

## QPC, AUTORITÉS DE CONCURRENCE, AUTORITÉS DE RÉGULATION ÉCONOMIQUE ET FINANCIÈRE : PERSPECTIVES INSTITUTIONNELLES

**1** Même si la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est un mécanisme juridique et même si le Conseil constitutionnel lui-même est devenu un organe juridique, voire désormais juridictionnel, à tel point qu'on évoque à son propos la notion de « cour suprême », loin de sa marque de naissance qui le conçut davantage comme un organe politique, à l'instar certes de la Cour suprême des États-Unis (1), l'admission plus ou moins large à l'avenir des QPC concernant les autorités administratives indépendantes dépendra en grande partie du climat politique concernant celles-ci. Puisque les auteurs ne cessent d'affirmer qu'aucune branche du droit, qu'aucune règle, n'échappera à la paille de fer de la QPC (2), alors même que d'autres sont plus réservés concernant le droit des affaires, même si on appréhende celui-ci à travers des notions aussi générale que l'égalité (3), pourquoi ne pas songer à y soumettre les autorités de régulation et l'Autorité de concurrence, non seulement dans leur office (4), mais encore dans leur organisation et fonctionnement institutionnels ?

**2** Plus le droit économique trouvera sa place dans la jurisprudence constitutionnelle (5), ce qui a vocation à être le cas, et plus néanmoins la façon dont les autorités de concurrence et de régulation sont organisées et fonctionnent objectivement ne donna pas satisfaction dans un État de droit, les deux phénomènes formant alors comme un étai, plus les questions prioritaires de constitution ont vocation à prospérer à propos de ces autorités, en ce qui concerne leurs aspects institutionnels.

**3** En effet, s'il existe une atmosphère politique favorable aux autorités administratives indépendantes, forme juridique que prennent le plus souvent les autorités de régulation économique et financière, alors on peut penser que le Conseil constitutionnel aussi bien dans son contrôle *a posteriori* par la QPC que dans son contrôle *a priori*, admettra largement l'attribution par le législateur de pouvoirs à celles-ci, ne verra pas d'obstacle à la diversité et au cumul de ces pouvoirs, ne verra rien à redire à des restrictions procédurales qui accompagnent souvent l'usage que les régulateurs font de leurs pouvoirs.

**4** Mais l'on constate au contraire actuellement un climat politique hostile aux autorités administratives indépendantes, dont le plus net exemple est le rapport de Christian Vanneste et René Dozière rendu

au nom du comité d'évaluation des politiques publiques du Parlement le 29 octobre 2010 (6). Ce rapport exprime la réticence du Parlement, posant notamment que « la multiplication des autorités administratives indépendantes devait être maîtrisée » et qu'il faut éviter d'en faire un « quatrième pouvoir », en affirmant avec force et non sans quelque ambiguïté qu'il « convient de les mettre sous la protection du Parlement ». Il est vrai que, quelles que soient les critiques que l'on peut formuler concernant ce rapport (7), il demeure qu'il reflète la réticence française d'admettre ce type d'institutions, en ce que les autorités administratives indépendantes sont contraires à notre tradition d'un État centralisé (8).

**5** Le Conseil constitutionnel peut être d'autant plus enclin à partager cette réticence à l'égard des autorités de concurrence ou de régulation économique et financière, parce qu'elles constituent le plus souvent des autorités administratives indépendantes, que c'est à travers les questions institutionnelles et procédurales que les problèmes de régulation lui ont été soumis (9), notamment la question de la dualité des ordres de juridictions, la compétence exclusive du juge administratif comme juge de contrôle, les droits de la défense, le caractère suspensif du recours, l'impartialité, le non-cumul des sanctions, etc. Cela conduirait le Conseil constitutionnel à une plus grande sévérité, davantage d'exigence juridique, notamment au regard des libertés publiques, sur la protection desquelles porte expressément la QPC et sur lesquelles la procédure est désormais également construite. Cela le serait d'autant plus que, comme cela a été souvent relevé, le Conseil constitutionnel a conçu fréquemment sa jurisprudence sur le modèle intellectuel de celle du Conseil d'État, à tel point que l'on a pu parler des « deux ailes du Palais-Royal ». Or il a été souvent souligné que le Conseil d'État accueille volontiers le mécanisme de la QPC.

**6** Il pourrait donc y avoir un accueil favorable, si ce n'est pour la censure, à tout le moins, pour la recevabilité de la QPC concernant les autorités de régulation économique et financière et l'Autorité de concurrence, qui prennent la forme d'autorités administratives indépendantes. Certes, la Cour de cassation n'a pas jugé adéquat d'opérer la transmission de plusieurs QPC concernant l'Autorité de concurrence. Sans évoquer ici les griefs de droit substantiel, ni en droit de la concurrence, ni en droit de la régulation et pour en rester à la

[1] R. Posner, *How Judges think*, Harvard Press University, 2008, plus particulièrement partie III, chap. 10. « The supreme Court is a political Court », p. 269-323. Le fait que le Conseil constitutionnel soit une juridiction n'empêche pas qu'il constitue un contre-pouvoir politique, notamment dans la matière économique qui nous occupe ici. V. dans ce sens G. Canivet, « La constitutionnalité du droit de l'entreprise : champs d'application », in *L'entreprise et le droit constitutionnel* : Rev. Lamy dr. aff. déc. 2010, p. 40-44.

[2] V. par ex. d'une façon générale, G. Drago, « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel » : RFDC 2010, n° 84, p. 760.

[3] F.-X. Lucas, « Le droit des affaires à l'épreuve de la QPC » : BJS oct. 2010, p. 1.

[4] J.-J. Daigre, « QPC et droit des marchés financiers » : BJB nov.-déc. 2010, p. 443.

[5] G. Canivet, « Le rôle des cours suprêmes en matière économique », colloque de *The Journal of Regulation*, Paris, 25 janv. 2010 ; « La constitutionnalité du droit de l'entreprise : champs d'application », préc. L'auteur ne développe pas l'aspect institutionnel, mais la question substantielle dans l'émergence par la jurisprudence constitutionnelle d'une « Constitution économique », constituant un contre-pouvoir au politique.

[6] C. Vanneste et R. Dozière, *Les autorités administratives indépendantes*, t. 1, Comité d'évaluation des politiques publiques du Parlement, 29 oct. 2010.

[7] M.-A. Frison-Roche, « Les autorités administratives incomprises (AAI) » : JCP G 2010, act. 1166.

[8] M.-A. Frison-Roche, « Les autorités administratives indépendantes : distorsion ou réforme de l'État ? », in J.-P. Betzeze et B. Couret (dir.), *La réforme de l'État* : Cahier du Cercle des économistes, à paraître.

[9] Pour une vision d'ensemble de l'autorité administrative indépendante, v. M.-A. Frison-Roche, *Les 100 mots de la régulation*, coll. « Que Sais-je ? », PUF, 2011, p. 23 et s.

perspective institutionnelle, la chambre commerciale, par un arrêt du 30 novembre 2010, a estimé que la critique faite à l'Autorité de la concurrence concernant la question du cumul des fonctions d'instruction et de décisions au sein de cette autorité (10) n'est pas une disposition nouvelle et que la question « ne présente pas de caractère sérieux » (11).

7 Sur le même pourvoi, par un arrêt du même jour mais distinct, la chambre commerciale a refusé pareillement de transmettre une QPC, mais cette fois-ci en fournissant au lecteur une véritable motivation. En effet, la contradiction invoquée par le pourvoi était celle entre les articles R. 464-18 et L. 464-8 du Code de commerce, qui dispose que : « Le président de l'Autorité de la concurrence peut former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel ayant annulé ou réformé une décision de l'Autorité ». La Cour de cassation estime que « sous le couvert de la critique de cette disposition législative », le pourvoi ne vise en réalité qu'à critiquer l'article R. 464-18 du Code de commerce. Cet article vise l'organisation de la procédure du recours contre les décisions de l'Autorité par le premier président de la cour d'appel. La Cour de cassation, parce qu'elle estime que le véritable objet de la critique est l'article R. 464-18 et non pas l'article L. 464-8 du Code de commerce ne peut donc qu'en conclure qu'il s'agirait de soulever la non-conformité à la Constitution d'un texte réglementaire, ce qui ne rentre bien sûr pas dans le champ de la QPC (12).

