

**LE STATUT DES AUTORITES DE REGULATION ET LA SEPARATION DES  
POUVOIRS<sup>1</sup>**

**par Quentin EPRON<sup>2</sup>**

---

**INDEX**

**1. LA SPECIFICITE FONCTIONNELLE**

*1.1 Le cadre statutaire de la régulation*

*1.2 La fragilisation de ce cadre*

**2. LA SPECIFICITE ORGANIQUE**

*2.1 L'exercice d'un pouvoir d'État*

*2.2 La recherche d'une légitimité démocratique*

La place des autorités de régulation dans l'organisation administrative française tient à la fois de l'évidence et du paradoxe<sup>3</sup>. Le succès remporté par cette forme particulière d'autorité administrative, dans un contexte marqué par l'intégration européenne et internationale, est incontestable: le gouvernement économique d'un État ne va plus sans

---

<sup>1</sup> Reproduction de l'étude paru sur la *Revue Française de Droit Administratif*, n. 5/2011, p. 1007 - 1018 - Rubrique *Organisation et Relations Administratives* sous la direction de: Jacqueline MORAND-DEVILLER.

<sup>2</sup> Maître de conférences de droit public à l'Université Panthéon-Assas Paris II

<sup>3</sup> Cette étude porte sur huit autorités administratives indépendantes dont le domaine de compétence est économique ou financier: l'Autorité des marchés financiers (AMF), la Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI), l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP), l'Autorité de la concurrence, la Commission de régulation de l'énergie (CRE), l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL).

l'instauration de ces instances dont le modèle original, venu d'outre-Atlantique, s'est diffusé largement. Pourtant, la question de leur statut semble demeurer toujours ouverte<sup>4</sup>.

Il en va, de ce point de vue, des autorités de régulation comme il en va de tous les organes de l'État que l'on rattache, à titre principal, à l'une des trois fonctions étatiques : la définition de leur statut est intrinsèquement liée à l'architecture de la séparation des pouvoirs. Le rattachement des autorités de régulation à la fonction exécutive n'épuise cependant pas leur spécificité : celle-ci est en réalité triple.

La spécificité organique des autorités de régulation est la plus remarquable. Il est bien connu que ces institutions sont à la fois des autorités administratives et des autorités indépendantes, c'est-à-dire des autorités qui exercent un pouvoir de décision de manière autonome<sup>5</sup>. En tant qu'autorités administratives, elles échappent donc à l'emprise du pouvoir hiérarchique qui unifie l'appareil administratif sous la responsabilité du gouvernement. Le législateur a souhaité parfaire cette indépendance en accordant à certaines d'entre elles, qualifiées d'autorités publiques indépendantes, la personnalité morale. Cette attribution n'est pas cependant pas générale<sup>6</sup>. Pourvues ou non de la personnalité juridique, les autorités de régulation bénéficient d'une indépendance qui

---

<sup>4</sup> V., en dernier lieu, le Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques sur les autorités administratives indépendantes déposé le 28 octobre 2010 par MM. Christian Vanneste et René Dosière (disponible sur le site de l'Assemblée nationale) ; le colloque publié dans la RFDA 2010, n° 5 ; A. Antoine et J.-F. Calmette, La sanction administrative des pratiques anticoncurrentielles à la suite de l'affaire du cartel de l'acier, RFDA 2010. 1157 (spéc. 1160-1161).

<sup>5</sup> Sauf précision contraire, nous entendons par « autorités administratives indépendantes » à la fois les autorités publiques indépendantes qui possèdent la personnalité morale, et les traditionnelles autorités administratives indépendantes qui, elles, ne la possèdent pas.

<sup>6</sup> La personnalité morale n'a pas été attribuée par le législateur selon un critère précis. Sur les huit autorités auxquelles cette étude est consacrée, seules la possèdent l'AMF (C. mon. fin., art. L. 621-1), la HADOPI (CPI, art. L. 331-12) et l'ARAF (art. 11, L. n° 2009-1503, 8 déc. 2009).

demeure une singularité au regard de la séparation des pouvoirs et, en particulier, de l'article 20 de la Constitution qui attribue au Gouvernement la disposition de l'administration.

La spécificité fonctionnelle des autorités de régulation est d'un autre ordre. Elle vise la mission qui leur est impartie. Constituées par le législateur autour d'un domaine de compétence précis, requérant des connaissances techniques et spécialisées, les autorités de régulation assurent une mission qui les fait participer des trois fonctions de l'État. Par leur pouvoir de décision individuelle ou même, dans certains cas, par leur pouvoir réglementaire, elles participent au pouvoir exécutif. Mais, par les avis qu'elles donnent sur des projets de loi les concernant, par les instructions ou les recommandations, par l'ensemble de ce « droit mou » dont elles sont souvent productrices, elles participent également du pouvoir législatif; et par leur pouvoir de sanction, de médiation ou de transaction, elles participent du pouvoir juridictionnel.

Enfin, la spécificité contentieuse des autorités de régulation est également importante. Le contentieux qu'elles génèrent étant, en général, d'ordre administratif, il est normal que la juridiction administrative en reçoive la compétence. Mais le Conseil constitutionnel a admis, dans une décision célèbre, que par exception, et « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice », le législateur attribue cette compétence à l'autorité judiciaire<sup>7</sup>.

Cette spécificité des autorités de régulation leur donne une place singulière au sein des institutions administratives françaises. Certes, la forme particulière d'exercice du pouvoir administratif qui leur correspond recueille un large assentiment; mais la forme juridique de l'autorité de régulation demeure instable. La place de ces autorités dans l'organisation de la séparation des pouvoirs suscite des interrogations: il peut leur être reproché tour à tour – et en raison même de leur statut – d'être trop ou trop peu des

---

<sup>7</sup> Cons. const., décis. n° 86-224-DC, 23 janv. 1987, Conseil de la concurrence, consid. 16.

autorités gouvernementales, des juridictions ou encore, à travers les contours flous de la *soft law*, des quasi-législateurs. Par ailleurs, l'internationalisation des enjeux de la régulation et l'intégration européenne, ont, elles aussi, contribué – et contribuent – à remettre en cause le cadre de ces autorités en les plaçant à l'intersection d'exigences nationales et internationales.

Bref, au moment où ces autorités apparaissent comme un outil indispensable du gouvernement économique de la France, le constat que faisait Martine Lombard, en 2005, dans le court laps de temps qui a vu la Commission de régulation de l'énergie (CRE) investie de la personnalité morale<sup>8</sup>, demeure d'une parfaite actualité: « l'une des questions auxquelles est aujourd'hui confrontée la France, comme nombre d'autres pays, est celle de la portée à venir de ce modèle des institutions indépendantes intervenant en matière économique »<sup>9</sup>. Cette interrogation est au cœur du rapport sur les autorités administratives indépendantes, rendu à la fin de l'année 2010, au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, par MM. Vanneste et Dosière. L'étude détaillée qu'ont réalisée les deux députés leur a permis de formuler vingt-sept recommandations qui, pour certaines, ont été reprises par le gouvernement et, pour d'autres, ont fait l'objet d'amendements à des projets de lois<sup>10</sup>.

L'analyse des deux rapporteurs cependant, conformément aux finalités de leur mission, est demeurée essentiellement pragmatique. Même si elle apporte une contribution de qualité à l'étude des autorités administratives indépendantes, elle ne parvient guère à leur donner un cadre juridique uniforme. Le rapport peut ainsi être lu à la fois comme

---

<sup>8</sup> La CRE s'est vue attribuer la personnalité morale par l'article 117 L. 30 déc. 2004 de finances rectificatives pour 2004 ; elle lui a été retirée par l'article 103, L. n° 2005-781, 13 juill. 2005.

<sup>9</sup> M. Lombard, Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation, RJEP/CJEG, n° 619, avr. 2005, p. 128.

<sup>10</sup> V. le tableau sur le suivi des recommandations, mis à jour sur le site de l'Assemblée nationale.

accentuant une certaine « crise » du statut des autorités de régulation – par exemple, en appelant à la création d’une Commission des sanctions au sein de l’Autorité de la concurrence<sup>11</sup> – ou comme engageant un retour de l’État dans ce domaine<sup>12</sup>. Certes, il serait illusoire de rechercher un modèle unique des autorités administratives indépendantes: le Conseil d’État l’avait remarqué en 2001 dans son Rapport public<sup>13</sup>. Il n’en demeure pas moins souhaitable dans le domaine plus restreint de la régulation, c’est-à-dire des autorités qui interviennent en matière économique et financière, de maintenir ou de renforcer l’unité d’une forme juridique par laquelle est exercé un pouvoir d’État. Dans ce contexte, il faut envisager la spécificité fonctionnelle et la spécificité organique du statut des autorités de régulation.

## **1. LA SPECIFICITE FONCTIONNELLE**

La spécificité fonctionnelle des autorités de régulation se traduit par un cadre statutaire qui leur donne une place singulière dans l’architecture de la séparation des pouvoirs. En dépit – ou à cause – du succès des autorités de régulation, ce cadre est aujourd’hui fragilisé.

### ***1.1. Le cadre statutaire de la régulation***

Ce cadre statutaire peut être résumé en deux propositions: les autorités de régulation ont des pouvoirs qui participent aux trois fonctions étatiques; mais leur pouvoir est, fondamentalement, un pouvoir d’ordre administratif.

---

<sup>11</sup> Rapport, t. 1, p. 120.

<sup>12</sup> V. l’analyse critique de M.-A. Frison-Roche, *Autorités administratives incomprises (AAI)*, JCP Adm. 2010. 896.

<sup>13</sup> Réflexions sur les AAI, Rapport public 2001, EDCE n° 52, 2001, p. 251 s. ; v. égal. M.-J. Guédon, « L’hétérogénéité des données organiques », in N. Decoopman (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L’exemple du secteur économique et financier*, PUF, 2002, p. 77.

### **Un organe qui participe aux trois fonctions de l'État**

La régulation implique un cumul des pouvoirs qui est justifié par la technicité du domaine concerné. L'unité de la régulation procède donc à la fois de son objet et de ses moyens.

Quant à son objet, la régulation se caractérise par la mission qui lui est impartie : procéder à l'organisation d'un marché qui ne parvient au meilleur de son fonctionnement qu'à travers un cadre institutionnel et réglementaire. Ainsi, la compétence des autorités de régulation n'est pas générale, elle est toujours définie dans un domaine particulier<sup>14</sup>. Quant à ses procédés, la fonction de régulation se caractérise par l'utilisation de toute une gamme d'outils qui va des moyens traditionnels de la puissance publique, comme le pouvoir réglementaire ou de sanction, à des procédés, formels ou informels, qui font la spécificité du droit économique, en amont des contraintes directes du contentieux ou de la réglementation. À ce titre, les autorités de régulation ont des pouvoirs qui peuvent relever des trois fonctions étatiques.

