



Les Autorités administratives indépendantes, un nouveau pouvoir ?

Réflexions sur l'Autorité de la concurrence, sa puissance, son indépendance et sa doctrine.

Benjamin Parker disait « *Un grand pouvoir implique de grandes responsabilités* » - *Amazing Fantasy* n° 15 de 1962.

LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AFDI : Annuaire Français de Droit international
AIJC : Annuaire International de Justice Constitutionnelle
AJ : Actualité Juridique
AJDA : Actualité Juridique Droit Administratif
AN : Assemblée Nationale
Ass. Plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation
CC : Conseil constitutionnel
Cass : Cour de cassation
CCC : Cahiers du Conseil constitutionnel
CE : Conseil d'Etat
CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEDH : Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CJA : Code de justice administrative
CJCE : Cour de justice des communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
Cons. : Considérant
D. : Dalloz
J.O. : Journal Officiel de la République Française
JCPA : La semaine juridique, édition Administrations et Collectivités
JCPG : La semaine juridique, édition Générale
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA : Les Petites Affiches
N° : Numéro(s)
NCCC : Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
P. : page
Pp. : pages
PUF : Presses Universitaires de France
QPC : question prioritaire de constitutionnalité
RDP : Revue de Droit Public et de Science Politique en France et à l'étranger
RFDA : Revue Française de Droit Administratif
RFDC : Revue Française de Droit Constitutionnel
RGDIP : Revue générale de Droit internationale
RTDC : Revue Trimestrielle de Droit civil
TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
TUE : Traité sur l'Union européenne
UE : Union européenne

SOMMAIRE

CHAPITRE 1 : LE VERITABLE POUVOIR DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE : UNE EXIGENCE CONTEMPORAINE, FRANCO-EUROPEENNE

§ I – L'EDIFICATION PROGRESSIVE D'UNE AUTORITE AUX COMPETENCES ELARGIES : UNE VERITABLE SOLUTION « EUROPEENNE »

§II – L'ASCENSION AU RANG DE POUVOIR : UNE CONCLUSION PERTINENTE A L'AUNE DU DROIT POSITIF RECENT ET DE LA SCIENCE POLITIQUE

CHAPITRE 2 : L'INDEPENDANCE ET LA RESPONSABILISATION CONTINUE DE L'AUTORITE : UNE ACTION CONCOMITANTE DE LA LOI, DU JUGE ET SURTOUT DE L'AUTORITE

§ I – UNE PROGRESSION CONDITIONNEE AU RESPECT PARTIEL DES EXIGENCES D'IMPARTIALITE ET D'INDEPENDANCE : UNE POSITION ENCORE « EUROPEENNE »

§II – LES PROGRES RECENTS DE L'AUTORITE FACE A CES IMPERATIFS : UNE MUTATION LATENTE DU SYSTEME

INTRODUCTION

« *Les Autorités administratives indépendantes ne sauraient devenir le mode d'administration de droit commun* »¹. Cette affirmation péremptoire du Conseil d'Etat semble actuellement tout à fait surannée, en témoigne ses derniers avis, études et arrêts mais aussi toute la production doctrinale qui entoure ce sujet. Elles sont devenues un élément incontournable au sein des études en droit de par, notamment, la légitimité qu'elles ont pu acquérir au fil des années². Toutes les branches du droit consacrent aujourd'hui une partie entière sur l'étude du fonctionnement de celles-ci. Leur originalité mais aussi la transversalité des domaines que peuvent toucher ces autorités ont conduit à en faire l'objet d'une nouvelle analyse³.

En somme, nous assistons avec elles à une « *révolution culturelle de l'Administration* »⁴, à une révolution culturelle dans le mode d'intervention et d'organisation de l'Etat, mais aussi dans le mode de représentation de l'Administration dans l'opinion publique. Ce qui conduit à conclure que le temps est bien loin où « *les Autorités administratives indépendantes n'intéress(ai)ent que les professeurs de droit et les naïfs* »⁵. Elles sont alors un instrument important, mais aussi atypique, dans le paysage institutionnel, juridique et politique français. Atypique, pourquoi ?

Cela se retrouve dans la définition – non officielle comme le remarque le Sénat⁶ – même de ces Autorités. Il s'agit « *d'organismes rattachés à l'administration générale sans autonomie juridique, mais disposant d'un véritable pouvoir de régulation* »⁷. De cette représentation, J.-M. Sauvé en arrivera à dire que les Autorités administratives indépendantes sont « *l'expression d'un oxymore que l'on pourrait presque qualifier d'ontologique : celui d'être à la fois une autorité administrative, c'est-à-dire relevant de l'exécutif de l'Etat, mais dans le même temps une autorité indépendante, et donc soustraite au principe rappelé par l'article 20 de la Constitution selon lequel le Gouvernement, responsable devant le Parlement, détermine et conduit la politique de la Nation et dispose pour ce faire de l'administration* »⁸. Le sénateur Gélard corrobore cette idée en disant qu'elles sont « *un objet administratif non identifié, qui exerce des fonctions relevant de la compétence du Gouvernement, et qui est donc issu d'un abandon de ses attributions par ce dernier ? Il n'existe pas de définition ; le législateur est hésitant : il y a des « autorités administratives » qui ne sont pas « indépendantes » et des « autorités indépendantes » pas « administratives ». Pourquoi certaines Autorités administratives indépendantes sont-elles dotées de la personnalité morale et pas d'autres ? Mystère* »⁹. Cette ambivalence du système « *Autorités administratives indépendantes* » déconcerte et choque dans un environnement encore trop hostile.

Pour comprendre l'émergence de cette particularité, il faut revenir à l'origine de la création des premières Autorités administratives indépendantes. À ce propos, l'idée qui anime la création, depuis 1978, de celles-ci est présentée dans le rapport de 2001 du Conseil d'Etat, c'est-à-dire garantir l'impartialité des interventions de l'Etat, mais aussi permettre la participation de professionnels à la régulation d'un secteur d'activités, et

¹ Conseil d'Etat, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, Etudes et documents n° 52, 2001, p. 374.

² « Les autorités administratives indépendantes », J.-M. Sauvé, Intervention du 11 février 2010 - audition par MM. C. Vanneste et R. Dosière, Députés, rapporteurs de la mission mise en place par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes.

³ V. S. Dubiton, *La confrontation des autorités administratives indépendantes au principe démocratique*, thèse de doctorat en droit public, Université Montpellier 1, 2012.

⁴ D. Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique* 2007/3 (t. XXI, 3), pp. 345-371.

⁵ A. Holleaux, *Les Petites Affiches*, 9 février 1987.

⁶ <https://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html>

⁷ P. Idoux, J.-P. Colson, *Droit public économique*, LGDJ, 7^e édition, p. 582.

⁸ Intervention du 11 février 2010, *op. cit.*

⁹ Rapport d'information n° 616 (2013-2014) de M. Patrice Gélard, au nom de la commission des lois, « Autorités administratives indépendantes » - 2006-2014 : un bilan, 11 juin 2014.

enfin assurer une intervention efficace de l'Etat en terme de rapidité, d'adaptation à l'évolution des marchés et de continuité dans l'action. Également, la création de certaines de ces autorités est le résultat d'un contexte international favorable à un désengagement progressif de la sphère étatique. Elles répondent alors à des obligations internationales et européennes s'imposant à la France, notamment de séparer *l'Etat régulateur* et *l'Etat opérateur*, et de déconstruire la plupart des monopoles étatiques. La philosophie libérale répandue par l'intégration progressive¹⁰ de l'Union a bouleversé nos représentations et notre fonctionnement.

D'autres encore sont le fruit de fracas médiatiques, à l'instar de la CNIL. Précisément, cette dernière est née à la suite des révélations du journal *Le Monde* du 21 mars 1974, où celui informait, dans un article intitulé « *Safari ou la chasse aux Français* »¹¹, l'opinion publique d'un projet gouvernemental ayant pour but d'identifier chaque citoyen par un numéro puis de créer ainsi un réseau interconnecté de recensements de données, grâce à ce numéro. Tous les fichiers de l'administration française étaient concernés. Ce projet se dénommait *Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus*, plus communément appelé *SAFARI*. En somme, il tendait à centraliser au ministère de l'intérieur près de cent millions de fiches répertoriées dans les quatre cent fichiers des services de police. Cette annonce crée l'émoi dans l'opinion publique, car l'Etat aurait pu porter une atteinte véritable au droit au respect de la vie privée en conservant une multitude de données informatiques d'ordre privé pouvant porter même sur les opinions religieuses, politiques ou autres caractères plus intimes encore. Finalement, face à la contestation, le projet fut avorté, et a poussé le Gouvernement à créer une commission auprès du Garde des sceaux afin qu'elle propose des mesures tendant à garantir que le développement des réseaux informatiques se réalise dans le respect des droits et libertés. P. Messmer, premier ministre en fonction, créa la *Commission Informatique et Libertés*, qui par ses réflexions, donnera naissance à un projet de loi créant la fameuse CNIL le 6 janvier 1978.

En outre, les Autorités administratives indépendantes sont un moyen pour l'Etat de rationaliser son action, de se désengager de nombreux domaines au nom d'exigences juridiques comme politiques. Mais cette idée irait trop loin, pour certains¹², car nous assistons à un mouvement continu¹³ de création et de renforcement des compétences des Autorités administratives indépendantes qui serait incontrôlé, aboutissant à la reconnaissance de 42 autorités aux caractéristiques trop éloignées les unes des autres¹⁴. Il y aurait une « *inflation éternelle* » comme le disait A. Guth. En effet, depuis 2006, un rythme de création d'une par an en moyenne a été observé. Il existerait même pour J. Mézard un « *effet cliquet* », c'est-à-dire qu'une fois reconnue, la qualification d'Autorité administrative indépendante n'est jamais remise en cause, quelle que soit l'évolution ultérieure.

De plus, ce schéma augure l'avènement de nouveaux centres gravitationnels qui déstabilisent la cartographie classique et qui induirait, implicitement mais nécessairement,

¹⁰ J.-C. Juncker a même affirmé que « *il ne peut y avoir de choix démocratique contre les traités européens* » : 28 janvier 2015, Bruxelles, *entretien au Figaro*, dans J.-C. Juncker : « *Pas question de supprimer la dette grecque* », J.-J. Mevel, Réaction de J.-C. Juncker à la victoire du parti anti-austérité Syriza en Grèce.

¹¹ P. Boucher, L. Joinet et P. Lemoine ont rappelé cette histoire dans un article intitulé « *Affaire Snowden : la France reste muette* », *Le Monde* du 20 août 2013.

¹² Entretien avec J. Mézard, « *L'indépendance des AAI reste fragile car elle dépend de la coopération des autres pouvoirs publics* », *La Semaine juridique* Edition Générale n°14, 4 avril 2016, p. 393.

¹³ V. P. Idoux, « *Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européanisé. Présentation du dossier* », *Droit et société*, 2016/2 (N° 93), pp. 275-277.

¹⁴ J. Chevallier parle ici de « *polycentrisme administratif* » : v. « *Loi et contrat dans l'action publique* », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17 (Dossier : Loi et contrat) - mars 2005.

une *entropie*¹⁵ juridique. En d'autres mots, la créature échapperait à ses créateurs et elle les consumerait à feux doux.

Un tel constat doit nécessairement conduire à certaines interrogations. Est-ce que ces créations ne sont pas justifiées par de nouvelles considérations, notamment démocratiques et juridiques ? Est-ce que ces autorités conduisent véritablement à une *entropie* ou plutôt à une *extropie*¹⁶ juridique ? Pourrions-nous voir alors, dans ces autorités, l'émergence d'un vrai quatrième pouvoir¹⁷ ? La réponse à ces questions conditionne l'étude d'autres éléments. Logiquement, si elles constituent un tel pouvoir, comment garantir la pleine efficacité de ces autorités ? Quelle organisation est optimale pour ces autorités ? Comment assurer son indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs, au nom de sa mission ? Ne doit-elle pas sécréter une doctrine déontologique ? Encore, ne doit-elle donc pas briser le schéma classique de la répartition des pouvoirs ? Qui, *in fine*, sera le gardien du respect de ces exigences ?

La généralité de la problématique illustre parfaitement le caractère sibyllin des Autorités administratives et agrège toutes les réflexions contemporaines. Si nous devons recentrer notre exposé sur des points saillants, affirmons qu'il graviterait autour de deux questions fondamentales : N'y-a-t'il pas une refonte du paysage politique et juridique avec la prise de puissance continue des Autorités administratives indépendantes ? Qu'enfin, la prise en compte d'impératifs classiques d'impartialité et d'indépendance, n'est-elle pas aujourd'hui du simple ressort de l'Autorité, témoignant de la fébrilité du législatif dans notre système ?

L'essentiel du débat est posé. Ces questions seront la trame de fond de notre réflexion qui implique certaines précisions d'ordre méthodologique. Effectivement, la présente production s'attachera à questionner ce point mais en recentrant l'analyse sur les autorités de régulation économique, et principalement l'Autorité de la Concurrence. Pourquoi un tel choix ? L'idée est simple, l'évolution de la régulation économique, instiguée par des instances supranationales, a bouleversé la France et a participé à faire de ces autorités, le dénominateur commun de toutes équations. L'Union européenne a fait de ce modèle une norme qui se doit d'être appliquée dans l'ensemble du système européen¹⁸. Elle a conduit aussi à développer au maximum les prérogatives de ces autorités de régulation économique, ainsi qu'à modifier substantiellement leur organisation et leur doctrine. L'évolution a été particulièrement rapide dans ce domaine – en témoigne l'histoire de l'Autorité de la concurrence. Puis, la régulation économique et les libertés afférentes, semblent aujourd'hui le terrain le plus fertile pour proposer une analyse pertinente de la puissance et *a fortiori* des garanties proposées par ces entités au nom d'un rapport sain avec les autres pouvoirs.

Puis les libertés économiques sont souvent un pan peu étudié dans le domaine du droit des libertés, elles sont laissées à des matières juridiques plus pragmatiques pourrions-nous dire. Nous retrouvons de tels débats en droit public économique, droit public des affaires ou encore en droit administratif – qu'importe la terminologie doctrinale donnée. Elles jouent pourtant un rôle central dans la vie de nombreuses

¹⁵ Au sens de Rudolf Clausius, dans *Sur diverses formes des équations fondamentales de la théorie mécanique de la chaleur*, qui désignait par ce terme une tendance à la désorganisation naturelle de tous les systèmes. Terme souvent employé dans la thermodynamique et l'astrophysique en lien avec la recherche sur la matière noire et l'inflation continue de l'Univers.

¹⁶ Ce terme est le contraire de l'entropie dans la philosophie *transhumaniste* notamment, il renvoie à l'idée d'une possibilité de structurer les choses, l'univers, à l'idée d'un progrès illimité. Plus précisément, une tendance de l'évolution des choses vers l'organisation.

¹⁷ Et donc pas les médias : F. Thomas, « Introduction », *Le journalisme*, Paris, PUF, *Que sais-je ?* 2007.

¹⁸ I. Dajkovic, « L'influence du droit communautaire sur la régulation publique de la concurrence dans les pays d'Europe de l'est », *Revue internationale de droit économique* 2006/4 (t. XX, 4), pp. 475-504.

personnes¹⁹, et l'actualité²⁰ fait état de leur intérêt qui nous invite à réinvestir une analyse plus profonde des institutions chargées de les garantir, de les concilier. D'autant que ces libertés économiques – notamment la *liberté d'entreprendre* – sont en constante mutation par le dialogue juridictionnel qu'entretiennent la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'Homme et les différents juges français. En témoigne la décision du 17 septembre 2015²¹, dans lequel le Conseil constitutionnel considère que l'interdiction d'importer les produits contenant du Bisphénol A en France n'est pas inconstitutionnelle et ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, notamment à l'aune de la protection de la santé publique.

Enfin, l'Autorité de la concurrence est aujourd'hui au centre de beaucoup de questionnements, l'étude de l'état du droit positif mais aussi de l'ensemble des actions mises en œuvre par cette autorité permettra de dresser un tableau, certes non-exhaustif, de l'importance actuelle de celle-ci mais aussi de questionnements plus fondamentaux sur sa déontologie.

Ensuite, une certaine rigueur méthodologique est souhaitée afin d'objectiver et rendre scientifique le travail. Sur le terrain des présupposés, il convient d'affirmer la croyance dans un paradigme *herméneutique*²², c'est-à-dire la croyance dans l'idée que la connaissance est inséparable de l'interprétation, qui implique elle-même la compréhension, l'attribution de sens. Le sujet interviendrait de manière prioritaire dans la construction de l'objet, il y aurait une *non-objectivité du droit (de la règle juridique)* comme le pense P. Amssek²³, qui implique qu'il n'est jamais *donné* mais toujours *construit*. C'est finalement le projet du sujet qui conditionne le résultat ainsi que l'objet d'étude.

Dès lors, toutes les analyses qui suivront ne peuvent nullement aspirer à une pure « *description-explication* », à un pur *scientisme*, mais à tenter de définir des tendances, de *comprendre*, d'établir un *discours savant*, au demeurant rigoureux. À cet égard, notons donc que notre entreprise prendra appui sur une *démarche inductive*, donc *dogmatique*, pour arriver à un résultat *théorique*. En effet, il s'agira de partir du droit positif, c'est-à-dire que le propos tendra à faire une analyse précise des différentes dispositions et positions juridiques, sans laisser de côté la doctrine des institutions, ainsi que le discours tenu par les acteurs juridiques à ce propos – car dans une perspective *d'herméneutique juridique*, le droit est appréhendé comme un ensemble de discours, de textes dont certains sont plus ou moins contraignants que d'autres, elle n'entend exclure aucun type de discours, *a contrario* du normativisme, susceptible d'encadrer et de servir de référent au comportement du sujet de droit, dans son action dans le monde empirique ; ce que E. Kant appelle la *raison pratique*²⁴. Avec l'idée que les prescriptions du droit sont prioritaires par rapport à d'autres. Puis, il conviendra de questionner le droit positif, par une *analyse institutionnelle* – du moins dans la première partie –, afin d'établir une distanciation claire par rapport à la lettre du droit positif, permettant de généraliser rigoureusement notre intuition de départ – démontrée par la problématique, c'est-à-dire de voir l'Autorité de la concurrence comme un nouveau pouvoir démocratique. En somme, la présente entreprise ne vise pas à établir un catalogue des différentes avancées et arguments existants mais bien de démontrer la puissance de l'institution, corroborée par les

¹⁹ CC, décision n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, M. Rachid M. et autres [Prohibition des machines à sous].

²⁰ CC, décision n° 2014-422 QPC du 17 octobre 2014, Chambre syndicale des cochers chauffeurs CGT-Taxis [Voitures de tourisme avec chauffeurs].

²¹ CC, décision n° 2015-480 QPC du 17 septembre 2015, Association Plastics Europe.

²² J. Grondin, « Hans-Georg Gadamer : une herméneutique de l'événement de la compréhension », in : *Que sais-je ? L'Hermeutique*, PUF 2008, pp. 48 à 64.

²³ P. Amssek, *Chemineements philosophiques dans le monde du droit et des regles en general*, Armand Colin, Paris, 2012 et « La teneur indéfinie du droit », *Revue de droit public*, 5, p. 1200.

²⁴ E. Kant, *Critique de la raison pratique* : http://philosophie.ac-creteil.fr/IMG/pdf/Kant_FMM_et_Critique_de_la_raison_pratique.pdf

éléments du droit positif. Conduisant à l'émergence subséquente d'une doctrine déontologique – nécessaire en tant que gardienne de l'impartialité et la légitimité de ladite Autorité – qui poursuit le *parlementarisme rationalisé* instigué par la Constitution de 1958.

Par conséquent, il conviendra de présenter dans un premier chapitre, les éléments du droit positif permettant d'affirmer la puissance de cette Autorité. Plus précisément, le nouveau visage, comme pouvoir – au sens politiste/sophiste²⁵ et non juridique du terme²⁶ –, de cette Autorité qui « *passé par une consolidation de (ses) compétences* »²⁷ (**CHAPITRE 1**). Pour ensuite appréhender dans un deuxième chapitre, l'organisation, le fonctionnement et le discours de l'entité au nom d'une déontologie nécessaire à l'effectivité de son indépendance ainsi qu'à l'efficacité de sa mission. Finalement, le futur de l'Autorité doit être caractérisé « *par une consolidation (...) de (son) indépendance* »²⁸, bouleversant l'architecture politique française (**CHAPITRE 2**).

CHAPITRE 1 : LE VÉRITABLE POUVOIR DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE : UNE EXIGENCE CONTEMPORAINE, FRANCO-EUROPÉENNE

L'Autorité de la concurrence a toujours étonné dans le paysage institutionnel français. La loi, depuis 2008, entend faire de celle-ci une entité prééminente, une entité ô combien puissante ! Le développement continu de ses compétences, en lien avec un esprit libéral véhiculé par le droit de l'Union européenne²⁹, reçoit même un brevet de constitutionnalité et de conventionalité, au nom de principe de concurrence effective (§I), lui permettant, en outre, de revendiquer, le pensons-nous, le titre de quatrième pouvoir (§II).

§ I – L'ÉDIFICATION PROGRESSIVE D'UNE AUTORITÉ AUX COMPÉTENCES ÉLARGIES : UNE VÉRITABLE SOLUTION « EUROPÉENNE »

Le présent paragraphe a pour objectif d'étudier, à partir des textes et de la jurisprudence, l'esprit qui animait les rédacteurs de la loi *LME*. En effet, cette loi a remplacé le Conseil de la concurrence par l'Autorité. Est-ce que, derrière ce changement de nom et de compétences, il n'y a pas une volonté de rompre avec le schéma du Conseil de la concurrence, au nom d'une grandeur future de cette dernière ? (A). Mais est-ce que cet accroissement des attributions ne va pas bouleverser les principes constitutionnels classiques ? Par une décision du 12 octobre 2012³⁰, le Conseil constitutionnel va trancher la question. Cette dernière sera l'élément central de notre analyse en ce qu'elle cristallise les principales aspirations modernes, et notamment européennes. En l'espèce, le Conseil va reconnaître la constitutionnalité des pouvoirs de sanction de l'Autorité permettant une restriction à la liberté d'entreprendre. Il va concrétiser cela au nom de l'objectif d'effectivité et d'efficacité de l'action de l'Autorité de la concurrence, qui serait soutenu par l'idée de *régulation-concurrence* devenue catéchistique (B).