8 Par ailleurs, à l'occasion d'un autre pourvoi, une QPC a été soulevée devant la Cour de cassation concernant l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier, qui prévoit que la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers peut prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre des auteurs de certaines pratiques, alors même que ceux-ci pouvaient être pénalement poursuivis pour de mêmes faits. Se prévalant de la règle *non bis in idem*, le pourvoi considérait que le texte contredit la Constitution. La Cour de cassation a considéré dans un arrêt d'assemblée plénière du 8 juillet 2010 (13) qu'il n'y avait pas lieu à transmettre car la question ne

présentait pas un caractère sérieux, « sous réserve du respect de l'exigence du principe constitutionnel de proportionnalité ». Cette position a pu être regardée par la doctrine comme « assez fragile » (14), ce d'autant plus que le Conseil constitutionnel avait fini par admettre à propos de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) la pertinence de la règle (15).

9 Indépendamment de la pertinence même d'un tel raisonnement, sur lequel il faudra revenir (16), on voit ici que, comme dans toute matière, le mécanisme du filtre est déterminant : il transforme les hautes juridictions des deux ordres juridictionnels en cour constitutionnelles elles-mêmes. Toutefois, l'attitude de la Cour de cassation semble nettement moins ouverte que celle du Conseil d'État.

Un auteur averti a pu souligner que le Conseil d'État, qu'il transmette ou non, motive d'une façon plus développée que ne le fait la Cour de cassation (17), ce qui est essentiel en droit économique, dans lequel les marchés ont besoin d'information pour anticiper les décisions et disposer des lignes de compréhension des politiques jurisprudentielles, quel que soit leur sens (18). Le Conseil d'État a en cela une attitude plus conforme à l'attente des marchés que la Cour de cassation.

10 D'une façon générale, on observe la même réticence de la part des juridictions judiciaires du fond qui, au-delà de l'examen minimal du sérieux de la question, examinent s'il est de l'intérêt général d'en opérer la transmission, condition qui n'est pas dans les textes et qui accroît l'effet restrictif du filtre (19).

11 L'observation particulière concernant l'Autorité de concurrence n'est ainsi que l'écho de la réticence, dans un conflit envenimé avec le contrôle de conventionalité par l'arrêt commenté par tous de la Cour de cassation du 16 avril 2010, qui déclencha ce que l'on a pu désigner par l'image du « match de l'année » (20). On ne perçoit pas la même réticence, perceptible et efficace grâce au couperet du

[10] V. infra nos 56 et s.

[11] Cass. com., 30 nov. 2010, n° 1318 FS-D et G 10-17044.

[12] N° 1317 FS-D, n° G 10-17044.

[13] Cass. ass. plén., 8 juill. 2010, n° 10-10965.

[14] H. Le Nabasque, « La règle non bis in idem et les abus de marché [À propos des arrêts de l'assemblée plénière du 8 juill. 2010] » : *RD bancaire et fin.*, nov.-déc. 2010, J.-Cl., n° 6, p. 1-2. Mais l'auteur ne se réfère qu'à la décision relative à la commission des opérations de bourse et non à celle relative à l'ART.

[15] V. infra n° 20.

[16] V. infra nos 56 et s.

[17] J.-J. Daigre, « QPC et droit des marchés financiers », *préc.*

[18] V. d'une façon générale M.-A. Frison-Roche, « Esquisse d'une sociologie du droit boursier », in F. Terré et M.-A. Frison-Roche, *Sociologie du droit économique*, L'année sociologique, PUF 1999, vol. 49, n° 2, p. 457-494.

[19] L. Briand, « Un an (ou presque) de QPC devant les juridictions judiciaires du fond » : *Gaz. Pal.* 16 févr. 2011, p. 7-15, p. 11. Sur l'incitation du Conseil constitutionnel lui-même à mélanger les critères sous le vocable de « nouveauté », ce à quoi la doctrine bienveillante a bien voulu ne voir qu'une notion « polysémique », alors qu'il n'y a aucun rapport entre la nouveauté et l'ampleur de l'intérêt à examiner une question (Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-5999 DC), v. par exemple, M. Vialette, in *Chronique de jurisprudence*. Question prioritaire de constitutionnalité : *Gaz. Pal.* 27 févr. 2011, p. 13.

[20] C. Kleitz, « Cour de cassation versus Conseil constitutionnel : le match de l'année » : *Gaz. Pal.* 27 mai 2010, p. 3, l'article retraçant les « cinglantes » réponses du Conseil constitutionnel, l'arrêt nuancé du Conseil d'État, etc. ; v. aussi par exemple le récit fait par F. Challier, « La Cour de cassation persiste et signe sur la question prioritaire de constitutionnalité [À propos de Cass. ass. plén., 29 juin 2010] » : *LPA* 20 août 2010, p. 3.

filtre, concernant le Conseil d'État. Cela sera déterminant concernant les autorités de régulation économique et financière et l'Autorité de concurrence.

**12** En effet, suivant les cas, les décisions que prennent ces autorités peuvent être critiquées soit devant la cour d'appel de Paris, soit devant le Conseil d'État. C'est ainsi que les décisions de sanction adoptées par l'Autorité de concurrence peuvent être critiquées devant la cour d'appel de Paris, dont on ne songe plus à dénier qu'elle soit judiciaire (21). Il en est de même des décisions adoptées par l'Autorité des marchés financiers concernant les offres publiques ou de toutes les décisions de règlement des différends, sans doute du fait de la proximité de ce pouvoir avec l'office d'un juge civil (22).

**13** Mais le sujet de la QPC, à propos de ces institutions particulières que sont les autorités de régulation économique et financière (23), souffre d'une ambiguïté persistante en droit interne et en droit européen. En effet, pour le droit français, même si ces organismes sont indépendants, ces autorités n'en demeurent pas moins administratives. C'est ainsi que le rapport parlementaire précité (24) prend comme acquis qu'elles ne sont ni politiques ni juridictionnelles. Ainsi, certains auteurs de doctrine pensent que c'est pourquoi il serait impossible de soulever devant une autorité de concurrence ou une autorité de régulation économique ou financière une question prioritaire de constitutionnalité, puisqu'elles n'appartiennent pas à la catégorie des juridictions (25). Mais la qualification n'est pas si simple car il y a des contaminations : du régime (qui emprunte au processus juridictionnel) à un organisme qu'on persiste à désigner formellement comme administratif. La contamination ne se fait pas seulement du régime à la qualification, mais encore dans le temps. En effet, la phase juridictionnelle ultérieure contamine la phase antérieure, initialement administrative mais qui conditionne déjà la phase juridictionnelle de sanction qui viendra par la suite.

**14** Il suffit de se reporter au droit procédural de la Cour des comptes. Celle-ci est une institution, qui contrôle sur un mode administratif la gestion publique des deniers publics, cette mission se référant à l'audit des pratiques de performance. L'activité devient

juridictionnelle lorsque la Cour ouvre une procédure de « jugement des comptes », par laquelle elle recherche d'éventuelles irrégularités commises par des gestionnaires de fonds publics. La première mission est de nature administrative. Le Conseil d'État, sur les conclusions d'Alain Seban, a pourtant estimé dans l'arrêt du 23 février 2000 *Labor Métal* (26) que les grands principes procéduraux devaient être respectés dès le premier stade, principalement le principe d'impartialité (27), car cette première phase constitue surtout la première marche vers une procédure de sanction. Cet arrêt remarquable anticipait le raisonnement qu'adopta par la suite la Cour européenne des droits de l'homme pour sanctionner la France dans l'arrêt *Dubus* du fait de la procédure suivie par la Commission bancaire (28). C'est pourquoi lorsque le Conseil d'État fit preuve de sévérité, dans son arrêt du 8 novembre 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargnes et de prévoyance* (29), estimant que la procédure de la Commission bancaire la rendait structurellement partielle, le rapporteur public estimait que l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État était inévitable. Comme l'ont souligné les commentaires, l'arrêt *Dubus* était « fatal » pour la Commission bancaire (30).

