p. 15.

contrôle du marché français et à consolider la crédibilité acquise par l'assurance française auprès de la communauté financière internationale[2]". L'explication des modes de fonctionnement des autorités administratives indépendantes va dans le sens d'une meilleure compréhension de l'appareil d'Etat. Cette transparence est indispensable à la bonne appréhension des dispositifs nationaux, elle favorise la confiance envers les institutions[3] et permet de surcroît la reconnaissance par les acteurs étrangers du système économique français.

3. La multiplicité des autorités administratives indépendantes constitue une première difficulté pour les acteurs économiques dans l'analyse de leurs rôles et de leurs fonctionnements respectifs. La multiplication des textes constitue assurément une seconde difficulté d'analyse. A cet égard, on a pu noter la (trop ?) grande fréquence des modifications textuelles[4]. D'une manière générale, on peut dire que ces textes sont multiples et épars, parfois incomplets ou abscons. Il en résulte alors une certaine difficulté quant à la visibilité et l'appréhension des données juridiques. La codification en 1993 du droit de la consommation a certes facilité la recherche des dispositions régissant la Commission des clauses abusives et la Commission de la sécurité des consommateurs. Dans le même sens, les codifications du droit des assurances, des télécommunications, et de la sécurité sociale favorisent la recherche des données juridiques concernant la Commission de contrôle des assurances, l'Autorité de régulation des télécommunications et la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance. Mais s'agissant des autres autorités administratives indépendantes, il faut avouer que la recherche ou la synthèse des lois, décrets ou arrêtés applicables n'est pas optimisée pour les acteurs économiques. La multiplication des textes, leur technicité mais aussi leur manque de précision tendent alors à reléguer un peu plus l'adage selon lequel " nul n'est censé ignorer la loi " au titre de légende. Il faut pourtant éviter que la législation soit elle-même un rempart à sa compréhension[5].

2- Rapport d'activité de la Commission de contrôle des assurances pour 1998, p. 7.

3- Les autorités administratives indépendantes représentent juridiquement l'Etat français. Elles doivent à ce titre répondre aux mêmes exigences d'intégrité que ce dernier. En conséquence, les secteurs économiques ne pourront être efficacement régulés sans un sentiment profond de confiance à leur égard. La Commission des opérations de bourse démontra par exemple combien la suspicion d'un délit d'initié en son sein est susceptible de discréditer aux yeux du public le fonctionnement entier d'une institution (F. Lhomme, M. Orange, " Arbitraire, imprévisible, toute-puissante…. la COB ", Le Monde, jeudi 13 juillet 2000, p. 16).

4- On visera pour s'en convaincre la liste des textes régissant les autorités administratives indépendantes (cf. *infra* l'annexe relative aux textes applicables). Pour un bilan général concernant l'inflation normative : v. les développements et références de G. Dupuis, M.J. Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, 7ème éd. 2000, Armand Colin, p. 158.

5- La doctrine a démontré la difficulté de simplifier le langage législatif notamment dans des domaines de haute technicité. L'objectif de simplification ne doit pourtant pas être écarté dans la mesure où il tend ici vers un égal accès des acteurs économiques à la compréhension des systèmes de régulation. " *L'égalité des citoyens est au cœur de l'objectif de simplification du langage législatif. Elle est tout d'abord ce qui justifie théoriquement l'objectif, car l'égalité des citoyens commande leur égal droit à accéder à une meilleure compréhension de la loi. Elle est ensuite ce qui guide la réalisation concrète de l'objectif, car la simplification doit emprunter des voies capables d'assurer l'égalité vécue des sujets de droit* " : D. Gutmann, " L'objectif de simplification du langage législatif ", *in* Les mots de la loi, sous la direction de N. Molfessis, Economica, 1999, p. 76.

4. La doctrine administrativiste a noté la relativité de l'indépendance des autorités administratives[6]. Les moyens techniques de fonctionnement illustrent cette relativité dans la mesure où les crédits et le personnel qu'elles utilisent sont dans une large majorité mis à leur disposition par le Gouvernement. Les autorités administratives indépendantes sont en effet dépourvues de personnalité juridique. Elles n'ont aucun patrimoine propre. Il en résulte une soumission vis à vis du pouvoir exécutif et des administrations classiques. Alors que l'indépendance des autorités administratives indépendantes est classiquement assurée " *tant organiquement (par des règles de composition et des garanties statutaires) que fonctionnellement (ces autorités ne reçoivent notamment ni ordre, ni instruction ; elles ne sont assujetties à aucun pouvoir hiérarchique ou de tutelle)*[7] ", le risque serait que cette indépendance soit remise en cause indirectement par le pouvoir exécutif disposant d'un rôle prépondérant dans l'établissement de leurs moyens de fonctionnement. L'indépendance ne répond il est vrai à aucune norme constitutionnelle. Elle conditionne toutefois la qualification d'autorité administrative indépendante. Dès lors, cette qualification est-elle toujours pertinente ? Il importera au cours de l'analyse de vérifier si les crédits et les moyens techniques ou humains garantissent effectivement aux autorités une indépendance fonctionnelle dans la régulation des secteurs économiques.

5. Le mode de fonctionnement des autorités administratives indépendantes reste ainsi à clarifier. C'est dans ce but informatif et en étudiant particulièrement les dispositions législatives et réglementaires en vigueur qu'il faut en dresser le bilan. A cette fin, nous centrerons l'analyse autour des éléments principaux permettant aux autorités administratives indépendantes étudiées de fonctionner. Les règlements intérieurs sont en premier lieu des éléments importants puisqu'ils sont par nature destinés à préciser les règles de fonctionnement des autorités administratives indépendantes. Les rapports annuels d'activité des autorités méritent également qu'on s'y intéresse dans la mesure où ils relatent *a posteriori* la vie et le fonctionnement des autorités. Si le personnel administratif et les crédits constituent des rouages essentiels du dispositif, il semble encore intéressant de comprendre le rôle et les pouvoirs du commissaire du Gouvernement dans le fonctionnement des autorités.

Deux axes de réflexion permettront de mieux saisir la manière dont fonctionnent finalement les autorités administratives indépendantes. Si

6- V. les réflexions de M.J. Guédon écrivant à ce propos que " *les données statutaires révèlent que l'indépendance connaît certes des degrés : certaines autorités ont une indépendance plus solidement assise que d'autres. Mais cette indépendance connaît toujours des handicaps qui la fragilisent. Peut-il en aller autrement dans un système politico-administratif marqué par la forte prééminence du pouvoir exécutif ? Le " gouvernement-législateur ", en créant ce type d'instances, cherche à donner un autre visage à la régulation étatique mais sans se mutiler pour autant* " : M.J. Guédon, Les autorités administratives indépendantes, LGDJ, 1991, p. 36 s., 62 s. et 85.

7- C. Teitgen-Colly, " Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution ", La vie judiciaire, n° 2179 du 11 au 17 janvier 1988.

l'on entend par " mode " de fonctionnement " la manière générale dont un phénomène se présente ou dont une action se fait[8] ", alors on observe une relative autonomie des autorités administratives indépendantes (I). Dés lors qu'on examine précisément les " moyens " de fonctionnement, c'est à dire plus concrètement " ce qui sert pour parvenir au but, ce qui permet d'atteindre l'objectif[9] ", alors on sent la prégnance du Gouvernement sur l'action effective des autorités administratives indépendantes (II).

Section I - L'établissement par les autorités administratives indépendantes de leur mode de fonctionnement

Si la loi et le règlement fixent utilement le cadre de la mission qui leur est impartie[10], les autorités administratives indépendantes ne sont pas dénuées de toute initiative dans l'organisation de leur action. Ainsi peuvent-elles d'une part préciser leur mode de fonctionnement en établissant leurs règlements intérieurs (A). D'autre part, l'étude des rapports annuels d'activités (B) illustre la propension des autorités administratives indépendantes à préciser elles-mêmes le cadre de leur activité présente mais aussi future.

A. L'établissement *a priori* des modalités d'activité : l'exemple des règlements intérieurs

6. Les règlements intérieurs permettent de préciser les modalités techniques de fonctionnement des autorités administratives indépendantes. Du fait même de leur indépendance, ces autorités ne sont théoriquement soumises à aucune hiérarchie directe envers les pouvoirs exécutif et législatif, ni envers l'autorité judiciaire. Celles-ci doivent donc pouvoir jouir d'une certaine autonomie dans l'établissement de leur organisation interne. C'est la raison pour laquelle de nombreux textes précisent expressément que les instances de régulation adoptent elles mêmes leur règlement intérieur. Tel est précisément le cas pour :

- le Conseil supérieur de l'audiovisuel
(Loi du 30 septembre 1986, art. 4 *in fine*),
- le Conseil de la concurrence (Déc. du 29 décembre 1986, art. 8),
- l'Autorité de régulation des télécommunications (CPT, art. D 97-4),
- la Commission des opérations de bourse (c. mon. et fin., art. L621-3 I),
- la Commission nationale d'équipement commercial
(Déc. du 9 mars 1993, article 35),
- la Commission des clauses abusives (c. conso., art. R132-5),

8- *Dictionnaire encyclopédique Larousse*, V° Mode.

9- *Dictionnaire encyclopédique Larousse*, V° Mode.

10- V. *supra* chapitre II, G. Guerlin, " La genèse du désordre ".

- la Commission de régulation de l'électricité
(Loi du 10 février 2000, art. 30).

7. Les textes prévoient parfois le contenu général des règlements intérieurs (sans jamais entrer véritablement dans le détail) :

- Ainsi, l'article 4 du décret du 26 juillet 1989 précise que le règlement intérieur du Conseil supérieur de l'audiovisuel fixe " *ses modalités de délibération ainsi que les règles de procédure applicables devant lui* ".

- L'article 8 du décret du 29 décembre 1986 dispose que le règlement intérieur du Conseil de la concurrence " *fixe notamment ses conditions de fonctionnement administratif et l'organisation de ses services* ".

- L'article D97-4 du code des postes et des télécommunications précise que le règlement intérieur de l'Autorité de régulation des télécommunications " *fixe notamment les modalités de délibération ainsi que les règles de procédure applicables devant elle* ".

- Aux termes de l'article L621-3 I du code monétaire et financier, le règlement intérieur de la Commission des opérations de bourse " *précise les règles relatives aux délibérations de la Commission, notamment aux conditions dans lesquelles les affaires sont rapportées* ".

- L'article R132-5 du code de la consommation dispose quant à lui que le règlement intérieur de la Commission des clauses abusives " *définit notamment les modalités matérielles de recevabilité des saisines autres que d'origine judiciaire* ".

8. La présence systématique de l'adverbe " notamment " permet aux autorités d'élargir le contenu des règlements intérieurs, mais dans les limites d'une certaine autonomie. En effet, le législateur a parfois préféré préciser lui-même certaines dispositions concernant les modes de fonctionnement interne des autorités administratives indépendantes. A titre d'exemple, bien que l'article L621-3 I du code monétaire et financier dispose que la Commission des opérations de bourse " *précise les règles relatives aux délibérations* ", le même texte vient énoncer des règles relatives aux conditions de vote. Les textes institutifs fixent ainsi bien souvent le nombre et la qualité des membres des autorités ou encore le quorum des assemblées (v. par exemple l'article 28 de la loi du 10 février 2000 encadrant les conditions de majorité et fixant le quorum des délibérations de la Commission de régulation de l'électricité). De telles

dispositions réduisent largement le contenu des règlements intérieurs. Il va enfin de soi que les mesures adoptées par les autorités administratives dans leurs règlements intérieurs ne sauraient contredire les dispositions légales ou réglementaires.

Il faut donc en conclure que si les autorités administratives indépendantes peuvent préciser leur mode de fonctionnement par le biais des règlements intérieurs, leur liberté à cet égard demeure toutefois limitée.

B. La diffusion *a posteriori* des résultats d'activité : la rédaction des rapports annuels

9. Le rapport d'activité constitue par essence le mode d'information privilégié concernant le rôle et le fonctionnement des autorités administratives indépendantes. La rédaction du rapport permet aux autorités de dresser elles-mêmes le bilan annuel de leur activité et de réaliser un travail de synthèse sur la situation des secteurs économiques. La lecture des rapports annuels révèle que ceux-ci sont aussi pour les autorités administratives indépendantes l'occasion de légitimer leur propre existence, de préciser le cadre de leur activité, et d'affirmer pour l'avenir le caractère indispensable de leurs propres missions.

10. La rédaction des rapports d'activité est un travail encadré et parfois délicat à réaliser. La lecture des rapports démontre à ce titre la difficulté de réaliser un travail informatif complet et d'assurer en même temps le respect du secret professionnel. L'article 8 de la loi du 30 septembre 1986 astreint les membres et les agents du Conseil supérieur de l'audiovisuel au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 75 du code pénal (art. 413-10 nouveau) et, " *sous réserve de ce qui est nécessaire à l'établissement du rapport annuel* ", aux articles 226-13 et suivants du même code. Cet exemple tend à montrer qu'il appartient à chacune des autorités d'établir la limite entre l'information et la violation du secret. Cette limite semble avoir été trouvée par la Commission de contrôle des assurances qui déclare dans son rapport d'activité pour l'année 1998 " *écarter toute possibilité d'identification d'une société dont le cas n'a pas été porté incontestablement à la connaissance du public*[11]".

11. La rédaction des rapports d'activité présente une certaine hétérogénéité quant à leur forme et quant à leur contenu. Certains rapports se veulent synthétiques[12] alors que d'autres sont plus explicatifs et contiennent plusieurs centaines de page[13]. Les destinataires des rapports varient également selon les instances :

11- Rapport d'activité de la Commission de contrôle des assurances pour l'année 1998, p. 7.

12- V. par exemple les rapports d'activité de la Commission des clauses abusives qui parvient à clarifier l'essentiel de l'activité annuelle en une dizaine de pages.

13- V. par exemple les rapports rédigés par le Conseil de la concurrence ou encore les rapports du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Doivent ainsi être communiqués au Président de la République les rapports :

- de la Commission des opérations de bourse
(c. mon. et fin., art. L621-19),

- du Conseil supérieur de l'audiovisuel
(Loi du 30 septembre 1986, art. 18),

- de la Commission de la sécurité des consommateurs
(c. conso., art. L224-5).

Sont adressés au Gouvernement les rapports :

- du Conseil supérieur de l'audiovisuel
(Loi du 30 septembre 1986, art. 18),

- de l'Autorité de régulation des télécommunications
(CPT, art. L36-14),

- de la Commission de régulation de l'électricité
(Loi du 10 février 2000, art. 32).

Sont transmis au Parlement les rapports :

- du Conseil supérieur de l'audiovisuel
(Loi du 30 septembre 1986, art. 18),

- de l'Autorité de régulation des télécommunications
(CPT, art. L36-14),

- de la Commission des opérations de bourse
(c. mon. et fin., art. L621-19),

- de la Commission de régulation de l'électricité
(Loi du 10 février 2000, art. 32),

- de la Commission de la sécurité des consommateurs
(c. conso, art. L224-5).

12. Cette diversité, issue des textes, semble échapper à une logique d'ensemble. Il est vrai que les rapports sont publiés au Journal officiel, dans des bulletins spécialisés, ou rendus simplement publics. Mais pourquoi, par exemple, les rapports du Conseil de la concurrence sont-ils adressés seulement " *au ministre chargé de l'économie* " (Déc. du 29 décembre 1986, art. 7) et pas d'une manière plus large au Gouvernement ? Pourquoi le Président de la République se voit-il présenter les rapports de la Commission de la sécurité des consommateurs et pas ceux de L'Autorité de régulation des télécommunications ? Pourquoi, quand la

plupart des textes prévoient des destinataires particuliers, l'article L132-5 du code de la consommation prévoit-il que le rapport de la Commission des clauses abusives sera simplement " *rendu public* " ? Ces disparités ne s'expliquent pas toujours. Elles s'ajoutent en outre à la diversité des informations devant figurer dans les rapports.

On peut noter à cet égard la particularité de l'article L621-19 du code monétaire et financier qui dispose sans autre précision que la Commission des opérations de bourse " *établit chaque année un rapport au Président de la République et au Parlement, qui est publié au Journal officiel de la République française* ". Cette (trop ?) simple rédaction contraste avec d'autres textes prévoyant expressément la publication des bilans concernant à la fois l'activité des autorités, l'application des lois, ou le respect par les agents contrôlés de leurs obligations (Loi du 30 septembre 1986, art. 18, pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; Loi du 10 février 2000, art. 32, pour la Commission de régulation de l'électricité). Elle contraste encore avec les textes prévoyant, au delà d'un simple rapport, la possibilité pour les autorités de suggérer des modifications législatives ou réglementaires dans les secteurs économiques régulés (c. conso., art. L132-5, pour la Commission des clauses abusives ; Loi du 30 septembre 1986, art. 18, pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel[14] ; CPT, art. L36-14 pour l'Autorité de régulation des télécommunications[15]).

On peut encore noter le travail particulier demandé à la Commission de régulation de l'électricité chargée chaque année " *d'évaluer les effets de ses décisions sur les conditions d'accès aux réseaux publics et l'exécution des missions du service public de l'électricité* " (Loi du 10 février 2000, art. 32). Une telle démarche semble imposer à l'Autorité un travail de réflexion soutenu quant aux conséquences de ses décisions. Au final, et quelles que soient les exigences légales concernant le contenu informationnel du rapport d'activité, celui-ci demeure l'occasion pour l'autorité de préciser à nouveau l'étendue de sa mission.

13. L'exemple des règlements intérieurs et des rapports d'activité démontre qu'en marge de la loi et du règlement, les autorités administratives indépendantes ont la faculté relative de préciser leur mode de fonctionnement. Dans la majorité des situations, le législateur n'a fait que prévoir simplement la nécessité d'établir le règlement intérieur ou le rapport annuel d'activité. Mais les autorités administratives indépendantes profitent de l'occasion. Elles exploitent cette faculté inattendue qui leur permet de fixer le plus favorablement possible leur propre mode de fonctionnement. S'agissant plus directement du contrôle

14- D'une manière plus ponctuelle, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut également adresser au Gouvernement des recommandations pour le développement de la concurrence dans les activités de communication audiovisuelle (Loi du 30 septembre 1986, art. 17).

15- Ce pouvoir de suggestion vient renforcer le rôle consultatif de l'Autorité de régulation des télécommunications. Celle-ci est en effet consultée, aux termes de l'article L36-5 de code des postes et télécommunications, " *sur les projets de loi de décret ou de règlement relatifs au secteur des télécommunications et participe à leur mise en oeuvre* ".

de leurs moyens d'action, la situation est différente, et l'on observe la prédominance manifeste du Gouvernement.

Section II - L'établissement par le Gouvernement des moyens de fonctionnement

Si la mise à disposition des moyens humains et financiers des autorités administratives indépendantes (A) dépend largement des décisions gouvernementales, la mise en œuvre de ces moyens de fonctionnement est elle-même influencée par les choix gouvernementaux. Il s'agit pour s'en convaincre d'insister sur le rôle du commissaire du Gouvernement au sein des autorités administratives indépendantes (B).

A. La mise à disposition des moyens humains et financiers des autorités administratives indépendantes

1. Le personnel administratif des autorités administratives indépendantes

14. Les autorités administratives indépendantes jouissent pour la plupart de services mis à la disposition du Président et d'un secrétariat assisté d'un secrétaire général. Les moyens humains varient en fonction des missions imparties aux autorités, et sont dans une large proportion mis à disposition par un ministère de rattachement. Cette dépendance vis à vis du pouvoir exécutif met à mal le statut général d'indépendance des autorités administratives. Au final, une autorité administrative agira d'autant plus indépendamment qu'elle aura à sa disposition un personnel propre et spécialisé plutôt que le personnel administratif occasionnellement détaché d'un ministère particulier.

Les textes désignent dans une grande majorité le Président de l'autorité comme chef hiérarchique du personnel administratif. Selon une formule consacrée, les autorités disposent ainsi " *de services placés sous l'autorité du Président* " (v. par exemple l'article 7 de la loi du 30 septembre 1986 pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'article L36-3 CPT pour l'autorité de régulation des télécommunications, ou l'article 30 de la loi du 10 février 2000 pour la Commission de régulation de l'électricité). Le Président est par ailleurs généralement assisté dans ses fonctions d'un directeur général. Tel est le cas pour les présidents du Conseil supérieur de l'audiovisuel (le directeur du conseil supérieur de l'audiovisuel présente la particularité d'être nommé par décret du Président de la République, Déc. du 26 juillet 1989, art. 10), de l'Autorité de régulation des télécommunications (CPT, art. D97-9), de la Commission des

de bourse (Déc. du 3 janvier 1968, art. 5).

Un souci du législateur a été de permettre une certaine souplesse dans la mise à disposition des autorités de leur personnel administratif. Les autorités administratives indépendantes jouissent dans l'appareil d'Etat d'un statut particulier et dérogatoire dont le fondement même doit consister en une certaine autonomie de fonctionnement. La loi a donc prévu des dérogations pour permettre aux autorités de recruter des agents contractuels aux statuts plus souples que celui des fonctionnaires (v. par exemple l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique d'Etat, l'article L36-3 CPT relatif au fonctionnement de l'autorité de régulation des télécommunications, l'article 8 du décret du 26 juillet 1989 pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel, ou encore l'article 30 de la loi du 10 février 2000 régissant la Commission de régulation de l'électricité).

15. Cependant, la tendance générale démontre encore une dépendance effective des autorités administratives vis à vis du Gouvernement dans la mise en place des besoins humains. Concrètement, la plupart des autorités sont paralysées sans un soutien ministériel.

On rappellera pour illustrer ce propos que les présidents du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de l'Autorité de régulation des télécommunications peuvent faire appel " *avec l'accord des ministres intéressés, aux services de l'Etat dont le concours est nécessaire* (indispensable ?) " à l'accomplissement de leurs missions (Déc. du 26 juillet 1986, art. 5 et CPT, art. D97-5). On précisera encore que " *le secrétariat de la Commission nationale d'équipement commercial siégeant en matière d'équipements commerciaux est assuré par les services de la direction du commerce intérieur et, lorsqu'elle siège en matière d'équipements hôteliers, par les services de la direction du tourisme* " (Déc. du 9 mars 1993, art. 29), que les membres de l'inspection générale des affaires sociales sont mis à la disposition de la Commission de contrôle des assurances " *dans des conditions définies par décret* " (c. ass., art. L310-13). Le personnel des autorités administratives indépendantes est constitué largement de fonctionnaires en position d'activité (comme par exemple dans le cas de l'Autorité de régulation des télécommunications : CPT, art. L36-3) ou en position de détachement (comme l'illustre la Commission de régulation de l'électricité : Loi du 10 février 2000, art. 30). Le rôle des ministères est ainsi de premier plan.

16. Si les fonctions exercées par le personnel administratif varient naturellement selon les missions conférées aux autorités, un mot mérite d'être dit à propos des enquêteurs et des contrôleurs. Les autorités administratives indépendantes exercent un rôle de " gendarme " dans la

régulation des secteurs économiques et financiers. Les dénominations choisies pour la Commission de " contrôle " des assurances et à la Commission de " contrôle " des mutuelles et institutions de prévoyance témoignent expressément d'ailleurs de cette fonction. Le législateur s'est donc soucié de doter les instances de régulation d'un personnel spécialisé dans le contrôle des secteurs régulés et doté de larges pouvoirs d'investigation. La quasi-totalité des instances étudiées dispose ainsi d'un personnel qualifié pour procéder à des visites, réaliser des enquêtes ou des missions de contrôle.

Une fois encore, le pouvoir exécutif peut intervenir dans l'organisation de ces contrôles. A titre d'exemple, le Conseil de la concurrence dispose d'enquêteurs " *habilités par le ministre chargé de l'économie* " (c. com., art L450-1). Pour le contrôle des institutions de prévoyance peuvent être mis à disposition de la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance les commissaires contrôleurs des assurances " *dans des conditions définies par décret* " (c. séc. soc., art. L951-4). Les enquêtes de la Commission de régulation de l'électricité sont réalisées par " *des fonctionnaires et agents habilités à cet effet par le ministre chargé de l'énergie ou par le ministre chargé de l'économie* " (Loi du 10 février 2000, art. 33).

17. S'agissant du personnel des autorités administratives indépendantes, l'étude du droit positif est sans équivoque : véritablement, le Gouvernement dispose de l'administration.

2. Les crédits des autorités administratives indépendantes

18. Les crédits accordés aux autorités administratives indépendantes jouent naturellement un rôle prépondérant dans l'effectivité de leur fonctionnement. La question présente certes une acuité variable selon l'importance de leurs missions respectives, mais on reste enclin à penser qu'un financement insuffisant compromettrait la réalisation des objectifs fixés par le législateur. Paradoxalement, les textes régissant les autorités étudiées ne font pour l'essentiel qu'ébaucher les conditions de financement des activités.

19. Les autorités administratives indépendantes font l'objet d'un rattachement budgétaire auprès des ministères selon leur domaine de régulation. Ainsi les trois autorités bancaires sont-elles par exemple rattachées au ministère de l'économie et des finances. Dés lors qu'une autorité est susceptible d'être rattachée à plusieurs départements ministériels, celle-ci est rattachée aux services du Premier ministre. Mais les textes institutifs précisent parfois que les crédits attribués aux

sont inscrits d'une manière large au budget général de l'Etat ou spécialement aux budgets de ministères particuliers :

- Ainsi les crédits nécessaires à la Commission de la sécurité des consommateurs figurent-ils au budget du ministère chargé de la consommation (c. conso., art. R224-5),

- Les crédits attribués au Conseil de la concurrence pour son fonctionnement sont inscrits au budget du ministère chargé de l'économie (c. com., art L461-3),

- Les crédits du Conseil supérieur de l'audiovisuel sont inscrits au budget général de l'Etat (Ord. du 30 septembre 1986, art. 7) au même titre que ceux de l'Autorité de régulation des télécommunications (CPT, art. L36-4) et de l'Autorité de régulation de l'électricité (Loi du 10 février 2000, art. 30).

20. L'autonomie fonctionnelle des autorités administratives indépendantes dépend partiellement des sources de leur financement :

L'indépendance d'une autorité administrative indépendante sera en ce sens renforcée dès lors qu'elle bénéficiera, dans l'exercice de sa mission et en sus du budget général, de ressources propres[16].

Ainsi en va-t-il pour :

- La Commission des opérations de bourse. Celle-ci peut en effet percevoir " *sur les personnes publiques ou privées des redevances dans la mesure où ces personnes publiques ou privées rendent nécessaire ou utile l'intervention de la Commission ou dans la mesure où elles y trouvent leur intérêt* " (Ord. du 28 septembre 1967, art. 1er),

- La Commission de régulation de l'électricité qui " *perçoit, le cas échéant, des rémunérations pour services rendus* " (Loi du 10 février 2000, art. 30),

- L'Autorité de régulation des télécommunications dont les ressources comprennent " *des rémunérations pour services rendus et des taxes et redevances dans les conditions fixées par les lois de finances ou par décret en Conseil d'Etat* " (CPT, art. L36-4).

Précisons d'autre part que des régies de recettes peuvent être créées auprès du Conseil de la concurrence par arrêté du ministre chargé de l'économie et du budget (Déc. du 29 décembre 1986, art.9) et auprès de l'Autorité de régulation des télécommunications (CPT, art. L36-4).

16- L'effet d'indépendance reste certes à modérer dans la mesure où les taux de redevance sont fixés par décret.

21. Certains textes précisent que les autorités administratives " proposent " au Gouvernement, lors de l'élaboration du projet de loi de finances, les crédits qui leur sont nécessaires. Tel est expressément le cas pour :

- Le Conseil supérieur de l'audiovisuel qui " *propose, lors de l'élaboration de la loi de finance de l'année, les crédits nécessaires à l'accomplissement de sa mission* "
(Ord. du 30 septembre 1986, art. 7),

- La Commission de régulation de l'électricité qui propose également lors de l'élaboration de la loi de finances les crédits qu'elle estime nécessaires,

- L'Autorité de régulation des télécommunications qui propose " *au ministre chargé des télécommunications, lors de l'élaboration du projet de la loi de finances de l'année, les crédits nécessaires (…) à l'accomplissement de sa mission* " (CPT, art. L36-4).

Le risque d'un manque partiel de moyen reste à craindre pour les autorités placées dans cette situation. On rappellera simplement à ce propos la décision du 17 janvier 1989[17] par laquelle le Conseil constitutionnel a précisé que les crédits " proposés " par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour l'accomplissement de sa mission restent finalement déterminés à la discrétion du Gouvernement. *In fine*, l'autonomie fonctionnelle des autorités administratives indépendantes peut potentiellement être remise en cause.

22. Les textes confient parfois la fonction d'ordonnateur des recettes et des dépenses au Président de l'autorité. Ce dernier dirige alors la gestion financière.

Tel est expressément le cas pour :

- Le Président de la Commission des opérations de bourse
(Déc. du 3 janvier 1968, art. 4),

- Le Président de la Commission de régulation de l'électricité
(Loi du 10 février 2000, art. 30),

- Le Président du Conseil de la concurrence
(Ord. du 1er décembre 1986, art. 4),

- Le Président du Conseil supérieur de l'audiovisuel
(Loi du 30 septembre 1986, art. 7 et Déc. du 26 juillet 1989, art. 7),

- Le Président de l'Autorité de régulation des télécommunications
(CPT, art. L36-4 et D97-7).

17- V. L. Favoreu, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Sirey, 1989, p. 723 ; B. Genevois, RFDA 1989, p. 228.

(Dans les deux derniers cas, la loi ne visait que la fonction " d'ordonnateur des dépenses ". Les décrets sont venus ajouter à cette fonction celle " d'ordonnateur des recettes ").

23. Quant au contrôle comptable, les dispositions de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées ne sont pas applicables à la gestion du Conseil supérieur de l'audiovisuel (Loi du 30 septembre 1986, art. 7), de l'Autorité de régulation des télécommunications (CPT, art. L36-4), de la Commission des opérations de bourse (c. mon. et fin., art L621-3), et de la Commission de régulation de l'électricité (Loi du 10 février 2000, art. 30). Le législateur a semble-t-il préféré renforcer l'autonomie fonctionnelle de ces autorités en assurant un contrôle des comptes *a posteriori* par la Cour des comptes. Les autorités dont les comptes sont contrôlés *a priori* jouissent quant à elles d'une autonomie bien limitée dans leur fonctionnement.

24. D'une manière générale, on peut noter le manque de précisions dans la rédaction des dispositions financières (la loi du 24 janvier 1984 demeure par exemple muette quant aux budgets des autorités bancaires). Rares sont les dispositions précises. Citons à la rigueur l'article R224-5 du code de la consommation dont la rédaction s'est voulue soucieuse d'une relative transparence. Ce dernier dispose en effet que les crédits nécessaires à la Commission de la sécurité des consommateurs pour l'accomplissement de sa mission figurent au budget du ministère chargé de la consommation " *et sont inscrits sur des articles individualisés* ". Considérant d'une part l'importance des crédits dans le fonctionnement des autorités, et d'autre part le caractère public de ces crédits, un soin particulier et systématique dans la rédaction des dispositions financières semble s'imposer.

L'étude des moyens humains et financiers conduit à la conclusion univoque selon laquelle c'est le Gouvernement qui tient véritablement les rênes des autorités. Ce dernier contrôle ainsi la mise à disposition effective de leurs moyens de fonctionnement. Nous allons désormais comprendre qu'il en influence également la mise en œuvre.

B. La présence du commissaire du Gouvernement au sein des autorités administratives indépendantes

25. Un commissaire du Gouvernement assure une représentation ministérielle dans la plupart des autorités étudiées. La présence d'un tel représentant au sein des autorités administratives paraît opportune dans la mesure où celles-ci participent largement, parallèlement au Gouvernement, à la régulation économique. Le débat semble alors se

tourner vers les pouvoirs effectifs conférés aux commissaires du Gouvernement. Le risque serait en effet de remettre en cause trop brutalement l'indépendance des instances de régulation en conférant au représentant du Gouvernement des pouvoirs importants d'avis, de vote, ou encore de veto. L'étude des textes semble démontrer au contraire que ce risque a été écarté, et que le commissaire du Gouvernement constitue *a priori* l'interface nécessaire et modérée entre l'autorité administrative indépendante et le pouvoir exécutif.

26. Quant aux instances de nomination des commissaires du Gouvernement, la plupart des commissaires du Gouvernement sont logiquement désignés par les ministres en charge des secteurs régulés :

- Le commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence est désigné par le ministre chargé de l'économie,

- Le commissaire du Gouvernement auprès de la Commission nationale d'équipement commercial est nommé par le ministre chargé du commerce,

- Le commissaire du Gouvernement auprès de la Commission de la sécurité des consommateurs est désigné par le ministre chargé de la consommation (ce dernier peut encore, et c'est une particularité, désigner des suppléants éventuels).

- Le commissaire du Gouvernement auprès de la Commission de régulation de l'électricité est nommé par le ministre chargé de l'énergie (il peut être simultanément commissaire du Gouvernement auprès de l'Electricité de France).

Le représentant " *du ministre de l'économie et des finances* " entendu par la Commission des opérations de bourse (c. mon. et fin., art L621-3) est logiquement désigné par ce dernier. Précisons que la loi du 2 août 1989 modifiant l'ordonnance du 28 septembre 1967 a supprimé le commissaire du Gouvernement qui détenait le droit d'assister aux délibérations et le pouvoir de demander une seconde délibération. Cette évolution est symptomatique de la volonté d'éviter une trop forte influence gouvernementale au sein de la Commission en limitant la mission du " représentant " à un rôle d'interface entre le Gouvernement et celle-ci.

La loi du 6 août 1986 régissant la Commission des participations et des transferts, comme la loi bancaire du 24 janvier 1984 régissant les trois instances de contrôle des banques, ne mentionne pas la présence d'un commissaire du Gouvernement[18]. La loi du 30 septembre 1986 régissant le Conseil supérieur de l'audiovisuel et les dispositions du code des postes et des télécommunications régissant l'Autorité de régulation des

18- Rappelons que c'est le Ministre de l'économie et des finances qui préside lui-même le Comité de la réglementation bancaire et financière. L'articulation organique des trois autorités bancaires est telle (cf. *supra* chapitre III, M.J. Guédon, " La diversité des données organiques ") que la présence d'un commissaire du Gouvernement est loin d'être indispensable au sein du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et de la Commission bancaire.

télécommunications demeurent encore muettes quant à la présence d'un représentant du Gouvernement en leur sein.

27. Trois autorités présentent la particularité d'avoir pour commissaire du Gouvernement une personnalité désignée par les textes fonctionnellement :

- il s'agit du directeur du Trésor au ministère de l'économie et des finances ou son représentant pour la Commission de contrôle des assurances (c.ass., art. L310-12-1),

- du directeur de la sécurité sociale ou son représentant pour la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance (il est remplacé par le directeur des exploitations, de la politique sociale et de l'emploi ou son représentant lorsque les travaux concernent les institutions définies à l'article 1050 du code rural ; c. séc. soc., art. L951-3),

- et du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son représentant pour la Commission des clauses abusives (c. conso, art. R132-3).

28. Les missions expressément dévolues aux commissaires du Gouvernement varient sensiblement selon les instances étudiées. En l'absence de dispositions précises, les commissaires du Gouvernement nommés auprès du Conseil de la concurrence, de la Commission des clauses abusives et de la Commission de contrôle des assurances semblent exercer une mission générale de représentation. Les textes précisent parfois avec plus de détails le rôle du commissaire du Gouvernement :

- Ainsi le représentant du ministre de l'économie et des finances auprès de la Commission des opérations de bourse peut-il soumettre toute proposition à la délibération de la Commission (hormis en matière de décision individuelle). Il peut encore (sauf dans les mêmes cas) se faire entendre par la Commission.

- Le commissaire du Gouvernement auprès de la Commission nationale d'équipement commercial recueille les avis des ministres qu'il transmet à la Commission, assiste aux séances et rapporte les dossiers.

- Le commissaire du Gouvernement auprès de la Commission de la sécurité des consommateurs présente la particularité de pouvoir provoquer dans les quatre jours d'une délibération une seconde délibération de la Commission.

- Le cas du commissaire du Gouvernement auprès de la Commission de régulation de l'électricité présente encore une originalité[19] : si ce dernier représente le Gouvernement et fait connaître à la Commission les analyses gouvernementales concernant la politique énergétique, il doit se retirer lors des délibérations de la Commission. Il n'y assiste pas, mais détient cependant le pouvoir d'inscrire à l'ordre du jour toute question intéressant la politique énergétique ou la sécurité et la sûreté des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ou entrant dans la compétence de la Commission (Loi du 10 février 2000, art. 29). Cette faculté constitue une innovation par rapport au projet de loi initial et permet au pouvoir exécutif d'influer largement sur les directives de réflexion de la Commission. Précisons que l'examen des questions posées par le commissaire du Gouvernement ne peut être écarté des délibérations.

29. Le rôle d'un commissaire du Gouvernement au sein d'une autorité administrative indépendante n'est pas anodin. Etant donnée la multiplication des autorités administratives indépendantes ces trente dernières années, on constate au sein des organes régulateurs de l'économie un certain éclatement des centres décisionnels[20]. Le commissaire du Gouvernement permet alors d'assurer la circulation des informations et précise l'orientation des politiques gouvernementales. Il participe à l'homogénéisation des politiques nationales. La précision plus systématique des pouvoirs des commissaires du Gouvernement dans les autorités administratives indépendantes ne paraîtrait dès lors pas inutile.

30. Pour conclure cette étude, nous voudrions rappeler que si aux termes de l'article 20 de la constitution, le Gouvernement dispose de l'administration, les autorités administratives indépendantes sont censées disposer quant à elles d'un statut particulier caractérisé par le régime d'indépendance. Il faut ainsi admettre l'équation selon laquelle une autorité est d'autant plus indépendante que le pouvoir exécutif dispose d'un champ d'action réduit dans l'établissement de ses moyens financiers ou techniques d'action.

L'étude des moyens techniques de fonctionnement démontre pourtant que ce régime d'indépendance est dans une large mesure remis en cause. Les instances de régulation ne sont pas totalement maîtresses de leurs règlements intérieurs. Leurs personnels et leurs crédits dépendent largement du Gouvernement lui-même représenté au sein des instances.

19- Alors que de nombreux textes présentent une faiblesse rédactionnelle, il faut noter que la rédaction de la loi du 10 février 2000 témoigne quant à elle d'un souci général de précision.

20- Les politiques de planification (illustrées par exemple par la loi du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat régissant la Commission nationale d'équipement commercial, ou encore l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence régissant le Conseil de la concurrence) peuvent ainsi être troublées par la multitude des organes régulateurs privilégiant individuellement des politiques conjoncturelles ou structurelles. Par ailleurs, la doctrine contemporaine met souvent en garde les pouvoirs publics contre le risque de manque de lisibilité du droit résultant de la multiplication des sources juridiques. L'émergence des autorités administratives indépendantes participe de ce phénomène de " surjuridicisation " : Ph. Malaurie, " Notre droit est-il inspiré ? " Defrénois 2002, p. 639.

D'un point de vue fonctionnel, l'équation semble donc pencher du côté d'un pouvoir exécutif puissant, théoriquement distinct mais effectivement présent dans l'action des autorités administratives (in)dépendantes.

UN POUVOIR REGLEMENTAIRE A GEOMETRIE VARIABLE

José Lefebvre
Maître de conférences à l'Université de Picardie - Jules Verne

1. La régulation a pour vocation d'organiser des secteurs techniques. Le terme même de régulation renvoie à la règle, au fait de poser des règles. Selon la Constitution du 4 octobre 1958, les articles 34 et 37 opèrent une distinction entre les actes de valeur législative et les actes de valeur réglementaire. Ces règles sont, après celles contenues dans le bloc de constitutionnalité, destinées à organiser la vie de la société française. Cependant, aucun de ces textes ne fait une référence expresse ou tacite à une compétence réglementaire des autorités administratives indépendantes. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel rappelle que les articles 13 et 21 de la Constitution " *confèrent au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national* "[1].