²⁵ Platon, *Gorgias*, trad. B. Piettre, Hatier, in *Les classiques de la philosophie*, 2000, pp. 16-19. « GORGLAS : Je veux dire : être capable par des discours de persuader les juges au Tribunal, les conseillers au Conseil, le peuple assemblé à l'Assemblée, et dans toute autre réunion qui soit une réunion de citoyens. En vérité, grâce à ce pouvoir tu feras de ton médecin ou de ton pédagogue un esclave ; quant au financier, il laissera apparaître que c'est un autre qu'il enrichit et non lui-même, mais toi qui sais parler et persuader la foule. SOCRATE : A présent, Gorgias, je crois que tu es prêt de mettre en évidence la nature de ce qu'est pour toi la rhétorique ; et si je te suis bien, tu dis que la rhétorique fait œuvre de persuasion, et que toute son action et son objectif essentiel se ramènent à cela. Ou bien penses-tu me dire une chose que la rhétorique fasse de plus que produire de la persuasion dans l'âme des auditeurs ? GORGLAS : Rien de plus, Socrate ; tu me sembles en avoir donné une définition satisfaisante ; telle est bien sa caractéristique essentielle ».

²⁶ Juridiquement, les Autorités administratives indépendantes sont rattachées au pouvoir énoncé aux articles 20 et 21 de la Constitution comme en témoigne la jurisprudence classique du Conseil constitutionnel : v. *infra* §II-A) du chapitre 1.

²⁷ J.-M. Sauvé, *op. cit.*

²⁸ J.-M. Sauvé, *op. cit.*

²⁹ Le discours de Stefan Zweig, prononcé en 1932 à Florence : Charrier Landry, « L'idée d'Europe dans les discours de paix pendant la Grande Guerre », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, 4/2012 (N° 108), pp. 13-17.

³⁰ CC, décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société groupe Canal plus et autres*.

A) La Loi de Modernisation de l'Économie comme soubassement de l'Autorité : l'émergence ontologiquement programmée d'un nouveau Pouvoir

À titre liminaire, bien que très scolaire, il convient de dresser un portrait rapide du *Conseil de la concurrence* afin de mieux appréhender les changements. Historiquement, nous datons la naissance du Conseil à partir d'une ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dont le but était de confier à cette institution le soin de contrôler les pratiques commerciales anti-concurrentielles qui faussaient le jeu de la concurrence sur un marché. Le Conseil vient remplacer une autre entité dont l'influence était toute relative. En effet, la *Commission technique des ententes*, créée par le décret du 9 août 1953, avait une mission purement consultative en rendant des avis au ministre de l'économie sur des pratiques d'ententes et de positions dominantes. Ce dernier gardait alors la compétence de contrôle. Ses avis pouvaient conduire le ministre à prononcer des sanctions pécuniaires ou à transmettre le dossier au juge pénal. De plus, à partir d'une loi du 19 juillet 1977, a été créée la *Commission de la concurrence* qui s'est vue confier, par rapport à la *Commission technique des ententes et des positions dominantes*, deux attributions consultatives supplémentaires : conseiller le gouvernement sur toute question intéressant la concurrence et donner des avis sur les opérations ou projets de concentration.

En outre, avec le Conseil, nous avons désormais un organisme administratif qui, certes agira au nom de l'Etat, mais n'est pas subordonné au pouvoir exécutif. Il bénéficie, pour le bon exercice de sa mission, de garanties lui permettant d'agir en pleine autonomie. L'ordonnance de 1986 introduit de grandes innovations, en ce qu'elle élargit les possibilités de saisine, notamment aux entreprises, elle transfère le pouvoir de sanction du ministre au Conseil et met en place une procédure garantissant davantage les droits des intéressés. Ces attributions et ses possibilités d'action ont été progressivement renchériées. À titre d'exemple, la loi du 1^{er} juillet 1996 a élargi les attributions contentieuses du Conseil aux pratiques de prix abusivement bas. La loi *NRE* du 15 mai 2001 a modifié le droit de la concurrence dans le but de renforcer l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles en introduisant des procédures de clémence et de transaction. Elle a permis de garantir le respect du principe d'égalité des armes, d'améliorer la coopération internationale et de contrôler les concentrations de manière plus systématique et plus transparente.

Il ne s'agit pas ici de faire un exact examen de l'ensemble des modifications apportées³¹ par le législateur, mais une analyse globale permettant alors de déceler une certaine dynamique, dirons-nous, *politique*. Ce qui est recherché par ce mouvement c'est une grande rapidité, une réactivité. Principalement, l'idée est de mettre en place une entité ayant une action efficace, car la consultation, les recommandations se sont avérées infructueuses. Le législateur est en quelque sorte animé d'une volonté de faire du Conseil l'institution principale d'organisation du marché, de respect des libertés économiques. Pourtant pourrions-nous apercevoir un véritable projet de création d'un nouveau *Pouvoir* ? Nous pouvons nous poser légitimement la question, d'autant que nous sommes dans un contexte particulier où l'Administration, au sens général, est réticente à voir un autre mode de fonctionnement. Il y aurait un bouleversement trop profond de la tradition administrative. Les diverses prises de position à ce sujet par le Conseil d'Etat en témoignent. Cependant, cette modernisation est aussi le fruit d'une idéologie européenne

³¹ Celles-ci étant étudiées sérieusement par l'Autorité de la concurrence elle-même sur son site internet dans la rubrique « *missions* ».

de l'économie³². Les intérêts sont contradictoires, mais l'eupéanisation progressive³³ de la vie économique va prendre l'ascendant et modifier l'équilibre des choses.

Assurément, la LME, du 4 août 2008 – laquelle permet d'entrevoir déjà une brève de la logique du législateur en employant le terme de « *modernisation* », les mots ont un sens –, vient créer l'*Autorité de la concurrence*, dont nous comprenons que le changement de terminologie entre *Conseil* et *Autorité* démontre la volonté d'instaurer une entité plus indépendante et surtout plus puissante. En effet, le terme *autorité* est défini comme suit dans le *Litté* : « *pouvoir de se faire obéir* » – ce qui fait sens par rapport à sa racine latine, *auctoritas* qui signifie le « *crédit, influence* », tandis que le terme de *conseil* est appréhendé de cette manière : « *opinion exprimée pour engager à faire ou à ne pas faire* » - qui là aussi fait écho au mot latin *consilium* qui implique la conciliation, la délibération, dépourvue donc d'*autorité*. S'il est vrai que les attributions du Conseil tranchent fondamentalement avec la définition proposée, l'idée sous-jacente est d'investir l'Autorité de la concurrence d'un rôle accru, de lui donner une réelle autorité, notamment en neutralisant toute prétention anticoncurrentielle *ab initio*. Cela nous fait penser, dans une certaine mesure, à la dichotomie entre l'*auctoritas* et la *potestas*. Cette dernière est le pouvoir fondé sur la fonction, le grade ou le statut. C'est le pouvoir légal, reconnu et accordé par les instances supérieures de la société. Elle est le « *pouvoir de prendre des décisions, de commander, d'exiger l'obéissance dans un domaine donné en recourant à la contrainte, le cas échéant* »³⁴. Tandis que la première ne dépend d'aucune instance. « *Elle émane de la personne, c'est ce que confirme l'étymologie puisque le terme est dérivé d'auctor, l'auteur, celui qui est cause première. L'auteur d'une chose est celui qui est à l'origine de ladite chose. L'auctoritas, c'est l'influence, l'ascendant, le crédit* »³⁵. Elle est l'art d'obtenir l'obéissance sans recours à la menace ou à la contrainte. Donc l'Autorité de la concurrence s'inscrirait dans cette perspective d'un point de vue étymologique.

Cela se concrétise par le transfert à cette nouvelle Autorité des pouvoirs de l'ancien Conseil de la concurrence mais aussi par la reconnaissance de nouvelles prérogatives prévues par le Code du commerce aux articles L.430-1 et suivants. En outre, elle dispose d'un pouvoir d'enquête propre soumis au contrôle du rapporteur général de ladite Autorité, mais aussi de sanction pour toutes les pratiques anticoncurrentielles dans l'optique de dissuader. Donc l'Autorité dispose d'« *un bâton qui peut faire peur* »³⁶ et même, selon elle, « *il faut avoir le courage de sanctionner de façon dissuasive* »³⁷. Également, elle jouit d'un pouvoir de décision en matière de contrôle des concentrations. Et enfin, l'Autorité a un pouvoir consultatif, elle peut se saisir d'office de toutes questions et rendre des avis, sans être préalablement questionnée comme le démontre l'avis n°12-1-20 du 18 septembre 2012. L'Autorité peut donc prononcer des mesures d'urgence, des injonctions, des sanctions pécuniaires et accepter également des engagements. Concernant les attributions communautaires, il faut se référer au règlement 1/2003. *In fine*, nous pouvons souligner la dualité de fonctions de l'Autorité ; d'un côté, la fonction consultative par laquelle elle se prononce sur une question de concurrence dans le cadre d'une

³² Le règlement (CE) n° 1/2003, entré en vigueur le 1er mai 2004, a organisé la décentralisation du droit communautaire et la mise en réseau des autorités nationales de la concurrence.

³³ Les années 2000 sont le signe d'une jurisprudence particulièrement intégratrice, en lien avec le dialogue juridictionnel, de la Cour de justice qui fait écho aux arrêts fondamentaux comme *Costa c. ENEL* de 1964 et *Van Gend en Loos* de 1963, et cela tend à ne pas s'arrêter : CJUE, gr. ch., 19 avril 2016, *Dansk Industri* (DI), n° C-441/14 : Le juge national a l'obligation de recourir à l'interprétation conforme, y compris en écartant une jurisprudence nationale consolidée contraire au droit de l'Union. Les principes généraux du droit de sécurité juridique et de confiance légitime ne constituent pas un obstacle à la mise en œuvre de cette interprétation. Dans ces circonstances, l'engagement de la responsabilité de l'État ne peut pas être privilégié comme une voie alternative pour satisfaire les demandes du requérant.

³⁴ E. Prairat, « Autorité et respect en éducation », *Le Portique* [En ligne], 11 | 2003, p. 3.

³⁵ E. Prairat, *op. cit.*

³⁶ B. Lasserre, « Le nouvel Économiste », 19 décembre 2013.

³⁷ *Les Echos*, 17 janvier 2011, n° 20849, p. 14.

consultation obligatoire ou facultative, de l'autre, une fonction décisionnelle ayant pour but de réprimer les pratiques anticoncurrentielles.

L'Autorité serait ainsi l'institution centrale en matière économique, et plus précisément en matière de concurrence. C'est ce que laisse transparaître la définition même de cette autorité posée sur son site : « *L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante spécialisée dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, l'expertise du fonctionnement des marchés et le contrôle des opérations de concentration. Au service du consommateur, elle a pour objectif de veiller au libre jeu de la concurrence et d'apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés, aux échelons européen et international* ». Il est important de rappeler que d'autres autorités de régulation dans des secteurs particuliers peuvent, dans certains cas, régler les litiges relatifs à la concurrence. L'Autorité des marchés financiers est l'exemple le plus probant. La question d'une contradiction entre les différentes instances se pose alors et le législateur a prévu des procédures de consultation réciproque pour pallier ce problème – ce qui à terme pourrait poser des questions en terme d'indépendance mais surtout de guerre des pouvoirs, terrain sur lequel nous ne rentrerons pas en croyant que l'Autorité de la concurrence est dotée d'une ascendance symbolique en vertu de sa compétence large, voire quasi universelle, en matière de concurrence au-delà des autres autorités régulatrices.

L'ensemble de notre propos est corroboré par un élément central qui est l'avis de l'Autorité de la concurrence n°08-A-05, en date du 18 avril 2008, *relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence*, qui vient expliciter la volonté révolutionnaire poursuivie par le législateur français. Assurément, le premier paragraphe dispose que « *la transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, prévue par l'article 95 de la LME, est destinée à rapprocher le système français de régulation de la concurrence du modèle en vigueur partout ailleurs en Europe, en rassemblant les attributions et les moyens au sein d'une autorité indépendante unique. Cette réforme entrera en vigueur au plus tard le 1^{er} janvier 2009. L'Autorité, qualifiée par la loi d'autorité administrative indépendante, préservera intégralement, tout en la modernisant, l'organisation actuelle du Conseil, qui est structurée depuis 2001 par une séparation complète des fonctions d'instruction et de décision. Par ailleurs, elle sera désormais en mesure de rendre compte de son activité au Gouvernement et au Parlement, auxquels elle adressera chaque année son rapport* ». La récurrence de certains vocables, comme *l'indépendance*, la *modernisation*, la *capacité*, apparaît comme une sorte de plaidoyer pour faire de cette entité une véritable *autorité*. Que les différents rapports d'informations, qui synthétisent les débats relatifs à la LME et donc à la création de l'Autorité de la concurrence, retranscrivent parfaitement³⁸.

Par conséquent, nous pourrions, sans trop nous tromper, dire que l'Autorité voit placé en elle des espoirs concrets de rénover des pans du modèle français au nom d'une idéologie moderne européenne. Pouvons-nous affirmer cependant qu'une telle puissance soit juridiquement justifiable, en bouleversant les principes juridiques classiques ? C'est ce que semble affirmer le Conseil constitutionnel dans la décision QPC précitée, qui concerne l'un des éléments essentiels de notre étude, à savoir les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence au titre de l'article L.430-8-IV du Code de commerce permettant à cette dernière de sanctionner les entreprises n'ayant pas respecté les engagements souscrits à l'occasion de l'autorisation d'une opération de concentration.

³⁸ V. Rapport d'information du 6 avril 2011, sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, présenté par C. Vautrin et J. Gauberti : I - Une Autorité de la concurrence propre à assurer un paysage économique pacifié ; A. — L'Autorité de la concurrence : une innovation majeure de la LME.

B) L'attribution naturelle de prérogatives importantes au nom de l'effectivité et de la concurrence : l'ancrage d'une logique de régulation par les autorités publiques françaises

L'essentiel de notre propos prendra appui sur l'argumentaire retenu par le juge constitutionnel. Cette décision, relativement novatrice par l'interprétation et les conséquences, est un terrain de choix pour appréhender et cristalliser le rôle particulier de l'Autorité de la concurrence dans le paysage français. En effet, dans le considérant n°9, le Conseil constitutionnel dit explicitement que « *le législateur a attribué à l'Autorité de la concurrence, en cas d'inexécution d'une injonction, d'une prescription ou d'un engagement figurant dans une décision autorisant une opération de concentration, la faculté de retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération de concentration et d'infliger une sanction pécuniaire aux personnes auxquelles incombe l'obligation non exécutée* ». Il fait ici une interprétation téléologique de l'article L.480-1 du Code de commerce pour admettre que toutes les prérogatives données à l'Autorité de la concurrence sont justifiées par l'objectif d'« *assurer le respect effectif³⁹ des injonctions, prescriptions ou engagements dont sont assorties les autorisations de concentration* ». Il entrevoit l'idée d'établir une véritable autorité de régulation, de la doter de prérogatives qui sembleraient exorbitantes et ne plus se cantonner à cette image classique d'une Autorité administrative indépendante dont la seule force serait la persuasion, l'apparence et la légitimité. Ce que les auteurs, J.-P. Colson et P. Idoux, appellent un « *magistère d'influence* »⁴⁰ pour considérer qu'il ne faut point négliger le magnétisme de ces entités du fait de la détention d'une autorité morale⁴¹. Il serait presque limpide d'affirmer que pour le Conseil, selon le législateur, une véritable Autorité administrative indépendante n'est qu'une autorité possédant de telles attributions – mais pas seulement celles-ci – au nom des objectifs qu'elle a à remplir. D'ailleurs, dans le commentaire de ladite décision, il est affirmé qu'« *il est dans la logique même des autorités administratives indépendantes de se voir conférer à la fois un pouvoir de régulation et un pouvoir de sanction* »⁴². En outre, si les pouvoirs de persuasion sont nécessaires⁴³ ils ne sont pas suffisants.

Le Conseil constitutionnel n'hésite pas à affirmer, dans son considérant n°16, qu'« *une autorité administrative indépendante (...) puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission* » – sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs sous réserve que l'exercice de ce pouvoir soit assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis. Est-ce une affirmation de principe ? Sans réellement entrer dans le détail, il convient de voir qu'il utilise le verbe « *pouvoir* », il s'agirait donc d'une possibilité mais qui n'est pas par nature générale. En somme, il ne donne pas de véritables prescriptions en mentionnant « *une autorité* ». La concrétisation de cette possibilité relèverait du choix discrétionnaire du législateur, il ne s'immisce donc pas dans la fonction législative comme il aime le rappeler assez régulièrement. Mais en l'espèce, une telle position serait justifiée par d'autres considérations, la solution serait alors circonstanciée – ce qui vient une nouvelle fois justifier notre choix d'étudier l'Autorité de la concurrence. Assurément, ce pouvoir, attribué par le législateur, est sous-tendu par la volonté d'assurer une véritable

³⁹ Il rappelle en effet que le législateur a doté l'institution d'un tel pouvoir afin de permettre l'effectivité des mesures prises par elle. Sans cela, l'Autorité n'aurait aucun moyen efficace de forcer les acteurs économiques à tenir à leurs engagements, elle ne pourrait donc pas atteindre les objectifs fixés et souhaités au nom de l'intérêt général. L'utilisation d'un tel vocable n'est pas anodine et nous rappelle ainsi celui de la Cour de justice de l'Union européenne. On retrouve cette idée régulièrement surtout avec l'arrêt *Klausner Holz* du 11 novembre 2015 (CJUE, 11 nov. 2015, *Klausner Holz Niedersachsen GmbH c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-505/14) dans lequel la Cour indique qu'il faut en tout état de cause faire prévaloir l'effectivité du droit de l'Union en écartant au besoin le principe du respect de l'autorité de la chose jugée. En effet, selon la Cour, une « *règle de droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée* » ne peut avoir pour effet « *d'empêcher le juge national, ayant constaté que [des] contrats (...) constituent une aide d'Etat (...) mise à exécution en violation de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, de tirer toutes les conséquences de cette violation* ».

⁴⁰ C. Charpentier, « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 30, 1993, p. 30.

⁴¹ J.-P. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, op. cit., p. 593, § 1298.

⁴² Nous pouvons le retrouver aux pages 14 et 15 du commentaire.

⁴³ On le verra ultérieurement : *Chapitre 1, §III, A*).

concurrence⁴⁴. C'est une idée récurrente, en effet, les objectifs du pouvoir de sanction pécuniaire consistent, selon la jurisprudence, à réprimer les atteintes à la concurrence et à dissuader de manière individuelle et générale les opérateurs économiques de provoquer de telles atteintes. Ce double objectif de répression et de dissuasion, qui légitime l'action des entités, a été rappelé tant par la Cour d'appel de Paris le 9 avril 2002 ainsi que par la Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt *Menarini* du 27 septembre 2011⁴⁵.

À partir de ce mouvement jurisprudentiel, le juge constitutionnel perpétue cette tradition prétorienne. Il établit en quelque sorte la primauté matérielle de la libre concurrence par l'intermédiaire de la notion « *d'ordre public économique* ». Comme il le laisse entrevoir dans son considérant n°10 « *les sanctions (...) ne sont encourues que lorsqu'une opération de concentration est autorisée "en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter aux progrès économiques une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence"* ». L'objectif est clair, il s'agit d'assurer « *un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé* ». Et il va admettre une restriction à la liberté d'entreprendre au nom d'une idéologie concurrentielle. Cette jurisprudence fait écho à d'autres positions du Conseil qui a pu juger à de nombreuses reprises que l'atteinte à la liberté d'entreprendre qui en découle est justifiée par l'objectif de protection de l'ordre public économique, lequel devient alors un *ordre public concurrentiel*. C'est ainsi qu'en matière de lutte contre les pratiques restrictives de la concurrence, « *en égard aux objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assignés, le législateur a opéré une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales* »⁴⁶. Une solution similaire a été retenue en matière de contrôle des concentrations économiques, en disant que le but est de « *garantir une concurrence effective* »⁴⁷.

« *Assurer l'ordre public économique c'est assurer le bon fonctionnement du marché. Sa sauvegarde est l'objet même de la régulation économique* »⁴⁸. Pour reprendre F.-H. Briard, « *l'Europe de la concurrence triomphe au Palais Royal* »⁴⁹. Le juge constitutionnel fait alors une place d'honneur implicitement à la libre concurrence qui est la marque de fabrique du droit de l'Union comme en témoigne sa jurisprudence. Effectivement, dans l'arrêt *Metro SB-Großmärkte & Co. contre Commission*, du 25 octobre 1997⁵⁰, la Cour de Luxembourg déclara que « *la concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 implique l'existence sur le marché d'une concurrence efficace* »⁵¹.

Grosso modo, les sanctions de l'irrespect des mesures correctives qui assortissent la décision autorisant une opération de concentration ont donc « *pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché* » autant qu'elles ont pour « *objet* » la « *préservation de l'ordre public économique* ». Pour le Conseil constitutionnel, le fonctionnement normal du marché serait un fonctionnement concurrentiel, et c'est dans cette optique qu'il satisfait les besoins l'intérêt général⁵², justifiant l'octroi de vraies compétences aux autorités. Et la décision n°2015-715 DC du 5 août 2015, sur la Loi *Macron* confirme cette croyance⁵³.

⁴⁴ « L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante, spécialisée dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, l'expertise du fonctionnement des marchés et le contrôle des opérations de concentration. Au service du consommateur, elle a pour objectif de veiller au libre jeu de la concurrence et d'apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international » : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=167

⁴⁵ CEDH, 2^e Sect. 27 septembre 2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, Req. n° 43509/08.

⁴⁶ CC, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, *Système U*, cons. n°5.

⁴⁷ CC, 1^{er} octobre 2013, n° 2013-3 LP, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, cons. n°13.

⁴⁸ T. Pez, « L'ordre public économique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 4/2015, pp. 43-57.

⁴⁹ V. F.-H. Briard, « Lorsque l'Europe de la concurrence triomphe au Palais-Royal », *Recueil Dalloz* n°21/22, 1997, pp. 281-285.

⁵⁰ CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commission des Communautés européennes*, C-26/76.

⁵¹ Nous pouvons retrouver cela d'une certaine façon dans l'article 1 du TUE « Le présent traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens. »

⁵² A. Smith, « *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* », Flammarion, 1991, Tome II, pp. 42-43 : « tout en ne cherchant que son intérêt personnel, il travaille souvent d'une manière bien plus efficace pour l'intérêt de la société, que s'il avait réellement pour but d'y travailler ».

⁵³ S. Hutier et a., « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel* 2016/1 (N° 105), pp. 127-182.

Comme le dit Sophie Hutier : « *le juge confirme le tournant pris en matière économique puisque la préservation de l'ordre public économique passant par une concurrence effective est une nouvelle fois admise comme pouvant limiter certaines libertés constitutionnelles. En conséquence, le juge prend dorénavant en compte "le fonctionnement du marché dans son ensemble" pour évaluer l'atteinte à des droits individuels et particulièrement à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle* ».