**15** Même si bien sûr le Conseil constitutionnel a rappelé à l'occasion d'une QPC qu'il n'opérait pas de contrôle de conventionnalité, il demeure que la convergence des normes entre la Convention européenne et la Constitution, en ce qui concerne les libertés fondamentales, ne serait-ce que par souci de l'unité du droit, influence l'évolution des jurisprudences des différentes juridictions du respect effectif des libertés et droits fondamentaux. Dès lors, cette sévérité européenne à l'égard de l'organisation structurelle des autorités de régulation, basé sur le droit d'accès à un tribunal impartial (31), et le fait que le Conseil lui-même désormais reprenne à son compte cette sévérité à l'encontre des autorités, alors même que son rôle est déterminant dans ce que sera le droit positif des QPC, est à prendre en considération.

**16** De la même façon, les commentateurs du dispositif général de la QPC ont estimé que les procédures devant les autorités administratives indépendantes, notamment lorsqu'il s'agit de procédure de

(21) P. Delvolvé, « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Études offertes à J.-M. Auby* : D. 1992, p. 47-70.

(22) M.-A. Frison-Roche, « L'office de règlement des différends entre régulation et juridiction », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Dalloz/Presses de Sciences Po, 2005, vol. 3, coll. « Droit et économie de la régulation », p. 269-287.

(23) Sur ce particularisme, v. notamment P. Gélard, *Office d'évaluation législative du Parlement, Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, rapport AN 2006, n° 3166, rapport Sénat n° 404.

(24) C. Vanneste et R. Dosière, « Les autorités administratives indépendantes », préc. V. supra n° 4.

(25) V. par exemple, P. Pan, « La question prioritaire de constitutionnalité » : LPA 18 déc. 2009.

(26) Pour une analyse très pertinente de cet arrêt important, v. P. Fraisse, « L'apprentissage du droit à un procès équitable par les juges ordinaires français : le cas de l'obligation d'une apparente objectivité d'impartialité » : LPA 22 juin 2000, p. 12 et s.

(27) V. infra n°s 49 et s.

(28) V. infra n° 18.

(29) CE, 8 nov. 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*, concl. P. Collin : BJB févr. 2010, n° 2, obs. P. Collin, F. Crédot et T. Samin, p. 76-84.

(30) Idem. Certes, le rapporteur public estime que la jurisprudence européenne ne rend impossible que la confusion entre les fonctions et rend nécessaire l'instauration d'une commission des sanctions autonome. La loi du 22 octobre 2010 prit soin d'y procéder pour l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP), mais cela laisse entière, d'une part, la question de l'auto-saisine (v. infra n°s 25 et s.) et d'autre part, du fait même de cette loi, les nouveaux droits d'un représentant du collège de l'Autorité des marchés financiers d'être présent aux séances de la Commission des sanctions (v. infra n°s 38 et s.).

(31) V. infra n°s 50 et s.

sanction, peuvent être l'occasion de soulever une QPC, sans même attendre qu'un recours porte le dossier jusqu'à la juridiction du recours (32). En effet, lorsqu'une autorité administrative indépendante sanctionne ou tranche un conflit, cette activité doit appeler la qualification de juridiction, dès l'instant que l'on admet de procéder à une qualification par la mission. Cette qualification par l'activité (juridiction) et non plus par la forme (administration) oppose deux types de raisonnement : le premier de droit européen, droit téléologique (33), le second de droit interne, plus attaché au formalisme juridique. Le droit économique est téléologique, un raisonnement téléologique le respecterait.

**17** Il demeure que cette ambiguïté, que le professeur Mireille Delmas-Marty a pu désigner comme engendrant une « logique floue », est explicitée dans l'arrêt du Conseil d'État du 3 décembre 1999, *Didier* (34). En effet, il y est dit que le Conseil des marchés financiers « n'est pas une juridiction au regard du droit interne », ce qui suppose *a contrario* qu'au regard d'un autre ordre juridique, le droit européen, cette qualification lui est adéquate. Cela justifie que, dans la même phrase, le Conseil d'État estime que « le principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme (...) peut être utilement évoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'État à l'encontre de sa décision ». Ainsi, les autorités de concurrence comme les autorités de régulation économique et financière sont institutionnellement administratives en droit interne et, pour certaines de leurs activités, juridictionnelles en droit européen.

**18** Le droit européen doit être d'autant considéré ici pour deux raisons. En premier lieu, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu le 11 juin 2009 contre la France l'arrêt *Dubus* (35), qui estime que la Commission bancaire ne suivait pas une procédure conforme aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors même que la défense du Gouvernement français était de plaider qu'il s'agissait d'une « simple procédure administrative ». Il est donc de plus en plus nettement acquis que lorsqu'il s'agit de répression économique, l'État de droit exige que celle-ci soit opérée selon un processus de type juridictionnel, quand bien même celle-ci a la forme d'une administration. L'arrêt *Dubus*, qui lie étroitement pouvoir de réprimer et qualité juridictionnelle de l'organe de répression, a pour notre sujet une importance considérable car si les autorités de concurrence ou de régulation devaient continuer à être qualifiées en droit interne de simples autorités administratives, soustraites à l'appareillage protecteur de la pro-

cédures pénales, elles exposeraient la France à la condamnation par le Cour européenne des droits de l'homme (36).

**19** Plus encore, le Conseil constitutionnel en droit interne a lui-même évolué. Ainsi, la décision du 23 janvier 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence (37), pose que le Conseil de la concurrence est un organisme administratif de nature non juridictionnelle et s'il admet qu'il puisse relever d'un contrôle exercé par le juge judiciaire, c'est au nom de la bonne administration de la justice.

**20** La décision du 28 juillet 1989, *COB* (38), doit être considérée comme une évolution de la jurisprudence constitutionnelle. En effet, à propos du régulateur financier, le Conseil s'en tient toujours à sa qualification d'organisme administration et non juridictionnel (39) mais opère une distorsion entre le régime et la qualification, en encadrant le pouvoir de sanction, posant que le cumul de la sanction administrative et de la sanction pénale ne doit pas dépasser le maximum de l'une des sanctions. Nous sommes au milieu du guet car s'il y avait différence de nature entre les sanctions, ce qu'affirma la décision précédente du 23 janvier 1987, pourquoi se soucier du montant global de leur addition ? La référence faite au principe de proportionnalité ne l'éclaire pas. C'est en réalité revenir de fait à l'esprit de la règle *non bis in idem*, règle de droit pénal qui interdit que l'on condamne deux fois pour un même fait. L'évolution fût effectivement achevée par la décision du 23 juillet 1996 *Autorité de régulation des télécommunications (ART)*, qui intègre le principe, même si la ligne jurisprudentielle du Conseil ne fût pas très ferme par la suite.

**21** Enfin, il faut tenir compte de la convergence déjà très ancienne et prégnante entre la Convention européenne des droits de l'homme et le droit constitutionnel, le bloc de constitutionnalité et la Convention devenant des calques l'un de l'autre, ce qui devrait conduire le Conseil constitutionnel à poursuivre ce mouvement, consistant à appliquer aux autorités de concurrence et de régulation économique et financière un régime de juridiction et, à la fin en conséquence, une qualification de juridiction. Le caractère téléologique du droit économique et de la procédure devrait tout particulièrement l'y inciter.