2. Dès lors, comment appréhender le fait que certaines autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier soient dotées d'une compétence leur permettant de poser des règles générales et abstraites s'imposant à certains sujets de droit ? Les autorités disposant de cette compétence sont le Comité de la réglementation bancaire et financière, la Commission des opérations de bourse, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des télécommunications ainsi que la Commission de régulation de l'électricité.

3. Selon les textes, le terme de " *règlement* " est expressément utilisé pour le Comité de la réglementation bancaire ainsi que pour la Commission des opérations de bourse. Le terme de " *règle* " est choisi pour l'Autorité de régulation des télécommunications et le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Dans ce dernier cas, l'expression de " *décision présentant un caractère réglementaire* " est également retenue. Si le terme de " *décision* " est parfois utilisé au sujet de l'Autorité de régulation des télécommunications, c'est le seul employé pour la Commission de régulation des télécommunications. Enfin, le Comité de la réglementation bancaire et financière voit alternativement ses dispositions qualifiées de " *normes* " ou de " *prescriptions d'ordre général* " alors que l'expression de " *règles de bonne conduite* " est également mobilisée pour la Commission des opérations de bourse. Ce serait jouer sur les mots et leur sens que de nier une valeur de synonymes à tous ces termes. Si certains renvoient directement au règlement et d'autres à des règles professionnelles,

1- C. Const., n°88-248 DC du 17 janvier 1989, JO, 18.01.1989, 15ème considérant.
v. J.Y. Chérot, " *Le Premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire*". *Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1er de la Constitution* ", Revue de la recherche juridique – Droit prospectif, numéro spécial, 2001, PU Aix-Marseille, p.2191.
v. également cette dernière référence sur la compétence réglementaire des autorités administratives indépendantes en général.

il subsiste que tous ces textes ont vocation à être généraux, abstraits et à s'appliquer uniformément à leurs destinataires. Il s'agit donc, à l'évidence de règles de droit créées par les autorités administratives indépendantes.

En fait, cette conclusion est un point de départ suscitant des questions diverses. En effet, pourquoi le législateur a-t-il éprouvé le besoin de confier à de telles autorités une compétence réglementaire (section I) ? Cette compétence est-elle identique pour toutes (Section II) ? Ces textes sont-ils soumis à des conditions particulières d'entrée en vigueur (Section III) ?

Section I - La question de l'octroi d'une compétence réglementaire aux autorités administratives indépendantes

4. La possibilité offerte au législateur de confier un pouvoir réglementaire à d'autres autorités que le Gouvernement a été plusieurs fois admise par le Conseil constitutionnel. Cela fut affirmé dans la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 relative à la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication[2]. La décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 relative à la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier[3] maintient cette position. Enfin, appelé à se prononcer sur cette même question à l'égard de l'Autorité de régulation des télécommunications, le Conseil constitutionnel considère que " *[...] en vertu de l'article 21 de la Constitution le Premier ministre assure l'exécution des lois et, sous réserve des dispositions de l'article 13, exerce le pouvoir réglementaire ; qu'il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres ; Considérant que si ces dispositions 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 oeuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu [...]* "[4]. Ainsi, le législateur est autorisé par le juge constitutionnel à confier à une autorité administrative indépendante le soin de fixer les règles, ou normes selon l'expression du conseil, d'application des dispositions législatives.

2- C. Const., n°88-248 DC du 17 janvier 1989, préc.

3- C. Const., n°89-260 DC du 28 juillet 1989, JO, 1.08.1989, 29ème considérant et s.

4- C. Const., n°96-378 DC du 23 juillet 1996, JO, 27.07.1996.

Tableau n°1
Qualification des dispositions de portée générale

	Comité de la réglementation bancaire et financière	**Commission des opérations de bourse**	**Conseil supérieur de l'audiovisuel**	**Autorité de régulation des télécommunications**	**Commission de régulation de l'électricité**
Règlement	c. mon. et fin, art. L518-1	c. mon. et fin, art. L621-6			
Règle			L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 16, 16-1	CPT, art. L. 36-6	
Décision présentant un caractère réglementaire			L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 6		
Décision				CPT, art. L. 36-6	L., n°2000-108 du 10.02.2000, art. 37
Autre	c. mon. et fin, art. L533-1 : « *[...] normes de gestion [...] définies par le Comité de la réglementation bancaire et financière en application de l'article L611-3* » art., L611-1 : « *[...] le Comité de la réglementation bancaire et financière fixe les prescriptions d'ordre général applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement dans les conditions prévues [...]* »	c. mon. et fin, art. L533-4, L621-7 : « *règles de bonne conduite* »			

5. La traduction législative de cette transmission du relais de la détermination de règles juridiques d'application est cependant diversement appréhendée par les textes. Ainsi, les dispositions législatives en vigueur favorisent quatre approches différentes de cette compétence pour les cinq autorités concernées.

La première approche concerne le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Dans ce cas, la loi du 30 septembre 1986 est silencieuse sur la motivation de l'octroi de la compétence. Nulle disposition n'indique ce choix du législateur. La censure opérée par la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 1989 ne peut justifier cette absence car la disposition censurée portait sur l'étendue du domaine de compétence du Conseil et non sur les motifs de cette habilitation à prendre des dispositions réglementaires[5].

5- C. Const., n°88-248 DC du 17 janvier 1989, préc., 14ème considérant.

La seconde approche concerne la Commission des opérations de bourse. Dans ce cas, l'article L621-6 du code monétaire et financier précise que la compétence réglementaire est accordée à la commission " pour l'exécution de sa mission ". La mission à laquelle il est fait référence est celle de l'article L621-1 alinéa 1er du code monétaire et financier : " *La commission des opérations de bourse, autorité administrative indépendante, veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers* ".

Tableau n°2
Motivation de l'octroi du pouvoir réglementaire

Comité de la réglementation bancaire et financière	Commission des opérations de bourse	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des télécommunications	Commission de régulation de l'électricité
c. mon. et fin, art. L611-1 : « *Dans le cadre des orientations définies par le Gouvernement et sous réserve des attributions du comité de la réglementation comptable, le comité de la réglementation bancaire et financière fixe les prescriptions d'ordre général applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement* »	c. mon. et fin, art. L621-6 : « *Pour l'exécution de sa mission, la commission peut prendre des règlements concernant le fonctionnement des marchés placés sous son contrôle ou prescrivant des règles de pratique professionnelle qui s'imposent aux personnes faisant publiquement appel à l'épargne, ainsi qu'aux personnes qui, à raison de leur activité professionnelle, interviennent dans des opérations sur des titres placés par appel public à l'épargne ou assurent la gestion individuelle ou collective de portefeuilles de titres [...]* »		CPT, art. L. 36-6 : « *Dans le respect des dispositions du présent code et de ses règlements d'application, l'Autorité de régulation des télécommunications précise les règles concernant [...]* »	L., n°2000-108 du 10.02.2000, art. 37 : « *Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, la Commission de régulation de l'électricité précise, en tant que de besoin, par décision publiée au Journal officiel de la République Française, les règles concernant [...]* »

Il en résulte que le champ de la compétence réglementaire de la commission connaît deux limites. D'une part, la mission qui lui est confiée par le législateur constitue la définition de sa compétence matérielle. D'autre part, le texte de l'article L621-6 du code monétaire et financier vise les " *règlements concernant le fonctionnement des marchés placés sous son contrôle ou prescrivant des règles de pratique professionnelle* ". Au moyen de cette disposition, le code confère à la commission un rôle de technicien et non de concepteur du marché. Il s'agit pour elle d'exécuter et permettre l'exécution des droits reconnus

par la loi. De plus, les règlements de la Commission des opérations de bourse, tout comme ses instructions qui en sont les textes d'application, ont une portée limitée aux professionnels du secteur. Une approche littérale des textes favorise donc l'exclusion de l'intervenant non professionnel du champ d'application de ces règlements, exclusion qui n'est pas évidente dans la pratique[6]. Néanmoins, le rôle de la commission est de se doter des moyens lui permettant de remplir une mission déterminée par la loi.

La troisième hypothèse concerne le Comité de la réglementation bancaire et financière. La dénomination de cette autorité révèle immédiatement sa compétence en matière réglementaire. Toutefois, aussi générale qu'elle apparaisse *a priori*, le législateur la réduit expressément. Cette réduction concerne tout d'abord les destinataires de la réglementation. Ainsi, le CRBF agit dans la limite des compétences du Comité de la réglementation comptable qui établit les règlements en matière de prescriptions comptables générales et sectorielles[7]. Ensuite, l'article L611-1 du code monétaire et financier dispose que ce pouvoir s'exerce " *Dans le cadre des orientations définies par le Gouvernement [...]* ". Quelle que soit son indépendance statutaire, le CRBF est un exécutant qui, s'il a naturellement pour rôle de rendre la loi effective, le fait sous les orientations définies par le Gouvernement. Ce regard de l'exécutif est encore accentué par le fait que le président du comité n'est autre que le ministre chargé de l'économie et des finances. Malgré cette implication très forte de l'exécutif dans la mission de l'autorité, de droit il n'exerce pas une compétence déléguée par le ministre mais bien une compétence légalement définie. Les règlements du CRBF sont donc pris dans le cadre d'une application dirigée de la loi.

Enfin, la quatrième hypothèse à distinguer concerne l'Autorité de régulation des télécommunications et la Commission de régulation de l'électricité. Pour ces deux autorités, le législateur a, de manière similaire, indiqué le rôle consenti à ces autorités. Dans le cas de la régulation de l'électricité, l'article 37 de la loi du 10 février 2000 soumet la Commission de régulation de l'électricité au respect des dispositions législatives et réglementaires. Au-delà de la réaffirmation de la prééminence de la loi, ce texte prévient toute volonté d'autonomie réglementaire de la commission. Ceci permet de respecter la volonté du Conseil constitutionnel mais également de freiner l'envie de réglementer de la commission. S'il est sous-jacent dans une formule de répétition juridique, le problème est également souligné en matière de télécommunication. En effet, l'article L36-6 du code des postes et des télécommunications prévoit que l'autorité doit respecter les dispositions du Code ainsi que ses règlements d'application. Par conséquent, le rôle réglementaire de l'ART

6- La définition des manquements sanctionnés par la COB à l'article L621-15 c. mon. et fin. vise les auteurs de pratiques mentionnées à l'article L621-14 sans se référer exclusivement aux personnes concernées par sa réglementation.

7- Loi du 6 avril 1998 portant réforme de la réglementation comptable et adaptation du régime de la publicité foncière, JO, 7.04.1998, art. 1er.

se limite à prendre les règlements d'application de règlements[8]. L'autorité précise des règles mais ne les instaure pas dans leur fondement.

6. En définitive, malgré la diversité des motivations de l'octroi d'une compétence réglementaire, il faut constater que le rôle de ces autorités est surtout la mise en oeuvre pratique des dispositions légales ou réglementaires. Ce constat permet d'expliquer la raison pour laquelle il leur est refusé de définir des règles générales dont l'objet n'aurait pas été, pour le moins, affirmé légalement.

Section II - La question du contenu du pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes

7. La censure opérée par le Conseil constitutionnel le 17 janvier 1989 est bien comprise du législateur. L'habilitation législative concerne " *des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* ". Par conséquent, le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes ne concurrence pas le rôle confié au pouvoir exécutif par la Constitution. Il s'agit d'une compétence complémentaire d'application de la loi qui se révèle pourtant protéiforme.

Tableau n°3
Contenu du pouvoir réglementaire

	Comité de la réglementation bancaire et financière	**Commission des opérations de bourse**	**Conseil supérieur de l'audiovisuel**	**Autorité de régulation des télécommunications**	**Commission de régulation de l'électricité**
Règles générales dont l'objet est mentionné par la loi	c. mon. et fin, art. L312-18 ; L313-51 ; L511-20,2° ; L511-41 ; L515-14,III ; L533-1	c. mon. et fin, art. L621-6		CPT, art. L. 36-6	L., n°2000-108 du 10.02.2000, art. 37
Règles définissant les conditions d'exercice d'un droit, ou d'une obligation, visé par la loi	c. mon. et fin, art. L133-1 ; L312-16 ; L511-2 ; L511-3 ; L511-11 ; L511-18 ; L511-22 ; L511-23 ; L511-27 ; L511-28 ; L511-40 ; L511-41 ; L517-1 ; L611-2 ; L611-3	c. mon. et fin, art. L412-1 ; L532- 4 ; L532-9 ; L532-13; L533-4 ; L621-7	L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 16 ; 16-1 ; 25 ; 27, 2° ; 30-1 ; 54 ; 55		
Possibilité, pour l'autorité, de préciser le contenu de ses règlements		c. mon. et fin, art. L621-6 al. 2			

8- Voir, par exemple, la Décision n°99-37 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 12 janvier 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. Cette décision est prise sur le visa des articles L. 36-6 et L. 36-7 du Code des postes et des télécommunications et sur le visa de l'arrêté du 24 décembre 1996 portant modification du tableau national de répartition des bandes de fréquences.

8. Les domaines d'application des règlements sont définis par la loi selon des modes distincts. Des nuances sont ainsi à prendre en compte. Ainsi, le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes s'exerce parfois sur un objet général indiqué par la loi. Sous les réserves d'interprétation de la portée à donner à ce caractère de généralité, une certaine latitude d'appréciation est laissée à l'autorité. Il lui appartient de proposer et mettre en oeuvre une approche personnelle de la question. Les choix d'application qui en résultent caractérisent un rôle actif dans la mise en oeuvre de la règle de droit. Il en est ainsi pour le Comité de la réglementation bancaire et financière ainsi que pour la Commission des opérations de bourse.

Parmi les textes ainsi répertoriés, citons, par exemple :

- pour le CRBF : article L511-41 du code monétaire et financier, alinéa 1er :

  " Les établissements de crédit sont tenus, dans des conditions définies par le comité de la réglementation bancaire et financière, de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants et, plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière.".

- pour la COB : article L621-6 du code monétaire et financier, alinéa 1er :

  " Pour l'exécution de sa mission, la commission peut prendre des règlements concernant le fonctionnement des marchés placés sous son contrôle ou prescrivant des règles de pratique professionnelle qui s'imposent aux personnes faisant publiquement appel à l'épargne, ainsi qu'aux personnes qui, à raison de leur activité professionnelle, interviennent dans des opérations sur des titres placés par appel public à l'épargne ou assurent la gestion individuelle ou collective de portefeuilles de titres ".

9. En ce sens, la marge d'appréciation laissée aux autorités peut se compléter d'autres dispositions leur permettant, non seulement de prendre des règlements, mais d'en préciser le sens. Ainsi, dans une disposition non reprise par le code monétaire et financier, l'article 36 de la loi du 24 janvier 1984 permettait au président du Comité de la réglementation bancaire et financière de préciser les conditions d'application des règlements édictés par le comité de la réglementation bancaire et financière. En revanche, l'article L621-6 alinéa 2 du même code a maintenu les dispositions de l'ancien article 4-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 permettant à la commission d'adopter des : " *instructions et recommandations [...] aux fins de préciser l'interprétation et les modalités d'application de ses règlements* ".

10. Le choix du législateur en la matière est donc celui d'une compétence réglementaire d'application active. Dans le cadre légalement défini, toute liberté est laissée à l'autorité de régulation. Cette liberté se révèle importante car elle autorise l'existence complémentaire d'instructions ou de recommandations d'application. Il est donc possible à la commission des opérations de bourse de déterminer des règles d'action et d'en préciser le sens ou la portée, leur valeur restant celle de textes d'application.

11. Ce comportement actif est encore caractérisé dans le fait que la loi laisse parfois à l'autorité le soin de définir elle-même son champ de compétence. C'est le cas lorsqu'il est fait mention que l'autorité réglemente " *notamment* " tel ou tel point. Le terme est ainsi utilisé aux articles L611-2 et L313-51 du code monétaire et financier pour des règlements du Comité de réglementation bancaire et financière. Dans ce sens, l'article L511-24 du même code dispose que " *Le comité [...] détermine les dispositions de ses règlements qui demeurent applicables en vertu du présent article* ". Dans ce cas également, le législateur abandonne à l'autorité le soin de préciser la portée de ses règlements. Toutefois, cette compétence reste résiduelle car le reste du contenu de l'article L511-24 limite l'application de certains textes de valeur législative mais également l'application de certains règlements du comité[9]. Toutefois, le code ne confine pas l'autorité à mettre en oeuvre passivement la loi ou les dispositions réglementaires, comme ce peut être le cas pour l'ART ou la CRE.

12. Il est en effet difficile d'assimiler les règlements de ces deux dernières autorités avec celles précédemment envisagées. Certes, l'article 37 de la loi du 10 février 2000 relative au secteur de l'électricité semble accorder une compétence réglementaire active à la Commission de régulation de l'électricité. Le respect des lois et règlements s'impose à la commission mais il lui est laissé le choix de son champ d'action. En ce sens, il est indiqué que la commission " *précise, en tant que de besoin, [...] les règles [...]* ". Le législateur ne lui fait donc pas obligation d'adapter certains règlements. Il lui accorde même le pouvoir de décider l'opportunité du texte. Cependant, l'expression " *en tant que de besoin* " signifie plutôt, " *là où les textes nécessitent des dispositions particulières d'application* ". Il s'agit moins d'une opportunité de fond qu'une nécessité technique.

9- Code monétaire et financier, art. L. 511-24 : " *Les établissements mentionnés aux articles L. 511-22 et L. 511-23 et leurs succursales établies en France ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 511-10, L. 511-11, L. 511-14, L. 511-35, L. 511-38, L. 511-39 et L. 511-40* ".
Ils ne sont pas soumis aux règlements du comité de la réglementation bancaire et financière, sauf pour celles des dispositions de ces règlements qui n'ont pas fait l'objet de coordination entre les Etats membres, lorsqu'elles présentent un caractère d'intérêt général ou lorsqu'elles sont relatives à la politique monétaire ou à la liquidité des établissements.
Le comité de la réglementation bancaire et financière détermine les dispositions de ses règlements qui demeurent applicables en vertu du présent article ".

13. Ce dernier aspect de la compétence réglementaire d'une autorité administrative indépendante suggère une approche plus nuancée de leur pouvoir réglementaire. Les hypothèses du CSA et de l'ART confirment d'ailleurs cette impression. En effet, le législateur enserre très précisément leur compétence en la matière. En fait, il le réduit à une simple compétence pratique. Les autorités sont considérées comme les ouvriers chargés de la mise en application pratique de la politique du législateur ou du Gouvernement, sans pouvoir en influencer le sens ou la portée[10]. Il s'agit de délimiter les conditions d'exercice d'un droit ou d'une obligation " *sur le terrain* ". Il leur est impossible, sous couvert d'interprétation des textes, de poser une nouvelle règle juridique nouvelle[11].

Citons, par exemple :

- pour le CSA :

  article 16 de la loi du 30 septembre 1986 :

  " Le Conseil supérieur de l'audiovisuel fixe les règles concernant les conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives aux campagnes électorales que les sociétés nationales de programme sont tenues de produire et de programmer et que la société prévue à l'article 51 de la présente loi est tenue de diffuser. Les prestations fournies à ce titre font l'objet de dispositions insérées dans les cahiers des charges.

  Pour la durée des campagnes électorales, le conseil adresse des recommandations aux exploitants des services de communication audiovisuelle autorisés en vertu de la présente loi ".

  article 25 de la loi du 30 septembre 1986 :

  " L'usage des fréquences pour la diffusion de services de communication audiovisuelle par voie hertzienne terrestre est subordonné au respect des conditions techniques définies par le Conseil supérieur de l'audiovisuel et concernant notamment [...] ".

- pour le CRBF : article L517-1, alinéa 2 du code monétaire et financier :

  " Les compagnies financières sont soumises aux dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 511-13, à l'article L. 511-21, aux articles L. 511-35 à L. 511-38, L. 511-41, L. 571-3, L. 571-4, L. 613-8 à L. 613-11, L. 613-16, L. 613-18, L. 613-21 et L. 613-22 dans des conditions précisées par un règlement du comité de la réglementation bancaire et financière.".

10- Il faut toutefois mentionner les avis qui peuvent leur être demandé, mais qui ne sont en rien des dispositions réglementaires.

11- Voir l'exemple d'un arrêt du Conseil d'Etat annulant un communiqué du Conseil supérieur de l'audiovisuel : CE, 14.06.2000, Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres.

- pour l'ART : article L36-6 du code des postes et télécommunications :

  " Dans le respect des dispositions du présent code et de ses règlements d'application, l'Autorité de régulation des télécommunications précise les règles concernant :

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

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

  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 téléphone ;

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

  5° La détermination des points de terminaison des réseaux.

  Les décisions prises en application du présent article sont, après homologation par arrêté du ministre chargé des télécommunications, publiées au Journal officiel. "

- pour la CRE : article 37 de la loi du 10 février 2000

  Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, la Commission de régulation de l'électricité précise, en tant que de besoin, par décision publiée au Journal officiel de la République française, les règles concernant :

  1° Les missions des gestionnaires de réseaux publics de transport et de distribution d'électricité en matière d'exploitation et de développement des réseaux, en application des articles 14 et 18 ;

  2° Les conditions de raccordement aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, en application des articles 14 et 18 ;

  3° Les conditions d'accès aux réseaux et de leur utilisation, en application de l'article 23 ;

  4° La mise en oeuvre et l'ajustement des programmes d'appel, d'approvisionnement et de consommation, et la compensation financière des écarts, en application des articles 15 et 19 ;

  5° La conclusion de contrats d'achat et de protocoles par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution,

en application du III de l'article 15 ;

6° Les périmètres de chacune des activités comptablement séparées, les règles d'imputation comptable appliquées pour obtenir les comptes séparés et les principes déterminant les relations financières entre ces activités, conformément aux articles 25 et 26.

14. Il résulte de l'inclinaison active ou passive de la compétence réglementaire des autorités administratives indépendantes une modification ou une précision de la conception qu'en propose le Conseil constitutionnel. Certes, la compétence octroyée aux autorités administratives indépendantes est incontestablement une compétence d'application de textes d'origine légale et réglementaire au sens des dispositions de la Constitution. Toutefois, tout dépend de l'acception donnée à ce terme de règlement d'application. Il existe une nuance entre mettre en application un objectif légal et mettre en application un droit ou une obligation reconnus par la loi. Si la valeur juridique reste la même, il est cependant incontestable qu'il existe une différence de contenu. Il suffit de comparer le règlement n°90-08 de la Commission des opérations de bourse relatif à l'utilisation d'informations privilégiées et la décision n°2000-409 du Conseil supérieur de l'audiovisuel, relative aux conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives à la campagne officielle radiotélévisée en vue du référendum du 24 septembre 2000[12].

Dans le premier cas, la commission définit ce qu'est un manquement en matière d'information privilégiée alors que, dans le second cas, le conseil précise les conditions techniques des interventions, programmations, diffusions, enregistrement et montage des émissions en métropole ou sur les antennes de RFO. Une question de fond s'oppose à une question de comptabilité de minutes et de secondes.

Cette approche de la compétence réglementaire des autorités administratives indépendantes est intimement liée à la question de l'entrée en vigueur des dispositions réglementaires des autorités administratives indépendantes

12- JO, 20.07.1990 ; JO, 27.07.2000.

Section III - La question de l'entrée en vigueur des dispositions réglementaires des autorités administratives indépendantes

Les modalités d'entrée en vigueur des règlements donnent de nouveaux renseignements sur leur valeur juridique.

Tableau n°4
Entrée en vigueur des règlements

	Comité de la réglementation bancaire et financière	**Commission des opérations de bourse**	**Conseil supérieur de l'audiovisuel**	**Autorité de régulation des télécommunications**	**Commission de régulation de l'électricité**
Entrée en vigueur soumise à une homologation ministérielle	c. mon. et fin, art. L611-9 « *Les règlements du Comité de la réglementation bancaire et financière sont homologués par le ministre chargé de l'économie et publiés au Journal officiel de la République française. [...]* ».	c. mon. et fin, art. L621-6 al. 4 : « *Ces règlements sont publiés au Journal officiel de la République française, après homologation par arrêté du ministre chargé de l'économie* »		CPT, art. L. 36-6, al.6 : « *Les décisions prises en application du présent article sont, après homologation par arrêté du ministre chargé des télécommunications, publiées au Journal Officiel* »	
Entrée en vigueur sans homologation			L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 6 : « *Celles des décisions du conseil [...] qui présentent un caractère réglementaire sont transmises au Premier ministre qui peut, dans les quinze jours suivant leur réception, demander au conseil une nouvelle délibération. Les résultats des délibérations ainsi que les rapports du conseil, quelle qu'en soit la nature, sont publiés au Journal officiel de la République française* »		L., n°2000-108 du 10.02.2000, art. 37 : « *Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, la Commission de régulation de l'électricité précise, en tant que de besoin, par décision publiée au Journal officiel de la République Française, les règles concernant [...]* »
Publication au Journal officiel	c. mon. et fin, art. L611-9	c. mon. et fin, art. L621-6, al. 4	L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 6	CPT, art. L. 36-6, al.6	L., n°2000-108 du 10.02.2000, art. 37

15. Comme toute règle de droit émanant d'une autorité nationale, les règlements élaborés par les autorités administratives indépendantes sont publiés au Journal officiel de la République française. Ces textes bénéficient

donc d'une publicité légale officielle qui les rend opposables à tout sujet de droit intéressé. Toutefois, des distinctions apparaissent dans les modalités de la publication. Ainsi, certains règlements font l'objet d'une homologation par le ministre compétent. Il s'agit du ministre chargé de l'économie pour les règlements du Comité de réglementation bancaire et financière et de la Commission des opérations de bourse. Il s'agit du ministre chargé des télécommunications pour les règlements de l'Autorité de régulation des télécommunications. En revanche, l'homologation est absente des dispositions relatives au Conseil supérieur de l'audiovisuel et à la Commission de régulation de l'électricité. L'existence de cette homologation pour certaines autorités, ou son absence pour d'autres, peut être diversement interprétée. Il serait possible d'imaginer que l'indépendance du CSA et de la CRE est telle que le ministre n'a pas à intervenir dans son fonctionnement. Ce serait implicitement affirmer que les autres autorités ne répondent pas à ce caractère pourtant affirmé dans leur catégorie de rattachement. Une autre piste de réflexion permet de relier cet état des textes avec le rôle effectivement confié aux autorités. L'autorité qui joue en rôle réglementaire actif voit ses règlements soumis à homologation alors que l'autorité ayant un rôle passif n'est pas soumise à cette obligation. Naturellement, Il s'agit là d'une hypothèse pour tenter d'expliquer l'existence d'un acte aux conséquences juridiques incertaines.

16. En effet, les textes émanant des autorités administratives indépendantes sont pris sur le fondement de dispositions légales. Constitutionnellement, il ne s'agit pas d'un nouveau mode d'exercice du pouvoir réglementaire dévolu au pouvoir exécutif. La compétence réglementaire résulte de la volonté de la loi et il s'agit de règlements d'application. Faut-il pour autant considérer les autorités administratives indépendantes comme les " *sous-traitants* " du pouvoir exécutif en matière de réglementation[13]? L'idée apparaît à l'observation des rapports entretenus entre le ministre et l'Autorité de régulation des télécommunications ou le Comité de la réglementation bancaire et financière.

Dans le premier cas, l'article L. 32-1, 3°, du code des postes et des télécommunications prévoit que la régulation du secteur en question est assurée conjointement par le ministre et par l'autorité de régulation[14]. Dans le second cas, le ministre est le président du comité. En outre, il faut mentionner les dispositions de l'article 6 de la loi du 30 septembre 1989 relative à la communication audiovisuelle. Ce texte oblige le Conseil supérieur de l'audiovisuel à transmettre au Premier ministre des décisions qui présentent un caractère réglementaire. Ce dernier a la

13- J.L. Bergel évoque l'idée de concession *in* " *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative* ", Revue de la recherche juridique – Droit prospectif, préc., p.2374.

14- Voir, par exemple, l'arrêté du 5 juin 2000 modifiant l'arrêté du 20 juillet 1999 autorisant la société Telia France SA à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public, JO, 30.06.2000.

possibilité de demander au Conseil une nouvelle délibération mais il est gardé silence sur une quelconque homologation. Ces divers textes soulignent les liens entretenus entre le pouvoir exécutif et les autorités de régulation. L'existence de ces liens révèle, sinon un contrôle ou une surveillance, du moins une intimité dans l'exécution de l'activité réglementaire, pouvant se rattacher au rôle effectif de l'autorité dans la constitution du droit de son secteur d'activité. L'idée de " *sous-traitance* " est donc inappropriée.

17. En conclusion, la question de la compétence réglementaire des autorités administrative indépendante a du mal à trouver une unité. Et ce que l'on se situe sous l'angle de la motivation de l'octroi de cette compétence, sous celui de son contenu ou enfin sous celui de leur entrée en vigueur. Elément essentiel de la régulation, ce pouvoir réglementaire aurait besoin de recevoir une qualification claire, simple et unique. A cette fin, la dispersion des formes et modalités de ces règlements serait réduite par la qualification générique de règlement d'application de la loi. La simplification réalisée accompagnerait sans ambiguïté la volonté du juge constitutionnel.

LE POUVOIR DE SANCTION, LE MAILLAGE REPRESSIF

José Lefebvre
Maître de conférences à l'Université de Picardie – Jules Verne

1. Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes est aujourd'hui pérenne[1]. Précisons toutefois, en quelques mots, que toutes les autorités administratives indépendantes ne sont pas, et n'ont pas été dès leur création, dotées de compétences répressives. Elles étaient imaginées comme des autorités dotées d'une autorité naturellement liée à leur indépendance, à leur compétence, comme à une grande force de conviction. Soulignant l'échec d'une " *magistrature d'influence* " [2], tout en s'inscrivant dans un mouvement de dépénalisation, le législateur leur confère un pouvoir de sanction[3].

2. La compétence de punir un comportement en infraction avec la règle de droit en vigueur n'appartient pas à toutes les autorités du domaine économique et financier. Il est ainsi possible d'exclure immédiatement la Commission de la sécurité des consommateurs, la Commission des participations et des transferts, la Commission des clauses abusives, la commission nationale d'équipement commercial et le Comité de la réglementation bancaire et financière. Sont donc intégrées dans le champ de l'étude : le Conseil de la concurrence, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission de régulation de l'électricité, l'Autorité de régulation des télécommunications, la Commission de contrôle des assurances, la Commission des opérations de bourse, la Commission bancaire, la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance et le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

3. La sanction, ici entendue comme punition d'un comportement fautif, prend, en matière économique et financière, un très grand nombre de formes : affichage, avertissement, blâme, obligation d'insertion,

---

1- Dans sa décision n°2000-433 DC, du 27 juillet 2000, le Conseil constitutionnel réaffirme la constitutionnalité de ce pouvoir de sanction : " *Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à assurer les droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier doivent être respectés les principes de la nécessité et de la légalité des peines, ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle* ". Cette solution est adoptée depuis la décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, rendue également à l'égard du CSA, JO, 18-21.01.1989.
Sur le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes, voir notamment : J. LEFEBVRE, " Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ", Th., Amiens, 1997.

2- J. Donnedieu de Vabres, *in* " La C.O.B. : une administration de mission ", RA, 1980, p. 327.

3- " *L'attribution d'un pouvoir de sanction pécuniaire propre est indispensable à l'efficacité du dispositif de renforcement du pouvoir de contrôle de la Commission des opérations de bourse* ", P. JALADE, " Vers un renforcement des pouvoirs de la Commission des opérations de bourse ", Petites Aff., n°72, 1989, p. 4.
" *Le pouvoir de sanction semble alors devenir le seul moyen pour l'instance de régulation de marquer sa place dans le paysage audiovisuel* ", I. Mariani, *in* " Les Médias ", Les cahiers français, La Documentation française, 1994, p. 60, n°266.

interdiction, limitation d'activité, limitation de droits, observations, pénalités contractuelles, publication, radiation, réduction, retrait, suspension, sanction pécuniaire ou encore transfert d'activité. Cet arsenal, diversement réparti selon les autorités, révèle les multiples possibilités de réaction des autorités économiques et financières.

4. La liste des autorités administratives indépendantes intéressées dressée, la liste des sanctions encourues déterminée, il reste à analyser le pouvoir de sanction. Se pose alors la question de la mise en oeuvre de ces compétences. Les procédures de sanction prévues par les textes permettent de comprendre la manière dont ces autorités les prononcent. De même, la jurisprudence des autorités administratives indépendantes, s'il nous est permis de qualifier ainsi l'ensemble de leurs décisions, illustre l'application des textes par l'exemple. Cependant, dans un cas, comme dans l'autre, cela est insuffisant pour clarifier la complexité de la question. Pour cette raison, l'analyse est essentiellement fondée sur les textes législatifs. Cependant, même réduite aux textes, la tâche est ardue tant il est difficile d'avoir une approche synthétique de la question. Certes, des tendances lourdes se dégagent. Mais il ne s'agit que de tendances et non d'éléments d'appréciation permettant d'asseoir un raisonnement d'appréhension synthétique de l'ensemble de cette compétence répressive.

5. Les causes de cette imprécision sont diverses. Il s'agit, tout d'abord, d'une cause formelle résultant des textes. Leur nombre important, au regard des autorités étudiées, ainsi que la dispersion des dispositions répressives dans ces textes, constitue un obstacle réel à l'acquisition de la connaissance. Certes, la codification de bon nombre d'entre eux, dans le code monétaire et financier ou le nouveau code de commerce, rend moins ardue leur détection. Néanmoins, par souci méthodologique, la réflexion est menée sur la base de tableaux constitués à partir des textes. Ils présentent l'intérêt de présenter, de manière aussi exhaustive que possible, les différents aspects du problème[4]. De plus, une approche visuelle schématisée est révélatrice de certaines tendances que la seule lecture des textes reste insuffisante à révéler. L'imprécision résulte, ensuite, d'une cause liée au fond. Le législateur n'est pas théoricien du droit. La production de textes n'exige pas de sa part qu'il inscrive les autorités créées, ainsi que les compétences dont il les dote, dans des catégories juridiques préétablies. Ce faisant, il est procédé à une véritable dispersion des éléments de raisonnement. L'analyste en est réduit, le plus souvent, à rechercher des dénominateurs qui, pour qu'ils puissent être qualifiés de communs, doivent parfois s'accommoder d'approximation.

4- Par souci de clarté, la présentation des tableaux a fait l'objet de choix :

- dans chaque tableau seules sont mentionnées les autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier concernées par l'objet recherché ;

- selon la nature de l'objet recherché les rubriques des tableaux peuvent faire l'objet de développements plus ou moins longs. Pour laisser un maximum de lisibilité aux tableaux, seront indiqués les références des textes ainsi que les dispositions essentielles utiles ou, si ces dispositions sont trop longues, uniquement la référence des textes utiles.

Néanmoins, et dépassant ces contraintes, certaines tendances de fond se dégagent. Ainsi, le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier rempli un objectif de répression exhaustive (I). Cette exhaustivité se caractérise par la grande variété des sujets de droit concernés ainsi que par la nécessaire appréciation de manquements définis évasivement par la loi. Est ainsi instauré un dispositif de terrain constituant un véritable maillage répressif du domaine économique et financier (II). L'organisation volontaire de cumuls de sanctions ainsi que la constitution de réseaux d'information en sont les traits distinctifs.

Section I - Un objectif de répression exhaustive

6. L'exhaustivité de la répression a pour objet de réduire à une quantité dérisoire le nombre de violations de la règle de droit restant impunies. Cet objectif est certainement commun à toutes les formes de répression. Cependant, il trouve, en matière de régulation économique et financière, un terrain des plus propice à sa réussite. En effet, il résulte de l'étude des différentes compétences répressives des autorités administratives indépendantes que l'auteur d'un manquement a peu de chances d'échapper à une sanction par l'instauration de manquements omniprésents, se diffusant facilement dans les diverses activités et concernant donc le plus grand nombre possible de sujets de droit. Ceci s'accompagne d'une réponse adaptée et opportune à la situation d'espèce ainsi que d'une imprécision importante des qualifications. Complétant l'adoption de manquements diffus (A), le législateur dote les autorités administratives indépendantes de réponses punitives adaptables (B).

A. Des manquements diffus

7. Comment être certain que tout comportement déviant sera connu et, le cas échéant, sanctionné ? La méthode la plus simple est d'appliquer à tout sujet de droit des sanctions frappant des manquements définis très largement. Le champ d'application de la législation répressive est alors immense et ne connaît pour seule limite que celle que se fixe l'autorité détentrice de cette compétence. Sans dresser un tableau aussi apocalyptique de la régulation dans le domaine économique et financier, il faut pourtant relever certains éléments de fond en ce sens. Concernant des sujets de droit variés (1), des manquements à la définition souple (2) soulignent l'ombre pressente du régulateur.

1. Des sujets de droit variés

8. Deux grandes catégories de personnes sont concernées par les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes en matière économique et financière. Ces deux catégories sont fondées sur une distinction opérée par le législateur entre des personnes spécialement désignées et celles qui ne le sont pas. Il s'agit d'un choix. Ainsi, une autre distinction, fondée par exemple sur la distinction entre personnes physiques et morales, aurait pu être choisie.

En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le 1er mars 1994, les personnes morales ne pouvaient faire l'objet de peines pénales. Les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes, distinctes des peines pénales, interviennent néanmoins dans un but répressif. Ainsi, de nombreux textes organisant la sanction en matière de régulation sont antérieurs à l'admission d'une punition pénale des personnes morales. A la réflexion, la répression exercée par les autorités administratives indépendantes s'annonçait en précurseur. Toutefois, aujourd'hui, cette distinction a perdu de son intérêt. Le juge pénal a rapidement adopté les nouvelles dispositions répressives et le législateur, conformément à l'article 121-2 du nouveau Code pénal, il multiplie le nombre d'infractions imputables à une personne morale.

9. La première catégorie de sujets de droit est celle des " *personnes indéfinies* ", faute de précision particulière des textes. Cette qualification signifie qu'aucune liste exhaustive de ces personnes n'est établie *a priori*, bien qu'il s'agisse toujours de personnes intervenant dans les secteurs économiques et financiers. Les personnes concernées par l'application du texte ne sont pas identifiées. En matière de concurrence, l'article L 464-1 du code de commerce mentionne les " *parties en cause* ". L'article L464-2 est faussement plus précis. Selon ses dispositions, peuvent faire l'objet d'une sanction, " *l'organisme* " ou " *l'entreprise* " ou " *le groupe auquel l'entreprise appartient* ". L'ajout du groupe d'entreprise à l'occasion de la refonte du code et de l'ancien article 13 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, révèle la volonté d'élargir le champ d'application de cette réglementation. En matière boursière, l'article L 621-15 du code monétaire et financier vise les " *auteurs de pratiques* ". Il semble en être de même à l'article 40 de la loi du 10 février 2000 qui vise les " *utilisateurs* "des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité, sans opérer de distinction entre les clients éligibles de l'article 22 de la loi et ceux qui ne le sont pas. Ainsi, dans ces secteurs économiques, l'autorité de régulation sanctionne l'auteur d'un comportement prohibé, voire un utilisateur de services, sans autre critère de sélection.