Dans cette logique, ce renforcement n'est pas nécessairement contestable, le Conseil ne se contente de faire qu'une stricte application des exigences européennes. Comment bien réguler, comment assurer une concurrence satisfaisante si nous ne pouvons nous baser que sur la volonté et l'initiative des entités économiques ? Il n'est guère discutable que celles-ci font preuve de bonne volonté la plupart du temps et d'un assujettissement peu farouche, pour autant une véritable régulation doit s'opérer par l'intermédiaire de plausibles contraintes, de mesures foncièrement coercitives.

La position ne brille pas par sa totale modernité – et trouve encore des applications récentes⁵⁴ –, car le Conseil constitutionnel a déjà admis à plusieurs reprises qu'une Autorité administrative indépendante peut, dans le cadre de prérogatives de puissance publique, exercer des compétences particulières, sans que cela soit contraire au principe de séparation des pouvoirs consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen⁵⁵, sous réserve que ce pouvoir de sanction soit prévu et encadré par le législateur, dès lors que la sanction a le caractère d'une punition et ce pouvoir ne doit pas non plus dépasser la limite nécessaire à l'accomplissement de la mission de l'autorité concernée.

Par conséquent, le Conseil constitutionnel, par cette décision, cristallise l'entreprise qui a été voulue par le législateur français au nom des exigences européennes. Il donne un quitus à cette volonté de renforcer l'Autorité de la concurrence afin d'entretenir une concurrence saine sur le marché – mais cela débouche sur de nouvelles apories⁵⁶. Pour corroborer ce point, il suffit de regarder les débats relatifs à l'adoption de la LME où il était affirmé qu'elle s'articule autour deux objectifs essentiels : « *plus d'entreprises et plus de concurrence, pour trois résultats concrets : plus de croissance, plus d'emplois et plus de pouvoir d'achat* »⁵⁷. Nonobstant, si la constitutionnalité et la conventionalité d'un tel dispositif sont affirmées, faisons alors de l'Autorité de la concurrence un véritable acteur de la vie économique, pourrions-nous lui décerner le titre de véritable *Pouvoir* ? Là est la question qui alimentera le prochain paragraphe.

§II – L'ASCENSION AU RANG DE POUVOIR : UNE CONCLUSION PERTINENTE A L'AUNE DU DROIT POSITIF RECENT ET DE LA SCIENCE POLITIQUE

L'étude précédente a montré l'idéologie qui anime l'institution qu'est l'Autorité de la concurrence. S'astreindre à n'étudier que ces éléments est gage d'une mauvaise appréhension de l'Autorité comme *lieu de pouvoir*. Limiter son analyse à la contrainte, à la sanction ne permet pas de voir l'*auctoritas* devant animer l'entité. Aujourd'hui, le rôle de

⁵⁴ Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricable SAS et autre [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes]*, cons. 10 : « *le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789* » ; Décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, *Société Sud Radio Services et autre [Mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel]*, cons. 3.

⁵⁵ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

⁵⁶ La question du principe *non bis in idem* : CC, 18 mars 2015, *M. John L. et autres*, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC ; Décisions n° 2016-545 QPC, *M. Alec W et a.*, et n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme C.*, du 24 juin 2016, surtout *M. Alain D. et a.*, du 14 janvier 2016 ; CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. c. Italie*, n°18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10 ; CEDH, 10 février 2009, *Sergey Zolotoukine c. Russie*, n°14939/03.

⁵⁷ C. Lagarde, Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, intervention lors de la discussion générale, première séance du lundi 2 juin 2008.

l'Autorité de la concurrence est plus vaste, elle est véritablement une entité qui pèse de par son influence. En effet, la plupart de ses actes non-contraignants deviennent des éléments fondamentaux, témoins de sa prise de puissance. À tel point que les juridictions reconnaissent une certaine *justiciabilité, normativité*⁵⁸, de ces actes (A). De surcroît, un tournant fondamental a été adopté par la loi Macron qui tend à pérenniser le projet (B).

A) Le débat sur la normativité et la normativité du droit mou⁵⁹ : le parachèvement d'une Autorité autoritaire ou/et la tentative de canalisation par l'Administration ?

La contrainte n'est pas tout, et comme nous avons pu le voir dans la première partie, une véritable autorité doit pouvoir obtenir l'obéissance sans la contrainte. Si les sanctions et l'essentiel des prérogatives contraignantes reconnues à l'Autorité sont nécessaires, il n'en demeure pas moins vrai que, originellement et actuellement, la majorité de son action se situe sur le terrain de l'influence, de la *soft law*. Ces différents éléments constituent un *continuum* inhérent à la quasi-totalité des pouvoirs. Un exemple probant peut être tiré de l'activité parlementaire. Si son travail normatif constitue son activité principale, il ne faut pas oublier l'article 34-1 de la Constitution qui permet au Parlement d'adopter des résolutions parlementaires, certes dépourvues de portée normative, mais qui influencent de nombreuses choses, et notamment les relations diplomatiques avec la reconnaissance de génocides⁶⁰.

Le recours à la *soft law* est aujourd'hui normalisé. Comme une règle non obligatoire peut parfois suffire à modifier le comportement des individus, l'Etat a pris l'habitude d'y recourir en plus – ou à la place – d'actes juridiques classiques. Cela lui permet d'éviter de suivre les lourdes procédures juridiques applicables aux règles de droit et, de plus, de renforcer son emprise. Nous pouvons nous étonner du respect de ces règles, comme le pensait J. Gaudemet : « *d'où vient cette singulière habitude de respecter les lois, auxquelles seuls quelques "anormaux" n'obéissent que contraints ?* »⁶¹, mais là n'est pas l'objet de notre étude. Il faut néanmoins reconnaître les effets produits⁶² par la *soft law* à l'aune des émotions suscitées, ce qui montre que des actes non juridiquement obligatoires peuvent être d'une certaine manière contraignants dans la pratique. L'absence d'effets juridiques, au sens normativiste, ne saurait donc leur permettre de se soustraire à l'adoption d'un régime de légitimation et de contrôle adapté, que les règles de *hard law* connaissent depuis longtemps dans les Etats de droit. Cette brève analyse démontre que le droit ne doit pas être appréhendé seulement à travers les règles juridiques, assurément, l'équation juridique est – et a toujours été – beaucoup plus complexe. Une multitude d'éléments peuvent

⁵⁸ Ce terme renvoie à l'idée que la normativité est l'apanage de la règle de droit. Mais certains éléments, certaines mesures ont des effets qui se rapprochent de la normativité sans être des règles juridiques. Elles standardisent les comportements de la même façon comme la norme juridique. Elles sont également sanctionnées, et non en termes de légalité ou d'illégalité. En somme, elles guident la norme de comportement sans être une norme de comportement. P. Amselk parlait de « *direction juridique non autoritaire des conduites* », c'est-à-dire que les textes indiquent des « objectifs », qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des « directives », qu'il serait opportun de suivre, formulent des « recommandations », qu'il serait bon de respecter, mais sans pour autant leur donner force obligatoire : P. Amselk, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue du Droit Public*, 1982, p. 287.

⁵⁹ J. Chevallier, « Présentation par Jacques Chevallier » - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier : la normativité) - janvier 2007 : « *D'abord, la distinction entre dispositions normatives et non normatives est délicate à effectuer en pratique; tout texte est en réalité caractérisé par un entrelacement de dispositions de portée variable, qu'il est difficile de dissocier; tracer une ligne de démarcation entre elles risque dès lors de comporter une large part d'appréciation subjective (Véronique Champel-Desplats). Ensuite, l'idée de contrainte ne permet pas de rendre compte de l'inflexion de la normativité juridique dans les sociétés contemporaines: on voit en effet proliférer, à côté des commandements juridiques traditionnels, des techniques plus souples, relevant de ce que Paul Amselk appelait dès 1982 une « direction juridique non autoritaire des conduites »; les textes indiquent des « objectifs », qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des « directives », qu'il serait opportun de suivre, formulent des « recommandations », qu'il serait bon de respecter, mais sans pour autant leur donner force obligatoire. Si norme il y a, elle n'a plus de caractère impératif et son application va dépendre de l'adhésion des intéressés: une normativité « dialoguée » (Gérard Timsit) tendrait à se substituer à la normativité « spontanée », résultant de la confrontation sur le marché, et à la normativité « imposée », passant par la contrainte étatique. Entre ce droit « doux » (soft law) et les normes impératives (hard law), les frontières sont ténues et des passerelles existent: le « droit déclaratoire » qui se développe toujours davantage dans la vie internationale sert ainsi, non seulement à interpréter et à développer le « droit primaire de nature conventionnelle », mais encore de source d'inspiration pour celui-ci (Emmanuel Decaux) ».*

⁶⁰ Les lois mémorielles étant, sur la base du seul article 34, souvent interdites car dépourvues de portée normative : CC, décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012. Nous pouvons également le voir avec le vote, le 2 juin 2016 par le Bundestag, de la reconnaissance du génocide arménien de 1915 malgré les menaces d'Ankara.

⁶¹ J. Gaudemet, *cit. in Papaux, Alain, Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction : l'exemple du droit international privé*, Bruxelles [etc.] 2003, p. 215.

⁶² Pour une étude complète et pertinente : A. Flüchiger, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLVII-144 | 2009.

servir de fondement à l'action, au comportement des sujets de droit – car le *Droit* est bien une matière *pratique*, au sens kantien du terme, qui implique un processus décisionnel complexe lié à l'ambivalence de l'Homme. La *Théorie des réseaux* exacerbe cette idée que le droit n'est pas seulement limité aux normes juridiques, au sens où l'entendent les positivistes, cette réduction serait trop grossière. *Exempli gratia*, les évaluations dans les entreprises qui sans être des normes de comportement, au sens positiviste du terme, poursuivent la même fonction et font l'objet d'une sanction par l'institution. En somme, nous croyons que les règles juridiques fournissent un cadre pour guider la conduite des sujets, pour retrouver la rectitude du droit – ce qui renvoie à son étymologie latine *directus* –, et peuvent suffire, dans une certaine mesure, à créer des comportements conformes à ce qu'elle entend régler, pourvue qu'elle soit suffisamment claire. Pour autant, elles peuvent entrer en conflit avec d'autres instruments de régulation du comportement, avec lesquels elles doivent composer, s'imposer parfois, en raison de leur nature particulière, selon ce qu'admettra le juge en dernière analyse – obligé de reconstruire le processus.

C'est ce que retranscrivent très bien les évolutions récentes du droit prétorien, notamment en matière économique. En effet, le juge administratif a tendance à déceler une véritable *normativité*⁶³ – car nous pensons que la normativité est inhérente à la norme juridique, liée à son ontologie particulière, son caractère prioritaire – de la *soft law*⁶⁴, qui masque, sous l'idée du consentement et de l'autonomie des acteurs, une véritable hétéronomie⁶⁵. Le Conseil d'Etat, dans son rapport sur les Autorités administratives indépendantes de 2001, soulignait déjà l'intérêt de disposer « *de la capacité de réaction rapide d'une Autorité administrative indépendante en lui confiant le soin d'adapter la réglementation applicable au secteur dont elle a la charge* »⁶⁶. Elles sont un moyen efficace pour organiser et régler les comportements dans des secteurs déterminés⁶⁷.

Cela implique une certaine réflexion à ce sujet, conduisant à voir dans cette évolution, la consécration d'une véritable puissance des Autorités de régulation indépendantes, et *a fortiori* de l'*Autorité de la concurrence*. Assurément, il était classiquement admis que les mesures de *soft law* existantes, principalement les recommandations à la suite des avis, n'avaient pas le caractère de décisions susceptibles de recours pour excès de pouvoir⁶⁸. Aujourd'hui, depuis le 21 mars 2016⁶⁹, le Conseil d'Etat admet que l'Administration – et précisément l'Autorité de la concurrence, car ce sont bien ses délibérations qui étaient contestées *in casu* – peut utiliser des instruments de communication pour influencer ou dissuader les acteurs, et « *peut émettre des prises de position ou des recommandations qui n'ont pas de valeur obligatoire mais vont, dans les faits, être écoutées et suivies d'effet* »⁷⁰. Le magistrat administratif juge donc que de tels actes sont susceptibles de recours en annulation et cela dans deux cas : lorsqu'il s'agit d'avis, de recommandations, de mises en garde et de

⁶³ Cela rejoint les idées de F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses des Facultés Universitaires de Saint Louis, 2002 ; Ou encore l'étude de P. Amsselek sur la normativité des règles juridiques, et le caractère prioritaire de celles-ci. Enfin : Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013 : Le droit souple* : il recommande de doter les pouvoirs publics d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple pour contribuer à la politique de simplification des normes et à la qualité de la réglementation.

⁶⁴ C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTDC*, 2003, pp. 599-628.

⁶⁵ « La nécessité d'une norme malléable » comme le dit D. Briand-Meledo : « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique* 2007/3 (t. XXI, 3), pp. 345-371.

⁶⁶ Conseil d'Etat, « Réflexions sur les Autorités administratives indépendantes », in *Rapport public 2001, op. cit.*

⁶⁷ V. F. Petitbon, A. Aubert, C. Measures, « Libéralisme et régulation : Qui régule dans une économie ouverte, numérique et globalisée ? », *Regards croisés* n°40 - *gouvernance, régulation et soft law : comprendre et agir*, pp. 5-6.

⁶⁸ CE, 11 octobre 2012, *Casino Guichard-Perruchon*, n°357193 et CE, 11 octobre 2012, *Galec*, n°346378.

⁶⁹ CE, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres* (n°368082, 368083, 368084) et CE, 21 mars 2016, *Société NC Numericable* (n°390023). Dans la première espèce, la société de droit allemand Fairvesta international et autres, ont formé trois requêtes tendant notamment à l'annulation de « communiqués » émis par l'Autorité des marchés financiers dans le cadre de sa mission de surveillance des marchés réglementés et à l'indemnisation du préjudice subi. Le Tribunal des conflits avait préalablement désigné l'ordre administratif, sur renvoi du Conseil d'Etat (CE, 10 juin 2015, *Sociétés Fairvesta international GmbH et autres*, n° 368.082), comme étant seul compétent (TC, 16 novembre 2015, *Sociétés Fairvesta international GmbH et autres c. Autorité des marchés financiers*, n° C - 4026) pour connaître de ce litige qui relevait donc nécessairement en premier et dernier ressort du juge administratif suprême (article R.311 - 1 4° du C.J.A.). Dans la seconde espèce, la société Numericable a demandé au Conseil d'Etat l'annulation d'une délibération de la commission permanente de l'Autorité de la concurrence et d'une « lettre » de son président adoptés dans le cadre du contrôle des concentrations.

⁷⁰ <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple>

prises de position pouvant justifier des sanctions de la part des autorités ; et lorsque l'acte contesté est de nature à produire des effets notables ou lorsqu'il a pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse. Depuis cette date, le Conseil d'Etat a continué à développer de nouvelles hypothèses d'ouverture du prétoire de tels actes⁷¹. Plus encore, si le Conseil constitutionnel rappelle, dans les décisions du 18 septembre 1986⁷² et du 17 janvier 1989⁷³, que le pouvoir des Autorités administratives est un pouvoir d'application de la loi, devant donc respecter la loi mais aussi les décrets pris par le pouvoir exécutif ; en faisant de tels recours, le juge administratif reconnaît parfois implicitement un semblant de pouvoir réglementaire autonome⁷⁴, qui chamboule la géographie institutionnelle et consacre, politiquement ainsi que juridiquement, l'idée d'*autorité* de ces entités. C'est la fameuse idée de J. Chevallier d'un « *droit non prescriptif* » comme étant une des composantes du « *droit postmoderne* »⁷⁵. D'une certaine façon également, l'élargissement de l'office du juge administratif témoigne de la force de ces éléments *mons* ainsi que l'opportunité de se saisir de nouvelles questions et d'élargir son aura, mais surtout, dans une autre mesure, illustre une tentative de reprise en main de la créature.

Finalement, les diverses actions du législateur et des juridictions tendent à donner un nouveau visage à ces Autorités administratives indépendantes. L'intérêt n'est pas purement anecdotique car consacrer cela participerait à l'ancrage de la conception, largement dominée par l'Union européenne⁷⁶, d'un *État postmoderne*, c'est-à-dire régulateur dans lequel vont émerger de nouveaux pôles de puissance – ceux qui sont à l'origine de la régulation. Comme le relate J. Chevallier, « le "*droit de régulation*" en réalité associe "*droit dur*" et "*droit mou*", selon des modalités extrêmement variables ; et si la logique de la régulation travaille le droit existant, c'est en restant sous l'empire de sa rationalité »⁷⁷ – ce qui rejoint notre affirmation de départ. Il s'agit là du fruit d'un esprit européen et international qui donne au phénomène d'*agencification* une place particulière comme clé de voûte du système économique⁷⁸.

L'Autorité de la concurrence sort nécessairement renforcée de tout ce mouvement. Elle vient de voir sa puissance reconnue aux yeux de tous, ce qui implique un nécessaire contrôle juridictionnel. D'ailleurs, celle-ci utilise plus régulièrement la mention de « *soft*

⁷¹ Il a synthétisé et systématisé cette évolution/doctrine dans son dernier rapport du 13 octobre 2016, « Le juge administratif et les autorités de régulation économique », dans la partie 1-3 « L'ouverture du prétoire aux actes de "droit souple" ».

⁷² Considérant n°57 : « Considérant que les deux premiers alinéas de l'article 21 de la Constitution sont ainsi conçus : "Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la Défense Nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires.- Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres ». Et considérant n°58 « Considérant que ces dispositions confèrent au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national ; qu'elles ne font cependant pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre, le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre une loi ».

⁷³ Considérant n°15 « Considérant que ces dispositions confèrent au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national ; que si elles ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ». Et considérant n°16 « Considérant que la loi habilite le Conseil supérieur de l'audiovisuel à fixer seul par voie réglementaire non seulement les règles déontologiques concernant la publicité mais également l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues à celui-ci ; qu'en raison de sa portée trop étendue cette habilitation méconnaît les dispositions de l'article 21 de la Constitution ; qu'il suit de là que doivent être déclarées contraires à celle-ci les dispositions du troisième alinéa de l'article 27 de la loi du 30 septembre 1986, dans leur rédaction issue de l'article 11 de la loi déferée ; que sont inséparables du troisième alinéa de l'article 27 de la loi de 1986, les mots : "sous réserve des dispositions du dernier alinéa du présent article" qui figurent au 1° du premier alinéa dudit article ».

⁷⁴ CE, 26 juillet 1991, SA « La Cinq », 110945, publié au recueil Lebon.

⁷⁵ J. Chevallier, « Vers un droit postmoderne », in J. Clam et G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998 et *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003.

⁷⁶ D'ailleurs, il n'est pas anodin de remarquer que cette évolution de l'office du juge administratif fait largement écho à ce qui se passe déjà dans le contentieux de l'Union. En effet, dans le cadre du recours en annulation, la Cour de justice a affirmé que ledit recours est ouvert « à l'égard de toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit » (CJCE, 31 mars 1971, n° 22/70, AETR, Rec. 263). En présence d'un acte atypique d'une institution, la Cour analysera celui-ci pour vérifier, indépendamment de sa nomination, s'il produit des effets de droit. Elle a ainsi considéré comme recevables des recours dirigés contre des délibérations du Conseil, des communications de la Commission, des codes de conduite, des lettres, etc. Pour en avoir un portrait général : V. J.-P. Jacqué, « *Droit institution de l'Union européenne* », 7^e édition, Dalloz, pp. 661-667.

⁷⁷ J. Chevallier, « L'Etat régulateur », *Revue française d'administration publique* 3/2004 (n°111), pp. 473-482.

⁷⁸ G. Kalfèche, « Institutional arrangement and instruments of action against the economical crisis », *European Review of public law*, ERPL_25_1(87), n° 87, avril 2013, p. 159.

law », faisant donc écho à leurs intérêts, dans ses communications⁷⁹. De tels mécanismes étant pour elle un moyen de régler d'éventuels problèmes⁸⁰. La *soft law* et sa justiciabilité traduisent un nouveau mode de gouvernance⁸¹, une nouvelle façon de représenter la répartition du pouvoir. Le schéma classique apparaît comme désuet au profit d'une redistribution des cartes qui permet de voir dans les Autorités de régulation indépendantes, une nouvelle facette du *Pouvoir*. À plus forte raison dans une *société de droit*⁸² et une *société économique*⁸³. Il est vrai que donner une définition réelle du terme de pouvoir est ardu, au-delà d'une acception normative. Nous avons esquissé un début d'analyse avec la distinction *potestas* et *auctoritas*. Ces quelques éléments peuvent-ils satisfaire notre postulat de départ ?

Nous pouvons répondre par l'affirmative. Effectivement, selon une définition proposée par le *Littre*, le *pouvoir* c'est « *avoir l'autorité, le crédit, le moyen de (...)* ». Il ne fait guère de doute que l'Autorité de la concurrence a désormais une grande influence sur les acteurs de la vie économique – il suffit pour cela de regarder son rapport annuel⁸⁴. Ce magnétisme répond donc bien à la définition classique du *pouvoir*, de *l'autorité*. En outre, le terme de *crédit* renvoie à une idée de *confiance* comme le laisse penser Corneille : « *Je crois sur sa parole et lui dois tout crédit* »⁸⁵. Est-ce que l'Autorité de la concurrence jouit d'une certaine confiance ? Nous pouvons également le penser à l'aune du discours qui est produit sur sa légitimité⁸⁶. À titre principal, nous allons prendre les propos de J.-B. Auby⁸⁷ qui affirme que « *les Autorités administratives indépendantes sont une offense aux schémas ordinaires de la démocratie représentative. Leur position institutionnelle les place à l'écart des circuits habituels de la responsabilité devant les assemblées et le peuple alors qu'elles sont dotées de réels pouvoirs de puissance publique, (...). Cela ne peut être admis que sur la base d'un cheminement intellectuel qui assume les limites indiscutables de la démocratie représentative et retient l'idée selon laquelle les Autorités administratives indépendantes disposent de ce que Pierre Rosanvallon appelé la légitimité d'impartialité* ». Les Autorités administratives indépendantes sont la traduction de la défiance de l'opinion à l'égard des organes politiques⁸⁸, elles alimentent le sentiment d'une défaillance des structures habituelles de l'Etat qui ne seraient plus capables d'assumer les missions qui étaient les leurs. Elles deviennent des structures de relai, renouvellent les rapports des citoyens au pouvoir, leur efficacité et rapidité ont conduit à un recours croissant à des sanctions administratives par celles-ci au détriment du juge qui se contente de contrôler seulement leurs décisions. Elles sont bien un nouveau visage de l'Etat, « *un Etat dans l'Etat* »⁸⁹, et les pouvoirs traditionnels de l'Etat sont dans tous leurs états – de là à dire qu'il s'agit d'un quatrième pouvoir, il n'y a qu'un pas. Imposant alors au pouvoir politique de composer avec elles. Ces entités deviennent un pilier essentiel de la démocratie, devenue « *administrative* »⁹⁰.

