



HAL
open science

Question prioritaire de constitutionnalité et régulation économique

Pascale Idoux

► **To cite this version:**

Pascale Idoux. Question prioritaire de constitutionnalité et régulation économique. G. Clamour et P.-Y. Gahdoun. QPC et économie, 2020. hal-04199927

HAL Id: hal-04199927

<https://hal.umontpellier.fr/hal-04199927v1>

Submitted on 8 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

QPC ET REGULATION ECONOMIQUE

Pascale IDOUX

Professeur à l'Université de Montpellier, CREAM

in G. Clamour et P.-Y. Gahdoun (dir.), QPC et économie, Rapport remis au Conseil constitutionnel dans le cadre de l'appel à projets QPC 2020, pp. 114-133.

Résumé

En imposant aux autorités de régulation économiques une exigence renforcée d'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions répressives, la QPC a paru les déstabiliser, en leur imposant parfois une profonde réorganisation et en laissant planer un sentiment d'insécurité diffus dont peuvent s'emparer les opérateurs pour tenter de les affaiblir. En réalité, la QPC nous paraît surtout avoir consolidé en profondeur les dispositifs français de régulation économique : d'abord, la jurisprudence constitutionnelle leur a reconnu un positionnement institutionnel original, posant les bases de la reconnaissance d'une véritable catégorie juridique, ce qui les ancre dans l'ordre juridique. Surtout, réputées irréprochables procéduralement, les autorités de régulation indépendantes n'ont pas été contraintes de faire reculer l'emprise considérable qu'elles exercent sur la conduite des affaires des entreprises. En revanche, en soulignant leur légitimité moindre que celle des dispositifs d'action publique insérés dans la hiérarchie administrative, responsable politiquement, les décisions rendues sur QPC ont replacé le politique au centre de gravité de la régulation économique. En cela, dix années de QPC nous paraissent esquisser un véritable cadre constitutionnel de la régulation économique.

I – Un vecteur de déstabilisation apparente

A) L'origine du bouleversement

1) *Une rupture jurisprudentielle minimisée dans sa présentation officielle*

- a) L'inauguration d'un nouveau considérant de principe applicable à la dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes
- b) Une neutralisation inédite de la distinction entre administration et juridiction

2) *Un produit manifeste de l'influence du droit européen à un procès équitable*

- a. Le rôle pivot de la décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011
- b. Un contexte doublement propice

B) La portée immédiate du bouleversement

1) *Une large restructuration des AAI et API*

- a) Des adaptations imposées ou anticipées
- b) Le choix délibéré d'une diversité des modèles d'organisation interne

2) *Une sécurisation encore incertaine*

- a. Des glissements sémantiques susceptibles de brouiller les catégories juridiques
- b. Des conséquences induites encore en discussion, fragilisant les régulateurs

II – Un instrument de consolidation en profondeur

A) Un socle pour la consécration de la catégorie juridique des autorités de régulation indépendantes (ARI)

- 1) *Une double évolution du positionnement institutionnel des ARI, désormais spécifique*
 - a. Une rupture avec l'assimilation à des autorités administratives ordinaires
 - b. L'absence d'assimilation totale à des juridictions même dans le seul cadre des fonctions répressives
- 2) *Une étape fondatrice dans le renouvellement récent du droit des autorités de régulation indépendantes*
 - a) Une innovation suivie par la création d'un recours juridictionnel administratif spécifique aux actes de droit souple des ARI en 2016
 - b) Une innovation suivie par l'adoption d'un statut législatif spécifique des AAI et ARI en 2017

B – L'esquisse d'un cadre constitutionnel de la régulation économique

- 1) *Une logique de compensation soutenant l'emprise sur les entreprises de régulateurs réputés procéduralement irréprochables*
 - a. Le maintien d'une surveillance distante des limitations induites pour la liberté d'entreprendre et les autres droits et libertés dits « économiques ».
 - b. L'interprétation compréhensive de certains éléments du cadre constitutionnel imposé aux fonctions répressives
 - c. La promotion de la dimension stratégique et volontaire des processus de régulation
- 2) *Une dépolitisation contenue des dispositifs de régulation*
 - a. Une logique jurisprudentielle difficilement compréhensible en termes de garanties
 - b. Une ligne jurisprudentielle significative en termes de légitimité

Introduction

Mieux que de longues explications, le rappel d'une anecdote de la fin de l'été 2019 permet de mesurer l'importance stratégique et l'extrême sensibilité de la QPC en matière de régulation économique.

Le 18 décembre 2018, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a mis l'opérateur Orange en demeure de respecter ses engagements en matière d'investissements nécessaires au déploiement de la fibre. Ce premier acte d'une possible procédure de sanction administrative, susceptible de conduire au prononcé de très lourdes pénalités financières a révolté le groupe intéressé, lequel a fait valoir dans la presse spécialisée qu'il est l'opérateur européen qui investit le plus en pourcentage de son chiffre d'affaires – et essentiellement en France. Sa bonne volonté pour respecter ses engagements ne serait donc nullement en cause et il n'aurait nul besoin d'être davantage handicapé dans sa capacité d'investissement. Le comportement du régulateur indépendant est dès lors dénoncée en des termes très rigoureux : le PDG d'Orange soutient ainsi dans les Échos du 17 septembre 2019 que l'« on peut presque parler de harcèlement juridique et médiatique », cette allégation éclairant l'indignation ressentie par le régulateur à l'annonce, en août 2019, du dépôt d'une QPC contestant, en substance, la possibilité pour l'ARCEP de préciser les règles avant d'en sanctionner la méconnaissance en toute impartialité.

Choqué par le dépôt de cette QPC, le collège de l'ARCEP en a publiquement¹ expliqué les raisons : soulignant les avancées obtenues par 20 ans de régulation pragmatique du marché

¹ ARCEP, Le Post, n° 31, Septembre 2019.

français des télécoms, lequel fait référence dans la comparaison internationale, le collègue explique que « *le pragmatisme ne se décrète pas. Il suppose que les parties prenantes aient suffisamment confiance dans la solidité du système pour s'y engager, pour « jouer le jeu ». La procédure de sanction de l'ARCEP, dont on rappellera qu'elle n'a conduit au prononcé de sanctions effectives que de manière exceptionnelle, est à cet égard décisive. Non pas pour elle-même, mais pour créer cette confiance et cette dynamique collective. Le meilleur exemple en sont les engagements que peuvent prendre les opérateurs, sur des enjeux concurrentiels ou de couverture du territoire. Sans contrôle ni sanction, ces engagements ne seraient que du papier. Le bâton du régulateur cache la forêt du modèle français. Contester le pouvoir de sanction de l'Arcep, alors même que celui-ci a fait l'objet d'une correction récente suite à une annulation pour des motifs d'inconstitutionnalité – et l'on peut être confiant sur la solidité juridique du texte actuel -, n'est pas une simple procédure contentieuse. C'est défier l'esprit pragmatique de la régulation à la Française ».*

Le PDG d'Orange a poursuivi le dialogue, d'abord par média interposé, en rendant manifeste son intention de négocier le retrait de la QPC litigieuse, contre un radoucissement du régulateur à son endroit. « *La QPC est un moyen de procédure à la disposition de tout citoyen ou entreprise qui s'estime lésé par une décision administrative, et qui peut être retiré à tout moment* », déclare ainsi avec netteté Stéphane Richard aux Échos, qui titrent sur une « *Arme de perturbation massive* » (Les Échos, 17 septembre 2019).

Le dialogue ayant été ensuite renoué entre le régulateur et l'opérateur à l'occasion d'une entrevue, la QPC a finalement été retirée, ce dont s'est officiellement félicitée l'ARCEP. Le Monde titre alors « *Orange enterre la hache de guerre avec l'ARCEP* ».

« *Hâche de guerre* » (Le Monde, 27 septembre 2019), « *arme de perturbation massive* » (Les Échos), « *défi* » (Le Post de l'ARCEP), ces qualificatifs utilisés pour la QPC rendent parfaitement compte de l'importance systémique de l'intervention du juge constitutionnel en matière de régulation économique : c'est bien, en effet, à une série de QPC que les autorités de régulation doivent la vague de réorganisation subie par nombre d'entre elles depuis 2013, qui a pour certaines d'entre elles profondément modifié leur façon de travailler. Le choc a été grand, en particulier pour l'ARCEP, qui s'est trouvée privée de son pouvoir de sanction pendant plusieurs mois après la décision déclarant son inconstitutionnalité. Depuis, comme le rappelle l'émotion suscitée durant l'été 2019 par le dépôt d'une nouvelle QPC mettant en cause le pouvoir de sanction de l'ARCEP, un sentiment d'insécurité juridique continue de planer sur ces dispositifs, la « menace » de QPC, bien plus immédiate et opérationnelle que celle d'une hypothétique condamnation européenne, devenant dès lors un puissant facteur de négociation entre les parties prenantes du dispositif de régulation².