Tableau n° 1
Les personnes sanctionnées

	Personnes non définies	Personnes spécialement définies
Autorité de régulation des télécommunications		CPT , art. L.36-11 “ *[…] exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de télécommunications […]* ”
Conseil de la concurrence	c. com., art. L464-1 : “ *[…] parties en cause […]* ” c. com., art. L464-2 : “*[…] l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient [….]* ”	
Conseil supérieur de l'audiovisuel		L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 42-1 : “ *[…] un éditeur ou un distributeur de services de radiodiffusion sonore ou de télévision […]* ” art. 48-1 : “ *[…] sociétés mentionnées à l'article 44 […]* ” art. 43-6 : “ *[…] exploitants des services relevant de la compétence d'un autre Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen […]* ”
Commission bancaire		c. mon. et fin., art. L511-28 : “ *[…] établissement financier exerçant ses activités dans un autre état membre […]* ” c. mon. et fin., L613-32 : “ *[…] compagnies financières […]* ” c. mon. et fin., L532-6 : “ *[…] entreprise d'investissement […]* ” c. mon. et fin., L613-21 : *"[…] établissement de crédit, ou une des personnes mentionnées au premier alinéa de l'article L. 613-2 […] "*
Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement		c. mon. et fin., art. L532-6 : *« […] entreprise d'investissement autre qu'une société de gestion de portefeuille […] »*
Commission de contrôle des assurances		c. ass., L.351-7: “ *[…] entreprises d'assurance […]* ” c. ass., L310-12 : *« […] entreprises soumises au contrôle de l'Etat en application de l'article L. 310-1 […]entreprises d'assurance […]entreprises mentionnées aux 1°, 3° et 4° de l'article L. 310-2 […] »* c. ass., L310-18 : *« […] entreprise mentionnée aux 1°, 3° ou 4° de l'article L. 310-2 […] »* c. ass., L310-18-1 : *« […] une société de groupe d'assurance […] »* c. ass., L351-7 : *« […] entreprise d'assurance opérant sur le territoire de la République française en libre prestation de services […] »* c. mutualité, L510-11 : *« […] mutuelle, une union ou une fédération […] »*
Commission de régulation de l'électricité		L., n°2000-108 du 10.02.2000 : art. 40 : “ *[…] gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution ou de leurs utilisateurs […]* ”
Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance		c. séc. soc., art. L.951-1 : *« […] institutions, unions et groupements régis par le présent livre et par l'article L. 727-2 du code rural ainsi que du contrôle des mutuelles, unions et fédérations régies par le code de la mutualité […] »* c. mutualité, L510-1 : *« […] mutuelles, unions et fédérations[…] »*
Commission des opérations de bourse	c. mon. et fin., art. L621-15 : “ *[…] auteurs des pratiques visées à l'article L621-14* ”	c. mon. et fin., art. L532-6 : “ *[…] entreprise d'investissement autre qu'une société de gestion de portefeuille […]* ” c. mon. et fin., art. L621-25 : “ […] *les prestataires de services d'investissement agréés pour exercer le service mentionné au 4 de l'article L. 321-1 ainsi que les sociétés de gestion de portefeuille […]* ” c. mon. et fin., art. L532-21 : “ *[…] prestataires de services d'investissement bénéficiant du régime prévu à l'article L532-18 […]* ”

10. Ce large champ d'application, à raison de la personne concernée, est complété d'une approche aussi large à raison du fait incriminé. Ainsi, l'article L621-14 du code monétaire et financier a une portée une portée aussi générale que les dispositions pénales de l'article L465-1. Dans le premier cas, sont concernés les auteurs de pratiques ayant pour effet, notamment, de " *fausser le fonctionnement du marché* " ou de " *procurer aux intéressés un avantage injustifié qu'ils n'auraient pas obtenu dans le cadre normal du marché* ". Dans le texte pénal, est notamment visée " *toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé* ". Au-delà du fait que le texte pénal obéisse au principe de légalité des délits et des peines, et soit donc contraint à une précision absolue, il est impossible de saisir une différence quelconque quant aux personnes susceptibles de fauter.

La remarque vaut également en matière de concurrence, pour les articles L420-5 et L442-2 du code de commerce. L'alinéa 1er de l'article L420-5 du code de commerce prohibe " *les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits* ". Sans mention d'un auteur particulier, autre que celui qui intervient sur le marché concurrentiel, il n'y a pas de réelle distinction avec l'article L442-2 disposant notamment que " *Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75000 euros d'amende* " . Sur un même problème de prix, deux textes interviennent. Mais la comparaison des dispositions révèle un large champ d'application du texte de régulation, alors que le texte pénal est limité dans son application aux commerçants de l'article L442-2.

En conséquence, il faut considérer que la Commission des opérations de bourse et le Conseil de la concurrence exercent un pouvoir de sanction plus souple que celui exercé par le juge pénal. N'importe quel citoyen, personne physique ou morale, qui intervient dans le secteur concurrentiel ou boursier est concerné. Lorsque le comportement prohibé est réalisé, la sanction est encourue. Peu importe que l'on soit en présence d'un professionnel ou d'un néophyte du secteur concerné[5].

5- Des illustrations du large public concerné par les sanctions de régulation ne manquent pas.
Parmi les décisions de la Commissions des opérations de bourse, citons les décisions des 10.12.1991, Soc. CCMC, Bull. COB, n°254, 1992, p.51 ; 12.12.1995, Oury, Bull. COB, n°299, 1996, p. 27.
Parmi les décisions du Conseil de la concurrence : Décision n°96-D-63 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente de bière aux cafés, hôtels et restaurants en Martinique, BOCCRF, 8.01.1997 ; Décision n°95-D-71 relative à des pratiques de la société Sony France, BOCCRF, 12.02.1996 ; Décision n°96-D-10 relative à des pratiques mises en oeuvre par France Télécom et par l'Office d'annonces, BOCCRF, 23.04.1996.

11. La seconde catégorie de sujets de droit soumis à l'action régulatrice des autorités administratives indépendantes est celle constituée des personnes expressément visées par la loi. Cette mention est naturellement catégorielle. Les lois et ordonnances restent des règles de droit abstraites et générales, même en matière de régulation économique. Toutefois, le soin attaché par ces règles, à définir les catégories de personnes concernées, permet d'affirmer que seules quelques personnes feront l'objet d'une sanction par une autorité administrative indépendante.

Ainsi, si selon l'article L621-15 du code monétaire et financier la Commission des opérations de bourse sanctionne les " *auteurs des pratiques* ", elle peut, sur le fondement de l'article L532-6 du même code, sanctionner une " *entreprise d'investissement autre qu'une société de gestion de portefeuille* ". L'article L532-21 envisage le " *prestataire de services d'investissement bénéficiant du régime prévu à l'article L. 532-18* ", alors que l'article L621-25 concerne les " *les prestataires de services d'investissement agréés pour exercer le service mentionné au 4 de l'article L. 321-1 ainsi que les sociétés de gestion de portefeuille* ". Dans ces derniers textes, la catégorie des personnes soumises à la réglementation est expressément visée par la loi. Les auteurs des manquements sont donc prédéfinis.

Cette approche se retrouve en matière audiovisuelle. La loi du 30 septembre 1986 donne la possibilité au Conseil supérieur de l'audiovisuel de sanctionner " *un éditeur ou un distributeur de services de radiodiffusion sonore ou de télévision* ", une " *société de programme* " ou encore les " *exploitants des services relevant de la compétence d'un autre Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen* ". Deux conséquences en résultent. Tout d'abord, seules ces personnes font l'objet d'une mesure punitive. En aucun cas il ne peut s'agir d'un membre d'une société ou d'un intervenant lors d'un programme radiophonique ou télévisuel. Seul le sujet de droit appartenant à la catégorie définie par la loi peut être sanctionné, quitte à ce que cette sanction trouve son origine dans le comportement d'une personne ne relevant pas des catégories prédéfinies[6]. Ensuite, il est clair que seul le sujet de droit préalablement lié à l'autorité administrative indépendante est concerné. La sanction est fondée sur l'existence d'un lien préalable. Ce n'est pas le cas lorsque les personnes sont indéfinies.

12. Le même type de relations préalables entre l'autorité administrative indépendante et le sanctionné existe dans les autres secteurs économiques et financiers. L'action de l'Autorité de régulation des télécommunications concerne les exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de

6- En ce sens, il est possible de citer l'exemple de la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel n°95-1 portant suspension de la diffusion du programme Skyrock, JO, 8.01.1995.

télécommunication. La Commission bancaire s'intéresse plutôt aux établissements de crédit, entreprises d'investissement, compagnie financière ou établissement financier. Le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement se consacre aux entreprises d'investissement autre qu'une société de gestion de portefeuille, alors que la Commission de contrôle des assurances s'intéresse spécialement aux entreprises d'assurance. Enfin, la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance s'attache aux institutions, unions et groupements régis par le livre IX du code de la sécurité sociale et par l'article L. 727-2 du code rural, ainsi qu'aux mutuelles, unions et fédérations régies par le code de la mutualité.

Un raisonnement identique est possible pour la Commission de régulation de l'électricité. A côté du pouvoir de sanction dirigé contre les utilisateurs de réseaux publics de transport ou de distribution, l'article 40 de la loi du 10 février 2000 vise le gestionnaire de ces mêmes réseaux. Il peut s'agir du service gestionnaire du réseau public de transport d'électricité au sein d'Electricité de France visé à l'article 12, ou de l'un des gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité. Il s'agit, selon l'article 17 de la loi, des titulaires de concessions octroyées par les collectivités locales ou leurs Etablissements publics de coopération. Pour ces dernières personnes, le lien avec la Commission de régulation de l'électricité est particulier car l'autorité n'octroie pas l'acte permettant l'exercice de l'activité. Sa compétence est donc d'origine légale et non conventionnelle.

13. Une grande diversité de sujets de droit est ainsi soumise aux autorités de régulation. Il s'agit de personnes de droit privé ou de droit public. Il s'agit de personnes morales ou de personnes physiques. Il s'agit de personnes liées par convention à l'autorité ou soumises à son contrôle par la volonté de la loi. Le champ d'intervention des autorités administratives indépendantes est donc immense. Il couvre même le champ de compétence des deux ordres de juridiction traditionnels. De ce point de vue, les autorités administratives indépendantes constituent un ordre répressif particulier situé à côté du juge. Cette latitude d'intervention est par ailleurs renforcée par la définition souple des manquements poursuivis.

2. La définition souple des manquements

14. Si l'on se réfère au droit pénal pour appréhender la définition d'un comportement prohibé, la définition des manquements sanctionnés par les autorités administratives indépendantes dans les domaines économiques et financiers ne manque pas d'étonner.

En effet, dans ce droit, les infractions et leur sanction sont précisément définies. Il s'agit du respect du principe de légalité des délits et des peines, mis en évidence par BECCARIA, repris aux articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et affirmé aujourd'hui à l'article 111-3 du code pénal. L'un des aspects de ce principe est de poser clairement l'interdit et sa sanction dans le but de prévenir la commission de l'infraction et, si l'infraction est commise, d'en avoir averti préalablement l'auteur.

Or, en matière de régulation, il est difficile de retrouver la lettre du principe de légalité. Certes, il faut tenir compte de l'objection que la répression exercée par les autorités administratives indépendantes ne relève pas du droit pénal et qu'elle n'est donc pas soumise aux mêmes principes. Néanmoins, s'en tenir à une telle approche est aujourd'hui impossible. En effet, c'est aller à l'encontre de l'évolution du droit français sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon cette dernière, les qualifications nationales n'empêchent pas la cour d'apprécier si une sanction relève ou non de la matière pénale au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[7].

Il résulte de ces éléments qu'il est impossible à la répression menée par les autorités administratives indépendantes d'échapper véritablement au principe de légalité. Simplement, il est certaines fois respect dans sa lettre et d'autre fois dans son esprit.

15. Dans un premier temps, le principe est respecté littéralement[8]. Cette approche est présente dans certains textes organisant les pouvoirs et compétences des autorités administratives indépendantes. Ainsi, les articles L420-1, L420-2, L420-4 et L420-5 du code de commerce définissent précisément la nature du comportement prohibé[9].

16. Une approche plus souple s'impose en matière boursière. L'article L621-14 du code monétaire et financier détaille les effets prohibés de certains comportements. Il est ainsi interdit d'avoir un comportement qui fausse le fonctionnement du marché ou qui procure un avantage injustifié que l'intéressé n'aurait pas obtenu dans le cadre normal du marché . Pour autant, il s'agit d'un aspect partiel de la définition du manquement. En

7- Groupe de recherche, Droits de l'homme et logiques juridiques, " La " matière pénale " au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal ", RSC, 1987, p.819 ; M.S.E. Helali, " La Convention européenne des droits de l'homme et les droits français et communautaires de la concurrence ", RTD Europ., 1991, p. 335, 609 ; L.E. Pettiti, " La sanction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme ", APC, 1984, p. 145.
Sur le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes : G. Canivet, " La procédure de sanction administrative des infractions boursières à l'épreuve des garanties fondamentales ", RJDA, n°5, 1996, p.423 ; B. Batjom, " Le contentieux administratif face à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme ", Petites Aff., n°36, 1995, p.11 ; F. Moderne, " Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens ", RFDA, 1997, p.1

8- Cette interprétation considère qu'une " action ou une abstention, si préjudiciable soit-elle à l'ordre social, ne peut être sanctionnée par le juge que lorsque le législateur l'a visée dans un texte et interdite sous la menace d'une peine. Elle ne constitue une infraction que si, et parce que, la loi l'a prévue et punie ", G. Stéfani, G. Levasseur, B. Bouloc, " Droit pénal général ", 17ème Ed., Dalloz, 2000, n°99.

9- Citons, par exemple, l'article L420-1 du code de commerce.

Tableau n°2
La définition des manquements

	Manquement strictement défini par un texte	Manquement à une obligation légale ou réglementaire	Manquement à une décision concernant la mise en œuvre des textes légaux et réglementaires	Manquement à une obligation contractuelle	Manquement aux conditions d'octroi de l'acte créateur de droits	Manquement à une obligation professionnelle
Autorité de régulation des télécom-munications		CPT, art. L.36-11	CPT , art. L.36-11		CPT, art. L.36-11, 1°	
Conseil de la concurrence	c. com., art. L420-1 ; L420-2 ; L420-4 ; L420-5		c. com., art. L464-2 ; art. L464-3			
Conseil supérieur de l'audiovisuel		L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 42 ; 48-1 :	L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 42-1 ; 48-2		L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 24-II ; art. 28-15	
Commission bancaire		c. mon. et fin., art. L613-21, I ; art. L517-1	c. mon. et fin., art. L613-21, I		c. mon. et fin., art. L613-21, I	c. mon. et fin., art. L613-15
C.E.C.E.I.					L., n°84-46 du 24.01.1984, art. 19-I	
Commission de contrôle des assurances	c. ass., art. L.310-17	c. ass., art. L.310-17 ; L.310-18 ; L.351-8 ; L310-18-1 ; L310-18-2		c. ass., art. L.310-17	c. ass., art. L.310-17	c. ass., art. L.310-17
Commission de régulation de l'électricité	L., n°2000-108 du 10.02.2000, art. 40, 1°, 2°, 3°	L., n°2000-108 du 10.02.2000, art. 40, 1°				
Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance		c. séc. soc., art. L.951-10 : c. mutualité, art. L510-8 ; L510-11	c. séc. soc., art. L. 951-9 ; L. 951-10 c. mutualité, art. L510-11	c. séc. soc., L 951-9 c. mutualité, art. L510-8	c. séc. soc., L 951-9 ; c. mutualité, art. L510-8	c. séc. soc., L. 951-9 ; c. mutualité, art. L510-8
Commission des opérations de bourse	c. mon. et fin., art. L621-14	c. mon. et fin., art. L532-21 ; L621-24 ; L621-25			c. mon. et fin., art. L532-10	c. mon. et fin., art. L621-24 ; L621-25

effet, l'alinéa 1er de cet article conditionne ces effets à la réalisation de pratiques contraires aux règlements de la Commission des opérations de bourse. Il est donc nécessaire de se référer à ces règlements pour avoir une connaissance complète des comportements sanctionnés. La première partie du manquement est donc à rechercher dans un règlement alors que la seconde partie relève du domaine de la loi. Cette bizarrerie n'atténue en rien le respect du principe de légalité car les règlements de la Commission des opérations de bourse sont très précis. Citons, par exemple, le règlement n°90-08 relatif à l'utilisation d'une information privilégiée[10]. Il définit précisément l'information privilégiée, les personnes susceptibles de la commettre ainsi que les circonstances de commission du manquement.

10- Règlement n°90-08 de la Commission des opérations de bourse relatif à l'utilisation d'une information privilégiée, JO, 20.07.1990.

17. A côté de cette approche littérale du principe de légalité, existe une approche plus souple. Il est tenu pour acquis que le respect du principe de légalité n'est pas nécessairement absolu mais peut être relatif. Ainsi, le Conseil constitutionnel affirme, dans sa décision du 17 janvier 1989, " *qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées sa trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements* " [11].

Cette solution a deux conséquences. D'une part, les textes d'incrimination sont très souples. Ils prévoient le manquement mais ils ne le définissent pas trop précisément. Toute latitude est donc laissée à l'autorité administrative indépendante pour préciser la portée du texte. En effet, le plus souvent, le texte d'incrimination renvoie aux obligations légales et réglementaires relatives au domaine particulier. Il est clair que ce type de formulation laisse une marge de manœuvre importante aux régulateurs. On n'est pas loin de penser à l'arbitraire du juge. Supprimé lors de la révolution française, il réapparaît sous la forme d'un arbitraire de l'autorité administrative indépendante[12].

D'autre part, les instances de régulation disposent d'une compétence originale dont est privé le juge répressif, justement pour éviter son arbitraire. Le respect de principe de légalité suppose une définition légale des infractions. Le juge les constate, relève la culpabilité de l'auteur et le sanctionne. En matière de régulation, l'autorité administrative indépendante peut prévenir l'acteur du secteur économique et financier qu'il est sur le point de commettre un manquement. Avec l'institution des mises en demeure et injonctions, les autorités de régulations disposent d'un nouveau moyen de prévention qui est intimement lié au respect du principe de légalité mais qui est beaucoup plus souple. Ainsi, la réponse punitive est adaptée. Elle est adaptée aux circonstances de commission des faits et à la gravité de la faute. De plus, elle ménage un possible retour dans la légalité et prévient l'acteur du secteur qu'il est en train de commettre un manquement. Ainsi, il peut être donné l'exemple de l'article 40 de la loi du 10 février 2000. La Commission de régulation des télécommunications doit mettre la personne en demeure de se conformer à une obligation précisée, faute de quoi une sanction est possible. Une sanction est également envisageable sans mise en demeure préalable lorsque le gestionnaire ou l'utilisateur d'un réseau public ne respecte pas une décision de la Commission, susceptible de recours après notification. En tout état de cause, la teneur de l'obligation à remplir ou à respecter est

11- Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 relative à la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, 37ème considérant.

12- Le sens du terme "arbitraire" doit être bien compris. Ici, il est utilisé dans le sens " *qu'avaient les magistrats d' "arbitrer" les peines, c'est à dire de choisir dans chaque affaire la sanction la plus adaptée "aux exigences du cas". Ce droit s'exerçait dans un cadre précis, délimité d'abord par la raison et l'équité, ensuite par les coutumes et les "usages des cours", enfin et à des degrés variables selon les juridictions, par la législation royale. A l'intérieur de ce cadre, il revenait aux juges d'apprécier les circonstances particulières de chaque infraction afin d' "arbitrer", c'est à dire tout simplement de choisir, la peine adéquate*", J.M. Carbasse, " Introduction historique au droit pénal ", PUF-Droit Fondamental, 1998, n°184 et s.

connue avant la sanction, mais peut fonder une sanction. Le rappel à la loi constitue alors une forme de respect du principe de légalité[13].

18. Définis très largement dans les textes, les manquements sont plus précisément après une mise en demeure ou une injonction. Sauf hypothèse où le manquement est manifestement réalisé, cette information personnalisée du délinquant est un atout permettant d'affiner le sens du terme " *régulation* ". Il est toutefois difficile de se limiter à cette première approche de la question. L'un des aspects de la régulation, déduit de la définition des manquements, est que cette dernière est parfois intimement liée au contenu juridique de ce lien préalable. Il faut alors effectuer une nouvelle distinction entre les manquements réalisés dans l'exercice d'une activité et les manquements fondés sur l'acte juridique autorisant l'exercice de cette activité.

19. Il faut également ajouter que la violation de règles professionnelles est punissable par certaines autorités administratives indépendantes. Cette compétence est reconnue à la Commission bancaire par l'article L613-15 du code monétaire et financier et à la Commission des opérations de bourse aux articles L621-24 et suivants du même code. Selon cette approche, les autorités sont considérées comme des autorités professionnelles et non plus comme des autorités sectorielles. Mais c'est parce qu'elles contrôlent un secteur d'activité que ces commissions sont amenées à exercer le contrôle d'une profession particulière. La mention expresse de la compétence professionnelle ne saurait pour autant être considérée comme très originale. En effet, certaines autorités administratives indépendantes exercent un contrôle sur un secteur d'activité économique et financière si réduit qu'il leur est difficile d'échapper au contrôle d'une profession. C'est ainsi le cas pour la Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance. Il en est de même si l'on prend l'exemple de la Commission des opérations de bourse. Selon le code monétaire et financier, cette dernière est habilitée à sanctionner quatre types de comportements différents : les pratiques de l'article L621-14 concernant toute personne intervenant sur le marché boursier ; les manquements de l'article L532-20 et L532-21 concernant les dispositions législatives ou réglementaires en matière de règles prudentielles ou de règles d'agrément ; les manquements de l'article L532-10 concernant les conditions auxquelles est subordonné l'octroi d'un agrément ou les conditions dans lesquelles cet agrément doit être utilisé ; les manquements de l'article L621-24 et suivants 71 relatifs aux obligations professionnelles définies par les lois et règlements en vigueur.

13- Une évolution en la matière est peut-être en train de voir le jour. Ainsi, dans la loi du 1er août 2000, le législateur brouille les cartes (L., n°2000-719 du 1.08.2000 modifiant la loi n°86-1067 du 30.09.1986 relative à la liberté de communication, JO, 2.08.2000). Tout d'abord, à l'article 42-1, 1° de la loi du 30 septembre 1986, il supprime l'obligation de mise en demeure préalable à une suspension. La mesure subsiste mais n'est plus obligatoire dans cette hypothèse. Par conséquent, l'éditeur ou distributeur de services perd une chance de revenir dans le droit chemin avant d'être puni. Ensuite, dans l'article 43-8 de la loi de 1986, il semble conditionner les responsabilités pénales et civiles de personnes physiques ou morales à l'absence de réaction de leur part à une saisie par une autorité judiciaire.

20. Par ailleurs, le contrôle approfondi de l'activité économique et financière se situe parfois à la frontière du contrôle de la bonne exécution des contrats. Mentionnons uniquement le rôle actif qui peut être tenu par l'Autorité de régulation des télécommunications ou par la Commission de régulation de l'électricité en cas de litiges strictement contractuels[14]. Signalons également le rôle dévolu au Conseil supérieur de l'audiovisuel en matière de " *litige portant sur les conditions techniques et financières relatives à la mise à disposition auprès du public de services de communication audiovisuelle par voie hertzienne terrestre en mode numérique* "[15]. Dans ces hypothèses, il s'agit de contrôler la bonne exécution des contrats entre l'acteur économique et financier soumis au contrôle du régulateur et son cocontractant, tiers à cette réglementation. Un signe important de ce contrôle apparaît à l'article L. 310-17 du Code des assurances. Celui-ci concerne notamment le comportement qui met en péril l'exécution des engagements contractés entre le professionnel de l'assuré. Il en est de même à l'article L. 951-9 du Code de la sécurité sociale. Ce texte autorise la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance à vérifier, et sanctionner si besoin est, " *l'exécution des engagements [que la mutuelle] a contractés envers les participants ou bénéficiaires et ayants droits de ceux-ci* ". A n'en pas douter, de tels litiges nés de l'exécution d'un contrat de droit privé relèvent du contrôle du juge judiciaire et non d'une autorité administrative, fut-elle qualifiée d'indépendante. S'agit-il pour autant d'une substitution de compétence au préjudice du juge ? Rien n'est moins sur. En effet, il n'est pas demandé aux autorités administratives indépendantes concernées de trancher un litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Cette obligation prévue à l'article 12 du nouveau code de procédure civile concerne le juge. Les autorités de régulation sont exclues de son champ d'application. En fait, il faut s'interroger sur le point de savoir s'il n'existe pas une complémentarité des contrôles. Dans le cadre de l'inexécution ou d'une inexécution contractuelle, le plaignant peut demander au juge qu'il accorde réparation de cette inexécution[16]. Cette compétence est ignorée des autorités administratives indépendantes. En revanche, il leur est permis de prévenir et sanctionner, si besoin est, la défaillance de l'acteur économique ou financier. Or, cette sanction ne relève pas de la compétence du juge. On se trouve donc en présence d'un complexe jeu de compétences administrative et judiciaire dans un domaine où la compétence judiciaire est traditionnelle mais incomplète.

21. Cet enchevêtrement de compétences est lié à la définition de manquements dont la nature réelle reste floue. C'est le cas en matière d'assurance et, dans une moindre mesure, en matière de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance. Ainsi, l'article L.310-17, alinéa 1er, du Code des assurances dispose que : " *Lorsqu'une entreprise [...]*

14- Loi du 10 février 2000, art. 38 ; CPT, art. L. 36-9.

15- Loi du 30 septembre 1986, art. 30-5.

16- Article 1146 et s du code civil.

enfreint une disposition législative ou réglementaire dans le domaine relevant du contrôle de la commission ou a un comportement qui met en péril sa marge de solvabilité ou l'exécution des engagements qu'elle a contractés envers les assurés, la commission [...] ". Ici, la mention d'un " *comportement qui met en péril sa marge de solvabilité ou l'exécution de ses engagements qu'elle a contractés envers les assurés* " suscite plusieurs approches. Tout d'abord, cela a déjà été dit, il peut s'agir de manquements à une obligation contractuelle. La bonne foi dans l'exécution du contrat, visée à l'article 1134 du Code civil, oblige le contractant à exécuter correctement ses engagements et à s'assurer qu'il pourra les exécuter. Ensuite, il peut s'agir de manquements aux conditions d'octroi de l'agrément. Il est possible de se demander si l'entreprise d'assurance aurait reçu cet agrément si l'autorité l'octroyant avait eu connaissance de ses problèmes de solvabilité ou de respect d'obligations contractuelles[17]. Le défaut de ces éléments peut entraîner une sanction car les éléments nécessaires à l'agrément sont absentes. Enfin, une entreprise d'assurance est considérée comme un professionnel. Manquer à ses obligations constitue certainement une faute professionnelle susceptible de sanction prononcée par une autorité disciplinaire. En définitive, un même comportement est appréhendé sous divers angles et sous diverses qualifications. La définition souple des manquements est un atout évident dont souhaiterait certainement disposer toute autorité de sanction.

22. Il résulte des différents aspects précédemment abordés qu'une approche globale est impossible. Seule une typologie complexe de la définition des manquements peut être proposée :

- manquement à une règle sectorielle défini en dehors de tout lien préalable :
  - manquement défini dans un texte légal,
  - manquement défini dans un texte légal et réglementaire,
  - manquement à une règle sectorielle définie ou définissable selon la loi ou le règlement.
- manquement défini en présence d'un lien préalable :
  - manquement résultant du lien préalable :
    - manquement résultant des conditions de formation du lien préalable,
    - manquement définit conventionnellement.
  - manquement distinct du lien préalable :
    - manquement à une règle sectorielle définie ou définissable selon la loi ou le règlement,
    - manquement à une obligation contractuelle.
  - manquement à une règle professionnelle.

17- Article L 321-10 du code des assurances.
Voir également en ce sens, l'article 30-2-V de la loi du 30 septembre 1986.

23. La complexité de la typologie illustre le désordre régnant en la matière. Face à une telle complexité, encore est-il possible de souligner que lorsque les manquements concernent tout sujet de droit, ils font l'objet d'une définition très précise dans des textes. En revanche, lorsque ce sont des professionnels ou des titulaires d'un acte juridique autorisant l'exercice d'une activité économique ou financière, les manquements sont définis de manière plus souple. Dans la dernière hypothèse, les autorités administratives indépendantes disposent d'une plus grande marge d'appréciation tant sur la nature réelle du manquement qu'il convient de poursuivre, que sur l'opportunité de déclencher une poursuite face à un comportement qui n'est pas spécialement incriminé. La souplesse d'action qui en résulte empêche de laisser échapper un comportement qui, s'il n'est pas expressément défini comme fautif, mérite une sanction. Il s'agit d'un véritable retour à l'arbitraire du juge de l'ancien régime, l'arbitraire relevant aujourd'hui de l'action des autorités administratives indépendantes. De droit, il est recherché l'exhaustivité de la répression.

B. Des réponses punitives adaptables

24. Les dispositions législatives relatives au pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier convergent toutes vers une facile réaction face à un manquement. L'omniprésence de la surveillance ne suffit apparemment pas. Elle est relayée par des réponses punitives adaptées. Cela est mis en exergue par la qualification imprécise des sanctions (1) ainsi que par l'opportunité des réponses données (2).

1. Des sanctions aux qualifications imprécises

25. La qualification légale des sanctions prononcées est-elle un moyen d'appréhender le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier ? Une fois de plus, l'espoir d'une approche globale et raisonnée est peu promise au succès. L'absence de clarté des textes et leur confusion apparente illustrent la diversité plus que la cohérence. La confusion naît de l'absence de qualifications ou de qualifications différentes pour les mêmes formes de sanctions. En soi, il ne peut être reproché au législateur de laisser de côté une oeuvre de théorisation relevant pour l'essentiel de la recherche et de la doctrine. Néanmoins, en se dispensant de qualifier clairement les sanctions, il prive le citoyen d'un accès facile au droit et les textes d'une lecture simple. Mais surtout, il souligne l'absence d'une réelle appréhension de ce phénomène répressif.

26. Dans de nombreux cas, les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes ne reçoivent aucune qualification. Il en est ainsi, en matière de concurrence, de bourse, d'audiovisuel, de télécommunication et d'électricité. Quelle que soit leur forme, les sanctions encourues ne sont rattachées, *a priori*, à aucune catégorie juridique connue. Par conséquent, une liberté de rattachement est offerte à l'analyste. Il a tout loisir de tenter de les rattacher aux sanctions en matière pénale, aux sanctions disciplinaires ou encore aux sanctions administratives. Pour être guidée, cette recherche de qualification peut s'inspirer des autres autorités administratives indépendantes pour lesquelles le législateur qualifie les sanctions. A ce titre, l'exemple des sanctions prononcées par la Commission des opérations de bourse stimule la réflexion. En effet, par le jeu de ses multiples compétences, cette commission prononce des sanctions non qualifiées[18] et des sanctions qualifiées de disciplinaires[19].

Comment expliquer cette différence de qualification ? Une piste de recherche concerne la nature des sanctions encourues. En comparant celles qui reçoivent une qualification avec celles qui en sont démunies, une grille de lecture apparaîtrait. Pourtant, rien n'est moins certain. Ainsi, en matière de bourse, l'article L621-25 du code monétaire et financier dresse une liste des sanctions prononcées par la Commission des opérations de bourse à l'encontre des prestataires de services d'investissement et les sociétés de gestion de portefeuille. Les avertissement, blâme, interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis, suspensions ou retraits de l'autorisation et sanctions pécuniaires ne reçoivent aucune qualification légale. Or, l'article L622-16 du même code dresse la liste de sanctions identiques prononcées par une autorité disciplinaire : le Conseil des marchés financiers[20]. Faut-il en conclure que la commission ne prononce pas des sanctions disciplinaires ? Ce serait hâtif.

En effet, les articles L532-6 et L532-12 du code monétaire et financier permettent à la Commission des opérations de bourse, comme à la Commission bancaire ou au Conseil des marchés financiers, de prononcer des sanctions qualifiées expressément de disciplinaires. En outre, ces mêmes articles renvoient, sous couvert de sanctions disciplinaires, aux articles L621-24 à L621-27 et L622-15 à L622-18 du code. Or, si l'article L622-16 mentionne des sanctions en matière disciplinaire pour des sanctions qui peuvent également être prononcées par le Conseil des marchés financiers, il n'en est rien de l'article L621-25.

27. Par conséquent, l'observateur est face à une difficulté de compréhension très nette : comment interpréter ces textes et quelle

18- C. mon. et fin., art L621-15.

19- C. mon. et fin., art L532-6 et s.

20- Le Conseil des marchés financiers (CMF) fut créé par la loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, art. 27 et s., JO, 4.07.1996.

qualification faut-il retenir pour les sanctions prononcées par la Commission des opérations de bourse ? A l'évidence, le critère organique est inopérant. En revanche, un critère fonctionnel est envisageable, sous réserve qu'il inclue l'exercice de fonctions différentes par une même autorité. L'argumentaire théorique, comme les compétences habituellement diversifiées des autorités administratives indépendantes, tolèrent cette conclusion.

Tableau n°3
La qualification légale des sanctions

	Absence de qualification	**Qualification de sanction disciplinaire**	**Qualification de sanction administrative**
Commission des opérations de bourse	c. mon. et fin., art. L621-15 ; L621-25	c. mon. et fin., art. L532-6 ; L532-12	
Commission de contrôle des assurances		c. ass., art. L.310-18 ; L310-18-1 ; L310-18-2	
Conseil de la concurrence	c. com., art. L464-2		
Conseil supérieur de l'audiovisuel	L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 42-1 ; 48-2		
Commission bancaire		c. mon. et fin., art. L511-15 ; L532-6 ; L613-21 ; L613-32	
Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance		c. séc. Soc., art. L.951-10 c. mutualité : art. L510-2 ; L510-11	
C.E.C.E..I.	c. mon. et fin., art. L511-15 ; L532-6		
Autorité de régulation des télécommunications	CPT, art. L.36-11		
Commission de régulation de l'électricité	L., n°2000-108 du 10.02.2000, art. 40		

28. Ceci étant dit, une précision s'impose. S'agissant des prestataires de services d'investissement agréés et des services de gestion de portefeuille pour le compte de tiers, le contrôle de la commission concerne des professionnels qui doivent respecter des règles légales,

réglementaires mais également professionnelles. Il est dès lors concevable que les autres sujets de droit ne soient pas soumis à ces règles professionnelles et évitent des sanctions disciplinaires. La qualification résulterait donc de la nature des relations entretenues antre l'autorité de régulation et le sujet de droit, objet de son attention. En ce sens, la qualification de sanction disciplinaire est retenue pour les sanctions prononcées par la Commission de contrôle des assurances à l'égard des entreprises d'assurance. Il en est de même pour les sanctions prononcées par la Commission bancaire à l'égard des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, ainsi que pour les sanctions prononcées par la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance. Dans le même temps, l'absence de qualification est retenue pour les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence à l'égard des acteurs du secteur concurrentiel.

29. Pourtant, le problème reste posé pour les sanctions prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des télécommunications ainsi que la Commission de régulation de l'électricité. Dans ces cas, il n'y a pas de qualification des sanctions alors que les sujets de droit concernés sont définis. La seule nuance discernable, justifiant l'absence de qualification disciplinaire, est que les acteurs de ces secteurs exercent des professions fort différentes. L'audiovisuel, les télécommunications ou l'électricité nécessitent l'intervention de techniciens et professionnels de tous types. Il est peut-être difficile pour une autorité de régulation de contrôler, sous un angle disciplinaire, l'ensemble des professions de ces secteurs. Ceci confirmerait l'hypothèse concernant l'absence de qualification des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence, ce dernier n'ayant pas vocation à contrôler une profession donnée mais tous les acteurs du secteur concurrentiel.

30. Toutefois, une difficulté nouvelle apparaît au sujet des sanctions relevant de la compétence de la Commission de régulation de l'électricité. La loi du 10 février 2000 prévoit, en son article 40, que la commission sanctionne des gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution ou leurs utilisateurs. Ces sanctions sont dénuées de qualification. Parallèlement, l'article 41 de la même loi prévoit que le ministre chargé de l'énergie prononce des sanctions pécuniaire et administrative. Les personnes concernées, ainsi que les manquements visés sont différents dans les deux hypothèses. Cependant, une nouvelle qualification apparaît : la sanction administrative. Or, cette qualification est expressément accordée aux sanctions ministérielles, mais pas aux sanctions de la Commission de régulation de l'électricité. Faut-il en conclure que la Commission ne prononce pas des sanctions administratives ? L'exemple de la sanction pécuniaire est alors significatif. Prononcée par

les huit autorités disposant d'un pouvoir répressif, cette sanction est qualifiée dans deux cas sur huit. Si, à nouveau, on se réfère à la loi du nombre, il faut considérer que la sanction pécuniaire n'est pas une sanction disciplinaire.

Tableau n°4
La nature et la qualification des sanctions selon l'autorité[21]

	Sanctions non qualifiées	Sanctions disciplinaires
Affichage	- Conseil de la concurrence	
Avertissement		- Commission bancaire - Commission de contrôle des assurances - Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance - Commission des opérations de bourse
Blâme		- Commission bancaire - Commission de contrôle des assurances - Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance - Commission des opérations de bourse
Démission d'office		- Commission bancaire - Commission de contrôle des assurances - Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance - Commission des opérations de bourse
Insertion	- Conseil de la concurrence - Conseil supérieur de l'audiovisuel	
Interdiction	- Commission de régulation de l'électricité	- Commission bancaire - Commission de contrôle des assurances - Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance - Commission des opérations de bourse
Limitation d'activité		- Commission de contrôle des assurances - Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance
Limitation de droits		- Commission bancaire - Commission des opérations de bourse
Publication	- Conseil de la concurrence - Commission des opérations de bourse - Autorité de régulation des télécommunications	- Commission bancaire - Commission de contrôle des assurances - Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance - Commission des opérations de bourse
Radiation	- Commission des opérations de bourse	- Commission bancaire - Commission des opérations de bourse
Réduction	- Autorité de régulation des télécommunications - Conseil supérieur de l'audiovisuel	
Retrait	- Autorité de régulation des télécommunications - Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement - Conseil supérieur de l'audiovisuel	- Commission bancaire - Commission de contrôle des assurances - Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance - Commission des opérations de bourse
Sanction pécuniaire	- Autorité de régulation des télécommunications - Conseil de la concurrence - Conseil supérieur de l'audiovisuel - Commission des opérations de bourse - Commission de régulation de l'électricité	- Commission bancaire - Commission de contrôle des assurances - Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance - Commission des opérations de bourse
Suspension	- Autorité de régulation des télécommunications - Conseil supérieur de l'audiovisuel	- Commission bancaire - Commission de contrôle des assurances - Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance - Commission des opérations de bourse
Transfert d'activité		- Commission de contrôle des assurances - Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance

21- Ne sont pas ici rapportées les sanctions et pénalités contractuelles qui relèvent de l'inexécution d'un contrat et non de la sanction d'un manquement.

- Les références des textes relatifs aux décisions de sanction ne sont pas indiquées. Il est nécessaire de se reporter au Tableau des mesures et sanctions consécutives à un manquement.

- Seules les sanctions prononcées par la Commission de contrôle des assurances et la Commission des opérations de bourse font l'objet de l'indication du texte en raison de multiples qualifications ou origines.

31. Pour en terminer sur ce point, le tableau de présentation de la nature des sanctions et de leur qualification selon l'autorité de sanction révèle que beaucoup des sanctions prononcées sont qualifiées de sanctions disciplinaires, alors même qu'elles sont prononcées par des autorités administratives indépendantes. Dès lors, faut-il considérer que le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier relève, par attraction, du pouvoir disciplinaire ? Cette proposition est acceptable lorsqu'il existe un lien préalable entre l'autorité de sanction et l'auteur du manquement. Toutefois, il existe des contres exemples avec l'Autorité de régulation des télécommunications, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la Commission de régulation de l'électricité. Pour ces autorités, la qualification de sanctions disciplinaires est écartée bien qu'il existe un lien entre l'autorité de sanction et le sanctionné.