⁷⁹ « Ce texte de « *soft law* » peut constituer un guide d'analyse utile pour les autorités nationales de concurrence, *bien qu'il ne les lie pas, chacune d'entre elles pouvant avoir sa propre politique de poursuite* » : Guide « *Pratique de l'Autorité de la concurrence* », p. 127, disponible sur : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/pratique2_ra2013.pdf

⁸⁰ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 16-A-01 du 15 janvier 2016 concernant un projet d'ordonnance relative aux gares routières et emplacements d'arrêts, point 34.

⁸¹ G. Sabart et J. Rober, « *Soft law : un nouveau mode de gouvernance* » : <http://acteursdeleconomie.latribune.fr/debats/expertise/2015-11-03/soft-law-un-nouveau-mode-de-gouvernance.html>

⁸² V. la réflexion de A. Troianiello, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat* 2003/2, n° 124, Gallimard p. 60 : « *Alors qu'il s'est formé à partir d'une société unitaire, pétrie d'égalité et composée de citoyens politiquement actifs et réunis autour de valeurs communes, "les droits de l'homme et du citoyen", notre contrat social républicain semble soudainement frappé de vétusté. Il apparaît, aux yeux de beaucoup, devoir être dépassé pour satisfaire les besoins de plus en plus pressants de ce qu'il convient d'appeler une "société de droit"* ».

⁸³ V. E. Morozov, « *L'intellectuel du net dégaine* », *Philosophie magazine*, mensuel n°97, Mars 2016, pp. 29-31 ; E. Toussaint, « La religion du marché », http://cadtm.org/spip.php?page=imprimer&id_article=5666 ; L. Ferry, *La révolution transhumaniste*, Plon 2016.

⁸⁴ Autorité de la concurrence, « *Plaidoyer pour une économie agile* », Synthèse rapport annuel d'activité de 2015, p. 8 : elle est passée de 381 affaires en cours devant elle en 2001, à 162 affaires en 2015. De nombreux autres éléments corroborent cette dynamique : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/synthese2015.pdf>

⁸⁵ Corneille, *Serorius*.

⁸⁶ Dans une certaine mesure, nous pourrions reprendre la formule de « *tiers état administratif* » : O. Gohin et J.-G. Sorbara, *Institutions administratives*, LGDJ, 6^e éd., 2012, p. 324.

⁸⁷ J.-B. Auby, « La façon de comprendre les AAI », *La Semaine Juridique Édition Générale* n°51, 20 décembre 2010, 1260.

⁸⁸ V. M.-A. Cohendet, « Une crise de la représentation politique ? », *Cités* 2/2004 (n° 18), pp. 41-61.

⁸⁹ Formule de J. Mézard, *op. cit.*

⁹⁰ V. J. Chevallier, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *Revue française d'administration publique* 1/2011 (n° 137-138), pp. 217-227 ; il faut peut-être opérer une différence entre *l'Administration* et le *Gouvernement*. Dans ce cas, ce dernier serait un organe purement

D'ailleurs, le législateur continue cette *œuvre*⁹¹ en adoptant, certes difficilement, des nouveaux textes qui enracent un peu plus encore l'Autorité dans le paysage juridico-démocratique français. C'est ce qu'il convient de dire à l'aune des dispositions de la loi *Macron*.

B) *La loi Macron comme le point d'orgue du mouvement : l'affirmation finale de son rôle de « Pouvoir unique » en matière de concurrence ?*

« *En douze ans, l'Autorité de la concurrence s'est imposée* »⁹². Comme nous avons pu le voir à travers les développements antérieurs, ce mouvement apparaît comme tout à fait logique, et il est naturel qu'il perdure. La loi *Macron* du 6 août 2015 marque une étape importante dans l'appréhension et le rayonnement de l'Autorité de la concurrence dans la société, mais aussi vient asseoir sa place prépondérante dans le paysage européen⁹³. Elle vient entériner le statut de *lieu de pouvoir* de ladite entité. En effet, elle a été l'occasion « *de renforcer les prérogatives de celle-ci déjà puissante et redoutée en lui conférant des outils de nature à altérer l'essence de ses missions* »⁹⁴.

Si la décision du 5 août 2015⁹⁵ a censuré certains éléments de la loi, il faut noter que l'essentiel est préservé⁹⁶, et notamment ce qui sera susceptible de modifier profondément son rôle. Cependant, il convient tout de même de revenir sur les dispositions censurées, car celles-ci donnent une certaine acuité du visage qu'entend(ra)it prendre l'Autorité. *Primo*, la loi renforçait les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence en lui donnant la possibilité de prononcer des injonctions structurelles en cas de position dominante et de détention d'une part de marché supérieure à 50 % par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail en France métropolitaine. Fort logiquement un tel dispositif est aux prises avec la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle pour lesquelles le Conseil constitutionnel a reconnu que des limitations pouvaient être apportées, qu'elles soient « *liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* » et « *qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* ». Le juge permet au législateur de poursuivre « *un objectif de préservation de l'ordre public économique et de protection des consommateurs* ». Néanmoins, les conditions doivent être suffisamment encadrées pour ne pas porter une atteinte excessive aux droits fondamentaux. Cela faisait défaut en l'espèce dans la mesure où le dispositif envisagé pouvait conduire à sanctionner des entreprises ayant acquis une position dominante sans commettre d'abus et en raison d'un champ d'application élargi alors que le législateur souhaitait mettre fin à des pratiques existant dans le secteur du commerce de détail alimentaire. Il en conclut donc à une disproportion constituant une atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre.

Secundo, concernant la disposition qui renforce les moyens des agents de l'Autorité de la concurrence dans le cadre de leurs pouvoirs d'enquête concernant les pratiques contraires à la législation commerciale est également entrée dans le viseur du Conseil. En effet, la loi donnait un accès à des données personnelles conservées et traitées par les

d'impulsion et la première un organe de service, d'administration au sens *d'administrare* en latin. En d'autres mots, ces autorités doivent exercer un contrôle, contrebalancer le pouvoir de l'Etat. On pourrait qualifier alors ce pouvoir de véritablement *administratif* par opposition au pouvoir *exécutif*.

⁹¹ Qui fait écho à une vision dworkinienne et gadamérienne du droit : V. G. Timsit, « Le roman à la chaîne. Les limites d'une métaphore », *Revue internationale de philosophie* 3/2005 (n° 253), pp. 393-411 et J. Allard, « Interprétation, narration et argumentation en droit : le modèle du roman à la chaîne chez Ronald Dworkin », in *Argumentation et narration* Ed. E. Danblon,

⁹² <http://www.la-croix.com/Economie/France/En-douze-ans-l-Autorite-de-la-concurrence-s-est-imposee-2016-09-30-1200792776>

⁹³ Le classement *Global Competition Review*.

⁹⁴ J.-L. Fourgoux, « L'Autorité de la concurrence transfigurée par la loi Macron ? », *AJCA*, Octobre 2015, pp. 404-407.

⁹⁵ CC, décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.

⁹⁶ « Loi Macron : le Conseil constitutionnel valide l'essentiel » : http://www.lemonde.fr/politique/article/2015/08/06/loi-macron-le-conseil-constitutionnel-retoque-plusieurs-dispositions-mais-valide-l-essentiel_4713384_823448.html

opérateurs électroniques et les fournisseurs d'accès internet. Le juge constitutionnel exige classiquement⁹⁷ que des garanties suffisantes soient instaurées pour permettre une conciliation entre le droit au respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles telles que la préservation de l'ordre public⁹⁸. En l'espèce, la seule garantie fixée consiste à réserver l'accès à des agents habilités, soumis au respect du secret professionnel et auxquels il n'est pas confié un pouvoir d'exécution forcée. Le juge considère ces mesures comme insuffisantes pour permettre de concilier les exigences constitutionnelles en jeu, justifiant la censure.

Au-delà de ces éléments, l'Autorité se voit attribuer un nouveau rôle qui vient renforcer son aura et sa position de régulateur premier du secteur de la liberté économique. En effet, la loi attribue un rôle fondamental à l'Autorité pour l'ouverture à la concurrence des professions réglementées et dans la politique de prévention des atteintes à la concurrence dans le marché de la distribution. Si l'Autorité a pu rendre des avis dans ces domaines dans le but de suggérer des modifications dans ce secteur spécifique⁹⁹, la loi a donné un rôle consultatif sur les tarifs des professions réglementées et un rôle d'expert sur la cartographie et l'implantation de celles-ci à ladite autorité¹⁰⁰. L'idée n'est pas ici d'expliquer avec précision l'ensemble de la loi mais de voir en quoi l'Autorité devient une véritable autorité. Cela s'entrevoit dans le rôle de topographe de l'Autorité, en sens qu'elle proposera une cartographie à partir de laquelle seront décidées des zones où la liberté d'installation des notaires, huissiers, commissaires-priseurs sera possible, qui sera accompagnée de « *recommandations sur le rythme d'installation compatible avec une augmentation progressive du nombre de professionnels* ». Elle viendra ainsi permettre l'exercice ou non d'une certaine liberté. Elle interviendra aussi lorsque, sur certaines zones considérées comme suffisamment denses, une nouvelle implantation pourrait porter atteinte à la continuité de l'exploitation des offices de distribution. Elle rendra, selon l'article 57 de ladite loi, également un avis au ministre de la Justice avec des recommandations sur le nombre de créations d'offices qui apparaissent nécessaires, en « *prenant notamment en compte les exigences de bonne administration de la justice ainsi que l'évolution du contentieux devant (la Cour de cassation et le Conseil d'Etat)* » sans « *bouleverser les conditions d'activité des offices existants* ».

De plus, la loi confie à l'Autorité le soin de conseiller le pouvoir réglementaire dans le cadre de l'adoption de décret sur les tarifs des professions réglementées. Elle pourra même, à la demande du Gouvernement ou spontanément si le Gouvernement oublierait de la consulter, donner son avis sur les projets de tarifs selon l'article 52 de ladite loi. Sur ce terrain, elle aura accès à toutes les données des professionnels et toutes les informations statistiques. Cela modifie considérablement le rôle de l'Autorité. Elle disposera d'un pouvoir d'initiative sur le marché et ajoutera, à ses fonctions initiales, des missions lui donnant accès à une connaissance approfondie d'un secteur, pour faire primer l'objectif de concurrence et d'égalité d'accès à la profession, sur d'autres considérations.

En outre, sur le terrain procédural, des évolutions sont à noter. Assurément, l'Autorité disposera maintenant de moyens permettant de dériver les dossiers, moins sensibles, vers le ministre de l'économie, ainsi que d'améliorer la transaction dans le cadre de la non-contestation. Sur ce premier point, l'Autorité pourra alors rejeter une saisine par décision motivée « *lorsque les faits invoqués peuvent être traités par le ministre chargé de*

⁹⁷ Décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autres* ; Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]*.

⁹⁸ CEDH, 12 janvier 2016, *Szabó et Vissy c. Hongrie*, n° 37138/14, §73.

⁹⁹ Avis n°10-1-10 du 27 mai 2010 *relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé* et n°15-A-02 du 9 janvier 2015 *relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées*.

¹⁰⁰ Articles 50 et suivants de la loi du 6 août 2015.

l'économie en application de l'article L.464-9 du Code du commerce », selon l'alinéa 3 de l'article L.462-8. Cela permet à l'Autorité de sélectionner les dossiers mais aussi de démontrer le rôle joué par elle. L'Autorité de la concurrence n'entend plus être simplement une entité avec des responsabilités mineures, elle devient cette figure essentielle qui fait qu'elle se doit de traiter les dossiers brûlants, les plus complexes, là où des exigences de compétences et d'indépendance sont primordiales. Un peu à l'image du principe de *subsidiarité* qui anime la Cour européenne depuis la conférence de Brighton, en lien avec l'adage *de minimis non curat praetor*, l'Autorité ne devra être sollicitée que pour des affaires de grande ampleur – qui démontre son rôle de superviseur. Le reste restant à l'appréciation du Gouvernement en ce qu'il ne présente pas un intérêt suffisant, important¹⁰¹. Dans le second point, avec le nouvel article L.464-2, le Rapporteur général soumettra à l'entreprise une proposition de transaction « *fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée* » et l'Autorité prononcera la sanction dans le cadre de cette fourchette.

À la lumière de ses attributions, l'Autorité ne doit plus être envisagée comme une institution anodine dans l'environnement français. Elle devient un véritable élément de la vie économique, de la protection des libertés économiques, pourrions-nous dire même un véritable *pouvoir* qui concurrence le triptyque traditionnel. Il est clair que les Autorités administratives indépendantes ont pris leur place dans le système politico-administratif français¹⁰². Cela se confirme de par l'influence que l'Autorité a sur l'opinion publique, principalement sur les acteurs de la vie économique¹⁰³, mais aussi sur le législateur. En effet, les avis de l'Autorité ont, de par leur qualité, conduit le législateur à adapté certaines dispositions. La loi *Macron* en est l'exemple le plus probant. Elle tend à devenir l'entité première du secteur économique-concurrentiel, malgré la concurrence toute relative des autres autorités, du fait de sa compétence générale. La doctrine s'accorde pour dire que dans 10 ou 20 ans, l'Autorité va fusionner avec les différentes autorités sectorielles de régulation et qu'une meilleure répartition des compétences devrait être faite. Le maintien de régulateurs économiques sectoriels comporte le risque de capture par le secteur régulé, comme l'indiquait le président de l'Autorité de la concurrence lors de son audition par le Groupe de travail. L'OCDE¹⁰⁴ recommande d'ailleurs que l'Autorité de la concurrence conserve une compétence de principe et que la régulation sectorielle ne soit confiée à des agences spécialisées que pour conduire la transition à partir d'une situation de monopole d'Etat¹⁰⁵.

Nonobstant, une telle prise de puissance oblige l'Autorité à assurer un respect plus scrupuleux des exigences les plus classiques, renforcées par le droit européen¹⁰⁶. Il s'esquisse donc cette idée que des grandes attributions impliquent de nouvelles garanties d'indépendance et d'impartialité au nom de l'efficacité et l'effectivité de son action – cette idée est inhérente à la séparation des pouvoirs¹⁰⁷. Le champ d'intervention de l'Autorité

¹⁰¹ Pour continuer l'analogie avec l'idée de « *préjudice important* » dans l'article 35 de la CESDH depuis le protocole n°14.

¹⁰² V. not. C.-A. Colliard et G. Timsit, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Coll. "Les Voies du Droit", 1988 ; M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Clefs Politique, 1991 ; M.-J. Guédon, *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Coll. Systèmes, 1991.

¹⁰³ V. les chiffres présentés par O. Dufour, « L'Autorité de la concurrence continue d'étendre son influence », *les Petites affiches* - 23/07/2015 - n° 146 – p. 4.

¹⁰⁴ OCDE, *Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation*, p. 226 : pour ce qui concerne le Danemark.

¹⁰⁵ « Autorités administratives indépendantes et régulation des médias », Rapport parlementaire de MM. C. Vanneste et R. Dosière sur les *Autorités administratives indépendantes*.

¹⁰⁶ C'est ce que reconnaît également le Conseil d'Etat dans son rapport de 2016, *op. cit.*, dans la partie 3 intitulé « *Le juge administratif a précisé les principes encadrant l'exercice des pouvoirs des autorités chargées de missions de régulation économique* » : « *La plupart des autorités administratives indépendantes de régulation économique cumulent, selon les cas, des pouvoirs de recommandation, de réglementation, d'autorisation, de contrôle, d'injonction, de sanction, voire de nomination. Si ces autorités, qui agissent au nom de l'Etat sans être subordonnées au Gouvernement, disposent par définition d'une large autonomie pour les mettre en œuvre, certaines garanties, destinées notamment à protéger les droits et libertés fondamentales des administrés, encadrent néanmoins l'exercice et le cumul de ces prérogatives. Les recours dirigés contre les décisions des autorités de régulation économique ont été l'occasion, pour le juge administratif, de préciser la portée de ces principes généraux: dans le cadre tracé par la jurisprudence constitutionnelle et européenne* ».

¹⁰⁷ E. Faguet, « *Le libéralisme* », Paris, Coda, 2004, p. 116, 120 & 162 : il écrit que la garantie des droits de l'Homme se trouve dans la « *séparation des pouvoirs* », c'est-à-dire dans l'indépendance du pouvoir législatif à l'égard du gouvernement et dans l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard tant du pouvoir législatif que du gouvernement ; V. J.-P. Feldman, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 3/2010 (n° 83), pp. 483-496.

est complexe, facilement sujette à des pressions, à des manipulations par les intérêts en présence. L'Autorité se doit d'être la gardienne des libertés économiques, des enjeux principaux et cela passe par un fonctionnement et une organisation particulière. Assurément, l'indépendance confère une liberté d'appréciation et de décision de l'Autorité. La loi essaie de renforcer ces obligations en créant une déontologie commune, sans trop y arriver. Finalement, cette dynamique est supplantée par une doctrine de l'Autorité, une déontologie interne qui témoigne à la fois de la volonté de régulation de sa puissance de régulation ainsi que du sérieux qu'elle attribue à sa mission. Ce qui postule encore une fois pour le bouleversement de l'architecture classique étatique. C'est sur ce point que va se concentrer le prochain chapitre.

CHAPITRE 2 : L'INDEPENDANCE ET LA RESPONSABILISATION CONTINUE DE L'AUTORITE : UNE ACTION CONCOMITANTE DE LA LOI, DU JUGE ET SURTOUT DE L'AUTORITE

L'objet de ce chapitre sera d'envisager comment la loi a adapté l'organisation, le comportement, le fonctionnement de l'Autorité, au nom des totems *d'indépendance* et *d'impartialité* inhérents à la reconnaissance d'un *pouvoir*, conditionnant par là même l'efficacité de son action¹⁰⁸, ainsi que la position des juridictions nationales et supranationales à ce propos (§I). De plus, il s'agira de voir si en l'état actuel des choses, l'Autorité est protégée de toutes critiques. Mais l'originalité de cette entreprise se retrouvera dans l'étude d'autres éléments. Effectivement, il conviendra de voir qu'une déontologie est produite par la loi et surtout par l'Autorité afin de parachever le système, qui a des répercussions théoriques assez intéressantes, démontrant la puissance de l'Autorité (§II).

§ I – UNE PROGRESSION CONDITIONNEE AU RESPECT PARTIEL DES EXIGENCES D'IMPARTIALITE ET D'INDEPENDANCE : UNE POSITION ENCORE « EUROPEENNE »

Ici, la décision du 12 octobre 2012¹⁰⁹ sera encore notre point de départ, en ce qu'elle appréhende cette fameuse question et pose un standard. En effet, le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence l'oblige à respecter les garanties du « *droit à procès équitable* » au nom du droit européen et du droit interne, selon le Conseil, sans pour autant la *juridictionnaliser* (A), garanties retrouvées en l'espèce (B). Mais sont-elles suffisantes ?

A) Une soumission naturelle à ces exigences : le mythe de la juridictionnalisation de l'Autorité de la concurrence

Par l'intermédiaire du considérant n°16, le Conseil semble poser une obligation positive en affirmant que « le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité »

¹⁰⁸ V. « ... et la conception optimale d'une autorité de la concurrence », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2003/1 (Vol. 5), pp. 31-51.

¹⁰⁹ CC, décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre* [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction].

déoulant de l'article 16 de la Déclaration de 1789». Il n'est pas fait obstacle à la reconnaissance d'un véritable pouvoir de sanction mais, dès lors, toutes ces Autorités administratives indépendantes se doivent de respecter les exigences classiques consacrées par une pluralité de normes, dont l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le juge constitutionnel vient une nouvelle fois consacrer une position conforme aux impératifs européens sans pour autant faire de cette Autorité un organe juridictionnel.

Assurément, la solution du juge constitutionnel s'inscrit dans la droite lignée d'une dynamique prétorienne qui a conduit la doctrine à percevoir la « *fonction jurisprudentielle* »¹¹⁰ de ces Autorités de régulation indépendantes. Pourtant, le Conseil constitutionnel avait auparavant qualifié le Conseil de la concurrence d'« *organe administratif* » à la « *nature non juridictionnelle* »¹¹¹. Il ne semble pas, dans une certaine mesure, s'éloigner de ce principe¹¹², il fait simplement écho au processus de dépénalisation tel qu'il est encadré par une convergence de jurisprudences constitutionnelle et conventionnelle. En effet, dans son commentaire¹¹³ le juge constitutionnel rappelle que contrairement à la Commission bancaire, l'Autorité de la concurrence n'est pas titulaire d'une fonction juridictionnelle. Elle est une Autorité administrative indépendante à qui a été dévolue un pouvoir de sanction de nature punitive. Si certaines Autorités administratives indépendantes sont titulaires d'un *pouvoir de sanction*, elles ne sont pas pour autant toutes des juridictions – et ne le seraient sûrement jamais¹¹⁴ –, elles ont une fonction *contentieuse* ontologiquement différente d'une fonction *juridictionnelle* ; par contre elles se doivent de respecter des garanties inhérentes à cette faculté de prononcer des sanctions. Pléthore d'arrêts viennent sanctionner des Autorités administratives indépendantes dans la mesure où la procédure suivie en leur sein n'opérait pas une véritable distinction entre les fonctions d'instruction et de jugement¹¹⁵. Cette séparation constitue « *une évolution institutionnelle fondamentale* »¹¹⁶. La présente décision synthétise la matière juridique interne conforme à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, ainsi que les enseignements du droit européen.

En effet, comme le Conseil d'Etat le souligne, « *un organisme administratif peut, eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions, être qualifié de tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme* »¹¹⁷. Cette position découle du droit de la Convention, le juge constitutionnel respecte donc les prescriptions supranationales. En effet, la qualité de l'organe titulaire du pouvoir de prononcer une sanction ne saurait remettre en cause la nature pénale de la répression¹¹⁸. C'est la raison pour laquelle le juge constitutionnel parle bien de « *sanctions* ». Cette qualité de l'auteur de la répression est révélatrice de l'absence de monopole qui serait attribué au juge pénal quant à ce pouvoir, il n'y a pas de différence de nature du pouvoir attribué à cette entité. Et donc « *toute*

¹¹⁰ D. Rousseau, « La juridictionnalisation continue des AAI », RLC 2013/34, n° 2240.

¹¹¹ CC, décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, cons. 21 et 22.

¹¹² Décision du 5 juillet 2013, *op. cit.*, cons. 10 « *principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle* ».