Cependant, au-delà de la déstabilisation apparente des dispositifs de régulation économique provoquée par les décisions rendues sur QPC, le bilan des dix premières années de pratique de cet instrument, dont les opérateurs économiques se sont pleinement saisis, met surtout en évidence les signes d'une consolidation en profondeur des dispositifs et stratégies de régulation économique.

² Sur l'inclusion de l'Autorité de régulation elle-même parmi les parties prenantes de la régulation : Leah Pérez, *La volonté des parties dans les procédures de régulation*, Thèse, Université de Montpellier, 2019.

I. UN VECTEUR DE DESTABILISATION APPARENTE

Le fait marquant des dix premières années de QPC concernant les dispositifs de régulation de l'économie réside dans l'assujettissement de leurs attributions répressives à une conception exigeante de l'impartialité. Cet impératif a conduit à un important mouvement de réorganisation dont il demeure difficile de savoir si le terme est atteint, ce qui génère encore aujourd'hui un sentiment d'insécurité juridique susceptible, comme en témoigne l'exemple ci-dessus, de faire le jeu d'une stratégie de négociation des opérateurs et, partant, de fragiliser l'autorité des régulateurs.

A. L'origine du bouleversement

A l'origine de cette déstabilisation, une décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre, concernant une autorité administrative indépendante (AAI), l'Autorité de la concurrence. Cette décision a largement été perçue comme une suite logique d'une décision de 2011 qui concernait pourtant une juridiction. Si la genèse de cette décision traduit en réalité une rupture importante avec la jurisprudence antérieure, cette évolution jurisprudentielle n'a pas vraiment surpris, dans un contexte d'évidente influence du droit européen à un procès équitable.

1. Une rupture jurisprudentielle minimisée dans sa présentation officielle

a. L'inauguration d'un nouveau considérant de principe applicable à la dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes

Selon le nouveau considérant de principe applicable à la répression administrative, inauguré par la décision n° 2012-280 QPC, « *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 indépendante, 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 est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et 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 ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789* ».

Pour la première fois, l'exigence constitutionnelle d'indépendance, familière en matière juridictionnelle, est appliquée à un dispositif de répression administrative, sans qu'il soit aisé d'en percevoir immédiatement la signification (ainsi, la Constitution imposerait l'indépendance... des autorités indépendantes ?).

Surtout, cette décision inaugure l'application à des autorités non juridictionnelles d'une exigence renforcée d'impartialité, impliquant la séparation, organique ou fonctionnelle, entre les fonctions de poursuite et d'instruction.

Certains éléments de la justification de cette innovation, avancés par le commentaire officiel de la décision n° 2012-280, peuvent brouiller sa compréhension, dans la mesure où il y est suggéré, p. 11, qu'il n'y aurait là qu'une suite logique de la décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, alors que cette dernière concernait l'ancienne Commission bancaire, une autorité explicitement qualifiée par la loi de « juridiction » dans l'exercice de ses fonctions disciplinaires – différence qui demeure fondamentale en droit positif.

b. Une neutralisation inédite de la distinction entre administration et juridiction

En réalité, et comme le souligne la suite du commentaire officiel, la décision n° 2012-280 QPC exprime un véritable choix de politique jurisprudentielle, rendu plus discret par la continuité alléguée avec la décision n° 2011-200 QPC, à la faveur de la confusion récurrente, en doctrine, entre AAI et juridiction spécialisée – ceci alors-même que la distinction demeure claire en droit positif.

Reconsidérant rétrospectivement le sens de l'ancien encadrement constitutionnel de la dévolution d'un pouvoir de sanction à une autorité non juridictionnelle, le Conseil constitutionnel opte à partir de 2012 pour une neutralisation de la qualification d'autorité administrative ou juridictionnelle, lorsqu'est en cause l'impartialité d'un dispositif de répression confié à une autorité indépendante. Le commentaire officiel explique ainsi que, selon le Conseil constitutionnel, « *lorsque le législateur met en place une autorité administrative indépendante, il entend apporter des garanties nouvelles et différentes de celles offertes par l'administration. Il n'est pas possible de soutenir que les règles applicables à l'administration et celles applicables aux AAI sont identiques (...)* ». « *Ainsi, le critère déterminant ne peut être le fait que le législateur ait qualifié l'AAI de « juridiction » ou qu'il ait énoncé qu'elle disposait d'un « pouvoir juridictionnel ».* Dans la pratique, la présence ou l'absence de cette qualification est sans réelle conséquence : le fait que la Commission bancaire, et non l'Autorité de la concurrence, ait été qualifiée de juridiction administrative par la loi ne saurait déterminer à lui seul le contrôle que le Conseil décide d'opérer. La protection constitutionnelle dont jouissent les opérateurs soumis au contrôle d'une AAI ne peut varier en fonction du choix opéré par le législateur de qualifier ou non cette institution de juridiction lorsqu'elle exerce un pouvoir de sanction ».

La frontière entre autorités administratives et juridictionnelles est ainsi aisément franchie, avec une facilité qui peut paraître déconcertante, dans la mesure où d'une part il s'agit, selon le doyen Auby, de l'une des questions les plus épineuses du droit administratif français³, qui continue d'être jugée non négligeable en droit administratif⁴ et où, d'autre part, le législateur a clairement

³ Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1975, t. 1, p. 236.

⁴ V. par ex. Bruno Genevois, « L'application du principe d'impartialité. A propos de la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 », *Revue Juridique de l'économie publique*, janvier 2013, n° 704, p. 10-16. Pierre Delvolvé, Rapport de synthèse, colloque du 15 octobre 2004 sur l'avenir des tribunaux administratifs, *JCP Adm.*, 2005, p. 1305. Pour une position différente, selon une lecture de droit européen des droits de l'homme : Laure Milano, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA* 2014, p. 1119. Pour une synthèse des arguments en présence : Yannick Faure et Clément Malverti, « Didier a vingt ans. L'entrée dans l'âge adulte ? », *AJDA*, 2019, p. 506.

exprimé le choix, maintenu depuis, de ne pas faire des AAI et API des juridictions spécialisées dans l'exercice de leur pouvoir de sanction.

En réalité, derrière l'allégation d'une assimilation relevant du bon sens ou de l'évidence, alors qu'elle demeure l'objet de débats doctrinaux et jurisprudentiels nourris, le contexte nouveau de la QPC et l'immédiateté de ses enjeux éclairent différemment cette véritable rupture avec la jurisprudence élaborée dans le cadre du contrôle a priori des attributions répressives confiées aux AAI et API : il s'agissait, aussi, peut-être surtout, d'éviter l'impression dévastatrice et le sentiment d'inutilité qu'aurait produit un corpus constitutionnel moins disant que le droit européen des droits de l'homme sur des sujets étroitement comparables.

2. Un produit manifeste de l'influence du droit européen à un procès équitable

a. Le rôle pivot de la décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011

Un an avant la décision fondatrice du 12 octobre 2012, le commentaire officiel de la décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011 met à jour le véritablement cheminement logique emprunté, en la matière, par la jurisprudence constitutionnelle. La Cour européenne des droits de l'homme venait alors de condamner la France en raison de l'insuffisance des garanties d'indépendance et d'impartialité applicables à la Commission bancaire agissant en matière disciplinaire, dans la mesure où les dispositions pertinentes du droit national ne faisaient pas apparaître de distinction claire entre les fonctions de poursuite et de jugement⁵ et ceci, contrairement à la position que le Conseil d'État⁶ avait initialement tenté de défendre. Peu après cette condamnation, le législateur en a tiré les conséquences, en séparant nettement les fonctions de poursuite et de décision au sein de la nouvelle Autorité de contrôle prudentiel succédant à la Commission bancaire, tandis que le Conseil d'État tirait ostensiblement les conséquences de la décision de la Cour européenne en reconnaissant l'existence d'un doute justifié sur l'impartialité de cette juridiction⁷.