La participation des autorités de régulation à la fonction législative passe par l'adoption de mesures, d'actes, d'avis qui accompagnent le processus législatif ou la loi elle-même, une fois votée. Ces autorités sont tout d'abord fréquemment associées à la préparation de textes législatifs qui concernent leur domaine de compétence. Elles peuvent proposer des modifications de la loi soit d'elles-mêmes, soit à la demande du gouvernement ou du Parlement<sup>15</sup>. Une fois la loi votée, la compétence des autorités de régulation devrait se limiter à l'exécution du texte législatif; mais la nature du droit économique les incite à

---

<sup>14</sup> AMF: C. mon. fin., art. L. 621-1; ACP: C. mon. fin., art. L. 612-1 I; Autorité de la concurrence: C. com., art. L. 461-1; CRE: C. énergie., art. L. 131-1 s.

<sup>15</sup> AMF: C. mon. fin., art. L. 621-19; HADOPI : CPI, art. L. 331-13; Autorité de la concurrence : C. com., art. L. 462-1 ; CRE : C. énergie., art. L. 131-2, al. 2 et L. 134-14 ; ARCEP : CPCE, art. L. 5 et L. 36-5 ; ARJEL : art. 34, L. n° 2010-476, 12 mai 2010.

dépasser ce cadre restreint pour assurer une fonction normatrice qui passe par des instructions, des recommandations, des avis.

La participation des autorités de régulation à la fonction exécutive est particulièrement manifeste lorsqu'elles se voient attribuer un pouvoir réglementaire. Le Conseil constitutionnel a à la fois rendu licite et encadré cette attribution<sup>16</sup>. Toutes les autorités de régulation cependant ne disposent pas d'un tel pouvoir: seules la CRE<sup>17</sup>, l'AMF<sup>18</sup>, l'ARCEP<sup>19</sup>, la HADOPI<sup>20</sup> et l'ARAF<sup>21</sup> en bénéficient. Indépendamment de ce pouvoir, les autorités de régulation peuvent être consultées par le gouvernement sur l'adoption de mesures réglementaires<sup>22</sup>. De manière générale, il appartient à ces autorités de préciser les conditions d'application des textes législatifs et réglementaires par des avis, des recommandations ou des décisions individuelles. Il faut également attribuer à cette fonction exécutive l'ensemble des pouvoirs de « police administrative » qui sont conférés aux

---

<sup>16</sup> Cons. const., décis. n° 86-217-DC, 18 sept. 1989 (à propos de la CNCL) et n° 88-248-DC, 17 janv. 1989 (à propos du CSA).

<sup>17</sup> C. énergie., art. L. 134-1 et L. 134-2.

<sup>18</sup> C. mon. fin., art. L. 621-6 ; v. T. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, 3e éd., Economica, 2010, p. 362-376.

<sup>19</sup> CPCE, art. L. 36-6 (pouvoir soumis à homologation) ; d'autres articles du même code attribuent à l'ARCEP un pouvoir réglementaire qui n'est pas soumis à homologation : ainsi les art. L. 34-8-I, L. 36-7-8, L. 44-I, L. 37-I ; enfin certains textes réglementaires accordent à l'ARCEP un pouvoir réglementaire limité : R. 20-37, D. 99-6 et 8, D. 406-19-IV, D. 288.

<sup>20</sup> CPI, art. L. 331-23, al. 2, (v. Cons. const., décis. n° 2009-580-DC, 10 juin 2009, consid. 32-34).

<sup>21</sup> Art. 14, L. n° 2009-1503, 8 déc. 2009.

<sup>22</sup> HADOPI: CPI, art. L. 331-13; ARAF : art. 15 VIII, L. n° 2009-1503 ; Autorité de la concurrence : C. com., art. L. 462-1 et -2 ; CRE : C. énergie., art. L. 134-10; ARCEP : CPCE, art. L. 5 et L. 36-5 ; ARJEL : art. 34, L. n° 2010-476.

autorités de régulation: pouvoirs de contrôle, d'agrément, d'autorisation, qui leur sont fréquemment reconnus.

Enfin, les autorités de régulation participent à la fonction juridictionnelle même si elles ne sont pas des juridictions. À titre secondaire, en effet, la loi peut leur reconnaître des pouvoirs qui sont caractéristiques de cette fonction. Il en est ainsi du pouvoir de sanction qui les amène à exercer une fonction répressive, proche de celle confiée au juge pénal. Ce pouvoir est certes rarement accordé aux autorités administratives indépendantes, prises dans leur ensemble. Mais il est significatif que toutes les autorités de régulation dans le domaine économique et financier le possèdent. C'est le cas de l'ARCEP<sup>23</sup>, de la CRE<sup>24</sup>, de l'AMF<sup>25</sup>, de l'Autorité de la concurrence<sup>26</sup>, de l'ACP<sup>27</sup>, de l'ARJEL<sup>28</sup>, de l'ARAF<sup>29</sup> et de la HADOPI<sup>30</sup>. D'autres pouvoirs accordés ponctuellement à des autorités de régulation sont également révélateurs de leur participation à la fonction juridictionnelle : ainsi, le pouvoir

---

<sup>23</sup> CPCE, art. L. 36-11, L. 5-3.

<sup>24</sup> C. énergie., art. L. 134-25 s.

<sup>25</sup> C. mon. fin., Art. L. 621-15 s. V. T. Bonneau et F. Drummond, *op. cit.*, p. 403-434.

<sup>26</sup> C. com., art. L. 462-6, L. 464-2 et L. 464-3.

<sup>27</sup> C. mon. fin., art. L. 612-1-II.

<sup>28</sup> Art. 43 et 44, L. n° 2010-476.

<sup>29</sup> Art. 17, L. n° 2009-1503.

<sup>30</sup> CPI, art. L. 331-32.

d'homologuer un procès-verbal de conciliation qui lui donne force exécutoire<sup>31</sup>, le pouvoir d'adresser des injonctions<sup>32</sup> ou encore de prendre des mesures conservatoires<sup>33</sup>.

### **Un pouvoir qui demeure d'ordre administratif**

Dire le droit, l'exécuter, rendre la justice: les compétences accordées aux autorités de régulation impliquent une certaine « confusion » des pouvoirs<sup>34</sup>. Encore faut-il bien comprendre l'esprit de cette « confusion », ses conditions et ses limites. La régulation des activités économiques implique en effet l'usage d'outils juridiques qui, par leur nature, appartiennent aux trois fonctions de l'État, mais dans un domaine restreint et d'une manière qui les uniformise et les place tous au même niveau. Du point de vue du régulateur, il ne s'agit pas d'exercer un pouvoir « législatif », « exécutif » ou « juridictionnel »: il s'agit d'utiliser des compétences données par la loi ou le règlement, dans un domaine particulier, marqué par une forte technicité. La position du régulateur est moins celle d'un législateur, d'un gouvernement ou d'un juge que celle d'un médecin. C'est en ce sens qu'il y a, entre ses mains, une certaine confusion des pouvoirs: une confusion qui n'est pas tant un cumul de « pouvoirs » qu'un rassemblement d'outils pour répondre, au cas par cas, à des enjeux techniques dans un domaine donné.

---

<sup>31</sup> Ce pouvoir est reconnu à la HADOPI par CPI, art. L. 331-35.

<sup>32</sup> AMF: C. mon. fin., art. L. 621-14 I ; ACP: C. mon. fin., art. L. 612-25; HADOPI: CPI, art. L. 331-32 et L. 331-35 ; Autorité de la concurrence : C. com., art. L462-6, L464-1 et -2 ; ARJEL : art. 61, L. n° 2010-476.

<sup>33</sup> ACP: C. mon. fin., art. L612-33 à 35 ; Autorité de la concurrence : C. com., art. L464-1 ; CRE : C. énergie., art. L. 134-22; ARCEP : CPCE, art. L. 36-8 I, L. 36- 11, L. 36-8.

<sup>34</sup> P. Sabourin, « Les autorités administratives indépendantes dans l'État », in C.-A. Colliard et G. Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, p. 103-106.

Le pouvoir des autorités de régulation est par conséquent fondamentalement un pouvoir d'ordre administratif. La compétence juridictionnelle peut appartenir à l'ordre judiciaire, la nature même du contentieux ne change pas<sup>35</sup>.

Il ne fait aucun doute que les autorités de régulation sont des organes administratifs. L'AMF, la HADOPI et l'ARAF sont désignées par la loi comme des autorités publiques indépendantes<sup>36</sup>.

L'ACP, l'Autorité de la concurrence et l'ARJEL sont, quant à elles, désignées comme des autorités administratives indépendantes<sup>37</sup>. L'ARCEP et la CRE ne bénéficient certes pas d'une qualification législative expresse; mais l'ARCEP a succédé à l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) qui fut qualifiée d'autorité administrative indépendante par le Conseil constitutionnel<sup>38</sup>. La CRE, pour sa part, assume les missions autrefois attribuées à la Commission de régulation de l'électricité considérée, en 2001, comme une autorité administrative indépendante par le Conseil d'État<sup>39</sup>.

La nature des actes des autorités de régulation pourrait sembler plus douteuse; mais le contentieux agit ici comme un révélateur : une fois passées les portes de la juridiction administrative, ces actes sont des décisions administratives ou ne le sont pas<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> P. Delvolvé « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 54-58.

<sup>36</sup> AMF: C. mon. fin., art. L. 621-1 ; HADOPI : CPI, art. L. 331-12; ARAF : art. 11, L. n° 2009-1503.

<sup>37</sup> ACP: C. mon. fin., art. L. 612-1-I ; Autorité de la concurrence : C. com., art. L. 461-1-I ; ARJEL : art. 34-I, L. n° 2010-476.

<sup>38</sup> Cons. const., décis. n° 96-378-DC, 23 juill. 1996.

<sup>39</sup> Réflexions sur les AAI, Rapport public 2001, EDCE n° 52, 2001, p. 304.

<sup>40</sup> Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 1999, 15e éd., p. 97, § 87 et Les actions administratives informelles, RID comp. 1994. 653-654. V. par ex. CE 29 avr. 2009, M. Bernard A., req. n° 293673 (à propos de la

Lorsqu'ils le sont, le juge leur applique le régime ordinaire de contrôle contentieux des actes administratifs<sup>41</sup>.

Ainsi, les autorités de régulation exercent un service public de « police économique »<sup>42</sup> en utilisant des moyens qui ressortissent de la puissance publique: le pouvoir réglementaire, le pouvoir de sanction, les pouvoirs de contrôle et d'enquête, le pouvoir d'injonction.

Si ces outils relèvent des trois fonctions de l'État, ils sont néanmoins mis au service d'une tâche qui est administrative. Les larges compétences accordées aux autorités de régulation ont cette limite fondamentale d'être purement fonctionnelles. La régulation va avec la spécialité<sup>43</sup>. Elle permet d'offrir une solution rapide et pragmatique – mais d'ordre administratif – à des litiges techniques qui sont souvent réglés avant même toute phase contentieuse<sup>44</sup>.