32. Enfin, il est difficile de cerner une distinction pour les sanctions prononcées par la Commission de contrôle des assurances. Alors que la qualification de sanction disciplinaire est retenue à l'article L 310-18, c'est celle de sanction administrative qui est retenue par la section dans laquelle est inséré l'article L 351-8 du Code des assurances. Or, la qualification même de sanction administrative est critiquable car elle n'est pas retenue dans le corps même du Code des assurances, comme c'est le cas pour la qualification retenue dans le titre du décret du 23 mars 1990 relatif à la Commission des opérations de bourse[22]. Les titres de textes et de subdivisions dans les lois sont utiles mais ils posent un problème du point de vue de leur force juridique. En effet, ils sont partie intégrante du texte et en ont la valeur tout en ne pouvant fonder un droit, une requête en justice. Ces titres sont des dispositions de droit positif ne pouvant fonder l'exercice d'un droit subjectif. Toutefois, le seul fait que l'on ait à s'interroger sur ces deux qualifications révèle le doute qui s'empare de l'analyste et le trouble auquel il est confronté. En fait, bien que cela ne soit pas convaincant, la seule solution possible, sur ce point précis, est de se référer au plus grand nombre et, par analogie, de retenir la qualification de sanction disciplinaire.

33. En conclusion, il est difficile de se forger une idée solide de la nature des sanctions prononcées. La qualification administrative relève uniquement d'un critère organique. Or, dans ce cas, la qualification de sanction disciplinaire devrait disparaître lorsque cette mesure est prononcée par une autorité administrative indépendante. De même, la sanction disciplinaire devrait disparaître au bénéfice de la sanction juridictionnelle lorsque la Commission bancaire sanctionne comme juridiction administrative[23].

22- Décret du 23.03.1990, relatif à la procédure d'injonction et de sanction administrative prononcées par la Commission des opérations de bourse et aux recours contre les décisions de cette commission qui relèvent de la compétence du juge judiciaire, JO, 25.03.1990.

23- C. mon. et fin., art. L613-23

S'il fallait faire la preuve que le législateur manie mal les catégories juridiques, il suffirait de conclure ici. Seule la matière pénale, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, offre une possible terre d'accueil pour la compréhension de ces sanctions aux qualifications vagabondes. Elle est la seule qui écarte les qualifications retenues par les différentes législations, pour se référer à la véritable nature des mesures et faire respecter la Convention européenne des droits de l'homme. C'est donc en abordant ces mesures sous un angle totalement nouveau qu'il est possible de les appréhender uniformément. En effet, en dehors des sanctions contractuelles, qui constituent une catégorie particulière, les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes relèvent de la matière pénale.

2. Des réponses opportunes

34. L'étude de la liste des réponses à un manquement souligne la faculté d'appréciation donnée aux autorités administratives indépendantes[24]. La plupart peuvent adresser des injonctions ou des mises en demeure. Comme cela a déjà été mentionné, le manquement connaît donc une réponse qui cherche à corriger le comportement et non directement à le punir. La punition intervient lorsque cet ordre est ignoré ou que le comportement est manifestement fautif. Un large éventail de sanctions s'offre aux différentes autorités administratives indépendantes. Il s'agit notamment de l'avertissement, du blâme, de la sanction pécuniaire, de la suspension, du retrait d'autorisation ou encore de la radiation.

35. L'éventail des réponses à la disposition des autorités administratives indépendantes est caractéristique d'un contrôle poussé mais adapté du secteur d'activité. D'un côté, certaines sanctions sont rarement encourues. L'affichage est encouru uniquement devant le Conseil de la concurrence. L'insertion d'un communiqué est encourue seulement devant le Conseil de la concurrence et le Conseil supérieur de l'audiovisuel. D'un autre côté, certaines sanctions connaissent un véritable succès : les sanctions pécuniaires sont encourues devant l'Autorité de régulation des télécommunications, le Conseil de la concurrence, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission bancaire, la Commission de contrôle des assurances, la Commission des opérations de bourse ainsi que devant la Commission de régulation de l'électricité. De même, le retrait est encouru devant l'Autorité de régulation des télécommunications, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission bancaire, la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, la Commission de contrôle des assurances, la Commission des opérations de bourse ainsi que devant la Commission de régulation de l'électricité.

24- P. Lascoumes, C. Barberger, " De la sanction à l'injonction. 'Le droit pénal administratif', comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices ", RSC, 1988, p.45.

Enfin, la suspension est encourue devant les mêmes autorités que le retrait, à l'exception du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

36. Répondant à l'esprit affirmé de la régulation, certaines sanctions se font plus adaptées. Certaines frappent directement l'activité exercée alors que d'autres frappent les personnes exerçant ces activités. Dans les sanctions frappant l'activité exercée, il est possible de relever le transfert d'activité ordonné par la Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance. Il s'agit aussi de la limitation d'activité ordonnée par la Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance. Un autre exemple est celui de l'interdiction ordonnée par la Commission bancaire, la Commission de contrôle des assurances, la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance et la Commission des opérations de bourse. S'agissant des sanctions frappant les personnes dans l'exercice de leur activité, il faut citer la démission d'office ordonnée par la Commission bancaire et par la Commission des opérations de bourse. S'y ajoute la radiation ordonnée par la Commission bancaire et par la Commission des opérations de bourse.

37. La diversité des modes de réponse aux manquements limite les possibilités de conclusions solides. La profusion nuit à la clarté. C'est donc à nouveau en terme de tendances qu'il faut raisonne car, à trop entrer dans le détail, l'analyse des sanctions tombe rapidement dans une casuistique sans intérêt majeur. Dès lors, quelles sont ces tendances ?

Dans une première tendance, il est répondu à l'idéal de la régulation grâce à la présence systématique de mesures telles que les injonctions et mises en demeure. Il s'agit de corriger les atteintes portées au secteur économique et financier sans pour autant rechercher systématiquement la punition. En fait, le respect des injonctions et mises en demeure permet aux acteurs économiques d'échapper à une sanction. De plus, ces mesures permettent une grande souplesse d'action aux autorités. Comme cela a déjà été signalé, le respect du principe de légalité des délits et des peines n'est pas respecté à la lettre en matière de régulation. Ces différentes mesures permettent néanmoins aux autorités de préciser le sens réel de textes imprécis. Ainsi, au cas par cas, l'autorité pourra rappeler l'existence de la règle à respecter et son sens concret. A une approche abstraite connue en droit pénal, le législateur a préféré doter la régulation répressive d'une approche concrète.

Dans une seconde tendance, il apparaît que certaines sanctions sont privilégiées par rapport à d'autres. En fait, ce sont celles qui ont le plus

Tableau n°5
Mesures et sanctions à un manquement

	Autorité de régulation des télécommunications	Commission de régulation de l'électricité	Conseil de la concurrence	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Commission bancaire	C.E.C.E.I.	Commission de contrôle des assurances	Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance	Commission des opérations de bourse
Affichage et autre mesure de publicité			c. com., art. L464-2						
Avertissement					c. mon. et fin., art. L613-21		c. ass., art. L.310-18 ; L. 310-18-1 ; L310-18-2	c. séc. soc., art. L.951-10 c. mutualité : art. L510-11	c. mon. et fin., art. L613-21
Blâme					c. mon. et fin., art. L613-21		c. ass., art. L.310-18 ; L. 310-18-1 ; L310-18-2	c. séc. soc., art. L.951-10 c. mutualité : art. L510-11	c. mon. et fin., art. L613-21
Démission d'office					c. mon. et fin., art. L613-21		c. ass., art. L310-18, 4°	c. mutualité : art. L510-11	c. mon. et fin., art. L613-21
Injonction, mise en demeure, ordre	CPT, art. L.36-11 : Mise en demeure	L., n°2000-108 du 10.02.2000, art. 40 : mise en demeure	c. com., art. L464-1 ; L464-2 : Injonction	L., n°86-1067 du 30.09.1986, Injonction : art. 49-1 Mise en demeure : art. 42 ; 48-1	c. mon. et fin., art. L613-16 : Injonction		c. ass., art. L.310-17 ; L. 310-18-1 ; L310-18-2 : Injonction	c. séc. soc., art. L 951-9 c. mutualité : art. L510-18 : Injonction	c. mon. et fin., art. L532-21 ; L621-14 : ordre
Insertion			c. com., art. L464-2	L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 42-4 ; 48-3				c. mutualité : art. L510-11	
Interdiction		L., n°2000-108 du 10.02.2000, art. 40			c. mon. et fin., art. L613-21		c. ass., art. L.310-18 ; L310-18-2	c. séc. soc., art. L.951-10 c. mutualité : art. L510-11	c. mon. et fin., art. L613-21
Limitation d'activité							c. ass., art. L. 310-18 ; L310-18-2	c. séc. soc., art. L. 951-10 c. mutualité : art. L510-11	
Limitation de droits					c. mon. et fin., art. L613-21				c. mon. et fin., art. L613-21
Mesure conservatoire			c. com., art. L464-1					c. mutualité : art. L510-9	
Mise en garde					c. mon. et fin., art. L613-15		c. ass., art. L.310-17 ; L. 310-18-1 ; L310-18-2	c. séc. soc., art. L 951-9	c. mon. et fin., art. L613-21
Observations				L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 49-1					

Tableau n°5
Mesures et sanctions à un manquement *(suite)*

	Autorité de régulation des télécommunications	Commission de régulation de l'électricité	Conseil de la concurrence	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Commission bancaire	C.E.C.E.I.	Commission de contrôle des assurances	Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance	Commission des opérations de bourse
Pénalités contractuelles				L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 28-15° ; 42-3					
Publication	CPT, Art. L36-11, 4°		c. com., art L464-2		c. mon. et fin., art. L613-21		c. ass., art. L.310-18 ; L.310-18-1 ; L310-18-2	c. séc. soc., art. L.951-10 c. mutualité, art. L510-11	c. mon. et fin., art. L613-21
Radiation					c. mon. et fin., art. L511-17 ; L613-21				c. mon. et fin., art. L613-21
Recommandation					c. mon. et fin., art. L613-16				
Réduction	CPT, art. L.36-11			L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 42-1-2°					
Retrait	CPT, art. L.36-11			L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 30-2-V ; 42-1-4° ; 42-3	c. mon. et fin., art. L532-6	c. mon. et fin., art. L511-15 ; L532-6	c. ass., art. L.310-18 ; L310-18-2	c. séc. soc., art. L 951-10 c. mutualité, art. L510-11	c. mon. et fin., art. L613-21
Sanction pécuniaire	CPT, art. L.36-11	L., n°2000-108 du 10.02.2000, art. 40	c. com., art L464-2	L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 42-1 ; 42-15 ; 48-2	c. mon. et fin., art. L613-21 ; L613-32		c. ass., art. L.310-18 ; L.310-18-1 ; L310-18-2		c. mon. et fin., art. L613-21 ; L621-15
Suspension	CPT, art. L.36-11			L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 42-1-1° ; 43-6 ; 48-2	c. mon. et fin., art. L613-21		c. ass., art. L 310-18 ; L310-18-2	c. séc. soc., art. L.951-10 c. mutualité, art. L510-11	c. mon. et fin., art. L613-21
Transfert d'activité							c. ass., art. L.310-18	c. séc. soc., art. L.951-10 ; L951-15-III c. mutualité, art. L510-11	
Autres sanctions				L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 28 ; 28-1					

d'impact matériel en frappant le patrimoine ou l'activité économique. Dans le premier cas, il s'agit des sanctions pécuniaires. Dans le second cas, il s'agit des retraits, suspensions. Les sanctions morales sont délaissées, marquant ainsi les limites de la capacité dissuasive et l'influence prônée de ces autorités.

Enfin, une troisième tendance révèle la disparité des pouvoirs de sanction. Ainsi, toutes les autorités administratives indépendantes ne disposent pas de moyens répressifs identiques. L'Autorité de régulation des télécommunications a le pouvoir de prononcer une interdiction ou une sanction pécuniaire. Mais, dans le même temps, la Commission des opérations de bourse peut prononcer un avertissement, un blâme, une démission d'office, une interdiction, une limitation de droits, une publication, une radiation, un retrait, une suspension et encore une sanction pécuniaire. Si le nombre de sanctions mises à la disposition d'une autorité en révèle l'importance, il est certainement à relever que certaines autorités administratives indépendantes sont plus importantes que d'autres.

Section II - L'instauration d'une surveillance exhaustive

38. L'instauration d'une surveillance exhaustive, caractère essentiel d'un maillage répressif, constitue le second aspect du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier. En fait, il s'agit du corollaire institutionnel des moyens de répression. Ainsi, comme cette dernière instaure des manquements omniprésents accompagnés de réponses punitives adaptables, l'instauration d'un maillage répressif passe par l'organisation de rapports inter-institutionnels spécifiques. Le premier aspect de ces rapports particuliers apparaît dans l'organisation de cumuls de sanctions (A). A multiplier le nombre d'autorités intervenant dans un champ d'action réduit, il est inévitable que certaines compétences répressives se chevauchent. Il est donc nécessaire d'organiser ce chevauchement. Le second aspect de ces rapports concerne la constitution de réseaux d'information (B). Toute autorité répressive dispose de moyens d'information spécifiques. Soit ses agents découvrent des comportements fautifs lors d'enquêtes, soit la victime d'un manquement en informe l'autorité compétente.

Cependant, ces sources factuelles d'information s'accompagnent de la collaboration entre autorités administratives indépendantes et, plus largement, avec les autres acteurs du secteur économique. Ainsi, les autorités s'informent mutuellement et se transmettent les informations utiles à la découverte et la poursuite des manquements.

Tableau n°6
Les complémentarités répressives

	Transmission d'informations, de demandes à la justice	Transmission d'informations à une autre autorité administrative indépendante	Transmission d'informations à une autorité disciplinaire	Transmission d'informations à une autre autorité	Transmission d'informations à une autorité étrangère
Conseil de la concurrence	- P. Rep. : c. com., art. L462-6 - Juridictions d'instruction et de jugement : c. com., art. L463-5 - TGI, T. com : c. com., art. L420-7	- ART :: : art. L.36-10 CPT - CRE : L., n°2000- 108, 10.02.2000, art. 39 - CB : c. mon. et fin., art. L511-4 - CSA : L., n°86-1067, 30.09.1986, art. 41-4		Min. économie : c. com., art. L462-9	- Commission des Communautés européennes, c. com., art. L462-9 - Autorités des autres Etats exerçant des compétences analogues, c. com., art. L462-9
Commission de régulation de l'électricité	- P. Rep. : L., n°2000- 108 du 10.02.2000, art. 39 ; 43	- C. conc. : L., n°2000- 108 du 10.02.2000, art. 39			
Commission de contrôle des assurances	- P. Rep. : c. ass., art. L 310-22 - Juridiction civile ou commerciale : c. ass., art. L.310-19-1 ; L.310-25	- CCMIP : c. ass., art. L 310-20 ; c. mut., art. L510-7 - CB : c. ass., art. L 310-20 ; L631-1 - C. conc. : c. ass., art. L.310-20 - COB : c. mon. et fin., art. L631-1	- Autorité disciplinaire compétente : c. ass., art. L.310-19-1 - Conseil des marchés financiers : c. ass., art. L 310-20 - Conseil de discipline de la gestion financière : c. ass., art. L 310-20 - Conseil des marchés financiers : c. mon. et fin., art. L631-1 - Conseil de discipline de la gestion financiere : c. mon. et fin., art. L631-1	- Min. économie : c. ass., art. L.310-23 - Entreprises de marché : c. ass., art. L 310-20 ; c. mon. et fin., art. L631-1 - Chambres de compensation : c. ass., art. L. 310-20 ; c. mon. et fin., art. L631-1 - Fonds de garantie des dépôts : c. ass., art. L 310-20 - Fonds de garantie des assurés : c. ass., art. L 310-20 - Banque de France : c. mon. et fin., art. L631-1	- Autorités chargées de la surveillance des entreprises d'assurance dans d'autres pays : c. ass., art. L.310-21 - Autorités de contrôle des assurances des pays qui ne sont pas parties à l'accord sur l'Espace économique européen : c. ass., art. L.310-21
Commission des opérations de bourse	- P. Rep. : c. mon. et fin., art. L621-17 - Pdt TGI : c. mon. et fin., art. L621-13 - Pdt TGI Paris : c. mon. et fin., art. L621-17 - Juridictions civiles, pénales, administratives : c. mon. et fin., art. L214-14 ; L621-20	- CB : c. mon. et fin., art. L621-25 ; L631-1 - CECEI : c. mon. et fin., art. L621-25 - CCAss : c. mon. et fin., art. L631-1	- Conseil des marchés financiers : c. mon. et fin., art. L631-1 - Conseil de discipline de la gestion financiere : c. mon. et fin., art. L631-1 - Autorité disciplinaire compétente : c. mon. et fin., art. L214-14	- Banque de France : c. mon. et fin., art. L631-1 - Entreprises de marché : c. mon. et fin., art. L631-1 - Chambres de compensation : c. mon. et fin., art. L631-1	- Commission européenne : c. mon. et fin., art. L621-27 - Autorités compétentes des Etats de la communauté européenne c. mon. et fin., art. L621-27 - Autorités compétentes de l'Etat d'origine : c. mon. et fin., art. L532-19
Commission bancaire	- Juridictions compétente: c. mon. et fin., art. L611-2 ; L613-9 - TGI : c. mon. et fin., art. L613-25	- C. conc. : c. mon. et fin., art. L511-4 - COB : c. mon. et fin., art. L631-1 - CCAss : c. mon. et fin., art L631-1	- Autorité disciplinaire compétente : c. mon. et fin., art. L613-9 - Conseil des marchés financiers : c. mon. et fin., art. L631-1 - Conseil de discipline de la gestion financiere : c. mon. et fin., art. L631-1	- Banque de France : c. mon. et fin., art. L631-1 - Entreprises de marché : c. mon. et fin., art. L631-1 - Chambres de compensation : c. mon. et fin., art. L631-1	- Autorité d'un Etat partie à l'Espace économique européen : c. mon. et fin., art. L613-12 ; L613-14 - Autorité d'un Etat non partie à l'Espace économique européen : c. mon. et fin., art. L613-12 ; L613-14 - Autorités compétentes de l'Etat d'origine : c. mon. et fin., art. L532-19
Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance	- Tribunal compétent : c. séc.soc.. : art. L951-6-1 - Tribunal compétent : c. mutualité, L 510-6 - P. Rep. : c. mutualité, art. L510-14	- CCAss : c. séc. soc., art. L.951-12 - C. conc. : c. séc. soc., art. L.951-12 - CB : c. séc. soc., art. L 951-12 - COB : c. séc. soc., art. L 951-12	- Conseil de discipline de la gestion financiere : c. séc. soc., art. L.951-12 - Autorité disciplinaire compétente : c. séc.soc., : art. L951-6-1		- Autorités chargées de la surveillance des entreprises d'assurance dans d'autres Etats, c. séc. soc., art. L951-13 - Autorités de contrôle des assurances des pays qui ne sont pas partie à l'accord sur l'Espace économique européen, c. séc. soc., art. L951-13
Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement	- Juridictions compétente: c. mon. et fin., art. L611-2	- CCAss : c. mutualité, art. L510-7 - COB, c. mon. et fin., art. L612-2			- Autorités étrangères de même compétence : c. mon. et fin., art. L612-6 - Commission des communautés européennes : c. mon. et fin., art. L612-6
Conseil supérieur de l'audiovisuel	- Juridictions judiciaires compétentes en matière de concurrence : L., n°86-1067, 30.09.1986, art. 17 - P. Rep. : L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 42-11, 48-10, 78 - Pdt sec. ctx. CE : L., n°86-1067, 30.09.1986, art. 42-10 - Pdt TGI : L., n°86-1067, 30.09.1986, art. 79-6	- C. conc. : L., n°86-1067, 30.09.1986, art. 17, 30-5, 41-4 - ART : L., n°86-1067, 30.09.1986, art. 30-5		- Min. économie : L., n°86-1067, 30.09.1986, art. 17	
Autorité de régulation des télécommunications		- C. conc. : CPT, art. L. 33-1, L. 36-9, L. 36-10			

A. Des cumuls de sanction organisés

39. L'un des atouts de la répression menée par les autorités administratives indépendantes est de se distinguer des autres formes de sanction. Ainsi, si la qualification de sanction administrative a connu un tel succès, c'est non seulement parce qu'elle semble donner une consistance juridique à des sanctions non qualifiées par la loi mais, également, parce qu'elle écarte *a priori* tout problème relatif aux multiples poursuites fondées sur un même fait. Le principe *non bis in idem* voit ainsi sa portée limitée à la seule procédure pénale. La conséquence en est que même s'il est admis que les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes sont rattachées à la matière pénale, entendue largement, leur qualification administrative, ou plus simplement encore leur absence de qualification, laissent possible une nouvelle poursuite à raison du même fait. L'intérêt protégé par les autorités administratives indépendantes se distingue de l'intérêt social général protégé par la loi pénale. Concrètement, un comportement sanctionné par la juridiction pénale est aussi poursuivi et sanctionné par une ou plusieurs autorités administratives indépendantes, chaque autorité ayant en charge l'application d'une partie de la législation[25].

40. Le problème de cumul des sanctions est connu du droit pénal. Il s'agit du concours ou cumul idéal d'infraction : " *un acte unique a réalisé la violation de plusieurs dispositions légales* "[26]. Dans cette hypothèse, qui relève du conflit de qualification, c'est la qualification la plus grave qui est retenue et une seule peine est prononcée. Néanmoins, " *pour la Cour de cassation, une action unique peut réaliser deux infractions, si les qualifications ne sont pas inconciliables entre elles et sanctionnent la violation d'intérêts distincts* "[27]. Dans ce cas, c'est une solution autrement prévue par le Code pénal qui est retenue. Il s'agit de la réponse donnée à une affaire lorsque, selon l'article 132-2 du nouveau Code pénal, " *une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction* ". Lorsqu'il se produit un concours réel d'infraction, c'est l'article 132-3 du nouveau Code pénal qui s'applique.

41. Même si les cas sont réduits, il est ainsi acquis qu'un même fait puisse faire l'objet d'une pluralité de poursuites en matière pénale. Il est dès lors pertinent d'imaginer que la solution adoptée dans cette hypothèse par le droit pénal sera traduite en matière de régulation dans le domaine économique et financier. Simplement, au lieu de concerner deux sanctions pénales, il s'agirait de régler le problème du cumul d'une sanction pénale et d'une sanction prononcée par une autorité sectorielle.

25- Cette situation n'est pas nouvelle : J.H. Robert, " Application ou non-application de la règle non bis *in* idem entre les sanctions pénales, civiles et administratives ", APC, 1984, p.136.
Une tradition similaire existe en matière disciplinaire : les sanctions disciplinaires se cumulent aux sanctions pénales. Cette solution est évidemment transposée dans le domaine économique et financier pour toutes les sanctions qualifiées de disciplinaires.

26- G. Stéfani, G. Levasseur, B. Bouloc, " Droit pénal général ", préc., n°686.

27- G. Stéfani, G. Levasseur, B. Bouloc, " Droit pénal général ", préc., n°687.

Mais alors, les dispositions de l'article 132-3 du nouveau code pénal ne sont pas les plus intéressantes. Dans l'hypothèse dans laquelle on se place, c'est l'article 132-4 qui paraît le plus utile. Inspiré par la jurisprudence antérieure au vote du nouveau code pénal, cet article dispose que : " *Lorsque, à l'occasion de procédures séparées, la personne poursuivie a été reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, les peines prononcées s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé. Toutefois, la confusion totale ou partielle des peines de même nature peut être ordonnée soit par la dernière juridiction appelée à statuer, soit dans les conditions prévues par le code de procédure pénale* "[28].

Tableau n°7
Organisation des cumuls de sanctions

Autorité de régulation de l'électricité	**Commission de contrôle des assurances**	**Commission des opérations de bourse**	**Conseil supérieur de l'audiovisuel**	**Autorité de régulation des télécommunications**
L., n°2000- 108 du 10.02.2000, art. 40, 1° : " *Si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale [...] Si le manquement a déjà fait l'objet d'une sanction pécuniaire au titre d'une autre législation, la sanction pécuniaire éventuellement prononcée par la commission est limité de sorte que le montant global des sanctions pécuniaires ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues*"	c. ass., art. L310-22 : " *Lorsque la commission relève des faits de nature à justifier des poursuites pénales, elle transmet le dossier avec un avis motivé au procureur de la République territorialement compétent, sans préjudice des sanctions qu'elle peut prononcer en application de l'article L. 310-18 ou de l'article L. 310-18-1 [...]"*	c. mon. et fin., art. L621-16 : "*Lorsque la Commission des opérations de bourse a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce*"	L., n°86-1067 du 30.09.1986, art. 42-1, 48-2 : La sanction pécuniaire est encourue "*si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale"*	CPT, art. L36-11, 2° : "*Soit, si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale, une sanction pécuniaire dont le montant est proportionné [...]"*

28- Cf., circulaire du 14 mai 1993, commentaire des dispositions de la partie législative du nouveau code pénal et des dispositions de la loi du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur, *in* Code pénal, Dalloz, 2002, p. 848, n°84 et s.

Ce bref rappel des dispositions pénales en matière de concours réel ou idéal d'infraction est utile car il permet de supposer quelles pourraient être les règles applicables en matière de cumul de sanctions, pour peu qu'il soit admis que toutes les sanctions relèvent de la matière pénale. Or, il faut le reconnaître, la référence utilisée ne reçoit pas un accueil très large dans le domaine économique et financier. Il faut alors distinguer cinq hypothèses différentes.

42. La première hypothèse est celle dans laquelle il n'est tenu aucun compte du cumul des sanctions pour tenter d'en limiter la porter. C'est le cas pour les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence, la Commission bancaire, la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance et le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Dans cette hypothèse, la question de l'existence ou de l'absence de qualification des sanctions est ignorée. Les cumuls sont possibles et en aucun cas évités, sauf à ce que les autorités concernées tiennent spontanément compte, dans leur appréciation, de sanctions déjà prononcées par ailleurs.

43. Les quatre hypothèses suivantes tiennent compte des possibilités de cumul. Cependant, même en procédant à une approche chronologique, il est difficile de trouver une cohérence réelle entre les diverses dispositions. Elles concernent les sanctions prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des télécommunications, la Commission des opérations de bourse, la Commission de contrôle des assurances et la Commission de régulation de l'électricité.

Depuis la loi du 17 janvier 1989 relative à la communication audiovisuelle[29], mais surtout depuis la loi du 25 juin 1996 concernant l'Autorité de régulation des télécommunications, le nombre de dispositions relatives à un possible cumul de sanctions s'est accru. Il s'agit, tout d'abord, des dispositions contenues aux articles 42-1 et 48-3 de la loi du 30 septembre 1986, concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel, à l'article L. 36-11 du code des postes et des télécommunications, concernant l'Autorité de régulation des télécommunications et à l'article 40 de la loi du 10 février 2000, concernant la Commission de régulation de l'électricité. Selon ces textes, l'autorité peut prononcer une sanction pécuniaire " *si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale* ". Donc, l'incrimination pénale du comportement empêche l'autorité de régulation de prononcer ce type de sanction. Il est tenu compte d'un possible cumul des amendes pénales et des sanctions pécuniaires. Ceci permet d'éviter qu'une trop forte sanction frappe l'auteur du manquement, doublement poursuivi. En revanche, il ne lui est pas interdit de prononcer les autres sanctions mises à sa disposition par le même texte : une suspension totale

29- Loi du 17.01.1989 modifiant la loi du 30.09.1986, JO, 18.01.1989.

ou partielle, pour un mois au plus, la réduction de la durée, dans la limite d'une année, ou le retrait de l'autorisation. Dans ces cas, le cumul de sanction est impossible. En effet, ces peines ne sont pas prévues dans le Code pénal et ne sont donc pas à disposition du juge pénal. S'il dispose de la possibilité de prononcer une interdiction d'activité professionnelle, il ne s'agit pas de la même sanction que le retrait de l'autorisation[30].

44. S'agissant ensuite des dispositions concernant la Commission des opérations de bourse. L'article L621-16 du code monétaire et financier dispose que " *Lorsque la Commission des opérations de bourse a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce* ". Plusieurs remarques résultent de la lecture de ce texte. Tout d'abord, comme en matière de télécommunications, la disposition vise exclusivement les cas de cumuls entre amende pénale et sanction pécuniaire de régulation. La logique est donc la même dans les deux cas. Ensuite, l'article L621-16 envisage uniquement l'hypothèse dans laquelle le juge pénal statue après une décision définitive de la Commission des opérations de bourse. Selon une lecture littérale, il faut considérer que, si la Commission n'a pas statué sur le manquement boursier, le juge pénal n'a pas à s'interroger sur la possibilité du cumul et à en tirer quelque conséquence. Sauf, à comprendre que la décision définitive de la Commission est une décision définitive, non susceptible de recours, l'hypothèse devient plus complexe. Que se passe-t-il si le juge statue après une décision de la Commission, alors que cette décision fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris ? Il y a là un risque de cumul total si le juge sanctionne l'auteur de l'infraction et que la Cour d'appel de Paris rejette l'appel. Mais il y a un risque d'impunité si, tenant compte de la sanction boursière le juge pénal dispense de peine pénale et que, après appel, la décision de la Commission des opérations de bourse est annulée. Dans ce cas, alors que la responsabilité est retenue deux fois, aucune peine ne sera prononcée et effectuée. En outre, la solution choisie par le législateur permet au juge pénal de confondre les peines. Il y a donc reconnaissance implicite de l'unité des sanctions pécuniaires de régulation et de l'amende pénale. Le fondement administratif ou judiciaire n'affecte pas la nature pécuniaire de la sanction. Il s'agit, à la fois, de tirer la conclusion d'un rattachement des sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes à la matière pénale et, en même temps, de susciter le rapprochement des deux formes de sanctions. Enfin, l'article L621-16 reste silencieux sur le cas dans lequel le juge pénal statue antérieurement à la Commission des opérations de bourse : rien n'interdit à la Commission de sanctionner pécuniairement sans tenir compte de l'amende pénale prononcée antérieurement. Il pèse ainsi une obligation

30- Articles 131-6, 11° ; 131-27 et suivants du code pénal.

sur le juge judiciaire inconnue de l'autorité administrative indépendante. Cela est étonnant car selon la Constitution, non seulement l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle mais son indépendance est garantie[31]. Le fait que l'article L621-16 laisse au juge la possibilité d'imputer la sanction de la Commission des opérations de bourse sur l'amende pénale est la trace minimum du respect des dispositions constitutionnelles. Faut-il rappeler que le juge judiciaire rend la justice au nom du peuple français, ce que ne saurait faire une autorité administrative, même qualifiée d'indépendante ?

45. Les dispositions concernant la Commission de contrôle des assurances sont encore différentes. L'article L. 310-22 du code des assurances résulte de la loi du 25 juin 1999[32]. Il dispose que " *Lorsque la commission relève des faits de nature à justifier des poursuites pénales, elle transmet le dossier avec un avis motivé au procureur de la République territorialement compétent, sans préjudice des sanctions qu'elle peut prononcer en application de l'article L. 310-18 ou de l'article L. 310-18-1 [...]* ". En l'espèce, la question d'une possible imputation de la sanction prononcée par la commission sur la peine pénale est exclue. La loi est totalement indifférente à cette question. Les deux procédures et les deux sanctions, dans leur forme pécuniaire ou autre, se cumulent sans restriction.

46. Il est difficile de cerner la logique suivie par le législateur au sujet de cette disposition, pourtant postérieure aux règles adoptées sur ce point en matière de télécommunications et de bourse. Ce défaut de logique, proche d'une systématisation du flou ou du désordre, se retrouve dans l'hypothèse de l'absence de cumul entre la sanction pénale et la sanction de régulation en matière de régulation de l'électricité. Après l'affirmation selon laquelle une sanction pécuniaire est possible si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale l'article 40 de loi du 10 février 2000 ajoute que, " *[...] Si le manquement a déjà fait l'objet d'une sanction pécuniaire au titre d'une autre législation, la sanction pécuniaire éventuellement prononcée par la commission est limité de sorte que le montant global des sanctions pécuniaires ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* ". Alors que les cumuls avec les peines pénales sont impossibles, cet article organise d'autres possibilités de cumul par référence à une sanction pécuniaire prononcée " *au titre d'une autre législation* ". L'utilisation de ce terme ouvre des perspectives jusqu'ici inexplorées. Ainsi, ce sont plusieurs législations qui sont à envisager. Il en est ainsi des sanctions disciplinaires. Elles seront prises en compte par la Commission de régulation de l'électricité pour limiter le montant de sa sanction. La loi du 10 février 2000 écarte cependant une autre situation résultant de l'article 41,

31- Articles 66 et 64 de la Constitution du 4 octobre 1958.

32- Loi du 25.06.1999, relative à l'épargne et à la sécurité financière, JO, 29.06.1999.

selon lequel le ministre peut prononcer les mêmes sanctions que la Commission. Mais la mention expresse des manquements visés semble écarter toute possibilité de cumul. Toutefois, le terme " *autre législation* " oriente le regard vers une législation internationale, comme le droit communautaire avec la Commission des communautés européennes et son pouvoir de sanction. Dans cette situation également, la Commission de régulation de l'électricité devra moduler sa sanction. Mais il s'agit aussi des législations permettant à des autorités administratives indépendantes de prononcer des sanctions. En effet, les autres législations économiques et financières sont confrontées à la législation en matière d'électricité. L'hypothèse du Conseil de la concurrence est certainement la plus pertinente.

47. Cette disposition de l'article 40 de la loi du 10 février 2000 est remarquable. Pour la première fois, la législateur tient compte de la réalité matérielle des sanctions au détriment d'une qualification souvent imprécise. A l'image de la Cour européenne des droits de l'homme, qui écarte les qualifications nationales pour imposer le respect de la Convention européenne des droits de l'homme, le législateur français écarte expressément les qualifications des diverses sanctions pour n'en retenir que la nature. Enfin, il faut relever que la rédaction de l'article 40 de la loi du 10 février 2000 oblige la Commission de régulation de l'électricité à modérer sa sanction dans le cadre du maximum encouru. Liée sur ce point, la commission reste cependant libre de prononcer les autres sanctions mises à sa disposition sans avoir à tenir compte d'un risque éventuel ou réel de cumul.

48. En conclusion, il est difficile d'obtenir une vision claire et globale de la question des cumuls de sanctions. Plus que de diversité, il faut parler de désordre complet dans une matière qui semble s'en être fait un mot d'ordre. Tout est comparable mais rien n'est semblable ! Par conséquent, même en suivant un raisonnement chronologique, il est impossible de construire un raisonnement argumenté. Seule subsiste une tendance selon laquelle le législateur prend conscience, depuis 1996, des risques de cumuls de sanctions. Toutefois, les risques de cumuls sont envisagés uniquement à l'égard des sanctions pécuniaires sans que l'on puisse expliquer clairement cette restriction. Il en résulte que la nature des sanctions l'emporte sur leur qualification. S'inspirant certainement en cela des dispositions relatives aux peines d'emprisonnement et de réclusion criminelle[33], le législateur limite les conséquences des cumuls.

Au-delà de ces quelques remarques, il paraît difficile de fonder quelque autre démonstration sur la question. Il s'agit de tendances, uniquement de tendances. Toutefois, elles confirment l'omniprésence de

33- Circulaire du 14 mai 1993 : " *Les articles 132-3 et suivants donnent à l'expression* " *nature de la peine* " *une signification nouvelle. Celle-ci n'est plus appréciée par référence à la distinction traditionnelle entre les peines criminelles, correctionnelles et contraventionnelles, mais en fonction du contenu des peines en présence. Les peines privatives de liberté sont donc désormais considérées comme étant de même nature, qu'il s'agisse de réclusion ou d'emprisonnement. La règles est du reste expressément posée par l'article 132-5. S'agissant des autres peines, sont de même nature toutes les peines qui ont le même contenu et le même effet : amende, interdiction d'émettre des chèques, confiscation...* ", n°84.

la sanction dans un domaine où la liberté d'action semble, a priori, privilégiée. L'omniprésence répressive se renforce encore par la onstitution de véritables réseaux d'informations au bénéfice des autorités de régulation, pierre d'achèvement du maillage répressif.

B. La constitution de réseaux d'information

49. La création d'un maillage répressif nécessite un grand nombre de sources d'informations. La surveillance d'un secteur d'activité est l'aspect essentiel de l'activité des autorités administratives indépendantes. Pour autant, l'importance des secteurs économique et financier est telle qu'il est difficile à chaque autorité d'assurer seule cette mission. Naturellement, chacune dispose de personnels, d'enquêteurs qui lui sont propres ou qui sont mis à sa dispositions. Des visites domiciliaires et perquisitions accompagnées de saisies sont même possibles. Des structures particulières de surveillance sont parfois créées. Il en est ainsi des Comités techniques régionaux qui, plus proches du terrain, informent le Conseil supérieur de l'audiovisuel d'éventuels manquements. Classiquement, il s'agit d'un système de contrôle vertical. L'information, saisie à la base est adressée au supérieur qui dispose du pouvoir de sanction. Il s'agit, *mutatis mutandis*, du système adopté par la justice pénale. Les officiers de police judiciaire découvrent ou sont informés de la commission d'une infraction et en informent le procureur de la République qui va décider des suites à donner.

50. A ce système traditionnel de surveillance, le domaine économique et financier connaît un complément : au contrôle vertical s'ajoute un contrôle horizontal. La plupart des autorités de régulation sont liées entre elles par la volonté du législateur. Ces liens sont constitués par l'obligation d'échanger les informations qui, parvenues à la connaissance de l'une, sont utiles à l'autre. La surveillance du secteur économique et financier s'effectue par la coordination des autorités administratives indépendantes. Les traces législatives de cette coordination sont nombreuses. Si le Conseil de la concurrence est pris en exemple, il apparaît qu'il est lié à l'Autorité de régulation des télécommunications, à la Commission de régulation de l'électricité, au Conseil supérieur de l'audiovisuel ainsi qu'à la Commission bancaire[34]. Le conseil est relié à d'autres autorités et reçoit ainsi les informations nécessaires à l'exercice de sa mission. Cette dernière étant essentiellement punitive, il est clair que le réseau d'information a une vocation de surveillance caractérisée.

51. La volonté de constituer ce réseau est également visible dans certains textes dont la rédaction est tellement proche qu'il est possible de les confondre[35]. Plus intéressante encore est la structure complexe créée

34- CPT, art. L36-10 ; Loi du 10 février 2000, art. 39 ; Loi du 30 septembre 1986, art. 41-4 ; c. mon. et fin., art. L511-4.

35- Il s'agit des L631-1 du code monétaire et financier, L. 310-20 du code des assurances et L. 951-12 du code de la sécurité sociale.

à l'article L631-2 du code monétaire et financier. Il y est instauré une superstructure, dénommée " *Collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier* ". Il est composé " *du gouverneur de la Banque de France, président de la commission bancaire, du président de la commission de contrôle des assurances, du président de la Commission des opérations de bourse et du président du Conseil des marchés financiers ou de leurs représentants. Il est présidé par le ministre chargé de l'économie ou son représentant* ". Selon l'alinéa 2 de l'article L631-2, " *Le collège des autorités de contrôle a pour mission de faciliter les échanges d'information entre les autorités de contrôle des groupes financiers ayant à la fois des activités de crédit, d'investissement ou d'assurance ainsi que d'évoquer toute question d'intérêt commun relative à la coordination du contrôle desdits groupes* ". Ainsi, à un dispositif multilatéral d'échange d'informations instauré dans des textes particuliers, le législateur ajoute une nouvelle structure dont l'objectif clairement affiché est de faciliter la surveillance du secteur.