Quelques mois plus tard, le Conseil constitutionnel pouvait dès lors difficilement soutenir la thèse de la constitutionnalité des mêmes dispositions du Code monétaire et financier. Ayant déjà mis en évidence l'exigence de séparation des fonctions de poursuite et de jugement « *en matière de délits et de crimes* »⁸, il lui était d'autant moins difficile de l'étendre à la Commission bancaire que celle-ci était explicitement qualifiée par la loi de « juridiction » dans l'exercice de ses fonctions disciplinaires. Le véhicule de la garantie des droits, impliquant de longue date l'indépendance et l'impartialité de la juridiction⁹, était tout désigné pour accueillir cette mise à niveau des garanties constitutionnelles.

Ainsi peut s'expliquer la genèse de la décision n° 2011-200 QPC, dont le considérant 7 rappelle les implications de la garantie des droits en soulignant que « *les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles* » et le considérant

⁵ Cour EDH, décision du 11 septembre 2009, Dubus SA c/ France, n° 5242/04.

⁶ CE, Section, 30 juillet 2003, Société Dubus SA, n° 240884.

⁷ CE, 8 novembre 2010, Dubus SA, n° 329384.

⁸ C.C., décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, cons. 5.

⁹ C.C., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, cons. 15.

8 constate la contrariété avec la Constitution des dispositions contestées, faute de séparation des fonctions de poursuite et de jugement.

De là à écrire, comme le fait le commentaire officiel, que « *même si le Conseil constitutionnel ne l'avait pas encore, jusqu'à présent, expressément jugé, il ne faisait pas de doute que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes (...)* », il n'y a qu'un pas, à condition de passer sous silence le fait qu'en l'espèce ce n'est pas à une AAI, mais à une juridiction, que cette exigence est appliquée.

Ce léger glissement permettra ensuite de franchir, en 2012, le pas suivant (l'application des mêmes exigences à une autorité non juridictionnelle) avec d'autant plus de facilité que deux circonstances favorisaient cette évolution.

b. Un contexte doublement propice

D'abord, les jurisprudences judiciaire et administrative appliquent d'ores et déjà le droit à un procès équitable aux procédures répressives suivies devant des autorités non juridictionnelles lorsqu'elles sont semblables à des tribunaux au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La frontière entre procédures juridictionnelles et procédures non juridictionnelles s'en trouve fortement relativisée. Elle n'est pas toutefois ignorée, dans la mesure où d'une part certaines garanties ne s'appliquent pas nécessairement dès la phase administrative de la procédure, sous réserve de l'existence d'un contrôle de pleine juridiction devant un organe respectant en tous points le droit à un procès équitable et où d'autre part la jurisprudence administrative, sans ignorer l'exigence de séparation des fonctions de poursuite et de décision depuis l'arrêt de principe Didier¹⁰, ne l'avait pas poussée au même terme pour les autorités administratives indépendantes que les décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur QPC.

Ensuite, le contexte de réforme de la Commission bancaire a mis en évidence le sentiment d'absurdité qu'il y aurait eu à s'abstenir d'appliquer les mêmes garanties devant de telles autorités. En effet, au moment où intervient la décision n° 2011-200 QPC, la Commission bancaire a déjà été réformée et fondue, avec d'autres entités, dans la nouvelle Autorité de contrôle prudentiel, au sein de laquelle le législateur a pris soin d'isoler les fonctions répressives entre les mains d'une Commission des sanctions distincte du collège et, à vrai dire, très semblable à l'ancienne formation disciplinaire de la Commission bancaire. Même si la question devenait dès lors dépourvue d'enjeux pratiques, il eut été fâcheux que quelques mois après, le Conseil constitutionnel n'exige pas la même séparation des fonctions de poursuite et de jugement devant une véritable autorité administrative, sauf à laisser penser qu'en réformant la Commission bancaire, le législateur l'avait soustraite aux garanties que le droit européen comme la Constitution lui contraignaient d'offrir en matière disciplinaire.

En cela, la ligne d'évolution jurisprudentielle suivie au fil des QPC témoigne non seulement de la volonté de ne pas marginaliser le niveau des garanties constitutionnelles par comparaison avec celui des garanties européennes, mais aussi et surtout d'une pleine adhésion du Conseil constitutionnel au raisonnement européen consistant à se soucier du sentiment d'injustice que les apparences peuvent produire sur le justiciable – ce que confirmeront les décisions

¹⁰ CE, Ass., 3 décembre 1999, Didier, n° 207434, Rec. ; Sur l'ensemble des évolutions depuis, Cf. notamment Yannick Faure et Clément Malverti, « Didier a vingt ans. L'entrée dans l'âge adulte ? », *AJDA*, 2019, p. 506.

ultérieures¹¹. A cet égard aussi, l'évolution des dispositifs de régulation économique provoquée par l'utilisation de la QPC témoigne de l'importance de l'influence européenne.

B. La portée immédiate du bouleversement

A court terme, la QPC a été mobilisée avec succès par les opérateurs régulés pour faire vaciller les dispositifs de régulation. L'innovation jurisprudentielle du 12 octobre 2012 puis le succès de certaines de leurs QPC ont impliqué une large restructuration des AAI et API, qui n'a pas été sans conséquences sur leur autorité morale et leurs méthodes de travail. Plus encore, elle a suscité un sentiment d'insécurité juridique dont les manifestations restent perceptibles.

1. Une large restructuration des AAI et API

a. Des adaptations imposées ou anticipées

La consécration d'une obligation renforcée de séparation entre les fonctions de poursuite et de décision répressive n'a pas immédiatement affecté l'Autorité de la concurrence, dont l'organisation a été jugée compatible avec les exigences constitutionnelles grâce à l'indépendance du rapporteur chargé des poursuites. En revanche, d'autres décisions ultérieures ont conclu sur ce fondement à l'inconstitutionnalité des dispositions législatives organisant le pouvoir de sanction de plusieurs autorités indépendantes : l'ARCEP (décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, Société Numéricable SAS et autre), la Commission nationale des sanctions (décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, Société Barnes et autre), l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (décision n° 2017-675 QPC du 24 novembre 2017, Société Queen Air) ainsi que l'Autorité française de lutte contre le dopage (décisions n° 2017-688 QPC du 2 février 2018, M. Axel N. et n° 2019-798 QPC du 26 juillet 2019) - qui relève de la même catégorie institutionnelle des AAI et API même s'il ne s'agit nullement d'une autorité de régulation économique. Non seulement l'organisation interne de ces autorités a dû être remaniée mais, au-delà, par anticipation, toutes les autorités de régulation indépendantes ont été conduites à vérifier la conformité de leur organisation avec cette exigence et, pour celles dont l'on craignait, à juste titre ou pas, une inconstitutionnalité, à la faire évoluer.

b. Le choix délibéré d'une diversité des modèles d'organisation interne

Que ces choix résultent de textes spéciaux¹² ou aient profité du véhicule d'une réforme plus générale d'un dispositif de régulation¹³, ils conduisent aujourd'hui à la coexistence, en matière

¹¹ Voir par ex. le commentaire officiel de la décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, Société Barnes et autres (Procédure de sanction devant la Commission nationale des sanctions).

¹² Pour l'ARCEP, ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014 relative à l'économie numérique et décret du 3 août 2014 rétablissant le pouvoir de sanction de l'ARCEP.

¹³ Pour la Commission nationale des sanctions, l'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, modifiant notamment les articles L. 541-40 et L. 541-42 du Code monétaire et financier. Pour le CSA, Loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, article 6 modifiant l'article 42-7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Pour l'Autorité de régulation des transports, qui portait alors la dénomination d'ARAF, Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, article 13 modifiant l'article L. 2132-1 du code des transports ; pour l'Autorité française de lutte contre le dopage, Ordonnance n° 2018-603 du 11 juillet 2018 relative à la procédure disciplinaire devant l'Agence française de lutte contre le

de régulation économique, de quatre modèles d'organisation, qui ne sont pas neutres pour le fonctionnement des dispositifs de régulation.

Pour les autorités administratives ou publiques indépendantes (AAI ou API), au sens strict délimité par la loi¹⁴ comme au sens large d'autorité administrative soustraite à la hiérarchie administrative (par exemple, la Commission nationale des sanctions, institution indépendante chargée de sanctionner les manquements commis par certains professionnels ne respectant pas leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme¹⁵), trois modèles d'organisation interne coexistent désormais en droit positif.