¹¹³ Commentaire de la décision, pp. 12-13 : « *Ainsi le critère déterminant ne peut être le fait que le législateur ait qualifié l'AAI de « juridiction » ou qu'il ait énoncé qu'elle disposait d'un « pouvoir juridictionnel ».* Dans la pratique, la présence ou l'absence de cette qualification est sans réelle conséquence : le fait que la Commission bancaire, et non l'Autorité de la concurrence, ait été qualifiée de juridiction administrative par la loi ne saurait déterminer à lui seul le contrôle que le Conseil décide d'opérer ».

¹¹⁴ Le terme de *juridiction* est seulement dévolu à des entités particulières dont une précise des éléments constitutifs et distinctifs serait pertinent. En effet, l'ordre juridictionnel en France est particulier compris dans le Titre VIII de la Constitution et dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment en ce qui concerne les juridictions administratives : Décisions n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 et n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 et la doctrine du juge administratif par rapport à ça. Les critères sont flous mais l'idée de juridiction, protéiforme, renvoie principalement au *juridicus*, à l'idée du *Tiers transcendantal*, de l'*imperium* complet comme l'entrevoit le professeur Putman (*cf. infra*), en lien avec sa mission originelle de résoudre les différends, de trancher une vérité fonctionnelle. Des réflexions ont été faites en ce sens par P. Amselek, « La teneur indéçise du droit », *op. cit.*

¹¹⁵ Le rapporteur chargé de l'instruction participait au délibéré : à l'égard de la COB, Cass. ass. plén., 5 février 1999, *Oury* ; Bull. civ. ass. plén., 1999, 1, s'agissant du Conseil de la concurrence ; Cass. com., 5 octobre 1999, *SNC Campenon Bernard*, Bull. IV, 1999, 158.

¹¹⁶ OCDE, *Table ronde sur l'évolution institutionnelle des Autorités de concurrence* - Contribution de l'Autorité Française de la Concurrence - 17/18 décembre 2014, DAF/COMP/WD(2014)104.

¹¹⁷ CE, 20 octobre 2000, *Sté Habib Bank Limited*, Rec. 2000, p. 433, sur la *Commission bancaire*.

¹¹⁸ CC, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection des droits sur Internet*.

personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle»¹¹⁹. La notion de « *matière pénale* » ne coïncide pas avec la notion française formelle de droit pénal mais vise la notion factuelle, large et concrète, de répression¹²⁰. Ainsi, par un raisonnement qui va à rebours, un organisme, quelle que soit la qualification qu'un Etat lui aura formellement conférée, qui a une activité de répression, agit en matière pénale. Les Autorités de régulation sont en quelque sorte « *saisi(es)* » « *par les droits fondamentaux* »¹²¹. De ce seul fait, au sens européen, elles sont un « *tribunal* ».

C'est donc un point important qu'apporte la décision visée en décidant que l'exercice de pouvoirs de sanction par des Autorités administratives indépendantes implique de respecter les principes généraux d'indépendance et d'impartialité – intéressant à la lumière de *l'autorité de la chose jugée* des décisions du Conseil constitutionnel selon l'article 62 de la Constitution.

Par conséquent, il faut noter qu'une telle solution ne fait pas de l'Autorité de la concurrence une véritable *juridiction* comme aime le penser la doctrine – certains parlent même d'une « *juridictionnalisation rampante, mais incomplète, des autorités administratives indépendantes* »¹²², que nous pouvons comprendre dans une perspective plus large dépassant le simple discours dogmatique, et même juridique. L'attribution de prérogatives semblables à celles des juges, contentieuses, entraînant une démonopolisation de la fonction contentieuse conduisent à ce genre de réflexions mais le terme de *juridiction* reste trop spécifique, il fait écho à une organisation particulière mais surtout à une fonction spécifique, notamment dans ses effets que ne recouvrent pas les Autorités –, elles seraient simplement dans une position intermédiaire. Bien que comme le note l'article 6 de la Convention, ces obligations concernent « *un tribunal* », cette qualification n'est pas le garant d'une véritable juridictionnalisation car la Convention ne procède pas à de telles distinctions. Le vocable « *tribunal* » est trop connoté en droit interne. Il faut simplement y voir là une volonté du Conseil de respecter ces exigences européennes – de faire aussi un contrôle de conventionalité implicite – sans pour autant révolutionner l'environnement institutionnel. D'ailleurs, comme le dit le professeur Putman¹²³, il s'agirait d'une « *quasi-juridiction* » dans la mesure où « *même si matériellement (...) (il) n'est pas tout à fait une juridiction, certains auteurs souhaitent de lege ferenda qu'il en devienne une. Certes, le Conseil (de la concurrence) a une juris dictio, mais elle n'est que partielle : il peut constater le caractère anticoncurrentiel d'une pratique mais non se prononcer sur les conséquences civiles (ni, a fortiori, pénales) de ce caractère ; certes, il dispose d'un imperium (pouvoir d'injonction et d'amende), mais il ne peut prononcer que certains types de sanctions (...) En définitive, le choix de prôner la nature juridictionnelle de l'autorité de marché est fondamentalement un choix de philosophie économique : pour les tenants de cette thèse, il s'agit de faire en sorte que l'autorité de marché soit encore plus indépendante (de l'État) et plus du tout administrative, afin qu'elle n'apparaisse plus comme la sentinelle du dirigisme économique* »¹²⁴, ou la métaphore de G. Canivet, affirmant ainsi son statut hybride, en la comparant à une chauve-souris¹²⁵. L'existence d'une telle prérogative permet d'avoir une

¹¹⁹ Article 6 § 1 de la CESDH.

¹²⁰ Une étude large de la jurisprudence de la Cour démontre cela, notamment en ce qui concerne la concurrence. En effet, dès 1976 dans l'arrêt *Engel*, la Cour européenne va s'estimer compétente pour statuer sur la violation de l'article 6 § 1 dans une affaire de concurrence et développera la thèse du « *noyau dur du droit pénal* », formalisée en 2006 dans *Jussila c. Finlande*. Dans *Dubus S.A c/ France*, la Cour considérerait qu'un simple blâme infligé par la Commission Bancaire à une société d'investissement avait une « *coloration pénale* » et violait l'article 6 § 1.

¹²¹ J.-L. Dewost, *op. cit.*, dans l'introduction.

¹²² *Chronique de jurisprudence* – A. Roblot-Troizier – G. Tusseau – RFD-A 2013. 141.

¹²³ E. Putman, *Contentieux économique*, PUF, Paris, 1998, p.173.

¹²⁴ W. Benessiano, *Note sous décision n° 2012-280 QPC*, *Revue française de droit constitutionnel*, janvier 2013, n° 93, pp. 204-209 ; reprenant les propos de E. Putman.

¹²⁵ G. Canivet, « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution : le vol acrobatique de la chauve-souris », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, 2011.

meilleure réaction, une compétence réelle et de coopérer avec le pouvoir juridictionnel, de désengorger le prétoire¹²⁶ – des missions qui forment l'ADN de ces autorités. Ce mouvement est aujourd'hui commun à bon nombre de thèmes et témoigne surtout de la nécessité – surtout le rôle fondamental et sacré – dans la Cité d'un *Tiers transcendantal*¹²⁷, *départiteur*, – plus précisément de la justice¹²⁸ – même sous des formes spécifiques.

Plus encore, cette position conduit à ce qu'elles puissent ne pas respecter tous les impératifs traditionnels d'une juridiction. L'arrêt *Dubus contre France*¹²⁹ en est le parfait exemple en posant un principe clé. Effectivement, dans plusieurs points¹³⁰, la Cour européenne a rappelé qu'une Autorité indépendante pouvait être chargée de réguler la concurrence et disposer à cette fin du pouvoir d'imposer des sanctions sans que soit applicable l'intégralité de l'article 6, dès lors justement que ses décisions peuvent être soumises à un tribunal doté du pouvoir d'en faire un contrôle de pleine juridiction¹³¹ – exacerbé par le considérant n°10 de la décision de 2012. La Cour de Strasbourg permet aux Etats membres de confier à une autorité administrative un pouvoir de sanction en matière de droit économique et financier, dès lors que le droit à un tribunal indépendant et impartial est pleinement garanti en aval de la chaîne, celle-ci respectant donc, globalement, les prescriptions de l'article 6.

Enfin, « si l'application aux activités des Autorités administratives indépendantes du principe de séparation entre les fonctions d'instruction et de décision est à la fois imposée par les juridictions nationales (et supra-nationales) et bienvenue, de mon point de vue, elle laisse clairement au législateur un choix entre une séparation organique ou fonctionnelle ». Et de plus, « le respect des principes processuels fondamentaux ne fait pas de l'Autorité de la concurrence une juridiction, et ne la « juridictionnalise » pas non plus. La jurisprudence *Campenon Bernard* a incité le législateur à concilier la nature d'organisme administratif et d'autorité de régulation économique avec les garanties devant dans l'ordre juridique interne encadrer le pouvoir de sanction et de décision dont dispose l'Autorité. Cette conciliation s'opère par le respect des droits et libertés fondamentaux, ce qui renforce le rôle de l'Autorité et sa raison d'être, lui octroyant ainsi une légitimité incontestable »¹³².

Par conséquent, l'Autorité de la concurrence, comme toutes les autres Autorités administratives indépendantes n'est qu'une entité *sui generis* – qui suscite de nouvelles interrogations, alors que normativement, elle ne peut être séparée des pouvoirs classiques –, selon le juge constitutionnel et le juge européen, en raison de leurs prérogatives et de leurs objectifs, qui se doivent de respecter les garanties du « *procès équitable* ». Le Conseil fait une application intelligente et raisonnée du droit européen. Néanmoins, ces exigences sont-elles satisfaites par l'Autorité de la concurrence ?

B) Le contrôle constitutionnel du respect de l'impartialité et de l'indépendance par l'Autorité : une application rigoureuse de la jurisprudence européenne

En l'occurrence, le juge constitutionnel, après avoir affirmé cela, va opérer un contrôle strict du respect de ces exigences. Il va rappeler, dans son considérant n°17, ce

¹²⁶ Par opposition à l'institution de l'Ombudsman.

¹²⁷ T. Hobbes, *Le Léviathan*, Chapitre XVII, *Des causes, de la génération et de la définition de la république*, éditions Sirey, 1971 : « les conventions, sans le glaive, ne sont que des paroles, dénuées de la force d'assurer aux gens la moindre sécurité. C'est pourquoi, nonobstant les lois de la nature (que chacun n'observe que s'il en a la volonté et s'il peut le faire sans danger), si aucun pouvoir n'a été institué, ou qu'il ne soit pas assez grand pour assurer notre sécurité, tout homme se reposera (chose pleinement légitime) sur sa force et sur son habileté pour se garantir contre tous les autres. » ; J. Locke, « *Du Gouvernement civil, de sa véritable origine, de son étendue et de sa fin* », Chapitre VII, *De la Société politique ou civile* ; Les deux prostituées au jugement de Salomon : 1 Rois 3.

¹²⁸ J. Van Compernelle, « Le rôle du juge dans la Cité : vers un gouvernement des juges ? », in *Le rôle du juge dans la cité, Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Actes de colloque du 12 octobre 2001*, Bruylant, pp. 152-176.

¹²⁹ CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, *Dubus (Sté) c. France*, AJDA 2009. 1936, chron. J.-F. Flauss.

¹³⁰ Notamment le point 46.

¹³¹ Voir infra §II-B) du chapitre 2 sur le rôle du juge dans cette matière.

¹³² J.-L. Dewost, B. Lasserre, R. Saint-Esteben, *op. cit.*

que prévoient la loi, et plus particulièrement les différentes formations compétentes, les obligations à respecter comme notamment la prohibition d'un éventuel conflit d'intérêt. En effet, l'article L. 461-2 du Code du commerce dispose que « *Tout membre de l'autorité doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique. Aucun membre de l'autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées* ». De surcroît, dans son considérant n°18, il va montrer la nomination du rapporteur général et de la répartition des fonctions notamment que « *le président est ordonnateur des recettes et des dépenses de l'autorité. Il délègue l'ordonnancement des dépenses des services d'instruction au rapporteur général* » et que toutes ces dispositions ont pour objet de « *garantir l'indépendance du rapporteur général et de ses services à l'égard des formations de l'Autorité de la concurrence compétentes pour prononcer des sanctions* ». En somme, le juge constitutionnel fait une stricte application de la théorie des apparences de la Cour européenne des droits de l'Homme¹³³. Pour lui, ces dispositions assurent alors une apparence d'impartialité tant *subjective* – « *l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion* » selon l'arrêt *Remli c. France* du 23 avril 1996 – qu'*objective* – il s'agit de se poser la question de savoir si le juge a pu porté en amont une appréciation juridique sur la solution au fond que devait selon lui recevoir le litige eu égard aux faits de la cause selon l'affaire *Morel c. France* du 6 juin 2000.

Pour autant, est-ce que l'impartialité est réelle ? L'incertitude est totale car il s'agit d'une nomination effectuée par le ministre en charge de l'économie, et les autres organes sont nommés par ce rapporteur général. Il est courant d'affirmer, à part pour les autorités publiques indépendantes¹³⁴, que ces entités ne sont que des excroissances de l'Etat et n'arriveraient pas à se détacher de celui-ci malgré la mention « *indépendante* ». Elles resteraient en quelque sorte sous le giron de l'exécutif qui par conséquent nommerait des individus inextricablement liés à ses intérêts. Nonobstant, la position du Conseil suit le flou qui entoure la jurisprudence des juridictions européennes. En effet, rien dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne s'oppose à une nomination sans véritable preuve de partialité – à plus forte raison que le respect de ces principes est plus souple comme nous avons pu le dire – d'autant qu'il existe un contrôle par le collège de l'Autorité.

De plus, le Conseil constitutionnel a notoirement jugé – poussant par là même le législateur – à plusieurs reprises¹³⁵ que la garantie du principe d'impartialité issue de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen exigeait qu'au sein des Autorités administratives indépendantes, « *les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements* », d'une part, et « *les fonctions de jugement de ces manquements* »¹³⁶, d'autre part, soient soumises à une séparation fonctionnelle et non nécessairement organique. Selon le juge constitutionnel, ces fonctions ne peuvent être exercées sous l'autorité d'un seul corps ou d'une seule personne interne à l'institution, comme par exemple son collège, son président ou son directeur général. Le juge a, malgré la souplesse laissée par la Cour européenne, une appréciation stricte du respect de ces exigences comme le démontre sa jurisprudence récente, il s'attache à ne pas voir d'hypothétique inertie d'un acteur dans une fonction détenue par un autre acteur. Il se montre particulièrement pointilleux car la France a fait l'objet de plusieurs arrêts qui mettaient à mal ses juridictions et la répartition de leurs fonctions – Cour européenne des droits de l'Homme, 9 novembre 2006, *Sacilor*

¹³³ CEDH, *Piersack c. Belgique*, 1^{er} octobre 1982, Série A n° 53, AFDI 1985.

¹³⁴ M. Degoffe, « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA* 2008, p. 622.

¹³⁵ CC, décision n° 2011-200 QPC, 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur*.

¹³⁶ CC, décision n° 2013-331 QPC, 5 juillet 2013, *Sté Numéricable SAS et a.*, cons. n°12.

*Lormines c. France*¹³⁷, plus récemment encore pour la Cour des comptes : 6 octobre 2016, *Beausoleil c. France*, « l'ensemble de ces éléments suffit à la Cour pour considérer que les mentions faites au rapport ont pu faire naître dans le chef du requérant des craintes objectivement justifiées d'un défaut d'impartialité de la Cour des comptes lors de la fixation de la ligne de compte »¹³⁸ – qu'entre ses agents – Cour européenne, 4 juin 2013, *Marc-Antoine c. France*¹³⁹. La Cour avait été saisie, dans ce dernier cas, de la question de savoir si l'office particulier du rapporteur public devant les juridictions administratives françaises ne portait pas atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention. La Cour s'écarte de cette conception du rapporteur public comme partie au procès en estimant que « le requérant ne démontre pas en quoi le rapporteur public serait susceptible d'être qualifié d'adversaire ou de partie dans la procédure, condition préalable pour être à même d'alléguer une rupture de l'égalité des armes ». Cette position ne préfigure en rien la réalité de la motivation de la Cour de Strasbourg qui s'est montrée conciliante¹⁴⁰ mais aussi particulièrement critique à l'égard du fonctionnement de la juridiction administrative.

En l'espèce, le juge constitutionnel montre que « si les dispositions du paragraphe III de l'article L. 462-5 du code de commerce autorisent l'Autorité de la concurrence à se saisir « d'office » de certaines pratiques ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration, c'est à la condition que cette saisine ait été proposée par le rapporteur général ; que ces dispositions, relatives à l'ouverture de la procédure de vérification de l'exécution des injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans une décision autorisant une opération de concentration, ne conduisent pas l'autorité à préjuger la réalité des manquements à examiner ; que l'instruction de l'affaire est ensuite assurée par le rapporteur général dans les conditions et selon les garanties prévues par les articles L. 463-1 et L. 463-2 dudit code ; que le collège de l'Autorité est, pour sa part, compétent pour se prononcer, selon les modalités prévues par l'article L. 463-7 du même code, sur les griefs notifiés par le rapporteur général et, le cas échéant, infliger des sanctions ; que les deux derniers alinéas de cet article disposent que, lors de la séance, le rapporteur général peut présenter des observations, tout en prévoyant que lorsque l'autorité statue sur des pratiques dont elle a été saisie en application de l'article L. 462-5, le rapporteur général et le rapporteur n'assistent pas au délibéré ».

En somme, il note que les activités d'enquête et d'instruction, conduites par les services d'instruction sous l'autorité du rapporteur général, et les activités de décision revenant en toute indépendance au collège de l'Autorité de la concurrence sont fonctionnellement séparées au sein d'elle. *De facto*, les agents ayant participé à des fonctions d'instruction ne pourront pas participer, ni même assister, au délibéré portant sur les affaires de pratiques anticoncurrentielles. Dès lors que les règles de composition et de délibération sont identiques à celles imposées par les règles du droit processuel, l'Autorité de la concurrence n'encourt pas de critiques conventionnelles et constitutionnelles. À cet égard, nous remarquerons que les exigences de ce droit processuel de la régulation conduisent désormais les Autorités administratives indépendantes à mettre en place des structures dualistes afin de séparer organiquement les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement.

Si cette analyse permet de comprendre tout l'enjeu du respect de ces exigences, par l'Autorité de la concurrence, afin d'éviter un conflit d'intérêts, de rendre efficace son action, elle n'est qu'une mise en bouche. En effet, la décision donne une vue globale des exigences européenne et interne, mais elle n'est recentrée que sur la question du rôle du

¹³⁷ CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, n° 65411/01.

¹³⁸ CEDH, 6 octobre 2016, *Beausoleil c. France*, n° 63979/11, §41.

¹³⁹ CEDH, 4 juin 2013, *Marc-Antoine c. France*, n° 54984/09.

¹⁴⁰ N. Sudres, « Cour européenne des droits de l'homme et communication du projet de décision au rapporteur public : Chronique d'une sanction évitée », RGD 2013 : <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/09/22/cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-et-communication-du-projet-de-decision-au-rapporteur-public-chronique-dune-sanction-evitee/>

rapporteur général en matière de *sanction*. Cette position ne doit pas constituer le seul argument pour apprécier valablement le respect des exigences d'indépendance ainsi que d'impartialité de l'Autorité. Une étude plus approfondie d'autres éléments est à produire.

§II – LES PROGRES RECENTS DE L'AUTORITE FACE A CES IMPERATIFS : UNE MUTATION LATENTE DU SYSTEME

Il est impossible de saisir l'adaptation de l'Autorité face à ces exigences sans analyser l'essentiel de sa structuration, de son fonctionnement de façon générale. L'étude de l'ensemble de ces éléments permet de dénoter l'existence d'un effort continu du législateur de respecter efficacement ces exigences – en lien avec la position des juges. Jusqu'à même développer une déontologie légale. Qu'en est-il par rapport aux institutions voisines ? (A). Pour autant, le poids de ces exigences et l'incomplétude de l'action législative – et des règles juridiques en général¹⁴¹ – ont conduit l'institution à développer une véritable déontologie qui lui permet de renforcer sa légitimité et l'effectivité de son action. Cet élément est une nouveauté qui vient parachever le processus – exacerbant la *force* de l'Autorité – mais suscite également des interrogations anthropologiques sur le rôle du législateur en France ainsi que sur l'intérêt des différentes propositions de lois en discussion devant le Parlement (B).

A) L'indépendance de l'Autorité dans le droit positif : le retard semi-chronique de l'institution française à l'aune des standards voisins

Cette indépendance doit être analysée à travers plusieurs éléments tels que le mode de désignation des membres du collège, les conditions d'exercice du mandat, le statut des membres, ainsi que le caractère collégial de l'Autorité. Une simple analyse sans véritable référentiel ne peut conduire à des résultats probants. Nous croyons que la comparaison est une technique scientifique¹⁴² qui permet de questionner des objets, de les comprendre ainsi que de les faire évoluer¹⁴³. C'est pourquoi, ces données seront appréciées à la lumière de ce qui se fait en Espagne – en raison de la proximité géographique, intellectuelle et culturelle de ce pays par rapport à la France – comment cette dernière entrevoit l'indépendance et l'impartialité de ses autorités de régulation économique¹⁴⁴.

L'un des premiers éléments à soulever est lié à la *collégialité*. Cette dernière permet d'instaurer un dialogue, de discuter sur la représentation de la *vérité* de tous les individus – donc *subjective* – au moyen d'arguments, afin d'établir, *in fine*, une *vérité intersubjective* qui serait *objective*¹⁴⁵. Il y aurait donc un certain contradictoire¹⁴⁶ – que nous retrouvons durant toute sa mission¹⁴⁷. Naturellement, il convient d'affirmer qu'il est beaucoup plus difficile d'influencer un collège entier de membres qu'une seule personne, et cela permet de garantir le pluralisme des idées. « *La collégialité qui marque le fonctionnement du collège, est un facteur de robustesse de (l'Autorité)* »¹⁴⁸. Cet élément est assuré par l'article L.461-1 du Code de

¹⁴¹ Pathologique du droit selon P. Amssele, *op. cit.* et J. Strangas, « Der Begriff der Kasuistik in der Rechts und Moralphilosophie », *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, Cisalpo-Goliardica, 1982, pp. 15-73.

¹⁴² R. Sacco, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II) », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, n° 1. (Winter, 1991), p. 6 : « *The aim of comparative law is to acquire knowledge of the different rules and institutions that are compared. That is, of course, a different aim than to acquire knowledge of a single legal system, be it a foreign system or one's own. Nevertheless, knowledge of single systems can be the fruit of comparative studies and in that respect it is also among the aims of comparative law.* ».