Schéma des liens entretenus entre les autorités administratives

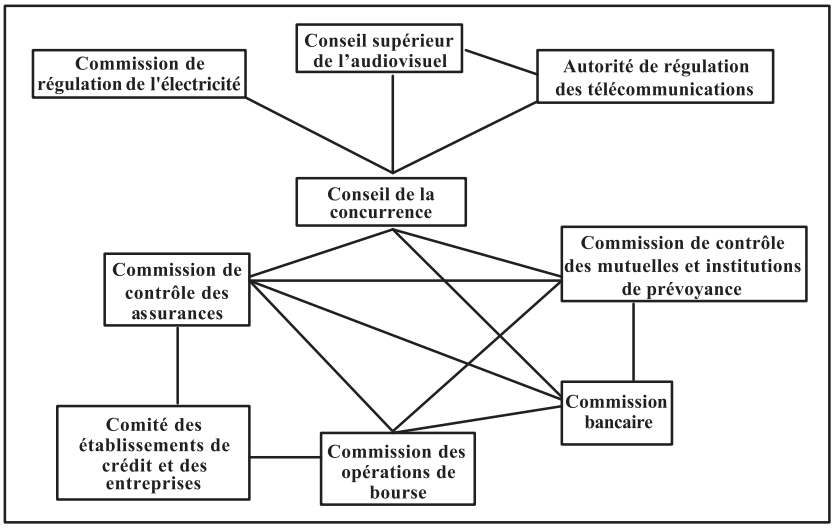
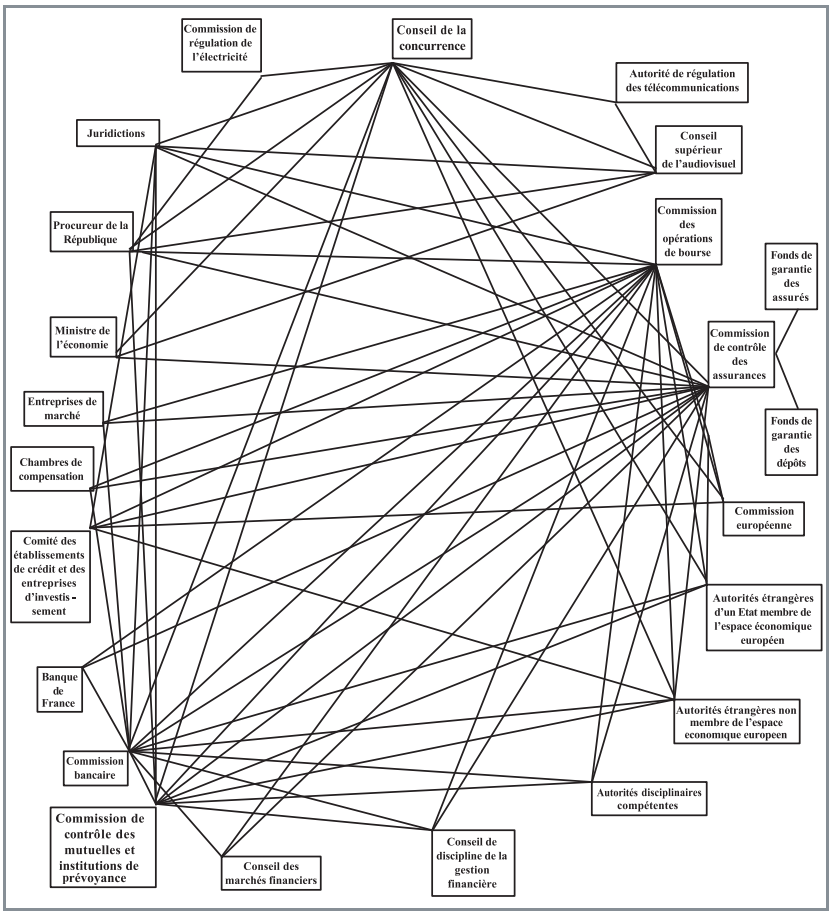


Schéma des échanges d'informations entre les autorités de surveillance du domaine économique et financier



52. Il est à considérer qu'au niveau vertical de contrôle, dépendant de chaque autorité, s'est ajouté un niveau horizontal, liant les autorités entre elles, complétés par une structure de coordination. Il est difficile d'imaginer un système de surveillance plus prégnant. Il est même remarquable que, survivent les libertés du commerce, de l'industrie et de l'économie. Cette critique est, de plus, à relier avec d'autres dispositifs de surveillance jusqu'ici laissés de côté. Nombre d'autorités peuvent informer le procureur de la République de la commission d'une infraction. Il leur est

également possible de saisir une juridiction afin d'obtenir une décision facilitant l'exercice de leur mission de régulation. Enfin, les autorités disciplinaires propres à chaque activité ou profession ne sont pas en reste. Certaines sont même directement informées par les autorités administratives indépendantes.

53. Placés en liberté surveillée, il est difficile d'imaginer que les acteurs du domaine économique et financier puissent encore faire l'objet d'autres mesures de surveillance. Et pourtant, cela est possible ! La " mondialisation " et l'intégration européenne conduisent à la conclusion de conventions entre les autorités administratives indépendantes et leurs homologues étrangères[36]. Ce que la justice pénale a tant de mal à réaliser au niveau de l'entraide pénale internationale, et dans la construction d'un véritable droit pénal européen, est réalisé par les autorités de régulation[37].

54. Au bilan, il est surprenant de constater avec quelle facilité le législateur a instauré un dispositif de surveillance aussi complexe. La création du Collège des autorités de contrôle est symptomatique de ce besoin omniprésent de surveillance comme de la difficulté d'appliquer et de faire cohabiter autant de compétences. Il s'agit donc d'un véritable maillage répressif fondé sur des pouvoirs de sanctions et des relations d'informations multidirectionnelles.

On l'aura compris, proposer une conclusion sur la question du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier est un exercice périlleux. Certes, une conclusion simple est possible : ce pouvoir répressif est tellement diversifié dans ses fondements et ses formes qu'aucune synthèse théorique n'est réellement possible. La profusion nuit à la clarté et surtout à tout effort de construction théorique pertinent.

55. Toutefois, ce serait oublier de réelles tendances de fond. En ce sens, le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier est grandement facilité par des définitions imprécises de manquements, par des destinataires nombreux, par des sanctions aux qualifications imprécises qui permettent de donner une réponse opportune à chaque espèce. En outre, un tel dispositif de sanction est renforcé par l'instauration d'un véritable maillage répressif décliné par l'organisation de cumuls de sanctions ainsi que par la constitution de réseaux d'information. La réussite de la découverte, de la poursuite et de la sanction des manquements passe également par un abaissement des exigences de fond consistant en une adaptation du principe de légalité des délits et des peines, en l'aménagement du principe non bis in idem et en évitant des qualifications trop contraignantes. De tels

36- Par exemple : Convention de coopération et d'échange d'informations entre la Commission des opérations de bourse (COB) et le Conseil du marché financier de Tunisie (CMF), Bull. COB, n°315, 1997, p.45.

37- R. Koering-Joulin, " L'entraide judiciaire répressive au sein de l'Union européenne ", *in* " Quelle politique pénale pour l'Europe ? ", Economica, 1993, p. 169 ; J. Borricaud, " Vers l'Europe pénale ", *in* " Problèmes actuels de science criminelle ", PU Aix-Marseille, n°7, 1994, p.107 ; M. Delmas-Marty, " Réinventer le droit commun ", D. 1995, chron., p.1.

pouvoirs sont refusés au juge judiciaire, alors même que le rattachement de ces sanctions à la matière pénale est difficilement contestable.

Le législateur peut souhaiter que les résultats obtenus par cette répression soient encore plus performants. Toutefois, il est difficile d'imaginer des dispositifs encore plus contraignants. Si une modification législative est souhaitable, elle doit s'axer sur la clarification du droit plutôt que vers un renforcement des dispositifs de contrôle. Plus claires, les dispositions seront plus accessibles et mieux connues du sujet de droit auquel elles s'adressent.

56. Enfin, il est certainement utile de s'interroger sur la nature des autorités administratives indépendantes lorsqu'elles exercent leur pouvoir de sanction. De grandes variations sont à noter dans les compétences, mais la question de leur fonction juridictionnelle devra être tranchée tôt ou tard. L'on reste songeur quand, selon l'article L613-23 du code monétaire et financier, il est précisé que la Commission bancaire est une juridiction administrative lorsqu'elle exerce ses compétences répressives. En effet, cette juridiction est présidée par le Gouverneur de la Banque de France, par ailleurs président du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, et notamment membre du Comité de la réglementation bancaire et financière[38]. Le maintien de la qualification d'autorités administratives indépendantes pour ces trois autorités est sujet à controverse, tant les liens institutionnels les unissant sont forts. De plus, si l'indépendance et l'impartialité de la juridiction administrative sont supposées au regard de sa nature, il serait peut être nécessaire de repenser le sens de la catégorie des autorités administratives indépendantes. Enfin, affirmer la nature juridictionnelle des autres autorités, ou les contraindre formellement à respecter les principes directeurs du procès pénal, s'accorderait avec la nature juridictionnelle de leur fonction répressive.

38- C. mon. et fin., art. L613-3.

LE PARTAGE ENCHEVÊTRE DES COMPETENCES DE LA REGULATION

Morgane Daury-Fauveau
Maître de conférences en droit privé
à l'Université de Picardie Jules Verne

1. S'il est une notion aux contours imprécis, c'est bien celle de la régulation. Elle est laconiquement entendue par le Littré comme " l'action régulatrice ". Quant à la définition donnée par le Vocabulaire juridique de Capitant[1], elle a trait au règlement d'un phénomène, par le choix du moment de son avènement (régulation des naissances) ou par la maîtrise dans le temps de son importance qualitative (régulation par le piégeage des populations animales).

2. C'est dire si l'acception du terme en droit français est récente. Avant d'appartenir au vocabulaire juridique, la notion de régulation a été adoptée par les économistes libéraux français, eux-mêmes l'empruntant aux pays anglo-saxons[2]. La doctrine juridique se l'est appropriée quand il s'est agi de théoriser le phénomène de déréglementation qui se répandait dans différents secteurs jusque là soumis à l'interventionnisme étatique. Les autorités administratives indépendantes chargées d'éviter le désordre consécutif à cette libéralisation se sont vu confier des missions naturellement qualifiées de régulation par la doctrine[3], puis par la loi elle-même[4].

3. Les nombreuses définitions doctrinales de la régulation participent à une confusion fréquente. En effet, tantôt c'est la fonction de régulation qui est visée, tantôt ce sont les moyens de la régulation qui sont définis sans que la distinction apparaisse clairement. Ainsi, la régulation est parfois entendue comme " la tâche qui consiste à assurer entre les droits et les obligations de chacun le type d'équilibre voulu par la loi "[5]. Il s'agit ici de la fonction de la régulation dont sont effectivement investies les autorités administratives indépendantes. Dans le secteur économique et financier, l'équilibre à atteindre est la concurrence - une concurrence idéale peut-être -, celle qui ne peut se réaliser que si les opérateurs sont à égalité, entendue non pas comme une égalité de résultat, mais comme une égalité de traitement. Mais la régulation est également définie comme " un ensemble de mécanismes juridiques et

1- G. Cornu, Vocabulaire juridique, Puf, 1998.

2- On pense notamment à l'Ecole Law and economics de Chicago qui se propose de penser le droit dans les catégories de l'économie.

3- F Gazier et Y. Cannac, " Les autorités administratives indépendantes ", EDCE, n°35, 1983-1984, p.13 ; M.J. Guédon, " Les autorités administratives indépendantes ", LGDJ, 1991 ; J. Lefebvre, " Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ", th. Amiens, 1997 ; M. Gentot, " Les autorités administratives indépendantes ", Montchrestien, 1994 ; L. Cohen-Tanugi, " Une doctrine pour la régulation ", Le Débat,.n°52, 1988 ; Conseil d'Etat, Rapport public 2001, " Les autorités administratives indépendantes ", Etudes et documents, n° 52, La documentation Française.

4- Ainsi, art. L 32-1 c. postes et tél.

5- F. Gazier et Y. Cannac, *op. cit.*

extrajuridiques, notamment économiques, pour que les grands équilibres du marché soient assurés et pour que des considérations d'intérêt général soient prises en compte "[6]. Les mécanismes juridiques dont il est question sont les compétences mises à la disposition du régulateur afin qu'il soit en mesure de remplir sa mission. S'agissant des autorités administratives indépendantes, les compétences, ou les pouvoirs, de réglementation, d'autorisation ou d'agrément et de sanction sont sans aucun doute les plus efficaces.

Il faut donc bien distinguer entre la mission de régulation qui est " un processus étalé dans le temps "[7] des compétences de la régulation qui sont des moyens d'action dont l'exercice est ponctuel.

4. C'est cette confusion entre le but d'équilibre et les moyens d'y parvenir qui explique que la liste des autorités administratives indépendantes varie à l'infini en doctrine. Si l'on considère la régulation comme la mise à la disposition d'une autorité de moyens d'action propres à assurer un équilibre entre les intérêts des différents intervenants d'un secteur, ne sont pas des autorités administratives indépendantes toutes les institutions dépourvues de tels moyens d'action. Ces mêmes institutions seront au contraire qualifiées d'autorités administratives indépendantes si l'on juge qu'elles sont investies de la mission de parvenir à cet équilibre, mission qu'elles rempliront grâce à l'influence, la magistrature morale, dont elles sont investies. L'exemple de la commission des clauses abusives est éclairant : elle doit découvrir des clauses abusives dans des contrats afin de rétablir l'équilibre entre les consommateurs et les professionnels. A ce titre, elle est une autorité administrative indépendante. Mais elle ne peut édicter de normes, ni interdire ces clauses ou *a fortiori* en sanctionner les auteurs. On a donc douté de sa qualification[8].

5. La confusion entre la fonction et les compétences de la régulation provient peut-être de l'adoption originaire du terme par le libéralisme économique : la régulation permet d'expliquer que l'Etat doit intervenir afin de laisser le marché décider librement. La régulation contient donc un paradoxe intrinsèque : sa fin consiste en la liberté qu'il faut atteindre par le moyen qu'est l'intervention d'une autorité publique. Le paradoxe est d'autant plus intense lorsque l'autorité publique dont il est question n'est autre que le pouvoir exécutif. A cet égard, la substitution d'une autorité administrative indépendante constitue un " moyen terme "[9] plus acceptable, sauf à y voir une façon subtile pour l'Etat de s'assurer la

6- H. Maisl, " La nouvelle réglementation des télécommunications ", AJDA, 1996, p.775. Voir également M.A. Frison-Roche, " Les différentes définitions de la régulation ", *in* " la régulation : monisme ou pluralisme ", les Petites Aff., 10 juillet 1998, p. 5.

7- G. Timsit, " La régulation : naissance d'une notion " *in* " L'archipel de la norme ", Puf, Les voies du droit, 1997.

8- Voir, encore récemment, M. Jodeau Grymberg, " Autorités administratives indépendantes, un essai de recensement ", Les cahiers de la fonction publique, mai 2000, p. 8.

9- J. Chevallier, " Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes ", JCP G 1986, I, 3254.

maîtrise d'un secteur. Et même si l'on juge que le désengagement étatique est effectif, force est de constater qu'il n'est pas parvenu à son achèvement dans le secteur économique et financier.

6. L'étude du partage des compétences de la régulation implique donc de dresser la liste des autorités dotées de moyens d'intervention en excluant celles qui en sont dénuées même si elles remplissent une fonction de régulation. En premier lieu, on aura compris que le Gouvernement doit être inclus dans l'étude puisque le transfert de compétences vers les autorités administratives indépendantes n'est que partiel (Section I). En second lieu, il faut envisager le partage des compétences de la régulation entre les autorités administratives indépendantes du secteur économique et financier qui sont dotées d'au moins l'un des trois pouvoirs principaux de la régulation : réglementation, autorisation, sanction. Nous en comptons dix : le Conseil de la concurrence, la Commission des opérations de bourse, les trois autorités bancaires (Comité de la réglementation bancaire et financière, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et la Commission bancaire), la Commission de contrôle des assurances, la Commission de contrôle des institutions et des unions, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des télécommunications et la dernière née, la Commission de régulation de l'électricité.

Le nombre est suffisant pour se douter de la complexité du partage des compétences de la régulation entre autorités administratives indépendantes (Section II).

Section I - Le partage des compétences de la régulation entre le Gouvernement et les autorités administratives indépendantes

7. L'étude du partage des compétences la régulation entre le Gouvernement et les autorités administratives indépendantes démontre, si besoin en était, l'hétérogénéité de la situation. En effet, selon les domaines abordés, la dévolution des compétences aux autorités administratives indépendantes est variable. Tantôt le Gouvernement conserve une ou plusieurs compétences, tantôt, il en dote au contraire les autorités administratives indépendantes. Et dans cette dernière hypothèse, la compétence n'est parfois que partiellement attribuée à l'autorité. Il est toutefois possible de dégager certaines lignes directrices. Ainsi, il apparaît que si le pouvoir réglementaire est largement conservé par les ministres concernés (A), le pouvoir de prendre des décisions individuelles contraignantes est plus volontiers partagé (B).

A. Conservation par le Gouvernement de la réglementation d'un secteur

8. Certaines autorités administratives indépendantes sont habilitées à prendre des règlements. On constate alors que la presque totalité d'entre eux est soumise à homologation, ce qui limite le transfert de la compétence réglementaire (1). L'expression ne doit pas tromper : le ministre ne se dépouille pas de son pouvoir réglementaire, ce qu'il ne saurait faire, c'est la loi qui habilite l'autorité à édicter des règles impératives à caractère général.

L'exercice par les autorités administratives indépendantes de leurs prérogatives consultatives leur permet également d'être présentes dans le processus réglementaire. Mais force est de constater que la consultation des autorités administratives indépendantes ne signifie pas qu'elles partagent le pouvoir réglementaire avec le Gouvernement. D'abord parce que par nature, la consultation est davantage un procédé d'association que de partage. Mais aussi, et au-delà d'une querelle sémantique, parce que la consultation ne donne lieu qu'exceptionnellement à un avis conforme (2). Soulignons immédiatement l'exclusion de la Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des institutions et des unions de l'exposé. En effet, dans les domaines des assurances et des mutuelles et institutions de prévoyance, le ministre concerné a conservé le pouvoir réglementaire, les textes ne prévoyant même pas la consultation des autorités.

1. Un transfert de compétence limité par l'homologation

9. Depuis les décisions du Conseil constitutionnel de 1986 et 1989, il est acquis que la dévolution du pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes ne peut se faire sans limites. En effet, si le législateur peut confier à une autorité de l'Etat, autre que le Premier ministre, le soin de fixer des normes permettant de mettre en oeuvre une loi, ce pouvoir réglementaire s'exerce dans le respect des règles fixées par le Gouvernement. En outre, l'habilitation ne doit concerner " que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu "[10].

10. L'étude du pouvoir réglementaire dont sont dotées actuellement cinq autorités administratives indépendantes, démontre que le Gouvernement conserve la mainmise sur la réglementation des secteurs.

En effet, lorsque le pouvoir réglementaire dont est habilitée l'autorité administrative indépendante est relativement étendu, comme dans le cas de la COB et du CRBF[11], l'entrée en vigueur des règlements établis est subordonnée à l'homologation du ministre de l'économie.

10- Décision n°378 DC du 23 juillet 1996 (ART), reprenant les termes de la décision n°217 DC du 18 septembre 1986 (CNCL) et de la décision n°248 du 17 janvier 1989 (CSA). Sur le débat relatif au fondement du pouvoir réglementaire attribué à une autorité administrative indépendante, v. notamment P. Neau-Leduc, "

11- Art. L 621-6 c. mon. et fin. (COB) et art. L 611-9 c. mon. et fin. (CRBF).

S'agissant du CSA, de l'ART et de la CRE, leur pouvoir réglementaire est extrêmement limité. Ainsi, en matière de communication audiovisuelle, le pouvoir réglementaire appartient principalement au Premier ministre puisque le CSA ne peut édicter de règles que relativement à la communication politique, à l'organisation du contrôle des messages publicitaires et aux conditions de diffusion des messages d'alerte sanitaire émis par le ministre de la santé[12]. Ce pouvoir réglementaire a encore été réduit par la loi du 1er août 2000 qui en a exclu le télé-achat[13]. Toutefois, les règlements du CSA ne sont pas soumis à homologation. Quant à l'ART et la CRE, on trouve dans les lois les concernant des dispositions quasiment identiques, selon lesquelles " dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, (l'autorité) précise les règles concernant (...) "[14]. Dans les deux cas, les domaines dans lesquels s'inscrit le pouvoir réglementaire ainsi défini sont peu nombreux. Les décisions prises sont également toujours publiées au Journal officiel. Mais les règlements établis par la CRE ne sont soumis à homologation, au contraire de ceux établis par l'ART.

2. Une consultation timide des autorités administratives indépendantes

11. La plupart des autorités administratives indépendantes sont consultées par le Gouvernement[15]. Ainsi, le CSA, l'ART et la CRE sont consultées sur la définition de la position française dans les négociations internationales relatives à leur secteur d'activité[16]. L'ART et la CRE sont également associées " à la demande du ministre, à la représentation française dans les organisations internationales et communautaires " compétentes dans leur domaine. Cela peut donc conduire les autorités administratives indépendantes à exercer une influence sur la réglementation qui découlerait de ces actions.

Par ailleurs, les autorités administratives indépendantes sont directement consultées sur les projets de textes relatifs à leur secteur[17]. A cet égard, on peut regretter que seule l'ordonnance du 1er décembre 1986 (désormais codifiée), relative au Conseil de la concurrence, précise le caractère obligatoire de cette consultation[18]. La COB n'a pas à attendre d'être consultée : elle peut formuler des propositions de modifications de

12- Loi du 30 septembre 1986 : art. 16, art. 54 et 55 al. 2 (émissions électorales, modalités du droit de réplique aux déclarations gouvernementales et modalités d'expression politique dans le secteur public) ; art. 14 : (messages publicitaires), art. 16-1, inséré par l'art. 5 de la loi n°98-535 du 1er juillet 1998 (messages d'alerte sanitaire).

13- Art. 25 de la loi 1er août 2000. Les règles du télé-achat et de l'autopromotion sont désormais fixées par décret en Conseil d'Etat, pris après l'avis du CSA.

14- Art. L 36-6 c. postes et tél. (ART) et art. 37 de la loi du 10 février 2000 (CRE).

15- A ce propos, voir " L'inflation des avis en droit ", sous la direction de T. Revet, Economica, 1998.

16- Art. 9 al. 1er de la loi du 30 septembre 1986 (CSA) ; art. L. 36-5, al. 2 c. postes et tél. (ART) ; art. 31, al. 2 de la loi du 11 février 2000 (CRE).

17- Art. 12, al. 1er de la loi du 30 septembre 1986 (CSA) ; art. L. 36-5 al. 1er c. postes et tél. (ART) ; art. 31, al. 1er de la loi du 11 février 2000 (CRE).

18- Art. L 462-2 c.com

lois et règlements[19].

12. Toutefois, les autorités administratives indépendantes peuvent faire des recommandations[20], ce qui est un moyen de faire connaître leur position au Gouvernement, quand bien celui-ci ne demande pas à la connaître. A cet égard, le rapport annuel public constitue également un moyen, pour les autorités administratives indépendantes, d'intercéder dans le processus législatif ou réglementaire[21].

13. Les demandes d'avis sur les projets de textes sont nombreuses[22]. Mais la plupart ont un caractère éminemment technique, comme l'avis donné par la CRE sur l'arrêté ministériel fixant les conditions d'achat de l'électricité produite dans le cadre de l'obligation d'achat d'EDF et de certains distributeurs non nationalisés. Toutefois, la motivation et la publication de certains d'entre eux tend à leur conférer une portée plus grande[23]. En outre et surtout, le législateur n'a pas volontiers recours à la procédure de l'avis conforme afin que soit partagée la réglementation d'un secteur avec l'autorité administrative indépendante concernée. Le Conseil de la concurrence, qui n'est pas habilité à prendre des règlements, est ainsi sollicité, et encore de manière exceptionnelle, puisque seuls les décrets considérant certaines catégories d'accord ou certains accords ayant pour effet d'assurer un progrès économique sont pris après son avis conforme[24]. L'avis conforme du CSA est exclusivement requis à propos de l'arrêté définissant les spécifications techniques d'ensemble auxquelles sont soumis les réseaux distribuant par câble des services de radiodiffusion sonore ou de télévision[25].

14. Force est donc de constater que le pouvoir réglementaire reste entre les mains du Gouvernement qui ne le partage pas aisément avec les autorités administratives indépendantes. Cela ne peut que renforcer la conviction de ceux qui pensent que le recours aux autorités administratives indépendantes n'est pas le signe d'un désengagement de l'Etat dans les secteurs concernés. Il faudrait alors leur opposer l'autonomie des autorités administratives indépendantes dans l'exercice de leur pouvoir de décision individuelle contraignante. Mais l'argument, on l'observera, est relatif.

19- Art. L 621-19 c. mon. et fin.

20- Ainsi, art. 12, al. 1er et art. 17, al. 1er de la loi du 30 septembre 1986 (CSA).

21- Art. 18, al. 1er de la loi du 30 septembre 1986 (CSA) ; art. L. 36-14 c. postes et tél. (ART) ; art. 32, al. 3 de la loi du 11 février 2000 (CRE) ; art. 7 du décret du 29 décembre 1986 (Conseil de la concurrence) ; art. L 621-19 c. mon. et fin. (COB).

22- Art. 12, al. 2, art. 21, art. 27 et 48 de la loi du 30 septembre 1986 (CSA) ; art. L. 36-7, 5° c. postes et tél. (ART) ; art. 36 § 4 de la loi du 11 février 2000 (CRE) ; art. 421-1 c. mon. et fin. (COB) ; art. L 462-1 c.com. (Conseil de la concurrence).

23- Art. 27 et 48 de la loi du 30 septembre 1986 (CSA); art. L. 36-7, 5° du c. postes et tél. (ART) ; art. 32, al. 4 de la loi du 11 février 2000 (CRE) ; art. 10 décret 29 décembre 1986 (Conseil de la concurrence).

24- Art. L 420-4 c.com.

25- Art. 34-I al. 4 de la loi du 30 septembre 1986.

B. Le partage du pouvoir de décision individuelle contraignante

15. Le pouvoir de décision individuelle contraignante vise le pouvoir d'autorisation (le vocable est compris ici dans son sens générique) et le pouvoir de sanction. Le partage s'entend de deux manières. D'une part, il y a partage dans la répartition de ces compétences entre le Gouvernement et les autorités administratives indépendantes que la loi organise dans chaque secteur (1). D'autre part, il y a partage lorsque la prise de décision par l'autorité administrative indépendante suppose l'intervention du Gouvernement et inversement. La question qui se pose alors est celle de savoir de quelle autonomie dispose l'autorité compétente dans la prise de décision (2).

1. La répartition des compétences entre le Gouvernement et les autorités administratives indépendantes

16. Dans le secteur financier et bancaire, ce sont exclusivement les autorités concernées qui détiennent les pouvoirs d'autorisation et de sanction. Dans les domaines des assurances et des mutuelles et institutions de prévoyance, le ministre concerné a conservé le pouvoir d'autorisation, les autorités compétentes étant, quant à elles, exclusivement dotées du pouvoir de sanction.

En droit de la concurrence, la distinction qui domine est celle qui existe entre les concentrations, qui relèvent du ministre de l'économie, et les ententes et abus de position dominante dont la sanction appartient au Conseil de la concurrence.

17. Dans les autres domaines, le pouvoir de décision individuelle contraignante est fortement éclaté.

Ainsi, s'agissant de la communication audiovisuelle, le Premier ministre décide par arrêté la répartition des fréquences entre les administrations de l'Etat et les services de radiodiffusion sonore ou de télévision dont l'attribution sont confiées au CSA[26]. Le pouvoir d'autorisation du CSA s'exerce donc à l'égard de certains services de radiodiffusion sonore et de télévision par voie hertzienne terrestre et de l'exploitation des réseaux distribuant ces services par câble[27].

Dans le domaine des télécommunications, c'est le ministre compétent qui autorise l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture du service téléphonique au public[28]. Il autorise également la fourniture au public de services de télécommunications utilisant des fréquences hertziennes assignée par une autre autorité que celle compétente en matière de télécommunications[29]. Le pouvoir d'autorisation

26- Art. 21 de la loi du 30 septembre 1986.

27- Les fréquences des satellites relève de la compétence de l'ART, loi du 1er août 2000.

28- Art. L 33-1 et L 34-1 du c. postes et tél.

29- Art. L 34-3, 2° du c. postes et tél.

de l'ART est, quant à lui, limité aux réseaux indépendants établis librement[30].

Le pouvoir d'agrément de la CRE est plus réduit encore puisqu'elle n'agrée que les organismes indépendants mentionnés au paragraphe premier de l'article 5 de la loi du 10 février 2000[31], toutes les autres licences ou autorisations ressortissant de la compétence du ministre de l'énergie. En outre, la CRE ne sanctionne pas tous les manquements à la réglementation, certains relevant du ministre de l'énergie[32], à la différence du CSA et de l'ART qui sont les seules détentrices du pouvoir sanctionnateur dans leur secteur.

2. Interventions réciproques du Gouvernement et des autorités administratives indépendantes dans l'exercice de leurs compétences

18. L'étude se limite ici aux dispositions textuelles, l'influence officieuse du Gouvernement (ne serait-ce que par la présence d'un Commissaire du Gouvernement au sein de certaines autorités administratives indépendantes) étant variable d'un ministre à l'autre et posant davantage la question de l'indépendance de l'autorité administrative que celle de l'autonomie de la prise de décision. On constate alors que si le Gouvernement intervient assez peu dans les décisions individuelles prises par les autorités administratives indépendantes, l'inverse n'est pas systématiquement vrai.

19. En effet, les textes relatifs au secteur financier ou bancaire ne donnent pas au Gouvernement de possibilité d'intervenir dans les décisions prises par les autorités de contrôle. L'ordonnance du 28 septembre 1967 (désormais codifiée) précise même, à cet égard, qu'un représentant du ministre de l'économie est entendu par la Commission sauf en matière de décision individuelle et qu'il peut lui soumettre toute proposition de délibération sauf dans les mêmes cas[33]. La Commission bancaire exerce seule son pouvoir de sanction. Quant au CECEI, il délivre de manière autonome les agréments des prestataires de services d'investissement.

De la même manière, on ne trouve aucune disposition permettant l'intervention du Gouvernement dans l'exercice, par le Conseil de la concurrence, la Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des institutions et des unions de leur pouvoir de sanction. Enfin, les pouvoirs d'autorisation ou d'agrément et de sanction de l'ART et de la CRE sont également exercés sans partage.

30- Art. L 33-2 du c. postes et tél.

31- Art. 36-II de la loi du 11 février 2000.

32- L'art. 40 de la loi du 10 février 2000 énumère les manquements sanctionnés par la CRE et l'art. 41 est relatif aux manquements relevant du pouvoir sanctionnateur du ministre.

33- Art. L 621-3 c. mon. et fin.

C'est peut-être relativement au CSA qu'il faut émettre une réserve à la proposition selon laquelle le Gouvernement n'intervient pas lorsque l'autorité administrative indépendante est compétente pour rendre une décision individuelle. Cette réserve n'intéresse pas le pouvoir de sanction du CSA, qui l'exerce seul. La réserve concerne certaines décisions du Conseil, relatives en particulier à l'assignation des fréquences aux services utilisant la voie hertzienne et à l'autorisation d'exploitation des services distribués par câble, qui " sont transmises au Premier ministre qui peut, dans les quinze jours suivant leur réception, demander au Conseil une nouvelle délibération "[34].

20. S'agissant de l'intervention des autorités administratives indépendantes dans les décisions prises par le Gouvernement, on constate une véritable graduation de celle-ci : elle peut être importante, mineure ou inexistante.

C'est dans le secteur de la communication que l'autorité de régulation est le mieux associée à l'action ministérielle. Ainsi, lorsque c'est le ministre des télécommunications qui détient le pouvoir d'autorisation, l'ART instruit les demandes[35]. En outre, lorsque le ministre autorise la fourniture au public de services de télécommunications utilisant des fréquences hertziennes assignée par une autre autorité que celle compétente en matière de télécommunications, cette autre autorité doit avoir donné son accord sur l'usage des fréquences[36]. Ainsi également, lorsque l'autorisation n'est pas donnée par le CSA, mais que l'utilisation des fréquences permet la mise à la disposition du public d'un service de radiodiffusion sonore ou de télévision, son agrément est requis[37].

En matière d'atteinte à la concurrence, la cloison entre les compétences du ministre de l'économie et du Conseil de la concurrence a été renforcée par la loi NRE du 15 mai 2001[38]. Autrefois, la sollicitation de l'avis du Conseil de la concurrence, dans la procédure relative aux concentrations, n'était obligatoire que si le ministre de l'économie ou le ministre en charge du secteur concerné, envisageait de prendre une injonction ou une sanction. L'avis rendu ne liait pas le ministre, mais s'il décidait de prononcer une sanction pécuniaire, il ne pouvait le faire que dans les limites de l'avis rendu. Désormais, si le dossier de notification est obligatoirement transmis au Conseil de la concurrence, celui-ci rend un avis qui ne lie en aucun cas le ministre[39]. Il existe une seule petite réserve

34- Art. 6 de la loi du 30 septembre 1986, dont l'alinéa 2 précise que " les résultats des délibérations ainsi que les rapports du Conseil, quelle qu'en soit la nature, sont publiés au Journal officiel de la République française ".

35- Art. L 36-7, 1° du c. postes et tél.

36- Art. L 34-3, 2° du c. postes et tél.

37- Art. 24 de la loi du 30 septembre 1986.

38- La principale innovation de la réforme a consisté à imposer une notification de l'opération de concentration au ministre de l'économie, préalable et obligatoire ; le champ d'application du contrôle a par ailleurs été étendu, v. L. Idot, " La deuxième partie de la loi NRE ou la réforme du droit français de la concurrence ", JCP G 2001, I, 343.

39- Art. L 430-3 *in fine* et L 430-6 c. com.

à ce qui vient d'être dit : si, au cours de la procédure, le ministre estime qu'un engagement, une prescription ou une injonction n'a pas été respectée, il doit saisir pour avis le Conseil de la concurrence. Et c'est seulement si celui-ci constate effectivement l'inexécution que le ministre pourra décider, seul, d'un retrait d'autorisation, d'une nouvelle injonction ou d'un sanction pécuniaire[40].

Enfin, dans le secteur de l'électricité, le ministre ne partage pas ses compétences avec la CRE. En effet, lorsque le ministre des télécommunications est compétent pour délivrer les licences et autorisations, la CRE n'instruit pas les demandes à l'inverse de l'ART et n'a pas à délivrer d'agrément comme le CSA doit le faire. Lorsqu'il est compétent pour prononcer des sanctions, l'avis de la CRE n'est pas demandé.

La situation est encore davantage complexe lorsque l'on observe le partage des compétences entre plusieurs autorités administratives indépendantes.

Section II - Le partage des compétences de la régulation entre autorités administratives indépendantes

21. L'étude du partage des compétences de la régulation entre plusieurs autorités nécessite d'intégrer à la réflexion les autorités professionnelles tant elles jouent un rôle essentiel dans certains secteurs. On pense évidemment au Conseil des marchés financiers, autorité de contrôle de tout premier plan en matière financière. Il y a partage des compétences lorsqu'un seul acte requiert l'intervention de deux autorités. Mais les hypothèses sont exceptionnelles. Ainsi, la loi du 2 juillet 1996 a créé une procédure d'agrément en deux temps des prestataires de services d'investissement, faisant intervenir, soit le CECEI et le CMF[41], soit le CECEI et la COB[42]. On peut également citer, à titre d'exemple, le partage du pouvoir réglementaire du CSA, qui adopte avec un organisme professionnel, le Bureau de vérification de la publicité, les règles concernant l'organisation du contrôle des messages publicitaires[43].

Le partage des compétences qui nous intéresse ici est relatif à l'hypothèse où plusieurs autorités administratives indépendantes sont compétentes à l'égard d'une même personne. Il existe alors des risques de contrariété dans les décisions puisqu'elles émanent de plusieurs autorités différentes (A). Ces risques ne sont pas surmontés, mais seulement atténués par les procédures mises en place (B).

40- art. L 430-8 IV c. com.

41- Art. L 532-1, L 532-2, L 532-3, L 532-4 c. mon. et fin.

42- Art. L 532-4, L 621-29, L 532-10 et L 5 532-11 c. mon. et fin.

43- Art. 14 de la loi du 30 septembre 1986. Le BVP est une association régie par la loi du 1er juillet 1901, considérée comme étant un organisme interprofessionnel d'autodiscipline représentant l'ensemble des professionnels concernés par la publicité.

A. Les risques de contrariété

22. La multiplication des autorités de contrôle intervenant dans les mêmes secteurs explique que leurs compétences se chevauchent parfois (1). En outre, il ne faut pas oublier que le Conseil de la concurrence dispose d'une compétence transversale pour sanctionner les ententes et les abus de position dominante (2).

1. Multiplicité des autorités dotées de compétences sectorielles

23. Dans les secteurs financier et bancaire, non seulement les autorités de contrôle sont nombreuses, mais en outre, elles disposent parfois de compétences identiques s'exerçant à l'égard des mêmes personnes. Ainsi, la COB et le CRBF se partagent, avec le CMF, la réglementation des secteurs visés. En effet, la COB fixe les règles de pratique professionnelle qui s'impose aux personnes faisant publiquement appel à l'épargne et aux personnes qui, à raison de leur activité professionnelle, interviennent dans des opérations sur des titres placés par appel public à l'épargne[44]. Parallèlement, les prestataires de services d'investissement doivent respecter les prescriptions d'ordre général fixées par le CRBF et les règles de bonne conduite établies par le CMF[45]. Ce partage du pouvoir réglementaire entre deux autorités administratives indépendantes ou entre une autorité administrative indépendante et une autorité professionnelle est donc porteur de risques de contrariété, sauf s'agissant des entreprises de gestion pour le compte de tiers exclusivement soumises aux règles de bonne conduite établies par la COB[46].

24. L'étude du partage du pouvoir de décision individuelle entre les autorités bancaires et financières offre le même constat. En effet, le CMF et la COB disposent d'un pouvoir d'agrément et de sanction. Dans le domaine bancaire, l'agrément est fourni par le CECEI et les manquements sont sanctionnés par la Commission bancaire. Le pouvoir d'agrément n'appelle pas de commentaires dans la mesure où son exercice n'offre pas de risque de contrariété. En revanche, s'agissant du pouvoir de sanction, la loi du 2 juillet 1996 n'a de cesse de déterminer les compétences d'une autorité sous réserve des attributions d'une autre[47]. Il n'en demeure pas moins que subsiste un risque de chevauchement dont on se demande quelle sera sa résolution en cas de divergence d'appréciation du manquement par deux autorités.

44- Art. L 621-6 c. mon. et fin.

45- Art. L 611-1 (CRBF) ; art. L 622-7 (CMF) c. mon. et fin.

46- Art. L 533-4 c. mon. et fin.

47- A titre d'exemple : art. L 622-9 c. mon. et fin. selon lequel le CMF veille au respect par les prestataires de services d'investissement des règles de bonne conduite qui leur sont applicables. Ce contrôle s'exerce sous réserve des compétences de la commission bancaire ; art. L 613-2 c. mon. et fin., au terme duquel la commission bancaire veille au respect des dispositions législatives ou réglementaires par les prestataires de services sous réserve de la compétence du CMF et de la COB en matière de contrôle des règles de bonne conduite.

En outre, la situation peut devenir plus complexe encore lorsqu'une entreprise diversifie ses activités en pratiquant, par exemple, la " bancassurance ". Elle est alors également soumise au contrôle de la Commission de contrôle des assurances qui dispose d'un pouvoir de sanction[48].