Premier modèle : la séparation entre d'une part un collège exerçant les missions générales de régulation ainsi que les fonctions de poursuite et d'autre part une commission entièrement séparée, exerçant la fonction de décision en matière de sanction ainsi que, parfois, celles de règlement des litiges entre opérateurs. Relèvent actuellement de ce mode d'organisation les AAI ou API suivantes : l'Autorité des marchés financiers, l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution, l'Autorité de régulation des jeux en ligne, la Commission de régulation de l'énergie, l'Autorité de régulation des transports.

Deuxième modèle : la séparation entre d'une part un collège exerçant les missions générales de régulation ainsi que les fonctions de décision sur la sanction et d'autre part un rapporteur (ou directeur des services d'instruction) indépendant du collège et de son président, nommé par une autorité tierce (le pouvoir exécutif classique dans le cas de l'ADC ou de la Commission nationale des sanctions, le vice-président du Conseil d'État pour le CSA), exerçant les fonctions de poursuite. Ce mode d'organisation, typique de l'Autorité de la concurrence, a été choisi également pour le Conseil supérieur de l'Audiovisuel et la Commission nationale des sanctions ou encore l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires, dans le cadre de leur adaptation, imposée ou anticipée, aux nouvelles exigences constitutionnelles. Cette organisation a le mérite de permettre l'implication des membres du collège dans le dosage de la répression, conformément aux implications de la méthode régulatrice qui suppose la continuité et l'unité de l'action du régulateur. La désignation du rapporteur par l'exécutif classique n'est pas jugée adaptée aux dispositifs de régulation sectorielle pour lesquels s'impose une exigence européenne d'indépendance. Le cas du CSA, où cette nomination est confiée au vice-président du Conseil d'État, démontre toutefois une possible adaptation. Une variante de ce modèle existe, hors régulation économique, dans l'hypothèse où, comme dans le cas de l'Autorité Française de lutte contre le dopage¹⁶, l'autorité indépendante statue sur saisine d'une tierce autorité chargée des poursuites.

dopage, modifiant les articles L. 232-5-1 et suivants du code du sport ; pour l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires, Loi n° 2018-699 du 3 août 2018, article 85 modifiant les articles L. 6361-13 et suivants du code des transports.

¹⁴ La loi n°2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes comporte en annexe une liste exhaustive des autorités désormais reconnues comme telles, tandis que la loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes dispose en son article 1^{er} que « Toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante est instituée par la loi ». Ces textes, éclairés par les travaux parlementaires, induisent l'impossibilité pour le juge d'utiliser cette qualification pour désigner les autorités qui, en substance, combinent les caractéristiques de l'administrativité et de l'indépendance, d'où la formule elliptique désormais utilisée pour les désigner.

¹⁵ Code des marchés financiers, articles L. 561-37 et suivants.

¹⁶ Code du sport, articles L. 232-5-1 et suivants.

Troisième modèle : l'existence de plusieurs formations distinctes du collège de l'AAI, selon les attributions en cause : la formation plénière exerce les attributions non répressives ; en matière répressive, le collège est scindé en deux entités indépendantes : une formation compétente pour les poursuites, une autre pour la décision sur la sanction, étant précisé qu'aucun membre ne peut appartenir simultanément aux deux formations et que, pour éviter les difficultés liées au cumul des deux fonctions dans le temps, chaque membre siège dans la première moitié de son mandat dans la formation dédiée à la décision, avant de rejoindre pour la seconde moitié de son mandat la formation responsable des poursuites. Ce mode d'organisation, inspiré du choix effectué pour la Commission nationale informatique et libertés (CNIL¹⁷), a été décidé pour mettre l'ARCEP en conformité avec la décision du Conseil constitutionnel du 5 juillet 2013. Il a l'intérêt de conjuguer le respect de l'exigence de séparation des fonctions avec l'unité du dispositif de régulation, tous les membres continuent à être associés à l'intégralité des processus de régulation. Il s'agit là d'une considération jugée essentielle, tout particulièrement dans les dispositifs de régulation où l'utilisation de la sanction demeure marginale et est étroitement liée à l'appréciation, très technique et complexe, des obligations des opérateurs ainsi que de leur comportement. Comme y insiste souvent la littérature spécialisée, la régulation implique un continuum et une unité qu'il serait hasardeux de rompre au nom d'une juridictionnalisation excessive.

Enfin, un quatrième modèle d'organisation mérite d'être rappelé, dans l'hypothèse où une autorité administrative classique (comprendre, non indépendante du gouvernement ou d'un exécutif local) dispose d'un pouvoir de sanction administrative : dans ce cas, il résulte de l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle que la structure de la procédure répressive n'est pas tenue de garantir une séparation des fonctions de poursuite et de décision¹⁸.

2. Une sécurisation encore incertaine

En dépit de ces ajustements, la sécurisation juridique du volet répressif des dispositifs de régulation indépendante demeure incertaine, pour deux raisons, liées aux incertitudes juridiques engendrées par l'argumentation officiellement présentée au soutien de cette évolution jurisprudentielle ainsi qu'à l'anticipation des possibles suites logiques de ce mouvement de durcissement des implications de l'impartialité des autorités administratives indépendantes en matière répressive.

a. Des glissements sémantiques susceptibles de brouiller les catégories juridiques

En premier lieu, l'argumentation juridique présentée dans les commentaires officiels à l'appui de l'évolution jurisprudentielle, sans jamais commettre d'erreur juridique sur la nature des organes en cause, comporte quelques glissements sémantiques brouillant la distinction entre administration et juridiction, peut-être pour atténuer l'ampleur de l'évolution jurisprudentielle accomplie. L'existence même de ces commentaires officiels des décisions peut, à cet égard, passer pour un facteur de brouillage. Comme souligné plus haut, l'ambiguïté sur la nature de

¹⁷ Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011

¹⁸ Cette position, qui résulte implicitement de la décision n° 2014-690 DC (considérant n° 67), coïncide désormais parfaitement avec celle du Conseil d'Etat : CE, 21 décembre 2018, avis n° 424520, conclusions Cécile Barrois de Sarigny, *AJDA*, 2019, p. 715.

l'autorité en cause dans la décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011 facilite ensuite la traversée de la « frontière » entre autorités juridictionnelles et administratives dans la décision n° du 12 octobre 2012 concernant l'Autorité de la concurrence.

La nouvelle frontière, introduite par cette décision, entre procédures répressives suivies devant des autorités indépendantes et procédures de même nature suivies devant des autorités administratives classiques, peut paraître déconcertante en termes de comparaison des garanties dont bénéficient les personnes susceptibles d'être sanctionnées dans les deux hypothèses. Pourquoi en effet ces personnes seraient elles plus sensibles aux apparences de partialité devant une autorité collégiale spécialisée et indépendante du politique, que lorsqu'elles sont mises en cause devant une autorité administrative non nécessairement protégée de ses erreurs et faiblesses par la collégialité et insérée dans la hiérarchie administrative classique ? A cet égard, la logique imprégnant la jurisprudence constitutionnelle peut paraître déconcertante.

En outre, la continuité avec l'ancienne ligne jurisprudentielle, alléguée par le commentaire officiel de la décision du 12 octobre 2012 (p. 12-13) est à cet égard très discutable, l'unité de l'encadrement constitutionnel des décisions répressives, sur laquelle elle reposait, étant rompu. Au total, la conjugaison entre la discrétion des justifications apportées par la motivation des décisions elles-mêmes et l'exagération de la continuité jurisprudentielle dans les commentaires officiels peut induire un sentiment de brouillage des frontières entre administration et juridiction qui, combiné à la prise en considération des apparences et des sentiments du justiciable, alléguée par les mêmes commentaires, peut induire, notamment pour les autorités de régulation concernées, un sentiment d'insécurité juridique. La difficulté à tracer avec exactitude le cadre juridique exact du raisonnement soutenant l'alourdissement de leurs obligations complique l'anticipation des possibles conséquences induites à l'occasion de futures QPC.

b. Des conséquences induites encore en discussion, fragilisant les régulateurs

En second lieu, des incertitudes demeurent sur le terme du mouvement jurisprudentiel engagé par la décision du 12 octobre 2012, incertitudes dans lesquelles sont susceptibles de s'engouffrer les opérateurs pour fragiliser l'autorité des régulateurs, comme l'a montré l'exemple d'Orange en 2019. Si, alors, la « menace » d'une QPC concernant le pouvoir de sanction de l'ARCEP a suscité autant d'inquiétude dans les rangs de cette autorité de régulation, c'est précisément pour cette raison.