---

COB); CE 30 déc. 2003, *Caisse de refinancement de l'habitat*, req. n° 230947 (à propos de la Commission bancaire); V., dans le cas de la HALDE, CE 13 juill. 2007 (3 arrêts), Société Éditions Tissot, req. n° 294195; SARL Riviera, req. n° 295761; *Mme Ghilaisne Abric*, req. n° 297742; Lebon p. 335; AJDA 2007. 2145, concl. L. Derepas.

<sup>41</sup> M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 2003.

<sup>42</sup> P. Delvolvé, art. préc., p. 57.

<sup>43</sup> À l'inverse, réunir des domaines de compétence divers sous l'autorité d'une seule autorité de régulation, c'est prendre le risque de créer un pouvoir ministériel sans ministre.

<sup>44</sup> T. Tuot, *L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends 2003/2004*, RJEP/CJEG, n° 616, janv. 2005, p. 5.

### ***1.2. La fragilisation de ce cadre***

Les autorités de régulation sont à la fois des experts et des gendarmes. Or la singularité de leur statut semble aujourd'hui fragilisée.

### **L'avènement d'un droit processuel de la régulation**

Il est bien connu que, depuis l'arrêt d'assemblée Didier du 3 décembre 1999, le Conseil d'État accepte de soumettre les autorités administratives indépendantes aux exigences de la Convention sur le procès équitable<sup>45</sup>. La jurisprudence a progressivement tiré les conséquences de cette application de l'article 6-1<sup>46</sup> et le Parlement a été amené, par répercussion, à modifier largement les statuts des autorités de régulation. Ce « rattrapage » législatif des statuts a débuté par la réforme de 2003, qui a fusionné la Commission des opérations de bourse (COB), le Conseil des marchés financiers et le Conseil de discipline de la gestion financière, au sein d'une instance unique, l'AMF<sup>47</sup>. Il est devenu, depuis, une préoccupation constante du législateur qui intervient dans la révision ou la création des institutions de la régulation. Ce fut le cas lors de l'introduction d'une procédure de récusation des membres de la commission des sanctions de l'AMF par la loi n° 2007-1774 du 17 décembre 2007<sup>48</sup>. Ce fut encore le cas lors de la création de l'Autorité de la

---

<sup>45</sup> CE, ass., 3 déc. 1999, Didier, Lebon p. 399; Grands arrêts, 18e éd., 2011, n° 102; AJDA 2000. 172, chron. M. Guyomar et P. Collin; JCP 2000. II. 10267, note F. Sudre; RD publ. 2000. 349, note C. Guettier; RFDA 2000. 584, concl. A. Seban.

<sup>46</sup> V. le bilan effectué par G. Eveillard, L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse, AJDA 2010. 531.

<sup>47</sup> Loi de sécurité financière n° 2003-706, 1er août 2003 qui a été notamment provoquée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 7 mars 2000, *K. P. M. G. Fiduciaire de France*, JCP 2000. II. 10408, note R. Drago.

<sup>48</sup> C. mon. fin., art. L. 621-15, III, bis et art. 1er, D, décr. n° 2008-893, 2 sept. 2008 relatif à la Commission des sanctions de l'AMF. L'absence d'une telle procédure avait été condamnée par l'arrêt CE 26 juill. 2007, M. P., n° 293908, AJDA 2007. 1947.

concurrence par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008<sup>49</sup>; ou lors de la création de l'Autorité de contrôle prudentiel, en 2010, qui répond directement à la condamnation de la procédure applicable devant la Commission bancaire par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>50</sup>.

L'application des exigences de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux autorités de régulation ne fait pourtant pas de celles-ci des juridictions au sens du droit interne. La jurisprudence *Didier* a au contraire permis le croisement des interprétations du Conseil d'État et de la Cour européenne. D'un côté, la Cour fait en effet prévaloir un raisonnement matériel sur un raisonnement organique: comme elle n'est pas liée par les qualifications nationales, elle considère que les autorités de régulation prononçant des sanctions sont des juridictions au sens de la Convention. À ce titre, elle leur applique les conditions du procès équitable qui sont attachées à l'article 6-1. D'un autre côté, le Conseil d'État tend à donner la priorité à un raisonnement organique: les autorités de régulation sont des autorités administratives qui se voient soumises partiellement aux exigences de l'article 6-1, comme elles le sont, par ailleurs et depuis plus longtemps, aux principes traditionnels de la procédure administrative non contentieuse<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> L. n° 2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie. V. le commentaire de S. Nicinski, L'autorité de la concurrence, RFDA 2009. 1237. Sur le fondement de cette loi a été adoptée l'ord. n° 2008-1161, 13 nov. 2008 qui a permis d'intégrer à la procédure devant l'Autorité de la concurrence des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme.

<sup>50</sup> Ord. n° 2010-76, 21 janv. 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, JO 22 janv. 2010, n° 0018, p. 1392. La Cour européenne des droits de l'homme avait condamné la procédure applicable devant la Commission bancaire au titre de la violation de l'impartialité objective : CEDH 11 juin 2009, req. n° 5242/04, *Société Dubus* ; D. 2009. 2247; Gaz. Pal., 5 déc. 2009, n° 339, p. 41, note P. Houédanou ; AJ pénal 2009. 354, note J. Lasserre-Capdeville.

<sup>51</sup> Comme le soulignent les auteurs des Grands arrêts (18e édit., 2011, p. 757), l'impartialité est un principe « à la fois antérieur et extérieur à l'article 6-1 ». Le principe d'impartialité peut être appliqué en raison, soit des exigences convergentes du droit interne et de l'article 6-1, soit des seules exigences du droit interne.

La décision de sanction prononcée par une autorité de régulation apparaît donc, du point de vue européen, comme un acte *juridictionnel*, et du point de vue interne, comme un acte *administratif*.

Cette double lecture a amené le Conseil d'État, comme il l'avait annoncé dans l'arrêt *Didier*, à faire un tri dans les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutes ne s'appliquent pas aux procédures des autorités de régulation. Seules s'appliquent les garanties nécessaires au bon accomplissement de l'office du juge qui serait saisi ultérieurement de la décision de l'autorité. « Ce qui compte, observe Gweltaz Eveillard, n'est pas que l'administration fonctionne comme un tribunal, mais qu'elle n'empêche pas la juridiction de statuer comme un tribunal »<sup>52</sup>. Le Conseil d'État considère en effet que l'application partielle des exigences de l'article 6-1 est compensée par le contrôle de pleine juridiction exercé, le cas échéant, en aval de la procédure administrative non contentieuse<sup>53</sup>. Or le recours de plein contentieux est devenu le recours de droit commun contre les décisions de sanction des autorités de régulation: il s'agit du recours ouvert contre les sanctions prises par l'Autorité des marchés financiers<sup>54</sup>, par l'Autorité de contrôle prudentiel<sup>55</sup>, par l'ARCEP<sup>56</sup>, par la CRE<sup>57</sup>, par l'ARAF<sup>58</sup>, par l'ARJEL<sup>59</sup>, sans

---

<sup>52</sup> G. Eveillard, art. cit.

<sup>53</sup> V. les arrêts CE, ass., 3 déc. 1999, *Didier*, préc. ; CE, sect., 27 oct. 2006, Parent, Lebon p. 454; LPA déc. 2006, concl. Guyomar ; AJ 2007. 80, note Collet ; RD publ. 2007. 670, comm. Guettier ; CE 23 avr. 2009, *Compagnie Blue Line*, req. n° 314918, GP 2009, n° 339, p. 38, note P. Houédanou.

<sup>54</sup> C. mon. fin., art. R. 621-45.

<sup>55</sup> C. mon. fin., art. L. 612-6-IV.

<sup>56</sup> CPCE, art. L. 5-3 et L. 36-11.

<sup>57</sup> C. énergie., art. L. 134-34

<sup>58</sup> Art. 17-II, L. n° 2009-1503.

compter les recours ouverts devant le juge judiciaire contre les sanctions de l’Autorité de la concurrence<sup>60</sup> ou de la HADOPI<sup>61</sup>.

La généralisation du recours de pleine juridiction est une répercussion, dans l’ordre juridique interne, des exigences de la Cour européenne des droits de l’homme relatives à la « matière pénale »<sup>62</sup>. L’application sélective de ces exigences permet tout à la fois de tenir compte de la spécificité des procédures administratives – qui répondent traditionnellement au principe d’impartialité et à la garantie des droits de la défense – et des garanties complètes qui sont offertes lors du procès ouvert devant un juge. Le recours de plein contentieux permet au juge de statuer sur l’ensemble des circonstances de fait et de droit établies à la date de sa décision si, du moins, il est en mesure de la substituer à celle de l’administration, c’est-à-dire de s’appuyer sur les éléments d’une procédure administrative régulière<sup>63</sup>. Lorsque toutes les formalités n’ont pas été remplies, ou lorsqu’elles ont été remplies de manière inadéquate, il ne peut qu’annuler la décision. À l’inverse, la validation de la procédure administrative devant l’autorité de régulation lui permet d’exercer pleinement, au regard de la Convention européenne, son « pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l’organe inférieur »<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> Art. 44-II, L. n° 2010-476.

<sup>60</sup> C. com., art. L. 464-8.

<sup>61</sup> Art. L. 331-32 C. p. i.

<sup>62</sup> CEDH 23 oct. 1995, *Schmautzer c. Autriche*, A. 328-A, § 36, qui exige un « pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l’organe inférieur » ; v. R. Tinière, La notion de « pleine juridiction » au sens de la CEDH et l’office du juge administratif, RFDA 2009. 729.

<sup>63</sup> 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. I. 188, n° 50, p. 2241-225.

<sup>64</sup> CEDH 23 oct. 1995, *Schmautzer c. Autriche*, préc.

La croissance continue des pouvoirs reconnus aux autorités de régulation est donc accompagnée par une augmentation parallèle des garanties offertes aux personnes visées. C'est un véritable droit processuel de la régulation qui voit ainsi le jour. Les enquêtes administratives que mènent les autorités de régulation ne sont pas des procédures juridictionnelles, mais elles leur ressemblent: les pouvoirs dont elles disposent sont en effet de même nature que ceux attribués au juge d'instruction dans le cadre de la procédure pénale. Dans un domaine plus restreint, ils permettent à l'autorité ou à ses agents d'obtenir toute information, d'avoir communication et copie de pièces ou de documents, de se transporter sur place et de procéder à des auditions<sup>65</sup>. Certaines autorités peuvent même étendre leurs investigations dans des lieux qui ne sont plus professionnels, notamment des domiciles, sur autorisation du juge des libertés et de la détention<sup>66</sup>.