25. Relevons enfin que si les entreprises d'assurance ressortissent de la compétence de la Commission de contrôle des assurances et les institutions de prévoyance de celle de la Commission de contrôle des institutions et des unions, un chevauchement de compétences peut ici aussi se produire. Ainsi, lorsqu'une opération est réalisée par une institution de prévoyance pour le compte d'un organisme assureur ou plus généralement à chaque fois qu'une institution de prévoyance appartient à une entreprise d'assurance. Or, la Commission de contrôle des institutions et des unions est également dotée d'un pouvoir de sanction[49]...

2. Compétence transversale du Conseil de la concurrence

26. Le Conseil de la concurrence dispose d'une compétence transversale pour sanctionner les ententes et les abus de position dominante. Pourtant le législateur n'a pas toujours jugé utile d'exclure la compétence éventuelle en la matière des autres autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir de sanction. En réalité, il ne l'a fait que s'agissant de la Commission bancaire[50]. En revanche, dans les autres secteurs, un chevauchement de compétences entre le Conseil de la concurrence et les autorités concernées peut se produire. Il provient de ce que les différentes dispositions relatives aux manquements sanctionnés sont rédigés en termes très généraux.

27. Ainsi, le pouvoir de sanction de la Commission de contrôle des assurances s'exerce à l'égard de toute entreprise d'assurance qui a " enfreint une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité "[51]. Rien n'exclut donc que la Commission soit éventuellement compétente pour sanctionner un comportement anticoncurrentiel. Il en va de même avec la Commission de contrôle des institutions et des unions[52].

Le problème se pose dans les mêmes termes s'agissant des secteurs de la communication audiovisuelle, des télécommunications et de l'électricité. Ainsi, le CSA, qui doit veiller à favoriser la libre concurrence, dispose d'un pouvoir de sanction qui s'exerce à l'égard de tout titulaire d'une autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle qui ne respecte pas les obligations qui lui sont imposées par

48- Art. L 310-18 et L 310-18-1 c. ass. issu de la loi du 31 décembre 1989 modifiée par la loi du 25 juin 1999.

49- Art. L 951-10 c. sécu.soc, issu de la loi du 8 août 1994.

50- Art. L 511-4 c. mon. et fin.

51- Art. L 310-18 c. ass.

52- Art. L 951-9 et L 951-10 c. sécu.soc.

les textes législatifs et réglementaires[53]. Donc, le CSA est compétent pour connaître des ententes et abus de position dominante. En outre, la loi du 1er août 2000 attribue au CSA une mission de règlement des litiges portant sur les conditions techniques et financières relatives à la mise à disposition auprès du public de services de communication audiovisuelle par voie hertzienne terrestre en mode numérique. Or ces litiges peuvent avoir pour origine une pratique anticoncurrentielle. L'ART doit veiller " à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseur de services de télécommunications "[54]. Elle dispose du pouvoir de sanctionner la violation par les opérateurs des obligations qui leur incombent, notamment en vertu des autorisations qu'ils ont obtenu et elle est chargée de trancher les litiges entre opérateurs. L'ART peut donc être confrontée à des questions de concurrence dans l'exercice de son pouvoir de sanction et de sa mission d'arbitre. Il en va de même avec la CRE qui doit également remplir une mission de règlement des litiges et sanctionner certains manquements, dont la violation d'une disposition législative ou réglementaire relative à l'accès aux réseaux de transport ou de distribution et à leur utilisation[55]. Enfin, il faut rappeler que l'ART et la CRE ont été présentées comme des autorités administratives indépendantes à vocation temporaire qui ne seront plus maintenues dès l'instant où la concurrence sera installée sur le marché : le Conseil de la concurrence sera alors le seul compétent.

28. Cela réglera le problème d'empiétement des compétences qui est aujourd'hui d'autant plus fâcheux que les articles 85 et 86 du Traité de Rome ont également vocation à s'appliquer dans ces matières. En effet, il est acquis que le Conseil de la concurrence doit surseoir à statuer dès que la Commission européenne a engagé la procédure et en a informé le Conseil par un acte formel[56]. Cette solution sera-t-elle étendue aux autres autorités administratives indépendantes et celles-ci se dessaisiront-elles aisément de leur compétence en la matière ? En outre, d'éventuelles exemptions accordées par la Commission européenne devront s'imposer aux mêmes autorités qui verront, là encore, leurs prérogatives réduites dans un domaine sensible[57].

53- Art. 42-1 de la loi du 30 septembre 1986.

54- Art. L 32-1, II, 2° du c. postes et tél.

55- Art. 38 et 40 de la loi du 11 février 2000.

56- Art. 9.3 du règlement n°17/62 du Conseil des communautés européennes.

57- V., sur ce point, L. Idot, " La réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications : la transposition en droit français de la directive 96/19 du 13 mars 1996 ", Juris-Classeur Europe, oct. 1996, p.1.

B. L'atténuation des risques

29. Les solutions adoptées par le législateur démontrent qu'il ne s'est pas saisi de la difficulté dans son intégralité mais a seulement tenté de la réduire par des mesures qui sont le plus souvent disparates et inachevées. Ce sentiment existe aussi bien à la lecture des dispositions relatives à la composition des autorités administratives indépendantes (1) qu'à celle des procédures de coopération (2).

1. Par la composition des autorités administratives indépendantes

30. Dans le secteur financier et bancaire, la composition des autorités de contrôle permet d'atténuer les risques de contrariété. Le souci de faciliter l'harmonisation des textes émanant des diverses autorités de contrôle peut expliquer la présence du ministre de l'économie, ou de son représentant, au sein du CRBF et de la COB et qu'un Commissaire du Gouvernement soit nommé auprès du CMF. Par ailleurs, la composition de l'autorité est parfois modulée en fonction de la décision à prendre. Ainsi, la composition du CRBF est élargie au président de la COB, au président du CMF et à un représentant des entreprises d'investissement lorsqu'il examine des prescriptions d'ordre général touchant à l'activité des prestataires de services d'investissement[58]. Quant au CECEI, il est présidé par le gouverneur de la Banque de France, président de la Commission bancaire (ou son représentant) et comprend, parmi ses membres, le ou les présidents des autorités qui ont approuvé le programme d'activité de la personne dont le comité examine la demande d'agrément[59].

2. Par les procédures de coopération

31. La loi du 25 juin 1999 a tenté d'accentuer la coordination des autorités de contrôle du secteur financier. Dans ce but, elle a notamment créé un collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier, dont la mission est de " faciliter les échanges d'information entre les autorités de contrôle des groupes financiers ayant à la fois des activités de crédit, d'investissement ou d'assurance ainsi que toute question d'intérêt commun relative à la coordination du contrôle desdits groupes "[60]. Il n'a aucun pouvoir de décision. Il est composé du gouverneur de la Banque de France, président de la Commission bancaire, du Président de la Commission de contrôle des assurances, du Président de la Commission des opérations de bourse et du président du CMF ou de leur représentant. Le CECEI n'est pas représenté dans ce collège. Même si la vocation première de ce collège consiste à encadrer le mieux possible les conglomérats financiers, elle peut devenir un lieu privilégié

58- Art. L 611-7 c. mon. et fin.

59- Art. L 612-3 c. mon. et fin.

60- Art. L 631-2 c. mon. et fin.

de consultation et de réflexion car il peut être consulté pour avis chacun de ses membres[61].

32. L'avis et l'échange d'informations constituent justement deux autres procédures de coopération entre les autorités de contrôle. Il est relativement répandu dans le secteur financier et bancaire. Ainsi, les présidents de la COB et de la Commission bancaire peuvent saisir le CMF de toute question relevant de ses attributions[62]. La COB doit être consultée chaque fois qu'une question d'ordre général touchant l'organisation et le fonctionnement des marchés est à l'ordre du jour du CRBF. L'information réciproque des présidents de la COB, de la Commission bancaire et du CMF a été prévue[63]. Enfin, lorsque le Conseil de la concurrence est saisi d'une affaire mettant en cause un établissement de crédit pour ses opérations de banque et les opérations connexes à ses activités, il communique la notification des griefs prévue à l'article 21 de l'ordonnance de 1986 à la Commission bancaire. Celle-ci rend un avis qui, sans être un avis conforme, impose néanmoins au Conseil de la concurrence de préciser, le cas échéant, les raisons pour lesquelles il s'écarte de l'avis de la Commission bancaire[64].

Par ailleurs, la communication de renseignements a été prévue par le code des assurances. Elle est possible entre la Commission de contrôle des assurances, la Commission de contrôle des institutions et des unions, la COB, la Commission bancaire, le CMF, le Conseil de la concurrence et doit être nécessaire à l'accomplissement de leur missions respectives[65]. On trouve des dispositions presque similaires dans le code de la sécurité sociale, relativement à Commission de contrôle des institutions et des unions[66]. Parallèlement, les éventuels chevauchements de compétences que nous avions déjà évoqué, et qui peut surgir entre la Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des institutions et des unions, est envisagé. En effet, lorsque la Commission de contrôle des institutions et des unions contrôle une opération réalisée par une institution de prévoyance pour le compte d'un autre organisme assureur, elle en informe la Commission de contrôle des assurances lorsqu'une entreprise du code des assurances est concernée[67]. En outre, lorsqu'une institution de prévoyance appartient à une entreprise d'assurance, la Commission organise, avec la Commission de contrôle des assurances, le contrôle de ces organismes[68].

61- V. N. Decoopman, " Renforcement des pouvoirs et coordination des autorités de contrôle du secteur financier ", Rev. de droit bancaire et de la Bourse, sept.-oct. 1999.

62- Art. L 622-22 c. mon. et fin.

63- Art. L 631-1 c. mon. et fin.

64- Art. L 511-4 c. mon. et fin. Voir, en matière boursière, " Droit boursier et droit de la concurrence ", les Petites Aff. du 21 juillet 1999 et notamment P. Charléty, " peut-on concevoir abus de position dominante et ententes dans le système boursier ? ", p. 40.

65- Art. L 310-20 c. ass.

66- Art. L 951-12, al. 2 c. sécu.soc : la différence, par rapport au code des assurances, consiste notamment dans le fait que le CMF n'est pas visé par la disposition.

67- Art. L 951-2 dernier alinéa c. sécu.soc.

68- Art. L 951-12, al. 1er et L 951-7 c. sécu.soc.

33. Enfin, il faut noter, toujours dans le secteur des assurances, une disposition originale selon laquelle, lorsque la Commission relève des pratiques anticoncurrentielles au sens des articles L 420-1 et L 420-2 du code de commerce (autrefois, articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence), elle en informe le ministre de l'économie et des finances[69]. L'originalité provient du destinataire de l'information, le ministre et non le Conseil de la concurrence. En outre, la disposition est susceptible d'interprétation dans la mesure où l'on ignore si l'obligation d'informer le ministre vaut, ou non, dessaisissement de la Commission de contrôle des assurances. Toujours est-il que cette disposition est révélatrice, si besoin était, de la conservation, par le ministre, du contrôle du secteur.

34. La procédure de coopération entre le Conseil de la concurrence et le CSA a également été prévue. Le CSA saisit le Conseil de la concurrence de toute pratique anticoncurrentielle dont il a connaissance. Lorsque c'est le Conseil de la concurrence qui est saisi d'une pratique anticoncurrentielle dans le secteur audiovisuel, il recueille l'avis du CSA. A cet effet, il doit lui communiquer la saisine et le CSA doit lui transmettre ses observations dans les deux mois qui suivent cette communication[70]. En outre, l'on sait que dans sa nouvelle mission de règlement des litiges portant sur les conditions techniques ou financières relatives à la mise à disposition du public de services en mode numérique, le CSA peut se trouver confronté à une pratique anticoncurrentielle. La loi du 1er août 2000 a décidé que, dans une telle hypothèse, le CSA saisit le Conseil de la concurrence et lui transmet son avis dans le délai d'un mois[71].

Enfin, s'agissant de l'ART et la CRE[72], leurs modalités de coopération avec le Conseil de la concurrence sont identiques : d'une part la saisine mutuelle pour avis est prévue et d'autre part, chacune des deux autorités saisit le Conseil de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont elle a connaissance dans son secteur. En outre, la loi sur les télécommunications prévoit que le Conseil de la concurrence doit être informé de l'engagement d'une procédure de conciliation qui, s'il est saisi des mêmes faits, peut surseoir à statuer. En cas d'échec de la conciliation, il est saisi si le litige relève de sa compétence[73]. Ces dispositions ont été vivement critiquées, notamment parce qu'elles ignorent la compétence transversale du Conseil de la concurrence et que le résultat de la

69- Art. L 310-23 c. ass.

70- La communication de la saisine et la transmission des observations ont été introduites par l'art. 37 de la loi du 1er août 2000, modifiant l'art. 41-1 de la loi du 30 septembre 1986. Cette même disposition précise que le ministre chargé de l'économie saisit le Conseil de la concurrence de toute concentration concernant un éditeur ou distributeur de services de communication audiovisuelle. Ici aussi, le Conseil de la concurrence doit transmettre la saisine au CSA qui, dans le mois qui suit, lui retourne ses observations.

71- Art. 30-5-1 nouveau de la loi du 30 septembre 1986 issu de l'art. 50 de la loi du 1er août 2000. Si la saisine a été introduite dans le cadre d'une procédure d'urgence, le Conseil de la concurrence rend sa décision dans un délai de deux mois.

72- Art. L. 36-10 du c. postes et tél (ART) ; art. 39 de la loi du 11 février 2000 (CRE).

73- Art. L. 36-9 du c. postes et tél.

conciliation devrait être sans incidence sur la compétence du Conseil de la concurrence qui applique des règles d'ordre public[74].

35. Il apparaît donc que les textes qui ont créé les hypothèses de chevauchement de compétences ne les ont pas résolues. Dès lors, l'harmonie des décisions dépendra exclusivement de la bonne volonté des hommes. Et, parfois, de leur capacité à ne pas s'attacher à la lettre à leurs compétences.

36. En conclusion, c'est davantage une forte impression d'enchevêtrement que de partage qui domine. Qu'il s'agisse du pouvoir de réglementation, d'autorisation ou de sanction, le Gouvernement ne s'est que rarement exclu des décisions. Et l'on a observé qu'il se peut que ce ne soit pas une, mais plusieurs autorités administratives indépendantes, qui interviennent également dans le processus de ces mêmes décisions. Voilà qui ne peut qu'inspirer, au mieux, un sentiment perplexité aux acteurs de vie économique et financière qui sont les interlocuteurs et, parfois, les justiciables des autorités de régulation. L'on se doute en effet que la perplexité laissera la place à l'amertume lorsqu'il s'agira d'exécuter des sanctions diverses prononcées à l'occasion d'un manquement unique.

74- V., notamment : L. Idot, chronique précitée.

LA COMPLEXITE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

Nicole Decoopman
Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne

1. Depuis l'arrêt *Retail*[1] , la question de l'existence d'un contrôle juridictionnel des actes et activités des autorités administratives indépendantes ne se pose plus, pour autant qu'elle se soit jamais posée à propos des autorités administratives indépendantes relevant du secteur économique et financier. Ces autorités sont intégrées dans l'appareil de l'Etat et leur indépendance ne les a jamais exonérées de tout contrôle juridictionnel. Si le principe même d'un tel contrôle n'est pas discuté, sa mise en œuvre est en revanche particulièrement complexe.

Plusieurs raisons expliquent cette complexité. En premier lieu, le dualisme juridictionnel conduit à des solutions d'autant plus subtiles que de la détermination de la compétence ne dépend pas la nature et la portée du contrôle exercé, le régime procédural étant en outre le plus souvent dérogatoire. L'insécurité juridique qui en résulte est manifeste. Au-delà des méfaits engendrés par le dualisme juridictionnel, le contrôle du juge modèle la régulation exercée par les autorités administratives indépendantes. L'intensité du contrôle, parfois déterminée par la CEDH ou le juge constitutionnel, mesure l'autonomie dont disposent ces instances, le juge pouvant devenir lui-même, aux côtés des autorités du secteur concerné, une autorité de régulation[2]. A travers le rôle du juge, c'est en définitive les modes d'intervention de l'Etat dans la vie économique et financière qui sont en question. La libéralisation et l'internationalisation des marchés s'accompagnent de la multiplication des autorités administratives indépendantes, pourvues de pouvoirs de décisions importants ; l'encadrement juridictionnel de leurs activités, s'il ne remet pas en cause ce mode de régulation, le soumet néanmoins aux exigences de l'Etat de droit. Le dualisme juridictionnel joue sur ce plan un rôle important, l'évolution des jurisprudences judiciaire et administrative relatives à l'article 6 de la CEDH est de ce point de vue tout à fait significative.

L'étude du contrôle juridictionnel sert ainsi de révélateur de choix conscients ou inconscients des pouvoirs publics. Une clarification des solutions devrait en découler qu'il s'agisse de la détermination du juge compétent (I), de l'étendue du contrôle exercé (II) ou du régime des recours (III).

1- CE ass., 10 juillet 1981 : RDP 1981, p. 1440, concl. M. Franc ; p. 1687, note J.M. Auby ; AJDA 1981, p. 486, obs. F. Tiberghien et B. Lasserre ; RA 1981, p. 493, note S. Rials ; D. 1981, p. 622, note Y. Gaudemet et IR 528, obs. P. Delvolvé.

2- G. Canivet, " Le juge et l'autorité de marché ", rev. jurisp. com. 1992, p. 185.

Section I - La détermination du juge compétent ou des compétences éclatées

2. Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier constitue un lieu d'expression privilégié du dualisme juridictionnel. Deux éléments se confrontent. D'une part, nous sommes en présence d'autorités administratives - qu'elles soient ou non indépendantes importe peu ici - ; en conséquence, la compétence de principe appartient au juge administratif . D'autre part, les autorités étudiées régulent les secteurs économiques et financiers, domaine par excellence des relations privées, commerciales, même si les opérateurs conservent pour certains d'entre eux une nature publique. Les relations privées ressortissant en principe de la compétence du juge judiciaire le législateur, approuvé par le Conseil constitutionnel, a pour des raisons de bonne administration de la justice transféré au juge judiciaire une partie du contentieux relatif aux autorités administratives indépendantes. Les difficultés viennent de l'absence de critères clairs de répartition dans la mesure où n'a été retenu ni un critère organique, ni un critère matériel, ni un critère fondé sur la nature de l'acte contesté, mais plutôt une combinaison de ces différents éléments. La compétence d'attribution du juge judiciaire (A) sera étudiée dans un premier temps, ce qui permettra de déterminer dans un second temps la compétence du juge administratif (B) .

A. La compétence d'attribution du juge judiciaire.

3. On peut distinguer trois ensembles de contentieux qui, malgré l'intervention d'une autorité administrative indépendante, ont été attribués par le législateur au juge judiciaire et plus précisément à la cour d'appel de Paris, érigeant cette dernière en juridiction administrative[3].

4. C'est la loi du 6 juillet 1987 relative au Conseil de la concurrence qui opéra le premier transfert, majeur et mouvementé[4], du contentieux d'une autorité administrative indépendante vers le juge judiciaire (Ord. 1er décembre 1986, art. 15). Dans son importante décision du 23 janvier 1987[5] , le Conseil Constitutionnel, après avoir rappelé le principe de la compétence du juge administratif, a admis que ce principe pouvait faire l'objet d'un " *aménagement précis et limité* " dès lors que cet aménagement est " *justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice* ", *l'unification pouvant alors s'opérer au sein de* " *l'ordre juridictionnel principalement compétent* ", en l'espèce l'ordre judiciaire. La cour d'appel de Paris est en conséquence compétente pour connaître des " *recours en annulation ou en réformation* " introduits contre les *décisions* du

3- P. Delvolvé, " La cour d'appel de Paris, juridiction administrative ", Mélanges J.M. Auby, Dalloz, 1992, p. 47.

4- V. not. C. Bolze, "Le transfert du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la cour d'appel de Paris ", D. 1988, chron. p. 169.

5- Déc. 23 janv. 1987, 96-224 DC, Rec.78.

Conseil de la concurrence. Sont visées les mesures conservatoires, les injonctions et les sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil. Plus précisément, sont concernées les décisions du Conseil relatives à la régularité au regard du droit de la concurrence d'opérations et de comportements commerciaux, pratiques qui auraient relevées du juge judiciaire (commercial et/ou pénal) si la régulation n'avait été confiée au Conseil de la concurrence.[6]

5. Ce transfert fut suivi d'autres attributions de compétence au juge judiciaire . Opérées en matière boursière, elles concernaient à la fois des autorités professionnelles – Conseil du marché à terme[7], Conseil des bourses de valeurs[8], auxquels succéda le Conseil des marchés financiers[9] – et une autorité administrative indépendante – la COB[10] -. Si l'on se limite à la COB, on peut observer que la rédaction de l'article L. 621-30 du code monétaire et financier *(ancien article 12 de l'ordonnance du 28 septembre 1967)* est paradoxale dans la mesure où le juge judiciaire, bien que juge d'exception, se voit attribuer une compétence de principe[11]. En conséquence, la Cour d'appel de Paris a notamment à connaître des décisions relatives au visa de notes d'information, aux décisions d'injonction ou de sanctions administratives[12]. Ces décisions ont pour objet soit de permettre une opération financière d'appel public à l'épargne, soit de sanctionner un manquement aux règlements de la COB. En l'absence de régulation par une autorité administrative indépendante, la régularité des pratiques sanctionnées par la COB relèverait de l'appréciation du juge judiciaire dont la compétence est alors justifiée. En revanche, les décisions de visa entrent dans la catégorie des décisions d'autorisation comme les décisions d'agrément[13], l'ensemble de ce contentieux de l'autorisation pourrait être confié au juge administratif. Cette solution permettrait de résoudre une série de difficultés liées au transfert au juge judiciaire d'un contentieux objectivement administratif.

6. La lettre de l'ancien article 12 précité ne permettait pas de déterminer le juge compétent pour connaître des recours en indemnisation diligentés contre la COB. Saisi d'un conflit négatif de compétence, le Tribunal des conflits a par arrêt en date du 22 juin 1992 attribué compétence au juge judiciaire pour juger des recours en

6- L'intervention du Conseil de la concurrence n'est d'ailleurs pas exclusive de celle du juge . V. D. Fasquelle, " La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles ", RTD Com. 1998, p. 763.

7- L. 28 mars 1885, art.6 (réd.L.31 déc.1987) ; D. n°88-603, 7 mai 1988.

8- L.22 janvier 1988, art.5 ; D. n°88-603, 7 mai 1988.

9- L.2 juill. 1996. Le même mécanisme d'attribution des compétences fut retenu (art. 39) devenu l'article L. 622-25 c. mon. et fin.

10- Ord. 28 septembre 1967, art.12 (réd. L.2 août 1989)(art. L. 621-30 c. mon et fin.) ; D. n° 90-263, 23 mars 1990.

11- En effet, selon ce texte, " *relève de la compétence du juge judiciaire l'examen des recours contre les décisions de la Commission des opérations de bourse, autres que les sanctions prononcées en application des articles L. 621.24 à L. 621.27, les décisions ayant un caractère réglementaire et celles relatives à l'agrément des organismes de placement collectif en valeurs mobilières, des gérants de portefeuille ou des sociétés de gestion de sociétés civiles de placement immobilier*".

12- C. mon. et fin., art. L. 621-8, L. 621-14 et L. 621-15.

13- V. *infra* sur la compétence du juge administratif en matière d'agrément.

indemnisation fondés sur l'illégalité d'une décision de la COB[14]. En conséquence, la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 6 avril 1994 s'est reconnue compétente pour juger le recours en question[15]. Restait posée la question des recours en indemnisation non fondés sur l'illégalité d'une décision de la COB. Après quelques hésitations de la cour d'appel de Paris, la Cour de cassation a affirmé la compétence de cette dernière dans un arrêt du 5 mars 1996[16], constituant ainsi un bloc de compétence au profit de la cour d'appel de Paris, du moins s'agissant de l'activité de la COB ne relevant pas du juge administratif .

7. Le législateur a attribué compétence à la cour d'appel de Paris pour connaître de décisions adoptées par une autorité administrative indépendante dans un troisième et dernier ensemble de cas qui, *a priori*, se distingue nettement des deux hypothèses précédentes. Les autorités concernées sont d'une part l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) et d'autre part la Commission de régulation de l'électricité (CRE). Il ne s'agit pas en ce qui les concerne d'un transfert massif de compétence au profit du juge judiciaire, bien au contraire la compétence de principe appartient au juge administratif *(v. infra)*. Cependant, les recours contre les décisions d'arbitrage de ces instances doivent être introduits auprès de la Cour d'appel de Paris[17]. C'est un mode original de régulation qui est confiée à ces instances qui " peuvent " être saisies de différends opposant deux parties en relations d'affaires. Concernant l'ART, le différend peut porter sur un refus d'interconnexion, un échec des négociations commerciales, un désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès au réseau)[18]. Quant à la CRE, elle peut être saisie de différends relatifs à l'accès ou à l'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité (L.10 février 2000, art. 38). Là encore, il s'agit de litiges commerciaux qui, s'ils ne sont pas soumis à l'arbitrage de l'autorité de régulation qui peut d'ailleurs ordonner des mesures conservatoires afin d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux, relèveront du juge judiciaire ou du Conseil de la concurrence.

Cette dévolution de compétence, opérée dans les mêmes termes pour l'ART et la CRE, fut soumise au Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 23 juillet 1996[19], la Haute Instance reprend son considérant de principe

14- Rev. Sociétés 1992, p. 774, note Y. Guyon ; JCP 1993 G, II, 22035, concl. Flipo, note M.A. Frison-Roche ; D.1993, p.439, note N. Decoopman ; Dr. Sociétés 1992, n° 235, obs. H. Hovasse. Saisi de la même question à propos cette fois du Conseil des bourses de valeurs, le Tribunal des conflits a de façon plus précise attribué compétence au juge administratif pour connaître des demandes en indemnisation des dommages causés par le CBV dans l'exercice de ses attributions relevant du juge administratif et au juge judiciaire dans les autres cas (24 oct. 1994 : Bull. Joly Bourse 1995, p.136, note N. Decoopman ; D. 1998, somm. p.68, obs. I. Bon-Garcin).

15- D. 1994, p. 511, note N. Decoopman.

16- Bull. Joly Bourse 1996, .283, note T. Bonneau ; RD bancaire et bourse janv-févr. 1996, p. 54 , obs. M. Germain et M.A. Frison-Roche ; Dr. Sociétés, comm. 91, obs. H. Hovasse ; Petites Aff. 1996, n° 48, p. 15, note C. Ducouloux-Favard ; Rev. Sociétés 1996, p. 576, note N. Decoopman.

17- CPT, art. L. 36-8 en ce qui concerne l'ART et L. 10 févr. 2000, art. 38 en ce qui concerne la CRE.

18- CPT, art. L.36-8 I. V. également le paragraphe II de l'article L.36-8, CPT.

19- Cons. Const. Déc. n°96-378 DC, 23 juill. 1996, JO 27 juillet 1996, p. 11400.

de 1987 autorisant une unification des règles de compétences juridictionnelles au profit de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ; il ajoute une précision qui n'est pas dénuée d'intérêt si l'on s'attache à comprendre les raisons qui justifient ou, au moins expliquent, les règles de répartition des compétences : " *une telle unification peut être opérée tant en fonction de l'autorité dont les décisions sont contestées qu'au regard de la matière concernée* ". Le Conseil constitutionnel admet ainsi explicitement que le critère matériel détermine la compétence[20], mais ce critère matériel ne s'applique si l'on peut dire qu'au second degré. En effet, ce qui est pris en compte, ce n'est pas la nature de la décision contestée, c'est l'opération ou le comportement, objet de la décision contestée. Dés lors que cette pratique relève d'une activité économique en principe soumise au juge judiciaire, le juge constitutionnel admet, sans l'imposer, que les recours contre les décisions d'une autorité de régulation permettant, contrôlant ou sanctionnant une telle pratique relèvent du juge judiciaire.

8. Cette première explication peut rendre compte du transfert au juge judiciaire de certains contentieux relatifs aux autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier. On pourrait même penser que dans ces domaines le juge judiciaire a vocation naturelle à intervenir, ce serait faire fi de la nature administrative des autorités de régulation qui entraîne la compétence de principe du juge administratif. L'analyse de cette compétence permettra soit de servir de contre-épreuve, soit d'affiner l'explication proposée.

B. La compétence de principe du juge administratif

9. Trois cas de figures se présentent :

- soit le législateur est resté muet,
- soit le législateur a précisé que la compétence appartient au juge administratif,
- soit le juge administratif ne bénéficie que d'une compétence résiduelle, la compétence ayant été attribuée au juge judiciaire.

On devine que l'explication diffère selon que l'on se trouve en présence de l'un ou l'autre cas, la conséquence commune réside néanmoins dans la compétence du juge administratif, juge de droit commun dès lors qu'il s'agit de recours exercé à l'encontre d'autorités administratives, fussent-elles indépendantes. Le fait que ces autorités interviennent dans le domaine économique et financier n'a pas suffi pour opérer un transfert complet du contentieux au juge judiciaire.

20- V. H. Maisl, " La nouvelle réglementation des télécommunications ", AJDA 1996 , p. 762s., spéc. p. 779.

10. Le législateur n'a pas toujours précisé quel est le juge compétent pour connaître des recours dirigés contre une autorité administrative indépendante, qu'il s'agisse des recours dirigés contre des décisions ou des demandes d'indemnisation. A vrai dire, dans cette dernière hypothèse, nous ne relevons aucune disposition spécifique. En conséquence, en dehors des exceptions jurisprudentielles précitées[21], le juge administratif - plus précisément le tribunal administratif en premier ressort - est compétent pour juger de ces demandes.

La détermination du juge compétent pour connaître des recoursdirigés contre des décisions émanant d'une autorité administrative indépendante est plus complexe. Certes, dans la mesure où il s'agit de décisions prises " dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ", la juridiction administrative est compétente[22]. Cependant, pour déterminer le juge compétent à l'intérieur de cet ordre juridictionnel, il convient, dans le silence de la loi, de se reporter aux règles générales, en particulier au décret du 26 août 1975[23]. Selon ce texte, relèvent directement du Conseil d'Etat " les recours en annulation dirigés contre les décisions administratives des organismes collégiaux à compétence nationale ". Cette disposition a été interprétée par le Conseil d'Etat comme ne lui attribuant que les recours pour excès de pouvoir dirigés contre ces décisions[24]. En conséquence, une distinction doit être opérée selon la nature du recours : le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort des recours pour excès de pouvoir, les instances de régulation étudiées entrant manifestement dans la catégorie des organismes collégiaux à compétence nationale ; au contraire, si un recours de plein contentieux est intenté, le tribunal administratif serait compétent.

Cette répartition de compétence n'a, on le voit, rien de spécifique aux autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier, ce qui ne signifie pas qu'elle est sans importance. Sont en effet concernés la majorité des actes et décisions de ces instances, qu'ils aient une portée individuelle ou générale. A titre d'exemples, on peut citer les agréments du CSA, les autorisations délivrées ou refusées par l'ART, le CSA, la Commission nationale d'équipement commercial ou encore les dérogations accordées par le CSA, la Commission bancaire, ou encore la désignation d'un administrateur provisoire par ladite commission.

21- V. *supra* n°6

22- V. déc. Cons. Const. 23 janv. 1987, préc.

23- Modifiant le décret-loi du 30 septembre 1953, art. 2, 6°.

24- R. Chapus, Droit du contentieux administratif, 7è éd., Montchrestien, n°368. Cette interprétation serait-elle confirmée si le recul du recours pour excès de pouvoir au profit des recours de plein contentieux objectif se confirmait. Il est vrai que le texte n'envisage que les recours en annulation et non les recours en réformation.

11. Les hypothèses dans lesquelles le législateur a précisé que la juridiction administrative est compétente ne présentent pas toutes le même intérêt. Ainsi, lorsqu'il disposait que " *les règlements du Comité de la réglementation bancaire et financière et les décisions du Comité des établissements de crédit…sont susceptibles de recours devant la juridiction administrative* "[25], il ne faisait qu'entériner les solutions de droit commun.

Le choix du législateur est plus explicite et significatif lorsqu'il attribue compétence au Conseil d'Etat pour connaître des recours de pleine juridiction intentés à l'encontre des décisions de sanctions administratives prononcées par le CSA[26], l'ART[27], la CRE[28] ou encore les sanctions disciplinaires infligées par la COB ou le Conseil de discipline de la gestion financière[29], par la Commission de contrôle des assurances[30] ou la Commission de contrôle des institutions et des unions[31]. Ne sont exclues de la compétence du Conseil d'Etat que les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence et celles infligées par la COB au titre de l'ancien article 9-2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967[32]. A ces deux exceptions près, le fait que le Conseil d'Etat soit directement compétent pour juger des recours de pleine juridiction informe sur trois points :

1. Est affirmée la compétence de la juridiction administrative. Autrement dit, l'octroi d'une fonction répressive à une autorité administrative qui peut s'analyser comme une anomalie juridique dans la mesure où les actes punitifs devraient relever du juge pénal[33] ne s'accompagne pas d'un transfert du contentieux aux juridictions judiciaires à l'exception des seules sanctions administratives prononcées par le Conseil de la concurrence ou la COB.

2. A l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif, compétence est attribuée au Conseil d'Etat en premier et dernier ressort alors même qu'il s'agit de recours de pleine juridiction. Cette solution imposait une disposition explicite. L'inconvénient de ce choix réside dans la suppression du double degré de juridiction, règle assurément protectrice des intérêts de la personne faisant l'objet d'une sanction. La recherche de l'efficacité constitue-t-elle dans ce domaine un motif suffisant d'éviction de cette règle ?

25- L. 24 janv. 1984, art.32 abrogé par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 déc. 2000.

26- L. 30 décembre 1986, art. 42-8.

27- L. 26 juill. 1996, art. 8 (art. L36-11, CPT)

28- L. 10 févr. 2000, art. 40.

29- C. mon. et fin., art.31 (L. 2 juill. 1996, art. 71) pour la COB, art. L. 623-3 (L. 23 déc. 1988, art. 33-3) pour le Conseil de discipline de la gestion financière.

30- Code des assurances, art. L. 310-18.

31- Code de la sécurité sociale, art. L. 951-10.

32- Code monétaire et financier, art. L. 621-15.

33- C. Mamontoff, " La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives ", RFDA 1999, p. 1004 et s., spéc. p. 1021.

3. En réalité, le choix du législateur portait sans doute moins sur la détermination de la juridiction compétente[34] que sur la nature du recours[35] : recours de pleine juridiction conformément à l'interprétation retenue de l'article 6 de la CEDH, ce recours permettant non seulement l'exercice d'un contrôle entier de la décision contestée, mais également une réformation de cette décision.

Le principe de répartition des compétences ainsi déduit des solutions adoptées explicitement par le législateur est important dans la mesure où les autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier sont très souvent dotées d'un pouvoir sanctionnateur puissant. Il semble bien que le choix de la juridiction compétente ne repose en l'occurrence ni sur la nature de l'acte contesté, ni sur la matière, objet de la décision, mais sur la nature de l'organe édictant la décision. C'est le critère organique qui est privilégié.

12. L'étude des cas dans lesquels la juridiction administrative dispose d'une compétence résiduelle permet d'affiner le critère matériel mis en œuvre au cas de transfert du contentieux au juge judiciaire[36]. La compétence du juge administratif se déduit en creux du transfert de compétence au juge judiciaire . La question se pose uniquement pour les autorités boursières : COB[37] et CMF[38], le traitement législatif de la répartition des compétences étant assez proche. En premier lieu, le juge judiciaire n'est pas compétent pour connaître des actes réglementaires de la COB : la combinaison de la nature de l'acte et de celle de l'organe – exercice de prérogatives de puissance publique par un organisme collégial à compétence nationale – conduit à attribuer compétence au Conseil d'Etat pour juger des recours pour excès de pouvoir diligentés contre ces actes. Cette solution ne suscite aucune remarque particulière.

En revanche, les autres hypothèses dans lesquelles le juge judiciaire n'est pas compétent - la compétence revient donc au juge administratif – méritent réflexion dans la mesure où la justification n'est pas évidente. Si l'on fait abstraction des sanctions disciplinaires prononcées par le CMF, on constate que ne sont pas transférés au juge judiciaire :

- d'une part les recours dirigés contre les décisions de la COB relatives à l'agrément des OPCVM, des gérants de portefeuille ou des sociétés de gestion de SCPI. Sont ainsi visées les décisions

34- Nous avons vu supra n°10 que le Conseil d'Etat est en principe directement compétent pour juger des recours pour excès de pouvoir formés contre les décisions des organismes collégiaux à compétence nationale.

35- V. *infra* II

36- V. *supra* n° 7

37- C. mon. et fin., art. L. 621-30 (Ord. 28 sept. 1967, art. 12).

38- C. mon. et fin., art. L. 622-25 (L. 2 juill. 1996, art. 39) . Selon ce texte, " *l'examen des recours formés contre les décisions individuelles du Conseil des marchés financiers autres que celles prises en matière disciplinaire ou pour l'approbation du programme d'activité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 532-1 est de la compétence du juge judiciaire* ".

d'octroi, de refus, de retrait d'agrément délivrés aux professionnels de la gestion pour compte de tiers entendue dans un sens large.

- d'autre part, les recours formés contre les décisions du CMF relatives à l'approbation du programme d'activité des prestataires de services d'investissement, approbation nécessaire à la délivrance d'un agrément par le CECEI.

Dans les deux cas, on est en présence d'un agrément permettant l'exercice d'une activité professionnelle et pas seulement d'une décision permettant le déroulement d'une opération (ex. visa d'une note d'information). Les décisions touchant à l'exercice d'une activité professionnelle, que ce soit par l'octroi (ou le refus ou le retrait) d'un agrément, d'une autorisation ou par le prononcé d'une sanction disciplinaire relèveraient du juge administratif. Certes, ce serait là encore appliquer le critère matériel, mais une distinction serait opérée entre les relations commerciales et les activités professionnelles, objet de la décision. Cette ligne de partage peut rendre compte de la répartition des compétences s'agissant des autorités administratives indépendantes (ou assimilées) du secteur boursier et bancaire ainsi que du secteur des assurances et de la prévoyance, c'est-à-dire du secteur financier qui est aussi celui de l'intermédiation. Elle nous semble néanmoins inutilement complexe et source de difficultés qui seraient résolues en confiant au juge administratif l'ensemble du contentieux de l'autorisation .Il n'est pas sûr par ailleurs qu'elle permette d'expliquer les autres cas de compétence du juge administratif. On pourrait toutefois penser que la juridiction administrative est compétente lorsqu'est en cause une activité qui, bien qu'économique, constitue au moins en partie un service public (télécommunications, électricité et ultérieurement gaz), ou met en jeu des libertés publiques (audiovisuel), toutes activités qui auparavant relevaient d'un monopole public. La proximité historique avec l'Etat expliquerait la compétence administrative, de même que l'idée de protection du public qui est également présente lorsque sont en jeu des activités d'intermédiation.

13. L'absence de ligne de partage claire s'explique également par les enjeux idéologiques, politiques, voire corporatistes. Quoi qu'il en soit, que les recours soient intentés devant le juge administratif ou le juge judiciaire n'est pas neutre quant à l'étendue du contrôle exercé bien que les règles de compétence sont en principe sans influence sur les règles de fond et de procédure applicables : la philosophie et les techniques procédurales propres à chaque ordre de juridiction ne sont pas sans influence sur le contrôle exercé.