**22** Le Parlement a d'ailleurs raisonné de cette façon-là, puisqu'en 2010 il a refusé de conférer à la Halde un pouvoir de sanction, car il ne voulait pas la transformer « en juridiction ». Ainsi, le Parlement lui-même estime qu'en modifiant le régime et les pouvoirs, on finit,

[32] V. not. J.-J. Daigre, « QPC et droit des marchés financiers », *préc.*, qui évoque non seulement le droit européen mais encore « la volonté du législateur » pour penser que les autorités de régulation financière doivent être considérées comme des juridictions.

[33] M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation » : D. 2001, *chron.*, p. 610-616 ; « Définition du droit de la régulation économique » : D. 2004, *chron.*, p. 136-129.

[34] CE, 3 févr. 1999, *Didier* : D. 2000, p. 62, note M. Boizard.

[35] CEDH, 11 juin 2009 : D. 2009, p. 2047-2050, note A. Couret.

[36] H. Le Nabasque, *préc.*

[37] *Cons. const.*, 23 janv. 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence : RFDA 1987, p. 287 et s., obs. B. Genevoix.

[38] 260 DC.

[39] § 18 de la décision.

de fait et de droit, par changer la qualification de l'organisme qui les exerce. Or les pouvoirs de sanction, comme le pouvoir de règlement des différends que détiennent les autorités de concurrence et de régulation économique et financière sont considérables et ne cessent de s'accroître : la QPC devrait permettre d'en tirer les conséquences institutionnelles, comme la Cour européenne des droits de l'homme le fit par l'arrêt *Dubus* le 11 juin 2009 (40).

**23** De ces convergences, nées pragmatiquement de l'idée qu'il faut penser les procès non plus tant en distinguant la procédure civile, la procédure pénale et le contentieux administration, mais bien plutôt autour de la notion-clé de droit processuel (41), il apparaît que l'on peut confronter les autorités de concurrence et de régulation économique et financière à la Constitution à travers, d'une part, la théorie du droit d'action (I) et d'autre part, le principe d'impartialité (II).

## **I. Les autorités de concurrence et de régulation économique et financière confrontées à la Constitution à travers le droit d'action dans son lien avec les droits de la défense**

**24** Le droit d'action peut être exercé d'une façon initiale ou au fil d'un procès recommencé, lorsqu'il s'agit d'un recours ». Lorsque c'est l'autorité qui — alors que par la suite elle appréciera le comportement de l'entreprise — agit en déclenchant la procédure par une auto-saisine, l'on peut considérer qu'il s'agit d'une sorte de « droit d'action d'origine » (A). Lorsqu'il s'agit pour l'autorité d'obtenir d'une juridiction que la partie qui demande la réformation de sa décision ne l'obtienne pas dans son recours ou même, que la décision adoptée par sa commission des sanctions ne soit pas maintenues, il s'agit alors d'un droit d'action que l'on peut qualifier de « droit d'action à double détente ». Dans les deux cas, l'exercice de ces droits d'action est très problématique car ces autorités, parce que nous venons de voir qu'elles sont juges, alors qu'elles exercent le droit d'action, sont de ce fait parties et qu'il est constitutionnellement impossible d'être juge et parties (B).

### **A. Le droit d'action d'origine : l'auto-saisine**

**25** Le droit de s'autosaisir a été conféré d'une façon assez courante par le législateur aux autorités de concurrence ou de régulation. On en comprend bien la *ratio decidendi*. En effet, d'ordinaire, c'est la

victime qui saisit la juridiction et elle est d'une part suffisamment forte pour ce faire, d'autre part suffisamment incitée par la perspective d'un gain, notamment l'attribution de dommages et intérêts, pour qu'elle le fasse. Mais pour prendre l'exemple de la concurrence, les victimes sont parfois trop faibles ou le système trop capturé (42), pour que l'autorité protectrice soit activée. Il ne servirait à rien d'accroître de droit et de fait les sanctions prévues s'il n'y a personne pour en demander le prononcé. Il est donc logique que l'évolution du droit économique aille à la fois vers l'attribution du droit d'auto-saisine et l'accroissement des sanctions qu'il soit possible d'attribuer (43).

**26** C'est l'office du ministère public en procédure pénale, organe qui est une partie désintéressée au procès, ou l'office du ministre de l'Économie à travers la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, dans le droit de la concurrence. Mais cela ne suffit pas et c'est pourquoi l'article L. 462-5 du Code de commerce a permis à l'Autorité de concurrence de s'autosaisir. Le Conseil de la concurrence le fit notamment dans l'affaire du refinancement des prêts bancaires. Il en résulta une condamnation des plus grandes banques du secteur par une décision du 19 septembre 2000 (44).

**27** Pour prendre plus particulièrement l'exemple du secteur bancaire et financier, l'Autorité des marchés financiers se soucie pareillement, et d'une façon plus large encore, du droit d'accès à la protection que le système de régulation financière offre aux investisseurs. C'est ainsi que le rapport du groupe de travail présidé par Jacques Delmas Marsalet et Martine Ract-Madoux relatif à l'indemnisation des préjudices subis par les épargnants et les investisseurs a été rendu public le 29 janvier 2011 (45).

Ce rapport suggère plutôt la piste d'une action collective *ad hoc*, proche de la *class action*. La Commission bancaire, aujourd'hui l'Autorité de contrôle prudentiel, dispose du pouvoir de s'autosaisir, par le biais de son collègue (46), en symétrie du droit dont dispose le collègue de l'Autorité des marchés financiers, par l'article L. 621-14 du Code monétaire et financier.

**28** Là aussi, on comprend bien que l'auto-saisine est nécessaire pour une régulation efficace car d'une part l'asymétrie d'information est très forte entre les épargnants et les établissements financiers, entre les assurés et les assureurs et d'autre part, les établissements

[40] V. supra n° 18.

[41] H. Motulsky, *Cours de droit processuel : cour polycopié, Montchrestien, 1973, pour l'état actuel de la matière, v. par exemple, S. Guinchard et al., Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable, Dalloz 2011, coll. « Précis Dalloz » ; E. Jeuland, Le droit processuel, LGDJ, 2007, 2<sup>e</sup> éd., coll. « Manuel ».*

[42] M.-A. Frison-Roche, *Capture*, in *Les 100 mots de la régulation*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 2011, p. 33 et s.

[43] C'est ainsi que la nouvelle Autorité de contrôle prudentiel (ACP) non seulement est titulaire d'un pouvoir de sanction, mais encore leur plafond a été relevé par la loi du 22 octobre 2010 par rapport à celle que pouvait prononcer la Commission bancaire. V. par exemple, E. Gruner, « Dernières évolutions de l'architecture du système de supervision financier français et des missions de l'Autorité de contrôle prudentiel (loi de régulation bancaire et financière) » : *Rev. Lamy dr. aff. janv. 2011*, p. 37-42, spéc. p. 42.

[44] *Cons. conc.*, 19 sept. 2000, n° 00-028, relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier : *Gaz. Pal.* 25 juill. 2001, p. 60, note S. Duflot.

[45] [ServiceDelacommunication@amf-france.org](mailto:ServiceDelacommunication@amf-france.org).

[46] E. Gruner, *Dernières évolutions de l'architecture du système de supervision financier français et des missions de l'Autorité de contrôle prudentiel (loi de régulation bancaire et financière)*, préc.

sont peu enclins à se dénoncer entre eux. L'ordre public de direction justifierait la violence de ce procédé qui consiste à se mettre soi-même un dossier sur son propre bureau (47).

**29** Mais il convient de revenir à la définition du droit d'action, telle que celle-ci résulte des textes à travers l'article 30, alinéa 1 du Code de procédure civile (48). Inspiré par Henri Motulsky (49), l'action est le droit de formuler une prétention pour que le juge la dise bien ou mal fondée. Selon Henri Motulsky, qui fonda par ailleurs la doctrine du droit processuel, l'action en justice est un droit qu'exerce une personne.