Les autorités de régulation se « juridictionnalisent »<sup>67</sup>. Il est sans doute possible tour à tour de déplorer la croissance excessive d'enquêtes administratives<sup>68</sup> – dont il n'est pas certain qu'elles soient, en elles-mêmes, un progrès du droit – et de se réjouir de leur

---

<sup>65</sup> AMF: C. mon. fin., art. L. 621-10, L. 621-12; ACP: C. mon. fin., art. L. 612- 23, L. 612-24, al. 2 et 4, art. L. 612-26; HADOPI: CPI, art. L. 331-21, L. 331- 21-1; ARAF: art. 17, 22 et 23, L. n° 2009-1503; Autorité de la concurrence: C. com., art. L. 450-1 s., L. 463-7; CRE: C. énergie., art. L. 135-4 et L. 135-5; ARCEP: CPCE, art. L. 5-6, L. 5-9, L. 5-9-1, art. L. 32-4; ARJEL: art. 42, L. n° 2010-476.

<sup>66</sup> AMF: C. mon. fin., art. L. 621-12; Autorité de la concurrence: C. com., art. L. 450-4; ARAF: art. 23 I, L. n° 2009-1503; CRE: C. énergie., art. L. 135-5; ARCEP: CPCE, art. L. 5-9-1.

<sup>67</sup> D. Costa, L'Autorité des marchés financiers: juridiction? quasi-juridiction? pseudo-juridiction? À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 4 février 2005, *Société GSD et M. YX*, RFDA 2005. 1174 et les remarques de P. Delvolvé, dans la préface de la thèse de J.-J. Menuret, *Le contentieux du conseil de la concurrence*, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2002, p. xvi-xvii.

<sup>68</sup> S. Thomasset-Pierre, « L'Autorité des marchés financiers: une autorité publique ambivalente », in H. de Vauplane et J.-J. Daigre (dir.), *Mélanges Association européenne de droit bancaire et financier – France. Droit bancaire et financier*, 2004, p. 427-428 et, de manière plus générale, dans sa thèse, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, LGDJ, 2003, spéc. p. 439-442.

soumission de plus en plus grande aux exigences du procès équitable. Une certaine hésitation du législateur est d'ailleurs perceptible. En effet, la détermination des éléments qui sont indispensables au caractère équitable de la procédure, dès son commencement, est un exercice difficile<sup>69</sup>. La tendance est alors à l'octroi de garanties qui, non seulement correspondent aux exigences de l'article 6-1, mais vont même parfois au-delà.

### **L'avènement du dualisme organique**

L'une des manifestations les plus nettes de cette « juridictionnalisation » des autorités de régulation réside dans la séparation organique – et non pas simplement fonctionnelle – des pouvoirs de poursuite, d'instruction et de sanction.

L'ancienne Commission des opérations de bourse (COB) connaissait déjà une séparation fonctionnelle: l'enquête était confiée au directeur général de la Commission; l'instruction et la notification des griefs étaient assurées par un rapporteur qui était nommé par le président de la Commission; le pouvoir de sanction, enfin, était exercé par le collège plénier de la Commission, qui statuait en l'absence du rapporteur<sup>70</sup>. Mais la loi du 1er août 2003 de sécurité financière a été la première à créer, au sein de l'AMF, une séparation organique entre le collège de l'autorité de régulation et la commission des sanctions. Désormais, les contrôles et enquêtes sont de la compétence des services de l'AMF, qui peuvent être aidés d'enquêteurs habilités appartenant à des corps extérieurs. Dans un deuxième temps, la décision d'engager des poursuites est prise, sur la base du rapport établi par les services, par le collège de l'autorité. Cette décision est notifiée à la personne concernée et à la commission des sanctions, qui désigne un rapporteur parmi ses membres. La Commission des sanctions a seule le pouvoir de prononcer une sanction, après une

---

<sup>69</sup> G. Eveillard, art. cit., qui relève quelques « surprises » dans la liste des éléments non substantiels : ainsi, l'absence de lecture publique de la décision (CE 10 mai 2004, *Crédit du Nord*, Lebon T. p. 692), le droit à être entendu (CE 23 avr. 2009, *Compagnie Blue Line*, préc.)...

<sup>70</sup> Cette séparation avait été introduite par deux décrets du 1er août 2000 (n° 2000-720 et 2000-721).

procédure contradictoire et une délibération à laquelle ni le rapporteur, ni le commissaire du gouvernement ne participent<sup>71</sup>.

Ce dualisme organique n'est pas en lui-même une exigence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>72</sup>. Mis en place en 2003 pour l'AMF<sup>73</sup>, il a depuis lors été transposé dans la structure de plusieurs autorités de régulation: la HADOPI<sup>74</sup>, l'ACP<sup>75</sup>, la CRE<sup>76</sup>, l'ARJEL<sup>77</sup>. L'ARAF, l'Autorité de la concurrence et l'ARCEP, par contre, possèdent toujours un collège unique.

Les autorités de régulation qui ne possèdent pas une structure dualiste n'ignorent pas une certaine séparation fonctionnelle des pouvoirs de poursuite, d'instruction et de sanction; mais elles demeurent conformes à un cadre général qui est celui de l'enquête administrative. Ainsi, devant l'Autorité de la concurrence, l'instruction est confiée au rapporteur général ou à l'un de ses adjoints (C. com., art. L. 461-4). C'est ce rapporteur qui notifie les griefs aux intéressés et au commissaire du Gouvernement (C. com., art. L. 463-2). C'est encore le rapporteur général qui décide de faire appel à des experts, sur demande formulée par le rapporteur en charge du dossier ou une partie (C. com., art. L. 463-8). Cependant, lorsque le collège de l'Autorité délibère, le rôle du rapporteur général est réduit : il assiste au délibéré mais ne participe pas au vote (C. com., art. L. 463-7). Le pouvoir de

---

<sup>71</sup> C. mon. fin., art. L. 621-2, IV, L. 621-3 I, L. 621-15, II et IV.

<sup>72</sup> L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2006.

<sup>73</sup> C. mon. fin., art. L. 621-2.

<sup>74</sup> CPI, art. L. 331-15.

<sup>75</sup> C. mon. fin., art. L. 612-4.

<sup>76</sup> C. énergie., art. L. 132-1.

<sup>77</sup> Art. 35-I, L. n° 2010-476.

sanction de l'Autorité (C. com., art. L. 462-6) est donc exercé indépendamment de celui qui a dirigé l'instruction. Le même constat peut être fait pour l'ARAF: l'article 17 de la loi du 8 décembre 2009 prévoit en effet que « le collège délibère sur les affaires dont il est saisi hors la présence des agents ayant constaté les manquements et de ceux ayant établi le dossier d'instruction ». S'il n'est pas de disposition semblable dans le Code des postes et des communications électroniques à propos de l'ARCEP, il y est néanmoins prévu que la phase d'enquête est menée par des fonctionnaires et agents du ministère chargé des postes et de l'ARCEP (CPCE, art. L. 5- 9 et L. 32-4), le pouvoir de sanction étant exercé par le collège de l'Autorité (CPCE, art. L. 5-3 et L. 36-11).

Les autorités qui possèdent une structure dualiste réalisent une séparation organique des fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction. Les missions générales de l'autorité sont exercées par le collège et le pouvoir de sanction est attribué à une commission indépendante<sup>78</sup>. Les contrôles et enquêtes sont assurés par les agents de l'autorité. La saisine de la Commission des sanctions est une compétence du collège pour l'AMF<sup>79</sup>, l'ACP<sup>80</sup> et l'ARJEL<sup>81</sup>. La Commission de protection des droits de la HADOPI peut se saisir elle-même sur la base d'informations transmises par le procureur de la République ou peut être saisie par des agents assermentés<sup>82</sup>. Le comité de règlement des différends et des sanctions de la CRE, quant à lui, peut être saisi, selon l'objet du litige, par

---

<sup>78</sup> Les fonctions de membre de la commission des sanctions sont incompatibles avec celles de membre du collège : AMF (C. mon. fin., art. L. 621-2, IV) ; ACP (C. mon. fin., art. L. 612-9) ; HADOPI (CPI, art. L. 331-17) ; CRE (C. énergie., art. L. 132-4) ; ARJEL (art. 41, L. n° 2010-476).

<sup>79</sup> C. mon. fin., art. L. 621-15, I.

<sup>80</sup> C. mon. fin., art. L. 612-38.

<sup>81</sup> Art. 43, I, L. n° 2010-476.

<sup>82</sup> CPI, art. L. 331-24.

les gestionnaires ou les utilisateurs des réseaux publics<sup>83</sup>, par le ministre, une organisation professionnelle ou une association d'utilisateur, par toute personne concernée, ou se saisir de lui-même<sup>84</sup>. Enfin, la sanction, s'il y a lieu, est prononcée par la commission des sanctions (AMF, ACP, ARJEL), la commission de protection des droits (HADOPI), le comité de règlement des différends et des sanctions (CRE).

Le dualisme organique qui structure désormais la majorité des autorités de régulation a un caractère paradoxal. Il réintroduit une séparation organique des pouvoirs là où l'inspiration initiale de la régulation semblait l'avoir exclue. Certes, la commission qui exerce le pouvoir répressif est interne à l'autorité administrative<sup>85</sup>, mais elle assume cette compétence dans des conditions qui lui garantissent une parfaite indépendance à l'égard du collège. Cette évolution ne peut guère faire l'objet de critiques, tant le rôle et le poids des sanctions administratives, dans le domaine économique et financier, a augmenté ces dernières années. Ses conséquences sont indéniablement positives pour les personnes mises en cause, qui ont vu leurs droits consolidés de manière substantielle. Il n'en demeure pas moins qu'elle produit une certaine incohérence dans les statuts des autorités de régulation.

Le dualisme organique a en effet pour conséquence directe de rendre possibles des divergences d'appréciation entre le collège et la commission des sanctions. Cette brèche dans l'unité du pouvoir de l'autorité de régulation a été illustrée par l'affaire EADS, dans laquelle la commission des sanctions de l'AMF a adopté une position différente de celle attendue par le collège. Cette divergence d'appréciation a été d'autant plus sensible que, parallèlement, une action pénale s'est développée dont – il est vrai – l'issue n'est pas

---

<sup>83</sup> C. énergie., art. L. 134-19.

<sup>84</sup> C. énergie., art. L. 134-25.

<sup>85</sup> Ainsi, dans sa décis. n° 2009-580-DC, 10 juin 2009, consid. 16, le Conseil constitutionnel mentionne explicitement que la commission de protection des droits de la HADOPI « n'est pas une juridiction » mais une « autorité administrative ».

encore connue. Il serait bien entendu peu pertinent de reprocher à la commission des sanctions de statuer en toute indépendance. La question qui est posée est en réalité différente: en quelle mesure le dualisme organique est-il compatible avec l'objectif initial de la régulation, qui était de voir trancher rapidement par le régulateur les différends susceptibles d'apparaître<sup>86</sup> ?