Section II - L'étendue du contrôle ou des solutions nuancées

14. L'intensité du contrôle juridictionnel est significatif de la place occupée par les autorités administratives indépendantes dans le paysage institutionnel et surtout de l'autonomie dont elles disposent. Il permet également de mesurer l'intervention de l'Etat dans la vie économique, ou plus exactement, d'apprécier les limites et l'originalité de ce mode de régulation. De nouveau, la diversité caractérise les solutions adoptées. Si l'on confère au vocable contrôle un sens large et que l'on y inclut la facilité plus ou moins grande de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat en raison des fautes commises par l'autorité de régulation, on constate qu'en fonction de la nature de la décision contestée et de l'objet du recours (contestation d'une décision ou recours en indemnisation), on passe d'un contrôle entier (A) à un contrôle atténué (C), sachant que certaines décisions font l'objet d'un contrôle normal (B). De façon générale, l'évolution se caractérise par une accentuation du contrôle du juge, même s'il serait excessif d'évoquer une neutralisation du pouvoir des autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier.

A. Un contrôle entier

15. Nous entendons par contrôle entier non seulement le contrôle exercé sur la décision elle-même : contrôle de la légalité interne (appréciation des faits, proportionnalité de la sanction à la faute) et externe (compétence, procédure, …) de la décision mais aussi la possibilité pour le juge de réformer la décision. Ce contrôle de **pleine juridiction** s'exerce pour l'essentiel à l'égard des décisions de **sanctions**[39]. Il résulte soit - et de plus en plus souvent - de la lettre des textes (CSA, ART, CRE, sanctions disciplinaires prononcées par la Commission de contrôle des assurances, la commission des institutions et des unions, la COB, le conseil de discipline de la gestion financière, le CMF), soit des exigences du Conseil constitutionnel et de la Convention européenne des droits de l'homme . Dès lors que l'on se situe en *matière pénale* au sens de la CEDH - ce qui est le cas de toutes les décisions de sanctions prononcées par une autorité administrative indépendante[40] - l'article 6 impose un contrôle entier.

16. Le juge judiciaire, saisi d'un recours contre une décision de sanction, a exercé dès l'origine un contrôle entier par lequel il appréciait notamment la proportionnalité de la sanction à la faute et réformait le cas

39- Il s'exerce également à l'égard des injonctions ainsi qu'à l'encontre des mises en demeure prononcées par l'ART (art. L. 36-11 CPT) et la CRE (art. 40, L. 10 févr. 2000). En revanche, les mises en demeure prononcées par le CSA font l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE 14 juin 1989, AJDA 1989, p.542, concl. B. Stirn, D. 1990, somm. p. 291, obs. T. Hassler.

40- J. Lefebvre, Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes, *supra* .

échéant la décision contestée. Ce pouvoir de réformation est expressément prévu à propos du Conseil de la concurrence[41]. En revanche, les textes transférant au juge judiciaire le contentieux relatif aux décisions individuelles adoptées par la COB[42] ne contiennent aucune disposition relative à la nature des recours (en annulation ou en réformation) et n'opèrent aucune distinction entre les décisions d'injonction ou de sanction et les autres décisions individuelles. Pour autant, la cour d'appel de Paris a toujours exercé à l'égard des décisions de sanctions ce type de contrôle qui correspond d'ailleurs au contrôle habituellement exercé par cette juridiction, juge du fait et du droit.

En revanche, dans l'arrêt *Le Cun*[43] relatif aux sanctions disciplinaires prononcées par le Conseil des bourses de valeurs[44], le Conseil d'Etat a certes exercé un contrôle entier, mais dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir qui ne permet pas au juge de substituer sa propre décision à celle faisant l'objet du recours. Désormais, la question ne se pose plus dans la mesure où les textes prévoient expressément un recours de pleine juridiction.

17. Il faut néanmoins noter que, même investi d'un pouvoir de réformation, le juge ne dispose pas dans l'appréciation des faits des mêmes pouvoirs que l'autorité ayant adopté la décision : il ne bénéficie pas de l'expertise qui caractérise les autorités administratives indépendantes[45]. Deux conséquences peuvent en être tirées. D'une part, il serait erroné de comparer la décision de sanction d'une autorité administrative indépendante à une décision de premier degré prise par un juge, ce serait méconnaître la spécificité et l'originalité de ce mode de régulation. Sans doute, lorsqu'elles infligent une sanction, les autorités administratives indépendantes exercent-elles une fonction juridictionnelle, leur nature n'en est pas modifiée en conséquence. D'autre part, se pose la question du pouvoir d'évocation du juge. Le juge peut certes du fait de la plénitude de juridiction dont il dispose remplacer par une autre sanction la mesure de sanction qu'il vient d'annuler ou qu'il veut réformer. Cela suppose néanmoins que l'enquête ou la procédure antérieures ne soient pas fondamentalement viciées[46]. Si tel n'est pas le cas, enquête et procédure doivent être recommencées…par les mêmes instances. On touche là aux limites de la régulation par les autorités administratives indépendantes dès lors que l'on se place dans la

41- C. mon. et fin., art. L. 464-7

42- C. mon. et fin., art. L. 621-30 ; D. 23 mars 1990, art. 6.

43- CE 1er mars 1991, RFDA 1991, p. 612, concl. M. de Saint Pulgent ; Bull. Joly 1991, p. 541 ; AJDA 1991, p. 401, obs. R. Schwartz et C. Maugüe

44- Auquel a succédé le Conseil des marchés financiers

45- Il sera de ce point de vue intéressant de voir comment, à la suite de l'arrêt Million et Marais (CE 3 nov. 1997, RFDA 1998.1228, concl. Stahl, AJDA 1997, p. 1012), le juge administratif jugera de l'application des règles du droit de la concurrence par les autorités publiques intervenant en tant que telles et non dans le cadre d'une activité économique, v. not. M. Bazex, " Le droit public de la concurrence ", RFDA 1998, p. 781.

46- CA Paris, 1ère ch. H, 7 mars 2000, JCP éd.E 2000, p.992, note A. Couret ; Y. GAUDEMET, " Le pouvoir de réformation de la cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence ", JCP G, 1999, p. 2241.

perspective de la défense des droits du justiciable dans une procédure répressive. Ce qui fait la force et la caractéristique de ces autorités - le cumul des pouvoirs -, en fait aussi la faiblesse. L'évolution de la jurisprudence relative à l'article 6 de la CEDH a servi de révélateur.

18. Les sanctions prononcées par les autorités régulatrices intervenant dans le domaine économique et financier ont certes fait l'objet d'un contrôle de fond aboutissant dans certains cas à une réformation de la décision, le juge n'a cependant pas bouleversé les solutions adoptées par l'instance de régulation[47]. Les décisions d'annulation, du moins en ce qui concerne la COB, furent plus nombreuses ; elles reposent sur les principes fondamentaux de la procédure pénale (présomption d'innocence notamment) et surtout sur l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, aboutissant à une remise en cause du fonctionnement de la COB et des autorités dont les règles de fonctionnement sont similaires.

19. La montée en puissance des exigences procédurales assurant une garantie des droits de la défense fut progressive. En matière de concurrence, les préoccupations relatives au respect du contradictoire à tous les stades de la procédure sont anciennes[48]. L'évolution fut plus rapide en ce qui concerne la COB qui se vit attribuer un pouvoir de sanction par la loi du 2 août 1989. Dès 1993, la cour d'appel de Paris a annulé une décision de sanction pour non-respect de la présomption d'innocence[49] : afin d'informer le public à l'occasion d'une opération de fusion, la commission avait indiqué dans un communiqué de presse qu'une procédure de sanction était ouverte pour manquement aux règles relatives à l'information , elle y tenait pour acquis les faits énoncés dans les griefs *avant* que la décision de sanction ne soit prononcée. Cette espèce montrait les difficultés qui peuvent surgir du fait du cumul des pouvoirs de la COB : devoir d'information afin d'assurer la protection des épargnants et pouvoir de sanction.

La Cour de cassation, après la cour d'appel de Paris[50], adopta une position nuancée quant à *l'applicabilité* de l'article 6 de la CEDH à la procédure suivie devant la COB[51].

47- J.L.Autin, " Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ? ", RDP 1991, p. 1533 ; " Autorités administratives indépendantes ", Juris-Classeur administratif, Fasc. 75, 1997 ; L. Vogel, " Les tendances actuelles du droit de la concurrence en France ", JCP G 1990, I, 3470, n° 3.

48- M.C. Boutard-Labarde et Y. Gaudemet, " Le contentieux des sanctions pécuniaires du conseil de la concurrence ", Petites Aff., 25 avril 1990.

49- CA Paris 15 janv. 1993, Derveloy, JCP E 1993, I, 414, note M. Dobkine ; D. 1993, p. 273, note C. Ducouloux-Favard ; Bull. Joly Bourse 1993, p. 148, note A. Viandier. V. également Cass. Com. 18 juin 1996, Conso , Bull. Joly Bourse 1997, p. 20 ; Rev. dr. bancaire et bourse 1996, p. 177, obs. M. Germain et M.A. Frison-Roche ; Rev. Jur. Com. 1997, p. 65, note D. Vatel , D. 1998, somm. p. 65, obs. I. Bon-Garcin ; 1er décembre 1998, RJDA 3/1999, n° 299, obs. A. Couret [" La sauvegarde des droits de la défense devant la COB ", p. 203].

50- CA Paris 12 janv. 1994, Haddad, RJDA 11/94, n° 1150 , Rev. dr. bancaire et bourse 1994, p. 37 obs. M. Germain et M.A. Frison-Roche.

51- Cass. Com. 9 avril 1996, Haddad, Bull. Joly Bourse 1996, p. 305, note F. Peltier ; RJDA 1996, n° 645, concl. M.C. Piniot, p. 438 ; rev. dr. bancaire et bourse 1996, p. 177, obs. M. Germain et M.A. Frison-Roche D. 1998, somm. p. 65, obs. I. Bon-Garcin , Petites Aff. 26 juin 1996, p. 29, note C. Ducouloux-Favard.

En premier lieu, la Cour considère que les sanctions prononcées par la commission relèvent de la *matière pénale* ; mais en second lieu, elle ajoute que " *des impératifs de souplesse et d'efficacité peuvent justifier l'intervention préalable dans la procédure répressive d'une autorité administrative qui, comme la commission, ne satisfait pas sur tous les aspects aux prescriptions de forme du paragraphe 1er de l'article 6 de la convention, dès lors que les décisions prises par celle-ci subissent* a posteriori *…le contrôle effectif d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens du texte susvisé* ". Est ainsi posée la question de l'équilibre entre le souci d'efficacité qui explique l'octroi d'un pouvoir de sanction aux autorités de régulation et le nécessaire respect des droits de la défense entendus dans un sens large. Cet équilibre passe-t-il par une appréciation opérée uniquement au stade du recours ou les exigences des droits de la défense se manifestent-elles de façon impérieuse dès le stade de l'instruction et du prononcé de la sanction, la spécificité et la rapidité supposée des procédures devant les autorités administratives indépendantes dût-elle en souffrir ?

La Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation apportèrent rapidement des réponses, accentuant au fil des arrêts leurs exigences. L'affaire Oury fut l'occasion d'une avancée importante. Le 17 mai 1997, la cour d'appel de Paris[52] stigmatisa notamment un respect insuffisant du contradictoire lors de la procédure devant la COB. Un décret du 31 juillet 1997 améliora sur un certain nombre de points l'organisation des droits de la défense. Dans la même affaire, délaissant les griefs fondés sur la présomption d'innocence et le non-respect des droits de la défense, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a le 5 février 1999[53] confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Paris annulant la décision de sanction de la COB par le *seul motif* tiré de la participation au délibéré du rapporteur, chargé de procéder à l'instruction de l'affaire[54]. Cette solution conduisit la COB, mais également les autres autorités de régulation qui appliquaient le même mécanisme à modifier leur règlement intérieur de telle sorte que le rapporteur ne participe plus au délibéré. Poursuivant son raisonnement, la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 7 mars 2000[55] a mis en cause la régularité globale de la procédure suivie par la COB au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle y retient en effet le grief fondé sur l'exigence d'impartialité. Elle estime que l'impartialité objective n'est pas assurée dans la mesure où le collège de la commission a successivement décidé la mise en accusation de la personne poursuivie, formulé les griefs, statué sur la culpabilité et

52- Bull. mens. COB 1997, n° 314, p. 68, Rev. dr. bancaire et bourse 1997, p. 119, obs. M. Germain et M.A. Frison-Roche.

53- Petites Aff., n°29, 10 février 1999, note C. Ducouloux-Favard ; JCP E 1999, p. 957, note E. Garaud, JCP G 1999, II, 10060, note H. Matsopoulou , Gaz. Pal. 24 et 25 février 1999, p. 8, concl. Lafortune.

54- La chambre commerciale de la Cour de cassation statua dans le même sens le 5 octobre 1999 à propos du Conseil de la concurrence (Gaz. Pal. 1er et 2 déc. 1999, concl. M.A. Lafortune, note O. Flécheux. Cette solution ne concerne pas seulement les AAI, ainsi l'avocat désigné comme rapporteur chargé de l'enquête ne peut participer à la délibération du conseil de l'ordre appelé à se prononcer sur les poursuites disciplinaires engagées, Cass. 1è civ. 5 oct. 1999, D. 2000, p. 312, note B. Blanchard.

55- JCP E 2000, p. 992, note A. Couret.

sanctionné la personne poursuivie[56]. Tirant les leçons de cet arrêt, la COB a suspendu l'exercice de son pouvoir de sanction[57]. L'existence même du pouvoir de sanction n'est pas remise en cause ; le grief du cumul par la même autorité des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement n'est pas non plus accueilli ; en revanche, l'organisation de l'ensemble de la procédure répressive doit être revue . Le décret n° 2000-721 du 1er août 2000 s'attache à différencier les différentes fonctions : la décision de poursuite est confiée au directeur général de la COB, l'instruction est menée par un rapporteur, membre du collège, qui ne participe pas au délibéré[58]. Cette réforme *a minima* présente l'inconvénient de confier à une personne placée sous la direction du président de la COB et qui n'est pas membre du collège - en conséquence, ne bénéficie pas de ce statut - le pouvoir de décider l'ouverture d'une procédure de sanction[59]. En réalité, si l'on estime que la différenciation des fonctions, qui entraîne une juridictionnalisation accrue des autorités de régulation, doit s'opérer au sein du collège, le législateur doit se saisir de la question dans la mesure où seraient bouleversés la conception unitaire du collège et les équilibres voulus par la loi.

20. Cependant, nous avons observé précédemment l'éclatement des compétences en ce qui concerne les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier . Il est dès lors intéressant de voir de quelle manière le juge administratif interprète et applique l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'autant plus que l'autorité concernée et la procédure suivie peuvent être les mêmes . Tel est le cas des sanctions administratives et des sanctions disciplinaires prononcées par la COB : les premières relèvent du juge judiciaire, la connaissance des secondes appartient au juge administratif ; les procédures suivies sont très proches l'une de l'autre[60] ; qui plus est, étant donné que la règle *non bis in idem* ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de sanctions de nature différente, les juges administratif et judiciaire peuvent être saisis des mêmes faits[61].

Pendant longtemps, le juge administratif a considéré que l'article 6 de la CEDH n'était pas applicable dès lors que la sanction disciplinaire n'était pas prononcée par une juridiction disciplinaire, mais par une autorité administrative. Cette analyse fut retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt

56- La même solution vient d'être adoptée à propos du conseil de l'ordre des avocats qui, en matière disciplinaire, ne peut être présidé par le bâtonnier qui a le pouvoir de décider des suites données à une enquête en décidant soit du renvoi devant le conseil de l'ordre, soit du classement de l'affaire (Cass 1è civ. 23 mai 2000, D. 2000, IR 182.

57- Communiqué COB, 20 mars 2000.

58- V. en ce qui concerne le Conseil de la concurrence, les articles L. 461-3 et L.463-7 *in fine* du code de commerce ainsi que les articles 20 et s. du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002.

59- V. J.J Daigre, " La nouvelle procédure de sanction de la COB. Une réforme en clair-obscur ", JCP E 2000, p. 1603 ; G. Berlioz, La Tribune, 3 août 2000.

60- V. la Charte des droits de la défense à l'occasion d'une procédure de sanction de la COB, Bull. COB, juill.-août 1997, p. 21.

61- Sur le cumul des sanctions, v. *supra*, J. Lefebvre.

Le Cun précité relatif à une sanction disciplinaire prononcée par le Conseil des bourses de valeurs. Saisi d'un recours contestant une sanction disciplinaire infligée par le Conseil des marchés financiers, la Haute juridiction administrative infléchit sa position dans l'arrêt Didier[62]. Etait notamment contestée la participation du rapporteur aux débats et au vote du Conseil des marchés financiers. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat examine et admet cette fois l'applicabilité de article 6 ; analysant dans un second temps les pouvoirs du rapporteur - qui sont très proches des pouvoirs du rapporteur désigné dans les procédures de sanctions de la COB -, il estime qu'il n'existe aucune méconnaissance du principe d'impartialité rappelé à l'article 6 §1 de la CEDH.

Un rapprochement sensible mais partiel s'est donc opéré entre les positions des juges administratif et judiciaire. Le principe de *l'applicabilité* du texte est désormais reconnu par les deux ordres de juridiction. Ce point mérite d'autant plus d'être noté que le Conseil d'Etat se prononçait en matière disciplinaire et non à propos d'une sanction administrative et que, de plus, la formule générale de l'arrêt montre qu'aucune distinction n'est faite selon la nature de la sanction disciplinaire : sanction pécuniaire ou sanction restreignant ou interdisant l'exercice de la profession. La jurisprudence administrative antérieure estimait que ces dernières sanctions relevaient de la matière civile et non de la matière pénale[63]. En revanche, les analyses continuent à diverger quant à *l'application* de l'article 6. Il en est ainsi à propos de la participation du rapporteur au délibéré ; on peut penser qu'il en serait *a fortiori* ainsi s'agissant du prononcé des sanctions par un collège ayant statué sur la mise en accusation, la formulation des griefs et la culpabilité de la personne poursuivie.

20. Ces divergences de jurisprudence manifestent de façon éclatante les inconvénients du dualisme juridictionnel et de l'éclatement des compétences. Elles conduisent aussi, plus fondamentalement, à s'interroger sur le pouvoir de sanction administrative des autorités administratives indépendantes[64], lequel n'existe pour l'essentiel qu'en matière économique et financière. Trois pistes de réflexion au moins sont ouvertes :

1. soit l'existence même du pouvoir de sanction administrative des autorités administratives indépendantes est remise en cause. Les enquêtes, voire l'instruction des dossiers, pourraient rester confiées à ces autorités en raison de leur expertise ; en revanche, la décision de poursuites et le prononcé de la sanction relèverait du juge. A un moindre degré, les autorités de régulation pourraient conserver leur pouvoir disciplinaire - qualifié tel par le législateur, ce qui supposerait néanmoins une nouvelle organisation de la procédure.

62- CE 3 déc. 1999, AJDA 2000, p. 172, obs. M. Guyomar et P. Collin , RFDA 2000, p. 584, concl. A. Seban

63- C. Mamontoff, art. préc., p. 1012.

64- M. Pochard, " Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction ", *in* Les sanctions administratives. Actualités et perspectives, AJDA 2001, n° spécial, p. 106 et s.

2. soit les autorités de régulation ne disposent d'un pouvoir de sanction administrative que dans les cas où n'est pas commise une infraction pénale. Cette solution est déjà retenue pour l'ART et la Commission de régulation de l'électricité. On remarquera que la réorganisation de la procédure reste nécessaire.

3. soit enfin, sans restreindre de quelque manière l'extension du pouvoir de sanction, peut être seulement envisagée une réforme de l'ensemble des procédures de sanctions, qu'elles soient administratives ou disciplinaires, qu'elles relèvent du juge judiciaire ou du juge administratif. Attendre que les jurisprudences respectives se rejoignent ne permet pas d'assurer une sécurité juridique suffisante ; la connaissance ainsi que le respect du droit ne sortent pas grandis de ce qui peut apparaître comme une cacophonie.

En somme, la réforme minimale réside dans la recomposition non seulement de la procédure au sens strict, mais aussi des organes de la procédure. La spécificité de la fonction juridictionnelle des autorités administratives indépendantes en sortirait diminuée, il est probable que la composition des collèges et le nombre de membres devraient être modifiés. L'efficacité de la répression administrative serait-elle moindre ? Une réponse positive ne s'impose pas, d'autant qu'une plus grande légitimité des sanctions prononcées diminuerait sans doute le nombre de recours ; on a vu précédemment que les infirmations de décisions de sanctions ont plus porté sur la légalité externe, et en particulier sur l'application des principes fondamentaux du droit processuel répressif, que sur la légalité interne. L'analyse du contrôle juridictionnel exercé sur les décisions non répressives des autorités de régulation montre que ce contrôle ne tend pas à une neutralisation de leur action .

B. Un contrôle normal

21. Certes, il reste des hypothèses où le juge n'exerce qu'un contrôle restreint ; c'est le cas lorsqu' une autorité administrative indépendante dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Il en est ainsi du pouvoir de nomination des présidents des sociétés de programme[65], du choix des concessionnaires[66] par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ou encore de son refus de sanctionner[67]. La Haute juridiction administrative rappelle le large pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité en question et n'exerce qu'un contrôle minimum. Dans les autres hypothèses, le juge, et en particulier le Conseil d'Etat, exerce dans le cadre d'un **recours pour excès de pouvoir** un contrôle normal qu'il s'agisse du pouvoir réglementaire ou des décisions individuelles autres que répressives.

65- CE 19 janv. 1990, Ass. " La télé est à nous " : RRJ 1991, p.889, note A. Boyer.

66- CE Ass. 16 avril 1986 et 17 décembre 1986 : RFDA 1987, p. 21, concl. M. Fornacciari.

67- CE 6 avril 1998 : concl. D. Chauvaux, AJDA 1998, p. 729.

22. L'encadrement juridique du pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes qui, là encore, a été reconnu essentiellement aux autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier, résulte autant du législateur et du juge constitutionnel que du juge administratif, seul compétent pour juger de tels actes[68]. Le pouvoir réglementaire n'a été admis que dans des limites précises[69] dont le Conseil d'Etat vérifie le respect. Plusieurs décisions l'illustrent qu'il s'agisse du pouvoir réglementaire de la COB[70], de l'ART[71] ou du CSA[72]. Les décisions relatives à cette dernière instance montrent que le juge administratif ne s'attache pas à la dénomination de l'acte (note de terminologie, communiqué), mais procède à une analyse substantielle, recherchant si l'acte contesté pose ou non une règle nouvelle, démarche habituelle du juge administratif à propos des circulaires depuis l'arrêt Notre-Dame du Kreisker[73]. Si la réponse est positive, le juge vérifie ensuite la compétence de l'auteur de l'acte. Les décisions rendues montrent le cantonnement du pouvoir réglementaire des autorités de régulation aux limites fixées par le législateur. Cette jurisprudence ne peut qu'être approuvée : une exception – tel est le cas du pouvoir réglementaire confié aux autorités administratives indépendantes – doit être interprétée strictement. Paradoxalement, le juge judiciaire se montrerait moins strict en ce qui concerne l'interprétation des textes octroyant un pouvoir réglementaire à la COB[74], mais l'explication réside peut-être dans la définition même de ce pouvoir réglementaire qui laisse à la Commission des opérations de bourse une marge d'appréciation relativement importante[75].

23. Les décisions individuelles autres que répressives soumises à la censure du juge font l'objet d'un contrôle normal exercé dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir même lorsque le juge judiciaire est compétent. La question de savoir si le juge judiciaire disposait d'un pouvoir de réformation se posait à propos du contrôle des décisions individuelles non répressives de la COB – ou des décisions de même nature édictées par les autorités professionnelles : CBV ou CMF – dans la mesure où les textes ne précisent pas la nature du recours et ne distinguent pas selon la nature de la décision contestée : décision de sanction ou d'injonction ou autre décision[76]. Bien que le juge judiciaire

68- A l'exception de l'article L. 621-17 du code monétaire et financier relatif au pouvoir d'injonction du président du Tribunal de grande instance de Paris saisi par le président de la Commission des opérations de bourse.

69- V. *supra* J. Lefebvre, " le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes ".

70- CE 10 oct. 1997 : Sté Patrimoine gestion privée, rec. Lebon p.337.

71- CE Ass. 26 juin 1998 : AJDA 1998, p. 636, chron. F. Raynaud et P. Fombeur.

72- CE 16 nov. 1990, SA " La Cinq " : Rec. Lebon 329 , AJDA 1991, p. 214, concl. B. Stirn, RFDA 1991, p. 635, note D. Truchet, D. 1991, p.374, note P. Huet.

73- CE 29 janv. 1954 : Rec. Lebon 64, RPDA 1954, p. 50, concl. B. Tricot.

74- C. Cass. 14 nov. 1995: Bull. Joly Bourse 1996, p. 111, note P. Le Cannu ; CA Paris 7 mars 2000 préc.

75- V. J. Lefebvre, art. préc.

76- P. Delvolvé, " La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières ", Bull. Joly 1990, p. 499 ; N. Decoopman, " Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes ", *in* Le droit administratif en mutation, CURAPP, PUF, 1993, p. 211.

soit compétent, il s'agit d'un contentieux administratif et l'office du juge judiciaire doit être le même que celui du juge administratif qui eût été compétent en l'absence de transfert du contentieux. Outre le fait qu'en substituant sa décision à celle de l'autorité administrative compétente, le juge se ferait administrateur, un tel pouvoir octroyé au juge ruinerait le bien-fondé du recours aux autorités de régulation. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'offre aucun exemple d'exercice d'un pouvoir de substitution ; sollicité en ce sens, le juge judiciaire précise au contraire que l'autorité concernée – par exemple le CBV[77] ou le CMF[78], mais ce pourrait être la COB - est *seule* compétente.

En revanche, les recours formés contre les décisions d'arbitrage de l'ART ou de la Commission de régulation de l'électricité devant la Cour d'appel de Paris sont des recours en annulation ou en réformation[79]. Dans un arrêt en date du 28 avril 1998[80], la Cour d'appel de Paris a rejeté les recours en annulation et en réformation formés par France Télécom contre deux décisions d'arbitrage de l'ART.

24. Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, la censure porte rarement sur la violation de la loi[81] ; elle repose plus souvent sur une illégalité externe :

- compétence,
- procédure : par exemple, nécessité ou non pour la CNCL de procéder à un appel à candidature avant de délivrer des autorisations d'usage de fréquence[82], nécessité de communiquer les griefs avant de refuser une reconduction d'autorisation[83]
- motivation de la décision : une lettre type motive insuffisamment un refus d'autorisation[84], ou encore une lettre ultérieure du président du CSA précisant le motif du défaut d'autorisation n'est pas de nature à régulariser le défaut de motivation[85].

On le voit les décisions de censure prononcées par le Conseil d'Etat concernent essentiellement le CSA, sans que l'on puisse en conclure que le contrôle exercé constitue un frein au plein développement de l'activité

77- CA Paris 12 juill. 1989 : Bull. Joly 1989, p. 829.

78- CA Paris 11 juin 1997 : Bull. Joly Bourse 1997, p. 750, note N. Rontchevsky, JCP E 1997, I, 676, obs. A. Viandier et J.J. Caussain, Rev. dr. bancaire et bourse 1997, p. 167, obs. M. Germain et M.A. Frison-Roche , D. 1998, somm. p. 73, obs. I. Bon-Garcin.

79- Art. 36-8, CPT en ce qui concerne l'ART et art. 38, L. 10 févr. 2000 en ce qui concerne la CRE.

80- CA Paris 28 avril 1998 : AJDA 1998, p. 833, note I de Silva.

81- CE 19 janv. 1990 : UNAPEL : RRJ 1991.882, note A. Boyer ; V. également CE 17 oct. 1997 : Sté Belenos Alsace : D. 1998, somm. p. 130, obs. T. Hassler.

82- CE 21 oct. 1988, SA TF1 : RDP 1988, p. 1733, concl. M Fornacciari ; D 1989, somm. p. 300, obs. T. Hassler, Petites Aff. 30 mai 1989, p. 12, note D Turpin ; CE 1er déc. 1995, Sté Métropole Télévision : RFDA 1998, p. 656.

83- CE 20 mai 1996, Société Vortex : D. 1997, somm. p. 82, obs. T. Hassler.

84- CE 18 mai 1990, Ass. Arménienne d'aide sociale : AJDA 1990, p. 722, concl. B. Stirn.

85- CE 25 mars 1994, Assoc. Radio Zinzin : RFDA 1994, p. 630.

de cette instance. Une telle conclusion ne saurait en tout état de cause être tirée des quelques décisions du juge judiciaire contrôlant les actes non coercitifs de la COB : aucune décision de censure n'a semble-t-il été adoptée[86]. La même réserve du juge peut être observée en ce qui concerne la mise en cause de la responsabilité des instances de régulation.

c. Un contrôle atténué

25. Les textes sont silencieux en ce qui concerne les recours en indemnisation soumis en conséquence au droit commun[87]. Peu importe que soit compétent le juge administratif ou le juge judiciaire puisque ce dernier, en application de la jurisprudence Giry[88], applique le droit administratif lorsqu'il est saisi de litiges administratifs en raison de simples considérations de procédure.

26. Avant que soit opéré un transfert de compétence au profit du juge judiciaire, le Conseil d'Etat avait estimé que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée qu'en cas de faute lourde de la COB[89]. Il assimilait ainsi l'activité des autorités de régulation à une activité de police administrative. Le juge judiciaire appliqua la même solution en 1993[90]. L'exigence de la faute lourde rend difficile le succès de tels recours. Cependant, dans l'affaire Compagnie diamantaire d'Anvers[91], le juge a retenu une faute lourde à l'encontre de la COB en considérant que la commission avait commis un excès de pouvoir flagrant en retirant un numéro d'enregistrement à un placement en biens divers alors que les textes ne lui donnait pas compétence pour juger de la qualité ou de l'opportunité d'un tel placement. Néanmoins, si la faute existe, encore faut-il que le requérant démontre l'existence d'un préjudice direct et personnel et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Aucune action en responsabilité n'a semble-t-il abouti à ce jour devant le juge judiciaire.

27. Les recours en indemnisation sont aussi rares devant le juge administratif. La question de l'abandon de la faute lourde pouvait néanmoins se poser en raison de deux arrêts de la cour administrative d'appel de Paris, l'un relatif à la Commission bancaire[92], l'autre à la Commission de contrôle des assurances[93]. Ces deux décisions sont intéressantes à plusieurs titres. En premier lieu, la cour administrative

86- V. à propos du visa CA Paris 19 mai 1998 : JCP E 1998, p. 1307, § 10, obs. Viandier et Caussain et §4, p. 1434, obs. J.J. Daigre ; CA Paris 26 janv. 1999 : Rev. dr. banc. et bourse 1999, p. 34, obs. M .Germain et M.A. Frison-Roche, JCP E 1999, p. 1434, obs. J.J. Daigre.

87- Etant donné l'absence de personnalité morale des autorités administratives indépendantes, les recours sont intentés contre l'Etat.

88- Cass. Civ. 23 nov. 1956 : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12è éd. , p. 537.

89- CE 22 juin 1984, Sté Pierre et Cristal : Rev. Sociétés 1985, p.634, note J.J. Daigre.

90- CA Paris 15 janv. 1993, Derveloy, préc.

91- Cass. com. 26 oct. 1993 préc.; CA Paris 6 avril 1994 préc.

92- CAA Paris, 30 mars 1999 : AJDA 1999, p. 951, obs. M.H.

93- CAA Paris 13 juill. 1999 : AJDA 1999, p. 953, obs. M.H.

d'appel de Paris considère que dans l'accomplissement de leur mission administrative de surveillance et de contrôle des entreprises (établissements de crédit ou entreprises d'assurance), la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée pour *faute simple* alors que dans l'exercice de leur fonction disciplinaire de caractère juridictionnel, la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée que pour *faute lourde*. Cette analyse pouvait paraître s'inscrire dans l'évolution largement entamée par la jurisprudence administrative du recul de la faute lourde[94].

Outre cet apparent abandon de la faute lourde pour les activités administratives, l'arrêt relatif à la Commission de contrôle des assurances retient en second lieu l'attention en raison de l'affirmation selon laquelle cette instance exerce une " mission disciplinaire de caractère juridictionnel ". Cette affirmation est pour le moins étonnante. En effet, à propos de la Commission bancaire, les textes précisent expressément que lorsque cette instance " statue en application de l'article 45 [prononcé de sanctions disciplinaires], elle est une juridiction administrative "[95]. Nulle disposition analogue n'existe à propos de la Commission de contrôle des assurances ; au contraire, la loi précise que des recours de pleine juridiction peuvent être intentés à l'encontre des sanctions disciplinaires infligées par cette instance[96], ce qui est le signe que l'on est en présence d'une *autorité* administrative et non d'une *juridiction* administrative[97]. Cette méprise illustre à l'envi la complexité de la qualification des autorités administratives indépendantes.

Cependant, le Conseil d'Etat par un arrêt d'assemblée[98] vient de réaffirmer clairement la nécessité d'une *faute lourde* commise par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance et de contrôle des établissements de crédit pour engager la responsabilité de l'Etat et ce, en se fondant sur la nature des pouvoirs dévolus à la commission. On peut penser que cette solution s'appliquera de façon générale aux diverses autorités administratives indépendantes, elle est celle qui permet le mieux de préserver l'originalité de ce mode de régulation et qui évite de faire jouer à l'Etat le rôle de garant des défaillances des personnes, objets ou plutôt sujets de la régulation, par exemple les établissements de crédit[99]. Elle assure également une uniformité des solutions retenues par le juge judiciaire et le juge administratif.

28. Au total, si l'on fait abstraction du problème fondamental mais particulier de la procédure et du prononcé des sanctions au regard des principes fondamentaux du droit processuel, le bilan de l'étendue du contrôle exercé sur les autorités administratives indépendantes intervenant

94- V. CE 10 nov. 1999 : D. 2000, somm p. 249, obs. P. Bon et D. de Béchillon.

95- C.mon. et fin., art. L. 613-23 (anc.L. 24 janv. 1984, art. 48, 1er alinéa).

96- Art. L. 310-18, c. ass.

97- R. Chapus, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 7è éd., 1998, n° 113, p. 97.

98- CE ass. 30 novembre 2001 : AJDA 2002, p. 136, chron. M. Guyomar et P. Collin.

99- M. Guyomar et P. Collin, préc.

dans le domaine économique et financier aboutit à un constat nuancé. Le contrôle juridictionnel conduit à une faible remise en cause des décisions et de l'action des instances de régulation aussi bien quantitativement que qualitativement alors même que l'intensité du contrôle s'accroît comme le démontrent l'existence d'un contrôle entier en matière de sanctions, d'un contrôle normal et pas seulement restreint sur les autres actes de ces autorités. Cette observation dénote la pleine intégration des autorités administratives indépendantes dans le système institutionnel français tandis que le fait qu'une faute lourde soit nécessaire pour mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat du fait de l'activité de ces autorités témoigne du souci d'accorder à ces instances une autonomie fonctionnelle importante.

Section III - Le régime des recours ou une spécificité discutable

29. Le régime des recours, moins souvent étudié et encore largement incertain, est tout aussi révélateur de l'emprise du juge que l'étendue du contrôle exercé. Pour ne prendre qu'un exemple, plus le délai de recours est bref et appliqué strictement, plus est étroite la voie de la contestation contentieuse et plus grande l'autonomie dont dispose l'autorité. Sur certains points, par exemple l'existence d'un sursis à exécution, une relative uniformité existe, elle se traduit alors par une proximité importante avec le droit commun du contentieux administratif. Parfois au contraire, une large différenciation s'opère selon que le recours est exercé devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire . Dans le premier cas, le silence des textes permet l'application pure et simple du droit du contentieux administratif ; le recours formé devant le juge judiciaire pose plus de difficultés. D'une part, la lettre des textes n'est pas toujours claire ; d'autre part, l'application des règles du contentieux administratif par le juge judiciaire peut susciter interrogation. Aussi, la spécificité du régime est parfois incertaine (B) alors qu'elle est clairement affirmée dans d'autres cas (A).

A. Une spécificité affirmée

30. Le particularisme des recours est spécialement marqué devant le juge judiciaire qu'il s'agisse de préciser les règles applicables ou la notion de parties. La détermination du délai de recours est en revanche une question commune le plus souvent tranchée par les textes.

Le délai de recours est généralement bref, il est par exemple de dix jours pour les recours intentés contre les décisions de la COB[100] et cette règle s'applique aussi bien aux demandes principales qu'aux demandes en intervention[101]. La brièveté du délai s'explique par un souci d'efficacité ; dans le domaine économique et financier, le temps du juge ne correspond pas au temps des affaires, ce qui explique d'ailleurs le recours fréquent au juge des référés en d'autres matières. Si l'efficacité et la rapidité des décisions de justice est l'objectif poursuivi, deux délais brefs doivent alors être fixés : le délai de recours **et** le délai dans lequel le juge saisi doit se prononcer. Le législateur a apporté cette dernière précision à propos des recours intentés contre les décisions d'arbitrage de l'ART, de la Commission de régulation de l'électricité et du CSA[102], précisément dans les cas où le contentieux a été confié au juge judiciaire dans la mesure où sont en jeu les relations commerciales entre deux opérateurs économiques *(v. supra)*. Parfois, le juge lui-même, conscient des enjeux économiques, s'attache à rendre sa décision dans un délai très bref ; telle est l'attitude du juge judiciaire en matière d'offres publiques, c'est alors la fonction du juge qui risque d'être modifiée et l'on a pu qualifier le juge d'" autorité de marché "[103].

Justifiée dans certains cas, la brièveté du délai de recours ne s'impose pas toujours. Certains textes différencient le délai selon l'objet de la décision rendue[104]. En particulier, les recours diligentés contre les décisions de sanctions devraient être soumis au droit commun, que le recours soit intenté devant le juge judiciaire ou le juge administratif. Etant donné la longueur des délais de l'instruction par l'autorité de régulation ou par le juge, il ne semble pas justifié de réduire le délai dont dispose la personne condamnée pour intenter un recours d'autant que, au moins en ce qui concerne les manquements boursiers ou les infractions aux règles de la concurrence, nous verrons que le recours doit comprendre les moyens de défense.

31. La question de la spécificité des règles contentieuses applicables ne se pose qu'à propos des recours en annulation ou en réformation intentée devant le juge judiciaire à l'encontre des décisions du Conseil de la concurrence[105] et de la COB . En ce qui concerne les recours intentés contre les décisions individuelles de cette dernière, le décret du 23 mars 1990 impose un certain nombre de règles particulières (art. 8 et s.) ;

100- D. 23 mars 1990, art. 7.

101- Cass. Com. 26 oct. 1993 : D. 1994, p. 237, note N. Decoopman ; Bull. Joly Bourse 1993, p. 731, note L. Faugérolas ; Dr. Sociétés 1994, comm. 19, obs. H. Hovasse ; Rev. dr. bancaire et bourse 1993, p. 253, obs. M. Germain et M.A. Frison-Roche.

102- Art. 36-8, CPT pour l'ART ; art. 38, L. 10 févr. 2000 pour la CRE, art.42.13, L. 30 déc. 1986, aj. par L. 1er août 2000 pour le CSA.

103- G. Canivet, " Le juge et l'autorité de marché ", art. préc.

104- V. par ex. pour l'ART, art.L. 36-8 III, CPT.