**30** Mais, aussi bien le droit public que la doctrine civiliste, notamment Pierre Hébraud (50), ont montré qu'il y avait deux sortes de parties : la partie au litige et la partie à l'instance. La partie au litige est celle qui est présente à l'instance parce que ses intérêts sont en cause, parce que sa situation sera affectée par la décision finale susceptible de lui faire grief. Mais c'est encore être partie lorsque l'on est simplement partie à l'instance, c'est-à-dire présent d'une façon désintéressée, alors même que la décision finale n'affectera pas ses intérêts, que cette partie soutiendra une thèse neutre par rapport au litige, étant plutôt qualifié de défenseur de la loi, partie neutre donc, que la présence se justifie par un intérêt tiers par exemple l'intérêt général. L'archétype en est le ministère public, partie à l'instance et non pas partie au litige.

**31** La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de souligner que, pour l'autre partie, qui voit, quant à elle, ses intérêts menacés par la décision future, faire face à une partie à l'instance est plus dangereux que de faire face à une partie au litige. En effet, concernant le ministère public qui se prévalait de son impartialité parce que n'ayant aucun intérêt particulier dans l'instance, la cour répondit que sa présence devait rendre le tribunal d'autant plus attentif aux droits de la défense (droits de valeur constitutionnelle ayant déjà justifié la transmission de QPC) (51), que les juges font davantage crédit à la thèse soutenue par une partie désintéressée qu'à la thèse proposée par une partie intéressée à la solution, puisque cette seconde thèse est perçue comme biaisée, et non la première.

**32** Plus encore si c'est l'Autorité de concurrence ou de régulation qui s'autosaisit, elle est de ce fait partie à l'instance. Si elle a fait usage du droit d'action, l'autorité a déjà pensé à des éléments à charge et l'impartialité, principe constitutionnel incontestable (52), est violé. Comment faire ?

**33** On pourrait soutenir que l'Autorité de régulation est composée de membres dotés d'une capacité surhumaine, consistant à croire un moment qu'il y a des raisons d'ouvrir par leur seule volonté un dossier, puis d'oublier l'instant d'après qu'il y avait raison de le faire pour regarder avec le regard neuf du juge le même dossier. C'est manifestement ainsi que le Conseil d'État a analysé avec bienveillance la Commission bancaire dans l'arrêt du 20 octobre 2000, *Habib Bank* (53). On peut non seulement douter du caractère vraisemblable de l'analyse, mais estimer qu'il y avait quelque hypocrisie de la part de la haute juridiction à poser que l'Autorité est impartiale dès l'instant que l'acte qui ouvre le dossier de poursuite est formulé objectivement. Tout tiendrait donc dans l'habileté des formules et l'art de bien tenir la plume. Il n'est pas sûr que cette jurisprudence déjà ancienne tienne face à la jurisprudence européenne précitée de 2009, *Dubus* (54), portant sur la même autorité et dont l'Autorité de contrôle prudentiel est l'héritière.

**34** L'on en arrive alors au paradoxe suivant. L'Autorité de concurrence ou de régulation, pour être impartiale tout en étant titulaire d'un droit d'action doit pouvoir se contredire. Ce faisant, elle apportera la preuve que la partie qu'elle fut n'enferma pas dans ses conceptions le juge qu'elle est. On peut dire en cela que la décision de la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers du 27 novembre 2009, *EADS*, a été un grand succès (55). En effet, le collège et le président de l'Autorité avaient agi, mais la Commission des sanctions, département autonome de l'Autorité, estima que les conditions n'étaient pas remplies pour réprimer. Le président de l'autorité des marchés financiers aurait dû s'en réjouir. La doctrine le fit, y voyant la preuve de l'indépendance de la commission par rapport au Collège (56). Mais, à lire la presse du lendemain (57) et les nombreuses interviews que le président Jean-Pierre Jouyet donna en France et à l'étranger, à la presse écrite et à la télévision, sur ce point, ce ne fut pas le cas.

[47] M.-A. Frison-Roche, C. Nocquet et J.-C. Marin (dir.), *La justice pénale face aux défis économiques et financiers*, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 2001.

[48] V. par exemple G. Wiederker, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », in *Mélanges offerts à P. Hébraud, université des Sciences sociales de Toulouse*, 1981, p. 949-958.

[49] H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Archives de philosophie du droit, Le droit subjectif*, Sirey, 1964, p. 215 et s.

[50] P. Hébraud, « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », in *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXVI, Toulouse 1978, p. 379-404.

[51] *TC Romans-sur-Isères*, 8 déc. 2010, cité par L. Briand, préc.

[52] V. supra n° 50 et s.

[53] CE, 20 oct. 2000, *Habib Bank* · *JCP G* 2001, II, 142, concl. F. Lamy.

[54] V. supra n° 18.

[55] *BJB* mars 1010, p. 107, obs. J.-J. Daigre.

[56] V. par exemple S. Dariosecq, « Le pouvoir de sanction de l'AMF : évolutions importantes », in J.-J. Daigre, (dir.), *La loi de régulation bancaire et financière, une réponse à la crise*, préc., p. 115.

[57] Interview du président J.-P. Jouyet dans *Le Figaro* 28 nov. 2009, demandant des moyens procéduraux permettant à l'Autorité de régulation de contester la décision de la Commission des sanctions.

**35** Il estima en effet qu'un régulateur, pour lequel le temps et la cohérence sont une dimension essentielle de son action, ne peut pas en premier lieu, donner un signal au marché financier en poursuivant pendant plusieurs années des personnes, puis donner le signal inverse.

Selon lui, cette incohérence du régulateur est impardonnable. Le rapport efficace que le régulateur doit avoir avec les marchés financiers ne peut le supporter et cette exigence-là doit prévaloir. Cette tension entre droits fondamentaux, puisque c'est l'impartialité qui est en cause, et régulation, puisque c'est la cohérence de l'action du régulateur face au marché qui est en cause, a été résolue au bénéfice de la régulation.

En effet, comme nous le verrons plus loin (58), la loi du 22 octobre 2010 a modifié le système pour ne plus laisser le Collège démuni face à la Commission des sanctions. Mais il n'est pas acquis que le Conseil constitutionnel résolve cette tension dans le même sens que l'a fait le législateur, qui fut sans doute influencé par le régulateur. L'on peut au contraire penser qu'il restera fidèle au principe constitutionnel d'impartialité (59).

**36** À cette difficulté institutionnelle, il s'agirait de trouver une solution institutionnelle. On pourrait songer à prendre plus nettement exemple sur le procès pénal, puisqu'il s'agit d'ordre public de direction. Pourquoi ne pas instaurer une sorte de parquet *ad hoc* auprès des autorités de régulations, lesquelles ne sont en rien des « autorités de médiation » (60), mais des autorités qui construisent et gouvernent des marchés, les pouvoirs de supervisions, de contrôles et de sanctions ne cessant de s'accroître et de s'entrecroiser ? Pourquoi ne pas, poussant jusqu'au bout la réalité de la « galerie financière » du parquet de Paris, créer un corps de spécialistes « auprès » de chaque autorité ?

**37** Cette organisation permettrait à l'autorité de n'être plus partie, alors qu'il est acquis qu'elle est juge, cumul qui, par nature la rendant partielle (61), la conduit à structurellement contrarier la Constitution. Cela signifie-t-il pour autant que les autorités de concurrence et de régulation économique et financière n'auront plus les moyens d'exercer leurs missions de régulation (62) ? Non, car il est usuel d'affirmer lorsqu'on décrit les institutions juridictionnelles que les tribunaux bénéficient d'une direction bicéphale, la première tête

étant celle du président, la seconde étant celle du procureur. Ainsi, le travail serait coordonné, entre l'action, l'instruction et le jugement, condition d'efficacité de la surveillance de la concurrence et de l'exercice de la régulation (63). Pour l'instant, le législateur ne s'oriente pas vers une telle solution. La réussite d'une QPC pourrait l'y conduire.