La question envisagée portait, en substance, sur la constitutionnalité de la nouvelle organisation interne de l'ARCEP adoptée pour faire suite à la décision du 5 juillet 2013. Plus précisément, le cumul, par les mêmes membres d'une autorité indépendante, d'un pouvoir normatif (au sens large, qu'il s'agisse d'imposer des obligations réglementaires, individuelles ou contractuelles) et du pouvoir de sanctionner la méconnaissance de ces mêmes normes ou obligations était contesté, comme la réalité de l'étanchéité des fonctions respectives des diverses formations du collège de l'ARCEP. Indirectement, soutenir l'inconstitutionnalité d'un tel cumul pourrait revenir à imposer la généralisation du premier modèle d'organisation décrit plus haut, c'est à dire, la création de commissions des sanctions distinctes des collèges, seule solution pour réduire les risques de porosité entre l'amont (délimitation des obligations, puis suivi de leur application et enquête éventuelle avec possible mise en demeure) et l'aval (sanction).

Une telle hypothèse d'évolution ne comporterait pas seulement des inconvénients à court terme (déstabilisation momentanée des autorités, dont les décisions de sanction seraient fragilisées rétrospectivement et empêchées jusqu'à la modification, nécessairement législative, de leur organisation). Elle pourrait, surtout, mettre en difficulté le bon accomplissement de la mission de régulation confiée à ces autorités indépendantes, en rompant l'unité de vues et le continuum dont l'importance a déjà été soulignée plus haut pour l'efficacité des dispositifs de régulation.

S'agissant du cumul de fonctions normatives et répressives, la question est régulièrement soulevée devant le Conseil d'État, qui refuse de voir dans un tel cumul un motif d'illégalité. Comme l'indique notamment¹⁹ le premier des deux arrêts d'Assemblée rendus le 21 décembre 2012 dans l'affaire Canal plus²⁰, considérant n° 14, « *l'attribution par la loi à une autorité administrative du pouvoir de fixer les règles dans un domaine déterminé et d'en assurer elle-même le respect, par l'exercice d'un pouvoir de contrôle des activités exercées et de sanction des manquements constatés, ne contrevient pas aux exigences rappelées par l'article 6, paragraphe 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que ce pouvoir de sanction est aménagé de telle façon que soient assurés le respect des droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure et l'impartialité de la décision* ».

La Cour européenne des droits de l'homme impose pour sa part de vérifier concrètement si, lors de l'exercice de fonctions successives, les mêmes personnes auraient été conduites à examiner la même affaire ou les mêmes questions²¹.

Le Conseil constitutionnel, enfin, a déjà été saisi d'une question comparable dans le cadre de la QPC jugée le 12 octobre 2012, dans la mesure où il était reproché à l'article L. 461-3 du code de commerce de ne pas permettre de garantir que les membres du collège ayant examiné le projet initial de concentration ne participent pas ensuite à la sanction des manquements aux engagements accompagnant l'autorisation de concentration. Comme le souligne le commentaire officiel, les deux types de pouvoirs n'étant pas de même nature, le moyen est rejeté sur le fondement du considérant de principe usuel depuis 1989, selon lequel « *le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction* » (cons. 16).

L'on pourrait dès lors considérer, au regard de ces jurisprudences, que le risque d'une nouvelle déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions organisant le pouvoir de sanction de l'ARCEP est inexistant.

Deux hypothèses, toutefois, laissent demeurer le doute.

La première est celle de la répartition incorrecte des tâches relevant du pouvoir général de surveillance et des poursuites à proprement parler : elle n'induirait qu'un réaménagement de portée limitée.

La seconde, plus radicale, est celle d'un effet induit, quoique de façon sans doute involontaire et mal maîtrisée, par une trop large assimilation de l'AAI à une juridiction. C'est en cela que la

¹⁹ V., auparavant, dans le même sens : CE, 30 juillet 2003, Banque d'escompte et Wormser Frères réunis, n° 238169, Rec. ; 26 juillet 2007, M.P., n° 293908.

²⁰ CE, Ass., 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus, n° 353856.

²¹ Cour EDH, gr. Ch., 6 mai 2003, Kleyne et autres c/ Pays-Bas, n° 39343/98 et autres, §190-202 ; 10 février 2004, D.P. c/ France, n° 53971/00, §29-42

construction intellectuelle sur laquelle repose la jurisprudence inaugurée par la décision du 12 octobre 2012 comporte, à nos yeux, sinon une fragilité, au moins une dimension perturbatrice. En effet, si un tel cumul est inhérent au principe même des autorités administratives indépendantes et à la fonction de régulation économique qui peut leur être confiée, spécialement en matière économique, il est plus difficilement concevable devant une juridiction. La question est donc posée de savoir si le fait, pour la jurisprudence constitutionnelle, d'avoir considérablement atténué la frontière entre les catégories de l'administration et de la juridiction pour ce qui concerne l'impartialité et l'indépendance, pourrait induire une remise en question radicale du continuum qu'est supposé incarner un dispositif de régulation. C'est, principalement, pour cette raison que le mouvement tendant à leur juridictionnalisation sous l'influence du droit à un procès équitable rencontre, depuis les années 90, de si importantes réticences²².

Si, en cela, la QPC a pu paraître profondément déstabilisatrice pour les dispositifs de régulation de l'économie, plusieurs éléments conduisent à douter d'une telle issue. D'abord, la maîtrise, par le Conseil constitutionnel, des développements logiques induits par sa propre jurisprudence. L'exemple de la décision du 12 octobre 2012 en témoigne : lorsqu'il faut rompre avec une logique antérieure, pour mieux répondre aux besoins contemporains de protection constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux, la jurisprudence le peut. Ensuite, la prise en considération de la portée plus générale des dix premières années de QPC en matière de régulation économique : au-delà des perturbations induites par l'approfondissement des implications de l'exigence d'impartialité, la QPC nous semble davantage œuvré pour une consolidation en profondeur des dispositifs français de régulation de l'économie.

II. UN INSTRUMENT DE CONSOLIDATION EN PROFONDEUR

A deux égards, les dix années de QPC écoulées ont contribué à consolider les dispositifs de régulation de l'économie, en les ancrant solidement dans notre système juridique par deux voies complémentaires. La première a consisté, pour la jurisprudence constitutionnelle, à ouvrir la voie à la consécration d'une véritable catégorie juridique en matière d'autorités de régulation indépendantes ; la seconde a consisté à esquisser un nouveau cadre constitutionnel de la régulation économique.

A. Un socle pour la consécration de la catégorie juridique des autorités de régulation indépendantes (ARI)

La ligne jurisprudentielle inaugurée avec la décision du 12 octobre 2012 relative à l'Autorité de la concurrence a provoqué une double évolution du positionnement institutionnel des autorités de régulation indépendantes, qui se trouvent placées dans une situation tout à fait originale, à la fois quasi-juridictionnelle et différenciée des juridictions comme des administrations classiques. Il s'agit à notre connaissance d'une première en droit public

²² V. par exemple Paule Quilichini, « Réguler n'est pas juger. Réflexion sur la nature du pouvoir de sanction des AAI », *AJDA*, 2004, p. 1060s.

français, véritable moment inaugural auquel, depuis, le législateur et la jurisprudence administrative ont emboîté le pas.

1. Une double évolution du positionnement institutionnel des ARI, désormais spécifique

Les décisions rendues sur QPC à l'égard des autorités de régulation indépendantes ont conféré à ces dernières un positionnement institutionnel spécifique. En cela, la nouvelle jurisprudence constitutionnelle rompt avec la ligne jurisprudentielle suivie jusqu'alors tant par le juge constitutionnel que par le Conseil d'État.

a. Une rupture avec l'assimilation à des autorités administratives ordinaires

En effet, comme l'ont notamment démontré les travaux de Martin Collet²³, c'est d'abord au moyen d'une stratégie de banalisation que les autorités administratives indépendantes ont été insérées dans l'ordre juridique français, solution qui, d'ailleurs, n'est pas allée sans susciter d'inconvénients, lorsque des éléments originaux de leur statut ou de leurs fonctions s'en trouvaient gommés et dès lors insuffisamment pris en considération par les règles juridiques appliquées. Emblématique de la jurisprudence administrative sur les AAI²⁴, qui a d'ailleurs longtemps refusé de faire sienne cette notion au contentieux, ce mode d'appréhension qui consistait, en réalité, à neutraliser les difficultés inhérentes à l'émergence d'une véritable catégorie juridique spécifique, a également caractérisé la jurisprudence constitutionnelle dans la cadre du contrôle a priori.