¹⁴³ L'idée de consensus européen dans la jurisprudence de la Cour européenne (CEDH, 4 décembre 2008, *Marper c. Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04), l'influence de cette dernière a conduit à porter un regard scrupuleux sur le droit positif des autres Etats européens.

¹⁴⁴ H. Delzangles, « L'indépendance des autorités de régulation économique et financière en Espagne : l'intérêt de la clarification du droit public », *Revue française d'administration publique* 2012/3 (n° 143), pp. 707-721.

¹⁴⁵ Cela est développé, sur un terrain particulier, par une thèse : *Essai sur la notion de situation juridique et son extension en droit administratif français* de J. Jiang

¹⁴⁶ V. à ce propos, les développements de J.-L. Dewost, *op. cit.* p. 200 : le principe du contradictoire s'applique dès l'ouverture de la procédure d'instruction, de nombreux moyens sont mis en place pour assurer ce principe : auditions, demandes de renseignements ou de communication de document, un débat est systématiquement engagé lors de la séance devant le collège.

¹⁴⁷ CC, décision n°80-127 DC, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

¹⁴⁸ Table ronde, *op. cit.*

commerce disposant que « *les attributions confiées à l'Autorité de la concurrence sont exercées par un collège composé de dix-sept membres, dont un président, nommés pour une durée de cinq ans par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'économie* ». Un si grand nombre de membres peut susciter des interrogations au nom de l'efficacité et de la rapidité de l'institution. Pour comparatif, la Commission nationale de la concurrence espagnole fonctionne sur un format de six conseillers et un président depuis la loi 2/2011. Pour autant, ce qui est déterminant dans cette équation, ce sera réellement le système de nomination. La pluralité des méthodes laisse de marbre et peut conduire, en théorie, à des solutions divergentes. Alors comment assurer ces impératifs ? Quelle méthode choisir ? En ce qui concerne l'Autorité de la concurrence, l'article précité dispose que ces dix-sept membres sont « *nommés pour une durée de cinq ans par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'économie* ». L'essentiel du pouvoir de nomination est entre les mains de l'exécutif. De prime abord, cette position conduirait à admettre que toute nomination est politique, elle consisterait à placer des compères politiques. Cependant, le mode de nomination n'est pas révélateur du degré d'indépendance que nous souhaitons imposer à ces institutions – comme le pense aussi la Cour européenne. D'autant que l'Etat a intérêt à ce que la régulation opérée par ces institutions marche, pour éviter des conflits sociaux et politiques.

Le mode de désignation par décret pris par le pouvoir exécutif est normal « *dès qu'il s'agit de désigner les titulaires de fonctions publiques, (et) ne doit pas être regardé comme contraire au principe d'indépendance que constitue la base de ces institutions* »¹⁴⁹ et permettra à ces institutions de jouir d'une légitimité par transativité. D'ailleurs, le collège comprend des membres particuliers qui doivent justifier de certaines compétences : « *1° Six membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires ; 2° Cinq personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation ; 3° Cinq personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales* », selon ledit article. C'est à partir d'eux que « *Quatre vice-présidents sont désignés (...), dont au moins deux parmi les personnalités mentionnées aux 2° et 3°* », ce qui permet une certaine forme de démocratisation, et laisse une grande liberté à l'institution. Pour d'autres, cependant, ce processus « *favorise un sentiment d'entre soi, de consanguinité ou d'endogamie (...). Cette situation (...) résulte (...) de la pratique issue du modèle administratif français, valorisant les "grands corps de l'Etat" : (...) Dans la durée, certains membres (du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, etc.) deviennent de véritables "professionnels" des Autorités administratives indépendantes. En définitive, le recrutement dénote un tropisme parisien* »¹⁵⁰.

De plus, nous pouvons nous émouvoir du manque de contrôle par l'organe législatif sur ces nominations¹⁵¹. Seul le président « *est nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique, après avis des commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence* » – dont l'échec de cette nomination est conditionné, dans l'article 13 alinéa 5 de la Constitution, par un vote négatif représentant au moins trois-cinquième des suffrages exprimés au sein des deux commissions ; il est clair que cette condition est

¹⁴⁹ M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, p. 55.

¹⁵⁰ Entretien avec J. Mézard, *op. cit.*

¹⁵¹ Régulièrement soulevé : Ch. de la Verpillière, Rapport d'information n° 3405, 11 mai 2011 ; et qui a été analysé par le Conseil constitutionnel : Décision n° 2012-658 DC du 13 décembre 2012, *Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*, cons. 39 : « *Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs fait obstacle à ce que, en l'absence de disposition constitutionnelle le permettant, le pouvoir de nomination par une autorité administrative ou juridictionnelle soit subordonné à l'audition par les assemblées parlementaires des personnes dont la nomination est envisagée ; qu'en imposant l'audition, par les commissions des finances et des affaires sociales de l'Assemblée nationale et du Sénat, des magistrats de la Cour des comptes désignés par le Premier président de cette cour ainsi que du membre désigné par le président du Conseil économique, social et environnemental, les dispositions du 1° et du 3° de l'article 11 ont méconnu les exigences qui résultent de la séparation des pouvoirs ; que, par suite, à l'article 11, les mots « ces membres sont nommés après leur audition publique par les commissions des finances et les commissions des affaires sociales de l'Assemblée nationale et du Sénat » figurant au 1°, ainsi que les mots : « ce membre est nommé après audition publique par les commissions des finances et les commissions des affaires sociales de l'Assemblée nationale et du Sénat » figurant au 3°, doivent être déclarés contraires à la Constitution » ; Décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 62 : « *Considérant, en cinquième lieu, que les recommandations du comité transmises au Gouvernement comme le rapport de suivi de leur mise en œuvre ne sauraient, en aucun cas, adresser une injonction au Gouvernement* ».*

difficile à obtenir dans un contexte de majorité politique. Alors qu'en Espagne, depuis 2011, les personnes proposées en tant que président et conseillers devront comparaître devant la commission compétente du congrès, qui se prononcera d'ailleurs sur la capacité des candidats à occuper un tel poste. Il s'agirait-là d'un élément central pour préserver les autorités de régulation de toute transmutation en entités politiques, en lien avec les compétences techniques desdits membres¹⁵². Nonobstant, si cette question est aujourd'hui centrale, devons-nous conclure au manque d'indépendance de l'Autorité de la concurrence de par son organisation ? Rien n'est moins sûr, l'activité et les communiqués de l'Autorité démontrent un éloignement certain de celle-ci par rapport à l'exécutif¹⁵³.

À plus forte raison que les caractères du mandat de ses membres favorisent cette position. En effet, la durée, le renouvellement ainsi que les incompatibilités imposées aux membres, selon les articles L.461-1 et L.461-2 dudit Code, préservent l'Autorité de toute *capture* par le politique ou les acteurs économiques. Pour reprendre en substance ces éléments, « *le mandat des membres du collège est renouvelable, à l'exception de celui du président qui n'est renouvelable qu'une seule fois* », « *le président et les vice-présidents exercent leurs fonctions à plein temps. Ils sont soumis aux règles d'incompatibilité prévues pour les emplois publics* », et « *tout membre de l'autorité doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique. Aucun membre de l'autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées* ». L'exemple espagnol nous démontre qu'un mandat de cinq ans est tout à fait satisfaisant, en ce que la loi de 2011 consacre un délai de six ans. Mais le législateur espagnol a rajouté une précision : le mandat des commissaires n'est pas renouvelable. L'une des craintes serait la nomination entière du collège par une seule tendance politique au pouvoir, l'idée est d'assurer une continuité dans l'action. Est-ce que ce seul élément peut contester l'indépendance de l'Autorité de la concurrence ? Il n'est pas certain, à plus forte raison que le régime d'incompatibilité pour les emplois publics est relativement strict. Assurément, il est impossible d'avoir d'autres mandats, des fonctions annexes et de détenir des intérêts directs ou indirects dans des entreprises du secteur régulé. L'Espagne va encore plus loin sur ce terrain avec une incompatibilité avec des fonctions futures. Ce serait une « *indépendance par anticipation* »¹⁵⁴. Ici, le champ de l'interdiction, d'une durée de deux ans, porte sur l'activité de la Commission. Une indemnité financière est alors allouée mais oblige aussi les commissaires à entamer une reconversion dans un autre secteur.

Si cela apparaît justifiable en ce que cela permet véritablement de prévenir tout partialité et dépendance, ce dispositif devient très contraignant pouvant rebuter les candidats à entrer dans ces institutions. D'autant que le juge administratif a participé à consolider l'indépendance, dans une décision d'assemblée du 7 juillet 1989, *Ordonneau*, en consacrant le principe d'irrévocabilité du mandat du président d'une Autorité administrative indépendante par l'exécutif. Plus encore, la loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique participe à éviter tous les conflits d'intérêt, elle prévoit notamment que les membres du Gouvernement et les présidents et membres des Autorités administratives ou publiques indépendantes – donc l'Autorité de la concurrence – intervenant dans un secteur économique sont tenus de gérer leurs instruments financiers dans des conditions excluant tout droit de regard de leur part pendant la durée de leurs fonctions. Enfin, les membres de l'Autorité ne sont pas

¹⁵² Que le Conseil constitutionnel a relativisé : Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 42 : « *Considérant, (...), que la présence d'une seule personnalité qualifiée pour sa connaissance en matière de communications électroniques au sein de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement est sans incidence sur le respect du principe de la séparation des pouvoirs* ».

¹⁵³ V. *infra*, §II-B) du chapitre 2.

¹⁵⁴ M.-A. Frison-Roche, « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, p. 41.

révocables, sauf dans des cas strictement définis par le Code de commerce à l'article L.461-2, de surcroît les membres peuvent renoncer librement à leur charge, qui fait obstacle à toutes pressions politiques.

Sur le plan fonctionnel maintenant, des éléments sont à analyser, notamment sur la personnalité morale. Yves Gaudemet a pu affirmer que « *les autorités administratives indépendantes (...) n'existent pas : je veux dire par là qu'elles n'ont pas de personnalité juridique et qu'elles font partie de l'Etat* »¹⁵⁵. Le débat est ancien et il est ravivé par l'approche comparatiste. Assurément, en Espagne toutes les entités de régulation indépendantes disposent d'une personnalité morale, ce qui permet à ces autorités d'agir en leur nom propre¹⁵⁶, de garantir une certaine indépendance financière dans la mesure où elle autorise l'existence d'un budget propre qui peut être exclusivement nourri de prélèvements effectués sur les acteurs du marché régulé, et enfin, l'Etat n'aurait pas à endosser la responsabilité des actes irréguliers de ces autorités¹⁵⁷.

Néanmoins, l'absence de personnalité n'en fait pas moins des éléments séparés fonctionnellement de l'autorité gouvernementale. Les Autorités administratives indépendantes ne sont pas soumises à un pouvoir hiérarchique ministériel, ni placées sous tutelle de l'exécutif¹⁵⁸. Leur action témoigne de ce phénomène d'indépendance. La doctrine s'est toujours attachée à démontrer l'originalité d'une institution, indépendante du pouvoir gouvernemental malgré tout¹⁵⁹. Chacun s'accordait pour présenter l'Autorité administrative indépendante comme l'expression d'un pari d'une indépendance dissociée de l'octroi de la personnalité morale. En d'autres mots, il ne faut pas nier l'*autonomie* dont disposent déjà ces Autorités, et notamment l'Autorité de la concurrence dans son fonctionnement. Si elle n'est pas le signe d'une vraie indépendance, il n'en demeure pas moins vrai qu'elles bénéficient d'une distanciation favorable par rapport à l'exécutif. Une indépendance absolue est presque chimérique¹⁶⁰, comme le disait le Doyen Hauriou : « *les collectivités sont autrui par rapport à l'Etat mais sont aussi une manière d'être de l'Etat* », comme en témoigne l'institution du déferé-préfectoral. « *Personne n'a mis en cause la réalité de l'indépendance des Autorités administratives indépendantes. Pourtant, à compter de 2003, cela n'a plus semblé suffire ; l'octroi de la personnalité morale a de nouveau paru nécessaire pour assurer l'indépendance* »¹⁶¹. Ces mots de M. Degoffe démontreraient pourtant que cette personnalité devient une nécessité, politique, mais aussi juridique car elle empêche ces autorités d'accéder au prétoire ainsi que de bénéficier d'autres attributs nécessaires à une action efficace. Des solutions devront donc être apportées rapidement par le législateur¹⁶².

Cependant, nous pouvons légitimement nous interroger sur le fait de savoir si cette absence de personnalité juridique n'est pas un gage de qualité ? En effet, les Autorités administratives indépendantes pourraient apparaître plus audacieuses et efficaces dans leur mission car elles n'ont pas à assumer une responsabilité directe. Tandis que les

¹⁵⁵ Y. Gaudemet, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôles », in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, p. 572.

¹⁵⁶ *A contrario* : Rapport du CE, 2001, pp. 298-299.

¹⁵⁷ *A contrario* : TC, 22 juin 1992, *Mme Mizon*, n° 02671.

¹⁵⁸ CE, Section, 2 février 1960, *Kampmann*, Rec. p. 107, *AJDA* 1960.I.46 chron. M. Combarrous et J.-M. Galabert.

¹⁵⁹ P. Sabourin, « Les autorités administratives indépendantes », *AJDA* 1983. 275 ; Y. Cannac et F. Gazier, « Etude sur les autorités administratives indépendantes », *EDCE* n° 35, 1983-84, p. 13 ; J. Chevallier, « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP* 1986. I. 3254 ; Conseil d'Etat, *Rapport public 2001*, *EDCE* n° 52, 2001.

¹⁶⁰ V. J. Viguier, « La décentralisation territoriale est-elle encore au XXI^e siècle une "manière d'être" de l'Etat ? », in *Regards critiques sur quelques (ré)volutions récentes du droit Presses de l'Université des sciences sociales*. Séries "Travaux de l'IFR - Mutations des normes juridiques, n°2" Toulouse ISBN 2-915699-08-9.

¹⁶¹ M. Degoffe, *op. cit.*

¹⁶² Rapport d'information n° 616 de P. Gélard, *au nom de la commission des lois, Autorités administratives indépendantes - 2006-2014 : un bilan*, 11 juin 2014 ; M.-H. Desesgaulx et J. Mézard, « Un « Etat dans l'Etat » canaliser la prolifération des AAI pour mieux les contrôler », Rapport n° 126 de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes du 28 octobre 2015.

Autorités publiques indépendantes feraient preuve d'autocontrainte dans leur action afin d'éviter des actions en responsabilité. Tout calcul rationnel, inhérent à *l'homo economicus*, conduirait à dissuader la personne d'agir si elle risque de subir une sanction. Il y aurait un effet pervers et paradoxal à attribuer la personnalité. Sur le papier, si elle le signe d'une indépendance réelle et donc d'une efficacité, dans la pratique, elle pourrait conduire à une inefficacité flagrante.

En outre, en ce qui concerne la matière budgétaire, une certaine indépendance est palpable car le Président est ordonnateur des dépenses de l'Autorité, laquelle dispose d'une ligne budgétaire spécifique, sans fongibilité dans le budget du ministère de l'économie, tandis que le rapporteur général devient ordonnateur des dépenses des services d'instruction, sur délégation obligatoire du Président.

La synthèse de ces éléments démontre qu'il y a aujourd'hui une préservation de l'Autorité de la *regulation capture* – des conflits d'intérêt – tant à l'égard des acteurs économiques que des pouvoirs traditionnels. À ce titre, l'exécutif n'a plus une aussi grande importance dans le fonctionnement et l'organisation de celle-ci. Cela se manifeste sur deux points précis : le contrôle, exclusivement juridictionnel, des actes adoptés par l'Administration et la présence de représentants du Gouvernement lors des réunions. Aujourd'hui, la question du contrôle juridictionnel des Autorités administratives indépendantes ne peut être éludée¹⁶³. L'indépendance ne signifie certainement pas l'absence de tout contrôle, en particulier de tout contrôle juridictionnel¹⁶⁴. Le contrôle se retrouve en amont de la procédure – notamment la procédure des visites et saisies est soumise à une autorisation judiciaire préalable du juge de la liberté et de la détention qui apprécie et relève les informations du dossier pouvant justifier cette procédure, et l'ordonnance d'autorisation doit comporter des précisions quant à l'objet et aux lieux de perquisition¹⁶⁵ – mais aussi en aval de la procédure – le fond de la décision et la sanction pécuniaire peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant la cour d'appel de Paris, qui disposera d'un pouvoir de réformation et d'annulation¹⁶⁶, puis d'un pourvoi devant la Cour de cassation. Il ne faut pas oublier non plus l'intervention d'un conseiller auditeur depuis la LME qui endosse le rôle d'un médiateur procédural entre les services d'instruction et les parties.

Il y a un véritable recul de l'influence de l'exécutif qui est également cristallisé par la simple présence dans l'institution et le rôle du commissaire du gouvernement, selon les termes de l'article L.461-2 du Code de commerce, mais aussi, dans une moindre mesure, du rapporteur général dont la nomination, par le ministre de l'économie, sera soumise à un avis du collège de l'Autorité selon l'article L.461-4. Là où la loi espagnole de 2011 prévoit explicitement que les membres de l'Administration ne pourront pas assister aux réunions desdites autorités. Cette présence en soi ne pose gère de souci, le commissaire entend défendre les intérêts de l'exécutif, plus largement pourrions-nous dire l'intérêt général. Une telle intervention permet de garantir un certain contradictoire, d'inviter l'Autorité à agir de manière raisonnable – d'ailleurs la Cour européenne ne s'oppose pas à une telle présence sous réserve d'aménagements incrémentaux présentés antérieurement. Pourrions-nous admettre qu'il influence considérablement la vie de l'institution ? Cela ne semble pas être le cas, l'importance de la mission a pris le pas sur la déférence par rapport au Gouvernement. Il n'est qu'un catalyseur.

¹⁶³ Le juge serait une « instance intégrative de substitution » : J. Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *S.J.* 1986, G. I. Doctrine n° 3254.

¹⁶⁴ V. N. Decoopman, « Le contrôle juridictionnel des Autorités administratives indépendantes » : https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/31/nicole_decoopman.pdf_4a07e02582e00/nicole_decoopman.pdf

¹⁶⁵ Cass, com., 29 octobre 1991, n°90-12924.

¹⁶⁶ En lien avec ce que préconisait la CEDH : 27 septembre 2011, *Menarini Diagnostics SRL. c. Italie*, *op. cit.*

Plus encore, la loi tente d'endiguer de nombreux problèmes en secrétant une déontologie légale. L'organisation et le fonctionnement de ces institutions ne conduisent toujours pas à une entière satisfaction. Quand bien même ces questions sont devenues essentielles comme le pense la Cour des comptes, en disant que « *l'harmonisation de la composition des collèges paraît souhaitable (...). La désignation d'un président à temps plein dans cette autorité, la recherche systématique de participations croisées pour compenser le cloisonnement du système, la désignation de professionnels en activité en s'assurant que leur présence ne soit pas porteuse de conflits d'intérêt* »¹⁶⁷, elles doivent être complétées d'exigences déontologiques plus poussées au nom de la transparence et de la probité¹⁶⁸. À cet égard, la loi du 11 octobre 2013 essaie de prévenir ces problèmes, des nominations contestables en imposant des devoirs comme la déclaration de la situation patrimoniale, l'abstention¹⁶⁹. Cette déontologie est aussi la preuve d'un manque d'efficacité du dispositif légal concernant la structuration de ces autorités, alors que la plupart des pays voisins ne se posent plus cette question. Il y a un vrai retard déontologique et législatif. D'autant que selon J. Mézard, « *18% membres des Autorités administratives indépendantes n'ont pas déposé une déclaration de situation patrimoniale et d'intérêts, en violation de la loi* ».

L'action simultanée du législateur et du juge a permis de dresser un tableau relativement complet pour préserver l'Autorité de la concurrence des maux de la dépendance et de la partialité. Mais les suspicions à l'égard de cette Autorité seront toujours possibles, et favorisent l'ambivalence, la complexité de la notion même « *d'Autorité administrative indépendante* ». Dans cette optique, l'Autorité a pris les devants en secrétant une doctrine déontologique lui permettant d'éviter des nouveaux quolibets. Cela fût soulevé par la Cour des comptes dans l'étude précédente en exhortant ces autorités d'adopter « *une charte de déontologie et d'un règlement intérieur par chaque collège* ». En sus, la dynamique que nous allons entrevoir dans le prochain paragraphe suscite des nouvelles interrogations sur la place du législatif sur ce terrain, donc à terme sur l'intérêt des réformes pendantes devant le Parlement, et postule surtout pour la reconnaissance d'un vrai *pouvoir* dans le paysage juridico-politique français.

B) La nécessaire production d'une déontologie extra-juridique : un palliatif à l'inefficacité/l'ineffectivité pathologique du législateur

Au fur et à mesure des années, l'Autorité a développé une logique d'autocontrainte – qui renvoie à la morale selon Kant, par opposition à l'hétéronomie¹⁷⁰, cela renvoie à la dichotomie classique de Kant entre *l'impératif catégorique* et *l'impératif hypothétique*, découlant d'une réflexion globale sur la *raison pratique/théorique, le sujet transcendantal/empirique* – afin de remplir plus strictement les exigences qui pèsent sur elle mais aussi de renforcer l'efficacité de son action. Elle a ainsi développé une véritable *législation éthique*¹⁷¹ qui assure l'indépendance effective et la puissance de l'institution.

¹⁶⁷ Cour des comptes, *Les autorités de contrôle et de régulation du secteur financier*, p. 383.

¹⁶⁸ Article 1^{er} de ladite loi parle de « *dignité, probité et intégrité* et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts ».

¹⁶⁹ L'article 2 de ladite loi dispose « *les membres des collèges d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante s'abstiennent de siéger. Les personnes qui exercent des compétences propres au sein de ces autorités sont suppléées suivant les règles de fonctionnement applicables à ces autorités* ».

¹⁷⁰ E. Kant, *Critique de la raison pratique*, trad. F. Picavet, Première partie, Théorème IV, p. 33, PUF, 1965 : « *L'autonomie de la volonté est le principe unique de toutes les lois morales et des devoirs qui y sont conformes ; au contraire toute hétéronomie du libre choix, non seulement n'est la base d'aucune obligation, mais elle est plutôt opposée au principe de l'obligation et à la moralité de la volonté. Le principe unique de la moralité consiste dans l'indépendance, à l'égard de toute matière de la loi et en même temps aussi dans la détermination du libre choix par la simple forme législative universelle, dont une maxime doit être capable* ».