## **B. Le droit d'action à double détente : le recours et la présence de l'autorité dans l'instance devant la juridiction de recours**

**38** Dans son arrêt du 30 novembre 2010 (64), la chambre commerciale de la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question de savoir si le droit de « participer à l'instance devant la cour d'appel de Paris » est conforme ou non à la Constitution, car il s'agirait en réalité, sous couvert de l'article L. 464-8 du Code de commerce, de critiquer l'article R. 464-18 du même code, excluant de ce fait toute possibilité de transmission puisque les textes réglementaires ne peuvent être soumis à critique par cette voie.

**39** Le raisonnement, sèchement asséné, est surprenant (65). En effet, l'article R. 464-18 détaille les modalités du pourvoi en cassation, tandis que l'article L. 464-8 en vise le principe. Ainsi, même si le mécanisme est visé d'une façon développée dans un texte réglementaire, cela ne signifie pas que son principe y soit logé.

Comme il convient dans l'art législatif, l'article de loi s'est contenté de viser d'une phrase l'exercice du droit pour l'Autorité de concurrence de former un pourvoi, laissant au pouvoir réglementaire, dans un exercice non-autonome, la tâche de détailler. Cela suffirait-il à soustraire de tout contrôle *a posteriori* la loi ? Le fait que le texte de loi ait pris antérieurement une autre forme qu'une loi ne suffit pas plus à ne plus prendre en considération sa nature actuellement législative.

**40** Malgré cet arrêt, décevant avant tout parce qu'il ne justifie guère la solution adoptée et semble plutôt participer du peu de goût de la Cour de cassation pour la QPC, il convient donc de revenir à la théorie générale du droit d'action (66), notamment à travers l'article 30 du Code de procédure civile (67).

(58) V. infra n° 44.

(59) V. infra nos 50 et s., spéc. n° 65.

(60) Contra Rapport Dosière, préc. n° 4.

(61) V. infra nos 49 et s.

(62) Sur les raisons qui ont justifié cette attribution du droit d'auto-saisine, v. supra nos 25 et s.

(63) Sur la différence entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation, qui se répercute sur les autorités de concurrence, d'une part, les autorités de régulation, d'autre part, v. M.-A. Frison-Roche, « Regulation versus Competition » : *The Journal of Regulation* 2011, vol. 7 | 1-30.

(64) N° 1317 FS-D, v. supra n° 7.

(65) Pour des cas en revanche non contestables, dans la mesure où seule une disposition réglementaire était visée, on peut se reporter aux refus de transmission collationnés dans l'étude de L. Briand, « Un an (ou presque) de QPC devant les juridictions judiciaires du fond » : *Gaz. Pal.* 16 févr. 2011, étude n° 4768, p. 7-15, spéc. p. 9.

(66) V. par exemple G. Wiederker, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », préc.

(67) V. aussi supra nos 29 et s.

**11** En effet, l'alinéa 2 de cet article pose que le droit de prétendre que le juge doit rejeter la prétention du demandeur est lui-même une manifestation du droit d'action. C'est ainsi que le législateur a rattaché l'exercice des droits de la défense et le principe du contradictoire au droit d'action. Cela renforce la vigilance que le Conseil constitutionnel doit avoir de la conformité de l'organisation institutionnelle des autorités de concurrence et de régulation, car les droits de la défense sont de valeur constitutionnelle, la matière pénale incluant la répression administrative dont les autorités de concurrence et de régulation font usage (68).

**12** Ainsi, exercent un droit d'action non seulement celui qui saisit la juridiction de recours contre la décision prise par l'autorité de concurrence ou l'autorité de régulation mais encore celui qui forme une prétention au cours de l'instance qui se déroule devant la juridiction de recours.

**13** Or toutes les autorités se sont vues conférer par la loi le droit de prendre la parole pendant ces instances. S'agit-il pour autant d'exercer un droit d'action, ce qui conduit à les mettre en contravention avec la Constitution ? Si les autorités ne se comportaient que comme des sachants, des experts, système justifié pour pallier notamment dans le cas d'un règlement de différends la différence de compétence entre un opérateur historique très puissant et un nouvel entrant souvent plus démuné, on pourrait considérer qu'elles sont parties à l'instance et non pas partie au litige (69).

**14** Mais les autorités formulent des prétentions. Comme nous le verrons, les mécanismes se renforcent, puisque la loi du 22 octobre 2010 permet désormais au représentant du collège de l'Autorité des marchés financiers de formuler devant sa propre commission des sanctions non seulement des « observations » mais encore des « demandes ». À l'occasion des recours, les autorités maintiennent que leur décision est pertinente. Comment pourrait-il en être autrement ? Si elles ne le faisaient pas, elles seraient incohérentes, grave défaut à l'égard des marchés (70). Dans certaines affaires médiatisées, comme celle du cartel de l'acier (71), l'Autorité de la concurrence a défendu sa décision aussi fortement que l'aurait fait une partie au litige. Au regard de la régulation, on le conçoit en considérant que les marchés veulent des autorités fortes et cohérentes. Au regard des principes juridiques de la procédure, cela est contraire au principe des droits de la défense, principe constitutionnel.

**15** Ainsi, les autorités en participant à l'instance de recours ne peuvent, sauf à être incohérentes, que soutenir la thèse du bien-fondé de la décision de sanction, d'agrément ou de règlement de

différend, qu'elles ont elles-mêmes adoptée, sauf à être incohérente. Elles le feront d'autant moins si elles sont elles-mêmes l'auteur du recours critiquant la décision de la Commission des sanctions devenant indépendantes d'elles-mêmes. C'est pourquoi le président de l'Autorité des marchés financiers a très logiquement revendiqué que le législateur lui attribue le « statut plein et entier de partie » (72), ce à quoi la loi du 22 octobre 2010 donna satisfaction.

**16** Mais, sauf à dire que l'Autorité des marchés financiers n'est plus une autorité unifiée, ce que la simple division fonctionnelle interne ne peut permettre de conclure et ce que l'existence d'une personnalité morale accordée à l'institution toute entière semble même interdire, on ne comprend pas comment l'autorité ne serait pas juge et partie, dès l'instant qu'elle sanctionne et qu'elle forme en même temps des prétentions, soit devant elle-même, soit à l'occasion des recours, passant au passage par ce cumul du statut de juge à celui de partie, ce qui constitue une atteinte au principe des droits de la défense et au principe d'impartialité.

**17** Même si l'on se limite à la seule participation à l'instance juridictionnelle qui se déroule devant la Cour de recours, dans la mesure où la personne qui n'a pas obtenue satisfaction devant l'autorité et qui a attaqué la décision de celle-ci devant la juridiction de recours va, par le même effet de nature, soutenir que la décision de l'autorité est mal fondée, l'autorité va donc prétendre qu'il faut retenir que la juridiction de recours doit rejeter le recours. Les autorités le font bien sûr systématiquement. Ce faisant, elles entrent exactement dans la définition du droit d'action formulée par l'article 30, alinéa 2 du Code de procédure civile.

**18** La solution institutionnelle pour éviter qu'une QPC ne puisse prospérer et n'entraîne une réforme législative sous la forme d'un sauve-qui-peut — comme celui qu'on observe en matière de garde à vue et qui nous éloigne fort de l'art législatif — est de dissocier l'activité d'action et l'activité de jugement, non seulement sur le mode fonctionnel de départements distincts à l'intérieur des institutions de concurrence ou de régulation, ce dont se contente sans un mot d'explication le second arrêt de la chambre commerciale du 30 novembre 2010 (73), mais par une séparation institutionnelle véritable, empruntant classiquement à la procédure pénale l'idée de ministère public *ad hoc*, auprès de chaque autorité, cette sorte de ministère public pouvant alors former les recours, y compris contre les décisions des commissions de sanctions et participants aux instances devant les juridictions de recours.