Ainsi, par exemple, la décision n° 86-217 DC analyse l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une AAI sous l'angle très général de l'attribution d'un tel pouvoir « *à une autorité de l'État autre que le Premier ministre* » (considérant 58), selon une formule qui sera régulièrement réitérée. La même décision souligne (considérant 23) que « *dans l'exercice de ses compétences, la commission nationale de la communication et des libertés sera, à l'instar de toute autorité administrative, soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre tant par le Gouvernement, qui est responsable devant le Parlement de l'activité des administrations de l'État, que par tout personne qui y aurait intérêt* ». L'on citera encore la décision n° 89-260 DC, considérant 10, soulignant que « *la Commission des opérations de bourse est, à l'instar de tout organe administratif, soumise à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence (...)* ».

A partir de la décision du 12 octobre 2012, le parti pris est radicalement différent, surtout si l'on tient compte de la logique explicative relatée par les commentaires officiels. Comme souligné plus haut, le commentaire de la décision du 12 octobre 2012 explique ainsi la nouvelle rédaction du considérant de principe concernant le pouvoir de sanction des AAI et API : « *lorsque le législateur met en place une autorité administrative indépendante, il entend apporter des garanties nouvelles et différentes de celles offertes par l'administration. Il n'est pas possible de soutenir que les règles applicables à l'administration et celles applicables aux AAI sont identiques (...)* ». « *Ainsi, le critère déterminant ne peut être le fait que le législateur*

²³ Martin Collet, *Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 2003, bibliothèque de droit public, tome 233, préface de Didier Truchet.

²⁴ A partir de l'arrêt fondateur CE, 10 juillet 1981, Retail, qualifiant le Médiateur de la République d'autorité administrative.

ait qualifié l'AAI de « juridiction » ou qu'il ait énoncé qu'elle disposait d'un « pouvoir juridictionnel ». Dans la pratique, la présence ou l'absence de cette qualification est sans réelle conséquence : le fait que la Commission bancaire, et non l'Autorité de la concurrence, ait été qualifiée de juridiction administrative par la loi ne saurait déterminer à lui seul le contrôle que le Conseil décide d'opérer. La protection constitutionnelle dont jouissent les opérateurs soumis au contrôle d'une AAI ne peut varier en fonction du choix opéré par le législateur de qualifier ou non cette institution de juridiction lorsqu'elle exerce un pouvoir de sanction ».

Rapidement, une décision n° 2014-690 DC (considérant n° 67), maintenant l'ancien considérant de principe applicable au pouvoir de sanction administrative détenu par une administration classique (comprendre, non indépendante) confirmera le caractère délibéré et assumé de cette différenciation.

b. L'absence d'assimilation totale à des juridictions même dans le seul cadre des fonctions répressives

Pour autant, même pour ce qui concerne l'encadrement constitutionnel de leur pouvoir de sanction, les AAI ne sont pas totalement assimilées par la jurisprudence constitutionnelle à des autorités juridictionnelles : la lecture des décisions rendues sur QPC à leur égard, comme des commentaires officiels, témoigne de l'absence de méconnaissance de leur nature administrative et non juridictionnelle.

L'illustration la plus flagrante de cette absence d'assimilation à une véritable juridiction, même pour ce qui concerne l'encadrement constitutionnel de leur pouvoir répressif, réside dans le maintien de la lecture assouplie des implications du principe de légalité des délits et des peines. Acquise de longue date dans la jurisprudence constitutionnelle, cette lecture assouplie est maintenue après 2012, comme en témoigne la décision n° 2017-634 QPC du 2 juin 2017 concernant le pouvoir de sanction de l'Autorité des marchés financiers. Le Considérant n° 6 rappelle ainsi que *« selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Les principes énoncés par cet article s'appliquent non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition. L'exigence d'une définition des manquements réprimés se trouve satisfaite, en matière administrative, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent, de l'institution dont ils relèvent ou de la qualité qu'ils revêtent ».*

Ni seulement administratives, ni véritablement juridictionnelles, les autorités administratives ou publiques indépendantes reçoivent ainsi, à travers les décisions rendues sur QPC, un positionnement institutionnel spécifique inédit. Aussi la jurisprudence constitutionnelle peut-elle être perçue comme ayant posé, à cet égard, la première pierre d'un socle sur lequel s'est très récemment élaboré un véritable régime juridique propre aux autorités de régulation indépendantes.

2. Une étape fondatrice dans le renouvellement récent du droit des autorités de régulation indépendantes

Le calendrier des innovations juridiques conduisant à ériger un régime juridique propre à la catégorie juridique des autorités de régulation indépendantes conduit à penser que le premier pas réalisé par les choix du juge constitutionnel à compter de 2012 a, sinon déclenché, au moins encouragé le juge administratif, d'abord, puis le législateur, ensuite, à lui emboîter le pas pour la formation d'un véritable droit spécifique aux autorités de régulation indépendantes.

a. Une innovation suivie par la création d'un recours juridictionnel administratif spécifique aux actes de droit souple des ARI en 2016

C'est en effet pour la première fois en 2016 que le juge administratif, rompant avec la traditionnelle banalisation qui empêchait l'adaptation des règles juridiques aux spécificités indéniables des autorités de régulation indépendantes, a créé pour elles une nouvelle voie d'accès au juge de l'excès de pouvoir afin de permettre le contrôle de la légalité d'actes qui, sans être des décisions, font grief²⁵. Non seulement cette voie d'accès est réservée à la contestation de certains actes de ces autorités de régulation mais, mieux encore, elles sont explicitement désignées sous cette dénomination dans le considérant de principe, ce qui présuppose l'existence d'une véritable catégorie juridique identifiable. Selon ce considérant en effet, *« Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative »*.

b. Une innovation suivie par l'adoption d'un statut législatif spécifique des AAI et ARI en 2017

La logique d'édification d'une catégorie juridique spécifique a été poursuivie par l'adoption de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. Adopté à la suite d'une initiative parlementaire, dont il faut reconnaître qu'elle était plutôt hostile au développement de ces autorités, ce texte pose les grandes lignes d'un statut commun à l'ensemble des AAI et API dont il définit limitativement la liste en annexe. Si le texte laisse, et c'est heureux, subsister les indispensables particularités

²⁵ CE Ass., 21 mars 2016, nos 368082, 368083, 368084, *Sté Fairvesta International GMBH et a.* ; CE Ass., 21 mars 2016, n°390023, *Sté NC Numericable*.

des diverses autorités, il parvient à harmoniser des éléments importants de leur statut et de leur contrôle parlementaire et intègre, au passage, les enseignements de la jurisprudence constitutionnelle sur l'obligation de séparation des fonctions de poursuite et de décision en matière de sanction. Compte tenu des doutes exprimés jusqu'alors par les observateurs spécialisés sur la possibilité d'identifier et de consacrer de tels éléments communs²⁶, l'innovation mérite d'être remarquée. Elle conforte, en outre, le processus de différenciation des autorités de régulation indépendantes, qui forment désormais une véritable catégorie juridique en droit positif.

Ainsi, en reconnaissant la spécificité des autorités de régulation indépendantes et en posant la première pierre de la reconnaissance d'une véritable catégorie juridique, les décisions rendues sur QPC tout au long de la décennie 2010 ont en consolidé l'existence même de ces instruments devenus incontournables de l'action publique sur l'économie, dans un contexte qui n'était pas unanimement enclin à une telle consolidation – l'on songe, en particulier, aux termes très sévères du rapport parlementaire consacré durant la même période aux autorités administratives indépendantes, accusées d'être un « État dans l'État ²⁷ » susceptible de porter atteinte à l'État de droit et la démocratie²⁸.

Au-delà de la consolidation de la catégorie juridique des autorités de régulation indépendantes, les dix ans de QPC écoulés ont plus largement consolidé la régulation économique dans son ensemble, en esquissant, avec, nous semble-t-il, discrétion mais constance, un cadre constitutionnel pour la régulation économique.