105- Le régime des recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du conseil de la concurrence est défini par le décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 qui est complété en tant que de besoin par les principes et dispositions du nouveau code de procédure civile (M.C. Boutard Labarde et G. Canivet, Droit français de la concurrence, LGDJ, 1994, p. 224 et s.).

il prescrit notamment que la déclaration de recours doit en préciser l'objet et que lorsqu'elle ne contient pas l'exposé des motifs invoqués, le demandeur doit, sous peine d'irrecevabilité prononcée d'office, déposer cet exposé au greffe dans le mois qui suit le dépôt de la déclaration (art. 8). Le souci d'efficacité et de rapidité déjà évoqué explique cette règle qui doit cependant être confrontée à l'article 6 du même texte. Ce texte dispose : " *par dérogation aux dispositions du titre VI du livre II du NCPC , les recours sont formés, instruits et jugés conformément aux dispositions ci-après* ". Cette disposition a un double objet : elle marque la spécificité des règles procédurales applicables et elle exclut l'application des seules dispositions particulières à la cour d'appel . Cette dernière solution se comprend dans la mesure où la cour d'appel de Paris intervient en tant que juridiction d'exception, elle ne statue pas par la voie de l'appel contre les décisions de la COB, lesquelles n'ont pas la nature d'un jugement. L'article 6 précité ne procède donc pas à une exclusion complète des règles de la procédure civile. De fait, nous avons vu que les demandes en intervention sont admises[106] ; de même, n'est pas exclue l'application de l'article 700 du NCPC[107], ou encore le pourvoi en cassation se forme et se juge dans le respect des règles de la procédure civile[108]. On pouvait dès lors penser que les principes directeurs du procès (par exemple articles 12 et 16 du NCPC) s'appliquaient au contentieux boursier comme ils s'appliquent au contentieux de la concurrence[109]. La solution adoptée par l'arrêt rendu le 25 janvier 2000 par la chambre commerciale de la Cour de cassation[110] paraît dès lors étonnante. Est approuvé l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant décidé que " *le moyen, fût-il d'ordre public, présenté hors-délai* [hors des délais prescrits par l'article 8 du décret du 23 mars 1990] *était irrecevable* ". La Cour de cassation accroît ainsi le champ des dispositions dérogatoires défavorables au justiciable au détriment des principes directeurs du procès et règles générales de la procédure civile. Cette solution s'inscrit dans une jurisprudence stricte de la chambre commerciale de la Cour de cassation aussi bien en ce qui concerne l'application des délais prévus par l'article 7 du décret[111] qu'en ce qui concerne la possibilité pour le juge de relever d'office les moyens d'ordre public[112] ; elle est particulièrement critiquable lorsqu'elle aboutit moins à limiter l'office du juge qu'à restreindre les droits du requérant. La recherche de la performance[113] ne devrait pas conduire à une méconnaissance des règles traditionnelles de la procédure civile.

106- Le contentieux administratif les admet également, v. R. Chapus, préc., n° 879 s.

107- CA Paris 29 avril 1997, Mizon : Rev. dr. bancaire et bourse 1997, p. 240, obs. M. Germain et M.A. Frison-Roche ; D. 1998, somm. p. 64, note I. Bon-Garcin.

108- V. Cass. Com. 26 oct. 1993 préc.

109- V. M.C. Boutard Labarde et G. Canivet, préc., p.236.

110- Bull. Joly Bourse, 2000, p. 439.

111- V. en ce qui concerne les demandes en intervention, Cass. Com. 26 oct. 1993, préc.

112- J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, Dalloz, 25è éd., n° 563.

113- G. Canivet, " Du principe d'efficience en droit judiciaire privé ", *Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 243.

32. La spécificité, bien que réelle, est moins marquée s'agissant de la notion de partie ou d'intérêt à agir. On remarquera en premier lieu que, non dotée de la personnalité morale, les autorités administratives indépendantes ne peuvent jamais se voir attribuer la qualification de " partie ", que ce soit en demande ou en défense[114]. Seul l'Etat, généralement représenté par l'Agent judiciaire du Trésor, a cette qualité. Il est vrai que parfois, les textes donnent qualité pour agir au nom de l'Etat au président de l'autorité de régulation[115], ce qui accroît l'autonomie de l'autorité.

De nouveau, le droit boursier fait preuve d'originalité. Le décret du 23 mars 1990 prévoit dans son article 7 que le délai de 10 jours court à compter de la notification pour " les personnes objet de la décision " et à compter de la publication de la décision pour " les autres personnes intéressées "[116]. La première catégorie ne pose pas de problèmes particuliers ; en revanche, la seconde nécessite de définir la notion procédurale d'intérêt à agir. La jurisprudence a plus eu l'occasion de statuer à propos des recours intentés contre les décisions du Conseil des marchés financiers[117] qu'à l'encontre des décisions émanant de la COB[118]. Il en ressort que l'intérêt à agir est apprécié plus strictement que dans le contentieux administratif qui se caractérise par son appréciation large de la notion[119]. Il faut sans doute voir là la marque du caractère hybride des recours intentés contre les décisions des autorités de régulation devant le juge judiciaire. Cependant, tant qu'il s'agit de recours objectif – en annulation ou en réformation – diligentés contre une décision administrative, l'influence du contentieux administratif reste importante au moins devant la cour d'appel de Paris. En revanche, dès lors que l'on est en présence de recours subjectifs tels les recours en indemnisation, l'hybridation est telle que le régime du recours est incertain.

B. Un régime incertain

33. Progressivement et non sans difficultés, le juge judiciaire construit le régime des demandes en indemnisation d'un préjudice subi du fait de l'activité de la COB. La responsabilité du Conseil des marchés financiers ou du Conseil de la concurrence est jusqu'à présent moins souvent recherchée.

Le juge a d'abord dû déterminer si le délai de dix jours prévu par l'article 7 s'appliquait également aux demandes en indemnisation. Après avoir, semble-t-il, opté pour une application du délai de dix jours lorsque

114- V. pour exemple Cass. Com. 26 oct. 1993 préc. qui annule un pourvoi formé par la COB faute pour celle-ci d'avoir la personnalité juridique. Cependant l'arrêt précité Cass. Com. 25 janv. 2000 présente la COB comme défendeur à la cassation.

115- C. mon. et fin., art. L. 621-1.

116- Le décret du 3 octobre 1996 relatif aux recours exercés devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil des marchés financiers contient des dispositions identiques (art. 3)

117- N. Decoopman, Conseil des marchés financiers, Juris-classeur Sociétés Traité, Fasc.1520, n° 106 s.

118- Id. Fasc. 1510, n° 166.

119- R. Chapus, *op. cit.*, n° 565 et s.

la demande est fondée sur l'illégalité d'une décision[120], la Cour de cassation affirma clairement dans un arrêt du 5 mars 1996[121] que le délai de dix jours concerne les recours en annulation des décisions de la commission et non les demandes d'indemnisation des préjudices causés par ces décisions. Cette solution vaut *a fortiori* pour les recours en responsabilité non fondés sur l'illégalité d'une décision (ex. délai d'instruction trop long d'une demande de visa, insuffisance du contrôle de la COB). Telle est d'ailleurs la solution adoptée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 février 1995[122].

Dans quel délai dès lors le recours en indemnisation doit-il être intenté ? Dans l'arrêt du 15 février 1995, la cour d'appel de Paris soumet ce recours à la prescription quadriennale, appliquant ainsi le droit administratif[123]. La Cour de cassation en revanche dans l'arrêt du 29 avril 1997[124] se réfère à l'article 2270-1 du code civil relatif à la prescription décennale des actions civiles en responsabilité extra-contractuelle et y soumet " *l'action en responsabilité* " contre l'Etat pour illégalité d'une décision de la COB. Rappelons que le même arrêt exige une faute lourde de la COB. Comme le dit un auteur, " voilà qui signe un mélange des genres dans lequel on finit par se perdre "[125]. La sécurité juridique n'est manifestement pas assurée. Ces incertitudes sont une conséquence du transfert au juge judiciaire d'une partie du contentieux relatif aux autorités administratives indépendantes.

34. En conclusion, la question du contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier est dominée, voire parasitée par la complexité induite par le dualisme juridictionnel et le transfert des compétences décidée par le législateur en 1987 à propos du Conseil de la concurrence avec l'aval du Conseil constitutionnel. Les difficultés sont d'ailleurs plus importantes lorsque le transfert n'a été que partiel comme c'est le cas pour la Commission des opérations de bourse. En matière boursière, une simplification pourrait résider dans l'attribution au juge judiciaire du seul contentieux relatif d'une part aux injonctions et sanctions prononcées par la COB et d'autre part aux décisions prises par le CMF en matière d'offres publiques et de garanties de cours. Ce partage entraînerait la disparition de la majorité des difficultés liées à la détermination du régime juridique sans pour autant restreindre la protection des justiciables. Certaines dispositions dérogatoires du décret du 23 mars 1990, en particulier en matière de délai, pourraient être supprimées dans la mesure où ce texte

120- CA Paris 6 avril 1994, préc. Implicitement Cass. Com. 26 oct. 1993, préc.

121- Cass. Com. 5 mars 1996, Adevic : Bull. Joly Bourse 1996, p.283, note T. Bonneau , Rev. dr. bancaire et bourse 1996, p. 54, obs. M. Germain et M.A. Frison-Roche, Dr. sociétés 1996, n. 91, obs. H. Hovasse, Petites Aff. 1996, n. 48, p. 15, note C. Ducouloux-Favard, Rev. sociétés 1996, p. 576, note N. Decoopman.

122- Bismuth, Gaz. Pal. 1995, I, p. 243, concl. Y. Jobard ; JCP G 1995, II, 22470, note T. Garnier ; Bull. Joly Bourse 1995, p. 187, note P. Le Cannu.

123- G. Dupuis, M.J. Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, Armand Colin, 7è éd., p. 547.

124- Préc.

125- M.A. Frison-Roche, Rev. dr. bancaire et bourse 1997, p. 240.

ne concernerait plus que les recours contre les décisions de sanctions .

Par ailleurs, l'organisation de la fonction juridictionnelle – indépendamment de la nature juridictionnelle de l'organisme – telle que le juge judiciaire la dessine en exigeant une différenciation des fonctions nécessite une réorganisation du collège des autorités administratives indépendantes disposant d'un pouvoir de sanction ; le degré de formalisation de ce réaménagement n'est cependant pas nécessairement important, il suffit qu'à l'occasion de chaque procédure de sanction , les fonctions aient été assurées par des formations ou des personnes différentes. Ce nouvel aménagement accroît de façon certaine l'impartialité de l'autorité prononçant la sanction et, à ce titre, ne devrait pas être limité aux autorités qui relèvent du juge judiciaire ; il conduit néanmoins à une modification de la conception (composition et mode de fonctionnement) des collèges telle que décidée par le législateur. C'est en conséquence une réforme profonde qui serait ainsi nécessaire.

Contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes du secteur économique et financier

	Conseil de la concurrence	COB	CSA	ART	Commission bancaire	CECEI CRBF	CCA	CCMIP
Texte	C. com. art. L.464.8	C. mon. et fin. art. L.621.30 d.23.03.90 (art. 6s.)	Loi 30.09.86 art.42.8, 48.8 (sanctions) 42.13, 42.14 (arbitrage)	CPT Art.L36.11 (sanctions) Art.L.36.8 (arbitrage)	C. mon. et fin. art. L.613.23.	Loi 24.01.84 Art. 32 (abrogé)	Code des assurances Art.L.310.1 8	Code de la sécurité sociale Art.L.951.1 0.
Juridiction compétente	CA Paris	- CA Paris - juge administratif (implicite)	Conseil d'Etat (42.8, 48.8) CA Paris (42.13)	Conseil d'Etat (L.36.11) CA Paris (L.36.8)	juridictions administratives	« juridiction administrative »	Conseil d'Etat	Conseil d'Etat
Nature du recours	« recours en annulation ou en réformation »	« recours » sans autre précision	« recours de pleine juridiction » (CE) « recours en annul. ou en réf. » (CA Paris)	« recours de pleine juridiction » (CE) « recours en annul. ou en réf. » (CA Paris)	Aucune précision	Aucune précision	Aucune précision	Aucune précision
Personnes pouvant intenter le recours	« parties en cause » et « ministre de l'économie »	« personnes qui font l'objet de la décision » et « autres personnes intéressées » Observations de la COB	« l'éditeur ou le distributeur de services »(art.42. 8) « la société concernée » (art.48.8)	Sans précision	Sans précision	Sans précision	« les personnes sanctionnés »	« les institutions sanctionnés »
Recours suspensif	Non	Non	Oui : déc . de retrait (42.9) Autres décisions : sans précision	Oui : sanctions Pécuniaires (CE) Non : arbitrage (CA Paris)	Aucune précision	Aucune précision	Aucune précision	Aucune précision
Délai de recours	Un mois (art.15) 10 jours (art.12)	10 jours	CE : 2 mois CA Paris : - 10 j. - 1 mois	CE : pas de précision CA Paris : - 10j - 1 mois	Aucune précision	Aucune précision	Deux mois	Deux mois
Sursis à exécution	Oui : conséquences manifestement excessives, faits nouveaux	Oui : conséquences manifestement excessives	CE : aucune précision CA Paris : oui si conséquences manifestement excessives, faits nouveaux	CE : oui CA Paris : oui si conséquences manifestement excessives , faits nouveaux	Aucune précision	Aucune précision	Aucune précision	Aucune précision

CONCLUSION

Vers un nouvel ordre ?

1. Le choix opéré initialement de centrer l'étude sur les autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier s'est révélé fécond, d'autant plus fécond que la définition stricte de la catégorie des autorités administratives indépendantes permet de comparer ce qui est comparable à la fois sur le plan institutionnel et sur le plan fonctionnel et constitue un facteur d'unité. Par ailleurs, en centrant la recherche sur les instances les plus originales au regard des représentations classiques de l'ordre juridique, il est certes plus facile de mettre en exergue les facteurs de désordre, mais la nécessité de remettre de l'ordre dans cet ensemble complexe se fait également plus pressante.

I - L'analyse du désordre

2. Si l'on récapitule les apports des différentes études, deux niveaux de désordre apparaissent. Le premier niveau correspond aux facteurs concrets, internes, qui se révèlent à la seule contemplation des autorités administratives indépendantes. Au plan institutionnel, il est devenu banal de constater la place originale occupée par les autorités administratives indépendantes : autorités qui appartiennent à la sphère étatique, et plus précisément font partie de l'appareil administratif de l'Etat[1], mais qui ne sont soumises ni à un quelconque pouvoir hiérarchique, ni à une tutelle qui se manifesterait par un contrôle *a priori*. Les conséquences tant sur le plan de l'organisation que sur celui du fonctionnement ont en revanche rarement été envisagées.

Une extrême hétérogénéité caractérise la composition des autorités administratives indépendantes comme le statut de leurs membres (MJ. Guédon) ; le pragmatisme qui a présidé à la naissance de nombreuses autorités administratives indépendantes (G. Guerlin), parfois qualifiées telles *a posteriori* et avec beaucoup d'hésitations (autorités bancaires), explique sans doute pour partie l'absence de logique justifiant ou, au moins, expliquant la diversité des solutions adoptées. Ces solutions doivent cependant être lues en fonction du degré d'indépendance dont disposent ces instances par rapport au pouvoir exécutif. C'est à travers ce même prisme que peuvent être appréciées leurs règles de fonctionnement (G. Guerlin). Que l'autorité dispose ou non de services propres, de ressources budgétaires signe une autonomie réelle ou non

1- J.L. Quermonne, L'appareil administratif de l'Etat, Seuil, 1991.

par rapport à l'Etat central alors que la question de la présence d'un commissaire du gouvernement impose de dépasser le seul angle de l'indépendance pour envisager les liens fonctionnels entre les différentes autorités intervenant dans un secteur donné. Une réponse partielle qui reste toutefois celle d'un Etat centralisé peut ainsi être donnée à l'enchevêtrement des compétences des diverses autorités (M. Daury).

Au plan fonctionnel, l'impression de désordre résulte surtout de la distance constatée entre les pouvoirs accordés aux autorités administratives indépendantes et les représentations issues du droit classique. Que l'on s'attache au pouvoir réglementaire ou au pouvoir de sanction (J. Lefebvre), dans les deux cas force est d'observer que ces prérogatives sont conférées à des instances qui dans une vision kelsénienne qui demeure très prégnante se situent à un degré inférieur et ne bénéficient pas de la légitimité constitutionnelle du gouvernement ou de l'autorité judiciaire. L'éloignement est encore plus important si l'on s'attache au cumul des pouvoirs caractéristique des autorités administratives indépendantes. Le dépassement des catégories classiques est une donnée quasiment constante lorsqu'on étudie ces autorités : une illustration parmi bien d'autres peut en être donnée à travers la distinction public-privé qui n'a plus aucune pertinence dans ce domaine et qui s'impose néanmoins par le biais du dualisme juridictionnel.

Il serait cependant insatisfaisant de se limiter à ce sentiment de désordre résultant à la fois de la complexité des données et de l'éloignement des représentations classiques. Quelques pistes peuvent être tracées pour tenter d'ordonner cet écheveau institutionnel et fonctionnel.

II - Vers un nouvel ordre ?

3. Le vocable polysémique d' " ordre " renvoie à au moins deux conceptions. D'un côté, il évoque l'idée de cohérence ; du désordre des données institutionnelles et fonctionnelles, il s'agit de faire émerger des lignes directrices offrant une grille de lecture et servant de canevas à la création éventuelle de nouvelles autorités indépendantes. D'un autre côté, le terme " ordre " renvoie à la notion d' " ordre juridique " et aux représentations qu'elle sous-tend ; il convient alors de voir si le désordre précédemment constaté ne constitue pas les prémices d'un nouvel ordre juridique. Dans les deux cas, le domaine économique et financier sert de laboratoire, les conclusions tirées dépassent manifestement ce champ.

4. La nécessité de trouver une cohérence au déploiement des autorités administratives indépendantes, y compris si on se limite au domaine économique et financier résulte de l'absence de légitimité par nature de

ces instances. Leur reconnaissance et en conséquence leur efficacité exigent la construction de leur légitimité, de leur lisibilité. Un principe de cohérence doit rendre compte à la fois de l'existence de ces autorités, de leur organisation, de leur fonctionnement, de leurs pouvoirs. Mais qui dit cohérence, ne dit pas pour autant uniformité. Les missions et les secteurs d'intervention étant différents, il serait artificiel et peu efficace de prôner une uniformité inutilement réductrice.

Le principe de cohérence peut être trouvé dans la fonction de régulation que remplissent les autorités étudiées. Se traduisant par la recherche d'un équilibre entre les acteurs actuels ou potentiels d'un secteur donné, la régulation ne se confond ni avec la définition d'une politique qui se situe en amont, ni avec le règlement d'un différend qui se situe en aval ; elle exclut également l'intervention directe en tant qu'acteur. Elle suppose la multiplicité, l'évolution et l'interaction des paramètres. Il est alors compréhensible que d'un point de vue méthodologique, seule une approche téléologique[2] permette d'expliquer les choix qui président tant à la création des autorités administratives indépendantes qu'à leur mode de fonctionnement et à la définition de leurs pouvoirs. L'objectif est fixé par le législateur – par exemple, si l'on reprend une formule significative, " veiller au bon fonctionnement des marchés financiers " - de même que les principaux pouvoirs, mais ensuite on assiste à une élaboration progressive des règles par l'instance elle-même qui en outre les met en œuvre et les sanctionne. Une interaction entre ces différents pouvoirs résulte de leur cumul et renforce l'efficacité de l'autorité, d'autant plus que les professionnels font généralement partie du collège de l'autorité et participent le plus souvent à l'élaboration des normes.

5. La fonction de régulation constitue ainsi la justification, mais aussi la limite de l'attribution d'un cumul de pouvoirs. Elle ne paraît pas préjuger en revanche du mode de régulation. Trois options principales existent. Soit, la régulation est opérée directement par l'Etat central, c'est-à-dire par les différents ministères concernés. Soit, elle est réservée aux professionnels du secteur intéressé, que ce soit par délégation des pouvoirs publics ou par le fait d'une auto-organisation. Soit, enfin, la régulation est confiée à des autorités administratives indépendantes, cette appellation devrait d'ailleurs être réservée à des instances exerçant une réelle fonction de régulation, disposant de pouvoirs qui leur confèrent une autorité certaine. On comprend ainsi les rapports existant entre les deux expressions " autorités administratives indépendantes " et " autorités de régulation ". La première donne une information de type institutionnel tandis que la seconde définit une fonction. Aucune synonymie n'existe donc entre les deux expressions, si ce n'est qu'à notre sens toutes les autorités administratives indépendantes devraient exercer

2- M.A. Frison-Roche, " Le droit de la régulation ", D. 2201, chron. p. 610 ; L. Boy, " Réflexions sur le droit de la régulation ", D. 2001, chron. p. 3031.

une fonction de régulation. En revanche, la régulation peut s'exercer sous d'autres formes.

6. Cependant, une observation nous conduit à atténuer très sensiblement la remarque précédente et peut nous permettre de compléter la recherche de cohérence. En effet, quel que soit le mode de régulation, sa légitimité doit être fondée sur le respect de certains principes, tel celui d'impartialité et, s'il s'agit d'une autorité administrative indépendante, celui d'indépendance, indépendance par rapport à l'Etat central, indépendance au regard des intérêts privés. Aussi, les règles régissant les autorités administratives indépendantes devraient au minimum assurer cette indépendance qu'il s'agisse du statut de l'autorité elle-même ou de celui de ses membres. En somme, la cohérence résulterait non de l'élaboration d'un modèle unique, mais de l'établissement et du respect de principes communs qui se situeraient sur un plan institutionnel (principe d'indépendance) et sur un plan fonctionnel (principe d'impartialité). En revanche, il n'est pas sûr que l'idée de codification appliquée aux autorités administratives indépendantes[3] puisse être retenue tant elle paraît antinomique avec la fonction de régulation et le pragmatisme qui la caractérise. De même, la systématisation d'un droit de la régulation[4] qui constituerait une nouvelle branche du droit ne nous paraît pas répondre au besoin de cohérence pourtant certain ; la régulation se caractérise par son caractère transversal et définit une fonction, elle ne saurait en conséquence être l'objet d'une branche de droit. Ces propositions, et les difficultés qu'elles soulèvent, sont le signe de la difficulté de donner cohérence aux questions liées à la régulation en utilisant les catégories classiques.

7. Les autorités administratives indépendantes et plus largement les autorités de régulation, qu'elles appartiennent ou non au domaine économique et financier, présentent l'insigne mérite d'inciter à s'interroger sur la nécessaire évolution des représentations liées à l'ordre juridique classique.

8. D'un point de vue institutionnel, les autorités administratives indépendantes marquent la fin d'un ordre hiérarchique descendant. Certes, la décentralisation comme la multiplication des instances consultatives au plan hexagonal ou la montée en puissance des autorités régionales ou mondiales avaient largement battu en brèche les représentations de l'Etat central tout-puissant , la multiplication des autorités administratives indépendantes franchit cependant un degré supplémentaire même si elle n'est pas synonyme, loin s'en faut, d'un amoindrissement du contrôle social. Il a été rendu compte de cet éclatement des prérogatives étatiques à travers l'idée de polycentrisme[5].

3- JJ. Israël (sous la direction de), Les autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier, Rapport remis à la Mission de recherche Droit et Justice, janvier 2001.

4- M.A. Frison-Roche, art. préc.

5- J Chevallier, Science administrative, PUF, 2è éd., p. 399.

L'image du réseau en trois dimensions permettrait également de figurer à la fois les nœuds plus ou moins importants du maillage et les connexions, les interactions entre les différents acteurs, la régulation postule en effet leur existence ; de même l'antinomie apparente entre le caractère administratif des autorités et leur indépendance prend sens dans une représentation de ce type. Il n'est guère étonnant que ce soit à propos des autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique et financier que cette représentation soit d'abord utilisée dans la mesure où l'image du réseau a permis de rendre compte du nouveau capitalisme[6]. L'existence d'un système complexe entraîne la nécessité d'une régulation qui est elle-même complexe. La notion d'interrégulation permet de penser les liaisons nécessaires entre régulateurs aussi bien au plan géographique en raison de la mondialisation que sectoriel.

9. Le dépassement des catégories classiques témoigne également d'une évolution certaine, si ce n'est d'une rupture. L'un des exemples les plus probants est sans doute fourni par le pouvoir réglementaire confié à certaines autorités administratives indépendantes qui ne figurent certes pas parmi les autorités dotées par principe du pouvoir réglementaire. Nous avons vu que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, prenant acte de la délégation opérée par le législateur, admettent l'exercice de ce pouvoir tout en le cantonnant : le cadre classique n'est pas dépassé, il est utilisé pour arrimer ces instances à l'Etat de droit. Ce cadre éclate néanmoins si l'on observe les processus d'élaboration de ces normes où la consultation de place joue un rôle déterminant : le caractère transcendant de la norme juridique disparaît. Dans d'autres cas, bien que non dotée du pouvoir réglementaire ou au delà de ce pouvoir, l'autorité élabore une doctrine sous forme notamment de recommandations ou de communiqués dont la portée pratique est sans commune mesure avec leur portée juridique. Les catégories classiques peinent à rendre compte de ces actes dont l'efficacité est renforcée par le cumul des pouvoirs dont dispose l'auteur de l'acte et dont la légitimité ne réside que dans la fonction de régulation. De nouvelles catégories fonctionnelles[7] pourraient ainsi prendre place à côté, voire se substituer à certaines catégories classiques, plus formelles ; l'exemple de la matière pénale dont il est fait un large usage à propos des autorités administratives indépendantes est particulièrement significatif de ce mouvement.

C'est au défi de la construction de nouvelles catégories et de nouvelles représentations de l'ordre juridique que nous convient les autorités administratives indépendantes.

6- L. Boltanski et E. Chiapello, Le nouvel esprit du capitalisme, NRF Essais, Gallimard, 1999.

7- Ce phénomène pourrait sans doute être relié au regain de faveur dont jouissent les notions cadres telles celles de bonne foi, de loyauté notamment en droit des contrats.

ANNEXE
LISTE DES PRINCIPAUX TEXTES APPLICABLES

LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

- Art. L461-1 s. c. com.
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (JO du 16 mai 2001).
- Ord. n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.
- Loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 (JO du 3 juillet 1996).
- Loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 (JO du 1er janvier 1993).
- Déc. n° 87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant a Cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence.
- Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire.
- Déc. n° 86-1309 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

LA COMMISSION DES OPERATIONS DE BOURSE

- Art. L621-1 s. c. mon. et fin.
- Ord. n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse.
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (JO du 16 mai 2001).
- Ord. n° 98-775 du 2 septembre 1998.
- Loi n° 98-546 du 2 juillet 1998.
- Déc. n° 96-871 du 3 octobre 1996.
- Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996.
- Loi n° 93-1420 du 31 décembre 1993.
- Loi n° 93-6 du 4 janvier 1993.

- Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992.
- Déc. n° 90-263 du 23 mars 1990.
- Loi n° 89-531 du 2 août 1989.
- Loi n° 98-880 du 1er octobre 1988.
- Loi n° 88-70 du 22 janvier 1988.
- Loi n° 85-1321 du 14 décembre 1985.
- Loi n° 85-695 du 11 juillet 1985.
- Loi n° 84-1208 du 29 décembre 1984.
- Loi n° 83-1 du 3 janvier 1983.
- Loi n° 72-6 du 3 janvier 1972.
- Déc. n° 71-615 du 23 juillet 1971.
- Loi n° 70-1300 du 31 décembre 1970.
- Loi n° 70-1208 du 23 décembre 1970.
- Déc. n° 68-30 du 3 janvier 1968.
- Déc. n° 68-23 du 3 janvier 1968.

LES AUTORITES BANCAIRES : COMMISSION BANCAIRE, CRBF, CECEI

- Art. L611-1 s., L612-1 s., L613-1 s. c. mon. et fin.
- Loi bancaire n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit (JO du 25 janvier 1984).
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (JO du 16 mai 2001).
- Loi n° 99-532 du 25 juin 1999 (JO du 29 juin 1999).
- Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 (JO du 4 juillet 1996).
- Loi n° 94-679 du 8 août 1994 (JO du 10 août 1994).
- Loi n° 93-980 du 4 août 1993 (JO du 6 août 1993).
- Loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 (JO du 5 janvier 1994).
- Loi n° 92-1136 du 16 décembre 1992 (JO du 17 juillet 1992).
- Loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 (JO du 17 juillet 1992).

LA COMMISSION DE CONTROLE DES ASSURANCES

- Art. L310-12 s., R310-11 s., A310-3 s. c. ass.
- Ord. 2001-766 du 29 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière économique et financière (JO du 31 août 2001)
- Loi n° 99-532 du 25 juillet 1999 (JO du 29 juin 1999).
- Loi n° 97-277 du 25 mars 1997 (JO du 26 mars 1997).
- Loi n° 94-679 du 8 août 1994 (JO du 10 août 1994).
- Arrêté du 8 août 1994 (JO du 23 août 1994).
- Décret n° 94-635 du 25 juillet 1994 (JO du 26 juillet 1994).
- Loi n° 94-5 du 4 janvier 1994 (JO du 5 janvier 1994).
- Loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 (JO du 17 juillet 1992).
- Arrêté du 25 septembre 1991 (JO du 3 octobre 1991).
- Décret n° 90-495 du 20 juin 1990 (JO du 22 juin 1990).
- Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 (JO du 3 janvier 1990).

LA COMMISSION DE CONTROLE DES MUTUELLES ET INSTITUTIONS DE PREVOYANCE

- Art. L510-1 s. c. mutualité.
- Art. L951-1 s. c. séc. soc.
- Ord. n° 2001-350 du 19 avril 2001relative au code de la mutualité et transposant les directives 92/49/CEE et 92/96/CEE du Conseil des 18 juin et 10 novembre 1992 (JO du 22 avril 2001).
- Loi n° 97-277 du 25 mars 1997(JO du 26 mars 1997).
- Loi n° 94-678 du 8 août 1994 (JO du 10 août 1994).
- Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 (JO du 2 janvier 1990).

LE CONSEIL SUPERIEUR DE L'AUDIOVISUEL

- Loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 LOI no 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel (rectificatif) (JO du 16 novembre 2001).

- Loi n° 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (JO du 2 août 2000).
- Loi n° 98-535 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme (JO du 2 juillet 1998).
- Loi n° 96-1181 du 30 décembre 1996, loi de finances pour 1997 (JO du 31 décembre 1996).
- Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale de France Télécom (JO du 27 juillet 1996).
- Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications (JO du 27 juillet 1996).
- Loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (JO du 13 avril 1996).
- Loi n° 96-62 du 29 janvier 1996 prise pour l'application des dispositions de la loi constitutionnelle n° 95-880 du 5 août 1995 qui ont institué une session parlementaire ordinaire unique et modifié le régime de l'inviolabilité parlementaire (JO du 30 janvier 1996).
- Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française (JO du 5 août 1994).
- Loi n° 94-88 du 1er février 1994 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication (JO du 2 février 1994).
- Loi n° 93-1 du 4 janvier 1993 portant dispositions diverses relatives aux départements d'outre-mer, aux territoires d'outre-mer et aux collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre et Miquelon (JO du 5 janvier 1993).
- Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur (JO du 23 décembre 1992).
- Loi n° 92-653 du 13 juillet 1992 relative à l'installation des réseaux de distribution par câble de services de radiodiffusion sonore et de télévision (JO du 16 juillet 1992).
- Loi n° 92-546 du 20 juin 1992 relative au dépôt légal (JO du 23 juin 1992).
- Loi n° 92-61 du 18 janvier 1992 modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la

communication (JO du 21 janvier 1992).

- Loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications (JO du 30 décembre 1990).
- Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques (JO du 16 janvier 1990).
- Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication (JO du 18 janvier 1989).
- Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique (JO du 12 mars 1988).
- Loi n° 86-1210 du 27 novembre 1986 complétant la loi n° 86-897 du 1er août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse et la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication
- Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication (JO du 1er octobre 1986).

28 novembre 1986).

L'AUTORITE DE REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS

- Art. L36 s., D94-4 CPT.
- Ord. n° 2001-670 du 25 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du code de la propriété intellectuelle et du code des postes et télécommunications (JO du 28 juillet 2001).
- Déc. n° 96-1138 du 23 décembre 1996 (JO du 26 décembre 1996).
- Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 (JO du 27 juillet 1993).
- Loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 (JO du 30 décembre 1990).
- Il est intéressant de noter que la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 fait d'ores et déjà l'objet d'une quarantaine de décrets d'application. La quantité de ces textes, s'expliquant par une grande spécialisation du droit, assure le détail du dispositif juridique. Cela nuit pourtant à une bonne appréhension du droit positif (pour une chronologie précise de ces décrets d'application : voir le site internet http://www.art-telecom.fr/textes/decrets/decrapp.htm).

LA COMMISSION DE REGULATION DE L'ELECTRICITE

- Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (JO du 11 février 2000).

LA COMMISSION DES PARTICIPATIONS ET DES TRANSFERTS

- Déc. n° 98-315 du 27 avril 1998 (JO du 28 avril 1998) relatif à la dénomination de la commission mentionnée à l'article 3 de la loi relative aux modalités des privatisations, article 1 : " la Commission de la privatisation mentionnée à l'article 3 de la loi du 6 août 1986 susvisée prend le nom de Commission des participations et des transferts ".
- Loi n° 94-679 du 8 août 1994.
- Déc. n° 93-1041 du 3 septembre 1993.
- Loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 article 4 modifiant à nouveau la dénomination de la commission : " les mots commission d'évaluation des entreprises publiques sont remplacés par les mots commission de la privatisation ".
- Déc. n° 88-1054 du 22 novembre 1988 (JO du 24 novembre 1988) : la " Commission de la privatisation " prévue à l'article 3 de la présente loi prend le nom de " Commission d'évaluation des entreprises publiques ".
- Déc. n° 88-1054 du 22 novembre 1988.
- Loi n° 86-912 du 6 août 1986 (JO du 7 août 1986) relative aux modalités d'application des privatisations décidées par la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, modifiée par la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 (JO du 21 juillet 1993).

LA COMMISSION DE LA SECURITE DES CONSOMMATEURS

- Art. L224-1 s. et R224-1 s. c. conso.
- Loi du n° 92-1336 du 16 décembre 1992 (JO du 23 décembre 1992).
- Déc. n° 84-270 du 11 avril 1984.
- Loi du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs.

LA COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES

- Art. L132-2 s., R132-3 s. c. conso.
- Déc. n° 93-314 du 10 mars 1993 relatif à la commission des clauses abusives (JO du 12 mars 1993, p. 3847). L'article 1er rappelle que la commission des clauses abusives a été instituée par l'article 36 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection de l'information des consommateurs de produits et de services.

LA COMMISSION NATIONALE D'EQUIPEMENT COMMERCIAL

- Déc. n° 97-131 du 12 février 1997 pris pour l'application de l'article 28 de la loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville (JO du 13 février 1997).
- Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 (JO du 6 juillet 1996).
- Déc. n° 93-306 du 9 mars 1993 relatif à l'autorisation d'implantation de certains magasins de commerce de détail et de certains établissements hôteliers, aux observations et aux commissions d'équipement commercial ; modifié par le décret n° 93-1237 du 16 novembre 1993 et par le décret n° 96-1018 du 26 novembre 1996.
- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (JO du 30 janvier 1993).
- Loi n° 90-1260 du 31 décembre 1990 (JO du 5 janvier 1991).
- Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat (JO du 19 janvier 1974).

Table des matières

Avant-propos

Comment interpréter le désordre des autorités administratives indépendantes ?
par CharleyHannoun

Section I - Les sources du désordre

Section II - Le sens du désordre

Peut-on clarifier le désordre ?
par Nicole Decoopman

Section I - Une fonction de régulation diversifiée

A. Un pouvoir réglementaire résiduel
B. Un pouvoir d'autorisation partagé
C. Un pouvoir de sanction affirmé

Section II - Une indépendance à renforcer

A. L'indépendance à l'égard des pouvoirs publics
B. L'indépendance à l'égard des milieux économiques

La genèse du désordre
par Gaëtan Guerlin

Section I - L'émergence des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier

A. Le Conseil de la concurrence
B. La Commission des opérations de bourse
C. Les autorités bancaires : Commission bancaire, CRBF, CECEI
D. La Commission de contrôle des assurances
E. La Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance
F. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel
G. L'Autorité de régulation des télécommunications
H. La Commission de régulation de l'électricité
I. La Commission des participations et des transferts
J. La Commission de la sécurité des consommateurs
K. La Commission des clauses abusives
L. La Commission nationale d'équipement commercial

Section II - L'émergence d'un désordre ?

L'hétérogénéité des données organiques
Par Marie-José Guédon

Section I - Composition

A. Effectifs
1. Classement selon l'importance de l'effectif
2. commentaires
B. Qualité des membres p
1. Membres de juridictions
2. Personnalités qualifiées
3. Représentants d'organismes et professionnels
4. Membres de droit

Section II - Mode de désignation

A. Autorité de nomination
B. Forme de la désignation
1. Typologie
2. Présentation des diverses modalités

Section III - Statut des membres

A. Caractères du mandatp
1. La durée du mandat et les caractères non-renouvelable et non-révocable
2. Représentation et suppléance
B. Incompatibilité et obligations d'information sur les activités et d'impartialité
1. Incompatibilités
2. Obligations d'information sur les activités, et d'impartialité
3. Procédure de démission d'office (en cas de non respect des règles d'incompatibilités ou des obligations)
C. Obligation au secret

Regard sur la dépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes
Par Gaëtan Guerlin

Section I - L'établissement par les autorités administratives indépendantes de leur mode de fonctionnement

A. L'établissement a priori des modalités d'activité : l'exemple des règlements intérieurs
B. La diffusion a posteriori des résultats d'activité : la rédaction des rapports annuels

Section II - L'établissement par le Gouvernement des moyens de fonctionnement

A. La mise à disposition des moyens humains et financiers des autorités administratives indépendantes
B. La présence du commissaire du Gouvernement au sein des autorités administratives indépendantes

Un pouvoir réglementaire à géométrie variable
par José Lefebvre

Section I - La question de l'octroi d'une compétence réglementaire aux autorités administratives indépendantes

Section II - La question du contenu du pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes

Section III - La question de l'entrée en vigueur des dispositions réglementaires des autorités administratives indépendantes

Le pouvoir de sanction, le maillage répressif
par José Lefebvre

Section I - Un objectif de répression exhaustive
A. Des manquements diffus
1. Des sujets de droit variés
2. La définition souple des manquements
B. Des réponses punitives adaptables
1. Des sanctions aux qualifications imprécises
2. Des réponses opportunes

Section II - L'instauration d'une surveillance exhaustive
A. des cumuls de sanction organisés
B. La constitution de réseaux d'information

Le partage enchevêtré des compétences de la régulation
par Morgane Daury-Fauveau

Section I - Le partage des compétences de la régulation entre le Gouvernement et les autorités administratives indépendantes
A. Conservation par le Gouvernement de la réglementation d'un secteur
1. Un transfert de compétence limité par l'homologation
2 Une consultation timide des autorités administratives indépendantes
B. Le partage du pouvoir de décision individuelle contraignante
1. La répartition des compétences entre le Gouvernement et les autorités administratives indépendantes
2. Interventions réciproques du Gouvernement et des autorités administratives indépendantes dans l'exercice de leurs compétences

Section II - Le partage des compétences de la régulation entre autorités administratives indépendantes
A. Les risques de contrariété
1. Multiplicité des autorités dotées de compétences sectorielles
2. Compétence transversale du Conseil de la concurrence

B. L'atténuation des risques
1. Par la composition des autorités administratives indépendantes
2. Par les procédures de coopération

La complexité du contrôle juridictionnel
par Nicole Decoopman

Section I - La détermination du juge compétent ou des compétences éclatées
A. La compétence d'attribution du juge judiciaire
B. La compétence de principe du juge addministratif

Section II - L'étendue du contrôle ou des solutions nuancées
A. Un contrôle entier
B. Un contrôle normal
C. Un contrôle atténué

Section III - Le régime des recours ou une spécificité discutable
A. Une spécificité affirmée
B. Un régime incertain

Conclusion : Vers un nouvel ordre ?
Par Nicole Decoopman