¹⁷¹ Ce terme, ou la législation intérieure, exprime l'idée que cette législation commande à l'intériorité du sujet moral. Elle n'ordonne pas seulement la forme de l'action, mais sa fin : elle fait du devoir une fin. Ici, l'éthique exprime ce qui distingue un comportement vertueux d'un comportement légal, elle représente un degré supplémentaire d'intériorisation de la loi. Par opposition à la *législation juridique, extérieure* : E. Kant, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Auguste Durand, 1853, p. 58.

Comme le dit elle-même l'OCDE, « la combinaison de l'accroissement de ses pouvoirs et du parachèvement de son indépendance a requis de l'Autorité qu'elle progresse sur le terrain du devoir de transparence et de prévisibilité de sa pratique »¹⁷². Elle jouit d'une certaine légitimité fonctionnelle mais aussi d'impartialité – selon P. Rosanvallon – qui impose à l'Autorité de s'adapter – comme nous pouvons le voir pour les juges¹⁷³ et notamment constitutionnels¹⁷⁴ – en développant une vraie doctrine déontologique. Nous retrouvons cette dynamique dans les discours de nombreuses autorités. En effet, lors de son audition du 2 février 2011 devant la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale et devant la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat, le président de la Commission de régulation de l'énergie, P. de Ladoucette, soulignait que « votre commission a souvent émis des préoccupations sur la déontologie et les éventuels conflits d'intérêt. Le statut d'Autorité administrative indépendante de la Commission de régulation de l'énergie et l'importance des enjeux qui s'attachent à ses décisions impliquent que ces principes soient mis en œuvre de manière exigeante et qu'ils s'appliquent à l'ensemble des agents en fonction. La légitimité et la crédibilité de la Commission de régulation de l'énergie, auxquelles je suis particulièrement attaché, en dépendent pour une large part. À cet effet, j'ai pris une décision relative à la prise et la détention d'intérêt qui interdit aux agents de la Commission de régulation de l'énergie de vendre ou d'acheter des valeurs mobilières dans des sociétés du secteur régulé de l'énergie. Par ailleurs, tout agent quittant la Commission de régulation de l'énergie doit passer devant la Commission de déontologie »¹⁷⁵.

L'une des premières illustrations de ce mouvement, pour l'Autorité de la concurrence, a été l'adoption d'une charte de déontologie – prise en application de l'article R.461-8 du Code de commerce, disposition non-législative – par celle-ci le 30 mars 2009 et modifiée par une décision du 14 mars 2012. Elle synthétise l'essentiel des points qui ont pu être soulevés dans les développements précédents. La meilleure illustration reste à ce propos l'article 1^{er} du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} « lors de son entrée en fonctions, tout membre signe une déclaration sur l'honneur dans laquelle il prend l'engagement solennel d'exercer ses fonctions en pleine indépendance, en toute impartialité et en conscience, ainsi que de respecter le secret des délibérations. Il s'engage également à se conformer, pendant toute la durée de ses fonctions aussi bien que lors de leur cessation, aux obligations attachées à celles-ci, telles qu'elles découlent notamment de la charte de déontologie de l'Autorité ». L'autorité va même jusqu'à consacrer, ce qui n'est pas explicite dans le texte législatif, une procédure de *démission d'office* dans son article 4 : « lorsqu'il apparaît qu'un membre n'a pas rempli une des obligations prévues par les premier à quatrième alinéas de l'article L. 461-2 du code de commerce ainsi que par l'article 2, ou a gravement manqué aux obligations rappelées par la charte de déontologie de l'Autorité, le président de l'Autorité convoque le collège, qui se réunit à huis-clos pour statuer sur cet empêchement ». L'Autorité de la concurrence étend ces obligations à tous les acteurs de la vie de l'Autorité, pas seulement aux membres nommés. Elle permet ainsi de garantir l'indépendance de tous les personnages par cette police interne.

D'ailleurs, la loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes du 20 janvier 2017 (n°2017-55) vient sacraliser, au niveau législatif cette initiative avec un titre complet relatif à une déontologie au sein des Autorités administratives indépendantes et des Autorités publiques indépendantes. Son article 10 retranscrit parfaitement cette idée en disposant que « Les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes ne prennent, à titre personnel,

¹⁷² Table ronde, *op. cit.*

¹⁷³ « *Trait original que ces organismes ne partagent qu'avec les juges* » A. Seban, « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », *P.A.*, 3 juin 2002, p. 63 ; mais n'est-ce pas qu'une spécificité juridictionnelle ?

¹⁷⁴ V. X. Magnon, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une Cour constitutionnelle », *RFDC* 2014/4 (n°100), pp. 999-1009.

¹⁷⁵ Le texte de l'audition est en ligne sur le site : www.cre.fr.

aucune position publique relative aux compétences de l'autorité au sein de laquelle ils siègent. Les anciens membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes s'abstiennent de toute prise de position publique sur toutes les questions en cours d'examen durant un an à compter de la cessation de leur mandat. Les membres et anciens membres sont tenus de respecter le secret des délibérations». Elle vient alors uniformiser et rationaliser ces autorités, mais surtout pallier à l'ineffectivité et le retard du législateur.

De plus, cette doctrine déontologique est visible aussi dans la pratique quotidienne – car une institution vit, renforce son activité, sa légitimité durant toute son existence. Si nous avons pu brièvement analyser les aspects du contradictoire, tels que prévus par les textes, au sein de l'Autorité, il ne faut pas omettre de citer l'existence d'un contradictoire plus poussé en matière de sanctions pécuniaires. L'Autorité applique une procédure beaucoup plus stricte au nom d'une protection efficace des exigences traditionnelles. Un *communiqué* de l'Autorité du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires synthétise ce point. En effet, il existe une partie entière dénommée « *les objectifs poursuivis par l'Autorité : accroissement de la transparence et enrichissement du contradictoire* »¹⁷⁶ qui formalise la pratique au sein de l'Autorité. Mais il en va de même en matière de détermination des sanctions pécuniaires comme le montre la quatrième partie. Elle prévoit une méthode de détermination des sanctions pécuniaires structurée autour du principe de proportionnalité et l'exigence d'individualisation. Ce contrôle *in concreto* permet une plus grande justice – en lien avec l'idée d'équité aristotélicienne¹⁷⁷ – mais aussi une plus grande prévisibilité¹⁷⁸ pour les entreprises quant à la détermination des sanctions encourues en cas de violation des règles de concurrence. L'ensemble des étapes de la méthode de détermination est décrit qui permet de relativiser en partie la liberté d'appréciation de l'Autorité, qu'il convient de mettre en lien avec la grande motivation des sanctions de l'Autorité¹⁷⁹. Par ailleurs, ce communiqué est opposable à l'Autorité, c'est-à-dire qu'il engage l'Autorité et qu'il a « *le caractère d'une directive au sens de la jurisprudence administrative* » – comme l'affirme le point 14 dudit communiqué. Le recoupement de tous ces éléments permet d'avoir une grille d'analyse satisfaisante pour appréhender efficacement sa situation, mais aussi avoir un effet dissuasif en amont, permettant à l'Autorité d'avoir une fonction préventive dans la protection des libertés économiques.

De plus, l'idée de *transparence-efficacité* est renforcée de jour en jour. Concernant les nouveaux pouvoirs de l'Autorité depuis la loi *Macron*, et notamment sur la procédure de non-contestation des griefs, il faut voir que la rapporteure générale, V. Beaumeunier, a, lors d'un colloque du 24 septembre 2015, annoncé une esquisse d'application, en alléguant que les entreprises seraient convoquées un mois avant la notification des griefs pour être oralement informées de la teneur du dossier et pouvoir envisager une éventuelle sanction. Les critères de la prime à la transaction sont encore inconnus, mais l'Autorité fait déjà preuve d'une certaine transparence. « *Je l'ai dit souvent, une bonne autorité de concurrence, ce n'est pas seulement une Autorité qui intervient vite et bien en cas de difficulté sur le marché. C'est aussi une institution qui assure la transparence, qui permet aux régulés (terme plus juste que celui d'usagers) de comprendre son approche et qui sait se mettre à leur écoute. Nous avons décidé, dès mars 2009, de nous donner un an pour expérimenter avant de publier nos propres lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, engagement qui a été tenu* »¹⁸⁰. Mais cela ne s'arrête pas là, nous retrouvons cette idée étendue à d'autres domaines comme les exigences de

¹⁷⁶ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqu%C3%A9_sanctions_concurrence_16mai2011_fr.pdf

¹⁷⁷ Livre V de « *L'Éthique à Nicomaque* » : L'équité pour Aristote est ce qui, sans nier ni réfuter la loi vient en corriger les aspects trop excessifs, compte tenu de certaines circonstances particulières. Elle est prise en compte du singulier, du cas particulier dans l'application de la règle générale.

¹⁷⁸ J. Jiang, *Essai sur la notion de situation juridique et son extension en droit administratif français*, op. cit., pp. 295-298 sur la dialectique *sécurité et justice*.

¹⁷⁹ V. « §4 - Décision de l'Autorité de la concurrence » in *Du droit commercial au droit économique*, de L. Vogel, mars 2016, LGDJ Traité.

¹⁸⁰ B. Lasserre, « La régulation concurrentielle, un an après la réforme : Un point de vue d'autorité (I) », *Concurrences* N° 3-2010, p. 41.

pluridisciplinarité au sein du collège, au-delà la lettre des différents textes. Comme l'alléguait Bruno Lasserre, ancien président de ladite Autorité, « *la pluridisciplinarité [du collège] est fondamentale (doit être respectée), car elle assure l'unité et la cohérence de nos décisions et de nos avis. Nous ne devons pas nous spécialiser, au risque de devenir en quelque sorte des "régulateurs sectoriels bis"* »¹⁸¹.

Dans le même ordre d'idée, l'Autorité entretient un lien étroit avec l'opinion publique mais aussi les pouvoirs publics. Elle publie régulièrement, sur son site, de nombreux documents où elle émet des avis sur plusieurs domaines, notamment sur son fonctionnement¹⁸², ainsi que sur la transparence du personnel – nous pouvons le voir avec la communication des nominations, notamment celui du 3 janvier 2017¹⁸³, le dernier en date, où elle dresse un portrait précis du personnel entrant. Elle remet également au Parlement son rapport annuel d'activité, exercice d'évaluation *ex post*, qu'elle rend public par la suite. Mais cette obligation déontologique s'inscrit plus largement dans le contexte d'un dialogue soutenu pour démontrer son indépendance : ainsi l'Autorité est auditionnée par le Parlement en moyenne plus d'une fois par mois. Comme le disait Bruno Lasserre, un dialogue avec le Parlement est essentiel, en ce que « *en créant une autorité unique chargée de veiller au bon fonctionnement concurrentiel des marchés, la LME a considérablement renforcé son indépendance. Mais elle a retenu, là aussi en plein accord avec le Conseil, l'idée qu'une indépendance renforcée devait s'accompagner d'une responsabilité renforcée. L'Autorité, dont il a été décidé que le président serait nommé au terme d'un processus comprenant des auditions parlementaires par anticipation sur la réforme constitutionnelle, a donc désormais la possibilité de se présenter chaque année devant ces commissions pour évoquer son bilan et ses perspectives, sans naturellement que cela conduise à méconnaître son indépendance ni à évoquer le cas d'affaires en cours d'instruction. Elle est donc désormais mieux insérée dans le paysage institutionnel* »¹⁸⁴.

Les commissions parlementaires saisissent également l'Autorité pour avis dans le cadre de sa fonction consultative. C'est encore une contrepartie de l'indépendance acquise par l'Autorité que de mettre son expertise à disposition des différentes branches des pouvoirs publics, exécutif comme législatif, et ce faisant de démocratiser sa mission de pédagogie de la concurrence à l'origine même du processus normatif¹⁸⁵. Elle a une formule récurrente qui illustre parfaitement notre propos : « *l'Autorité publie cette consultation sur son site internet à l'attention des tiers intéressés* ». De même, le développement de la fonction consultative, notamment par des enquêtes sectorielles d'initiative, a emporté le recours fréquent à des consultations publiques afin de prendre en compte la pluralité des points de vue, des intérêts, et les objectifs des politiques publiques concernées¹⁸⁶, mais également de garantir la transparence du matériau sur lequel se fonde l'analyse de l'Autorité.

En sus, ses avis sont un bon moyen de jauger le degré d'indépendance et d'efficacité de l'Autorité. Elle s'adonne à une publication récurrente et motivée d'avis dans lesquels l'Autorité manifeste une opinion tranchée mais argumentée qui pointe parfois du doigt des entités, sans faire preuve d'hypocrisie. L'avis n° 14-A-13 du 17

¹⁸¹ B. Lasserre, « La nouvelle Autorité de la concurrence », Interview dans la revue *Concurrences* N° 1-2009, p. 4.

¹⁸² Comme le font également le Conseil d'État et la Cour de cassation par l'intermédiaire de rapports annuels publics.

¹⁸³ Communiqué du 3 janvier 2017 : *Nomination « Étienne Chantrel est nommé chef du service des concentrations de l'Autorité de la concurrence. Il prendra ses fonctions le 1er février »* : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=629&id_article=2924&lang=fr

¹⁸⁴ B. Lasserre, « L'office de l'Autorité de la concurrence », in *Revue Justice et Cassation*, Dalloz, 2010, p. 117.

¹⁸⁵ B. Lasserre, « La régulation concurrentielle, un an après la réforme : Un point de vue d'autorité (I) », *Concurrences* N° 3-2010, p. 45 : « *L'Autorité est de plus en plus souvent conduite à intervenir dans une troisième catégorie de cas, afin d'aider à l'élaboration d'un projet de loi ou de décret dont le principe a déjà été décidé. L'intervention peut poursuivre deux finalités, qui ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre : identifier de possibles risques juridiques (autrement dit la possibilité que le texte sous examen viole les règles de concurrence, notamment le droit de l'Union) et évaluer la portée du projet sur le fonctionnement du secteur concerné (autrement dit son effet sur le jeu concurrentiel et sur le bien-être des consommateurs)* ».

¹⁸⁶ Pour les plus récentes : Consultation publique du 21 juillet 2016 sur la levée, l'adaptation ou le renouvellement pour les cinq années à venir des obligations pesant sur le groupe Canal Plus depuis 2012. L'institution a publié le 19 juillet 2016 son bilan d'étape sur l'évaluation de la situation de la concurrence dans le secteur de l'audition et les éventuels obstacles concurrentiels, qu'elle soumet à une consultation publique.

septembre 2014 de l'Autorité de la concurrence sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires qui constitue une diatribe à la position de l'Etat à l'égard « *des sociétés concessionnaires "historiques" dont le monopole géographique se caractérise par une rentabilité exceptionnelle résultant, notamment, d'une augmentation continue du tarif des péages* », qui a fait les choux gras des médias¹⁸⁷ – à tel point que comme nous l'avons vu, ils peuvent être attaqués devant les juridictions administratives. Des exemples identiques, il en existe beaucoup¹⁸⁸.

En d'autres termes, l'Autorité développe une véritable doctrine déontologique, au-delà des exigences classiques, renforçant son indépendance, sa légitimité et donc mécaniquement son efficacité – surtout par l'intermédiaire de son site internet qui centralise toutes ses productions, qui informe les individus sur les possibilités offertes par elle de manière didactique et surtout cristallise le regard qu'elle porte sur elle-même¹⁸⁹ ; il devient le relai favorisé d'interaction avec le public, par l'intermédiaire de la presse comme le démontre l'onglet « *Espace de presse* » sur son site. L'essentiel des mesures de sauvegarde doivent donc être prises en interne, et non par le législateur – nous retrouvons le même schéma pour le Conseil constitutionnel avec son *règlement QPC* du 4 février 2010 qui vient introduire des nouveaux éléments, omis par le constituant comme le législateur, proches des exigences incluses dans l'article 6 de la Convention¹⁹⁰. Nonobstant, l'absence d'un véritable contrôle parlementaire est-il tolérable ? M.-A. Frison-Roche relève que les lois relatives aux Autorités administratives indépendantes « *surabondent en dispositifs pour protéger les autorités administratives indépendantes contre l'intrusion du Gouvernement mais, d'une part, les rapprochent relativement peu du Parlement* »¹⁹¹.

La doctrine a très tôt soutenu cette position, et l'analyse du contrôle parlementaire des autorités de régulation espagnole décrite par H. Delzangles corrobore cette idée. Comme le rappelait M. Lombard « *sauf pour les juges, il n'est pas de légitimité dans une démocratie politique hors, directement ou indirectement, du principe électif* »¹⁹². Plus encore, la Cour de justice de l'Union européenne admet que « *l'absence de toute influence parlementaire sur ces autorités ne saurait se concevoir* »¹⁹³ et que « *les personnes assumant la direction des autorités de contrôle peuvent être nommées par le Parlement ou le Gouvernement (...) le législateur peut définir les compétences desdites autorités (...) peut imposer aux autorités de contrôle l'obligation de rendre compte au parlement de leurs activités* ». Au contraire, pour elle, *l'indépendance-efficacité* d'une telle institution est consubstantielle à « *l'exercice d'un contrôle parlementaire* »¹⁹⁴. Aujourd'hui, l'intervention du législateur à l'aune de l'Autorité est relativement faible¹⁹⁵, comme ont pu le démontrer nos différents développements, notamment en ce qui concerne le contrôle de la nomination des membres et plus largement sur la sélection du personnel. De nombreuses autorités ont pu souligner la nécessité de « *renforcer les mécanismes par lesquels les Autorités administratives indépendantes rendent compte de leur action et sont contrôlées (...) par le Parlement* »¹⁹⁶.

¹⁸⁷ <http://www.lefigaro.fr/societes/2014/09/18/20005-20140918ARTFIG00153-les-societes-d-autoroutes-accusees-de-gagner-trop-d-argent.php>

¹⁸⁸ <http://www.lemoniteur.fr/article/normalisation-certification-les-propositions-de-l-autorite-de-la-concurrence-pour-ameliorer-leur-fon-30426807>

¹⁸⁹ Le résumé de ses compétences, disponible sur son site : « *Dans un système économique fondé sur la liberté du commerce et de l'industrie, les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence doivent veiller à instaurer une discipline de concurrence crédible pour les entreprises. En effet, les marchés ne peuvent concourir à l'efficacité économique que si des règles de droit garantissent aux opérateurs la liberté de fixer leurs prix, le libre accès au marché, mais aussi l'absence d'abus de puissance économique par ceux qui la détiennent. L'Autorité de la concurrence, créée par la loi de modernisation de l'économie pour succéder au Conseil de la concurrence, est chargée de faire respecter cet équilibre* ». Mais également par l'intermédiaire de différentes productions internes disponibles sur son site : « *Entrée libre, la lettre de l'autorité* » et « *Collection Délic : Mieux comprendre la concurrence* ».

¹⁹⁰ À ce propos, voir l'arrêt : CEDH, 25 août 2015, *Jacky Renard c. France*, n° 3569/12 et 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, n° 12952/87.

¹⁹¹ *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié* (Tome 1 : Rapport), Introduction.

¹⁹² M. Lombard, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA* 2005, p. 537.

¹⁹³ CJUE, 9 mars 2010, *Commission c. République Fédérale d'Allemagne*, affaire C-518/07, points 43/44/45.

¹⁹⁴ CJUE, 6 octobre 2010, *Base NV et autres*, affaire C-389/08.

¹⁹⁵ Au niveau du contrôle financier et budgétaire : il ne peut pas y avoir de contrôle financier *a priori*, contrôler l'engagement des dépenses de l'Etat, comme prévu par une loi de 1922. Les AAI en sont exclues. Pourtant en 2000, il y a eu un colloque à l'Assemblée nationale, s'intitulant « le contrôle démocratique des AAI à caractère économique », conduisant à cette idée, dynamique que la démocratie doit contrôler ces autorités. En somme, l'indépendance ne pourrait aller sans responsabilité.

¹⁹⁶ Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, rapport d'information sur les autorités administratives indépendantes, *op. cit.*

Pourtant, le juge, surtout constitutionnel, est venu relativiser cette vision, notamment avec les décisions du 25 juin 2009, du 13 décembre 2012 et du 23 juillet 2015. Et donc, par là même, rendre contestable l'horizon pris par les différents projets évoqués. En quelque sorte, il est venu affirmer le rôle naturellement secondaire du législateur, au-delà de la simple question de la nomination, au nom d'une conception particulière de la *séparation des pouvoirs*. Or est-ce que précisément « *la collaboration fonctionnelle* » et « *le contrôle mutuel* » ne conduisent pas à contester la solution ? Mais d'un point de vue anthropologique, le rôle du législateur depuis la V^e République est véritablement celui-ci. C'est le fameux *parlementarisme rationalisé*, renégocié partiellement en 2008 ; le fruit d'un atavisme de l'idée de suspicion du pouvoir législatif par l'exécutif. Il n'y a plus cette confiance aveugle dans le législatif. Il doit être soumis à des impératifs¹⁹⁷, surtout il ne doit plus être le frein qu'il eut été – ce qu'il vit parfois mal¹⁹⁸. Le schéma de la séparation des pouvoirs en France, au demeurant particulier, justifie des solutions spécifiques par rapport aux autres pays. Si son rôle ne doit pas être négligé, certes, il doit y avoir une reconsidération de son activité. La consécration d'une déontologie légale n'est-elle pas la solution la plus satisfaisante ? Cette alternative semblerait pertinente, tout en donnant de la lisibilité et une uniformité, cela permettrait au Parlement de garder une certaine mainmise sur l'évolution des Autorités – une sorte d'*aiguilleur* à la Vedel, ce qui transparaît en partie dans la loi organique n°2017-54 du 20 janvier 2017 mais également dans la loi ordinaire n°2017-55 du 20 janvier 2017¹⁹⁹ qui centralise en elle toutes les exigences de transparence et déontologique que se doivent de respecter la totale des Autorités administratives indépendantes²⁰⁰. En somme, il y a là une différence fondamentale de représentation du pouvoir qui conduit à démontrer que le modèle espagnol n'est pas totalement transposable en France. Comme le disait Rodolfo Sacco, la comparaison permet de découvrir des données cachées, *hidden forces*, qui donnent une compréhension du système analysé, son *relativisme*, ainsi que les évolutions réalisables.

La décision du 9 octobre 2013²⁰¹ est intéressante à ce propos, elle exacerbe parfaitement le nouveau rapport de force. En effet, dans le cadre de la loi du 11 octobre 2013, un contrôle serait fait par une Autorité administrative indépendante, sans qu'il soit contraire à la séparation des pouvoirs, quand bien même les parlementaires seraient aussi touchés. D'autant que cette Autorité disposerait d'un véritable pouvoir d'injonction²⁰². Le législateur est totalement mis de côté. Au-delà de l'aspect anecdotique du contrôle sur les parlementaires, est-ce ça le vrai devenir du contrôle ? D'une certaine façon, ce serait un sophisme car confier une telle tâche à une autre Autorité conduit à relancer le débat

¹⁹⁷ Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 27.