La dynamique de « juridictionnalisation » des autorités de régulation a diminué l'unité de leur pouvoir administratif. Il est ainsi frappant de voir la facilité avec laquelle le Parlement a ouvert au président du collège de l'AMF, à la suite de l'affaire EADS, la possibilité de former un recours contre la décision de la Commission des sanctions<sup>87</sup>. Une telle possibilité fut d'abord reconnue aux présidents de l'ACP<sup>88</sup> et de l'ARJEL<sup>89</sup> au sein de leurs autorités respectives. Il semble tout d'abord incohérent de voir, dans une même personne morale, un organe former un recours contre la décision d'un autre organe. Le cas n'est pas unique en droit public, mais il est peu fréquent<sup>90</sup>. Il est ici d'autant plus curieux qu'il intervient dans l'organisation d'une autorité administrative qui est censée pouvoir trancher des litiges techniques avec célérité. Cependant, la raison d'être de ce recours apparaît dans le rapprochement de la procédure suivie par les autorités de régulation avec la procédure pénale. En effet, ce droit recours est une conséquence logique de la séparation qui a été instaurée entre les fonctions de poursuite et de sanction: le collège ayant

---

<sup>86</sup> V. les remarques de T. Tuot, art. préc., p. 5-6.

<sup>87</sup> Ce droit de recours du président de l'AMF contre la décision de la commission des sanctions a été introduit par la loi n° 2010-1249, 22 octobre 2010 à l'article L. 621-30 du code monétaire et financier.

<sup>88</sup> C. mon. fin., art. L. 612-16, IV.

<sup>89</sup> Art. 44 II, L. n° 2010-476.

<sup>90</sup> B. Delcros, *L'unité de la personnalité juridique de l'État : étude sur les services non personnalisés de l'État*, LGDJ, 1976, p. 130-144.

l'initiative des poursuites<sup>91</sup>, il est naturel qu'il puisse former un recours contre la décision de la Commission des sanctions. Il s'agit d'une transposition, dans le domaine de la régulation, du droit d'appel du procureur général à l'égard des jugements rendus par les cours d'assise<sup>92</sup>, les tribunaux correctionnels, les tribunaux de police et les juridictions de proximité<sup>93</sup>.

L'assimilation implicite des commissions de sanction à des juridictions sépare ce qui était uni. La forme juridique – ou plutôt : une certaine forme juridique – de l'autorité de régulation est paradoxalement aujourd'hui moins comprise et moins admise qu'elle ne le fut jadis. Son succès n'en est pas moins grand; et c'est sous-estimer la spécificité et la technicité du contentieux traité par les autorités de régulation que d'appeler à un transfert de leurs compétences au profit du juge judiciaire<sup>94</sup>. Attribuer aux commissions des sanctions, par une qualification législative, le statut de juridiction – comme autrefois la Commission bancaire statuant en matière disciplinaire<sup>95</sup> – ne semble guère plus pertinent: une telle réforme risquerait de priver les justiciables d'un degré de juridiction<sup>96</sup>. Sauf à imaginer la création d'une juridiction spécialisée – mais le projet, parfois évoqué, a été constamment rejeté<sup>97</sup> –, la forme de l'autorité de régulation semble encore la plus adaptée.

---

<sup>91</sup> C. mon. fin., art. L. 621-15, I (AMF) ; C. mon. fin., art. L. 612-38 (ACP) ; art. 43, II, L. n° 2010-476 (ARJEL).

<sup>92</sup> C. pr. pén., art. 380-2.

<sup>93</sup> C. pr. pén., art. 497 et 546.

<sup>94</sup> V. la thèse de S. Thomasset-Pierre, *L'autorité de régulation boursière...*, op. cit., p. 428-432.

<sup>95</sup> La loi bancaire du 24 janvier 1984 (art. 48) lui avait, en effet, donné une double nature : autorité administrative dans l'exercice de sa mission de surveillance, elle devenait une juridiction administrative dans l'exercice de son pouvoir de sanction.

<sup>96</sup> Les décisions de la Commission bancaire en matière disciplinaire n'étaient susceptibles que d'un recours en cassation.

La consolidation de ces autorités, pour autant qu'elles répondent à une nécessité<sup>98</sup>, ne peut cependant occulter leur spécificité fonctionnelle dans le cadre général de la séparation des pouvoirs : celle d'un pouvoir administratif qui participe des trois fonctions de l'État.

## **2. LA SPECIFICITE ORGANIQUE**

La spécificité organique des autorités de régulation est d'être des autorités administratives indépendantes qui ne sont soumises ni au pouvoir hiérarchique ni à la tutelle des ministres ou de leurs subordonnés. Cependant, l'indépendance de ces autorités ne modifie pas la nature du pouvoir qu'elles exercent, qui est un pouvoir d'État. À ce titre, le statut des autorités de régulation n'échappe pas aux voies de la légitimité démocratique, déterminées par la Constitution.

### ***2.1. L'exercice d'un pouvoir d'État***

L'attribution de la personnalité morale à certaines autorités de régulation ne semble pas avoir emporté une réelle novation de leur pouvoir. Dotées ou non de cette personnalité, les autorités de régulation apparaissent comme des autorités dans l'État<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> L'idée d'une « cour de justice économique », étrangère à la tradition française, avait été défendue par Jean Foyer, en 1977, à l'occasion du débat parlementaire qui devait aboutir à la création de la Commission de la concurrence. Le gouvernement, par la voix de Mme Christiane Scrivener, lui avait opposé une fin de non-recevoir « car la création d'une nouvelle juridiction aurait compliqué encore l'organisation de notre système judiciaire, risqué de susciter des conflits de compétence et entraîné des incertitudes pour les entreprises » (JO Débats, AN 9 juin 1977, p. 3615 et 3623).

<sup>98</sup> V. les remarques de MM. Vanneste et Dosière, Rapport, t. 1, p. 60 s.

<sup>99</sup> P. Sabourin, art. préc., p. 95.

### **Personnalité morale et indépendance**

L'attribution de la personnalité morale aux autorités publiques indépendantes (AMF, HADOPI, ARAF) constitue, indéniablement, un degré supplémentaire dans l'autonomie reconnue aux autorités de régulation<sup>100</sup>. Correspond-t-elle, pour autant, à une indépendance complète à l'égard de l'État?

Les effets de la personnalité juridique accordée à une autorité publique indépendante se manifestent essentiellement dans la gestion administrative et budgétaire de l'autorité<sup>101</sup>: avec la personnalité juridique vont la jouissance d'un patrimoine, la possibilité d'arrêter son budget, de passer des contrats, de recouvrer une ressource fiscale, d'ester en justice, d'employer des personnels de droit public comme de droit privé... Certains de ces avantages ont pu être accordés à des autorités administratives indépendantes démunies de personnalité propre<sup>102</sup>; mais la personnalité réunit et accorde en bloc ce qui est délégué ponctuellement aux traditionnelles autorités administratives indépendantes.

Plus que l'attribution de la personnalité morale, c'est l'autonomie budgétaire qui apparaît révélatrice du lien entre les autorités de régulation et l'institution étatique. Cette autonomie se manifeste tout d'abord par l'attribution de la qualité d'ordonnateur des dépenses à l'un des organes de l'autorité. Cette attribution est indéniablement un élément objectif en faveur de l'indépendance; mais elle n'est aucunement conditionnée par la possession de la personnalité juridique. Plusieurs autorités administratives indépendantes sont, de ce point de vue, dans la même situation que les autorités publiques

---

<sup>100</sup> M. Degoffe, Les autorités publiques indépendantes, AJDA 2008. 622.

<sup>101</sup> T. Bonneau et F. Drummond, op. cit., p. 349-350.

<sup>102</sup> Ainsi l'Autorité de contrôle prudentiel qui dispose, selon l'art. C. mon. fin., L. 612-18, de l'« autonomie financière ».

indépendantes<sup>103</sup>. À un niveau supérieur, l'autonomie budgétaire de l'autorité repose sur l'affectation de ressources propres<sup>104</sup>. L'indépendance est en effet mieux assurée par des taxes affectées que par des crédits budgétaires qui nécessitent une négociation avec le ministère et un vote du Parlement. Parmi les autorités de régulation économique, toutes ne bénéficient pas cependant d'un financement par taxes affectées: l'AMF<sup>105</sup>, l'ACP<sup>106</sup>, l'ARAF<sup>107</sup>, l'ARCEP<sup>108</sup> en bénéficient mais ni l'Autorité de la concurrence<sup>109</sup>, ni la CRE<sup>110</sup>, ni l'ARJEL<sup>111</sup>, ni même la HADOPI<sup>112</sup>, n'en jouissent.

---

<sup>103</sup> C'est le cas de l'ACP (C. mon. fin., art. L. 612-19, I : le secrétaire général), de l'Autorité de la concurrence (C. com., art. L. 461-4, al. 7 : le président de l'Autorité), de la CRE (C. énergie., art. L. 133-5, al. 5 : le président de la Commission), de l'ARJEL (art. 37, III, L. 2010-476: le président de l'Autorité), de l'ARCEP (CPCE, art. L. 133).

<sup>104</sup> Le statut d'autorité publique indépendante ne garantit pas un financement autonome. Ainsi, la HADOPI – qui possède la personnalité morale – est financée par des crédits budgétaires (CPI, art. L. 331-19, al. 6). À l'inverse, l'Autorité de contrôle prudentiel – qui ne possède pas la personnalité morale – bénéficie « du produit de la contribution mentionnée à l'article L. 612-20 » (C. mon. fin., art. L. 612-18, al. 1). Mais il est vrai que son budget « constitue un budget annexe de la Banque de France » (C. mon. fin., art. L. 612-18, al. 2) et la Banque de France est elle-même un personne publique sui generis.

<sup>105</sup> C. mon. fin., art. L. 621-5-3 et D. 621-27 s.

<sup>106</sup> C. mon. fin., art. L. 612-20.

<sup>107</sup> Art. 21, L. n° 2009-1503.

<sup>108</sup> CPCE, art. L. 133. Les ressources de l'ARCEP reposent cependant essentiellement sur les crédits budgétaires : v. le Rapport de MM. Vanneste et Dosièrè, t. 1, p. 107, et les appréciations du président de l'ARCEP sur cette question, t. 2, p. 186-187.

<sup>109</sup> C. com., art. L. 461-4, al. 6.

<sup>110</sup> C. énergie., art. L. 133-5, al. 4 et 5.

<sup>111</sup> Art. 37, III, L. n° 2010-476.