B. L'esquisse d'un cadre constitutionnel de la régulation économique

Deux conséquences fondamentales nous semblent résulter des dix années de QPC concernant les dispositifs de régulation de l'économie. D'abord, une logique de compensation consistant à alourdir les garanties procédurales pesant sur les régulateurs indépendants en contrepartie d'une validation de la très importante emprise qui leur est permise sur la conduite des affaires des opérateurs économiques – alors que l'on aurait pu espérer, ou craindre, selon les positions défendues, une jurisprudence constitutionnelle plus réductrice du volontarisme des régulateurs. Ensuite, une logique de cantonnement de la tendance à la dépolitisation des dispositifs d'action publique, incitant les pouvoirs publics à des choix réfléchis en la matière.

1. Une logique de compensation soutenant l'emprise sur les entreprises de régulateurs réputés procéduralement irréprochables

La QPC a permis aux opérateurs économiques d'exiger un strict respect des garanties d'une procédure équitable et respectueuse de leur vie privée : outre la ligne jurisprudentielle imposant la séparation des fonctions de poursuite et de décision et encadrant, pour cette raison, les

²⁶ J.-L. Autin et J. Chevallier (dir.), *Les AAI, une impossible rationalisation ?* colloque du 26 mars 2010, *RFDA*, 2010, n° 5 et 6.

²⁷ Jacques Mézard, *Un Etat dans l'Etat : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, Rapport au nom de la Commission d'enquête sénatoriale sur les autorités administratives indépendantes, n° 126 (2015-2016), 28 octobre 2015.

²⁸ Pour une étude universitaire de la compatibilité des AAI avec le principe démocratique, cf. Stéphanie Dubiton, *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, LGDJ, 2016, Bibliothèque de droit public, tome 293, préface J.-L. Autin et P. Idoux.

pouvoirs d'auto-saisine, il faut également signaler la décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017 M. Alexis K. et autre, relative au droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion, déclarant contraires à la Constitution les dispositions de l'article L. 621-10 du code monétaire et financier pour n'avoir pas entouré le pouvoir de communication aux enquêteurs de l'AMF de données de connexion détenues par des opérateurs de garanties suffisantes pour assurer une conciliation équilibrée entre d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction. Doit également être mentionnée à ce titre la jurisprudence relative au cumul des sanctions.

En se montrant intransigeante sur la protection de ces garanties fondamentales, la jurisprudence constitutionnelle a pu imposer un cadre assez permissif pour le caractère finalement très interventionniste des dispositifs de régulation économique. Autrement dit, la limitation des libertés dites économiques, à commencer par celle d'entreprendre, au nom des nécessités de la protection de l'ordre public économique, nous paraît confortée par les dix premières années de QPC. Trois illustrations au moins peuvent en être présentées.

a. Le maintien d'une surveillance distante des limitations induites pour la liberté d'entreprendre et les autres droits et libertés dits « économiques »

D'une façon générale, la jurisprudence constitutionnelle semble demeurer assez fidèle à sa ligne de conduite, tracée de longue date en faveur d'une neutralité ostensible à l'égard des choix politiques du législateur, tout particulièrement en matière de politique économique²⁹. En matière d'atteintes à la liberté d'entreprendre, les décisions rendues sur QPC réitèrent le considérant de principe selon lequel *« il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »*.

L'on aurait pu croire que la QPC fournirait aux opérateurs une arme pour fragiliser les dispositifs de régulation économique, en raison de leur portée qui s'avère extrêmement interventionniste en pratique, les autorités indépendantes développant systématiquement une interprétation volontariste et pragmatique de leurs attributions, toujours dans le but de mener à bien la mission qui leur est impartie. Il n'en est nullement allé ainsi, la QPC ayant au contraire permis de mettre en évidence l'existence d'un consensus des autorités publiques en faveur du haut niveau de contrainte imposé aux entreprises pour des motifs d'intérêt général. Deux décisions rendues sur QPC et concernant l'Autorité de la concurrence nous paraissent particulièrement emblématiques de cette validation, par le Conseil constitutionnel, d'une conception accueillante envers une forte implication publique dans l'organisation de l'économie.

Dans l'affaire dite « Canal Plus », ayant conduit à la décision du 12 octobre 2012, l'opérateur mettait en cause le degré important d'emprise du régulateur sur l'entreprise, ses choix, sa stratégie, ses investissements. L'on se souvient que plusieurs années après avoir autorisé la fusion de TPS et Canal Plus sous réserve du respect de plusieurs dizaines d'engagements

²⁹ V. en ce sens la thèse de Jérémy Martinez, *Conseil constitutionnel et économie*, Université Paris II, 2019.

proposés par les opérateurs et acceptés par l'autorité compétente, l'Autorité de la concurrence a constaté le manquement à plusieurs engagements et sanctionné le groupe Canal Plus non seulement par une sanction financière mais également et surtout par un retrait de l'autorisation de concentration. Ce retrait ne laissait guère le choix à l'opérateur, contraint de solliciter, en position de faiblesse, une nouvelle autorisation assortie de conditions qu'il n'était guère en position de négocier. Selon cet opérateur, la sanction était injustifiée, dans la mesure où les manquements reprochés ne lui étaient pas imputables, les engagements concernés s'étant révélés impossibles à mettre en œuvre. L'entreprise tendait ainsi à dénoncer la mise en place, par l'ADC, d'une stratégie de contrôle permanent, consistant à accepter des engagements même impossibles à réaliser puis à en sanctionner la non réalisation et à imposer périodiquement de nouvelles conditions à un stade de réalisation de l'opération de concentration empêchant tout retour en arrière et plaçant, de fait, l'entreprise sous la coupe permanente du régulateur. D'un dispositif de contrôle a priori des projets de concentrations, la pratique développée par l'ADC conduisait à la mise en place d'une supervision permanente. Selon cet opérateur, en n'empêchant pas une telle interprétation extensive des prérogatives de l'Autorité de la concurrence, la loi méconnaissait la liberté d'entreprendre.

Pour le droit public de l'économie en général comme pour l'autorité de l'ADC en particulier, il s'agissait d'une question essentielle. La décision du 12 octobre 2012, en s'en tenant à une analyse assez distante du dispositif législatif utilisé par l'ADC – distante, car n'entrant pas dans la discussion sur le résultat de sa pratique par le régulateur, désamorce la contestation et valide, de fait, le glissement de l'Autorité de la concurrence vers un modèle de régulateur permanent.

Un deuxième exemple réside dans la portée de la décision n° 2018-702 QPC du 20 avril 2018, Société Fnac Darty (Pouvoirs du président de l'autorité de la concurrence en matière d'opérations de concentration). La question posée tendait à mettre en doute la constitutionnalité des dispositions du code de commerce qui confient au président de cette Autorité ou à son délégué la possibilité d'adopter seul certaines décisions, y compris des décisions de révision et de mise en œuvre des engagements, injonctions et prescriptions susceptibles d'accompagner une autorisation de concentration, au regard notamment de la liberté d'entreprendre. En substance, il s'agissait donc de savoir si la collégialité était au nombre des garanties dont la loi devait obligatoirement assortir les très importantes limitations de la liberté d'entreprise induites par de telles décisions du régulateur. La réponse du juge constitutionnel est négative, au motif (considérants 9 à 11) qu' « *en premier lieu, en adoptant les dispositions contestées, le législateur (...) a entendu assurer l'exécution effective et rapide des décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des opérations de concentration. Ces décisions ont pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé. Ce faisant, le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général ; en second lieu, d'autre part, les dispositions contestées permettent au président ou à un vice-président de l'Autorité de la concurrence de réviser ou de mettre en œuvre, dans le respect des décisions d'autorisation ou d'interdiction d'une opération de concentration, les engagements, injonctions et prescriptions dont ces décisions peuvent être assorties. D'autre part, le législateur a conféré au président et aux vice-présidents de l'Autorité de la concurrence des garanties statutaires équivalentes à celles des autres membres de cette autorité. Enfin, la liberté d'entreprendre n'impose pas que les décisions en cause soient prises par une autorité collégiale. Les dispositions contestées ne portent ainsi pas d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi. Le grief tiré de la méconnaissance de cette liberté doit donc être écarté* ». Ici encore,

la QPC désamorce une contestation qui, si elle avait abouti, aurait considérablement affaibli l'autorité et la capacité de réaction efficace de l'Autorité de la concurrence.