¹⁹⁸ « Constitution : la désinvolture du Parlement », *Le Monde* du 15 février 2017.

¹⁹⁹ **Sur le statut général des AAI et des API** : La durée du mandat est comprise entre 3 et 6 ans. Le mandat est irrévocable et renouvelable une fois. Par ailleurs, les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Ils sont tenus au secret des délibérations et font preuve de discrétion professionnelle. Diverses incompatibilités sont prévues par la loi selon l'article 10. Chaque AAI et API adopte son règlement intérieur qui est publié au Journal officiel. Puis, les AAI et API adressent chaque année au Gouvernement et au Parlement un rapport d'activité qui rend compte des missions et des moyens. Il comporte notamment un schéma pluriannuel d'optimisation des dépenses.

²⁰⁰ Qui dresse la liste des AAI et des API, c'est-à-dire réserve au législateur la compétence exclusive pour créer et qualifier les AAI et API et réunit les règles communes de ces autorités au sein d'une même loi en leur donnant un statut général : *L. org. n° 2017-54 du 20 janv. 2017, art. 1^{er}*.

²⁰¹ Décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, *Loi relative à la transparence de la vie publique*.

²⁰² Décision n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, cons. 38 : « *Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité administrative soit chargée de contrôler la variation de la situation patrimoniale des députés et des sénateurs et puisse, à cette fin, être investie du pouvoir de leur adresser des injonctions afin qu'ils complètent leur déclaration ou apportent les explications nécessaires et, le cas échéant, de saisir le parquet des manquements constatés ; que ce principe ne fait pas davantage obstacle à ce que cette autorité puisse rendre publique son appréciation sur la variation de la situation patrimoniale d'un député ou d'un sénateur ou puisse saisir le parquet* » et cons. 39 « *Considérant que les principes précités ne font pas non plus obstacle à ce que la Haute autorité reçoive les déclarations d'intérêts et d'activités des députés et des sénateurs, procède à leur vérification et saisisse, d'une part, le Bureau de l'Assemblée nationale ou du Sénat et, d'autre part, le parquet, en cas de violation des obligations déclaratives énoncées à l'article L.O. 135-1 ; que, toutefois, la déclaration d'intérêts et d'activités porte notamment sur les activités et liens « susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts » avec l'exercice du mandat parlementaire ; que, dès lors, les dispositions de l'article L.O. 135-4 ne sauraient, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, permettre à la Haute autorité d'adresser à un député ou un sénateur une injonction dont la méconnaissance est pénalement réprimée, relative à ses intérêts ou ses activités ou portant sur la déclaration qui s'y rapporte ; que, sous cette réserve, l'article L.O. 135-4 du code électoral n'est pas contraire à la séparation des pouvoirs* ».

évoqué jusqu'ici. Or si nous considérons que le juge donne une solution calquée sur la représentation intersubjective du rôle que doit avoir le législateur et que doit avoir l'Autorité administrative, alors la solution est bonne. Tout cela serait justifié, pour lui, par l'existence d'un contrôle juridictionnel *a posteriori*. Comme il le dit dans le considérant 37 de la décision précitée : « aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; qu'il résulte en outre de ces dispositions qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes d'exercer un recours juridictionnel effectif ». Il en résulte que derrière cette argumentation, le seul vrai gardien et contrôleur, pour garantir le respect de ces totems ainsi que la séparation des pouvoirs, c'est le juge. Il y a une polarisation – déjà explicitée antérieurement dans notre entreprise – autour du pouvoir juridictionnel²⁰³, fruit de la mission spécifique du juge, de son rôle dans le processus juridique mais surtout de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme²⁰⁴. « *L'on passe visiblement d'un légicentrisme à un juricentrisme. Gestionnaire des crises, créateur du droit et des droits, décideur en toutes matières (...), le juge est au cœur de l'ordre juridique (...). À l'image du juge "bouche parlante de la loi" – qui paraît bien obsolète – s'oppose aujourd'hui l'image du juge découvreur de sens et créateur de droits* »²⁰⁵.

Une réflexion plus large pourrait être amorcée sur le rôle du juge dans la démocratie²⁰⁶, mais là n'est pas le propos. Comprendre la position actuelle c'est aussi comprendre notre héritage juridique. L'anthropologie juridique a toujours démontré que le présent n'est qu'une continuation spécifique d'un souvenir fondateur. La tendance actuelle du droit positif n'est que la retranscription d'une représentation originale des rapports entre les pouvoirs mais aussi de la puissance de certains. Il y a simplement un dévoiement de la démocratie classique, du moins à la J.-J. Rousseau. La démocratie de la V^e République, telle qu'elle est aujourd'hui, c'est la démocratie de l'exécutif, du recul du législatif et de l'électoral. C'est un processus qui se retrouve dans le corpus même de la Constitution même à travers les articles 3 et 6 mais aussi l'interprétation de celle-ci. Aujourd'hui, il ne suffit plus de proclamer des valeurs, il faut les protéger et les rendre effectives ce qui conduit nécessairement à une valorisation des institutions qui se trouvent en fin de processus. Qui participent au quotidien à la vivacité de ces idées. De ce fait, le juge, et notamment celui de l'Union, prendraient une place particulière dans ce contrôle²⁰⁷ mais aussi les Autorités administratives indépendantes elles-mêmes. Elles partagent presque le même office.

Nous pouvons voir dans cette solution une contradiction avec les propos de la Cour de justice en mars 2010 susvisés. Nonobstant, l'utilisation du verbe « *pouvoir* » par la Cour exprime l'idée d'une possibilité, et non d'une obligation. En effet, elle dit « peuvent être nommées par le Parlement ou le Gouvernement (...), le législateur peut définir les compétences des autorités (...) peut imposer aux autorités de contrôle l'obligation de rendre compte au Parlement de leurs activités ». Selon une interprétation sémiotique, la Cour de justice semble recommander quelque chose mais laisse dans le même temps une marge d'appréciation aux Etats. Puis la mention de « *l'absence de toute influence* » signifie, *a contrario*, qu'il doit y avoir une influence, au demeurant marginale. Ici, nous ne pouvons nier le rôle qu'exerce tout de

²⁰³ J.-L. Autin, « Autorités administratives indépendantes, démocratie et État de droit », *Droit et société* 2016/2 (N° 93), pp. 293-295, la dernière partie « II.2. Un contrôle juridictionnel normal ».

²⁰⁴ CEDH, 21 février 2008, *Ravon et autres c. France*, n° 18497/03 ; CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement*, affaire 294/83.

²⁰⁵ J. Van Compernelle, « Le rôle du juge dans la Cité : vers un gouvernement des juges ? », in *Le rôle du juge dans la cité, Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Actes de colloque du 12 octobre 2001*, Bruylant, pp. 158-159.

²⁰⁶ J. Krynen, *L'entreprise contemporaine des juges*, 2012 et *L'élection des juges*, 1999 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10^e édition, LGDJ, Titre 2 « La transformation de la notion de démocratie : la démocratie continue », pp. 535-556 ; S. Guinchard, *Vers une démocratie procédurale*, Justices, 1999-1 ; P. Rosanvallon, « La justice, nouvelle scène de notre démocratie », *Libération*, 6 avril 1995 ou encore *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil 2006.

²⁰⁷ V. G. Eckert, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *Revue française d'administration publique* 2012/3 (n° 143), pp. 642-643.

même en partie le Parlement dans les nominations essentielles, puis dans les multiples éléments que nous avons pus évoquer. Si la démocratie est « *continue* » selon D. Rousseau, et donc que la légitimité démocratique n'est plus simplement électorale²⁰⁸, il n'en reste pas moins vrai que le passage de l'élection reste l'élément central et prééminent²⁰⁹ de la vie politique comme nous l'a enseigné P. Rosanvallon.

CONCLUSION

Le mot de la fin reviendra à J. Mézard qui, à la lumière de notre conclusion démontrant l'importance et la spécificité de ces Autorités, interroge subtilement l'avenir de notre système : « la séparation des pouvoirs est profondément brouillée et altérée par l'existence et, plus encore, la profusion des Autorités administratives indépendantes. Rattachées, par défaut, au pouvoir exécutif, elles échappent par nature à son contrôle. Parallèlement, les conditions de leur responsabilité devant le Parlement sont insatisfaisantes voire inexistantes. Dans le domaine économique où les Autorités administratives indépendantes déterminent une véritable politique publique pour le secteur régulé, ce transfert de pouvoir n'est assorti d'aucun transfert de responsabilité politique devant le Parlement car le Gouvernement, dépossédé de sa compétence, renvoie allègrement aux décisions d'une Autorité administrative indépendante sur laquelle les parlementaires ont une prise réduite »²¹⁰. L'Autorité de la concurrence – plus généralement les Autorités administratives indépendantes – trouble l'harmonie du schéma classique français. Ces nouveautés contextuelles impliquent d'opérer un changement de paradigme²¹¹ dans la manière dont la démocratie et le modèle républicain fonctionnent actuellement. Il y a aujourd'hui une tendance qui ébranle les acquis, et conduit à théoriser : *l'Autorité de la concurrence comme nouveau pouvoir démocratique*.

BIBLIOGRAPHIE

A. Ouvrages

- AMSELEK (P.), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1964.
- CLAM (J.) et MARTIN (G.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998 et *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003.
- DE LAUBADÈRE (A.), *Traité de droit administratif. L'administration de l'économie*, Paris, LGDJ, vol. 4, 3^e éd., 1977, spéc. p. 15.
- DELVOLLÉ (P.), et DE LAUBADÈRE (A.), *Droit public économique*, Dalloz, 5^e édition.
- GENTOT (M.), *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 2^e édition, 1998.
- GOHIN (O.) et SORBARA (J.-G.), *Institutions administratives*, LGDJ, 6^e éd., 2012.

²⁰⁸ P. Rosanvallon, *Le bon gouvernement*, Seuil 2015.

²⁰⁹ P. Rosanvallon, *Le sacre du citoyen: histoire du suffrage universel en France*, Gallimard 1992.

²¹⁰ H. Béanger, « L'indépendance des AAI reste fragile car elle dépend de la coopération des autres pouvoirs publics : Entretien avec Jacques Mézard », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 14, 4 avril 2016, p. 395.

²¹¹ T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. française Champs Flammarion, 1983, p. 238 : « il représente tout l'ensemble de croyances, de valeurs reconnues et de techniques qui sont communes aux membres d'un groupe donné ».

- HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, avec la collaboration de J. Van Drooghenbroeck et R. Célis, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976, pp. 13 et s.
- IDOUX (P.) et COLSON (J.-P.), *Droit public économique*, 7^e édition, LDGJ, Lextenso éditions.
- JIANG (J.), *Essai sur la notion de situation juridique et son extension en droit administratif français*, thèse de droit, Toulouse, spéc. p. 119.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses des Facultés Universitaires de Saint Louis, 2002.
- PUTMAN (E.), *Contentieux économique*, PUF, Paris, 1998.
- SUDRE (F.), Andriantsimbazovina (J.), et a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, 7^e édition, p. 302.

B. Revue

- *Actualité juridique du droit administratif* 2005.
- ARHEL (P.), « Activité de la Cour de cassation en droit de la concurrence (juillet 2011 à janvier 2012) », *Petites affiches*, 8 juin 2012, n° 115, pp. 6 et s.
- ARHEL (P.), « Activité de la Cour d'appel de Paris dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles (février 2011 à janvier 2012) », *Petites affiches*, 2 mai 2012, n° 88, pp. 6 et s.
- ARHEL (P.), « Activité des juridictions de l'Union européen en droit de la concurrence (janvier à février 2012 et décembre 2011) », *Petites affiches*, 10 avril 2012, n° 72, p. 3 ; *Petites affiches*, 18 juin 2012, n° 121, p. 11.
- BACACHE-BEAUVALLET (M.), « L'État : contraintes et liberté, approche économique », *Pouvoirs* 2012/3, n° 142, pp. 21-31.
- BAZEX (M.), BOSCO (D.), DECOCQ (G.) et PRÉSSIBY-SCHNALL (C.), « Chronique Concurrence », *Contrats, conc., consom.* avril 2012, comm. 98 à 104 ; mai 2012 comm. 129 à 135 ; juin 2012, comm. 154 à 156.
- BENESSIANO (W.), « Note sous décision n° 2012-280 QPC », *Revue française de droit constitutionnel*, janvier 2013, n° 93, pp. 204-209.
- CHEVALLIER (J.), « L'Etat régulateur », *Revue française d'administration publique* 3/2004, n°111, pp. 473-482.
- « Chronique de l'Union européenne et droit administratif », *RFDA*, n° 24, avril 2012, pp. 391 et s.
- DEGOFFE (M.), « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA* 2008, p. 622.

- IDOT (L.), « Chronique Concurrence », *Europe*, avril 2012, comm. 151 à 155, p. 21 ; mai 2012, comm. 196 à 206 ; juin 2012, comm. 249 à 250.
- IDOT (L.) et PRIETO (C.), « Chronique Droit de la concurrence », *RDC* 2012/1, janvier 2011, pp. 111 et s.
- KALFLÈCHE (G.), « Le droit public face à la crise économique : modifications institutionnelles et instruments d'action », *Revue européenne de droit public*, ISSN 1105-1590, Vol. 25, n° 1, 2013.
- LOMBARD (M.), « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA* 2011, p. 649.
- MATHONNIÈRE (C.), « Chronique de droit économique », *RLDA* mars 2012, 69, n° 3926 à 3931, p. 50 ; avril 2012, 70, n° 3972 à 3977, p. 42 ; mai 2012, 71.
- NICINSKI (S.), « L'autorité de la concurrence », *RFDA* 2009, p. 1237.
- *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 35, avril 2012 : DEWOST (J.-L.), LASSERRE (B.), SAINT-ESTEBEN (R.), « L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, p. 187.
- PEZ (T.), « L'ordre public économique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 4/2015, pp. 43-57.
- *Revue Droit et Société* (2016/2) n°93, Dossier : *Les autorités administratives indépendantes*, IDOUX (P.) (dir).
- *Revue française d'administration publique* 3/2004 n°111 et 1/2011.
- *Revue française de droit administratif* 2013 n°1.
- *Revue française de droit constitutionnel* 2016/1 n° 105 et janvier 2013.
- *Revue internationale de droit économique*, 2007/3 (t. XXI, 3) et 2006/4 (t. XX, 4).
- ROUSSEAU (D.), « La juridictionnalisation continue des AAI », *RLC* 2013/34, n°2240.

C. Rapports

- Conseil d'Etat, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, Etudes et documents n° 52, 2001.
- Conseil d'Etat, *Le juge administratif et les autorités de régulation économique*, Rapport public du 13 octobre 2016.

- Rapport d'information du 6 avril 2011, *sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, présenté par VAUTRIN (C.) et J. GAUBERTI (J.).
- Rapport d'information n° 3405 sur la mise en œuvre des recommandations du rapport du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, DE LA VERPILLIÈRE (CH.), 11 mai 2011.
- Rapport d'information n° 616 de GÉLARD (P.), *au nom de la commission des lois, Autorités administratives indépendantes - 2006-2014 : un bilan*, 11 juin 2014.
- Rapport n° 126 de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes du 28 octobre 2015 de DESESGAULX (M.-H.) et MÉZARD (J.), *Un « Etat dans l'Etat » canaliser la prolifération des Autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*.

D. Jurisprudences

1. Conseil constitutionnel

- CC, décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.
- CC, décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.
- CC, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.
- CC, décision n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres [Prohibition des machines à sous]*.
- CC, décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence]*.
- CC, décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*.
- CC, décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]*.
- CC, décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricable SAS et autre [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes]*.
- CC, décision n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*.
- CC, décision n° 2014-422 QPC du 17 octobre 2014, *Chambre syndicale des cochers chauffeurs CGT- Taxis [Voitures de tourisme avec chauffeurs]*.

- CC, décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.
- CC, décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.
- CC, décision n° 2015-480 QPC du 17 septembre 2015, *Association Plastics Europe [Suspension de la fabrication, de l'importation, de l'exportation et de la mise sur le marché de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du Bisphénol A]*.

2. Conseil d'Etat

- CE, Section, 2 février 1960, *Kampmann*, Rec. p. 107, *AJDA* 1960.
- CE, Assemblée, 7 juillet 1989, *Ordonneau*, n° 56627, publié au recueil Lebon.
- CE, 20 octobre 2000, *Sté Habib Bank Limited*, n° 180122, Rec. 2000, p. 433.
- CE, 11 octobre 2012, *Galec*, n°346378.
- CE, 11 octobre 2012, *Casino Guichard-Perrachon*, n°357193.
- CE, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n°368082, 368083, 368084 ; *Société NC Numericable*, n°390023.

3. Cour de justice de l'Union européenne

- CJCE, 31 mars 1971, *AETR*, affaire C-22/70.
- CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commission des Communautés européennes*, affaire C-26/76.
- CJUE, 3 décembre 2009, *Commission c. Allemagne*, affaire C-424/07.
- CJUE, 9 mars 2010, *Commission c. République Fédérale d'Allemagne*, affaire C-518/07.
- CJUE, 6 octobre 2010, *Base NV et autres*, affaire C-389/08.
- CJUE, 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen GmbH c. Land Nordrhein-Westfalen*, affaire C-505/14.

4. Cour européenne des droits de l'Homme

- CEDH, 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, n° 8692/79.
- CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, n° 12952/87.
- CEDH, 23 avril 1996, *Remli c. France*, n°16839/90.
- CEDH, 6 juin 2000, *Morel c. France*, n° 34130/96.

- CEDH, 21 février 2008, *Ravon et autres c. France*, n° 18497/03.
- CEDH, 11 juin 2009, *Dubus (Sté) c. France*, n° 5242/04.
- CEDH, 27 septembre 2011, *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italie*, n° 43509/08.
- CEDH, Sect. 5, 4 juin 2013, *Marc-Antoine c. France* (déc.), n° 54984/09.
- CEDH, 25 août 2015, *Jacky Renard c. France*, n° 3569/12.

E. Lois et proposition de loi

- LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie*.
- LOI n° 2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*.
- LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.
- PROPOSITION DE LOI *portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes de 2016*.
- LOI ORGANIQUE n° 2017-54 du 20 janvier 2017 *relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes*.
- LOI n° 2017-55 du 20 janvier 2017 *portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes*.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	2
INTRODUCTION.....	4
<u>CHAPITRE 1 : LE VERITABLE POUVOIR DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE : UNE EXIGENCE CONTEMPORAINE, FRANCO-EUROPÉENNE</u>	8
§ I – L'EDIFICATION PROGRESSIVE D'UNE AUTORITE AUX COMPETENCES ELARGIES : UNE VERITABLE SOLUTION « EUROPEENNE ».....	8
A) <i>La Loi de Modernisation de l'Économie comme soubassement de l'Autorité : l'émergence ontologiquement programmée d'un nouveau Pouvoir</i>	9
B) <i>L'attribution naturelle de prérogatives importantes au nom de l'effectivité et de la concurrence : l'ancrage d'une logique de régulation par les autorités publiques françaises</i>	12
§II – L'ASCENSION AU RANG DE POUVOIR : UNE CONCLUSION PERTINENTE A L'AUNE DU DROIT POSITIF RECENT ET DE LA SCIENCE POLITIQUE.....	14
A) <i>Le débat sur la normativité et la normativité du droit mou²¹² : le parachèvement d'une Autorité autoritaire ou/ et la tentative de canalisation par l'Administration ?</i>	15

²¹² J. Chevallier, « Présentation par Jacques Chevallier » - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier : *la normativité*) - janvier 2007 : « D'abord, la distinction entre dispositions normatives et non normatives est délicate à effectuer en pratique: tout texte est en réalité caractérisé par un entrelacement de dispositions de portée variable, qu'il est difficile de dissocier; tracer une ligne de démarcation entre elles risque dès lors de comporter une large part d'appréciation subjective (Véronique Champéil-Desplats). Ensuite, l'idée de contrainte ne permet pas de rendre compte de l'inflexion de la normativité juridique dans les sociétés contemporaines: on voit en effet proliférer, à côté des

- B) *La loi Macron comme le point d'orgue du mouvement : l'affirmation finale de son rôle de « Pouvoir unique » en matière de concurrence ?*.....19

CHAPITRE 2 : L'INDEPENDANCE ET LA RESPONSABILISATION CONTINUE DE L'AUTORITE : UNE ACTION CONCOMITANTE DE LA LOI, DU JUGE ET SURTOUT DE L'AUTORITE.....22

§ I – UNE PROGRESSION CONDITIONNEE AU RESPECT PARTIEL DES EXIGENCES D'IMPARTIALITE ET D'INDEPENDANCE : UNE POSITION ENCORE « EUROPEENNE »...22

- A) *Une soumission naturelle à ces exigences : le mythe de la juridictionnalisation de l'Autorité de la concurrence*.....22
- B) *Le contrôle constitutionnel du respect de l'impartialité et de l'indépendance par l'Autorité : une application rigoureuse de la jurisprudence européenne*.....25

§II – LES PROGRES RECENTS DE L'AUTORITE FACE A CES IMPERATIFS : UNE MUTATION LATENTE DU SYSTEME.....28

- A) *L'indépendance de l'Autorité dans le droit positif : le retard semi-chronique de l'institution française à l'aune des standards voisins*.....28
- B) *La nécessaire production d'une déontologie extra-juridique : un palliatif à l'inefficacité/ l'ineffectivité pathologique du législateur*.....33

CONCLUSION.....40

BIBLIOGRAPHIE.....40

TABLE DES MATIERES.....45

commandements juridiques traditionnels, des techniques plus souples, relevant de ce que Paul Amselek appelait dès 1982 une « direction juridique non autoritaire des conduites »; les textes indiquent des « objectifs », qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des « directives », qu'il serait opportun de suivre, formulent des « recommandations », qu'il serait bon de respecter, mais sans pour autant leur donner force obligatoire. Si norme il y a, elle n'a plus de caractère impératif et son application va dépendre de l'adhésion des intéressés: une normativité « dialoguée » (Gérard Timsit) tendrait à se substituer à la normativité « spontanée », résultant de la confrontation sur le marché, et à la normativité « imposée », passant par la contrainte étatique. Entre ce droit « doux » (soft law) et les normes impératives (hard law), les frontières sont ténues et des passerelles existent: le « droit déclaratoire » qui se développe toujours davantage dans la vie internationale sert ainsi, non seulement à interpréter et à développer le « droit primaire de nature conventionnelle », mais encore de source d'inspiration pour celui-ci (Emmanuel Decaux) ».