Le financement par crédits budgétaires parle de lui-même: avec lui, tout procède de l'État<sup>113</sup>. Le financement par ressources propres peut sembler plus ambivalent. La création par le législateur de droits ou de contributions pour frais de contrôle au profit d'une autorité de régulation joue en effet en faveur de l'autonomie. Mais si l'on tient compte des conditions de fixation du montant de ces droits ou contributions, le pouvoir ministériel apparaît de nouveau déterminant. Il en va ainsi des droits perçus par l'AMF: l'article L. 621-5-3 du code monétaire et financier précise que leurs taux sont fixés par décret « après avis du collège de l'Autorité des marchés financiers ». Il s'agit par conséquent d'une compétence du Premier ministre<sup>114</sup>. Il en va de même pour l'ARAF, dont le financement est partagé entre des rémunérations pour services rendus et un droit fixe dû par les entreprises contrôlées. « Le montant de ce droit, précise l'article 21 II de la loi du 8 décembre 2009, est fixé par les ministres chargés des transports et du budget sur proposition de l'autorité. » Il en va encore de la même manière de l'ACP dont les ressources sont assurées par une contribution pour frais de contrôle prévue à l'article L. 612-20 du Code monétaire et financier. Lorsque cette contribution est forfaitaire, elle est déterminée dans son montant « par arrêté du ministre chargé de l'économie » (art. L. 612-20 II C 1<sup>o</sup>)<sup>115</sup> ; lorsqu'elle est variable, son taux est fixé « par arrêté du ministre chargé de l'économie, après un avis

---

<sup>112</sup> CPI, art. L. 331-19, al. 6.

<sup>113</sup> Sur l'intégration des autorités administratives indépendantes à la procédure budgétaire, v. le rapport de MM. Vanneste et Dosière, t. 1, p. 147 s.

<sup>114</sup> C. mon. fin., art. D. 621-27.

<sup>115</sup> Dans le cas de l'art. L. 612-20, II, C, 2<sup>o</sup>, il s'agit d'un arrêté des ministres chargés de l'économie, de la mutualité et de la sécurité sociale.

consultatif du collège de l'Autorité de contrôle prudentiel en formation plénière » (art. L. 612-20 III 1°)<sup>116</sup>.

Ainsi, les autorités de régulation qui bénéficient de ressources propres – l'ACP, certes, par l'intermédiaire de la Banque de France – voient le montant de ces ressources déterminé, de manière indirecte, par la décision d'un ministre ou du Premier ministre. Ce constat ne diminue pas les conséquences qui s'attachent à l'attribution de la personnalité morale: si la responsabilité de l'AMF ou de l'ARAF devait être mise en jeu, ce sont bien les patrimoines de ces autorités – et non celui de l'État – qui répondraient de leurs actes. Mais la responsabilité de l'État ne serait pas pourtant totalement écartée. L'une des leçons de l'avis du Conseil d'État du 8 septembre 2005, rendu à propos de l'ancienne Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance<sup>117</sup>, réapparaît ici: dans la mesure où l'État n'aurait pas fixé la contribution à un niveau permettant à l'autorité de régulation de constituer des réserves, il pourrait voir sa responsabilité engagée à titre subsidiaire. L'État aurait alors à répondre des actes accomplis par les autorités publiques indépendantes, non pas au titre d'une « garantie » générale, mais parce qu'il est bien l'autorité compétente pour fixer le taux de la ressource fiscale affectée aux autorités de régulation<sup>118</sup>.

En somme, si l'on devait juger de l'indépendance des autorités de régulation sur leurs modes de financement, aucune ne pourrait être considérée comme étant indépendante.

---

<sup>116</sup> L'art. L. 612-20, III, 2°, prévoit que le taux est fixé « par arrêté des ministres chargés de l'économie, de la mutualité et de la sécurité sociale après un avis consultatif du collège de l'Autorité de contrôle prudentiel en formation plénière ».

<sup>117</sup> CE, avis, 8 sept. 2005, n° 371558, Grands avis, 3e éd., 2008, n° 47, p. 569-578. La commission a depuis été intégrée à l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles qui, elle-même, a été intégrée dans l'Autorité de contrôle prudentiel.

<sup>118</sup> D. Labetoulle, La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de « garantie de l'État ». À propos de l'avis du Conseil d'État du 8 septembre 2005, RJE/CJEG, n° 635, oct. 2006, p. 361-362.

Les autorités de régulation sont sans doute « indépendantes » à l'égard du pouvoir politique; mais de l'État, elles ne le sont nullement. Elles sont encore l'État; qu'elles aient ou non la personnalité, elles exercent un pouvoir d'État<sup>119</sup>.

### **Pouvoir gouvernemental et fonction de régulation**

Le gouvernement est historiquement la première autorité de régulation<sup>120</sup>. S'il n'apparaît plus comme l'organe principal de cette fonction, il demeure du moins une autorité essentielle. Ses pouvoirs sont de deux ordres : ils interviennent dans la constitution de l'autorité puis dans l'accomplissement de la fonction de régulation.

Dans la constitution de l'autorité, le pouvoir gouvernemental est essentiellement un pouvoir de nomination. Certes, ce pouvoir est largement partagé avec d'autres autorités étatiques ou des organes des secteurs professionnels concernés; mais il demeure important. Qu'il s'agisse du collège<sup>121</sup> ou de la Commission des sanctions<sup>122</sup> de l'AMF, du collège<sup>123</sup> ou de la Commission des sanctions<sup>124</sup> de l'ACP, du collège de l'ARJEL<sup>125</sup>, de l'ARAF<sup>126</sup>,

---

<sup>119</sup> D. Truchet, « Avons-nous encore besoin du droit administratif ? », *Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, LGDJ, 2007, p. 1043.

<sup>120</sup> J. Massot, Les fondements des pouvoirs régaliens de l'État sur les marchés, LPA 17 sept. 2001, n° 185, p. 6-9.

<sup>121</sup> C. mon. fin., art. L. 621-2, II.

<sup>122</sup> C. mon. fin., art. L. 621-2, IV.

<sup>123</sup> C. mon. fin., art. L. 612-5.

<sup>124</sup> C. mon. fin., art. L. 612-9.

<sup>125</sup> Art. 35, II, L. n° 2010-476

<sup>126</sup> Art. 12, I, L. n° 2009-1503.

de l'Autorité de la concurrence<sup>127</sup> ou de l'ARCEP<sup>128</sup>, le pouvoir exécutif possède une prérogative importante dans la désignation des membres des autorités de régulation. L'autonomie de gestion des autorités ne fait pas obstacle, par ailleurs, au pouvoir de nomination du ministre à l'intérieur même de leurs services: c'est ainsi, en général, à ce dernier qu'appartient la désignation du responsable des services de l'autorité<sup>129</sup> 127 et, dans certains cas, l'agrément de ses agents<sup>130</sup>.

Dans l'accomplissement de la fonction de régulation, la loi continue de reconnaître au gouvernement des pouvoirs importants, même lorsqu'une instance de régulation a été créée. En réalité, la constitution d'une autorité de régulation dans un domaine donné ne dessaisit jamais totalement le ministre responsable<sup>131</sup>. Le pouvoir ministériel et le pouvoir de l'autorité de régulation sont largement imbriqués, la fonction de régulation étant partagée entre eux.

Ainsi la nécessité d'une intervention urgente légitime l'action gouvernementale en cas de carence de l'Autorité des marchés financiers. Ce pouvoir de substitution d'action, dans des circonstances exceptionnelles, est exercé par décret, après mise en demeure du ministre chargé de l'économie<sup>132</sup>. L'hypothèse des circonstances exceptionnelles est également visée par l'article L. 612-14 II du code des marchés financiers, à propos de

---

<sup>127</sup> C. com., art. L. 461-1, II.

<sup>128</sup> CPCE, art. L. 130

<sup>129</sup> AMF: C. mon. fin., art. L. 621-5-1; ACP: C. mon. fin., art. L. 612-15; Autorité de la concurrence: C. com., art. L. 461-4; ARJEL: art. 37, II, L. n° 2010-476.

<sup>130</sup> HADOPI: CPI, art. L. 343-3 ; ARCEP : CPCE, art. L. 5-9

<sup>131</sup> C. Chauvet, La personnalité contentieuse des autorités administratives indépendantes, RD publ. 2007. 394.

<sup>132</sup> C. mon. fin., art. L. 621-7-2.

l'Autorité de contrôle prudentiel, mais dans un cadre sensiblement différent. Cet article habilite le président de l'Autorité, « lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient », à « prendre des décisions, sauf en matière de sanctions, relevant de la compétence des formations de l'Autorité ». Que se passerait-il en cas de carence du président de l'Autorité? Le code des marchés financiers ne répond pas à cette question; il est néanmoins possible de considérer que le Premier ministre aurait alors la possibilité d'intervenir, comme une sorte d'ultime recours, en prenant par décret les mesures pertinentes. Ce pouvoir lui a été reconnu même sans texte, par le Conseil d'État, dans une affaire qui concernait la suspension des cours sur le marché international des sucres blancs de la Bourse de Paris<sup>133</sup>.

En période normale, les liens entre le gouvernement et l'autorité de régulation sont plus ou moins institutionnalisés. Ils passent parfois par l'institution d'un commissaire du gouvernement: il en va ainsi de l'AMF<sup>134</sup>, de l'ACP<sup>135</sup>, de la CRE<sup>136</sup> et de l'Autorité de la concurrence<sup>137</sup>. Cependant, le principe d'une telle représentation n'est pas général. Le Conseil d'État en 2001 et MM. Vanneste et Dosière, plus récemment, l'ont déploré: il manque trop souvent aux autorités administratives indépendantes une représentation permanente du gouvernement<sup>138</sup>. Ainsi, comme de nombreuses autorités, ni l'ARCEP, ni la HADOPI, ni l'ARAF, n'en bénéficient.

---

<sup>133</sup> CE, ass., 20 juin 1975, Soc. Acli International Commodity Services Ltd et a., Lebon p. 374; P. Delvolvé, La Bourse de commerce de Paris et la crise du marché international des sucres blancs, JCP 1977. I. 2847 (spéc. § 20 à 22) et Droit public de l'économie, Dalloz, 1998, p. 466, § 393

<sup>134</sup> C. mon. fin., art. L. 621-3, I.

<sup>135</sup> C. mon. fin., art. L. 612-11.

<sup>136</sup> C. énergie., art. L. 133-4.

<sup>137</sup> C. com., art. L. 461-2.

<sup>138</sup> Rapport, t. 1, p. 101-102. La quatorzième recommandation des parlementaires consiste à généraliser la présence d'un commissaire du gouvernement auprès des autorités administratives indépendantes.

Le lien entre le pouvoir ministériel – ou, de manière plus générale, le pouvoir gouvernemental – et le pouvoir de l'autorité de régulation se manifeste cependant en présence comme en l'absence d'un commissaire du gouvernement. Le pouvoir d'homologation du ministre, à défaut d'être, lui aussi, général<sup>139</sup>, est un élément important d'encadrement du pouvoir réglementaire délégué aux autorités de régulation. Il joue ainsi ce rôle auprès de l'AMF<sup>140</sup> et de l'ARCEP<sup>141</sup>. Il faut aussi mentionner toutes les possibilités ouvertes au ministre de saisir l'autorité de régulation<sup>142</sup>.