En cela, l'audace modérée du contrôle de constitutionnalité des atteintes à la liberté d'entreprendre permises par les dispositifs de régulation nous paraît trancher avec la sévérité des décisions en matière d'impartialité. Un « donnant-donnant » qui permet, *in fine*, la consolidation globale de l'emprise des pouvoirs publics sur la conduite des affaires économiques. Le même caractère compréhensif, sinon permissif, nous paraît résulter de l'interprétation d'autres éléments du cadre constitutionnel imposé aux fonctions répressives.

b. L'interprétation compréhensive de certains éléments du cadre constitutionnel imposé aux fonctions répressives

Au moins trois illustrations de la parfaite compréhension et acceptation, dans les décisions QPC, des nécessités induites par l'efficacité des dispositifs de régulation, nous paraissent pouvoir être soulignée – le terme « compréhensif » n'induisant nullement l'idée d'un quelconque laxisme mais bien celle d'une pleine conscience des enjeux pour le bon fonctionnement des instruments de régulation alors en cause.

La première illustration réside dans la distance prudente conservée par le Conseil constitutionnel sur la nécessité des sanctions encourues par les opérateurs, parfaitement résumée par la formule de principe selon laquelle *« l'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité des dispositions législatives soumises à son examen aux droits et libertés que la Constitution garantit. Si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre le manquement et la peine encourue »* (Décision n° 2017-634 QPC du 2 juin 2017, considérant n° 12).

La deuxième illustration réside dans l'appréhension constitutionnelle des fonctions des sanctions prévues par la loi, notamment en matière de concurrence : la présence évidente d'enjeux d'ordre public économique n'empêche nullement la qualification de sanction (décision du 12 octobre 2012) et la fonction dissuasive de certains dispositifs est pleinement soutenue et consolidée, par une argumentation insistant, là encore, sur les enjeux pour l'efficacité des dispositifs de régulation économique. Ainsi, dans la décision n° 2017-634 QPC précitée, le maximum de sanction pécuniaire encouru fixé par le législateur à Cent millions d'euros n'est pas jugé manifestement disproportionné, dans la mesure notamment où (considérant n° 13), *« en instituant une sanction pécuniaire destinée à réprimer les manquements de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs ou au bon fonctionnement du marché, le législateur a poursuivi l'objectif de préservation de l'ordre public économique. Un tel objectif implique que le montant des sanctions fixées par la loi soit suffisamment dissuasif pour remplir la fonction de prévention des manquements assignée à la punition »*.

La troisième illustration réside dans le contraste entre le rehaussement général des exigences liées à l'impartialité, qui fait peu de place en apparence aux spécificités et nécessités des dispositifs de régulation et leur mise en œuvre, en particulier dans l'analyse des dispositions

législatives permettant une auto-saisine : ciselé, parfois très longuement argumenté, le raisonnement paraît alors au contraire extrêmement contextualisé et soucieux, de toute évidence, de ne pas compromettre inutilement le bon fonctionnement d'un dispositif de régulation.

c. La promotion de la dimension stratégique et volontaire des processus de régulation

Enfin, les dix premières années de pratique de la QPC nous paraissent avoir, sinon créé, du moins conforté l'émergence d'un cadre juridique propice à la promotion de la dimension stratégique et volontaire des dispositifs de régulation indépendante de l'économie. Certes, les premières décisions de la décennie ont déstabilisé à court terme plusieurs autorités de régulation, dont les procédures de sanction et, partant, l'organisation interne ont, comme on l'a vu plus haut, du être réorganisées. Cependant, cette mise à niveau générale, sans concession, s'est comme on vient de le voir accompagnée du maintien d'une réserve prudente à l'endroit des choix du législateur, ainsi que d'une compréhension manifeste des besoins d'efficacité et de rapidité qui sont au cœur du quotidien de la régulation économique. Ce faisant, la jurisprudence constitutionnelle a dessiné un équilibre qui préserve un très vaste espace de liberté au profit des régulateurs indépendants dans l'usage, souvent très volontariste, qu'ils font des prérogatives que la loi leur confie, tout en s'efforçant de rendre, du moins l'espère-t-on, le pouvoir répressif moins fragile juridiquement et plus légitime en apparence.

La combinaison de ces deux mouvements permet aux régulateurs de déployer une large part de régulation informelle, incitative et d'ordre volontaire³⁰, aucune des parties prenantes n'ayant intérêt à rigidifier systématiquement la relation pour la situer sur le terrain de la prescription, de la contrainte, voire de la sanction. Deux phénomènes concomitants sont typiques de cette réalité de la régulation économique : l'usage massif du droit souple par les autorités et le développement de la compliance³¹, qui fait reposer sur l'opérateur la définition des moyens de se conformer aux objectifs qui lui sont imposés et recompose, sur un mode plus horizontal, la relation régulateur-régulé, sans que le poids de l'emprise publique qui la sous-tend doive être occulté.

Il va de soi que la QPC n'est pas à l'origine de ces orientations très caractéristiques de la régulation économique contemporaine. Elle les a toutefois confortées, en préservant l'espace de liberté et de compréhension qu'elles supposent, là où un positionnement jurisprudentiel moins respectueux des choix publics et plus pointilleux aurait risqué de les compromettre. De cette façon, l'emprise des dispositifs de régulation sur les opérateurs économiques, parfois considérable, sort confortée de l'examen de constitutionnalité a posteriori des dispositifs de régulation économique.

Au-delà, et plus en profondeur, la QPC renouvelle le cadre constitutionnel de la régulation économique en mettant mieux qu'auparavant en évidence les enjeux du recours à des autorités indépendantes, ce qui conduit, en creux, à inviter le législateur à manier avec précaution la dépolitisation des dispositifs de régulation.

³⁰ Léah Perez, *La volonté des parties dans les procédures de régulation*, préc.

³¹ Conseil d'Etat, cycle de conférences Régulation, supervision, compliance ; Marie-Anne Frison-Roche, « Le droit de la compliance », Rec. Dalloz, 2016, p. 1871 ; Antoine Oumedjkane, *Compliance et droit public*, Université de Montpellier, 2018, Prix du meilleur mémoire de l'Association Française pour la Recherche en Droit administratif, 2018.

2. Une dépolitisation contenue des dispositifs de régulation

a. Une logique jurisprudentielle difficilement compréhensible en termes de garanties

Le fait de différencier la catégorie juridique des autorités indépendantes en lui appliquant un régime constitutionnel spécifique génère des conséquences dont la logique est difficilement compréhensible si l'on raisonne en termes de niveau de garanties offertes au cas par cas aux opérateurs concernés. Comme on l'a souligné plus haut en effet, il est permis de se demander pourquoi les procédures répressives qui bénéficient déjà de garanties améliorées par rapport aux procédures généralement suivies devant l'administration classique devraient pour cette raison comporter des garanties supplémentaires, qui ne sont pas exigées dans le cadre des procédures de répression administrative ordinaires dans lesquelles l'autorité administrative n'est généralement ni collégiale, ni indépendante, ni procéduralement impartiale.

b. Une ligne jurisprudentielle significative en termes de légitimité

En changeant d'échelle, en revanche, pour raisonner en termes de légitimité, le message de ce parti pris jurisprudentiel prend un sens : confier de telles prérogatives à des autorités placées hors hiérarchie administrative ne peut se faire à droit constant : ce qui est perdu en termes de garanties politiques doit être compensé comme devant les juridictions par des garanties juridiques. Il nous semble que le message est fort, dans un contexte national et européen qui semble faire la part belle au déploiement des dispositifs de régulation indépendants³². En creux, l'action des autorités placées sous l'autorité de responsables politiques se trouve ainsi revalorisée : bénéficiant d'une légitimité supérieure, elle nécessite un moindre degré de juridictionnalisation.

Ainsi, discrètement mais sûrement, en refusant de conférer la même légitimité aux dispositifs d'action publique lorsqu'ils sont déconnectés de la responsabilité politique, la QPC replace l'action politique au centre de gravité de la régulation économique, ce dont l'État de droit ne peut que se féliciter.

Janvier 2020.

³² Sur l'accentuation de cette tendance : Hubert Delzangles, « L'indépendance des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés de service public : éléments de droit comparé et européen », *Droit et Société*, n° 93/2016, p. 297s. Sur ses possibles interprétations, cf. notamment le dossier Régulation de la *Revue du droit public*, 2014, n° 2 et J.-B. Auby et P. Idoux (dir.), *Le gouvernement économique européen*, Bruylant, coll. Administrative Law, p. 306s.