[68] V. par exemple C. Ginestet, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Révet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2010, 16<sup>e</sup> éd., spéc. n° 685, p. 546. V. aussi L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, préc., p. 574 et s.

[69] Sur cette distinction essentielle, v. supra n°s 30 et s.

[70] Sur cette dimension, v. la démonstration à propos de l'affaire EADS, supra n°s 34 et s.

[71] CA Paris, 19 janv. 2010, n° 2009/00334, secteur de l'acier, réformant la décision de l'Autorité de la concurrence n° 08-D-32 du 16 déc. 2008.

[72] S. Daroieq, *Le pouvoir de sanction de l'AMF : évolutions importantes*, préc.

[73] Cass. com., 30 nov. 2010, n° 1318 FS-D, préc. ; v. supra n° 6.

## II. Les autorités de concurrence et de régulation économique et financière confrontées à la Constitution à travers le principe d'impartialité

**49** Le Conseil constitutionnel fait une large place au principe d'impartialité, lequel est connecté à tous les autres grands principes de l'État de droit, notamment l'accès au droit et la sécurité juridique (A). Or c'est ce même principe qui bouleversa par la jurisprudence judiciaire, puis administrative, obligeant les textes à opérer une division fonctionnelle des tâches à l'intérieur des autorités.

Il n'est pas acquis que cela suffise à satisfaire le principe constitutionnel d'impartialité. Cela entrave en revanche l'efficacité de la garde du bon fonctionnement concurrentiel des marchés et de la régulation sectorielle. Faute d'une scission institutionnelle des tâches plus radicale telle que précédemment proposée, on peut penser que la contradiction avec la Constitution demeure et le terrain d'une QPC avec elle, ce qui met en danger les autorités et la crédibilité de leur action face aux marchés (B).

### A. L'autonomie du principe constitutionnel d'impartialité

**50** Le principe d'impartialité est consubstantiel au droit constitutionnel d'accès à la justice et, même si Raymond Barre a pu soutenir que l'État lui-même devrait être impartial, c'est à la notion de tribunal que ce principe est attaché, notamment par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (74).

Au « sens européen », les autorités administratives indépendantes, notamment de sanctions ou de règlements des différends, doivent être qualifiées d'organes appelant l'application du régime caractéristique des juridictions, en ce que celui-ci est protecteur du justiciable (75).

**51** La jurisprudence du Conseil constitutionnel a donné un fondement général et autonome au principe d'impartialité à travers l'article 16 de la Déclaration de 1789 qui offre à chacun la garantie de ses droits, sans laquelle « il n'y a point de Constitution », ce qui suppose l'accès à un tribunal impartial (76). L'autonomie du principe d'impartialité fût affirmée par le Conseil constitutionnel, notamment par la décision du 20 février 2003, *Loi relative au juge de proximité* (77).

**52** Cela se décline pour les autorités de concurrence et de régulation économique et financière, parce qu'elles ne peuvent qu'être soumises au régime des juridictions, par le raisonnement téléologique

qui l'impose, comme l'a emprunté la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel, lui-même, qui se réfère à ce régime juridictionnel (78).

**53** Même parmi la doctrine, le plus souvent publiciste, qui affirme pourtant qu'il ne faut pas tirer du régime de conséquences sur la qualification de l'organe, les auteurs reconnaissent que ces autorités doivent être impartiales, puisqu'elles sont indépendantes dans leurs comportements du Gouvernement, même si elles demeurent contrôlées par celui-ci, ce qui justifierait qu'elles restent organes administratifs et non juridictionnels (79).

**54** En ce qui concerne l'impartialité, il faut distinguer quatre qualifications possibles, qu'il convient ensuite de croiser et de cumuler. Tout d'abord, on distingue l'impartialité subjective et l'impartialité objective, la première ayant trait au comportement d'une personne, le plus souvent un magistrat, la seconde ayant trait à sa position dans l'institution, par exemple, alors même que le magistrat n'a eu aucun comportement reprochable, le fait d'être juge du recours alors que, du fait de l'évolution de sa carrière, il avait eu à connaître du cas en première instance. Dans cette situation, il y aurait atteinte à l'impartialité objective, même personnelle, et annulation de la décision de ce fait (80).

**55** Une autre distinction, qu'il convient de ne pas confondre avec la première, oppose l'impartialité personnelle, propre à celui qui juge (impartialité à la fois subjective et objective), et l'impartialité structurelle.

L'impartialité structurelle, qui ne tient en rien à la position personnelle des membres des institutions, laquelle est par exemple liée à l'évolution de leur carrière, etc., tient à l'organisation interne de l'organe qui doit faire en sorte que la personne à laquelle la décision qui va être prise peut faire grief, n'ait pas à supporter l'influence d'une organisation qui ait construit un dossier ayant bâti des opinions avant le stade du jugement et, de fait, influencé celui-ci. L'impartialité structurelle est objective.

Cette exigence est insurmontable en ce qu'elle est ce par quoi l'organisme, exerçant le pouvoir de juger, « donne à voir » son impartialité (ce qui traduit la notion d'apparence). Or les autorités de régulation et de concurrence furent bouleversées par cette notion d'origine anglaise.

[74] M.-A. Frison-Roche, « Le droit à un tribunal impartial », in *Libertés et droits fondamentaux, préc.*, p. 515-525.

[75] *Ibidem* n°s 649 et 650, p. 517 et les références citées.

[76] *Ibidem*.

[77] *Cons. const.*, 20 févr. 2003, n° 2003-466 DC : *Rec. Cons. const.* 2003, p. 156.

[78] *V. supra* n°s 18 et s.

[79] *Sur ce raisonnement, les auteurs admettant tout de même que de ce fait « la jurisprudence n'est pas très claire »* : L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, préc., commentaire sous la décision du 17 janvier 1989, CSA, n° 19, p. 698.*

[80] *Cass. ass. plén.*, 6 nov. 1998 : *Bull. civ.* 1998, ass. plén., n° 4, p. 6 et s.

## B. Le bouleversement des autorités par l'exigence d'impartialité objective structurelle

**56** En effet, et cela pouvait tout à fait se concevoir avant le 5 février 1999, les autorités de régulation et le Conseil de la concurrence étaient organisés sur les principes de centralisation des pouvoirs et de fluidité. Le principe d'efficacité en raison de la complexité des dossiers, face à des personnes poursuivies souvent bien informées et au fait des stratégies contentieuses, justifiait que celui qui connaissait le mieux le dossier, donc celui qui l'a instruit, vienne ensuite participer au jugement. L'essentiel était qu'il n'y ait pas atteinte au principe d'impartialité, défini à l'époque simplement dans son acception personnelle et subjective (81), c'est-à-dire que le rapporteur ne soit pas corrompu par exemple. Le « sens du service public » dans ces organismes publics y pourvoyait.

**57** On comprend que l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 5 février 1999, *Oury* (82), ait produit comme un coup de tonnerre, lorsqu'il annula une procédure de sanction menée par la Commission des opérations de bourse, pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que l'autorité n'était pas impartiale, puisque celui qui avait instruit l'affaire et avait décidé qu'il fallait que la procédure se poursuive (ce qui suppose un préjugé) était présent au stade du jugement. Cela fût ressenti par beaucoup d'autorités comme une incompréhension des nécessités d'efficacité de leur action. Nous retrouvons ici le *hiatus* entre l'efficacité de la régulation et la nécessité de respecter les principes fondamentaux (83). Mais le juge a toujours le dernier mot (84) et un des principaux protagonistes a pu écrire que « la logique de l'évolution était évidente et prévisible (85) ».