Enfin, c'est le pouvoir du ministre de déférer au juge les décisions des autorités de régulation qui apparaît comme un élément essentiel de leur intégration étatique<sup>143</sup>. Ce droit de recours a un rôle crucial car, en cas de divergence entre le ministre et l'autorité de régulation, il permet au juge de rétablir l'unité de la volonté de l'État<sup>144</sup>. La possibilité pour le ministre de déclencher le contrôle de légalité est la contrepartie de la disparition du pouvoir hiérarchique sur l'autorité de régulation<sup>145</sup>. Ce pouvoir devrait alors être reconnu

---

<sup>139</sup> MM. Vanneste et Dosière préconisent également un renforcement de ce pouvoir d'homologation, malgré les réticences exprimées par certaines autorités de régulation (Rapport, t. 1, p. 52).

<sup>140</sup> C. mon. fin., art. L. 621-6, al. 1.

<sup>141</sup> CPCE, art. L. 4 et L. 36-6

<sup>142</sup> V. pour la CRE : C. énergie., art. L. 134-25; pour l'Autorité de la concurrence : C. com., art. L. 462-5, L. 464-1 et R. 464-9-3 ; pour l'ARCEP : CPCE, art. L. 4, L. 5-3 et L. 36-11..

<sup>143</sup> C. Teitgen-Coly, Les instances de régulation et la Constitution, RD publ. 1990. 249 s. V. Cons. const., n° 86-217-DC, 18 sept. 1986, consid. 23 ; et n° 93-333-DC, 21 janv. 1994, consid. 14.

<sup>144</sup> C. Chauvet, art. cit., p. 395-400.

<sup>145</sup> (143) R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, 2001, 15e éd., n° 297 p. 230. V. à propos du recours exercé par le ministre des Armées contre la décision d'un conseil de révision, CE 3 déc. 1968, Ministre des Armées c. Ruffin, RD publ. 1969. 700, concl. Rigaud et comm. de B. Delcros, L'unité de la personnalité juridique de l'État (Étude sur les services non personnalisés de l'État), LGDJ, 1976, p. 140-143.

comme existant même sans texte, au moins pour les actes de portée réglementaire<sup>146</sup>, car il est attaché à la qualité de ministre, et non au texte législatif qui crée ou encadre une autorité de régulation<sup>147</sup>.

## ***2.2 La recherche d'une légitimité démocratique***

Le statut des autorités de régulation est la principale garantie de leur indépendance. Celle-ci néanmoins, dans un régime libéral, ne saurait être absolue, tout pouvoir étant lié à l'exercice d'une responsabilité. L'exigence d'indépendance doit par conséquent être soumise à la Constitution, en particulier à son article 20, qui rattache les autorités administratives à la responsabilité politique du gouvernement.

### **Interprétations constitutionnelle et européenne de l'indépendance**

La conformité à la Constitution des autorités administratives indépendantes a été reconnue par le Conseil constitutionnel à de nombreuses reprises<sup>148</sup>. Mais le traitement qu'il réserve à ces institutions n'est pas sans réticences. Si le Conseil admet en effet le principe de leur indépendance, c'est au prix d'un encadrement strict de leurs pouvoirs. Ainsi, le pouvoir réglementaire dont elles peuvent bénéficier ne doit concerner « que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »<sup>149</sup> ; leur pouvoir de sanction « est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés

---

<sup>146</sup> C'est d'ailleurs une proposition faite par MM. Vanneste et Dosière, Rapport, t. 1, p. 56-57.

<sup>147</sup> (145) Ce pouvoir de déferé qui appartient au ministre a été mentionné par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 86-217-DC sur la CNCL.

<sup>148</sup> V. notamment Cons. const., décis. n° 86-217-DC, 18 sept. 1986, Loi relative à la liberté de communication, consid. 96.

<sup>149</sup> Cons. const., décis. n° 88-248-DC, 17 janv. 1989, consid. 15.

constitutionnellement garantis » et ne peut comporter aucune peine privative de liberté<sup>150</sup>. Le principe même de l'indépendance est reconnu, mais dans une acception réduite qui porte en réalité sur l'exercice des pouvoirs délégués et non sur le statut de l'autorité en cause<sup>151</sup>. Par « autorité indépendante », remarquent les auteurs des *Grandes décisions*, le Conseil entend surtout « autorité impartiale »<sup>152</sup>. Or l'impartialité n'est aucunement le propre des autorités administratives indépendantes: elle est un principe général du droit qui concerne toutes les autorités administratives<sup>153</sup>. La jurisprudence du Conseil constitutionnel privilégie donc une conception étroite de l'« indépendance ». Solidement campée sur la séparation des pouvoirs, elle reconnaît au législateur la possibilité de créer des autorités administratives autonomes<sup>154</sup> – toutefois dans un cadre qui ne remet pas en cause leur qualité d'autorités administratives<sup>155</sup>.

L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 9 mars 2010, *Commission c. Allemagne*<sup>156</sup> a esquissé les premiers éléments d'une conception européenne de

---

<sup>150</sup> (148) V. notamment, Con. const., décis. n° 89-260-DC, 28 juill. 1989 (consid. 6) et n° 88-248-DC, 17 janv. 1989 (consid. 35 et 36)

<sup>151</sup> C. Teitgen-Colly parle d'une « indépendance minimisée » (art. préc. p. 233) et d'« une conception minimale de l'indépendance » (art. préc. p. 238).

<sup>152</sup> Les Grandes décisions, 15e éd., 2009, n° 33, § 19, p. 568.

<sup>153</sup> CE 27 oct. 1999, Fédération française de football, JCP 2000, n° 10376, note R. Piastra ; CE 7 juill. 1965, Fédération nationale des transporteurs routiers, Lebon p. 413 (v. R. Chapus, Droit administratif général, op. cit., vol. 1, n° 128 et 1305-3°).

<sup>154</sup> G. Braibant, « Droit d'accès et droit à l'information », Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier, 1981, p. 708-709..

<sup>155</sup> Le Conseil constitutionnel souligne fréquemment la nature administrative de ces autorités : M. Collet, Le contrôle juridictionnel..., p. 15-19.

<sup>156</sup> CJUE 9 mars 2010, Commission c. Allemagne, aff. C-518/07 ; v. F. Kauff- Gazin, Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? À propos de l'affaire C-518/07, Commission c.

l'indépendance des autorités de régulation. En l'espèce, la Commission reprochait à l'Allemagne d'avoir transposé de façon erronée la directive 95/46 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Cette directive requiert notamment de chaque État membre l'instauration d'une ou plusieurs autorités publiques chargées de surveiller l'application sur son territoire, des dispositions adoptées; elle précise également que ces autorités, pourvues de différents pouvoirs d'intervention, « exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies. »<sup>157</sup>.

La divergence d'interprétation entre l'Allemagne et la Commission portait sur l'interprétation de cette notion d'indépendance. En effet, le système allemand de protection des données à caractère personnel comprenait, au niveau du droit des *Länder*, des autorités de contrôle soumises à la tutelle de l'État. Or, la Commission considérait que l'indépendance visée par la directive garantissait à l'autorité de contrôle un exercice de ses missions à l'abri de toute influence, tant celle de personnes privées que de l'État et de toute personne publique. L'Allemagne au contraire soutenait que la notion d'indépendance ne concernait ici qu'une indépendance fonctionnelle, c'est-à-dire limitée aux relations entre l'autorité de contrôle et les personnes soumises à ses investigations.

La Cour de justice a non seulement donné tort à l'Allemagne en rendant un arrêt en manquement<sup>158</sup>, mais elle a développé, dans sa décision, une conception de l'indépendance largement antinomique avec celle soutenue par l'État membre. L'Allemagne avait en effet eu l'habileté d'appuyer son argumentation sur une analyse de

---

Allemagne, Europe juill. 2010, n° 7, étude 9 ; V. égal. CJUE 3 déc. 2009, qui a opposé les mêmes parties, aff. C-424/07 et le comm. de J. Ziller, Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne, RFDA 2010. 901.

<sup>157</sup> Art. 28 de la directive 95/46

<sup>158</sup> On remarquera que l'arrêt a été rendu en Grande chambre, sur conclusions partiellement contraires de l'avocat général J. Mazak.

son régime politique, les autorités de régulation ne pouvant échapper aux règles de la vie démocratique. Or le principe de démocratie, soutenu par l'Allemagne, consacré non seulement dans la Constitution allemande mais aussi à l'article 6, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, exige une soumission de l'administration aux instructions du gouvernement, responsable devant le Parlement. L'indépendance des autorités de régulation comporte donc une limite *constitutionnelle* : il est contraire à la nature du régime parlementaire de concevoir un organe administratif bénéficiant d'une complète indépendance à l'égard du gouvernement.

Dans sa réponse, la Cour reconnaît le principe de démocratie comme l'un des « fondements de l'Union européenne », mais elle ajoute que ce principe ne s'oppose pas à l'existence « d'autorités publiques situées en dehors de l'administration hiérarchique classique et plus ou moins indépendantes du gouvernement. »<sup>159</sup>

Cette indépendance relative va de pair avec un encadrement législatif assez étroit qui consiste à définir « les conditions de fonctionnement » (§ 42) et les « compétences » (§ 44) des autorités; elle est également conciliable avec un pouvoir de nomination aux fonctions de direction attribué au parlement ou au gouvernement (§ 44). Le contrôle parlementaire peut, quant à lui, comporter l'obligation pour les autorités de régulation de rendre compte de leurs activités par un rapport établi à intervalles réguliers (§ 45). Enfin, le contrôle juridictionnel apparaît comme un élément central de l'encadrement des pouvoirs reconnus aux autorités publiques indépendantes (§ 42).

### **Indépendance et régime parlementaire**

L'argumentation de l'Allemagne repose sur la compréhension traditionnelle, « horizontale », de la séparation des pouvoirs. L'indépendance des autorités de contrôle a pour limite constitutionnelle l'organisation du régime parlementaire qui concentre la

---

<sup>159</sup> (157) CJUE 9 mars 2010, préc., § 42

responsabilité politique dans l'organe gouvernemental. Cet argument relie le statut des autorités de régulation à la définition du régime politique et, en ce sens, il a une portée générale: dans un régime parlementaire, il n'est pas concevable qu'un organe administratif bénéficie d'une complète indépendance.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel elle-même n'ignore pas ce raisonnement: dans sa décision n° 86-217 DC, le Conseil avait en effet remarqué 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 toute personne qui y aurait intérêt »<sup>160</sup>. Cette formule n'a pas été reprise dans les décisions ultérieures du Conseil, mais il n'est pas sans signification que ce dernier ait moins orienté sa jurisprudence sur l'indépendance des autorités de régulation que sur leurs pouvoirs<sup>161</sup>. Cette réserve du Conseil à l'égard de l'« indépendance » témoigne, à sa manière, en faveur du principe de responsabilité – et de contrôle – du gouvernement des activités de l'administration. La nature du régime politique n'apparaît donc pas comme une limite constitutionnelle explicite dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais elle y est présumée. De ce point de vue, l'argument soulevé par l'Allemagne – même si la tutelle qui était reprochée à la législation allemande n'a pas d'équivalent dans l'organisation des autorités de régulation françaises – pourrait être invoqué également par la France.

Pourtant, l'argumentation de l'Allemagne n'a pas convaincu la Cour et, probablement, à juste titre. Les prémisses d'un raisonnement peuvent être justes et ses conclusions erronées. Ainsi, dans sa généralité, le principe de démocratie selon lequel est exigée « une soumission de l'administration aux instructions du gouvernement, responsable

---

<sup>160</sup> Cons. const., n° 86-217-DC, 18 sept. 1986, consid. 23 (nous soulignons).

<sup>161</sup> C. Teitgen-Colly, art. préc., p. 233-243.

devant le parlement » (§ 40) ne saurait, dans un régime parlementaire, souffrir d'exception. Mais la généralité de cette prémisse implique d'interroger la *consequentia*. Or le raisonnement de l'Allemagne oppose une situation de parfaite dépendance, exprimée par une tutelle, à une situation de parfaite indépendance, qui violerait le principe de démocratie, laissant de côté les différentes modalités d'une indépendance relative, au sein de laquelle se situent à la fois la Cour de justice de l'Union et le Conseil constitutionnel français. En réalité, la solution préconisée par la Cour, comme l'a noté un commentateur<sup>162</sup>, rejoint en grande partie l'organisation française des autorités de régulation. « L'absence de toute influence parlementaire sur ces autorités, note la Cour, ne saurait se concevoir » (§ 43) ; mais cela ne veut pas dire pour autant qu'afin de se conformer au principe de démocratie, il est nécessaire d'établir une tutelle sur les autorités de régulation.

La question de la légitimité démocratique de ces autorités ne pouvait – et ne pourrait – être traitée intégralement par la Cour. Plus contournée qu'effectivement dépassée, elle réapparaît dans la contradiction partielle que recèle la décision en énonçant à la fois que les autorités de régulation « doivent être soustraites à l'influence politique » (§ 42) et qu'un contrôle parlementaire est nécessaire (§ 43). Entre ces deux énoncés, l'indépendance visée par la Cour n'apparaît plus seulement comme une garantie nationale offerte aux autorités de régulation mais comme l'un des facteurs de la dynamique européenne d'intégration qui coordonne les autorités entre elles, les relie à un socle commun d'autonomie<sup>163</sup>. Croisant le statut de l'autorité allemande, tel qu'il était défini par la directive, et celui du Contrôleur européen de la protection des données<sup>164</sup>, la Cour relève qu'ils sont fondés sur un « même concept général » d'indépendance et qu'il convient de les interpréter « de manière homogène, de sorte que non seulement l'indépendance du CEPD,

---

<sup>162</sup> F. Kauff-Gazin, art. préc., § 23.

<sup>163</sup> M. Blanquet, « Agences de l'Union et gouvernance européenne », in J.-F. Couzinet, Les agences de l'Union Européenne. Recherche sur les organismes communautaires décentralisés, Toulouse, 2002, pp. 41-78.

<sup>164</sup> qui soutenait la Commission européenne dans sa requête.

mais aussi celle des autorités nationales, impliquent l'absence de toute instruction relative à l'exercice de leurs missions » (§ 28).

L'intégration des autorités de régulation au contexte européen ou international est visible de multiples manières<sup>165</sup>. Mais cette intégration change-t-elle fondamentalement les vecteurs de leur légitimité ? Tant que le cadre d'exercice de la démocratie restera essentiellement national, il est peu probable que l'on puisse dissocier ces autorités de la structure du régime parlementaire. Si l'exercice des pouvoirs qui leur sont accordés semble bien cumuler une séparation « horizontale » et une séparation « verticale » des pouvoirs – dans la mesure où l'exigence d'indépendance procède tant de sources internes que de sources internationales –, leur légitimité démocratique cependant demeure attachée principalement aux autorités politiques nationales<sup>166</sup>. Les situations de crise ont d'ailleurs toujours tendance à faire réapparaître le lien entre les autorités de régulation et le pouvoir ministériel: la recherche d'une imputation des actes concernés à une autorité politique ne peut en effet jouer qu'en faveur du ministre<sup>167</sup>.

Comment le gouvernement peut-il alors être tenu pour responsable d'autorités sur lesquelles il n'a pas ou, du moins, n'a que peu de pouvoirs? Il semble en effet paradoxal

---

<sup>165</sup> V. par ex. les pouvoirs prévus par la loi : AMF et ACP: C. mon. fin., art. L. 632-1 s., L. 621-1 (AMF), L. 612-1 III (ACP) ; ARAF : art. 11, al. 6, L. n° 2009- 1503; Autorité de la concurrence : C. com., art. L. 461-1 I, L. 462-9 et L. 450- 1; ARCEP : CPCE, art. L. 5 et L. 36-5 ; ARJEL : art. 34, V, L. n° 2010-476 ; CRE : C. énergie., art. L. 134-12 et L. 134-13.

<sup>166</sup> La légitimité par l'impartialité, analysée par P. Rosanvallon (La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité et proximité, Seuil, 2008), peut être complémentaire de la responsabilité politique, mais elle ne saurait s'y substituer. V. les réflexions de P. Magnette, Contrôler l'Europe. Pouvoirs et responsabilité dans l'Union européenne, éd. de l'Université de Bruxelles, 2003.

<sup>167</sup> C'est ce qu'a montré récemment l'affaire du Médiateur, même si l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps) est un établissement public.

que la responsabilité du gouvernement soit complète, alors que son contrôle est partiel<sup>168</sup>. Cette singularité de la responsabilité politique attachée aux autorités de régulation peut s'expliquer de plusieurs manières. Sans doute, il ne faut pas négliger, même s'ils sont restreints, les pouvoirs gouvernementaux sur les autorités de régulation: le pouvoir de nomination, le pouvoir de déféré, notamment, manifestent la qualité d'autorité de régulation *originnaire* que possède le gouvernement. Au-delà, l'analyse de la légitimité démocratique des autorités de régulation doit tenir compte de la spécificité des régimes parlementaires modernes qui instaurent, comme l'avait relevé Walter Bagehot<sup>169</sup>, moins une séparation qu'une « fusion » des pouvoirs législatif et exécutif autour d'une politique menée par le gouvernement et soutenue par le Parlement. Le gouvernement exerce en effet à la fois des fonctions exécutive et législative. Par son droit d'initiative, mais aussi plus largement par le soutien politique de sa majorité, le gouvernement conduit et, dans une large mesure, dirige les travaux du Parlement. Son action ne se limite pas au dépôt de projets de loi, prérogative certes essentielle mais qui pourrait être utilisée de manière toute extérieure ; elle va, au gré des conjonctures politiques, jusqu'à déterminer la conduite des députés ou des sénateurs<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> Il est certain que la difficulté de définir l'indépendance des autorités de régulation est liée, en amont, à la transposition en France, d'un modèle d'autorité administrative – les independent agencies – qui s'est initialement développé dans le cadre du régime présidentiel américain. Or, comme l'a montré E. Zoller (Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie, RFDA 2004. 757), l'indépendance dont ces agences bénéficient aux États-Unis est toute relative. V. également Peter L. Strauss, The place of agencies in government: separation of powers and the fourth branch, Columbia Law Review, 1984, vol. 84, p. 573-669 et les réflexions de M. Lombard, Institutions de régulation économique et démocratie politique, AJDA 2005. 530 qui parle d'un « modèle américain imité, amplifié, déformé ».

<sup>169</sup> W. Bagehot, The English Constitution, Cambridge University Press, 2001 (1re éd., 1867), p. 8-9..

<sup>170</sup> Cette logique de la séparation des pouvoirs dans les régimes parlementaires modernes a été parfaitement analysée par A. Le Divellec, dans sa thèse, Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale, LGDJ, 2004, spéc. p. 567-573.

Dans ce contexte, la légitimité démocratique des autorités de régulation passe effectivement par la responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement. Encore faut-il cependant donner à cette responsabilité son sens précis. Du côté du gouvernement, elle ne se manifeste pas par l'exercice d'un pouvoir hiérarchique ou d'une tutelle mais par la capacité d'adapter la législation aux enjeux de la régulation. À la suite d'une crise particulière, ou en suivant les conclusions d'un rapport, le gouvernement a charge de trouver et de faire adopter par le Parlement les dispositions législatives nécessaires<sup>171</sup>. Grâce à son droit d'initiative et surtout grâce à l'appui de sa majorité, le gouvernement a la possibilité d'agir sur les autorités de régulation – à cette réserve près, néanmoins, qu'il doit obtenir un consensus au Parlement et faire ainsi concrètement l'expérience de la séparation des pouvoirs<sup>172</sup>. Du côté du Parlement, la responsabilité politique du gouvernement, dans le domaine de la régulation, se traduit par la possibilité de rejeter un projet de loi ou un amendement d'origine gouvernementale<sup>173</sup> ; d'exercer le droit d'amendement sur les projets ou propositions de loi ; de contrôler les autorités de régulation par l'intermédiaire d'une

---

<sup>171</sup> S. Braconnier, La régulation des services publics, RFDA 2001. 54. La séquence politique qui a succédé au dépôt du rapport de MM. Vanneste et Dosière est, de ce point de vue, significative puisque le gouvernement a endossé une partie des propositions faites par les deux députés – l'un de la majorité, l'autre de l'opposition – et enclenché le processus législatif permettant de donner des traductions concrètes aux propositions faites.

<sup>172</sup> C'est, en effet, au Parlement de prendre les décisions politiques qui relèvent du domaine de la loi et concernent la régulation ex ante. Ni le juge, ni l'autorité de régulation ne peuvent assumer ces choix et il est ainsi essentiel que le législateur leur donne un cadre suffisamment précis. V. les réflexions convergentes de J.-J. Daigre, L'inversion des sources formelles en droit des marchés financiers, RTDF 2006. 105-106 ; et R. Noguellou, Le Conseil d'État et la régulation des télécommunications. À propos des arrêts du Conseil d'État du 27 avril 2009, Société Bouygues Télécom et du 24 juillet 2009, Société Orange France et Société française de radiotéléphonie, RD publ. 2010. 825.

<sup>173</sup> Comme l'a montré récemment le rejet par le Sénat de l'amendement d'origine gouvernementale visant à introduire un commissaire du gouvernement au sein du collège de l'ARCEP (Le Monde des 8 et 16 févr. 2011).

commission parlementaire<sup>174</sup>; et, en dernier lieu, de voter une motion de censure dans les conditions de l'article 49 de la Constitution. La censure du gouvernement, cependant, dans une telle hypothèse, ne porterait pas sur l'exercice par ce dernier d'un pouvoir hiérarchique ou d'une tutelle, mais sur l'exercice des pouvoirs qu'il conserve et, plus largement, sur son incapacité à adapter le droit aux enjeux de la régulation.

---

<sup>174</sup> La nécessité de renforcer le contrôle parlementaire sur les autorités administratives indépendantes a été longuement exposée par le rapport de MM. Vanneste et Dosière. Le relatif succès de la commission d'évaluation législative dirigée par les deux députés montre suffisamment les virtualités que possède ce contrôle.