**58** Effectivement, non seulement les textes ultérieures sont venus modifier les unes après les autres les autorités de régulation, mais encore, si l'on observe par exemple la façon dont l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) a été dotée d'une commission des sanctions autonome par la loi du 22 octobre 2010, dotée d'un rapporteur dans lequel le législateur voit une sorte de juge d'instruction (86) — donc une personne qui a une opinion sur le dossier et qui ne se contente pas de le récapituler pour ses collègues — la doctrine voit dans la règle associée selon laquelle ce rapport n'assiste pas au délibéré la conséquence « d'évidentes raisons d'impartialité » (87).

**59** Comme quoi ce qui fût considéré en 1999 comme une sorte de coup d'État par le juge judiciaire contre l'État, alors même que le Gouvernement français avait et continue à avoir du mal à accepter les institutions mêmes des autorités administratives indépendantes (88), paraît aujourd'hui comme allant de soi.

**60** Cette évolution « évidente », qui « va de soi », continue son œuvre, puisque le rapport *Folz-Schaub-Raysseguier* du 20 septembre 2010 conseille que la fonction de sanction soit clairement distinguée et rendue autonome au sein de l'Autorité de concurrence, ce qui n'est pas le cas pour l'instant, notamment du fait que le président est à la fois celui qui dirige le collège et celui qui dirige les audiences, les préside et juge.

**61** Plus encore, lorsqu'on observe ce que l'affaire *EADS* a conduit le législateur (89), inspiré par le régulateur, à faire, dans une nouvelle rédaction de l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier, permettant désormais au président de former un recours contre sa propre institution, car c'est bien au nom de celle-ci que la Commission des sanctions a décidé, le droit, par un mouvement de balancier, revient à une situation antérieure à ce qu'était le droit avant l'arrêt *Oury*.

**62** Allons-nous assister à une reprise du bras de fer entre les régulateurs et les juges ? Un des deux bras pourrait être fléchi par le Conseil constitutionnel. En effet, d'un point de vue juridique, on peut estimer qu'il existe un fort risque de déclaration d'inconstitutionnalité, dès l'instant que la Cour de cassation cessera de refuser, par des arrêts à peine motivés, de transmettre les QPC à ce sujet.

**63** En effet, d'un point de vue juridique, en premier lieu, les autorités en question non seulement demeurent dotées d'un droit d'action initial à travers le droit d'auto-saisine et de recours par le droit de contester et de présenter des prétentions dans l'instance de recours, mais encore les lois nouvelles dotent les autorités récentes, comme l'ACP de semblables droits ou les accroissent pour les autorités existantes, comme l'Autorité des marchés financiers.

Or il a été démontré qu'en cela, ces autorités de concurrence ou de régulation sont juges et parties, ce qui est contraire aux droits de la défense et au principe d'impartialité, dont il est incontestable qu'ils sont de valeur constitutionnelle et qu'ils s'appliquent aux autorités administratives indépendantes. En outre, en raison d'une évolution

[81] V. supra n° 54.

[82] Cass. ass. plén., 5 févr. 1999 : *RD bancaire et bourse* 1999, p. 33, obs. M.-A. Frison-Roche ; *Banque et droit* mars-avr. 1999, p. 34, obs. F. Peltier ; H. de Vauplane : *JCP G II*, 100060, note H. Matsopoulou.

[83] V. supra nos 63 et s.

[84] G. Canivet, « *Propos généraux sur les régulateurs et les juges* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Dalloz/Presses de Sciences Po, 2004, vol. 1, p. 184-193.

[85] *Ibidem*, p. 189.

[86] Rapport P. Marini, n° 705, déposé au nom de la commission des finances du Sénat le 14 sept. 2010.

[87] E. Grunel, « *Dernières évolutions de l'architecture du système de supervision financier français et des missions de l'Autorité de contrôle prudentiel [loi de régulation bancaire et financière]* », *préc.*, p. 42.

[88] V. supra nos 4 et s.

[89] V. supra nos 44 et s.

du droit de plus en plus exigeant (90), la seule séparation fonctionnelle au sein de l'autorité ne suffira plus à les sauver du grief de partialité. Il faudrait passer à la séparation institutionnelle, comme en procédure pénale par l'organe d'un parquet (91). Faute de cela, les principes de droits de la défense et d'impartialité sont objectivement méconnus.

**64** Certes, il est vrai qu'en régulation, la balance est toujours fragile entre l'efficacité de la police des marchés et les garanties des personnes. Il est exact que la cohérence dans la durée de l'action des autorités est une exigence des marchés eux-mêmes (92). Pourtant, l'État de droit implique, dans la mesure requise, l'inorganisation

relative des institutions (que la constitution de quasi-parquets *ad hoc* pourrait amoindrir), justifie l'émission d'informations (que produit déjà la division fonctionnelle interne des autorités).

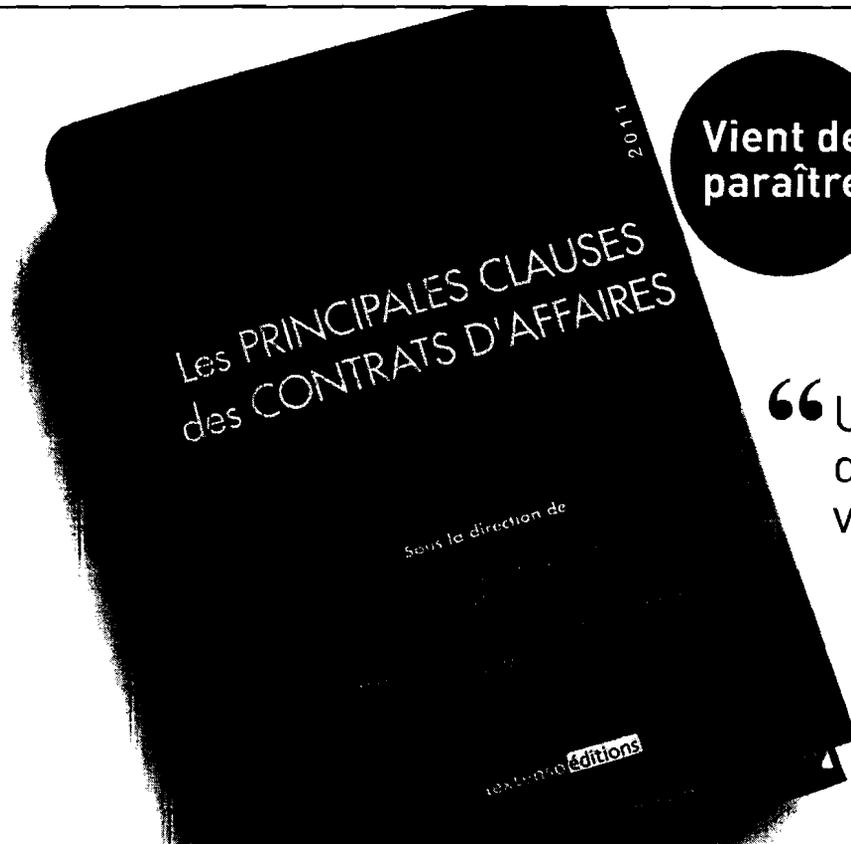
**65** Il est exact que ce « prix constitutionnel » est élevé pour les marchés. C'est au Conseil constitutionnel, cour suprême, de trouver le juste fléau de la balance, car les marchés ont aussi besoin de droit.

*Marie-Anne FRISON-ROCHE*  
Professeur de droit à Sciences Po (Paris)  
Directeur de *The Journal of Regulation*

[90] Par exemple, on peut penser que l'arrêt *Habib Bank* (v. supra n° 33) a été rendu caduc par les arrêts cumulés *Duhus* (v. supra n° 18) et *CNCEP* (v. supra n° 14).

[91] V. supra n° 48.

[92] V. supra n° 35.



Vient de  
paraître

“ Un véritable dictionnaire  
de clauses pour sécuriser  
vos contrats d'affaires ”

Disponible  
sur **Librairie Lgdj.fr**

[www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr)