

UNIVERSITE PARIS I PANTHÉON SORBONNE
ÉCOLE DE DROIT DE LA SORBONNE
DÉPARTEMENT DE DROIT PUBLIC ET FISCAL

THÈSE

Pour l'obtention du titre de Docteur en droit de l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Présentée et soutenue publiquement :

- le **06 septembre 2021** à 14h00.

Par :

Mamadou Hady DIALLO

Titre de la thèse :

***La transposition du pouvoir administratif exorbitant en droit de la
régulation économique***

Sous la direction de :

M. VIDAL Laurent, *Maître de conférences HDR à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Membres du Jury :

- Mme. **FRISON-ROCHE** Marie-Anne, *Professeure à Sciences Po-Paris et Directrice à The Journal of Regulation & Compliance, **Présidente**,*
- M. **PERROUD** Thomas, *Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, **Rapporteur**,*
- M. **MARTY** Frédéric, *Chargé de recherches CNRS, membre du Collège de l'Autorité de la concurrence, Professeur à l'Université de Nice, **Rapporteur**,*
- M. **DU MARAIS** Bertrand, *Conseiller d'État, Professeur à l'Université Paris Nanterre.*

L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs

Dédicace

À ma mère,

Pour mon père et pour la Patrie,

Grâce aux prières de Nénan Djiwo, ma Grand-mère.

Remerciements

*Mes remerciements sont avant tout requis à l'endroit de mon Directeur de thèse, Monsieur **Laurent Vidal**, pour avoir accepté de diriger ce travail. Merci pour ses conseils et pour ses orientations.*

*Je remercie ensuite **Monsieur André Delion**, Conseiller-maître honoraire à la Cour des comptes, pour ses précieux conseils dans la formulation et la réorientation du sujet.*

*Remerciements sincères sont en outre adressés à Madame la **Professeure Marie-Anne Frison- Roche** pour son soutien et l'apport précieux de ses colloques sur la régulation & la compliance tant à Sciences Po qu'à Paris II Assas.*

Un remerciement singulier à tous mes amis grâce à la relecture exigeante de qui ce travail « respire » mieux.

Merci en fin à tous ceux qui ont contribué, de près ou de loin, d'une manière ou d'une autre, à l'aboutissement de cette riche aventure autant humaine qu'universitaire.

La transposition du pouvoir administratif exorbitant en droit de la régulation économique

Résumé en français

Étudier la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation d'une économie mondialisée n'est pas une tâche aisée. Cela constitue une véritable source de réflexion dans la mesure où il faut conjointement composer avec la verticalité et l'esprit du Droit et l'épanouissement des acteurs économiques. D'autant plus que la mondialisation économique et les acteurs cruciaux la caractérisant ont tendance à réduire l'État à un acteur économique comme un autre. Le pouvoir administratif exorbitant est l'une de ces « vieilles » notions qu'on relèguerait au motif que la modernité n'exige que de la souplesse à l'égard des acteurs économiques. Pourtant, aucune modernité ne devrait entraîner la caducité des outils dont la transcendance permet à l'État d'assurer l'ordre public économique et l'épanouissement de tous dans une société stable et équilibrée. Eu égard à ce rapport pour le moins houleux entre les tenants de chacune de ces deux doctrines, il convient d'appréhender le pouvoir administratif exorbitant par ses aspects fonctionnel, réaliste, transcendant et non systématique. Raison pour laquelle, cette analyse se propose de démontrer que ce pouvoir peut paraître certes suranné, mais force est de constater qu'il n'a jamais été autant nécessaire que dans une économie aussi mondialisée et fulgurante que celle de notre époque.

Mots-clés: État, exorbitant, régulation, compliance, concurrence, humain, entreprises.

The transposition of exorbitant administrative power into the law of economic regulation

Summary in English

Studying the implementation of exorbitant administrative power in the regulation of a globalized economy is not an easy task. This establishes a real source of reflection insofar as it is necessary to jointly deal with vertically and the spirit of the law and the flourishing of economic actors. All the more so economic globalization and its corollary of crucial actors tend to melt off the State just an economic actor like another. The exorbitant power is one of those "old" notions that would be relegated on the grounds that modernity requires only flexibility towards economic actors. Nevertheless, no modernity should lead to the obsolescence of the transcendent tools which allow the State to guarantee the flourishing of all in a stable and balanced society. In view of this somewhat turbulent challenging between the proponents of each two doctrines, it is necessary to apprehend the exorbitant administrative power by its functional, realistic, transcendent and unsystemic aspects. This is why this analysis sets out to illustrate that this potency may appear out of date, but we have to concede that it has never been so exhorted as in a globalized and dazzling economy as that of our time.

Keywords: State, exorbitant, regulation, compliance, competition, human, companies.

SOMMAIRE

(Un plan détaillé figure à la fin de la Thèse)

Introduction générale	1
Partie I : L'identification d'un pouvoir administratif exorbitant dispersé	36
Titre I : Perspectives historiques de l'intervention économique de l'État	40
<i>Chapitre I : Transmutation historique de l'intervention économique de l'État</i>	40
<i>Chapitre II : L'influence notable de l'histoire sur les modalités actuelles de l'intervention économique de l'État</i>	74
Titre II : Les fondements juridiques du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique	98
<i>Chapitre I : Le pouvoir exorbitant comme corollaire du droit administratif</i>	99
<i>Chapitre II : Le pouvoir administratif exorbitant comme privilège étatique critiquée</i>	143
Titre III : La pluralité des objectifs poursuivis par le pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique	202
<i>Chapitre I : Les objectifs inhérents à l'équilibre du marché</i>	203
<i>Chapitre II : Les objectifs relatif au maintien de l'ordre public économique</i>	226
Partie II : Une mise en œuvre perfectible du pouvoir administratif exorbitant	343
Titre I : L'étendu du pouvoir administratif exorbitant en droit de la régulation économique	345
<i>Chapitre I : L'application du pouvoir administratif exorbitant dans l'espace</i>	347
<i>Chapitre II : La mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant dans le temps</i>	366
Titre II : Le contrôle juridictionnel de la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant	562
<i>Chapitre I : Enchevêtrement du contrôle juridictionnel du pouvoir administratif exorbitant en droit national</i>	563
<i>Chapitre II : Contrôle juridictionnel plus intelligible du pouvoir administratif exorbitant en droit de l'Union</i>	639
Titre III : Mise en perspective de la régulation économique dans la mondialisation économique	697
<i>Chapitre I : Nécessité d'un pouvoir administratif exorbitant prétentieux dans la mondialisation économique</i>	698
<i>Chapitre II- Nécessité d'adaptation du pouvoir administratif exorbitant aux mutations des acteurs économiques</i>	709
Conclusion générale	769

Liste des principales abréviations

- aff.** : affaire
aff. jntes. : affaires jointes
AJ : Actualité jurisprudentielle du recueil Dalloz
AJCA : Actualité juridique contrats d'affaires (Dalloz)
AJDA : Actualité juridique : droit administratif (Dalloz)
al. : alinéa
A. N. : Assemblée Nationale
AEDBF : Association européenne pour le droit bancaire et financier
APE : Agence des participations de l'État
art. cit. : Article déjà cité, précédemment cité
Ass. : Assemblée
Ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation
BJB : Bulletin Joly Bourse
BOCCRF : Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Bull. : Bulletin
Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : Chambres civiles
Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : Chambres criminelles
Bull. Joly : Bulletin mensuelle Joly d'information des sociétés
c. : contre
CAA : Cour administrative d'appel
CA : Cour d'appel
Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
CCI : Chambre de commerce et d'industrie
CEE : Commission des communautés européennes
CE : Conseil d'État
CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme
CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
Cf. : se reporter à, reportez-vous à
Ch. : Chambre (s)
chron. : chronique
CJA : Code de justice administrative
CJEG : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CJCE : Cour de justice des communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
CNRS : Centre national de la recherche scientifique
coll. : collection
comm. : commentaire
concl. : conclusion
Cons. conc. : Conseil de concurrence
Cons. const. : Conseil constitutionnel
consid. : considérant.
consom. : consommation
D. : Recueil Dalloz-Sirey
DA : Recueil analytique de jurisprudence et de législation Dalloz
D. aff. : Dalloz affaires

Décis. : *Décision*
dir. : *Sous la direction de*
Dr. adm. : *Droit administratif*
e. a. : *et autres*
et al. : *et alius*
éd. : *édition*
EDF : *Électricité de France*
ERDF : *Électricité réseau distribution France*
EDCE : *Études et documents du Conseil d'État*
EPRA : *European Public Real Estat Association*
et s. : *et suivant.*
fasc. : *fascicule*
Gde. ch. : *Grande chambre*
gén. : *général(e)*
IGPDE : *Institut de la gestion publique et du développement économique*
Ibid : *même endroit*
Id. : *Idem*
In : *dans*
Infra : *Ultérieurement cité, ci-dessous*
IR. : *Information rapide du recueil Dalloz*
JCP : *Semaine juridique, Juris-Classeur périodique (LexisNexus)*
JCP A : *Juris-Classeur périodique, éd. administrations et collectivités territoriales*
JCP E : *Juris-Classeur périodique, éd. entreprise*
JCP G : *Juris-Classeur périodique éd. générale*
JCP S : *Juris-Classeur périodique éd. sociale*
JDE : *Journal de droit européen*
JOCE : *Journal officiel des Communautés européennes*
JORF : *Journal officiel de la République française*
JOUE : *Journal officiel de l'Union européenne*
LGDJ : *Librairie générale de droit et de la jurisprudence (éd.)*
LPA : *Les petites affiches*
Min. : *Ministre*
n. : *note.*
n° : *numéro*
num. : *numérique*
obs. : *observations (commentaires doctrinaux).*
op. cit. : *opere citato (dans l'ouvrage cité)*
OPOCE : *Office des publications officielles des Communautés européennes*
p. : *page(s).*
plén. : *plénière*
préc. : *précité*
Prés. : *Président*
pt. : *point (s)*
PUF : *Presse universitaire de France*
QPC : *Question prioritaire de constitutionnalité*
RDLC : *Revue de droit de la concurrence*
Rec. : *Recueil*
Réimpr. : *réimprimé*

réf. : *référence*

Rev. : *Revue*

RDBF : *Revue de droit bancaire et financier*

RDLR : *Revue de la régulation*

RDP : *Revue du droit public*

RDT : *Revue de droit du travail*

RD transp. : *Revue droit des transports*

RGDA : *Revue générale du droit des assurances*

RGDM : *Revue générale de droit médical*

RFAP : *Revue française d'administration publique*

RFAS : *Revue française des affaires sociales*

RFDA : *Revue française de droit administratif*

RFFP : *Revue française de finances publiques*

RFSP : *Revue française de science politique*

RIDC : *Revue internationale de droit comparé*

RIDE : *Revue internationale de droit économique*

RIDP : *Revue internationale de droit pénal*

RJDA : *Revue de jurisprudence de droit des affaires*

RJEP : *Revue juridique de l'économie publique*

RLC : *Revue Lamy de la concurrence/Revue de littérature comparée*

RLDA : *Revue Lamy droit des affaires*

RLDI : *Revue Lamy droit de l'immatériel*

RPP : *Revue politique et parlementaire*

RRJ : *Revue de la recherche juridique et de droit prospectif*

RTD civ. : *Revue trimestrielle de droit civil*

RTD com. : *Revue trimestrielle de droit commercial (Dalloz)*

RTD eur. : *Revue trimestrielle de droit européen (Dalloz)*

SAS : *Société par actions simplifiée*

SARL : *Société à responsabilité limitée*

SCA : *Scociété en commandite par actions*

ss-sect. : *sous section*

sect. : *section*

sess. : *session*

spéc. : *spécialement*

SSR : *Sous-section réunies*

Sté. : *Société*

supra : *antérieurement cité, ci-dessus*

t. : *tome*

T. Confl. : *Tribunal des conflits*

TPICE : *Tribunal de première instance des communautés européennes*

Trib. Com. : *Tribunal de commerce*

Trib. UE : *Tribunal de l'Union européenne*

trad. : *traduction*

vol. : *volume*

« *Le devoir de celui qui cherche est d'abord de s'étonner* »¹.

« *Un livre vaut à mes yeux par le nombre et la nouveauté des problèmes qu'il crée, anime ou ranime dans ma pensée* »².

« *Il en serait tout autrement [de l'histoire] s'il nous était donné de revivre les mêmes évènements en sachant tout ce que nous avons vu auparavant* »³.

« *La cité est fondamentalement périssable, sa survie dépend de nous* »⁴.

« *Personne n'a jamais vu l'État. Qui pourrait nier cependant qu'il soit une réalité* »⁵

¹ BURDEAU G., *L'État*, Paris, Seuil, coll. « Points Essais », 1970, p. 9.

² VALERY P., *Variété V*, 1944, in LAVERGNE B., *Recherche sur la soft Law en droit public français*, Paris, LGDJ, 2013, phrase introductive.

³ HAYEK F.-A., *La route de la servitude*, trad. de G. Blumberg, Puf 1985, Quadriage, 2013.

⁴ ARENDT H., *La crise de la culture : huit exercices de pensée politique*, Paris, Gallimard, coll. « Essais », 1989, 384 p.

⁵ BURDEAU G., *L'État*, *op. cit.*, p. 13.

Introduction générale

1. La juxtaposition entre pouvoir administratif exorbitant et régulation d'une économie mondialisée s'apparente à une entreprise pour le moins complexe. L'un semble être, pour beaucoup de ceux qui le critiquent, désuet, dépassé et suranné. Tandis que l'autre suscite toutes les attentions, tant en raison de sa polysémie qu'au regard de la volonté de certains de la considérer comme l'approbation de la faiblesse de l'État et de son retrait du domaine économique⁶. Pourtant, même si le pouvoir administratif exorbitant ne peut être déployé et mis en œuvre comme jadis, il n'en reste pas moins que sa place dans le domaine économique n'a jamais été aussi nécessaire qu'aujourd'hui, heure cruciale de la mondialisation. Si la régulation économique renvoie certes à une mutation des leviers d'action de l'État dans ce domaine mouvant et souvent tentaculaire ; il n'en demeure pas moins que concevoir et réduire celle-ci à une intervention molle voire fébrile de l'État, c'est tout simplement prendre une facette incomplète de ce qu'est la régulation économique telle qu'elle devrait être conçue et mise en œuvre par les autorités dépositaires d'un tel pouvoir.

2. Si on observe rétroactivement le cheminement de l'État dans son rapport avec l'économie, l'on est immédiatement saisi par le caractère sinon conflictuel ou tout le moins complexe de leur interaction. L'État, étant ce qu'il est et devant demeurer le garant des principes aussi essentiels que l'intérêt général, l'harmonie et la stabilité de la vie collective, et en tant qu'ultime recours en cas de crise, a le droit, quelle que soit la flexibilité qui doit être la sienne, de se réserver un pouvoir qui s'impose à tous. Il peut parfois prendre une position qui va dans le sens du soutien et de la promotion des acteurs économiques et donc de leurs profits et bénéfices, mais il lui est tout naturellement loisible de prendre des mesures restreignant ou empêchant ceux-ci d'exercer telle ou telle activité si cela va dans le sens de la préservation de l'intérêt supérieur de la société et du maintien de l'ordre public économique. Alors, comme c'est souvent le cas, les acteurs semblent systématiquement dénoncer toute mesure qui les oblige, qui leur confie une responsabilité sociétale et qui s'écarte, un tant soit peu, de leur objectif de création de richesses. Ils mettent régulièrement en avant, à tort ou à raison, l'appréhension d'un dirigisme économique.

⁶ Tout le travail consiste en conséquence de démontrer que ce rapport est changeant et que rien n'est systématique, figé et définitif dans ce rapport si particulier entre l'exorbitance de la puissance publique et la flexibilité nécessaire à l'exercice des activités des acteurs économiques.

3. *A contrario*, dans certaines circonstances comme celles d'une crise, l'État se doit, avec la même bienveillance, de sauver les entreprises. En faisant cela, et dans la plupart des cas, il sauve l'économie. Les crises économiques survenues en 1929, en 2008 et en 2020, bien que dans des proportions différentes et impliquant différentes mesures de relance, ont amené les États à reconquérir une partie du terrain qu'ils avaient cédée à l'autorégulation des acteurs économiques. Cette démarche consistant à retreindre ou à octroyer plus de liberté aux acteurs économiques, selon que la situation s'y prête ou non, n'a fondamentalement pas changé dans son essence même si les domaines et les acteurs concernés ont connu une mutation extraordinaire depuis les années 1930.

4. L'apparition de l'Internet et son corolaire, la numérisation de l'économie, a renforcé la mutation de l'intervention économique de l'État. Le raisonnement en termes de territoires et de frontières ne tient plus, du moins pas tout à fait solidement. L'économie devient a-territoriale et mondialisée. Bien que certains, eu égard à la difficulté de la cerner et de la circonscrire efficacement, appellent à la « *démondialisation* »⁷, tout porte à croire que cette dernière « *n'aura pas lieu* »⁸. Alors, face à cette extraterritorialité des entreprises et de leurs droits, renforcée par l'expansion d'entreprises dites « *cruciales* »⁹, ne serait-il pas plus convenable d'œuvrer pour la réinvention et le renforcement des mécanismes d'intervention économique de l'État plutôt que d'invoquer nostalgiquement une période dont tout porte à croire qu'elle est partie à jamais ?

5. Si la manière dont *la transposition du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique* sera traitée revêt une importance notoire dans la démonstration des éléments qui la caractérisent (**Section II**), il n'en reste pas moins que revenir sur la genèse ayant abouti à la formulation du sujet revêt, à son tour, une importance singulière (**Section I**).

⁷ SAPIR J., *La démondialisation*, Paris, Seuil, 2011, 256 p.

⁸ L'auteur indique que s'il n'est pas exclu, au rythme actuel de la mondialisation, qui suscite par-ci par-là le retour du nationalisme, il peut y avoir une « *parenthèse* » de la mondialisation mais qu'on n'aboutira pas à une véritable démondialisation. Cf JEAN. S., « Vue d'ensemble : le printemps ...ou une hirondelle », in BENSEDOUN I., COUPPEY-SOUBEYRAN J. (dir.), *L'économie mondiale 2018*, Paris, La Découverte, 2017, p. 55.

⁹ Cf. § 47.

Section I : Genèse de la problématique

6. Avant de revenir sur les écueils à éviter dans le traitement d'un sujet aussi particulier de droit économique¹⁰ (§2), il apparaît primordial de mettre en exergue l'intérêt de traiter la régulation économique sous le prisme du pouvoir administratif exorbitant (§1).

§1- Fondement de la formulation du sujet

7. Partant de l'affirmation selon laquelle « *le devoir de celui qui cherche est d'abord de s'étonner* »¹¹, on s'est intéressé aux rapports entre l'État et les acteurs économiques. Ces derniers ont connu une évolution leur permettant de passer de simples acteurs à des entités dotés d'un pouvoir économique qui, dans certains cas, pourrait supplanter celui des États. Il peut s'agir de multinationales ou d'entreprises considérées comme incontournables sur le plan national du fait de leur caractère « crucial ». Ce dernier découle souvent de leur monopole d'infrastructures essentielles dans leurs domaines respectifs. Par le biais de deux méthodes chères au droit économique, en l'occurrence l'analyse formelle et l'analyse substantielle¹², on s'est rendu compte que la mutation des rapports actuels entre l'État et les acteurs économiques fournit un sujet qui mérite d'être fureté et approfondi.

8. De cette intuition est ressortie une observation sur divers domaines du droit économique. Qu'il s'agisse de la délégation des services publics, qui semble d'ailleurs avoir modifié « *en profondeur l'approche de l'intervention publique* »¹³, ou qu'il s'agisse de la politique de concurrence, de la régulation économique ou même de l'autorégulation, qui se matérialise souvent mais pas seulement, par les codes de bonne conduite des entreprises ; on peut constater les difficultés des États à être le véritable maître du jeu. La difficulté de matérialiser l'effectivité des interventions étatiques se manifeste à plusieurs strates pour ne pas dire à tous

¹⁰ Il faut d'ores et déjà souligné que l'appellation droit économique ne fait pas l'unanimité. Si une partie de la doctrine considère le droit économique comme non seulement une appellation adéquate mais aussi et surtout couvrant un domaine autonome du droit, c'est le cas de Gérard Farjat et René Savatier entre autres. L'autre partie estime que l'existence d'un droit économique « *est très discutable* » dans la mesure où, à titre comparatif, dire droit sportif ou droit sanitaire paraît discutable. Ce qui n'est pas le cas de ce qui serait « *le droit du sport, du droit de la santé* » ou alors et par conséquent « *du droit public de l'économie* ». Cette dernière position est celle que soutiennent des auteurs comme Pierre Delvolvé ou Charles Vautrot-Schwarz. Cf. VAUTROT-SCHWARZ Ch.-A., « L'ordre public économique », in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Actes de colloques 15 et 16 déc., 2011, organisé par la Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne, Cujas, 2013, p. 191.

¹¹ BURDEAU G., *L'État*, op. cit., p. 9.

¹² RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, mars 2007, p. 259-291.

¹³ CHANTEPIE Ph., GAUTIER L., PIOT O. et al., *La nouvelle politique économique, l'État face à la mondialisation*, PUF, 1997, p. 84.

les niveaux. D'un côté, l'État crie à l'ineffectivité de ses mesures qui, de son point de vue, sont quasi systématiquement remises en cause par les acteurs économiques. Tandis que de l'autre côté, ces derniers estiment que celui-ci intervient incessamment au point de nuire à leur épanouissement. Dans une telle situation, il est difficile de savoir de quel côté se trouve la vérité. C'est pourquoi Maurice Levy-Leboyer suggère de démêler les « *les mythes [des] réalités* »¹⁴. Il découle de l'analyse de ce dernier qu'il ne peut y avoir monopole de vérité mais que les contradictions étaient assez profondes pour qu'il soit requis de rétablir la réalité¹⁵.

9. En menant les premières lectures sur les rapports entre le pouvoir économique de l'État et l'hostilité des acteurs économiques face à l'intervention de celui-ci, l'on s'est rendu compte que l'intérêt de traiter la question est plus d'actualité qu'on l'avait imaginé. En réalité, ce bras de fer entre les intérêts privés tels qu'ils sont recherchés par les acteurs économiques et l'intérêt public tel qu'il est défendu par l'État et ses démembrements ne date pas d'aujourd'hui¹⁶. Les uns ont toujours cherché, et à juste titre, à mieux préserver leurs profits ; et l'autre cherche, en toute légitimité, à défendre l'intérêt général et les valeurs non-économiques de la société. Dans un tel rapport, l'État est appelé à renouveler ses méthodes d'intervention, à s'adapter à l'évolution mais aussi à veiller à l'épanouissement des acteurs qu'il cherche à contrôler. Pour ce faire, il lui arrive fréquemment de faire des concessions, lesquelles se matérialisent entre autres par une flexibilité de la réglementation. Concéder des compétences ou se montrer flexible à certains moments n'est pas un mal en soi, même s'il est important que cette « *érosion de compétences (...) vers le bas* »¹⁷ ait des limites. Car il se trouve que le respect des contreparties n'est pas toujours effectif de la part des entreprises. D'où l'accroissement des mécanismes de contrôles effectués soit *ex post* par les juridictions, soit de manière plus commode et *ex ante* par les autorités de régulation.

¹⁴ L'auteur précise que « *deux attitudes, en partie contradictoires, ont toujours été associées chez ceux qui souhaitent une intervention active de l'État dans l'économie. Celle de vouloir hâter le mouvement de modernisation technique et les réalisations industrielles, dans les secteurs où les entreprises ne sont pas en mesure de satisfaire aux besoins collectifs, ou encore de répondre aux vœux d'individualités et de minorités agissantes, de Colbert à Louis Louchet, en passant par les ingénieurs saint-simoniens des années 1830. Et celle d'apporter une protection, non pas seulement d'ordre et de sécurité publique, donc d'éducation et de couverture des risques sociaux, en faveur de ceux que le progrès économique tend à rejeter ou à marginaliser, lorsque les forces du marché ne pas soumis au contrôle* ». Cf. LEVY-LEBOYER M. « L'intervention de l'État : mythes et réalités », in LEVY-LEBOYER M., CASANOVA J.-C. (dir.), *Entre l'État et le marché, l'économie française de 1880 à nos jours*, Gallimard, 1991, p. 251.

¹⁵ Exercice auquel nous allons tenter de nous adonner.

¹⁶ Et il y a peu de chance qu'il s'arrête aujourd'hui ou demain. C'est un « duel » qui risque de se renforcer.

¹⁷ L'auteur considère que l'État subit doublement une érosion de compétences. D'abord de la part des organisations internationales et maintenant à de la part des entreprises multinationales. Cf. BAUCHET. P., *Concentration des multinationales et mutation des pouvoirs de l'État*, Paris, CNRS, 2003, p. 11.

10. Une telle mutation ne s'est pas opérée de façon systématique. On est allé de la réglementation à la régulation en passant par la déréglementation. Puis de la régulation à la dérégulation¹⁸. La formulation tenant compte de la pérennité et de l'effectivité du pouvoir de l'État dans une économie qui ne cesse de réclamer la flexibilité résulte donc de la nécessité de démontrer qu'une telle conciliation n'est non seulement pas impossible mais qu'elle semble même s'imposer comme exigence dans une économie mondialisée. Prôner une régulation qui soit à la hauteur de cette dernière ne présage donc en rien une quelconque volonté de musèlement des entreprises ou de dirigisme économique. Il ambitionne simplement de circonscrire une fulgurance économique qui peut s'avérer destructrice pour la société dans son ensemble et pour les acteurs eux-mêmes si jamais la loi du plus fort régnait entre eux.

11. La formulation du sujet tient en conséquence à la quête d'un procédé dialectique et d'une finesse profonde dans l'intervention économique de l'État. Il faut en ce sens rappeler que « *si la nécessité de mettre l'économie au service de la société est réaffirmée, la société est dans les faits de plus en plus soumise aux impératifs économiques* »¹⁹. L'intervention économique de l'État tend donc à rétablir chaque composante de la société dans ses droits. Réaffirmer et défendre la liberté d'entreprendre mais aussi sauvegarder l'équilibre de la société. Pour ce faire, il ne peut se contenter de l'autorégulation du marché car « *nul ne songe à s'en remettre purement et simplement à la "main invisible" de l'analyse classique* »²⁰. De la même façon, eu égard à la mondialisation économique et ses divers aspects, nul ne peut non plus avoir confiance en l'efficacité d'un État interventionniste à tout va.

12. Une telle formulation tient subséquentement au maintien impératif d'un pouvoir étatique effectif, fût-il exorbitant, et l'octroi de toutes les garanties d'épanouissement aux entreprises, qui reflètent par ailleurs la santé économique d'un pays. Il faudrait donc trouver une transposition du pouvoir étatique qui ne soit ni dogmatique dans la sauvegarde des valeurs non-économiques, ni injustement dirigiste à l'égard des acteurs économiques. Une telle approche renferme néanmoins de difficultés qu'il faut illico circonscrire afin d'éviter un traitement partiel ou une extrapolation inutile du sujet.

¹⁸ Aujourd'hui la régulation semble se consolider par la « la compliance » qui est un mécanisme considéré comme plus à même de répondre aux défis modernes de l'encadrement de l'économie. Néanmoins, il n'y a aucune raison d'opposer régulation et compliance d'autant plus que la seconde est considérée comme le bras armé de la seconde.

¹⁹ PEBEREAU M., « Les enjeux économiques des années 80 », in LEVY-LEBOYER M., CASANOVA J.-C. (dir.), *Entre l'État et le marché, l'économie française de 1880 à nos jours*, op. cit., p. 612.

²⁰ *Ibid.*, p. 613.

§2- Les écueils liés à la singularité du sujet

13. Traiter la question de la régulation économique en ayant comme angle d’approche le pouvoir administratif exorbitant est non seulement ambitieux et stimulant mais c’est également un exercice périlleux et donc, dans une certaine mesure, risqué. Ambitieux dans la mesure où la régulation économique est une discipline²¹ dont la vastitude²² englobe plusieurs domaines économiques²³. Cette ambition se manifeste de manière encore plus poussée lorsqu’on aborde la régulation économique sous le prisme du pouvoir administratif exorbitant. Envisagé comme un pouvoir discrétionnaire et exclusif dans la main de l’État et ses démembrements, ce pouvoir, une fois mise en œuvre sur le terrain économique, revêt une connotation particulièrement et doublement saisissante. L’économie semble plus enclin à coexister avec la négociation ou tout le moins avec ce qui ne lui impose pas expressément sa conduite. D’où l’hostilité quasi « ancestrale » de l’économie vis-à-vis de l’État et de ses démembrements en charge de la régulation économique.

14. Le risque auquel on pourrait être exposé tient à deux éléments. D’une part, le cantonnement à une description de la régulation économique sans démontrer en quoi celle-ci, telle qu’elle s’opère aujourd’hui, ne suffit plus à circonscrire efficacement les bouleversements économiques. En d’autres termes, il faut une régulation qui soit à la hauteur de la mondialisation et la mutation de l’économie et de ses acteurs. Il y a, d’autre part, un risque lié à l’ampleur des domaines à réguler. Raison pour laquelle, le sujet sera axé sur l’aspect exorbitant de la régulation économique. Démontrer qu’il n’y a point de paradoxe entre liberté d’entreprendre, modernité et mondialisation économique d’un côté, et effectivité de la régulation économique de l’autre. Car beaucoup de ceux qui reprochent l’idée d’un pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique, en brandissant une éventuelle « purge » des entreprises,

²¹ Il y a eu des vifs débats sur la question de savoir est ce que le droit économique, de laquelle est issue la régulation économique, est elle-même une discipline à part entière ; ou est ce qu’il s’agit simplement d’une nouvelle pédagogie pour mieux appréhender les autres branches traditionnelles du droit ? Pour notre part, le droit économique est non seulement autonome (compte tenu de son envergure et de sa méthode), mais encore, l’une des disciplines qui le caractérise le plus, figure la régulation économique.

²² C’est d’ailleurs cette globalité de la régulation économique qui a dicté la rédaction d’un chapitre préliminaire dont le but est de circonscrire la recherche et d’éviter des extrapolations.

²³ Gérard Farjat est considéré comme le « père fondateur » du droit économique français. Il faut néanmoins souligner que des reproches lui ont été adressés pour sa conception considérée comme trop étendue du droit économique et de l’ordre public économique. C’est ainsi que Charles Vautrot-Schwarz estime que Gérard Farjat a « *tendance à faire entrer dans l’ordre public économique tout l’ordre contractuel* ». Toutefois, selon Alex Jacquemin et Guy Schrans, c’est à Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865) qu’il faut attribuer l’usage, pour la première fois de la notion de droit économique dans son ouvrage *De la capacité politique des classes ouvrières*, Cf ; FARJAT G., « L’ordre public économique », in DUBREUIL Ch.-A., *L’ordre public, op. cit.*, p. 190 ; FARJAT G., *Le droit économique*, PUF, 1974, p. 6.

oublie que « *la régulation se caractérise par l'indépendance du régulateur vis-à-vis des intérêts en cause y compris ceux de l'État* »²⁴. En sus, quel intérêt poursuivrait l'État à purger abusivement les acteurs économiques et leur capacité d'innovation si ce n'est prendre le risque d'étouffer sa propre économie ?

15. L'autre risque consisterait à se cantonner à rejeter les difficultés de l'État à maîtriser totalement les mutations de l'économie sur la mondialisation économique. C'est-à-dire culpabiliser à tort la mondialisation économique. Rejeter toutes les difficultés contemporaines sur cette dernière reviendrait à un repli sur soi qui, somme toute, pourrait engendrer des problèmes plus grands que ceux résultant de ladite mondialisation. Un tel positionnement équivaldrait également à un refus de réflexion. La mondialisation lance simplement un défi à l'État, il ne l'invite en rien à se recroqueviller sur lui-même. C'est d'autant plus vrai que la révolution numérique, amorcée dans les années 90 et qui continue de bouleverser les pratiques économiques dans le monde, prouve qu'il serait simplement infécond voire autodestructrice de se replier sur soi-même et refouler l'ouverture. Il faut plutôt la circonscrire. Car elle est plus qu'inéluctable, la réalité c'est elle. La raison tient au simple fait que le monde, de ce point de vue-là, va de l'avant et ne reviendra pas en arrière. Tout nous indique, comme le soulignait avec prémonition un auteur en 1991²⁵, qu'on « *n'a pas fini de mesurer l'ampleur de la révolution électronique et informatique, au niveau des gains de productivité, c'est-à-dire des destructions d'emplois, au niveau des changements dans les structures de production, c'est-à-dire l'accélération dans l'obsolescence des équipements, donc de la dépréciation du capital, et du bouleversement des flux commerciaux* »²⁶. Si l'auteur n'insiste que sur l'aspect le moins positif de la révolution numérique, force est d'admettre que celle-ci a bouleversé aussi positivement tant de pratiques, qu'elles soient économiques ou sociales, avant d'embrasser quasiment tous les domaines de la vie. On parle même aujourd'hui de la digitalisation de la justice, autrement dit la justice prédictive²⁷.

²⁴ BUACHET P., *Concentration des multinationales et mutation des pouvoirs de l'État*, op. cit., p. 51.

²⁵ Presque 30 ans avant l'explosion de l'économie numérique et l'ubérisation de l'économie. Où en serons-nous dans 30 ans encore ? Alors faut-il se replier ou est ce qu'il faut compétir pour mieux défendre le modèle économique qui s'inscrit dans la tradition qui nous semble plus juste et protectrice des valeurs auxquelles nous souscrivons ?

²⁶ PEBEREAU M., « Les enjeux économiques des années 80 », in LEVY-LEBOYER M., CASANOVA J.-C. (dir.), *Entre l'État et le marché, l'économie française de 1880 à nos jours*, op. cit., p. 614.

²⁷ Cf. notamment Allocution de Monsieur Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation, lors du colloque « *La justice prédictive* » organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le lundi 12 févr. 2018.

16. Au regard de ce qui doit être notre démarche dans cette recherche, qui nécessite conciliation entre effectivité du pouvoir étatique et efficacité économique, il est clair que c'est un travail assez périlleux. Il le sera davantage quand il s'agira de démontrer que la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant n'entrave ni ne s'oppose à l'épanouissement des acteurs économiques. Mais plus encore, ce pouvoir si particulier, cet outil souvent relégué en arrière-plan et poussé à la caducité par l'évolution des rapports entre l'État et les acteurs économiques²⁸, peut bien être le garde-fou retrouvé de la régulation des puissantes multinationales, locomotives de la mondialisation économique²⁹. Il peut être un vecteur de protection des entreprises dont le pouvoir économique est faible contre les abus de celles dites dominantes ou cruciales. Le pouvoir administratif exorbitant peut tout aussi constituer une protection de l'intérêt général et des consommateurs. Ce pouvoir n'a en réalité aucun problème qui lui est intrinsèque. C'est la manière dont il peut être mis en œuvre qui nécessite un encadrement, une adaptation, un raffinement. Il demeure cependant indispensable, pour le maintien de l'ordre public dans sa globalité et de l'ordre public économique dans sa singularité, que des efforts voire des concessions réciproques soient consenties.

17. C'est toute la stimulation d'un sujet aussi singulier. La finesse et la parcimonie de l'intervention économique de l'État dans une économie aussi mondialisée qu'incertaine, aussi puissante que fébrile, aussi acquise qu'inaccessible. Partant de là, traiter de la régulation économique aujourd'hui demeure tout aussi stimulant dans la mesure où la pertinence des réflexions consisterait moins à décrire le rapport actuellement complexe entre l'État et les acteurs économiques dans la mondialisation qu'à proposer d'autres manières de concilier et de préserver les intérêts en présence. Ainsi, sera-t-on amené à explorer de nouvelles méthodes de régulation économique qui se doivent d'être plus efficaces et plus à même de protéger les citoyens, les très petites entreprises (TPE) et les petites ou moyennes entreprises (PME). Quand bien même une telle ambition ne sacrifierait en rien la nécessité d'octroyer un terrain d'épanouissement pour les grandes entreprises dont les pouvoirs économiques sont réels, dominants et tout aussi indispensables à l'économie tant nationale, internationale que

²⁸ Un tel retranchement de l'État s'observe dans tous les domaines y compris ceux qui relevaient naguère de la compétence discrétionnaire et régaliennne de celui-ci.

²⁹ C'est ce qu'évoque Pierre Delvolvé à propos du maintien de l'ordre public économique : « *la police des relations économique avec l'étranger* ». Il souligne ainsi l'importance de se saisir de la question même si la seule considération juridique ne peut prétendre régler le problème en dehors des questions relatives à la géopolitique et peut être même la nouvelle tendance de l'extraterritorialité de la législation américaine lorsqu'il s'agit des intérêts de ses entreprises. Et inutile de souligner que les multinationales sont en grande partie américaine du moins ceux dont la régulation devient de plus en plus compliquée pour les autorités compétentes (nationales ou européennes, voire nationales et européennes). Cf. DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1998, n° 359 et s.

mondiale³⁰. Contrairement à la tendance qui le ferait croire, l'un n'est pas l'antinomie de l'autre et demeure une conciliation relevant du rôle si particulier de l'État, du fait de son objectivité, son impartialité et de sa nature de garant de la cohésion sociale. De ce fait, tout doit être mobilisé pour l'effectivité des missions étatiques. C'est pour cela d'ailleurs, aussi paradoxal que cela puisse paraître, la mondialisation économique nous rappelle qu'on n'est plus à l'époque où la confiance vis-à-vis de la main invisible du marché bénéficiait d'une crédibilité systématique, impliquant que « *l'État devrait donc, plus que jamais, se garder d'intervenir pour ne pas gêner les mécanismes naturels de l'économie* »³¹. Dans la mondialisation économique, c'est la non-intervention ou le retrait de l'État qui pourrait produire des effets indésirables. Ces derniers pourraient être engendrés par la volonté et la capacité des puissances économiques à exclure leurs concurrents d'un marché donné.

18. La stimulation d'aborder un sujet aussi ambitieux découle également du fait même qu'il faille traiter une question qui semblait, jusque-là, relever d'un « tabou » dans les rapports entre l'État et les acteurs économiques³². On savait bien qu'il « *ne faut toucher aux lois [constitution] qu'avec une main tremblante* »³³, mais en matière économique, celle-ci ne fait pas que trembler, il lui est réclamé une certaine mollesse pour, argue-t-on, ne pas trop secouer les acteurs économiques. Dès lors que la liberté d'entreprendre a été établie et que, au fil du temps, des garanties lui ont été apportées, il est important de souligner que les acteurs économiques craignent une intervention excessive qui attenterait à la propriété privée et à l'épanouissement économique acquis ou à construire. Prôner un regard de l'État, qui se doit d'être non seulement parcimonieux, lucide et attentif mais également et surtout ferme sur le secteur économique, ne peut relever que du bon sens. Un bon sens qui traduit à la fois la pérennité de l'État et de ses fonctions mais aussi la particularité qui est la sienne depuis bien longtemps.

19. S'il existe une multitude de travaux qui ont été menés sur le rapport entre le droit et l'économie, entre l'État et les acteurs économiques ou plus singulièrement entre le droit administratif et l'économie³⁴, il reste qu'un aspect aussi intime à l'administration que son pouvoir exorbitant constitue une approche singulière³⁵. Le pouvoir administratif exorbitant qui

³⁰ Après tout, que vaut une économie en l'absence d'acteurs qui soient à la hauteur de ses enjeux ?

³¹ BAUCHET P., *Concentration des multinationales et mutation des pouvoirs de l'État*, op. cit., p. 10.

³² Il apparaît souvent rédhitoire d'évoquer l'exorbitance dans le domaine économique d'autant plus que la flexibilité fusse-t-elle mal venue vis-à-vis des acteurs économiques semble s'imposer *erga omnes*.

³³ DE SECONDA BARON DE LA BREDE ET DE MONTESQUIEU Ch.-L., *Lettres persanes*, Jacques Desbordes, 1721, Lettre LXXIX, 192 p.

³⁴ Cf. KALOUDAS C., *Les actes administratifs unilatéraux de la régulation*, Université Panthéon-Assas Paris II, 2016.

³⁵ Cf. DEAU R., *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, Université d'Angers, 2006, 576 p.

par nature reflète une certaine supériorité, un traitement dépassant le cadre commun en raison de la particularité de l'organe qui le met en œuvre, est bien accueilli lorsqu'on est dans un cadre classique de droit administratif. Mais appliqué à l'économie, une telle approche peut rapidement être considérée comme décalée, dépassée voire disproportionnée. Pourtant, l'effectivité insatisfaisante de l'autorité économique de l'État montre amplement la nécessité de réinventer la régulation économique. L'originalité consistera moins à vouloir réinventer l'État que de puiser dans ses attributions, fussent-elles les plus enfouies, pour circonscrire les réalités de notre temps. Quelle attribution de l'État pourrait être plus légitime pour ce faire que le pouvoir administratif exorbitant ? Qu'il s'agisse de la nécessité d'exprimer l'autorité de l'État face à l'évasion fiscale, le contournement de la réglementation par les acteurs économiques, la lutte contre les abus de position dominante, les abus de dépendance économique ou encore le respect des règles de protection de l'environnement, il y a toujours besoin d'exprimer la présence de l'État afin de garantir un espace d'épanouissement serein pour les acteurs économiques et maintenir l'équilibre de la société. Le pouvoir administratif exorbitant pourrait même constituer un rempart contre une mondialisation à sens unique, biaisée et dont les effets sont parfois plus néfastes que bénéfiques.

20. L'immensité du domaine abordé impose cependant une certaine modestie. De ce fait, l'angle d'approche de ce travail se cantonnera à l'aspect exorbitant de la régulation économique même si, à certains moments, pour des besoins d'illustration ou de comparaison, on pourrait faire appel à d'autres aspects de la régulation économique.

21. Une fois que ces précisions sont apportées sur la formulation du sujet et après avoir relaté les écueils à éviter dans la globalité du travail, il est convenu d'exposer le traitement envisagé de la recherche.

Section II : Traitement du sujet de la recherche

22. Bien avant de formuler la problématique, suivi de l'annonce du plan, (§3) et de préciser la méthodologie retenue (§2), une précision sémantique des notions essentielles de la recherche s'impose (§1)

§1- Définitions et précisions sémantiques

23. Eu égard à la particularité tenant à chaque domaine composant cette recherche, il est primordial de préciser certains termes afin de mieux cerner la démonstration. Il est évident que

le droit administratif tel qu'il est pratiqué en France conserve une certaine singularité³⁶ qui, *a priori*, pourrait le mettre en opposition voire en antagonisme avec la régulation économique telle qu'elle se manifeste face à la mondialisation économique. Partant, faire ressortir la proximité de l'un et de l'autre, revient à souligner l'absence d'antagonisme fondamental entre les méthodes spécifiques au droit administratif et l'épanouissement des acteurs économiques dans la régulation de l'économie.

24. Transposition. Cette notion renvoie littéralement au fait de « *transposer, action de faire passer dans un autre domaine* »³⁷. C'est-à-dire, l'application ou l'adaptation d'une règle ou d'un principe dans un domaine autre que celui pour lequel il était initialement établi, du moins *a priori*. En droit communautaire, transposer désigne « *l'action d'insérer en droit interne les normes communautaires moyennant les vérifications et remaniements nécessaires* »³⁸. La transposition est, en ce qui concerne la régulation économique, le fait d'appliquer le pouvoir administratif exorbitant, notion de droit administratif, à des rapports économiques, considérés à tort ou à raison comme systématiquement hostiles à toute verticalité. La verticalité de ce pouvoir se heurte à la flexibilité nécessaire requise dans le domaine économique et aboutissant à une mise en œuvre adaptée à l'un et à l'autre. On transpose donc une notion de droit administratif dans des domaines relevant de l'économique.

25. Pouvoir administratif exorbitant. Considéré comme prérogative placée entre les mains de l'État et dont la mise en œuvre doit répondre à un impératif d'ordre public ou d'intérêt général, le pouvoir administratif exorbitant semblait avoir été relégué par l'économie moderne, caractérisée par une forte dose de *soft law* et par des puissances économiques privées hostiles à toute verticalité. Entendu ici comme *imperium* et signifiant « *droit de commandement, pouvoir, autorité* [et renvoyant spécifiquement à] *puissance publique, gouvernement et souveraineté* »³⁹, le pouvoir administratif exorbitant devrait avoir toute sa place et pouvoir jouer tout son rôle dans la régulation économique⁴⁰. Du latin « *exorbitare* »⁴¹, ce pouvoir particulier, du fait de son caractère dérogoire, trouve souvent sa résonance en droit des contrats. On parle ainsi de clause exorbitante du droit commun. Elle « *désigne en jurisprudence une clause qui,*

³⁶ Pourrait-on ainsi parler, comme c'est le cas du service public, du droit administratif à la française.

³⁷ Le nouveau petit Robert 2010, p. 2607.

³⁸ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2017, 11^e éd., p. 1039.

³⁹ Cf. GOELZER H., *Dictionnaire de latin*, Bordas, 2004, p. 324.

⁴⁰ C'est d'autant plus important d'insister sur ce pouvoir administratif exorbitant qu'il est par nature et presque *de facto* indissociable de toute action administrative, que cette dernière porte sur un domaine purement administratif ou qu'elle concerne le domaine économique.

⁴¹ Le Nouveau petit Robert 2010, p. 978.

traduisant des exigences d'intérêt public normalement étrangères aux conventions de droit privé »⁴². Le pouvoir administratif exorbitant ne peut néanmoins être assimilé, à notre entendement, à une autre notion proche que constitue la clause léonine. Dès lors que cette dernière peut être frappée de nullité si elle « *procure des avantages exagérés* »⁴³ à son bénéficiaire. Une fois mis en œuvre par l'État, à travers ses autorités de régulation, le pouvoir exorbitant n'octroie en rien d'avantages indus et exagérés si tant est qu'il préserve l'intérêt général, protège l'ordre public économique ou concourt au fonctionnement normal du marché. C'est en conséquence un pouvoir qui protège continûment l'intérêt général et protège les acteurs économiques à la fois contre les troubles endogènes et exogènes du marché. Ce n'est pas pour autant que ce pouvoir fasse l'unanimité selon que l'on soit régulateur ou acteur régulé.

26. La contestation du pouvoir administratif exorbitant tient en l'espèce moins à sa nature et de son essence que de son objet. S'il se cantonnait à des domaines traditionnellement régis par le droit administratif, il n'y aurait pas eu d'énormes difficultés. Mais lorsqu'il s'applique à un domaine autonome comme l'économie, son effectivité se heurte à des obstacles tenant à la nature des rapports qu'entretient l'État avec les différents acteurs auxquels il est destiné. Il se heurte également à la flexibilité dont doivent tenir compte les autorités qui le mettent en œuvre. Cette difficulté renvoie souvent à des différences et des contradictions philosophiques voire idéologiques quasi irréconciliables. En effet, l'intervention de l'État se trouve davantage bien accueillie par les économies qualifiées de socialistes que par celles qui sont considérées comme libérales ou ultralibérales⁴⁴.

27. En se concentrant sur l'économie libérale, tendance dominante de l'économie mondialisée, on réalise que même les économies se définissant comme socialistes ne peuvent plus se permettre le dogmatisme. Aussi, des économies ne se définissant pas expressément comme libérales et qui, restant fidèles à leurs parcours historiques et philosophiques, semblent se plaire dans une posture « ambiguë ». Ni définitivement socialistes, ni totalement libérales. Des pays, au sein desquelles on pourrait plus ou moins retrouver la France et bien d'autres pays européens, résistent à l'ultralibéralisme économique ou du moins à certaines de ses interprétations. Cette résistance est due non pas à une hostilité au principe même du libéralisme

⁴² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 437.

⁴³ PUIGELIER C., *Dictionnaire juridique*, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 389 et 573.

⁴⁴ Néanmoins, il faut tout de suite préciser qu'il ne peut y avoir d'économie strictement socialistes ou libérales, dès lors que, en quelque sorte, chacune des conceptions trouve sa véritable légitimation dans l'atténuation de sa conception dans la mesure où elle adopte ne serait-ce que partiellement des conduites relevant de son opposé. Ainsi assiste-t-on à ce qui convient d'appeler le libéralisme des économies socialistes et la socialisation des économies libérales.

mais aux dérives qui peuvent en résulter si des limites ne lui sont pas fixées. Ainsi, comme certaines « *figures du libéralisme trahissent les incarnations* »⁴⁵, il faut le redéfinir tel qu'il devrait être. Cette redéfinition tient, comme l'indique Georges Burdeau, au fait qu'en dépit d'être « *généreuse dans son principe, elle fut discriminant dans ses conséquences. La liberté des forts eut trop souvent pour contrepartie la servitude des faibles. C'est pourquoi, s'il n'est pas interdit d'envisager la renaissance du libéralisme, c'est dans la mesure où les institutions par lesquelles il s'exprime parviendront à faire en sorte que la liberté inscrite en l'Homme soit aussi une liberté vécue par les hommes* »⁴⁶. Toute la finesse de l'intervention de l'État, faisant fi aux critiques et les hostilités qui proviennent des acteurs économiques, consistera à faire en sorte que la liberté de ces derniers ne soit pas une contrainte insurmontable pour les autres acteurs de la société (PME, consommateurs, citoyens). Leur liberté devrait non seulement s'arrêter là où commence celle des autres, mais elle ne doit surtout pas avoir comme inévitable corollaire le déséquilibre de la société et la servitude des faibles.

28. Ce qui est paradoxal dans l'attitude de ceux des acteurs économiques systématiquement hostiles à l'intervention économique de l'État permettant, soit d'éviter des abus, soit de rétablir un équilibre ébranlé ; c'est le fait de nier que la liberté au nom de laquelle ils s'épanouissent ne puisse pas être celle-là même au nom de laquelle les acteurs vulnérables de la société méritent d'être protégés. Ils omettent le fait que la « *liberté c'est la faculté que porte chacun en lui d'agir selon sa détermination propre, sans avoir à subir d'autres contraintes que celles nécessaires à la liberté des autres* »⁴⁷. Pour que cette liberté soit effective pour les uns et les autres, l'État fait appel à sa prééminence et à son impartialité dans ce qui ressemble à un conflit entre deux de ses enfants qu'il doit protéger. Il ne peut ni ne doit sacrifier l'un au profit de l'autre, tout comme il ne peut obliger l'autre à être soumis à l'avidité illimitée de l'un. Il doit surtout appliquer la formule chère à Jean-Baptiste-Henri Lacordaire qui considèrait qu'« *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui affranchit* »⁴⁸. Dans les rapports économiques, pour que cette liberté puisse constituer un épanouissement effectif et que la loi puisse, à son tour, affranchir ceux qui sont opprimés, le pouvoir administratif exorbitant peut-être un parmi tant d'autres des leviers indispensables. Car au-delà des critiques qu'il peut essuyer, il est tout autant réclamé.

⁴⁵ BURDEAU G., *Le libéralisme*, Paris, Seuil, coll. « Points. Essais », 1979, p. 7.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 10.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁸ Cité par BURDEAU G., *Ibid.*, p. 44.

29. L'autorité économique de l'État, telle qu'elle se manifeste dans la régulation, constitue d'abord une protection avant d'être une contrainte pour les acteurs économiques, qu'ils soient titulaires de pouvoir économique ou non. Cette protection se manifeste sur le plan interne dans le cadre du respect des règles de la concurrence, mais aussi sur le plan international voire mondial lorsqu'il est question de protéger ces acteurs contre une mondialisation économique à sens unique et l'abus de domination qui peut en résulter. C'est pourquoi cette autorité économique de l'État est autant sinon plus que sollicitée que critiquée. Elle est en tout cas sollicitée par certains acteurs en cas de vulnérabilité de leurs intérêts quand bien même cela ne leur empêche pas de l'invectiver quand elle leur réclame une concession au nom de l'intérêt général et de l'ordre public économique.

30. Le pouvoir administratif exorbitant est drastiquement sollicité. Puisque la mise en œuvre de l'autorité économique de l'État répond à l'impératif de restaurer les équilibres entre les acteurs de la société. Ainsi, une décision d'une autorité de régulation, un arrêt du Conseil d'État ou de la Cour de cassation tendant à protéger une entreprise d'un abus de position dominante ou d'un abus de dépendance économique n'est rien d'autre que la matérialisation du pouvoir administratif exorbitant. L'exorbitance découle du fait même que l'autorité qui rend la décision peut invoquer des arguments dérogeant au droit commun et dont le but est de rétablir un équilibre bafoué. Il en va de la protection des consommateurs⁴⁹ et des PME⁵⁰. Tout naturellement, ces parties considérées comme vulnérables réclament à juste titre une protection contre les abus des plus forts. Si le pouvoir administratif exorbitant peut permettre cette protection sans porter atteinte à des droits acquis comme la liberté d'entreprendre ou le droit de faire des profits, les dépositaires n'auraient aucune raison de s'en priver. Mais une lucidité s'impose pour ne pas céder à un dirigisme étatique qui interviendrait dans tous les sens et dans tous les domaines économiques. Le succès de l'intervention économique de l'État c'est avant tout son effectivité, mais cela n'implique pas, à tous les coups, de sacrifier son efficacité. Une intervention qui étouffe et muselle l'innovation ne peut se targuer d'être efficace et ce quelle que soit son effectivité. Protéger les couches vulnérables ne revient pas à museler les acteurs économiques puissants au seul motif qu'ils le soient.

31. D'un autre côté et d'une manière qui peut paraître assez paradoxale, les acteurs économiques les plus hostiles à l'intervention économique de l'État et la mise en œuvre du

⁴⁹ Sanctions des cartels de téléphonies, de yaourt par l'Autorité de la concurrence.

⁵⁰ On pense ici particulièrement à l'abus de dépendance économique ou l'abus de la position dominante auxquelles les petites entreprises sont exposées en permanence.

pouvoir administratif exorbitant sont ceux-là même qui le réclament au premier chef en cas de crises ou lorsque se pointe à l'horizon une concurrence internationale ou mondiale les exposant à des difficultés. En droit interne, des entreprises réclament plus de protection contre une concurrence déloyale qui viendrait d'autres pays européens. Dans le sillage de la crise de 2008, certains ont interpellé l'État pour qu'il ne laisse pas se reproduire les mêmes erreurs du laisser-faire. Face à une mondialisation économique dominée par les géants américains, les entreprises européennes réclament une vigilance de la part de l'État pour qu'il veille à la sauvegarde d'une concurrence loyale entre acteurs économiques⁵¹. Le pouvoir qu'ils dénigrent tant est celui-là même qu'ils réclament autant pour leur protection. Ils veulent que ce pouvoir leur assure un terrain d'épanouissement dans une mondialisation économique quasi monopolistique, probablement unipolaire et bientôt, avec la montée des entreprises cruciales chinoises, bipolaire. En d'autres termes, une mondialisation chino-américaine.

32. L'État. Pour ce qui est de cette personnalité juridique singulière, on peut souscrire à la définition objective qui considère l'État comme « *un phénomène naturel, mais [qui] doit être construit par l'intelligence humaine* »⁵². Cet auteur ajoute que « *si l'État moderne a souvent un visage de laideur, c'est, dans une large mesure, parce que les sociétés dont elle exprime l'effort de rassemblement sont sans grandeur ni générosité* »⁵³. De ce fait, il appartient à l'intelligence collective de transformer cette « *laideur* » en une beauté qui se préoccupe des valeurs protectrices de l'humain ; d'autant plus que comme l'indique Jacques Chevallier, nous sommes en présence d'une économie « *caractérisée par l'empire de la Raison et dominée par la figure de l'individu* »⁵⁴. Il faut en conséquence une présence effective de l'État qui plus est se présente comme la seule transcendance à pouvoir éviter une « *dérive instrumentale d'une Raison conçue sous l'angle de la seule efficacité [et dont l'effet est] le sentiment d'impuissance que ressent l'individu-citoyen pris dans l'étau du marché et de l'État* »⁵⁵. D'où il ressort que cette idée qui consiste à dire que les sociétés guidées par la raison instrumentale sont mieux portantes semble donc plus proche de l'illusion que de la réalité. C'est pourquoi Santi Romano souligne que l'État « *n'est pas une réunion matérielle d'êtres humains, un simple agrégat fortuit, mais une*

⁵¹ La forte « crucialisation » des entreprises chinoises interpellent également de manière déterminante.

⁵² ROLAND S., « L'ordre public et l'État, Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Actes de colloques 15 et 16 déc., 2011, préc., p. 9. Cf. aussi ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, coll. « Quadrige Dicos Poche », 2003, p. 650 in BURDEAU G., *L'État*, op. cit., p. 55.

⁵³ *Ibid.*, p. 54.

⁵⁴ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ 5èd., Paris, 2017, p. 12.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 13.

communauté organisée, c'est-à-dire un être juridique »⁵⁶. D'autant plus qu'une partie du droit sans l'État peut être tolérable mais l'État sans le Droit est inimaginable. Appliqué au droit économique, on ne saurait donc se contenter d'une société composée d'*êtres humains* qui marchandent entre eux sans que l'ordre y soit défini et respecté. Car autrement, on serait dans autre chose que dans l'État et le Droit.

33. L'État doit néanmoins être appréhendé comme équilibre et parcimonie. L'État, c'est cette puissance qui met en œuvre, directement ou indirectement, le pouvoir administratif exorbitant et garantit la pérennité de l'équilibre dans la société. Il n'a d'intérêt à préserver que celui qui est conforme à sa transcendance, à son impartialité et à l'intérêt général. Il n'a de position à défendre que celle qui pérennise le mieux la vie en société. Il exprime tout son statut d'un « *être porteur d'un projet collectif supérieur* »⁵⁷. Lorsque les consommateurs ou plus largement les citoyens ne voient que la cherté de la vie, qui se manifeste par l'augmentation des prix de tel ou tel besoin par exemple, et que les entreprises ne voient de leur côté que des impératifs d'ordre public, sociaux et environnementaux trop lourds et des profits qui s'étiolent, l'État lui, dans sa transcendance, ne peut voir que la nécessité de pérenniser l'équilibre entre les aspirations et l'épanouissement des uns et des autres.

34. Droit économique. La définition donnée par Gérard Farjat semble à la fois pertinente et exhaustive⁵⁸. Il affirme que celui-ci est « *le droit de la concentration ou de la collectivisation des biens de production et de l'organisation de l'économie par des pouvoirs publics ou privés* »⁵⁹. Une telle formulation englobe les paramètres les plus déterminants de ce droit qui, en tout état de cause, ne pouvait se contenter d'une définition restrictive et figée. C'est sans doute pour cette raison que Sébastien Bonfils et Marie-Anne Frison-Roche le présentent, en complément de la définition donnée par Gérard Farjat, comme une provision qui renvoie à « *l'ensemble des notions et raisonnements par lesquels le droit intervient dans le fonctionnement collectif de l'économie, comme il le fait à travers le droit de la concurrence, le droit de la faillite ou le droit des sociétés* »⁶⁰.

⁵⁶ ROMANO S., LUCIEN F., GHOTOT P. *et al.* (dir.), *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, p. 81.

⁵⁷ FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 mots de la régulation*, Paris, Puf, 2011, p. 66.

⁵⁸ Elle est en tout cas très englobante et très d'actualité.

⁵⁹ FARJAT G., *Droit économique*, Paris, PUF, 1971, 443 p.

⁶⁰ FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, Paris, PUF, coll. « Quadriges », 2005, p. 2-3.

35. Règlementation. Qu'il s'agisse de la réglementation économique communautaire⁶¹ ou nationale⁶², encadrer le secteur économique, en conciliant les intérêts en présence, est l'objectif primordial de la réglementation économique. La réglementation est l'une des plus légitimes affirmations de l'autorité économique de l'État et renvoie à l'ensemble des règles juridiques encadrant un secteur donné. Elle peut, dans certains cas, être plus spécifique et interpréter une loi plus globale. Elle exprime également et surtout l'autorité économique de l'État d'affirmer et de préserver, au-delà de l'épanouissement des acteurs économiques et la création de richesses, les valeurs supérieures de la société. Elle poursuit également des objectifs qui, une fois atteints, doivent être conformes aux buts initialement fixés. Cette réglementation économique est mise en œuvre en amont par des autorités administratives et la proportionnalité est surveillée en aval par les autorités judiciaires.

36. Régulation. L'application classique de la réglementation économique ne suffit pas à elle seule pour garantir l'efficacité des règles juridiques. Il est dès lors apparu nécessaire de combler par la régulation un vide qui requiert plus de spécialisation, de technicité et de modernité. C'est ainsi que sont apparues les autorités de régulation, qu'elles soient transversales ou sectorielles. L'objectif est de combler le vide laissé par l'application stricte du droit dans le domaine économique. En Effet, la régulation consiste dans « *le fait de maintenir en équilibre, d'assurer le fonctionnement correct (d'un système complexe)* »⁶³. Désigné comme « *droit de la défaillance du marché* »⁶⁴, elle dispose d'une méthodologie qui lui est propre, différente de celle de la réglementation et du droit classique. La régulation se distingue tant par la singularité de ses objectifs que par la technicité de ses méthodes. Ses objectifs visent la recherche d'un équilibre, fut-il négocié, avec la responsabilisation des entreprises *ex ante* et un contrôle *ex post* effectué par le régulateur. La technicité de ses méthodes quant à elle se trouve modeler par la nécessité d'atteindre ses objectifs. Si « *dans un système économique fondé sur la réglementation, la puissance publique fixe les prix et les quantités, [la régulation quant à elle] allège les interventions en les limitant, en principe, à l'encadrement des marchés, laissant à la*

⁶¹ Traités, Règlements et Directives confondus.

⁶² Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE), *JORF* n° 113 du 16 mai 2001 ; Loi n° 2008-776 du 04 août 2008, portant modernisation de l'économie (LME), *JORF* n° 0181 du 05 août 2008 ; Loi n° 2015-990 du 06 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite Loi Macron), *JORF* n° 0181 du 07 août 2015 ; Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Loi SAPIN II), *JORF* n° 0287 du 10 déc. 2016 ; Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (Loi ACTE) *JORF* n° 0119 du 23 mai 2019 ; Loi n° 2019-1428 du 24 déc. 2019 d'orientation des mobilités (Loi LOM), *JORF* n° 0229 du 25 déc. 2019 ; etc.

⁶³ Le Nouveau petit Robert, 2010 *op. cit.*, p. 2170.

⁶⁴ BERROD F., « Les objectifs de la régulation et de la concurrence ou de l'esthétique du double », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 48.

concurrence le soin de fixer automatiquement prix et quantité à l'équilibre »⁶⁵. Mais la flexibilité de la méthode n'annihile en rien l'autorité qui est la sienne, même si elle ne s'exerce en grande partie que de manière *ex post* dans la régulation économique. « *L'avènement de la notion de régulation en droit administratif n'est pas vraiment étonnant. La régulation est un concept issu des disciplines non juridiques, dont la propension à se transposer dans les différents domaines scientifiques est certaine* »⁶⁶. Certains considèrent d'ailleurs qu'en « *plus des grandes catégories de missions de l'État s'est développée (...) une mission de régulation* »⁶⁷. La régulation devient en conséquence une mission de l'État dont la place dans ses prérogatives est aussi certaine que celle de la mission de service public. Elle est l'expression de l'autorité étatique dans le domaine économique.

37. En latin *praescriptum*, la régulation renvoie à une « *limite fixée* »⁶⁸ à un individu, un acteur ou à une quelconque personne morale ou physique à laquelle elle est destinée. Une telle définition semble plus parlant dans le cadre de cette recherche, d'autant plus que le postulat est celui qui consiste à laisser s'exprimer les pouvoirs des acteurs économiques, les susciter d'une certaine manière. Mais il est tout aussi fondamental de leur fixer des limites dans le but non seulement de maintenir l'équilibre vis-à-vis des autres acteurs mais également, dans un objectif plus global, de maintenir les valeurs fondamentales de la société. La régulation revient donc à la recherche de « *[l'] équilibre d'un ensemble mouvant d'initiatives naturellement désordonnées par des interventions normalisatrices* ». Elle se matérialise sur le plan économique par une « *une action mi-directive mi-corrective d'orientation, d'adaptation et de contrôle exercée par des autorités dites de régulation* »⁶⁹. La parcimonie et l'adaptation demeurent autant indispensables dans la régulation que peut l'être la nécessité de se protéger contre les maladies saisonnières selon que l'on soit en été ou en hiver.

38. Régulation versus autorégulation. Dès lors que la plupart des définitions de la régulation semblaient mettre en avant l'objectif de l'équilibre du marché, il a été avancé qu'un tel objectif peut être atteint par une voie autre que celle de la verticalité propre à la régulation⁷⁰.

⁶⁵ BAUCHET P., *Concentration des multinationales et mutation des pouvoirs de l'État*, op. cit., p. 85.

⁶⁶ BAZEX M., ECKERT G., LANNEAU R. et al. (dir.), *Dictionnaire des régulations*, Paris, LexisNexis, coll. « Les guides », 2016, p. 514.

⁶⁷ LEGENDRE P., *Trésor historique de l'État en France, l'Administration classique*, Paris, Fayard, coll. « Les savoirs », 1992, cité par CHRETIEN P., CHIFFLOT N., TOURBE M., *Droit administratif*, 16^e éd., Paris, Sirey, coll. « Série droit public », 2018-2019, XV-877 p., spéc. p. 191 et s.

⁶⁸ GOELZER H., *Dictionnaire de latin*, op. cit., p. 510.

⁶⁹ CORNU G., *Dictionnaire juridique*, op. cit., p. 886.

⁷⁰ Étant entendu bien évidemment que la régulation est ici entendue dans le sens le plus large. Elle englobe ainsi l'*interrégulation* qui n'est rien d'autre que les renvois entre autorités de régulation. L'instauration des procédures

L'accent est donc mis davantage sur les objectifs plutôt que sur les moyens employés pour les atteindre. C'est ainsi qu'a émergé la notion d'autorégulation. Elle « *désigne un système apte à définir son équilibre par ses seules forces ou, s'il y a disfonctionnement en son sein, à le rétablir également par ses forces* »⁷¹. Elle met surtout en avant la promptitude des acteurs à respecter des règles (limites) qu'ils se sont eux-mêmes fixées lorsqu'il est établi que s'autoréguler serait la méthode la plus efficace. En dépit de la proportion qu'elle a prise, cette méthode n'est pas si nouvelle que cela, elle renvoie à la théorie défendue par l'École de Chicago et ressuscitée notamment par Friedrich Hayek. Mais là aussi, le scepticisme n'a pas tardé à apparaître dans la mesure où il est difficile de quantifier à une échelle précise l'effectivité d'une autolimitation. L'autorégulation est considérée par certains comme « *un lieu d'échange, de négociation entre les "parties prenantes" et les titulaires de la contrainte légitime et où se comparent les bonnes pratiques, afin de les ériger en recommandations* »⁷². Il n'en reste pas moins que son efficacité n'est ni systématique, ni facilement acquise. Ce qui conduit alors, non pas à de l'abandon d'un procédé au profit d'un autre, mais au renforcement de l'équilibre résultant d'une mise en œuvre raisonnée de l'un comme de l'autre. Les codes de bonne conduite ont explosé mais pour autant les objectifs qu'ils étaient censés remplir ne sont pas totalement satisfaits. Il en a résulté des questionnements légitimes. D'autant plus que certaines entreprises recourent à « la violation efficace »⁷³ de leurs propres règles⁷⁴.

39. Corégulation. La corégulation est née « *de la régulation du réseau internet* »⁷⁵. L'enjeu était celui de combiner la dynamique de la régulation publique et la prise en compte de la rapidité nécessaire aux activités économiques offerte par, entre autres, cet instrument qu'est l'Internet. La corégulation consiste en l'élaboration « *avec l'ensemble des parties prenantes des recommandations, qui bénéficiaient généralement d'une grande autorité et d'un fort*

négociées ainsi que le processus d'internalisation de l'autorégulation sont entre autres les mécanismes alternatifs à une verticalité certes légitime et souvent nécessaire mais qui se doit d'être tout sauf un dogme.

⁷¹ FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 mots de la régulation*, op. cit., p. 20.

⁷² DU MARAIS B., « Analyses et propositions pour une régulation de l'Internet », *Lex Electronica*, vol. 7, n°2, Printemps / Spring 2002, p. 4.

⁷³ Cf. § 43.

⁷⁴ D'où la limite d'accorder une confiance excessive à l'autorégulation économique et l'effectivité sans reproche des codes de bonnes conduites.

⁷⁵ THERY J.-F., FALQUE-PIERROTIN I., *Internet et les réseaux numériques*, Rapport fait au nom du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, juill. 1998, 193 p. Cf. aussi PAUL C., Rapport au Premier ministre, *Du droit et des libertés sur l'Internet, La corégulation, construction française pour une régulation mondiale*, La Documentation française, 2000, cité par COLSON J.-Ph., IDOUX P., *L'ordre public économique*, 9^e éd., Paris, LGDJ, 2018, p. 561.

ressentiment sur les textes et la jurisprudence »⁷⁶. Son utilité réside dans l'allègement qu'elle apporte d'un côté à la procédure législative « *en se concentrant sur les aspects essentiels, et profiter de l'expérience des parties concernées* »⁷⁷ ; et de l'autre côté à la régulation classique en ceci qu'elle associe acteurs économiques et différentes autorités de régulation pour encadrer tel ou tel domaine qui le requiert. Finalement, la corégulation c'est la coprésentation des déséquilibres injustifiés entre acteurs économiques.

40. Interrégulation. C'est un autre processus propre à la régulation économique. Elle se matérialise « *lorsqu'un procédé (technique, procédural, doctrinal) répond à la nécessité de faire entrer en contact des régulations autonomes, de faire qu'elles se prennent en considération les unes les autres, alors que nous ne disposons pas de de procédé permettant de faire passer l'un devant l'autre, et qu'il en résulte néanmoins une décision (au sens large, aussi bien décision générale--par exemple une norme sur l'information financière sur des sites Internet--que décision particulière--par exemple une autorisation de concentration entre établissements de crédits)* »⁷⁸. L'interrégulation permet de remédier à des pratiques qui sont autrement difficilement régulables par la seule action autonome des régulateurs. C'est un processus qui implique « *une forme d'entente entre les régulateurs et souhaitable afin de capturer les opérateurs cherchant à passer entre 'les mailles du filet'* »⁷⁹. L'interrégulation trouve aussi son fondement dans la quête de la défense de l'intérêt général. Elle peut s'avérer parfois plus efficace qu'un autre procédé de régulation dans la mesure où elle « *repose davantage sur un équilibre entre ses diverses composantes que sur leur simple coexistence isolée* »⁸⁰. L'interrégulation implique donc à la fois autant une impulsion législative, un encadrement et un œil attentif du juge qu'une coopération effective ou du moins une absence de concurrence entre autorités de régulation.

41. Dérégulation. L'autre notion qu'il faut distinguer de la régulation est celle de la dérégulation. Même si certains estiment qu'il faut « *proscrire* » cette dernière. Ils notent que « *non seulement le mot ne signifie rien en français mais son usage conduit à de multiples*

⁷⁶ ACHILLEAS P., « Internet et libertés », *Jurisclasseur Libertés*, fasc. 820, 2007 ; AUTIN J.-L., IDOUX P., « Nouvelle technique de communication. Internet, Télématique », *JCP A*, fasc. 174-20, 2010, in COLSON J.-Ph., IDOUX P., *L'ordre public économique*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 561.

⁷⁷ Comité économique et social européen, « L'autorégulation et la corégulation européennes », juill. 2012, p. 13, disponible à l'adresse suivante : https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/auto_coregulation_fr--2.pdf. (Consulté le 10/01/2017).

⁷⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « L'hypothèse de l'interrégulation », in *Les risques des régulations*, Broché, 2005, p. 69. Cf. aussi dans le même sens COLSON J.-Ph., IDOUX P., *Droit public économique*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 526.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 528.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 526.

malentendus »⁸¹. D'autres n'hésitent pas à employer le concept de « *re-régulation* »⁸². Cette dernière consisterait à réguler à la fois la régulation et la dérégulation. Il n'en reste pas moins que la dérégulation est une des notions dont l'usage est devenu inséparable de la régulation économique. Elle est ainsi considérée comme un processus engendré par les phénomènes de captures⁸³. Ces derniers découlent à leur tour de « *la montée en puissance de l'école de public choice (...) L'idée de capture (...) a été popularisée par Stigler (1971) et Posner (1974) qui en font l'un des socles de ce qu'ils appellent la "théorie économique de la régulation"* »⁸⁴. La dérégulation cherche donc à pallier l'instrumentalisation et l'éventuelle rigidité de la régulation économique. Il s'est avéré que certains acteurs se servent de la régulation économique pour contourner la réglementation ou du moins l'utiliser à des fins stratégiques. Il en est ainsi de ce qui est appelé la violation efficace de loi. C'est-à-dire la balance entre les coûts et les gains résultant de la violation d'une règle donnée et les pertes découlant d'un respect strict de celle-ci. Donc selon les situations, une régulation stricte peut être moins efficace que la dérégulation. D'où le recours à cette dernière.

42. Sans s'attarder sur la distinction entre « *régulation horizontale et régulation verticale* »⁸⁵, il faut mentionner que la première renvoie à la régulation telle qu'elle est prévue et pratiquée entre les acteurs économiques sur la base d'un accord de volonté. Cette dernière s'exprime souvent sous forme d'un contrat. Tant dis que la deuxième renvoie tout naturellement à l'État qui, partant de sa légitimité et par le biais des autorités de régulation, impose un équilibre visant à préserver des intérêts supérieurs dont la surveillance ne peut effectivement être assumée par les particuliers. C'est d'autant plus vrai que leur impartialité risque d'être mise à mal par la poursuite toute naturelle de leurs intérêts personnels respectifs. Cette dernière conception correspond davantage à la tradition rousseauiste de l'équilibre de la société. La régulation en tant que pouvoir administratif exorbitant va alors prioritairement dans le sens de la consolidation de la régulation verticale. La raison tient non pas à une hostilité futile et inappropriée vis-à-vis de la régulation horizontale, mais uniquement au fait que la régulation

⁸¹ SILICANI J.-L., « L'État régulateur : vision prospective d'un praticien », Conseiller d'État, ancien commissaire à la réforme de l'État, cité dans LAMBARD M. (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Actes de conférences-débats, organisées par l'Institut Cujas de l'Université Panthéon-Assas, Paris II, 2004-2005, Paris, Dalloz, coll., « Thèmes et commentaires. Actes », 2006, p. 73.

⁸² HANNE H., « Théorie de la régulation et régulation économique des marchés », *Variations* 49, 2014, p. 30.

⁸³ CHEVALLIER J., « Les mutations du secteur français de la communication. Opérateurs globaux et instance de régulation », *RIDE*, 1999, p. 43 ; COLSON J.-Ph., IDOUX P., *Droit public économique*, 9^e éd., op. cit., p. 526.

⁸⁴ BAZEX M., ECKERT G., LANNEAU R. et al. (dir.), *Dictionnaire des régulations*, op. cit., p. 158.

⁸⁵ Après avoir précisé que la régulation n'est pas un concept nouveau et que c'est simplement ses modalités qui évoluent avec la société, l'auteur se livre à distinction pointue entre les deux types de régulation. Cf. CHEVALLIER J., « contractualisation et régulation » art. cit., p. 84-85.

verticale peut mieux, à notre sens et sans céder à un quelconque dogmatisme, veiller à l'équilibre de la société dans la conciliation d'intérêts antagonistes. En tout cas mieux que n'est capable de le faire une régulation horizontale, laquelle est par ailleurs très fréquemment sujette à instrumentalisation de la part des mêmes acteurs⁸⁶.

43. Compliance. Aura-t-on aussi besoin de recourir, notamment vers la fin de ce travail, à la notion de compliance qu'on peut définir comme un mécanisme prônant l'internalisation de la règle de droit dans les entreprises régulées avec une prépondérance de l'*ex ante* sur l'*ex post*. Elle est réclamée par une partie de la doctrine et certains régulateurs, sinon comme aboutissement de la régulation économique ou du moins comme une alternative et un complément de celle-ci. La compliance tend à remédier à certaines imperfections de la régulation. Sur certains aspects, cette dernière semble se rétrécir et se renfermer dans une technicité susceptible de la rendre inefficace. La compliance prône donc une internalisation non pas uniquement de la régulation à travers l'autorégulation mais celle de la réglementation. Elle peut même aller au-delà en assignant aux entreprises des objectifs plus déterminants que la simple conformité à une règle préétablie. Il y va parfois de leur rôle systémique. De ce fait, il apparaît légitime de se poser la question de la place de l'esprit du Droit et des valeurs dans une telle configuration.

44. Définition retenue de la régulation. C'est l'interaction de toutes ces notions qui fait la physionomie de la régulation économique. Dès lors, que faut-il retenir comme définition de cette dernière ? La polysémie de la notion de régulation économique et les termes connexes nous amènent tout naturellement à dégager une seule définition. Une telle plurivocité a occasionné une multitude de définitions doctrinales au point que certains en sont venus à considérer que « *le droit français est saisi par une débauche de régulations* »⁸⁷. Retenir à ce niveau une définition est d'autant plus important que « *le terme est en effet devenu un de ces mots passe-partout, 'omnibus'* » [...] *Il s'agit de rompre avec cette dérive de significations, en revenant à la conception originariaire de la régulation* »⁸⁸. À ce titre, l'absence de définition de

⁸⁶ Il ne faut pas se défaire de l'idée que les dépositaires de la puissance publique peuvent être tentés de présenter leur intérêt personnel comme étant celui de la collectivité. Néanmoins, juridiquement, il est plus aisé de mettre un représentant de l'État devant sa responsabilité d'avoir manqué à son devoir d'impartialité qu'un particulier sur le fait qu'il n'ait pas suffisamment défendu l'intérêt général. Pour ce dernier ceci est l'exception et non le principe, tout l'inverse pour le premier.

⁸⁷ CHAMPAUD C., « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, p. 23. Cf. aussi BAZEX M., ECKERT G., R. LANNEAU *et al.* (dir.), *Dictionnaire des régulations*, *op ; cit.*, p. 514.

⁸⁸ CHEVALLIER J., « Contractualisation et régulation », in CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D. (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Colloque de clôture du programme de recherche « Le système juridique à l'ère de la contractualisation », 11, 12 et 13 oct. 2007, Dalloz, 2008, p. 83.

la régulation dans le droit positif a occasionné une sorte de débandade de définitions de la notion. Ce qui nous amène à en préciser le contenu tel qu'il est entendu dans ce travail. La régulation économique doit, dans une conception fonctionnelle, renvoyer à trois objectifs. Elle doit d'abord rechercher un équilibre triptyque de l'économie⁸⁹. Ensuite, devrait-elle participer à la préservation du vivre ensemble en concourant notamment à la pérennisation de l'intérêt général. En fin, doit-elle impérativement concilier épanouissement des entreprises et protection des couches vulnérables de la société par le respect de l'ordre public économique.

45. La définition qui semble plus pertinente est celle qui retient le critère fonctionnel de la régulation. Elle renvoie ainsi à la « *mutation contemporaine de l'intervention de la puissance publique dans le domaine économique* ». S'il ne faut souscrire que partiellement à l'idée qui conçoit l'État comme « *un État régulateur* »⁹⁰, car une telle conception limiterait sa transcendance et la grandeur de ses missions, il conviendra de revenir sur la régulation en tant que mission de l'État. Une mission d'envergure certes, mais pas au point d'en faire sa seule mission et de le réduire à un « Régulateur », même avec un « R » majuscule. La régulation peut également être projetée comme un pouvoir qui désigne tout à la fois une « *contractualisation de l'action publique et sa juridictionnalisation* »⁹¹. C'est donc une conciliation sinon une interconnexion entre la fonction de régulation et les objectifs qu'elle est censée atteindre. Romain Rambaud met en avant une définition à la fois matérielle et formelle de la régulation. Il la considère comme « *la fonction administrative ayant pour objet la mise en œuvre d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution des politiques publiques* »⁹². La définition fonctions/objectifs semble donc restituer avec exhaustivité ce qu'est la régulation économique. La fonction s'adapte pour garantir au mieux l'atteinte des objectifs fixés par l'État dans sa quête inlassable de l'équilibre de la société.

⁸⁹ Équilibre dans le sens le plus large, c'est-à-dire un équilibre triptyque : équilibre du marché (entre les acteurs), équilibre de l'ordre public économique et équilibre dans l'anticipation et la gestion des crises.

⁹⁰ Cf. CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, op. cit.; COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, 2016, 288 p. ; LASSERRE B., « L'État régulateur », Rencontre avec les élèves de la nouvelle promotion de l'ENA, 25 janv. 2019, p. 7.

⁹¹ Cf. dans ce sens : FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S., *Les Grandes Questions du droit économique : introduction et documents*, op. cit. ; CALANDRI L., REGOURD S., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2009, XIII-733 p.

BOY L. (dir.), *Les pouvoirs de l'Autorité de régulation des télécommunications*, Rapport de recherche, Paris, Mission de recherche droit et justice, juill. 2000, 516 p.

⁹² RAMBAUD R., *L'institution juridique de la régulation*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 10.

Il y a en sus d'autres notions importantes auxquelles le sujet fait appel et qui vont revenir de façon récurrente dans ce travail. Il paraît en effet utile de les préciser.

46. Mondialisation. C'est le cas de la notion de mondialisation qui « désigne l'accélération des échanges économiques par l'abaissement des frontières »⁹³. La mondialisation est aussi souvent culpabilisée à tort et à travers. Notion fréquente en droit économique et dont le recours est parfois approximatif et abusif. Son usage dans cette recherche revient à désigner non pas uniquement l'internationalisation du commerce et des échanges mais plutôt leur mondialisation dont la facilité est couronnée aujourd'hui par le numérique tant dans ses avantages que dans ses limites. Une sorte d'interdépendance poussée de l'économie mondiale autrement désigné comme « *deep integration* »⁹⁴ et obligeant l'État à intégrer son économie dans celle mondialisée.

47. Globalisation. La mondialisation n'est toutefois pas à confondre avec l'autre notion proche, que constitue la globalisation. Cette dernière, en ce qui la concerne, « vise un phénomène radicalement nouveau, celui des échanges économiques sans aucune contrainte de temps ni de lieu, portant sur des biens sans corporalité puisqu'il s'agit d'informations. C'est le cas de toutes les données personnelles, de toutes les informations et de toute la finance qui, grâce à la technologie circulent hors de l'espace et en un instant »⁹⁵.

48. Opérateur crucial. Est considéré comme tel, tout opérateur « dont l'existence est absolument nécessaire au bon fonctionnement du système »⁹⁶. Ainsi, on peut considérer des entreprises comme France télécom⁹⁷, la Société nationale des chemins de fer, (ci-après SNCF)⁹⁸, ou encore, sur un plan plus global Google⁹⁹, comme des entreprises ou des opérateurs cruciaux pour le système économique dans leurs domaines respectifs. À ceci près que les premières ont des infrastructures essentielles pour l'économie nationale alors que la dernière, comme d'autres qui seront évoquées un peu plus loin, est mondialement cruciale. Être crucial, c'est, pour une entreprise, atteindre un niveau tel que son comportement influence le marché et

⁹³ FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 Mots de la régulation*, op. cit., p. 75 et 93.

⁹⁴ ARNAUD A.-J., « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques » », *Droit et société*, 1997, n° 35, p. 11-35, spéc. p. 18.

⁹⁵ FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 Mots de la régulation*, op. cit., p. 75.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 103.

⁹⁷ Dans le domaine des télécommunications.

⁹⁸ Dans le secteur ferroviaire.

⁹⁹ Dans le monopole des de la publicité en ligne ou la gestion des données personnelles.

peut dans le même temps, lorsque ledit comportement est déloyal, entraîner des effets systémiques désastreux pour la concurrence et l'ordre public économique.

49. Intérêt général. Il faut tout d'abord signaler qu'il n'existe, en droit positif, aucune définition de l'intérêt général. C'est une « *notion incertaine et subjective* »¹⁰⁰. Cette absence de définition paraît néanmoins salubre. C'est une flexibilité qui dénote toute sa félicité dès lors qu'une définition figée aurait eu pour conséquence la restriction sinon le dépassement de l'intérêt général dans le temps¹⁰¹. Dans la mesure où « *l'étendue des missions d'intérêt général assurées par les collectivités publiques apparaît fortement liée à l'évolution de la société* »¹⁰², son indéfinition est en soi une définition louable, sa subjectivité objective. Cette perméabilité sciemment voulue semble donc avoir été dressée dans la définition de ce que doit être l'intérêt général afin de mieux circonscrire et mettre les évolutions à son service. Certains voient de mauvais œil cette absence de définition stricte de l'intérêt général et martèlent que « *la notion d'intérêt général est le type même d'une notion écran dont l'efficacité idéologique n'a d'égale que son imprécision conceptuelle* »¹⁰³. Il n'y a rien de mal à ce que l'intérêt général puisse être adaptable aux réalités et à l'évolution de la société. Une définition statufiée aurait eu tout le mal du monde à s'y adapter. Car ce qui relevait de l'intérêt général au XVIII^{ème} siècle peut ne pas l'être à l'ère de l'économie numérique et de la globalisation des échanges voire de « *défrontiérisation et de relocalisation de la citoyenneté* »¹⁰⁴. L'intérêt général doit être indépassable dans le temps et ce quelle que soit l'évolution de la société.

50. Qualifiée par Jacques Petit et Pierre-Laurent Frier de notion « *éminemment idéologique car permettant de légitimer l'intervention publique* », et considérée de ce fait comme « *très délicate, voire impossible à définir* », deux conceptions s'opposent sinon cohabitent quand il s'agit de définir l'intérêt général. La première conception renvoie à une « *vision utilitariste, correspondant à l'idéologie anglo-saxonne notamment, il n'y a mise en commun, limitée et spontanée, que de ce qui est nécessaire pour permettre à chacun de réaliser ce qui est dans son propre avantage* ». En d'autres termes, l'intérêt général est la somme des intérêts particuliers et il ne se réalise que par l'épanouissement de ces derniers. Tandis que, dans une autre vision considérée comme « *volontariste, l'intérêt général transcende la somme des intérêts*

¹⁰⁰ DE BELLESCIZE R., *Droit administratif*, 4^e éd., Paris, Gualino-Lextenso, 2016-2017, p. 126.

¹⁰¹ La résistance de l'intérêt général aux changements bouleversants de la société tient donc de sa flexibilité et son adaptabilité.

¹⁰² CHRETIEN P., CHIFFLOT N., TOURBE M., *Droit administratif, op. cit.*, 2014, p. 6.

¹⁰³ CHEVALLIER J., LOCHAK D., « Science administrative », *RFSP*, 1978, n° 28-4, p. 389-396.

¹⁰⁴ CHRETIEN P., CHIFFLOT N., TOURBE M., *Droit administratif, op. cit.*, p. 10.

spécifiques des groupes ou des personnes. Dans une conception rousseauiste, il est dès lors révélé, conformément à la volonté générale, par la seule puissance publique en fonction des besoins de la collectivité tout entière et imposé d'en haut à celle-ci »¹⁰⁵. Dans cette conception dite rousseauiste « il existe un intérêt général distinct des intérêts particuliers [qui] échappe aux individus, qui les transcende »¹⁰⁶ et qui justifie l'existence et la mise en œuvre « de prérogatives spécifiques »¹⁰⁷. Alors que la conception utilitariste et libérale estime que « la notion d'intérêt général permet de penser l'organisation de la vie sociale sur le modèle de l'activité économique, sans qu'il soit besoin de faire intervenir un pouvoir politique régulateur des relations entre les individus ». La conception volontariste soutient pour sa part que « l'intérêt général ne saurait être obtenu, ni les liens sociaux subsister, sans que l'intérêt personnel ne s'efface devant la loi, expression de la volonté générale, et sans que l'État ne régule la société civile pour garantir la réalisation des fins sur lesquels cette volonté s'est prononcée »¹⁰⁸. Cette conception volontariste, renforcée par la mondialisation économique, est souvent en accrochage avec les conceptions libérales.

51. Cette divergence de conception conduit à n'en pas douter à une différence dans la manifestation de l'intérêt général. Car si dans la conception dite utilitariste il se manifeste intrinsèquement par la somme des intérêts particuliers, il en va différemment de la conception dite volontariste. Ainsi, dans la tradition rousseauiste, l'intérêt général est protégé et octroyé par l'État et se divise en intérêt particuliers *stricto sensu* et intérêt général *lato sensu*. Lorsque, dans le cadre de sa conception utilitariste proche du marché, l'intérêt général se borne, comme l'indique Marie-Anne Frison-Roche, à la protection « *des intérêts particuliers de ceux qui ont les moyens d'être acteurs du marché du fait de leur solvabilité et de leur connaissance* », l'on ne peut considérer une telle définition comme exhaustive. C'est l'hypothèse d'un intérêt général, qui devient un intérêt particulier des forts, par comparaison avec « *l'intérêt général, qui se soucie de l'intérêt du faible (en argent, en connaissance, en aptitudes techniques) et de l'intérêt du groupe social à long terme* »¹⁰⁹. Dans ce cas, on parle d'intérêt général dans le sens le plus large et donc le plus protecteur.

¹⁰⁵ FRIER P.-L., PETIT J., *Droit administratif*, 11^e éd., Paris, LGDJ, coll., « Précis Domat », ss/coll., « Public », 2017-2018, p. 239.

¹⁰⁶ DE BELLESCIZE R. *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ CHRETIEN P., CHIFFLOT N., TOURBE M., *Droit administratif*, *op. cit.*, 6 et 7.

¹⁰⁹ FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 Mots de la régulation*, *op. cit.*, p. 84.

52. En revanche, il arrive aussi que l'intérêt général surgisse des confins inattendus. Si pour l'atteindre, le protéger et le promouvoir, l'État doit intervenir, une quelconque prétention de modernité économique ou d'hostilité des acteurs à une telle intervention ne doit en être dissuasive. C'est du moins ce qu'expriment les propos de Georges Burdeau affirmant qu'au siècle précédent, « *les forces des mouvements exigeaient l'intervention étatique pour protéger les faibles contre l'égoïsme des possédants*¹¹⁰. Aujourd'hui à cette justification s'en ajoute une autre peut être plus pressante encore puisqu'il s'agit de protéger tous les hommes contre l'autonomie malfaisant des puissances que leur génie a libérées »¹¹¹. L'intérêt d'une distinction aussi subtile réside à deux niveaux. D'un côté, il se situe dans le fait que l'administration publique ne peut, à tous les coups, se prévaloir de l'intérêt général. D'autant plus qu'il ne peut être admis de présenter l'intérêt de la « *bureaucratie* » comme étant l'intérêt général. Et d'un autre côté, une telle subtilité implique une vigilance quant aux conséquences de l'évolution du marché et notamment ses techniques (technologie). Quelle que soit la liberté accordée à la force novatrice et créatrice des Hommes, il doit y avoir en permanence une sauvegarde de l'intérêt général. D'autant plus que certaines entreprises peuvent se targuer de pouvoir satisfaire celui-ci au même titre sinon plus efficacement que l'État¹¹².

53. Ce qu'il convient d'appeler philosophie¹¹³ de l'intérêt général doit donc être exempt de tout détournement, de toute confiscation. D'autant que, pour ce qui est de la France, certains auteurs estiment qu'elle « *a pris, pour des raisons historiques, une coloration technocratique qui la rend inacceptable dans une démocratie* »¹¹⁴. En réalité, l'intérêt général dénote que « *l'administration a pour raison d'être de mettre en œuvre le bien commun défini par les organes compétents de l'État, et doit donc assurer, au besoin par la puissance publique, sa*

¹¹⁰ Un tel entendement de l'intervention de l'État est, à notre entendement, trop restrictif. Celle-ci ne doit avoir pour but de déposséder les uns au profit des autres. Mais de faire en sorte que l'épanouissement des uns ne soit pas un frein à la dignité des autres et ne puisse pas porter atteinte à des principes tendant à l'équilibre de la société.

¹¹¹ BURDEAU G., *L'État*, op. cit., p. 172.

¹¹² Règlement UE n° 2016/679 du Parlement et du Conseil européens du 27 avr. 2016 portant protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données s'inscrit dans cette logique. Il faut simplement rajouter que l'évolution technologique engendre d'énormes possibilités et crée de la richesse. Pour preuve, il en résulte de géants aussi voire plus puissants que des États. Toutefois, le paradoxe, voire l'erreur qui pourrait être commise, et serait ainsi préjudiciable à la société, consisterait à suivre indécemment ces géants dans leur exigence de déréglementation et de dérégulation. Ils pensent que c'est le retrait total de l'État qui leur garantirait plus d'épanouissement, mais le problème résultera du fait que si un tel processus n'est pas maîtrisé ou mal réguler, ce serait le règne de la loi du plus fort des acteurs économiques. Donc prôner la régulation des géants du monde économique répond à deux soucis majeurs : d'abord il permet d'assurer un contrôle des bouleversements de l'économie certes timide car ex post et légèrement en retrait, mais contrôle quand même. Ensuite, un tel contrôle protège aussi bien les faibles que les forts des acteurs économiques. Les forts sont protégés dans la mesure où cela pallierait la concurrence déloyale qui pourrait venir des USA et permettrait l'octroi de plus de capacité d'innovation.

¹¹³ Que certains n'hésitent pas à présenter, souvent à tort et parfois à raison, comme une idéologie.

¹¹⁴ LEBRETON G., *Droit administratif général*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 19

prééminence sur les intérêts particuliers et sur les droits des administrés »¹¹⁵. L'association de l'intérêt général à une idéologie doit en conséquence trouver des limites car celle-ci peut aisément renvoyer à une connotation péjorative.

54. Même si certains soutiennent que « *l'intérêt général a longtemps été considéré comme une réponse, il est aujourd'hui devenu une question* »¹¹⁶, ce en dépit de sa place « *au cœur de la politique française* »¹¹⁷, il demeure cette conception si particulière qui a façonné l'État et ses actions. Une conception qui trouve son ancrage dans un parcours historique permettant de la distinguer de la conception anglo-saxonne. Cette dernière estime qu'il « *ne saurait être comme une fin unique, mais comme une hiérarchie des fins* »¹¹⁸. L'intérêt général, dans son visé politique et philosophique est en conséquence celui qui nous intéresse ici. Il n'est pas à confondre avec l'intérêt général administratif dès lors que « *lorsque l'intérêt général administratif prend le pas sur l'intérêt général politique, le pouvoir glisse du politique à l'administratif* »¹¹⁹. Dans cette conception politique, il se confond avec l'intérêt public qui, pour sa part, sonne comme « *l'arbitrage entre différents intérêts particuliers* » au point que Marie-Christine Rouault écrit que « *du point de vue politique, l'intérêt public n'est pas la somme des intérêts particuliers, mais il a pour bénéficiaires finaux des hommes nés ou à naître* »¹²⁰. Une fonction en définitive très téléologique.

55. Il est de toutes les manières important de porter un regard nouveau sur l'intérêt général et entendre certaines critiques. Le mythe de l'intérêt général ne conduit pas non plus à une société équilibrée. Comme nous le verrons dans le développement de ce travail, il est important d'entendre certaines critiques adressées à l'intérêt général. Au même titre qu'il s'avère indispensable de rester attentif et lucide quant à la recevabilité de celles-ci. Très souvent, l'intérêt général et la loi, donc l'État dans ce qui le caractérise le mieux, sont remis en cause. Dans la mesure où « *l'État lui-même est contesté, tout comme les mécanismes traditionnels de sa représentation. Alors que l'opposition de l'intérêt général et les intérêts particuliers plus*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ ALLIER H., HEIDSIECK Ch.-B., LAVIGNE L., *Intérêt général : nouveaux enjeux, nouvelles alliances, nouvelle gouvernance*, nov. 2015, 78 p., disponible à l'adresse suivante : <https://coconstructionterritoriale.plateformecapitalisation.org/wp-rapport-gc3a9nc3a9ral.pdf>. (Consulté le 15/02/2019).

¹¹⁷ Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, coll. « EDCE », Rapport public annuel, n°50, Paris, La Documentation française, 1999, 422 p.

¹¹⁸ HAYEK F. A., *La route de la servitude*, PUF 2013, p. 65.

¹¹⁹ DEBBASCHE Ch., COLIN F., *Droit administratif*, Paris, Economica, 11^e éd., 2014, p. 8.

¹²⁰ ROUAULT M-Ch. cité par PUIGELIER C., *Dictionnaire juridique*, *op. cit.*, p. 523.

que jamais se brouille, s'obscurcit »¹²¹, il est indispensable de rester lucide. Car critiquer un éventuel dogmatisme ne doit en rien conduire à une remise en cause de l'État et ses fondements les plus indispensables à l'équilibre de la société. La corrélation est d'autant plus vraie que « *la contestation de l'intérêt général indépendant et supérieur aux intérêts particuliers participe de la contestation de l'État. Réfléchir sur l'intérêt général c'est donc inévitablement réfléchir sur l'État et sur ses rapports avec la société* »¹²². Dans la foulée de cette contestation de l'État, il serait inefficace de prôner la mise en œuvre d'une économie administrée, dirigée, même si la critique de son « *rôle en ce domaine reste indispensable* »¹²³. Il en résulte, en ce qui concerne la régulation économique par l'intérêt général et l'ordre public, qu'on ne peut réclamer un rétrécissement du rôle économique de l'État. Tout l'équilibre réside dans le recours à une intervention fine, mesurée et lucide dans l'économie.

Cette précision sémantique permet de se pencher plus aisément sur la méthodologie qui doit guider le traitement de notre sujet.

§2- La méthodologie de la recherche

56. Le dogmatisme n'est jamais aussi dangereux et inefficace que dans le domaine juridique appliqué à l'économie. Entre l'intervention à outrance¹²⁴ et l'autorégulation illimitée, il y a toujours un chemin équilibré. C'est celui de l'adaptation de l'intervention économique aux besoins immédiats et aux aspirations lointaines de l'État. Mais un tel positionnement méthodologique ne signifie en rien une absence de prise de position, de fermeté. C'est tout l'inverse. Car l'intervention étatique, une fois décidée, se doit d'être effective. Dans l'hypothèse où c'est la confiance en la capacité de la main invisible du marché qui prévaut, un tel choix doit être à la fois efficace et efficient. Aussi, si dans tel ou tel autre cas de figure, l'atteinte des

¹²¹ CHRETIEN P., CHIFFLOT N., TOURBE M., *Droit administratif, op. cit.*, p. 7, Cf. aussi ROSANVALLON P., *La légitimité démocratique. Incompatibilité, réflexibilité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, spéc. p. 101 et s.

¹²² DE SAINT MARC R. D., « Les débats sur l'État », cité par CHEVALLIER J., « L'État en question », *RFAP*, 1997, n° 84. p. 25.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Nous trouvons toutefois que ce suffixe « *isme* » donne un caractère quelque peu péjoratif à l'intervention de l'État. Il ne saurait y avoir une quelconque illégitimité dans l'intervention de l'État aussi technique que puisse paraître le domaine concerné. François Servoin estime d'ailleurs que l'interventionnisme n'est pas le bon terme pour désigner l'action de l'État sur ou dans l'économie car il signifierait « *l'immixtion d'une personne ou d'une institution dans des affaires qui ne sont pas les siennes. Or, l'action de l'institution publique n'est nullement une intrusion indue. Elle est simplement l'exercice par l'État de ses fonctions générales de protection contre les excès de toute nature. (...) Il doit faire prévaloir les fins communes à tous les membres de la société et les protéger contre les aléas du marché. (...) L'État organise la société et en protège le fonctionnement* » Cf. SERVOIN F., *Droit administratif de l'économie*, 2^e éd., PUF, 2001, p. 15.

objectifs est compromise, le pouvoir étatique doit s'exprimer pour rétablir l'équilibre. S'exprimer effectivement et de manière exorbitante si nécessaire.

57. Il en résulte que la dialectique paraît être la méthode la plus adaptée pour traiter la régulation économique. Car réguler les acteurs économiques, c'est-à-dire organiser l'expression de leur épanouissement et de leur puissance économique sans que les objectifs de l'État ne soient mis en péril, nécessite la prise en compte à la fois de la fragilité des certaines couches de la société mais également, et non de moindre, de la nécessité de rechercher l'essor des entreprises. La régulation économique, aussi puissante soit-elle, ne doit être brandie comme une épée de Damoclès pesant sur les entreprises. Pas plus qu'elle ne doit servir de moyen d'affaiblissement de celles-ci dans une économie mondialisée et exposée à une rude concurrence, très souvent déloyale. Cependant, il faut aussi affirmer que la dérégulation ou la dérèglementation ne doit pas non plus servir d'alibi pour mettre en mal l'intérêt général et l'équilibre de la société, garantis du vivre ensemble. Puisque, comme le souligne si bien Georges Burdeau, « *en vérité, tout le mal vient de l'antagonisme entre les classes au sein de la société* »¹²⁵, la régulation économique doit rechercher non pas les antagonismes de la société, mais les solutions permettant de trouver une coexistence paisible entre les acteurs économiques.

58. L'économie du marché doit être un moyen et non une fin en soi. En d'autres termes, il faut assigner à la régulation la mission consistant à rechercher un équilibre entre les intérêts particuliers, l'intérêt général et le vivre ensemble. « *C'est pourquoi la recherche du bien commun passe en grande partie par la construction d'institutions visant à concilier autant que faire se peut l'intérêt individuel et l'intérêt général. Dans cette perspective, l'économie du marché n'est en rien une finalité* »¹²⁶. Elle est l'un des nombreux moyens. D'où la nécessité de mettre en place d'institutions capables d'atteindre un tel objectif d'équilibre mais aussi d'octroyer une confiance, quoique prudente et raisonnée, au marché. L'État ne peut se permettre un retour au dirigisme économique mais il ne peut pas non plus laisser s'installer un laisser faire sans borne. Veiller à cet équilibre est fondamental et pour celui-ci et pour les acteurs économiques même si la majorité de ces derniers ne le concèdent que dans leur strict intérêt.

¹²⁵ BURDEAU G., *L'État, op. cit.*, p. 238.

¹²⁶ Le prix Nobel de l'économie 2014 va plus loin en ajoutant que « *« Je reformulerais légèrement la question : Dans quelle organisation de la société aimeriez-vous vivre ? La question pertinente n'est pas en effet de savoir dans quelle société idéale nous aimerions vivre, par exemple une société dans laquelle les citoyens, les travailleurs, les dirigeants du monde économique, les responsables politiques, les pays privilégieraient spontanément l'intérêt général au détriment de l'intérêt personnel... [et] nous régissons tous aux incitations auxquelles nous sommes confrontés-matérielles ou sociales - »*. Cf. TIROLE J., *Économie du bien commun*, Paris, PUF 2016, p. 15.

§3- Formulation de la problématique et annonce du plan

59. Traiter la problématique du pouvoir administratif exorbitant au sein de la régulation économique, dans un climat économique caractérisé par ce qu'il convient d'appeler l'assise quasi-définitive du libéralisme économique comme unique modèle de production des richesses, n'est pas une question aisée. Toutefois, comme il s'avère que tout système hégémonique renferme ses propres limites, s'interroger sur les imperfections de ce modèle aujourd'hui entériné par la mondialisation des échanges économiques, revient à tenter de remédier à ses insuffisances et par la même occasion essayer de lui rendre une certaine légitimité aux yeux des Politiques et des citoyens.

60. Proposer une nouvelle méthode de régulation économique, qui prendrait en compte à la fois la faiblesse des certains acteurs et la puissance établie de certains autres, ne peut être qu'une solution raisonnée et donc sollicitée. À la mesure qu'elle prenne en compte les objectifs respectifs des acteurs économiques et des autorités publiques. Dans la même démarche, il ne faut pas non plus prôner une société où tout relèverait de l'intérêt général. Il « *faut être aussi réaliste car une société idéale ou l'intérêt général serait spontanément pris en compte ne peut exister* »¹²⁷. Ce serait là une annihilation certaine des potentialités individuelles et des esprits créatifs. Alors est-il indispensable de trouver un équilibre entre la préservation de ces deux principes.

61. La régulation cruciale n'ignore en rien les difficultés de mise en œuvre qui peuvent résulter d'une quelconque volonté de l'État de « soumettre » les géants de l'économie nationale et surtout mondiale aux nécessités d'atteindre les objectifs non-économiques de l'économie en préservant l'ordre public économique. L'État est, un peu plus que les acteurs économiques¹²⁸, conscient de la nécessité d'un ordre économique tangible et claire dans cette prédominance du libéralisme économique. Tout l'enjeu réside alors dans la méthode de la mise en œuvre d'une si haute et précieuse prétention étatique. Que cela soit sur le plan national ou européen, la régulation cruciale devrait être comprise comme l'expression ciblée du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique. Une régulation économique qui se veut exorbitante n'a rien de contradictoire avec la modernité économique (mondialisation, globalisation, numérisation et robotisation de l'économie), elle s'avère simplement nécessaire dans la

¹²⁷ TIROLE J., *Économie du bien commun*, op. cit., p. 23.

¹²⁸ Certains des acteurs économiques aussi libéraux soient sont également conscient de la nécessité d'un ordre économique.

préservation des intérêts supérieurs de la société. *In fine* et contrairement à ce qu'on pourrait croire, le pouvoir administratif exorbitant peut constituer un vecteur de protection des entreprises contre les conséquences néfastes des pratiques anticoncurrentielles (« shopping législatif », abus de positions dominantes, abus de dépendance économique ...). La compétition entre les entreprises, aussi farouche soit-elle dans la conquête et la conservation de la clientèle, ne peut être qu'une bonne chose pour le marché, mais comme « *la concurrence ne se décrète pas* »¹²⁹, pas moins qu'elle « *requiert de se battre mais interdit de vaincre définitivement* »¹³⁰, les autorités de régulation veillent à ce que cette subtile frontière ne soit pas franchie. Le cas échéant, elles mettent en œuvre le pouvoir administratif exorbitant afin de rétablir l'équilibre rompu.

62. Cette étude cherche avant tout à savoir comment concilier une mise en œuvre effective du pouvoir administratif exorbitant et une mondialisation économique effervescente sans tomber dans le dirigisme économique. La prise en compte de l'hostilité du monde économique, du moins d'une partie de celui-ci, à tout ordre vertical ne devrait-elle pas appelé à plus d'actions positives que d'abstentions négatives¹³¹ ? *En quoi faire preuve de fermeté dans la préservation de l'ordre public économique peut-il constituer une régression ou une massification de l'intervention économique de l'État ?* Tout en sachant que l'absence de cet ordre ou sa déficience peut tout aussi conduire à la loi du plus fort dans le marché. Le pire dans une telle perspective serait que l'ordre privé se substitue à l'ordre étatique. Le premier, malgré tous les avantages qu'il comporte dans certains domaines précis, ne se soucie pas d'autre chose, à moins d'y être contraint et à juste titre, que de son intérêt particulier. De ce fait, *accorder une confiance démesurée à l'autorégulation ne reviendrait-t-il pas à courir le risque d'ineffectivité du pouvoir économique de l'État au point de faire croire qu'il y a une contradiction insurmontable entre l'ordre public économique et l'épanouissement des entreprises ?* Il ne devrait y avoir de contradiction entre ces deux impératifs. Ils sont d'ailleurs complémentaires dès lors que l'un garantit l'autre. Même s'il faut affirmer que la prééminence, dans l'hypothèse où elle est nécessaire, doit être celle de l'État pour la raison évidente qu'il est le garant de l'intérêt général, du vivre ensemble et de la cohésion de tous les acteurs de la société. Il est d'autant plus utile de souligner cela que « *l'intervention de l'État dans la vie économique est un réducteur des risques pour les individus comme pour les entreprises, s'identifiant en termes économiques avec le*

¹²⁹ FRISON-ROCHE M.-A., « Ambition et efficacité de la régulation économique », *RDBF – rev. bimestrielle, LexisNexis jurisclasseur*, 2010, p. 61.

¹³⁰ JACQUEMIN A., SCHRANS G., *Le droit économique*, Paris, PUF, 1970, p. 14.

¹³¹ Si tant est qu'un tel pléonasme nous soit permis.

principe de sureté »¹³². Donc le besoin d'autorité étatique dans l'économie ne doit en rien équivaloir à un musèlement des entreprises. Cette autorité peut même en être protectrice¹³³. Il a été souligné que « *l'intervention de l'État ne pourra se comprendre, en effet, comme une limitation ou un détour imposé aux propres objectifs des entreprises* »¹³⁴. Il ne faudrait pas croire qu'acquiescer à la modernisation de l'économie consiste à cautionner la faiblesse du Droit et donc de l'ordre public économique, y compris dans les situations où cela entraîne le sacrifice des principes non-économiques, tout aussi indispensables à l'équilibre de la société.

63. Aussi, *la mondialisation économique doit-elle pousser l'État à renoncer à toute intervention dans la sphère économique ou au contraire l'inviter à davantage y intervenir tout en conciliant finesse et fermeté ?* Une position équilibrée implique de ne pas céder à la paranoïa qui consiste à dire que l'État est sur le point de disparaître alors qu'en réalité le besoin de sa présence n'a jamais été aussi égalé dans le secteur économique. La mondialisation économique, avec toutes ses opportunités mais aussi avec toutes les incertitudes qu'elle engendre, implique l'existence d'autorités étatiques fortes en lieu et place d'un retrait intrépide de celles-ci. Qu'il s'agisse de la question de l'évasion fiscale, de la préservation des données à caractère personnel ou de l'ubérisation de l'économie ; il est indispensable qu'il y ait des garanties claires et non équivoques à la charge des entreprises. Sans oublier l'enjeu démocratique et social lié à leur responsabilité. Ces enjeux interpellent à la fois le droit national mais également et peut être de manière plus persistante le droit de l'Union européenne dans la mesure où il est devenu impossible pour un seul État de faire face à cette vague puissante des géants économiques. De ce point de vue, il est temps de savoir s'il faut *céder à l'extraterritorialité du droit économique américain ou faudrait-il, au contraire, pérenniser la singularité du droit économique européen, quitte à y parsemer quelques grains de la soft law*¹³⁵. Le pouvoir politique quant à lui doit rester

¹³² GRAU E. R., « Révolution juridique sous pression de la globalisation ? » in RIBOT C., AUTIN, J.-L. (dir.), *Environnements : les mots du droit et les incertitudes de la modernité : mélanges en l'honneur de Jean-Philippe Colson*, Grenoble, PUF, 2004, 1 vol., p. 139.

¹³³ En cas de concurrence déloyale, d'abus de dépendance économique ou même en cas de crise. Tout en sachant que cet ordre s'exprime déjà légalement lorsqu'il prévoit le cadre de l'exercice des activités ainsi que le rapport entre les acteurs économiques. C'est l'ordre public de protection.

¹³⁴ NUNES A., *Do capitalismo e do socialismo*, Atlântida Editora, Coimbra, 1972, p. 125.

¹³⁵ Certains auteurs n'hésitent pas d'indexer ce qu'ils considèrent comme « un danger imminent et alarmant d'un impérialisme hégémonique » mis en œuvre par les États-Unis qui « désarment sans envisager de se désarmer eux-mêmes », Cf BALIBAR. E., *L'Europe, l'Amérique et la guerre*, Paris, La Découverte, 2003, p. 137. D'autres soutiennent en outre que l'extraterritorialité a pour conséquence « l'affaiblissement du droit positif interne à chaque État » et dont l'ultime but est la « production d'un système capitaliste globalisé », Cf. GRAU E. R., « Révolution juridique sous pression de la globalisation ? », art. cit., p. 140.

vigilant et prétentieux sous peine d'être pris au piège d'une érosion illimitée au profit des entreprises.

64. Apporter des réponses à toutes ces interrogations constitue l'objet de ce travail. Mais compte tenu de la complexité et de l'ampleur du sujet ainsi que de la multitude de productions doctrinales sur la régulation, il est indispensable d'entamer ce travail par l'identification du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique. Un pouvoir qui s'exerce de plusieurs manières et, chemin faisant, laisse une marge d'adaptation à l'État par le biais de ses autorités de régulation. Il sera ici question du pouvoir qui déroge aux règles du droit commun sur le fondement des valeurs qu'il compte protéger et défendre. Sur le plan du droit de l'Union européenne, on s'intéressera non pas à l'État mais à la Commission et à la Cour de justice qui sont des acteurs incontournables dans la mise en œuvre de ce pouvoir administratif exorbitant et au demeurant très attendus dans la mise en place d'un ordre public économique européen et pourquoi pas mondial¹³⁶.

65. (Re)construire et consolider le recours au pouvoir économique de l'État requiert principalement quatre approches. La prétention étatique s'exprime d'abord et avant tout dans le discours et la volonté du Politique. Ensuite, se manifeste-t-elle dans les textes juridiques (législatifs, réglementaires), qu'ils soient nationaux, communautaires ou quelquefois conventionnels¹³⁷. Puis, les imperfections, les insuffisances ainsi que les inadaptations dictées par le marché et ses perpétuelles réinventions seront rééquilibrées par le régulateur économique sous, *in fine*, l'indispensable surveillance du juge, lui conférant ainsi une légitimité sans conteste. Ainsi, bien avant de s'intéresser à la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant par les dépositaires d'une telle prérogative dans la régulation économique, apparaît-il nécessaire d'identifier ce pouvoir dans sa diversité et son existence réelle comme prérogative économique irrécusable de l'État (**Première Partie**).

66. Partant, l'intérêt d'identifier et de mobiliser les « foyers dormants » ou « actifs » du pouvoir administratif exorbitant et ses dépositaires légitimes, implique de s'intéresser à sa mise en œuvre par les autorités compétentes aussi bien au niveau national qu'europpéen. Au-delà même de la démarcation inhérente à ces autorités, à la fois dans leur composition, leurs

¹³⁶ L'ordre public économique mondial unifié, quoi que quelque peu utopique eu égard aux divergences d'intérêts, est considéré par certains auteurs, et à juste titre, comme le seul moyen efficace de veiller au respect des principes et de valeurs pour une économie mondiale qui semble devenir hors de contrôle.

¹³⁷ On pourrait citer à titre d'exemple la Résolution des Nations unies n° 58/4 de l'Assemblée générale du 31 oct. 2003, portant convention contre la corruption.

attributions et l'objectif qui leur est assigné, il apparaît primordial de mettre l'accent sur le fondement, la légitimité et la limite de leurs actions. Il en découle l'importance de s'interroger sur le cumul de pouvoir d'investigation et de sanction au sein de la Commission européenne même s'il appartient à la Cour de justice de statuer en dernier ressort. Une mise en œuvre qui défend donc inlassablement les principes qui régissent le droit économique national et européen. Mais une mise en œuvre qui ne doit en aucun cas être abusive et préjudiciable aux entreprises. **(Deuxième Partie)**.

Partie I - L'identification d'un pouvoir administratif exorbitant dispersé

67. Le Professeur Hélène Ruiz-Fabri considère que ce qui fragilise l'État « *c'est plutôt l'évolution qui le banalise comme acteur et qui le marginalise comme auteur des normes* »¹³⁸. Une réalité inconstatable au regard des rapports souvent tendus entre l'État et les puissances économiques privées. Bon nombre de ces dernières restent convaincus que l'État nuit plus qu'il n'apporte à leur épanouissement. Par voie de conséquence, ils ne se privent pas de le banaliser et de le présenter comme une personnalité juridique surannée et donc inconciliable voire anti-synchronique avec les réalités économiques contemporaines. Une telle banalisation de l'État et de ce qui constitue son rôle dans la société ne doivent néanmoins distraire personne face à la nécessité de reconnaître et de préserver l'ordre public dans sa généralité et l'ordre public économique dans sa singularité.

68. S'imprégner de la tangibilité du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique implique de faire appel à des notions, certes quelques fois anciennes mais dont la longévité ne diminue en rien la teneur et la portée qui caractérisent la puissance de l'État dans sa construction et dans son évolution. Vecteur portant le service public, l'intérêt général et la puissance publique, le pouvoir administratif exorbitant est un instrument juridique dont l'expression est aussi ferme que flexible. Utilisées dans les contrats administratifs pour la satisfaction du service public, les clauses exorbitantes du droit commun, desquelles découle le pouvoir administratif exorbitant, dénotent la particularité de l'État dans la satisfaction de l'intérêt général. Il s'avère toutefois moins aisé d'identifier ce pouvoir qui permet à l'État et à ses démembrés de s'assurer de la satisfaction de l'intérêt général dans le domaine économique¹³⁹. Dès lors, la transposition s'est imposée comme la notion la mieux adaptée pour désigner l'expression et la mise en œuvre singulières de ce privilège étatique dans la régulation des activités économiques.

69. La difficulté d'identification d'une catégorie juridique ne signifie en rien son absence dans l'ossature juridique. Le pouvoir administratif exorbitant peut-être identifié dans les textes juridiques nationaux, européens, mais également dans la jurisprudence nationale, européenne et comparative. Il est d'ailleurs de plus en plus sollicité et davantage fréquent dans les textes

¹³⁸ RUIZ-FABRI H., « Immatériel, territorialité et État », in Archives de philosophie du droit, *Le droit et l'immatériel*, Paris, Sirey, 1999, t. 43, p. 187-212, spéc. p.191. p. 191.

¹³⁹ Lorsqu'il est établi que l'intérêt général fonde l'action des autorités publiques, aucune entrave à la satisfaction d'un tel but ne doit être tolérée. Le recours à la puissance publique peut, dans certains cas, être nécessaire et donc justifiable.

juridiques. En droit national, la Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, également désignée « Loi Sapin II », a tout d'une loi dont la mise en œuvre implique l'usage du pouvoir administratif exorbitant¹⁴⁰. Sur la difficulté de l'encadrement strict de la fiscalité, une loi similaire aura tout le mérite d'intervenir en attendant une harmonisation plus aboutie en droit européen dans ce domaine afin de mieux encadrer et restructurer le principe fondé sur l'établissement stable¹⁴¹. Les difficultés liées à la sensibilité politique de la question sont immenses. La tournure que prend la mondialisation économique devrait néanmoins pouvoir aider et inciter les États membres de l'Union à envisager un consensus politique ne serait-ce que sur certains aspects exorbitants de ladite harmonisation fiscale.

70. Le pouvoir administratif exorbitant est également identifiable dans les discours politiques. Ils sont à la base des réformes législatives étant entendu que le droit peut aussi être la matérialisation d'une certaine idée de la société. Or, la politique n'est autre que l'incarnation d'une certaine idée de la société. Il se trouve que la régulation économique est une discipline hautement politique¹⁴². Le lien existant entre la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant et la régulation économique est d'autant plus étroit que la plupart des évolutions juridiques dans le domaine de la régulation économique sont impulsées par des discours politiques. Aussi arrive-t-il fréquemment que des régulations soient considérées comme davantage politiques que juridiques. Tel est notamment le cas du phénomène d'extraterritorialité sur lequel il conviendra de revenir dans le développement de ce travail. Les affaires BNP Paribas en 2014¹⁴³ et l'embargo américain décidé contre l'Iran, le Cuba ou le Venezuela sont autant de cas d'espèces confortant l'observation selon laquelle la régulation économique est un domaine aussi juridique que politique.

71. Que le pouvoir administratif exorbitant soit réclamé dans une économie mondialisée, très attachée à la flexibilité et à l'autorégulation, peut paraître paradoxal. Pourtant, croire que la mondialisation économique a relégué certains symboles d'expression étatique qui visent à garantir l'ordre dans la quête de l'équilibre de la société, c'est se tromper de diagnostic. C'est aussi sous-estimer la nécessité desdits symboles qui, au contraire, sont autant sinon plus

¹⁴⁰ Elle entend couvrir des domaines d'action des puissances économiques privées dont entre autres la transparence et la corruption pour lesquels une effectivité réelle nécessite un renforcement des pouvoirs des autorités publiques et leurs prérogatives.

¹⁴¹ Cf. VALENDUC Ch., « L'harmonisation fiscale et la construction européenne. L'accompagnement du marché ou le renforcement du pouvoir politique ? », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1994, n° 1441-1442, p. 1-58.

¹⁴² Le Politique demeure comme nous le verrons plus loin l'architecte de la régulation sans toutefois que le régulateur ne soit politique.

¹⁴³ Avec une amende de 8,9 milliards de dollars, soit pas moins de 6,5 milliards d'euros.

sollicités que décriés. En réalité, c'est l'inverse qui aurait dû surprendre dès lors que la relative stabilité de la mondialisation économique exige une vigilance accrue de la part des États. Une telle attention permet de rester aux aguets d'éventuelles crises mais également de protéger les entreprises face à une concurrence déloyale provenant d'ailleurs. Cette protection vaut également pour les PME dans leur rapport avec les entreprises dont la puissance économique peut entraîner soit un abus de position dominante soit un abus de dépendance économique tels qu'ils sont prévus et sanctionnés en droit de la concurrence.

72. Prôner un ordre économique tangible vis-à-vis des acteurs économiques ne peut être concrètement efficace sans la prise en compte de la fébrilité, réelle ou imaginaire, dans laquelle sont plongés l'État et ses démembrements aux yeux des acteurs de la mondialisation. Une fébrilité liée sinon à sa remise en cause ou du moins à celle de l'expression politique ou juridique émanent de lui. Un rétrécissement lié à la fois à l'évolution des rapports entre l'État et le monde économique mais aussi à sa volonté de laisser au principe de liberté de commerce et de l'industrie toute la place qui est la sienne dans une société en pleine mutation. Toutefois, cela n'enlève rien à la puissance qui doit caractériser l'État dans la préservation de l'ordre public, qu'il soit social, numérique, sanitaire, économique, etc.

73. Dans la mesure où le droit et l'économie ont une cohabitation façonnée par les événements et circonstances historiques, il paraît utile, avant même d'aborder le sujet en profondeur, d'avoir un regard sur les perspectives historiques de l'intervention économique de l'État (**Titre I**). Un bref regard sur l'histoire récente d'une telle intervention permettra de mieux cerner les insuffisances et les atouts de sa mise en œuvre actuelle. Il permettra en outre d'esquisser quelques pistes pour les perspectives de la régulation d'une économie tout à la fois mondialisée, exponentielle et fébrile.

74. Par ailleurs, identifier le pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique, c'est d'abord et avant tout réaffirmer que l'État n'est pas synonyme de l'arbitraire. Toute son action doit refléter la légalité et la poursuite des valeurs fondées sur l'intérêt général et l'équilibre de la société. Cependant, ce n'est pas pour autant qu'il devrait renoncer à l'autorité dont il est l'irremplaçable dépositaire et garant. Les fondements juridiques du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique clairement identifiés participent donc de la restitution d'une telle lucidité dans le rôle économique de l'État (**Titre II**).

75. En outre, aussi sollicité que décrié, on verra que ce privilège de l'État est intrinsèquement lié au droit administratif. Il ne peut se réduire à l'arbitraire ou à l'abus d'autorité. L'État est, à l'image de toute incarnation autoritaire ou normative, dans le domaine économique, comme le souligne Jean Bouvier, « *tantôt vilipendé comme gêneur suprême tantôt sollicité comme suprême recours* »¹⁴⁴. Même si l'usage de la notion de régulation économique est beaucoup plus récent, l'histoire montre que l'État y a régulièrement recouru. Toujours soucieux de la conciliation entre des principes qui peuvent, à des moments, sembler contradictoires voire inconciliables, l'identification de son autorité économique doit concourir à l'atteinte de multiples objectifs poursuivis par la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant (**Titre III**). Ces objectifs peuvent être dictés par des circonstances qui exigent des réponses rapides à des troubles immédiats et passagers tout comme ils peuvent et doivent viser des impératifs permanents et lointains voire « *monumentaux* »¹⁴⁵.

¹⁴⁴ MARGAIRAZ M., ROSANVALLON P., *L'État en France de 1789 à nos jours*, op. cit., p. 10.

¹⁴⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Compliance et incitations : un couple à propulser », in BORGA N., MARIN J.-C., RODA J.-Ch., (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, 2018, p. 23-36.

Titre I : Perspectives historiques de l'intervention économique de l'État

76. Avant de se plonger dans les détails de ce travail, il semble judicieux de revenir sur la métamorphose de l'intervention économique de l'État telle qu'elle découle des considérations historiques (*Chapitre I*). Il est vrai que la régulation économique a fait l'objet de nombreuses productions doctrinales mais aussi paradoxal que cela puisse paraître, elle demeure tout aussi fertile sur certains aspects. Il en est ainsi de son aspect exorbitant. Il serait alors important, dans un souci de clarté et de recul, de regarder de plus près l'influence de certains événements sur les modalités actuelles de l'intervention économique de l'État (*Chapitre II*). Une telle démarche permettra d'éviter des égarements dans le vaste océan de l'intervention économique de l'État.

Chapitre I- Transmutation historique de l'intervention économique de l'État

77. Aborder cette recherche par le pan historique de l'intervention économique de l'État se justifie à plusieurs titres. D'abord par le fait que le rapport entre ce dernier et l'économie, ou plus exactement son rapport avec les acteurs économiques, surtout lorsqu'ils sont du privé, a toujours suscité et suscitera certainement encore de nombreuses questions à élucider tellement fut et demeurera coriace le combat de l'un pour préserver l'intérêt général vis-à-vis, et à certains moments, au sein des autres. Cette hypothèse risque de se confirmer davantage dans la mondialisation économique. Il est à la fois éprouvant et sans cesse difficile pour les acteurs économiques privés, d'affirmer leur autonomie vis-à-vis de l'État ¹⁴⁶. Là aussi rien n'est définitivement acquis.

78. Cette démarche se justifie ensuite dès lors que cette « confrontation »¹⁴⁷ entre l'État et les acteurs économiques a amené l'un, beaucoup moins sinon autant que les autres, à sans cesse renouveler ses moyens d'action dans la défense des intérêts qui lui semblent indispensables pour une société stable. Dans ce rapport et notamment depuis les lois établissant la liberté du commerce et de l'industrie¹⁴⁸, l'État se réinvente, innove et réadapte ses interventions pour éviter un égarement de l'économie vers une perspective qui ignorerait indéfiniment les valeurs non-économiques de celle-ci. C'est à ce titre qu'il a semblé utile de s'intéresser à l'évolution

¹⁴⁶ Il suffit de voir à quel point les entreprises, dans le cadre des perquisitions et des saisies dans les procédures de clémence, se plaignent de la violation du droit de la défense notamment vice de procédure ou encore insuffisance de la procédure contradictoire.

¹⁴⁷ Une confrontation qui n'en est pas véritablement une puisque dans le principe l'État n'a pas à se confronter avec les acteurs sous son autorité.

¹⁴⁸ On pense en l'espèce au Décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

de l'intervention économique de l'État, son état actuel, afin, à la lumière de toutes les péripéties qu'elle connaît, d'envisager plus ou moins sa nature et son envergure dans l'avenir.

79. Elle se justifie également par le fait que les acteurs économiques ne cessent de remettre en cause non pas seulement l'intervention étatique dans l'économie, mais à travers elle l'expression la plus solennelle de l'autorité étatique : la loi. En effet, ils considèrent celle-ci comme rigide et trop contraignante vis-à-vis des affaires qui pourtant nécessitent une certaine fluidité et une certaine rapidité¹⁴⁹. Les acteurs privés se sont même permis de comparer et de classer les États allant du bon au moins bon élève. L'État « bon élève » serait celui où les lois n'interviennent que souplement ou en tout cas avec de moins en moins de verticalité dans le monde des affaires¹⁵⁰. La terminologie à ce propos ne manque pas : *droit négocié*, *droit mou*, *droit flou*, *soft law* et bien d'autres.

80. Il faudrait tout de même concéder que l'État est aussi mis à mal car, pris isolément, et à juste titre, il serait dans l'incapacité de créer tous les emplois nécessaires à la vie économique et donc de dynamiser cette dernière. La prise en compte par l'État de cette mutation, bouleversante certes mais somme toute normale, l'a conduit à réfléchir à d'autres moyens lui permettant de concilier les intérêts en présence et de préserver ce qui l'a toujours caractérisé dans son action : le pouvoir administratif exorbitant et l'intérêt général¹⁵¹. Ainsi est-on passé d'un État providence à ce qu'il convient aujourd'hui d'appeler un État conciliateur¹⁵². La régulation économique semble répondre à cette exigence de conciliation tant qu'elle ne sacrifie pas l'exorbitance et les valeurs qu'elle défend. Concilier la liberté des acteurs privés et le recours au pouvoir administratif exorbitant, de manière moins formelle pour un départ et de façon plus expresse lorsque nécessité se présente. Concilier les objectifs économiques et non-économiques de l'économie demeure le rôle de l'État dans la mondialisation économique. Concilier la promotion des entreprises conquérantes sur le plan mondial et la lutte contre les abus de domination économique. Concilier autorité et flexibilité en rappelant, à chaque fois que

¹⁴⁹ À ce propos, on abordera les codes de bonne conduite, mais aussi la coproduction de la loi car de plus en plus, pour un souci de légitimité, les acteurs économiques, en plus des experts, sont impliqués dans l'élaboration des lois qui impactent les activités économiques.

¹⁵⁰ Cette règle reste néanmoins une exception ou du moins mise en œuvre avec une certaine parcimonie en tout cas dans les pays comme la France.

¹⁵¹ L'utilisation du caractère exorbitant de son action, il faut le souligner, se fait désormais de manière exceptionnelle car utilisé pour restaurer le déséquilibre éventuel dans l'action des acteurs économiques. Mais l'intérêt général de son côté exige une préservation permanente et plus que nécessaire.

nécessité s'impose, que l'échec des règles de la conciliation lance un appel non équivoque à la verticalité du droit. Un tel recours trouve sa motivation, comme toujours, dans la préservation des hauts principes qui gouvernent la vie de la société que nous voulons indéfiniment libre, stable et démocratique.

81. Cela étant relevé et avant même de se lancer dans la démonstration de la nécessité de cette conciliation, par le biais de la régulation économique, il convient de retracer les mutations de l'intervention économique de l'État (**Section I**) avant de revenir sur le maniement subtil du pouvoir administratif exorbitant dans le domaine économique en fonction des situations et des contextes (**Section II**).

Section I- Ancrage de la mutation de l'intervention économique de l'État

82. L'intervention économique de l'État ne date pas de la fin de la première guerre mondiale et s'est particulièrement accentuée au lendemain de la Seconde guerre mondiale (§1). Il s'avère que l'intensité de son intervention économique pendant cet intervalle historique permet de démontrer ou du moins d'appréhender les mutations de celle-ci. La raison découle du rôle déterminant joué par l'État pour le retour à la stabilité économique et sociale après ces deux drames qui, curieusement pourrait-on dire, ne se sont produits, directement ou indirectement, qu'à la suite ou en amont d'une crise économique¹⁵³. C'est d'ailleurs cette tradition interventionniste qui a permis de légitimer, non sans remise en cause ponctuelle, l'intervention économique de l'État (§2).

§1- L'intervention économique de l'État marquée par les deux guerres mondiales

83. Pointer du doigt le désaccord ou du moins l'absence de consensus sur la vision du monde, entre économistes et juristes ne relève pas d'une révélation. C'est une évidence souvent négligée mais déterminante dans la définition des missions économiques de l'État. Si leur lien n'est pas celui d'une animosité répréhensible il n'en demeure pas moins qu'il est tout autant loin d'être un lien d'affinité. C'est à juste titre que d'aucuns précisent qu'entre « *le droit et l'économie politique, entre le juriste et l'économiste, il y a souvent plus d'opposition que*

¹⁵³ Même si les causes immédiates ne sont pas de nature économique, il n'en reste pas moins que les conséquences l'ont clairement été.

d'affinité »¹⁵⁴. Il n'y a en réalité qu'un « *malentendu* »¹⁵⁵ entre juristes et économistes. Pour la plupart des juristes, l'État n'intervient pas suffisamment alors que pour la grande majorité des économistes il intervient trop dans la sphère économique¹⁵⁶. Même si dans certains cas ces affirmations ne sont pas totalement infondées, force est de constater qu'aucun des deux camps n'a le monopole de la vérité. Si l'encadrement juridique de l'économie est une réalité récurrentement sollicitée, il reste que « *l'économisation* » du droit demeure un « *néologisme inélégant et inutile* »¹⁵⁷, voire dénué de sens car l'on ne peut inverser la pyramide des rôles. L'intervention économique de l'État n'est ni systématique ni linéaire, elle est relative et est souvent conditionnée par la volonté d'assigner à l'économie un certain nombre d'objectifs, ou plus encore, dans une certaine optique, rétablir son dysfonctionnement¹⁵⁸, si ce n'est, dans d'autres cas de figure, gérer les conséquences de sa défaillance.

84. Si gérer les conséquences de la défaillance économique fut un des éminents rôles de l'État après la fin de la première guerre mondiale (**A**), il n'en reste pas moins qu'une telle fonction s'était particulièrement légitimé par la crise de 1929 (**B**). Il en découle, dans les deux cas, que le recours ultime, celui vers lequel tous les regards se sont tournés, fut l'État. Car lui seul disposait de la hauteur, ne serait-ce que symboliquement nécessaire, pour réinventer les forces et fédérer les capacités morales, intellectuelles, juridiques et économiques afin de réinventer un espoir de vie et une foi en l'avenir. Étant entendu que s'il arrive à l'économie d'avoir un rôle politique, le Politique a tout naturellement pour rôle de définir l'économie et de l'encadrer. Dans la mesure où « *les relations entre les États et les acteurs économiques sont conflictuelles* »¹⁵⁹, cela ne se fait pas sans quelques malentendus.

¹⁵⁴ PIROU G., BYE M., *Traité d'économie politique-Introduction à l'étude de l'économie politique*, Paris, Recueil Sirey, 2^e éd., 1939, p. 111-112. Cf. aussi VIDAL L., KIRAT Th., « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », *HAL*, 2005, p. 2.

¹⁵⁵ REVET Th., VIDAL L. (dir.), *Annales de la régulation 2009*, Paris, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS-André-Tunc », vol. 2, 2009, p. 48.

¹⁵⁶ C'est un débat aussi vieux que les deux disciplines qui paraît de surcroît interminable. Or, une véritable complémentarité peut valablement être envisagée.

¹⁵⁷ FARJAT G., « L'ordre public économique », *RIDC*, 1967, n° 19-2, p. 78.

¹⁵⁸ Aucun pays, fut-il communiste, dans une économie mondialisée et dominée par la doctrine libérale, ne peut se targuer d'intervenir pour le simple plaisir de le faire. La raison tient au simple fait que l'État à lui seul ne peut prétendre satisfaire à la nécessaire dynamique économique indispensable pour son développement. Les acteurs économiques y sont indispensables.

¹⁵⁹ STRANGE S., *Le retrait de l'État : la disparition du pouvoir dans l'économie*, Paris, Temps présent, 2011, 346 p.

A- Le rôle économique de l'État après la première guerre mondiale

85. Revenir sur le rôle économique de l'État pendant la première guerre mondiale ne s'inscrit pas dans une perspective de refaire l'histoire tant sont nombreux et riches les travaux de la doctrine dans ce domaine¹⁶⁰. Cette délimitation ne veut pas non plus dire qu'il faut nier l'intérêt de l'histoire pour le droit et l'intérêt ce dernier dans l'histoire notamment économique, d'autant qu'il « *faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire* »¹⁶¹. Son intérêt pour notre recherche est celui de faire le parallèle entre la politique économique juridiquement dessinée et la réalité économique empiriquement constatée¹⁶². L'économie a régulièrement tendance à considérer le droit comme le plus grand si ce n'est l'unique facteur de handicap pour son épanouissement. Or, le droit sert de première base d'épanouissement des acteurs économiques. Partant, revenir sur ce qu'était le rôle économique de l'État avant le déclenchement de la guerre (1) et la manière dont les conséquences économiques de celle-ci ont été gérées (2) permettra d'éclaircir l'importance de ce rôle après cette période de l'histoire. Cet éclaircissement paraît nécessaire pour comprendre la posture étatique dans son rapport avec le monde économique de l'après-guerre (3).

1- L'état de l'intervention économique avant le déclenchement de la première guerre mondiale

86. Les rapports existant entre la crise économique et la guerre sont étroits. L'histoire l'a souvent montré. Une crise économique peut ne pas, à elle seule, être l'unique facteur déterminant de déclenchement d'un conflit. Les facteurs qui semblent déterminants, une fois combinés avec la crise économique, peuvent être démographiques, sociales ou tout simplement liés à la mutation naturelle de la vie des hommes en société¹⁶³. La gestion de tous ces facteurs incertains incombe primordialement au droit. Il lui appartient de fixer les limites et de circonscrire les libertés. Il lui appartient d'octroyer des droits, d'interdire des pratiques répréhensibles, de fixer les privilèges et de chercher plus ou moins à schématiser la répartition

¹⁶⁰ Cf. notamment LAUFENBURGER H., *L'intervention économique de l'État en matière économique*, LGDJ, 1939, 371 p. ; MERRIEN F.-X., *L'État providence*, PUF, 2008, 128 p.

¹⁶¹ DE SECONDA BARON DE LA BREDE ET DE MONTESQUIEU Ch.-L., DERATHE R., DE CASABIANCA D., *L'esprit des lois*, Paris, Classique Garnier, coll. « Bibliothèque du XVIII^e siècle », réimpr. vol. 1, 2012, p.1.

¹⁶² Tout en sachant que l'influence mutuelle est incontestable d'autant plus que la première est légitimement fondée à dessiner la seconde non en négligeant ses réalités mais en les incorporant dans le droit afin de les encadrer et leur octroyer la légitimité nécessaire à leur aboutissement.

¹⁶³ Même s'il faut souligner que ces facteurs peuvent en toute logique être les conséquences directes d'une crise économique. Le cercle est donc assez vicieux au regard de l'interdépendance de tous ces éléments.

des richesses pour lutter contre les inégalités. C'est pourquoi, ce qui est déterminant ce ne sont pas nécessairement les crises, mais la façon dont elles sont anticipées avant de se produire, gérées lorsqu'elles surviennent et évitées pour l'avenir quand elles s'estompent. Elles demeurent, quoi qu'on en dise, intrinsèques à l'évolution des sociétés et se révèlent, de ce fait, inévitables et même plus ou moins régulatrices en matière économique¹⁶⁴.

87. La période précédant la première guerre mondiale est celle d'une mise en place des bases du capitalisme comme modèle de production des richesses. C'est la période des grandes entreprises, de l'expansion des chemins de fer et un peu plus tard l'entame du boom démographique. Période de la révolution industrielle, c'est une époque marquée par l'avènement d'une puissance économique mondiale nouvelle, les États-Unis, à partir de 1890. Une sorte de contagion voire de mimétisme ou en tout cas de d'inspiration envahit l'Europe qui, à son tour, cherchait à désenclaver les endroits reculés, doter les populations de moyens de déplacements et d'acheminements des récoltes et des marchandises. C'est aussi la mise en place plus tard de ces grands enseignes modélisant la consommation de masse¹⁶⁵. C'était la période où on posait les bases « des entreprises puissantes » au détriment s'il le fallait de petites entreprises dont la production est faible car incapables d'exporter en masse. Une telle politique a, entre autres, « *promu une collaboration entre l'État et le secteur privé, stimulé l'essor des secteurs de la seconde industrialisation aux dépens des secteurs traditionnels, et permis l'apprentissage de la rationalisation du travail et de la production de masse* »¹⁶⁶. Pour être au même niveau de prétention économique que les États-Unis, il fallut passer par le sacrifice de certaines petites entreprises ne pouvant pas faire face à une telle ambition et une telle comparaison. La concurrence pure et parfaite sans vraiment le dire car à l'époque cette formulation n'était pas encore répandue¹⁶⁷.

88. Le droit a su se montrer souple pendant le premier conflit mondial en prenant en compte les circonstances de la guerre et la nécessité de la reconstruction. Sans doute tient-il sa force de cette souplesse-là. Il faut noter qu'à la veille de la guerre, l'Europe projetait une domination

¹⁶⁴ Les crises constituent un des mécanismes, quoique non souhaitable, de redistribution des riches. Elles « rebattent les cartes ».

¹⁶⁵ Notamment dans l'industrie sidérurgique.

¹⁶⁶ LENORMAND P., PIERRE S., *La Chambre de commerce et d'industrie de Paris (1803-2003)*, Genève, Droz, coll. « Publications d'histoire économique et sociale internationale », 2003, p. 176.

¹⁶⁷ Le droit de la concurrence ou ce qui en fut la base était naissante à l'époque même aux États-Unis car le *Sherman Act* ne date que du 02 juill. 1890 et le *Clayton Act*, venu le compléter ne date, quant à lui, que du 15 oct. 1914. Ce droit ne se transpose véritablement en Europe qu'en milieu du XX^{ème} siècle.

mondiale basée sur une « trilogie »¹⁶⁸ composée de la « révolution industrielle, l'économie du marché et son système capitaliste »¹⁶⁹. Il faut néanmoins souligner que des effets secondaires et collatéraux considérables sont aussi à comptabiliser. Il en est ainsi notamment de ceux que subirent la classe ouvrière et qualifiés par les historiens de « misère ouvrière »¹⁷⁰. Il n'en reste pas moins que le droit était sensible à cette « misère ». Mais pour atteindre les objectifs de la révolution industrielle et ce qui allait devenir la base de la modernisation économique, il fallut passer par certaines concessions. Il en résultera d'ailleurs des mouvements sociaux structurés au point qu'ils parvinrent à contrebalancer, faute de pouvoir la neutraliser, la force des industrielles chimiques et sidérurgiques. La confrontation engendrée par ces contestations sociales a été décrite comme l'époque du « capitalisme adulte »¹⁷¹. L'histoire démontrera et continue certainement jusqu'à nos jours à prouver que le capitalisme semble être indéfiniment adolescent car sans les efforts du droit et désormais ceux de la régulation qui l'humanisent, il s'égare, entraînant toute l'économie dans sa mésaventure. Les crises sont pourtant régulièrement des prémices de la guerre. C'est pourquoi celle de 2008 avait suscité d'énormes inquiétudes tant les souvenirs, certes lointains mais encore frais de celle de 1929, sont terribles et redoutés.

89. Les crises sont à combattre et à repousser le plus loin possible. Mais aussi paradoxal que cela puisse paraître, on leur attribue également des effets parfois positifs. C'est du moins la position défendue par certains auteurs qui estiment que face à une concentration considérable des richesses dans la main d'un nombre limité de personnes au détriment de la majorité conduisant *de facto* à l'accroissement des inégalités, la crise peut, malgré tout, jouer un rôle distributif de richesses. Comme le souligne Thomas Piketty, à un certain niveau d'impossibilité de réformes, « les chocs économiques et politiques apparaissent comme les seules forces menant à la réduction des inégalités »¹⁷². C'est cette même considération qui amène d'autres à qualifier le premier conflit mondial de « première guerre économique »¹⁷³, pas seulement dans le sens strict du terme économique, mais de façon plus globale, car dans la réalité, la guerre

¹⁶⁸ CARSALADE Y., *Les grandes étapes de l'histoire économique*, Paris, Les Éditions de l'École polytechnique, 2002, p. 141.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 142.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 143.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 144.

¹⁷² PIKETTY T., *Le capital au XXI siècle*, Paris, Seuil, 2013. p. 26.

¹⁷³ OMNES C., LESCURE M., « De la grande guerre à la crise : une adaptation difficile (1914-1939) », *CCI Paris*, vol. 1, 2003, p.179.

était aussi réellement économico-militaire dès lors que « *le sort des armes s'est joué autant sur le front militaire que sur l'autre front, c'est-à-dire le front économique* »¹⁷⁴.

90. Toutes ces considérations démontrent que le contexte de la guerre, ses aspects économiques et juridiques, furent déterminant dans la gestion de ses conséquences. Même si la terminologie n'était pas nécessairement la même que celle utilisée aujourd'hui pour désigner la régulation économique, le rôle joué par l'État à l'époque démontre que la régulation a toujours existé dans le domaine économique. La particularité historique des circonstances avait poussé l'État à adopter une posture plus ambiguë qu'on pourrait le croire. Une telle amphibologie était d'autant plus compréhensible que les circonstances d'après-guerre, la volonté d'un rayonnement mondial des entreprises françaises ainsi que la crise de 1929 semblaient la justifier.

2- La gestion juridique des conséquences économiques de la guerre

91. Un regard rétrospectif sur cette époque est particulièrement intéressant pour cette recherche dans la mesure où elle démontre que l'intervention économique de l'État lui est intrinsèque même si elle varie en fonction des circonstances et des enjeux. Pour certains auteurs la régulation était bien antérieure à cette époque des années 1920, même si ce moment fut d'une intensité particulière. Claire Lemerrier, dont les travaux se sont particulièrement intéressés aux rapports entre l'État et la Chambre de commerce et de l'Industrie de Paris, estime qu'il existait « *bien des régulations économiques, comme quelques travaux l'ont déjà montré* »¹⁷⁵. Une telle évolution se confirmera dans l'autre aspect de la gestion des conséquences de la guerre : le domaine juridique.

92. Dès le lendemain de la première guerre, s'est posée la cruciale question de la reconstruction. Tous les secteurs clés pour le fonctionnement effectif d'un État étaient à reconstruire tant la destruction fut immense. L'État prit en main la conduite de l'économie pour la reconstruction et pour ce faire, tout l'arsenal juridique se vit mobilisé à cet effet. Mais la nécessité d'une telle reconstruction, fût-elle fondamentale et justifiable au regard de la situation, ne devait sacrifier les initiatives privées et mettre fin à toutes les corporations. La relance se

¹⁷⁴ FEIERTAG O., *L'économie française de 1914 à nos jours. Le temps de la mondialisation*, Paris, CNRS, coll. « Revue Document photographique », 2011, p. 6.

¹⁷⁵ LEMERCIER C., « La chambre de commerce de Paris, acteur indispensable de la construction des normes économiques (première moitié du XIX^e siècle) », *Genèses*, 2003, cité par HIRSCH J.-P., *Les deux rêves du commerce. Entreprise et institution dans la région lilloise (1780-1860)*, Paris, EHESS, 1991, p. 50. Cf. aussi COTTEREAU A., « L'embauche et la vie normative des métiers durant les deux premiers tiers du XIX^e siècle français », *Les cahiers des relations professionnelles*, n° 10, 1995, p. 47-71.

concevait et se projetait aussi dans la santé économique des acteurs privés, lesquels furent également mobilisés pour la reconquête du marché international. La quête de l'équilibre entre objectifs dissemblables ne fut jamais aussi cruciale qu'au lendemain de la première guerre mondiale. Il fallait à la fois reconstruire l'économie globale par une forte intervention étatique sans pour autant mettre en péril les rares initiatives privées qui ont pu résister à la guerre. Le rôle du droit fut, affirma alors l'un des présidents de la Chambre de commerce de Paris, tout autant particulier puisque « *l'importance qu'ont prise les lois d'ordre économique est telle qu'à l'heure actuelle le salut du pays en dépend* »¹⁷⁶. Chambre pourtant réputée pour son opposition farouche à l'intervention économique de l'État. La période entre 1914 et 1939 fut particulière dans le rapport entre l'État et l'économie. Elle n'était pas uniquement une période « *d'adaptation difficile* »¹⁷⁷, elle fut aussi celle de *post* et de *pré-guerre*. Cette double spécificité a fait de cette époque à la fois stimulante dans la production des normes juridiques et dans l'élaboration des perspectives économiques qui, au fil des années, façonneront le profil juridico-économique de la France.

3- Les résistances à l'intervention économique de l'État entre les deux guerres

93. Si le contre-pouvoir a un rôle incontesté dans l'arène politique, il n'en reste pas moins nécessaire en matière économique. La période post-première guerre mondiale nous en donne l'illustration. La volonté profonde de dénoncer les ingérences de l'État dans le domaine économique fut le combat de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris. À l'époque, elle semblait être le seul contrepouvoir économique au point de faire de cette résistance un véritable « *ciment idéologique* »¹⁷⁸ de son action. Même si Georges Pascalis reconnaissait la légitimité de l'intervention de l'État dans ce contexte si particulier, au nom du « *salut public* »¹⁷⁹, il n'en demeure pas moins que toutes les pressions furent exercées sur l'État pour qu'il laisse l'économie libérale progresser malgré une sortie récente de la guerre. Au point de lui demander de faire fi à ce que les acteurs privés considéraient à l'époque comme des « *règlementations déprimantes* »¹⁸⁰. Cette confrontation s'avèrera incontestablement utile dans la quête de l'équilibre dans un contexte difficile tant politiquement qu'économiquement.

¹⁷⁶ Discours de Paul Kampf au banquet des chambres de commerce, *Bulletin de la chambre de commerce de Paris*, n° 15-19, 10 mai 1924, p. 650, in CHARITOT A., *La chambre face à une institution nouvelle : Le Conseil national économique (1925-1940)* ; in LENORMAND P., *La Chambre de commerce et d'industrie de Paris*, op. cit., p. 78.

¹⁷⁷ LEMERCIER C., « La chambre de commerce de Paris, acteur indispensable de la construction des normes économiques (première moitié du XIXème siècle) », art. cit., p. 49.

¹⁷⁸ OMNES C., LESCURE M., *De la grande guerre à la crise : une adaptation difficile (1914-1939)*, p. 183.

¹⁷⁹ Dans son discours de Président sortant de la Chambre le 14 janv. 1920.

¹⁸⁰ Discours du même Président Georges Pascalis du 12 Mars 1919.

94. Si cette époque fut aussi celle de la « *guerre* » des convictions et des orientations économiques entre l'État et les acteurs privés économiques et semblait être sans fin, un évènement plus ou moins inattendu allait faire basculer les préoccupations. En effet, outre-Atlantique, survint la crise économique de 1929 qui n'était en réalité que la succession d'autres crises lesquelles, au demeurant, ne semblaient pas préoccuper grand monde. Un évènement qui, malgré la succession de quelques signaux, a tout de même pris de court l'État et les acteurs économiques. De la crise boursière, on n'est passé à la crise bancaire, puis à la crise financière avant qu'elle ne devienne économique et mondiale. Tout s'accéléra lorsque les « *banques américaines, qui ont besoin de liquidités pour leurs engagements, cherchent à rapatrier les capitaux investis à court terme en Europe (...) alors qu'ils étaient investis à long terme* »¹⁸¹. C'est la crise bancaire européenne dès 1931. Ce qui poussera la France et la Grande Bretagne à « *refuser de s'acquitter de leurs dettes vis-à-vis des États-Unis* »¹⁸². En réaction, les États-Unis optent pour l'isolationnisme comme représailles en adoptant la Loi du 31 août 1935 dite « *loi de la neutralité* »¹⁸³, et celle introduisant la fameuse clause « *cash and carry* » qui affirmait que « *toute marchandise destinée à des belligérants doit être payée au comptant en dollar et ne peut être transportée par un navire américain* »¹⁸⁴.

95. Un autre seuil sera atteint lorsque la crise, dorénavant généralisée, s'incruste dans cette situation déjà compliquée par la première guerre dont les séquelles étaient encore visibles. Ce jeudi d'octobre 1929 sera déterminant non seulement dans la suite immédiate des évènements mais également dans l'éclatement de la Seconde guerre mondiale et ses conséquences notamment économiques. C'est dans ce contexte caractérisé par cette guéguerre, entre l'État, dans son intervention légitime, et les acteurs privés dans leur résistance fondée sur la crainte d'une économie dirigiste et intrusive, qu'intervient soudainement le crash boursier de 1929. Pendant ce temps, les dirigeants pensaient qu'il s'agissait, comme trop souvent, d'une « *crise cyclique classique de surproduction* »¹⁸⁵ et continuèrent d'affirmer que « *la prospérité est au coin de la rue* »¹⁸⁶. Pourtant cet évènement allait changer le paradigme de l'intervention de l'État dans l'économie.

¹⁸¹ CARSALADE Y., *Les grandes étapes de l'histoire économique, op. cit.*, p.164.

¹⁸² *Ibid.*, p.165.

¹⁸³ Loi de la Neutralité du 31 août 1935 signée par ROOSEVELT F. D., alors Président des États-Unis.

¹⁸⁴ CARSALADE Y., *Les grandes étapes de l'histoire économique, op. cit.*, p. 165.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p.166.

¹⁸⁶ *Ibid.*, citant le Président Hoover.

B- La crise de 1929 comme facteur de légitimation d'un État interventionniste

96. Si dans l'hexagone, le « combat » entre l'État et les opérateurs tendant à accroître ou amoindrir l'intervention de celui-ci dans la sphère économique fit rage, outre-Atlantique la fameuse « main invisible » de l'économie bénéficiait d'une liberté et d'une autonomie grandissantes, au point que les avertissements sur les impacts d'une telle liberté sur la marche de l'économie furent inaudibles¹⁸⁷.

97. C'est dans ce contexte qu'intervient la crise économique de 1929 quasi unanimement considérée comme la résultante d'un laisser-faire téméraire dans l'économie. La crise sonna alors à la fois comme une acerbe confirmation des défaillances de l'autorégulation économique (1), mais aussi comme des prémices négligées d'un monde dans une crise dont la profondeur coïncide avec la montée des extrêmes en Europe (2). Autant de facteurs ayant poussé les États à décider que plus rien ne sera comme avant dans leur rapport avec le monde économique s'ils parvenaient à endiguer cette crise (3). Mais c'était sans doute en ignorant que cette crise n'était pas uniquement l'une des conséquences d'un bras de fer entre les États et les acteurs économiques privés, elle était surtout l'une des causes indirectes d'une autre guerre qui, à son tour, allait secouer le monde beaucoup plus que la première.

1- La crise comme confirmation de la défaillance du laisser-faire économique

98. La succession d'évènements ayant conduit au crash boursier de 1929 n'a été que la confirmation que l'économie ne peut, à elle seule, décider de ce qui lui est bon ou pas. Cette interdépendance avec le regard de l'État dans la conduite économique est dictée par le simple fait que l'économie a nécessairement des conséquences sur les autres aspects de la vie en société. De la créativité, de la capacité à innover, de la possibilité d'investir et d'exporter il en faut suffisamment pour le monde économique, dès lors qu'il lui appartient d'entreprendre et de créer de la richesse. L'économie doit surtout être libérée des contraintes qui freineraient son épanouissement et son développement. Cela peut résulter à la fois de son combat pour faire valoir une telle démarche tout comme il peut découler d'une intention des autorités étatiques qui décident de la politique économique à appliquer. Quoi qu'il en soit, la quête d'un équilibre

¹⁸⁷ Une posture étasunienne sans doute motivée par le prétendu éloignement géographique des « théâtres de la guerre », faignant par là même d'oublier que le crash boursier de 1929 a eu lieu sur son sol. D'ailleurs le *New deal* semble avoir été une reprise de conscience des autorités américaines par rapport au danger d'un ultralibéralisme incontrôlé dans une période si incertaine.

économique effectif, efficace et efficient n'a rien de systématique¹⁸⁸. Il y a une véritable combinaison de points de vue et parfois même de convictions entre acteurs économiques privés et autorités publiques chargées de la régulation.

99. Pour autant, le chemin que doit suivre l'économie ne doit pas résulter que de sa propre volonté en dehors de toute autre considération. Le laisser faire comme conduite économique n'est pas une vérité absolue et de ce fait valable tout le temps, en tout lieu et dans tous les contextes. Lui fixer des limites et permettre à ce qu'il obéisse à des contrôles est le minimum de bons sens qu'on puisse avoir à son égard. Aucun reproche gratuit sur la volonté des acteurs privés de l'économie de se faire des bénéfices ne peut être audible. C'est à juste titre qu'il faudrait, non pas leur demander de ne plus vouloir des profits, mais leur montrer que cet aspect-là ne doit pas indéfiniment primer sur tout le reste. On fait ici allusion aux valeurs non-économiques de l'économie¹⁸⁹.

100. La crise vint donc confirmer cette importante nuance. L'épanouissement des acteurs économiques privés est gage de santé économique des États, mais celui-ci ne suffit pas à lui seul, fut-il au nom de la liberté d'entreprendre, à justifier un retrait définitif de l'État du domaine économique. Il détient un regard souverain sur ses réussites, mais aussi et surtout sur ses imperfections et ses insuffisances, de sorte qu'on soit en mesure de les rectifier, de les corriger et si nécessité se présente, de les empêcher d'impacter négativement le reste de la sphère économique et sociale.

101. L'autorégulation économique trouve ses imperfections dans ses propres méthodes. Elle peut, sans même y prêter garde, s'autodétruire. Lorsque l'économie s'autorégule, elle peut se fixer des limites et les respecter. Elle peut s'obliger à prendre en compte les aspects sociaux ou environnementaux pour une société d'exploitation minière par exemple. Mais dès lors que la gestion de cette même réussite peut avoir une emprise beaucoup plus étendue sur les autres aspects de la vie de l'entreprise, ces objectifs non nécessairement rentables, peuvent très rapidement être relégués au second plan, voire complètement écartés, en tout cas dans les faits.

102. Dans cette configuration, l'autorégulation devient non seulement ineffective mais aussi inefficace, non pas pour l'entreprise, mais aux yeux des autorités étatiques. Des aspects importants sont sacrifiés au profit de l'unique but de rentabilité des activités économiques.

¹⁸⁸ L'État reste attaché à l'effectivité, il a partagé désormais le souci de l'efficacité avec les acteurs privés.

¹⁸⁹ On reviendra ultérieurement sur ces aspects non-économiques de manière plus détaillée.

Partant de là, les autorités publiques auront toute la légitimité d'intervenir, soit pour rappeler l'entreprise à l'ordre, soit, s'il le faut, investir ce contrôle et l'exercer directement de sorte que la rentabilité ne prime pas sur un aspect aussi directement lié à la vie des citoyens concernés par l'impact d'une société œuvrant dans une localité géographique donnée.

103. La crise économique de 1929 n'était rien d'autre que la confirmation que l'économie est loin d'être ce majeur qu'il faut laisser à son propre compte sans le moindre contrôle. Ce laisser-faire était beaucoup plus visible aux États Unis qu'en France car la tradition étatique française ne pouvait pas si facilement concéder, malgré la pression exercée par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, son regard sur la marche de l'économie. D'autant plus que la reconstruction de cette dernière était toujours d'actualité au lendemain de la première guerre mondiale. Mais dans la suite des événements, cette crise s'avèrera davantage une alerte sur les défis qui attendent le monde qu'une conséquence que celui-ci est appelé à gérer.

2- La crise 1929 comme alerte inaudible sur un conflit mondial sans précédent

104. Les lendemains d'une crise sont toujours durs. Raison pour laquelle, ils exigent inévitablement un optimisme élevé pour envisager l'avenir. Celle de 1929 avait la particularité d'avoir coïncidé avec la montée du fascisme et du nazisme en Europe. Aux États-Unis, à la même époque et au-delà du fait qu'ils ne firent pas victimes directes de la première guerre mondiale, y fut appliqué le *New Deal* dès l'arrivée au pouvoir de F. D. Roosevelt en 1933. Une circonstance qui semble avoir favorisé aussi leur positionnement sur le marché mondial. La politique de « *ni déflation, ni dévaluation* » instaurée en France à partir de 1934 équivalait pour certains au *New Deal* américain, mais « *la portée n'était pas aussi aboutie que ce qui fut mis en œuvre outre-Atlantique* »¹⁹⁰.

105. Les politiques menées à l'époque, de droite ou de gauche, tendaient à retrouver une stabilité. À la politique de « *déflation* » de la droite succéda celle de la gauche à partir de 1936 qui prônait plutôt la « *reflation* »¹⁹¹. Entre les deux politiques, il y avait une différence de méthodes certes, mais elles conservaient un point commun : redonner force à l'État¹⁹². C'est du moins ce que souligne Olivier Feiertag en affirmant que « *toutes ces politiques ont un point*

¹⁹⁰ CARSALADE Y., *Les grandes étapes de l'histoire économique*, op. cit., 2004, p. 174.

¹⁹¹ ROUSSELLIER N., « La culture économique de Léon Blum : entre libéralisme juridique et socialisme », *Histoire@Politique* 2012/1, n° 16, p. 111-120.

¹⁹² Aussi surprenant que cela puisse paraître, même le Régime de Vichy, malgré ses circonstances particulières, avait le souci du rôle économique de l'État. Ainsi fut créée sous son impulsion « *la Délégation générale de l'équipement nationale (DGEN) qui jette les bases de la planification économique de la France* ». Cf. FEIERTAG O., *L'économie française de 1914 à nos jours. Le temps de la mondialisation*, op. cit., p. 8.

commun : elles consacrent le principe nouveau d'une responsabilité de l'État face à la crise économique. Cette responsabilité trouve à s'appliquer au premier chef dans la politique financière menée par les gouvernements successifs de la période. La gestion de la dette publique, parce qu'elle constitue alors la majeure partie de la capitalisation boursière et de l'actif des banques, devient un instrument essentiel de la régulation des marchés de l'argent et donc un facteur de sortie de crise »¹⁹³. Renforcer donc l'État dans son action de soutien et de consolidation pour un épanouissement économique demeurait la seule manière permettant d'assurer un lendemain optimiste. De la sorte, l'État pouvait « espérer relancer l'économie en mettant fin à la grande panne de l'investissement qui marque les années 1930 »¹⁹⁴. Cette volonté de relance trouvait toute sa légitimité au lendemain d'une crise dont les causes sont, bon gré mal gré, attribuées aux acteurs privés et à l'autorégulation économique. Mais le plus frappant fut de voir l'impact de cette crise se mondialiser en si peu de temps alors qu'on était en 1929, période ne pouvant pas être considérée, dans une logique comparative, comme mondialisée, en tout cas pas dans les proportions actuelles de globalisation de l'économie mondiale. La gestion de cette crise constitua un véritable antécédent quant à la nature du rôle économique de l'État.

3- L'influence de la guerre sur le façonnement du rôle économique de l'État

106. La crise de 1929 eut comme principal corolaire la volonté de l'État de ne plus laisser l'économie et ses acteurs privés décider seuls de leur conduite économique. Dans une époque de reconstruction et d'ambition internationale, il ne voulait prendre aucun risque quant à la définition et la mise en œuvre d'une politique économique qui soit à la hauteur des ambitions du moment et de l'avenir. La politique industrielle devait être menée à terme et la mise en place d'acteurs incontournables dans l'économie européenne et mondiale, à laquelle aspirait l'État français, exigeait, pour « la main de l'État », de ne pas trembler dans la conduite de la politique économique.

107. Cette conviction fut renforcée par les conséquences de la crise de 1929. L'État s'impliqua dans l'économie comme jamais auparavant. Les acteurs privés économiques devinrent non pas uniquement coopérants dans la préservation d'une économie saine mais des acteurs qui s'épanouissent au côté des ambitions de l'État. La perspective immédiate consistait à éviter une crise semblable à celle qui venait de s'écouler. Il en résulta une consolidation du

¹⁹³ *Ibid*, p. 8.

¹⁹⁴ *Ibid*, p. 10.

regard de l'État sur les activités économiques, notamment sur celles qui ont un impact significatif sur l'économie nationale et répondant à la nécessité d'expansion internationale. À ce moment, plus qu'auparavant, il avait pris conscience de l'importance de son action dans la reconstruction toujours en cours mais surtout du rôle déterminant qu'il devait désormais jouer pour éviter à l'économie de sombrer.

108. La fragilité des avancées économiques acquises au lendemain de la première guerre mondiale était encore perceptible. La crainte était donc légitime. À ce moment précis de l'histoire, tout pouvait encore basculer tant les sacrifices consentis furent énormes. Ces sacrifices résultaient notamment de la politique d'industrialisation de masse mise en œuvre au détriment d'une protection suffisamment satisfaisante de la classe ouvrière. Mais la reconstruction exigeait un tel sacrifice. Toute la question était alors de savoir comment sauver les acquis de tous les côtés tout en évitant qu'il y ait une conduite déviante tant sur le plan politique qu'économique.

109. Dans le même moment, il n'était pas question de museler les acteurs privés économiques aussitôt qu'on leur avait permis de poser les bases de puissances industrielles et commerciales. Autrement à quoi auraient servi toutes les concessions, non sans conséquences, consenties à cet effet ? C'est dans cette optique que les entreprises œuvrant dans le domaine de l'industrie aéronautique, l'énergie, l'acier et les chemins de fer ont assis, voire consolidé, leur position dans la conquête du marché d'abord international puis, dans une certaine proportion, mondial. Elles finissent dans certains domaines comme celui des chemins de fer par y être des références mondiales incontournables.

110. Cette période constitue le germe des multinationales françaises ou en tout cas le renforcement de leur position sur l'échiquier économique européen et mondial. C'est aussi une des facettes du rôle économique de l'État que de permettre aux entreprises capables de produire et d'exporter à l'international, de le faire dans des conditions appropriées sinon moins défavorables vis-à-vis des concurrents internationaux et mondiaux. Raison pour laquelle, présenter l'intervention économique de l'État comme un tout homogène et applicable de la même manière à tous les acteurs économiques équivaut à prôner l'ambiguïté, l'inefficacité voire même une injustice économique. L'intervention économique de l'État doit en grande partie sa modulation dans la prise en compte de la spécificité du secteur concerné et de la puissance économique de l'acteur visé. Ces entreprises dont les activités peuvent avoir des impacts à la fois sur le marché national et mondial ne perçoivent ni ne reçoivent l'intervention de l'État de

la même façon. Pour autant, cela ne veut pas non plus dire que ce dernier favoriserait un acteur par rapport à un autre, car l'objectif, celui de préserver l'intérêt général et les valeurs non-économiques, est assez clair. Le cadre légal de l'intervention reste le même. Son principe demeure toujours le caractère général et impersonnel de la règle de droit qui est opposable à tous les acteurs. Mais la prise en compte des particularités des acteurs des domaines concernés et du contexte, relève à la fois de la justice et de la parcimonie qui doivent guider l'action de l'État dans le secteur économique.

111. Cette lucidité et cette volonté de justice ne seront pas remises en cause par la Seconde guerre mondiale, elles prendront une toute autre tournure après 1945. Avant même la disparition totale des séquelles économico-juridiques de la première guerre mondiale, se pointait déjà la crise de 1929. Sans avoir fini d'endiguer toutes les conséquences de cette dernière, éclate la Seconde guerre mondiale. Laquelle allait emporter tout sur son passage, au point que l'État devient lui-même un des domaines à reconstruire¹⁹⁵. D'où la particularité supplémentaire de son rôle après la Seconde guerre mondiale.

§2- La particularité du rôle économique de l'État après 1945

112. La succession d'évènements ayant abouti au déclenchement de la Seconde guerre mondiale conduisit cumulativement l'État et les acteurs économiques à mettre en berne leur « opposition » et à affronter ensemble le contexte de la guerre et la reconstruction. Le rôle de l'État fut ainsi exceptionnellement crucial pendant ce temps-là. Cette particularité s'explique de plusieurs manières. Elle s'explique d'un côté par le passage d'une intervention étatique bien que difficile entre les deux guerres vers une intervention d'exigence (A) ; et de l'autre côté, le rôle de l'État s'était avéré indispensable et donc irremplaçable pour la reconstruction (B).

A- De la légitimité à l'exigence interventionniste

113. Si l'intervention économique de l'État, aussi bien après la première guerre mondiale que pendant la crise des années 30, ainsi qu'au lendemain de la deuxième guerre, tire sa particularité dans le contexte et les circonstances (I) ; il n'en reste pas moins que dans ses

¹⁹⁵ Étant donné que nous ne travaillons pas sur une thèse d'histoire, nous nous abstenons de traiter la période entre 1939 et 1945. Nous nous focaliserons surtout sur l'aspect juridique dans la relance économique après le conflit. D'autant plus que cette période semble avoir posé les bases de la politique économique, bien que changeante de temps à autre, qui continue à caractériser le rapport de l'État et les acteurs privés économiques.

fondements, son intervention a toujours été d'une légitimité, non pas incontestée, mais incontestable (2).

1- Les fondements de l'intervention étatique dans l'économie

114. Avant la Seconde guerre mondiale, l'État brandissait, dans ses interventions, la légitimité de défendre l'intérêt général, la mise en place d'une politique industrielle conquérante ou d'autres principes de ce même ordre. La légitimité de cette intervention était incontestable y compris de la part des acteurs privés économiques. Ce qui fut sujet à contestation, c'est la proportion de cette intervention car l'effet indésirable d'une contrainte à outrancière était redouté, même si le contexte d'un lendemain de guerre était tout à fait compréhensible. Le principe était donc incontestable, ce qui l'était moins cependant ce fut sa mise en œuvre, la matérialisation de cette intervention dans la sphère économique en fonction de sa proportionnalité.

115. Le tiraillement entre l'État et les acteurs était justifié par le fait que l'un ne voulait pas sacrifier la défense de l'intérêt général et la fondation d'un ordre public économique tangible. Les autres à leur tour n'entendaient pas concéder trop d'espace à un interventionnisme poussé. En revanche, la décade de 1929-1939 allait complètement changer les rapports de force et le paradigme, tant les bouleversements furent spectaculaires, inattendus et profonds. Les grèves et occupations d'usines de 1936 poussèrent l'État, par exemple, à intervenir par le biais « *des accords de Matignon entre patronats et CGT débouchant à une majoration [salariale] de 7% pour les plus élevés et de 15 % pour les plus bas* »¹⁹⁶.

116. Par conséquent, à partir de 1945, l'intervention étatique dans la sphère économique n'était pas uniquement légitime, elle était devenue indispensable pour pouvoir envisager un avenir pour le pays. L'argument de la légitimité, quand bien même contesté dans sa mise en œuvre par les acteurs économiques privés avant la crise de 1929, se voyait renforcer par la nécessité non pas uniquement d'intervenir pour réguler ou orienter un secteur vers telle ou telle direction, mais par le défi qui était désormais celui de réinventer le secteur économique. Lequel secteur qui avait tant contribué à l'économie de la guerre et qui en a également subi les conséquences destructrices. On passe donc de la légitimité d'une intervention, dont les

¹⁹⁶ CARSALADE Y., *Les grandes étapes de l'histoire économique*, op. cit., p. 174.

méthodes sont parfois contestées, à une intervention indispensable compte tenue, une nouvelle fois, du contexte.

117. Dans le même temps, l'État ne devait pas abuser de sa présence car la reconstruction d'après-guerre valait aussi pour le secteur économique privé. Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, fut constatée par conséquent une lucidité étatique remarquable dans la mesure où il fallait combiner tant de paradoxes et d'objectifs dissemblables afin de reconstruire un vivre ensemble et un espoir collectif au bord du péril. Cette lucidité était d'autant plus nécessaire qu'il fallait conserver les acquis économiques d'avant de 1920. D'autant plus que « *la crise de 1929 survient au moment où la France connaît une situation de prospérité* [et les gouvernements de Raymond Poincaré et d'André Tardieu furent même qualifiés de] *keynésiens qui s'ignorent* »¹⁹⁷. La santé économique qui présageait après 1945 était particulièrement due à la politique de reconstruction dans les domaines notamment de l'automobile, du bâtiment et de plusieurs autres types d'industries. La perspective de propulsion internationale des entreprises françaises était en œuvre. La crise dicte, à travers ses propres circonstances, les modalités de l'intervention de l'État. Il en fut ainsi de l'impact de la Seconde guerre mondiale dans la reconstruction.

2- L'impact des circonstances de la guerre sur l'intervention économique de l'État

118. Qu'il s'agisse des nationalisations, de longue durée ou temporaires, ou des récessions consécutives à la « *crise de stabilisation* »¹⁹⁸, les modalités d'intervention de l'État sont souvent changeantes au gré des circonstances. On peut vérifier un tel positionnement de l'État tant en 1929 qu'en 1974¹⁹⁹ mais aussi plus récemment en 2008 avec la crise des *Subprimes*. La menace que fait peser la puissance des acteurs privés économiques sur l'État, lorsqu'elle n'est pas circonscrite, correspond à une situation de crise sans crise. En d'autres termes, on ne peut pas assimiler la puissance vertigineuse des entreprises à une crise, mais l'État peut néanmoins se retrouver face à des difficultés qui peuvent sérieusement menacer, à bien des égards, l'intérêt général et le maintien d'un ordre public économique sain et protecteur. Il est pourtant de son devoir d'y veiller. Tout devrait être fait pour que cela demeure toujours le cas.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 172.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 174.

¹⁹⁹ Suite non seulement au début de l'atténuation du succès des *30 glorieuses* mais aussi à l'avènement de la crise pétrolière.

119. Par ailleurs, si les circonstances ne doivent pas à elles seules motiver l'intervention économique de l'État, elles ne peuvent pas non plus être totalement négligées. Selon que l'État intervient trop, régulièrement, peu, voire pas du tout, on a observé à quel point les circonstances économiques peuvent influencer sur son attitude à l'égard des acteurs économiques. Cette intervention investie tous les domaines pendant ces périodes si cruciales. À titre d'exemple, la Loi Loucheur relatif au logement²⁰⁰ votée en juillet 1928 fut d'une immense importance dès lors que les destructions pendant la guerre avaient laissé énormément de personnes sans toits. « *Simple et assez souple, le dispositif prévoit l'intervention financière de l'État pour favoriser un habitat populaire jusqu'alors soutenu par les seules initiatives privées* »²⁰¹. L'objectif de cette loi était hautement compréhensible au regard du contexte et de la demande accrue de logement au lendemain de la guerre. Naturellement, le rôle de l'État demeure toujours crucial, important et indispensable, mais il est des événements qui le renforcent de manière impressionnante et démontrent par la même occasion à quel point il est certainement modulable mais toujours irremplaçable.

B- Un rôle étatique irremplaçable dans une période cruciale de l'histoire

120. Il est des circonstances dans lesquelles plus personne n'a la prétention insipide de rêver d'un lendemain sans crainte. Les périodes si difficiles de crises et des deux guerres sont de ces moments-là. La douleur et les peurs sont telles que plus personne ne prétend regarder plus loin que son quotidien. Le besoin immédiat demeure, dans de telles circonstances, celui de recouvrir la paix et la quiétude. Dans un tel contexte, la capacité des décideurs politiques de prétendre et d'imaginer un futur est plus que déterminante. La reconstruction d'une sensation aussi immatérielle que vitale, la vie après le drame, fut un des défis les plus élevés de l'État (1). Lui seul était le porteur d'un rêve aussi surréaliste, puissant mais nécessaire. Dans le même temps, il ne suffisait pas de prétendre reconstruire une vie après les drames, il était tout aussi fondamental de penser à redonner des perspectives à une société qui semblait en avoir définitivement perdu (2).

1- Le défi de la reconstruction de la vie en société

121. Au-delà de la reconstruction matérielle, économique et même politique, il y avait un véritable chantier, bien qu'immatériel mais non sans importance, à reconstruire et à

²⁰⁰ Loi du 13 juill. 1928, établissant un programme de constructions d'habitations à bon marché et de logements en vue de remédier à la crise de l'habitation, dite Loucheur, *JORF* du 17 juill. 1928.

²⁰¹ GRELLEY P., « Contrepoint - Coup d'œil sur la loi Loucheur », *Informations sociales* 2014/4, n° 184, p.31.

redynamiser, celui de la reconstruction de la vie en société. Il n'est pas anodin de préciser que l'un des objectifs des extrémistes²⁰² était de disloquer la société et le vivre ensemble qui y régnait. La philosophie de la « suprématie » d'une « race » sur d'autres, et surtout la saugrenue idée de vouloir anéantir une « race » et lui nier le droit à la vie, était un projet maléfique. Le moins que l'on puisse dire est que l'occupation pendant la deuxième guerre réalisait un tel fantasme. Une véritable fissure sociale en avait découlé. Il est vrai que rien, dans l'ambition de reconstruire le vivre ensemble, ne se décrète encore moins ne se légifère. Il fallait néanmoins des signaux forts tant en termes de symboles que d'actions afin d'insuffler à la société l'espoir de vivre dans la paix. De ce point de vue, encore une fois de plus, les regards ne se tournèrent tout naturellement que vers l'État. Il est vrai que « rien n'est plus trompeur qu'une administration assise et toujours armée d'une plume. Trop souvent celui qui a envoyé une lettre croit que son devoir est accompli et qu'un acte ordonné et un acte fait »²⁰³. Il n'en fallait pas moins tenter de donner des repères à une société qui semblait en avoir totalement perdu. Par la suite, il fallait tout mettre en œuvre pour la concrétisation de ces objectifs.

122. La complexité de la reconstruction découlait aussi de sa perception par la population qui ne pouvait pas nécessairement comprendre le sens de toutes les orientations étatiques. Fallait-il donc une véritable politique de communication et peut être même de « rééducation », en tout cas, sans conteste, un immense besoin de réorientation de la société. Ce qu'on considérait comme « des années de trouble, de désarroi et de perte de repères »²⁰⁴ continuait encore au lendemain du conflit. Tous les repères n'étaient pas encore retrouvés. Le Quotidien *Combat* titrant le 8 mai 1945 une « immense joie pleine de larmes »²⁰⁵ retraçait toute la morosité psychologique de l'époque. C'était une atmosphère pire que le constat de Paul Valéry en 1919 qui dévoilait face au choc du premier conflit que « nous autres civilisations, nous savons maintenant que nous sommes mortelles »²⁰⁶. Il était donc de la responsabilité de l'État, non seulement de définir ces repères, qu'ils soient sociaux, économiques et mêmes moraux, mais aussi d'aider les populations à les emprunter.

123. Pour revenir au cœur de notre sujet, les nationalisations doivent en grande partie leur fondement à cette volonté de reconstruction dès lors qu'il fallait, sur recommandation des

²⁰² Le fascisme et le nazisme.

²⁰³ MARGAIRAZ M., ROSANVALLON P., *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, coll. « Points Histoire », 1993, p. 126.

²⁰⁴ FRANCK M. (dir.), *La Chambre de commerce et d'industrie de Paris (1803-2003)*, op. cit., p. 215.

²⁰⁵ CARSALADE Y., *Les grandes étapes de l'histoire économique*, op. cit., p. 183.

²⁰⁶ *Ibid.*

économistes, utiliser « *au mieux les ressources disponibles* » en vue notamment « *d'un contrôle public des secteurs clés* ». Ainsi, « *les nationalisations conduites de décembre 1944 à mars 1946 concentrent l'énergie, les grandes banques de dépôt, les grandes compagnies d'assurances, Air France ainsi que quelques entreprises industrielles, comme Renault, qui ont collaboré avec l'ennemi* »²⁰⁷ s'inscrivaient aussi dans ce sens-là. C'est dans cette même perspective que s'inscrivent respectivement le Décret de janvier 1946 mettant en place le Commissariat général du plan²⁰⁸, qui concernait tous les secteurs stratégiques : « *énergie, transports ferroviaires, sidérurgie, cimenteries, matériels agricoles* », les Ordonnances de février 1945 ainsi que celles d'octobre 1945 fondant respectivement « *les comités d'entreprises et la sécurité sociale* »²⁰⁹. C'est seulement lorsqu'une telle stabilité fut acquise que des perspectives furent fixées afin de redonner un souffle aux acteurs économiques.

2- La nécessité de redonner des perspectives économiques

124. Les destructions humaines, matérielles et économiques découlant de la Seconde guerre mondiale ont convergé vers une autre conséquence plus grave encore, l'impact psychologique et moral résultant du conflit. Dans un tel environnement, il incombait à la seule autorité étatique, ou de ce qu'il en restait, d'envisager l'avenir et redonner des perspectives aux acteurs économiques. Quand bien même un tel projet ne pouvait être évident à réaliser. À l'image de ce qui s'est passé au lendemain de la première guerre mondiale, mais de manière beaucoup plus déterminante encore, il fallait envisager un avenir économique en s'appuyant notamment sur la volonté collective de reconquérir la paix. L'affirmation selon laquelle « *la fin du conflit entraîne le reflux de l'État au nom du retour à la normale* »²¹⁰ valable en 1920 l'était davantage en 1945. Car le traumatisme était plus profond au lendemain de la Seconde guerre mondiale. La situation était beaucoup plus cruciale tant furent immenses les domaines à reconstruire et grande la nécessité de redonner des perspectives.

125. C'est dans de telles circonstances que resurgit l'utilité, voire l'importance et la spécificité de l'État en France que certains auteurs appellent « *l'animal juridique singulier* »²¹¹. Il en découle une conception assez particulière de son rôle et par la même occasion et en tant

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 193.

²⁰⁸ En dehors de toute considération limitant cette nomination à des stratégies d'alliances politiques, le retour du Commissariat au Plan et la désignation de François Bayrou pendant une autre crise, sanitaro-économique, ne devrait pas surprendre.

²⁰⁹ CARSALADE Y., *Les grandes étapes de l'histoire économique*, op. cit., p. 193.

²¹⁰ FEIERTAG O., *L'économie française de 1914 à nos jours. Le temps de la mondialisation*, op. cit., p. 8.

²¹¹ DU MARAIS B., *Le droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 12.

que tel légitimé par la société elle-même. Il n'y a rien de surprenant car ceci est conforme à une évolution historique « *qui remonte presque au milieu de la période féodale* » et qui conduit « *la société française à garder un sentiment de prééminence de l'État (...) inscrit durablement dans l'inconscient collectif* »²¹². Un État singulier au service d'une société singulière. De ce fait, en 1945, le moment était plus qu'opportun pour se fonder sur cet inconscient collectif et redonner vie à une société secouée et bousculée à tout point de vue. C'est sans doute sur une telle force morale que comptera le Général de Gaulle, non seulement lors de l'appel du « 18 juin » au nom de la résistance, mais également et surtout lorsqu'il mettra en place, dans les années 60, le plan dit « *ardente obligation* » pour la reconstruction et la quête de la « *stabilité et la continuité* » du modèle économique français dans sa singularité. Un tel plan fut pour certains « *le fait majeur de l'histoire économique de la France* »²¹³. Il en découle donc un lien singulier entre la crise, les guerres, l'économie et le Droit.

126. Sur le plan économique, il était urgent de redonner des perspectives aux entreprises et stimuler le pouvoir d'achat de la population. La destruction des infrastructures routières et ferroviaires n'était pas de nature à favoriser une telle ambition. « *La marée [de la guerre], en se retirant, découvre donc soudain, d'un bout à l'autre, le corps bouleversé de la France* »²¹⁴. Ce bouleversement était tel qu'il fallait des journées durant pour rallier une ville de province depuis Paris. La destruction des chemins de fer porta un coup dur à la reconstruction économique. Olivier Feiertag indique qu'au lendemain de la guerre seulement « *18 000 Km de voies ferrées sont utilisables sur un réseau de 40 000 Km. Il faut 15 heures en train pour aller de Paris à Strasbourg* »²¹⁵. Dans un tel contexte, l'État reste la seule instance capable de donner une impulsion viable et solide. D'autant plus que « *le coût de la reconstruction est évalué à trois ans de revenu national d'avant-guerre (...); 50.000 usines détruites et autant d'exploitations agricoles* »²¹⁶. Dans beaucoup de domaines, l'État n'avait d'autres choix que de nationaliser, bien que temporairement pour certaines entreprises, afin de redonner une base solide au secteur concerné dans la nécessité de reconstruire l'économie²¹⁷. Des secteurs stratégiques comme le

²¹² *Ibid.*, p. 12.

²¹³ FEIERTAG O., *L'économie française de 1914 à nos jours. Le temps de la mondialisation*, op. cit., p. 8.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 38.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 38.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Il faudrait noter que dans certains cas l'État privatisait en partie, donc la nationalisation n'était pas dogmatique. Il y avait une parcimonie. Il en est ainsi du cas d'Air France car « *la loi du 16 juin 1948, qui créait cette compagnie nationale, faisait en effet obligation à l'État détenteur de la totalité du capital d'en céder 30 %, dont au moins 15 % à des collectivités et des établissements publics* ». Cf. FRANK R., « *Se moderniser face aux grandes mutations (1945-1970)* », in FRANCK M. (dir.), *La Chambre de commerce et d'industrie de Paris (1803-2003) - Vol.1*, Librairie Droz « *Publications d'histoire économique et sociale internationale* », 2003, p 247.

transport et l'énergie constituaient « *le principal goulot d'étranglement qui freine la reprise* »²¹⁸ et, de ce point de vue, l'État se retrouve dans l'obligation de prendre ses responsabilités. Ainsi, son intervention « *assure la remise en marche rapide des installations minières (...) Mais la nationalisation vise aussi à moderniser, grâce au financement public, les outillages qui n'ont pas été renouvelés depuis le début de la crise des années 1930 et étaient déjà obsolètes en 1940* »²¹⁹. Il peut paraître paradoxal de demander à un État, tout aussi fragilisé par la guerre, d'intervenir et de sauver une situation économique chaotique. Mais en même temps il le faut, car lorsque toutes les autres forces sont anéanties, seule la force étatique peut renaître de ses cendres et prétendre reconstruire une vivacité collective. Quitte à lui redonner à une autonomie après la reconstruction d'une base solide.

127. L'après-guerre était propice à un tel positionnement de l'État y compris auprès de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. Le sentiment qui y prévalait était que « *l'interventionnisme de l'État ne peut être rejeté d'une façon dogmatique en ces années d'après-guerre* »²²⁰. Mais comme il fallait s'y attendre, les acteurs économiques, privés principalement, acceptaient de moins en moins la présence de l'État. Ce dernier se retrouva donc dans une situation qui lui impose de modeler sa stratégie. S'il ne s'agissait pas de renoncer à intervenir, il était clairement question de mieux « faire passer la pilule » de son action économique dont la seule contrepartie, pour les acteurs économiques privés, était « *l'annonce et la préparation effective du retour au libéralisme* »²²¹. C'est cette nécessité de prise en compte des aspirations des acteurs privés qui sera décrit ci-après comme une intervention négociée.

Section II- Le passage d'une intervention assumée à une intervention négociée

128. La légitimité de l'intervention de l'État dans la sphère économique, devenue nécessaire par la force des circonstances, notamment après la Seconde guerre mondiale, s'atténuait au fur et à mesure que la reconstruction aboutissait. Il y avait une véritable mutation des objectifs économiques de l'État dans les décennies suivant 1945 aussi bien dans l'espace que dans le temps (§I). Les années qui avaient suivirent furent le théâtre d'autres bouleversements de l'économie mondiale. Les prémisses de la mondialisation économique s'avérèrent tout aussi

²¹⁸ *Ibid.*, 38.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ FRANK R., « Se moderniser face aux grandes mutations (1945-1970) », in FRANCK M. (dir.), *ibid.*, p. 243.

²²¹ *Ibid.*, p. 250.

déterminantes dans la posture de l'État vis-à-vis des acteurs privés et la naissante société de consommation (§2).

§1- La mutation des objectifs économiques de l'État

129. La mutation des objectifs économiques de l'État est dictée par diverses réalités. Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, plusieurs facteurs étaient réunis pour que cette mutation s'opère. Le changement d'une politique économique se base sur l'un des facteurs suivants : une guerre, une crise ou une alternance politique. En 1945, on retrouvait simultanément les trois facteurs. Deux guerres en moins de deux décennies, ponctuées par la non moindre crise de 1929, dictèrent logiquement l'adoption d'une nouvelle politique économique dans le but de reconstruire et d'envisager plus sereinement l'avenir. Ce qui impose de traiter la question du rôle économique de l'État dans le temps (**A**) sans omettre la nécessité de revenir sur sa mutation dans l'espace. Lequel espace, à son tour, était sur le point de devenir un des facteurs clés de la stratégie des États et les acteurs économiques privés eu égard à la naissance d'un phénomène appelé mondialisation (**B**).

A- L'hétérogénéité du rôle économique de l'État dans le temps

130. Il convient de noter au prime abord que le rôle économique de l'État est immuable dès lors que sa fonction n'est peut-être réduite à la caducité (*I*). D'où la nécessité d'affirmer, avec la même parcimonie et la même force, l'importance du renouvellement de ce rôle économique (2). Ce renouvellement est à la fois gage d'effectivité et d'efficacité et de l'action économique de l'État tant les velléités vis-à-vis de son intervention sont grandes.

1- Un rôle économique immuable

131. Envisager le rôle économique de l'État dans le temps, c'est retracer ses positionnements aussi changeants que déterminants au fil des années vis-à-vis de l'économie. Aussi loin que puissent se projeter la modernité et la globalisation économique, l'État doit se pérenniser²²². Friedrich Hayek affirme à juste titre qu'il « *n'y a pas de système rationnellement soutenable*

²²² Une globalisation économique qui ne laisse pas indifférent le droit économique. À ce propos, l'exemple de la globalisation des concepts juridiques concernant le droit de l'environnement nous paraît pertinent. Cf. MORAND-DEVILLER J., BONICHOT J.-C., « Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement », *Lettre recherche droit et justice*, 2008, n° 31, p. 4 et 5 ; AUBY J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 2003, 1 vol., 154 p.

dans lequel l'État ne ferait rien »²²³. Affirmer une évidence qui devient de moins en moins nette ne signifie pas pour autant que son rôle économique doit être figé, imperméable, vertical et raide à tous les niveaux. Peu avant le déclenchement de la première guerre mondiale, l'objectif était celui d'impulser une industrialisation de masse et rattraper l'écart vis-à-vis de l'Angleterre, de l'Allemagne voire des États Unis²²⁴. Cette volonté n'a pas été stoppée nette mais elle subit les effets considérables de la guerre. D'où la politique particulière de relance appliquée à partir de 1920. Celle-ci consistait à poursuivre la dynamique des grandes entreprises mais aussi la mise en place des droits sociaux pour les ouvriers. L'époque fut un véritable exercice d'équilibre entre dirigisme et liberté pour les entreprises. Un autre seuil sera atteint en 1929. L'État était déterminé à ne plus laisser la conduite de l'économie aux acteurs privés même si ces derniers ne comptaient pas pour autant sacrifier les acquis qui sont les leurs. Ainsi, « *la crise des années 1930 renforce le débat politique entre partisan du dirigisme et défenseurs du libéralisme, en particulier au moment du front populaire en 1936 (...). Les radicaux dont on dit alors qu'ils ont "le cœur à gauche et le portefeuille à droite"* sont opposés par principe à l'intervention de l'État dans l'économie »²²⁵. Un regard rétrospectif sur ce contexte est intéressant en ceci qu'il restitue un certain paradoxe, du moins un bouleversement de situation instructif. Aujourd'hui, tout porte à croire que c'est la gauche qui est plus prompte à prôner l'interventionnisme. Le paradoxe peut aller plus loin si on jette un regard sur les reproches que la même gauche adressait à l'État, l'accusant d'être trop permissif à l'égard de la Chambre de commerce et d'industrie. L'intervention économique de l'État, dès lors qu'elle répond aux impératifs de l'ordre public économique, n'est ni de gauche ni de droite²²⁶.

132. Dans la continuité de cette perspective d'intervention vacillante, mouvante et parfois même complètement bouleversée, il faut noter la pérennité de l'action étatique même si elle fut, à certaines époques, très réduite. Le paroxysme de la morosité du contrôle de l'État sur l'économie fut constaté pendant l'occupation. Cette parenthèse douloureuse intervient peu après une farouche opposition idéologique dans l'intervalle 1930-1939. Les gouvernements successifs jonglaient, comme susdit, entre *déflation* et *reflation*, entre promotion du laisser-faire et dirigisme prudent. Tous étaient conscients de la fragilité de la situation, raison pour laquelle, « *toutes ces politiques ont un point commun : elles consacrent le principe nouveau d'une*

²²³ HAYEK F. A., *La route de la servitude*, op. cit., p. 45.

²²⁴ Cette industrialisation fut considérée comme « la deuxième vague d'industrialisation » après la révolution industrielle de la fin du XIX^{ème} siècle.

²²⁵ FEIERTAG O., *L'économie française de 1914 à nos jours. Le temps de la mondialisation*, op. cit., p. 8.

²²⁶ Elle se doit simplement d'être effective et efficace et, si les circonstances s'y prêtent, efficient.

responsabilité de l'État face à la crise économique. Cette responsabilité trouve à s'appliquer au premier chef dans la politique financière menée par les gouvernements successifs de la période. La gestion de la dette publique, parce qu'elle constitue alors la majeure partie de la capitalisation boursière et de l'actif des banques ». Dans une telle configuration « *l'État peut espérer relancer l'économie en mettant fin à la grande panne de l'investissement qui marque les années 1930* »²²⁷. La situation de 1945 était telle qu'il fallait mettre toutes ces divergences de côté, ne serait-ce que temporairement, et envisager ensemble un avenir stable. Dans la mesure où l'amélioration de la situation et l'évolution du contexte imposait à l'État, à l'époque comme aujourd'hui, non pas le retrait mais une intervention dont les modalités sont sans cesse renouvelées.

2- Un rôle économique renouvelable

133. Si la fin de la Seconde guerre mondiale, suivi du plan Marshall, correspond à la mise en place de ce que certains auteurs appellent « *The Welfare State* »²²⁸, l'histoire montre que cette bienveillance étatique, qui s'étend quasiment de 1945 à 1980, était d'une réussite remarquable. Elle se ressentait dans tous les domaines. Sur le plan économique, d'un côté comme de l'autre, elle impulsait les entreprises et multipliait les initiatives sociales à l'endroit des couches fragiles de la société. Cette situation correspond peut-être mieux à ce que Léon Blum considérait, en 1936, comme « *une gestion loyale du capitalisme* »²²⁹. Entendait-il par-là prendre ce qui convient du capitalisme et conserver la particularité française dans la prise en compte des couches fragiles de la société ? Cela semble en tout cas correspondre aujourd'hui à la conception de l'intérêt général dans sa globalité et du service d'intérêt économique général en droit européen²³⁰.

134. Le renouvellement du rôle économique de l'État, peu après 1945, se ressentait aussi dans la modernisation de la pratique des affaires. La mise en place de la Commission des prix²³¹, dont le rôle déterminant fut sans conteste, rentre dans ce cadre-là. En effet, la mise en place d'entreprises puissantes, qu'elles soient du privé ou du public, impliquait l'impulsion d'une politique de contrôle et d'orientation économique dans le respect d'un certain nombre de règles.

²²⁷ FEIERTAG O., *L'économie française de 1914 à nos jours, Le temps de la mondialisation, op. cit.*, p. 8.

²²⁸ *Ibid.*, p. 8.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ On y reviendra dans la suite de ce travail. En effet, le droit européen dans sa particularité et sa singularité vis-à-vis du droit anglo-saxon, notamment à l'égard du droit américain, semble défendre une position non moins intéressante et singulière sur cet aspect.

²³¹ Ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945, relative aux prix.

Ce droit nouveau deviendra, dans les années 80, de manière beaucoup plus lisible, une véritable politique concurrence. Dans la même logique de renouvellement du rôle étatique, la profusion, dans les années 60, de plusieurs grands enseignes avait aussi conduit à renouveler le rôle de l'État dans ce domaine en ayant comme principal objectif la sauvegarde des petits commerçants qui ne sont pas moins indispensables à la santé économique du pays. La consommation de masse ne devait pas avoir comme corollaire immédiat la disparition du commerce de proximité, d'où la vigilance, non sans difficulté, de l'État dans le maintien de cet équilibre. La mondialisation naissante de la consommation soulevait déjà d'autres équations à résoudre dans la mesure où et l'État et les acteurs économiques ne pouvaient plus envisager le monde comme auparavant. La limite de la territorialisation de la consommation et du marché se posait donc avec acuité.

B- La mutation du rôle économique de l'État dans l'espace

135. L'État d'aujourd'hui ne peut être celui d'hier. Et si celui demain tentait de rester comme il est aujourd'hui, il s'écroulerait sous son propre poids en raison de son inadaptation. La territorialité de l'État et son pouvoir économique ont été secoués par la mutation dictée par la mondialisation de l'économie. L'un des trois piliers qui définissaient l'État d'antan ²³² semble totalement émietté et affaibli au point qu'un pouvoir politique ne se risquerait plus de fonder une décision touchant à l'économie sur la seule délimitation géographique de son territoire. Et comme nous le verrons un peu plus en détails dans le développement ce travail²³³, l'interdépendance de l'économie mondiale est telle que le rétrécissement du territoire étatique se révèle anodin et quasiment normalisé.

136. Il est néanmoins évident que laisser entendre que l'État vivait en autarcie avant la mondialisation économique telle qu'on la vit et perçoit aujourd'hui reviendrait à nier une des vérités historiques les plus banales. Des empires, des caravanes et d'autres mécanismes d'échanges interétatiques ont toujours existé. La différence avec « notre mondialisation » tient simplement au fait que l'interdépendance n'était à l'époque pas aussi systémique que ne l'est aujourd'hui l'économie mondialisée, globalisée et, somme toute, beaucoup plus fragile qu'il n'y paraît. La crise sanitaro-économique dans laquelle nous sommes et dont l'issue demeure encore très incertaine nous en donne une illustration. Elle l'illustre d'autant plus bien qu'on se

²³² L'État a pendant longtemps été identifié par son territoire, sa population et un pouvoir politique s'exerçant sur les deux premiers.

²³³ Cf. notamment § 731 et suivants.

rend compte qu'aucun pays ne peut permettre contrôler la propagation de la pandémie sans se soucier de la façon dont elle gérée de l'autre côté, non pas de sa frontière comme l'aurait voulu la notion de territoire, mais de l'autre côté de la planète.

137. Aussi, il ne faudrait pas céder à l'exagération tendant à démontrer que l'État n'a plus aucune assise territoriale. La démonstration consiste surtout à souligner à quel point la souveraineté économique de l'État est beaucoup moins tangible que d'autres aspects des souverainetés. Toute l'imagination se doit donc de se mobiliser pour que d'une part, l'État ne renonce pas à cette souveraineté économique et que d'autre part, il ne culpabilise pas à tort et à travers une mondialisation économique qui, à tout prendre, demeure inéluctable. L'État ne devrait plus se contenter de faire avec la mondialisation, il devrait la circonscrire et, dans une certaine mesure, la façonner et la faire.

§2- La mondialisation naissante comme facteur déterminant de la mutation

138. Changer, adapter, réinventer voire restructurer les modalités d'intervention de l'État dans l'économie, on l'a vu, sont intrinsèques au fonctionnement même de celui-ci dans un monde mouvant et ponctué de crises et de guerres. Cette instabilité prend une toute autre envergure malgré le succès enregistré quelques dizaines d'années suivant la Seconde guerre mondiale. L'époque communément appelée « *les Trente glorieuses* »²³⁴, correspondant à la fois à une montée de la croissance économique et à la gestation d'une société de consommation (**A**). Cette dernière bouleverse les pratiques quotidiennes et les politiques économiques. Une tendance qui continuera à influencer l'action et la réaction de l'État dans le domaine économique jusqu'au début des années 90, époque correspondant à l'éclosion généralisée de l'Internet. Un facteur nouveau et quasi inattendu mais qui, à partir des années 2000, révolutionnait à jamais les rapports entre l'État et ces nouveaux acteurs économiques dont la puissance et l'expansion n'ont rien de commun avec ce qui existait auparavant (**B**).

A- Les « 30 glorieuses » comme prémisses d'une société de consommation

139. Cette période d'apogée économique qui résultait à la fois des politiques de relance et du plan Marshall, constitue le germe d'une véritable tendance économique (**I**). Toutefois, ce boom

²³⁴ Expression dont la paternité est attribuée à Jean Fourastié. Cf. FOURASTIE J., *Les Trente glorieuses. Ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, Hachette, 1979, 288 p.

économique aura certes des conséquences positives dans certains domaines, mais elle constitue également une alerte sur les possibles dérives d'une société à outrance consumériste (2).

1- La naissance d'une nouvelle tendance économique

140. C'est en se basant sur cette dynamique retrouvée durant les décennies d'après-guerre que l'État compte canaliser les acquis mais également propulser la production économique. Le chemin était ainsi clair. « *Une fois la paix revenue, comme par compensation, la France a connu, selon les expressions de Jean Fourastié, une véritable 'révolution invisible' pendant trois décennies, 'les Trente Glorieuses'*²³⁵, c'est-à-dire une mutation économique et sociale fondamentale qui, à bien des égards, l'a fait rattraper nombre de retards sur les autres pays industrialisés »²³⁶.

141. Cette tendance économique fut miraculeuse et d'une réussite surprenante au point que certains la qualifient de « *phase vertueuse de la mondialisation de l'économie française* »²³⁷. Cette situation vertueuse fut la résultante d'une parcimonie des politiques économiques. S'ouvrir au monde sans ruiner ni remettre en cause les particularités de ce qui est présenté comme « *paradoxe* » de l'économie française. La réussite de cette époque repose donc sur « *sur l'articulation harmonieuse créée après la Seconde guerre mondiale entre le modèle de l'économie nationale et le système économique international. C'est l'un des facteurs clé, assurément, de la croissance exceptionnelle des Trente Glorieuses* »²³⁸. Le contexte de l'après-guerre n'était sans doute pas la plus belle tranquillité pour mener des réformes, mais force est de constater que la pression qu'exerce aujourd'hui la mondialisation économique sur l'État n'a rien de commun avec les difficultés d'alors. La mondialisation économique du XXI^{ème} siècle est plus féroce, plus secouant et davantage insaisissable, même si elle a pris son élan pendant ces années (entre 1945 et 1973). La consommation de masse, la conquête du marché mondial par les multinationales, l'avancée de l'intégration économique européenne, le germe de l'Internet et bien d'autres aspects sont autant de facteurs qui ont donné naissance à une mondialisation qui, ponctuellement il y a quelques années et régulièrement, si ce n'est quotidiennement le cas aujourd'hui, renvoie des signaux forts de sa force et de son expansion.

²³⁵ FOURASTIE J. cité par FRANK R., « Se moderniser face aux grandes mutations (1945-1970) », art. cit., p. 239.

²³⁶ *Ibid.*, p. 239.

²³⁷ *Ibid.*, p. 241.

²³⁸ FEIERTAG O., *L'économie française de 1914 à nos jours. Le temps de la mondialisation*, op. cit., p. 14.

2- Les conséquences d'une nouvelle mode de consommation

142. Cette période de croissance économique et de flambée démographique constitue un des effets positifs des différentes politiques économiques menées depuis l'armistice. Elle était non seulement la conséquence des plusieurs années de politiques économiques ambitieuses dictées par la reconstruction, mais elle allait devenir, peut être sans que l'on s'en rendit compte, le soubassement d'un autre monde. C'est-à-dire la mondialisation des échanges, du marché et des acteurs économiques. Avec la naissance du « *village planétaire* »²³⁹, d'énormes questions se posaient donc. Notamment celles de savoir quelle réaction et quel avenir pour les États dans un tel contexte ? Les politiques économiques adaptées et la qualité des produits de consommation dans une production de masse étaient aussi autant d'enjeux cruciaux auxquels l'État devait faire face.

143. La responsabilité et la vigilance à l'égard de cette nouvelle tendance étaient déterminantes. Cette même croissance forte oblige les autorités à faire preuve d'une certaine évolution car le temps de ne plus chercher à tout contrôler était venu. Le choix stratégique était sans équivoque puisqu'une autre démarche aurait eu toutes les chances de se heurter à l'inefficacité et à l'épuisement étatique. C'est pour cette raison d'ailleurs, semble-t-il, que le « *le plan de blocage des prix et des salaires de 1963 n'a pas eu les effets escomptés et n'était plus adapté à la forte croissance économique du moment* »²⁴⁰. Dans la même conjoncture, la construction européenne arrivait à un niveau tel qu'il était impossible d'ignorer cette exigence d'efficacité des mesures économiques prises par les différents États membres. Ainsi, le gouvernement de l'époque, même ayant évolué vers une sorte de « *contractualisation (contrats de stabilité, liberté contractuelle des prix, contrats de programme)* »²⁴¹ ne pouvait donc qu'être en phase avec l'évolution du droit européen qui « *consacre la liberté économique* »²⁴². D'où l'intervention dès décembre 1986 de l'Ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence.

144. À partir des années 80, le rôle économique de l'État prend une toute autre tournure. L'intégration économique européenne ayant eu des fondements solides et la transformation économique française étant, à son tour, bien intégrée dans cet ensemble mondialisé quoique

²³⁹ Expression attribuée au canadien Marshall McLuhan dans son ouvrage intitulé *The Medium is The Message*, paru en 1967.

²⁴⁰ COLIN F., *Droit public économique*, 5^e éd., Paris, Gualino, 2015, p. 274.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 274.

²⁴² *Ibid.*

maîtrisé, il en résulta un appui solide pour faire face à une mondialisation en germe certes, mais assez forte pour ne pas être sous-estimée. Parmi les aspects les plus déterminants de celle-ci, l'Internet et son expansion jouèrent un rôle plus que substantiel. C'est certainement en partie pour cela que les années 90 constituèrent un tournant tout aussi décisif. Elles correspondaient à la naissance d'entreprises fondées sur cet outil qui, dans les années suivantes et davantage aujourd'hui, constituent un vecteur important de secousses mais aussi des réussites économiques que connaissent respectivement les États et les acteurs régulés. Le droit de la concurrence ainsi instauré et de plus en plus formalisé, constitue un outil puissant dans la promotion et l'ordonnement des relations entre les entreprises aussi bien au niveau européen et que national. Quand bien même à certains égards le droit français de la concurrence semble plus abouti que le droit européen. L'exemple le plus éloquent étant à ce propos celui de l'abus de dépendance économique²⁴³. Il faut noter que ce droit a pu paraître, à certains moments, très difficile à manier dès lors que son strict respect semblait parfois défavoriser les entreprises françaises et européennes vis-à-vis des géants américains notamment. Partant, tout le travail, d'abord du législateur, ensuite du régulateur et du juge, est de faire en sorte que le droit régissant la compétition loyale entre les entreprises dans la conquête et la conservation de la clientèle soit observé et respecté, non sans prendre en considération l'aspect quelque fois « trop contraignant » que ce droit peut engendrer face aux concurrents mondiaux. C'est là toute la complexité de la tâche qui incombe au législateur et au juge économique dans la mondialisation économique. C'est pour toutes ces raisons que des inquiétudes mais aussi des espoirs ont émergé lorsque les procédures négociées telle que la clémence furent introduites dans cet arsenal législatif. Certains y ont vu une véritable confirmation de la faiblesse des États dans la répression des infractions à la concurrence alors que d'autres y voient plutôt une efficacité dans la volonté de faire respecter, bien qu'indirectement et *ex post*, mais de manière assez aboutie, les dispositions du droit de la concurrence. En tout état de cause, à partir de l'aube du XXI^{ème} siècle, le virage de la mondialisation économique sera plus que vertigineux.

B- Les années 2000 comme début de paroxysme d'une société économique globalisée

145. Dès l'entame du XXI^{ème} siècle, le monde économique entra aussitôt dans une nouvelle ère. L'Internet, développé une dizaine d'années plutôt, commença alors à porter des fruits économiques assez concrets. Les modes de création de richesses et de consommation

²⁴³ Prévus à l'alinéa 2 de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

changèrent radicalement au point que cette dématérialisation de l'économie sonna comme un bouleversement dans le quotidien des citoyens et des entreprises (1). Mais vis-à-vis des États, c'était une complexité supplémentaire dans l'encadrement juridique de l'économie. Le paroxysme fut atteint lorsqu'il apparaît que des entreprises se sont révélées cruciales tellement leur puissance économique s'est avérée forte et, *de facto*, leur encadrement juridique difficile (2).

1- Une dématérialisation poussée de l'économie

146. La dématérialisation poussée de l'économie n'est plus une question marginale pour les États. L'économie numérique au sein de la mondialisation est devenue un vecteur de croissance et de liberté. Pour le droit économique, « *les aspects juridiques de la dématérialisation des échanges dans le commerce électronique* »²⁴⁴ deviennent de plus en plus importants à la fois pour le législateur, le juge et désormais de manière plus insistante, le régulateur²⁴⁵. L'économie ne fonctionne plus de la même manière qu'il y a un demi-siècle. Le droit qui l'encadre non plus. Cet encadrement juridique est d'autant plus fondamental que les plus puissantes entreprises mondiales ne peuvent être appréhendées sans prendre en compte cette profonde mutation. On pense ici aux GAFAs, regroupant les entreprises américaines que sont Google, Amazon, Facebook et Apple et sur lesquels on reviendra amplement dans le développement de ce travail²⁴⁶.

147. Dans cette perspective, il faudra envisager de traiter l'impact des entreprises dématérialisées sur la législation économique européenne mais d'abord et surtout sur la législation économique française. Cette démarche consistera notamment à démontrer dans quelle mesure le droit économique devrait procéder à une véritable adaptation. Cette dernière ne devrait pas signifier renoncement à la prétention du droit d'encadrer ce phénomène et d'octroyer les libertés économiques, de fixer les limites dans l'exercice de celles-ci ; mais une adaptation exigeante. Trouver cet équilibre est d'autant plus capital dans une économie mondialisée et dominée par les multinationales en grande partie américaines et lesquelles, comme nous l'avons constaté dans la récente affaire *Google* et le fameux argument

²⁴⁴ WARUSFEL B., « Aspects juridiques de la dématérialisation des échanges dans le commerce électronique », *LPA*, 6 févr. 2004, n° 27, p. 17 et s.

²⁴⁵ Il faut tout de même préciser que la notion de régulateur est assez vaste car il peut être incarné à la fois par le juge traditionnel et les régulateurs spécifiquement désignés à cet effet. Nous y reviendrons.

²⁴⁶ C'est l'appellation d'un groupe d'entreprises comprenant : Google, Apple, Facebook et Amazon. À ce groupe, il faut ajouter les NATU (Netflix, Airbnb, Tesla et Uber) ainsi que les géants chinois BATEX (Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi).

« *d'établissement stable* »²⁴⁷, semblent bénéficier d'un contournement stratégique des règles juridiques des pays d'accueil. Cette question cruciale ne se limite pas seulement à cette entreprise, elle est aussi valable pour les autres géants ayant à peu près la même envergure économique.

2- Une prolifération d'entreprises « cruciales »

148. La notion d'entreprise cruciale dont l'origine est attribuée à la Professeure Marie-Anne Frison-Roche semble venir au bon moment pour décrire un phénomène observable dans le fonctionnement des grandes entreprises. Elle désigne une puissance économique que détient un opérateur qui met les autres entreprises « *en dépendance par une sorte d'effet de nature* », et sa particularité se « *reconnaît en ce que le secteur ne peut fonctionner sans lui. Peu importe que l'entreprise soit puissante ou non, qu'elle soit publique ou privée, dotée ou non de droits spécifiques* »²⁴⁸. Même s'il semble difficile qu'une entreprise soit cruciale sans en tirer une puissance du moins un avantage vis-à-vis de ses concurrents, cette caractéristique décrit la réalité de certaines entreprises qui de ce fait ont poussé la législation à s'adapter. Les juges économiques cherchent également tant bien que mal à incorporer ce facteur déterminant dans le jugement des affaires économiques.

149. Cette « crucialité » se retrouve aussi bien dans les entreprises nationales que dans les entreprises multinationales, publiques ou privées, détenant des infrastructures essentielles ou tout autre aspect les rendant indispensables pour un libre exercice des activités économiques y compris et surtout pour leurs concurrents. Pour les multinationales, l'aspect crucial est plus déterminant dans la mesure où elles mettent leurs concurrents dans une dépendance hautement constatable. Elles ont également tendance, si ce n'est déjà le cas, à prolonger cette dépendance aux États. D'où l'intérêt stratégique de la régulation en général, mais de la nécessité d'une adaptation de celle-ci à cette « crucialité » afin de circonscrire au mieux la puissance de ces géants économiques. Au-delà de la régulation globale, on devrait penser à une « régulation cruciale ». Elle consistera à adapter les méthodes de régulation en fonction des entreprises discrétionnairement classifiées par le législateur et considérées comme cruciales en tenant compte de leur puissance économique. En vertu de ce statut, leur exclusion de la régulation globale sera gage d'effectivité et même d'efficacité de l'encadrement qui leur sera appliqué. On

²⁴⁷ À ce propos on reviendra de manière plus détaillée sur le paquet de décision du Tribunal administratif de Paris dans l'affaire opposant Google France et l'administration fiscale.

²⁴⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « Proposition pour une notion : l'opérateur cruciale », *Concurrence-distribution*, Dalloz 2006, n°27, p. 1895.

pense notamment à la possibilité d'aller au-delà de la régulation classique et homogène. Il serait important de penser à hiérarchiser les entreprises dans l'application de la régulation et surtout penser à explorer les possibilités d'une régulation *ex post* plus efficace, de sorte que les contournements perpétuels de la loi puissent être strictement limités à défauts d'être totalement éradiqués.

150. Face à la nécessité d'adaptation, en attendant l'anticipation de la prochaine fulgurance de la mondialisation économique, le législateur a mis en place un arsenal juridique permettant de répondre à certaines préoccupations de justice et d'efficacité économiques. Est ainsi intervenue, dès 2001, la Loi relative aux nouvelles régulations économiques²⁴⁹. Elle améliore les compétences des autorités de régulation, renforce les procédures de désignation des régulateurs, mais elle élargie surtout les compétences de ces derniers. Dans la même tendance, et dans le but de donner suite à de nombreuses années de pratique régulatoire, en 2008, le Conseil de concurrence, issu de la Loi du 26 décembre 1986²⁵⁰, devient l'Autorité de la concurrence. Ce fut une évolution majeure car renforçant la compétence décisionnelle de cette autorité transversale²⁵¹ par d'autres autorités de régulation sectorielle²⁵². Dans une logique aussi bien libérale, solidaire que moderne, la Loi sur la croissance et l'activité²⁵³ est venue plus récemment approfondir certains aspects dont la régulation doit se saisir notamment en matière de transport. L'évolution et l'adaptation sont en cours même s'il n'en reste pas moins que la régulation économique, dans sa mise en œuvre actuelle, devrait encore franchir un cap supplémentaire.

151. Ainsi traitées, toutes ces interrogations permettront de répondre à la question de la justification de cette recherche. Car parler de pouvoir administratif *exorbitant* peut paraître paradoxal et peut être même contreproductif dans une économie mondialisée en pleine fulgurance et de plus imprégnée de la *soft law*. Il n'en est rien car, on l'a vu, la force de l'État ne signifie pas la faiblesse des acteurs économiques, ce qui serait moins évident quand il s'agit de l'inverse. La force illimitée des acteurs économiques impliquerait nécessairement un risque pour l'État et les principes transcendants qu'il défend. Les acteurs privés peuvent, en toute justice et avec parcimonie, être soumis à l'État sans que cela ne leur soit abusivement

²⁴⁹ Loi du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, préc.

²⁵⁰ Loi du 4 août 2008, relative à la modernisation de l'économie, préc.

²⁵¹ Elle a aussi été renforcée dans son indépendance dès lors qu'elle ne dépend plus du Ministère de l'économie auquel il adressait des recommandations. Mais son indépendance se renforce également face aux acteurs économiques dès lors que son pouvoir de sanction a été renforcé.

²⁵² Au nombre desquelles on peut citer entre autres l'AMF, l'ARCEP, l'ARAFER, la CNIL, le CSA...

²⁵³ Loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, préc.

préjudiciable. Dans l'éventualité ou l'inverse se produirait, on ne peut garantir que la société puisse fonctionner en toute quiétude. Cela tient naturellement au fait que le premier, au-delà de la protection et de l'épanouissement qu'il doit garantir aux seconds, est tenu de garantir également des perspectives pour la société dans sa globalité et pour les couches vulnérables dans leur particularité. Que ces couches vulnérables soient des individus ou des petites entreprises, elles sont tout aussi indispensables pour un fonctionnement optimal de l'économie.

152. En raison donc de la vaste étendue de la question de la régulation économique, il est maintenant important de limiter les axes à traiter dès lors qu'une telle délimitation répond non seulement à un souci pédagogique mais également à un souci de clarté et de concision. Mais bien avant cela, est-il important de noter la corrélation entre la perspective historique de l'intervention économique décrite plus haut et les modalités actuelles de sa mise en œuvre.

Chapitre II- L'influence de l'histoire sur les modalités actuelles de l'intervention économique de l'État

153. La contextualisation historique de notre recherche trouve sa pertinence dans la volonté de démontrer à quel point la fin du XX^{ème} et le début du XXI^{ème} siècle sont déterminants dans la compréhension des rapports actuels entre l'État et les acteurs privés économiques. On a pu constater, à travers cette évolution que l'extension exponentielle du pouvoir économique des acteurs privés, conjuguée avec la volonté de l'État de réinventer et de remodeler ses interventions économiques, ont eu une conséquence considérable sur le rôle économique de celui-ci. Ainsi, avant de démontrer en quoi le pouvoir administratif exorbitant est indissociable de l'intervention économique de l'État (**Section I**), il apparaît judicieux de décortiquer l'état actuellement insatisfaisant de l'intervention de celui-ci dans une économie mondialisée (**Section II**).

Section I- L'état présentement insatisfaisant du rôle économique de l'État

154. Qu'il s'agisse de l'autorité législative, de l'effectivité des jugements rendus par les juges économiques ou même de l'efficacité des autorités de régulation, l'encadrement des acteurs économiques ne peut être l'apanage d'une instance autre que l'État ou ses démembrements. Celui-ci agit en tenant compte du contexte, des acteurs ainsi que des objectifs protégeant l'intérêt de tous. Eu égard aux bouleversements des situations économiques et à la puissance de certains acteurs économiques, l'intervention économique de l'État devient de plus en plus

insatisfaisante d'un côté comme de l'autre. Ceci s'explique par l'hostilité exprimée à tort ou à raison, par le libéralisme économique vis-à-vis de son intervention (§1). Laquelle hostilité, une fois conjuguée avec le recul incessant de l'État a, au nom de la liberté récurremment invoquée des acteurs économiques, finit par entraîner une timidité préoccupante du rôle économique de ce dernier (§2).

§1- L'hostilité traditionnelle du libéralisme face à l'intervention économique de l'État

155. Le libéralisme économique a pour vocation originelle l'épanouissement des entreprises dans leur quête de profits, de préférence sans subir une quelconque contrainte extérieure²⁵⁴. Cette position explique en grande partie son hostilité face à l'intervention économique de l'État (A). En droit interne rien ne s'oppose à ce que la régulation ait un caractère privé car « *il faut souligner que le droit communautaire est beaucoup plus réticent à voir confier des missions de régulation économique à des opérateurs privés* »²⁵⁵. Cette hostilité est toutefois à nuancer dès lors qu'il faut éviter les amalgames et les préjugés dont est l'objet le libéralisme économique (B).

²⁵⁴ Il est toutefois impératif de souligner que la façon dont certains conçoivent le libéralisme est loin d'être sa véritable définition. Car libéralisme économique ne suppose pas la mise à l'écart du droit et de l'État, au contraire. C'est ce qui amène un des fervents défenseurs de ce modèle à préciser que « *le libéralisme est fondé sur la conviction que la concurrence est le meilleur moyen de guider les efforts individuels. Il ne nie pas, mais souligne au contraire que pour que la concurrence puisse jouer un rôle bienfaisant, une armature juridique soigneusement conçue est nécessaire ; il admet que les lois passées et présentes ont des graves défauts. Il ne nie pas non plus que partout où il est impossible de rendre la concurrence efficace, il nous faut recourir à d'autres méthodes pour guider l'activité économique. Toutefois, le libéralisme économique est opposé au remplacement de la concurrence par des méthodes inférieures de coordination des efforts humains. Il considère la concurrence comme supérieure non seulement par ce qu'elle est dans la plupart des circonstances la méthode la plus efficace qu'on connaisse, mais plus encore parce qu'elle est la seule méthode qui permette d'ajuster nos activités les unes aux autres sans intervention arbitraire ou coercitive de l'autorité* ». À se fier à cette analyse, on comprend que la concurrence est ce qui préoccupe le plus ce modèle économique, d'autant plus que, surtout dans notre conception des règles de la concurrence, celle-ci ne signifie en rien le laisser faire absolue. Cependant, Mais il nous semble que les défenseurs de la concurrence pure et parfaite, dans son élan d'autorégulation, oublient de souligner, et ce de manière récurrente, la mutation possible sinon inévitable de la coercition. Cette dernière quitte la main de l'État et tombe dans la main des entreprises les plus puissantes et de ce point de vue, l'inertie de l'autorité étatique ne peut être que nuisible à l'idéal même de la concurrence car des acteurs économiques se verront imposer une conduite par d'autres acteurs économiques sans que cela ne puisse être justifiable. Il est préférable d'avoir une coercition raisonnable de l'État plutôt que d'avoir des contraintes excessives exercées par les entreprises dans l'unique but d'en tirer des profits déraisonnés. Cf. HAYEK F.-A., *La route de la servitude*, op. cit., p. 42.

²⁵⁵ AUBY J.-B., « L'interdiction de déléguer des pouvoirs d'intervention économique à des opérateurs privés », *DA* 2003, repère 2 ; NICINSKI S., *Droit public des affaires*, 5^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Domat droit public », 2016, p. 75.

A- Une hostilité exagérée du libéralisme face à l'intervention économique de l'État

156. L'hostilité du libéralisme économique vis-à-vis de l'intervention de l'État dans le secteur économique n'est pas aussi lucide qu'on pourrait le laisser croire. S'il appartient à l'État de définir la politique économique qu'il estime en mesure de répondre à ses objectifs et à ses exigences dans un contexte donné (2), il n'en reste pas moins que le libéralisme économique est un choix de politique économique comme un autre (1).

1- Le libéralisme économique comme résultant naturel d'un choix politique

157. Le choix de sa politique économique est l'une des conséquences les plus logiques de la souveraineté d'un État. Selon ce qui lui paraît en harmonie avec ses objectifs économiques et sociaux, il décide de la politique économique qui lui convient. Un tel choix n'est certes pas tout à fait systématique dans la mesure où la prise en compte du parcours historique, des mutations et des circonstances actuelles de sa vie économique ne peut être négligée. C'est d'ailleurs cette fidélité au parcours historique qui fait par exemple la particularité de l'État français vis-à-vis des pays anglo-saxons. Dans ces derniers, avec l'histoire économique qui est la leur, les politiques économiques semblent plus libérales qu'elles ne le sont en France dès lors que la place de la protection de l'individu, du citoyen, n'est pas abordée de la même manière.

158. La volonté de conserver son « identité économique » n'a pas empêché la France d'adopter certaines traditions anglo-saxonnes en matière de politique économique. Une adoption prudente et vigilante, mais une adoption quand même. Elle s'accroît de plus en plus à travers la mondialisation économique par le truchement de la tendance dite « d'harmonisation des affaires » dans le marché mondial. Cette posture, bien que vigilante, lui vaut la qualification de l'État stratège²⁵⁶ au sein duquel « *les décisions en matière de politique économique sont prises de manière discrétionnaire, selon les contraintes et les priorités spécifiques au secteur* »²⁵⁷ dans le but d'atteindre un certain nombre d'objectifs. Par voie de conséquence, le

²⁵⁶ L'autre définition de l'État stratège a été apportée par Sébastian Billows qui estime que « *par État stratège, nous entendons un État construisant ou participant à la construction de secteurs économiques de telle manière que ceux-ci remplissent des objectifs spécifiques liés à leurs activités* » alors que, précise-t-il, « *à l'inverse dans l'État régulateur, les règles tendent à l'universalité et doivent être appliquées à l'ensemble des acteurs de l'économie. Au lieu d'administrations spécifiques à chaque secteur, la régulation est assurée par des autorités indépendantes avec une compétence plus large. Celles-ci sont censées se tenir à distance des acteurs régulés* ». Cf. BILLOWS S., « La fin de l'État stratège ? La concurrence dans les politiques économiques françaises (1945-2015) », p.16. Cf. aussi TIRERA L., *L'État stratège*, Paris, L'Harmattan, 598 p.

²⁵⁷ BILLOWS S., VIALLET-THEVENIN S., « La fin de l'État stratège ? La concurrence dans les politiques économiques françaises (1945-2015) », *Gouvernement et action publique*, avr. 2016, n° 4, vol. 5, p. 16.

choix d'une politique économique plutôt que d'une autre relève du pouvoir discrétionnaire de l'État. Il lui appartient de choisir librement le libéralisme ou non. Le choix d'une telle ou d'une telle autre politique économique semble n'avoir d'importance que dans les résultats économiques et non-économiques que celle-ci procure. Il en résulte que le plus déterminant est loin le choix de la politique économique que les conséquences d'un tel choix et surtout la capacité et la grandeur de l'État d'assumer et de conduire ledit choix.

2- La politique économique comme compétence exclusivement étatique

159. L'expression de la compétence étatique se manifeste de plusieurs manières. L'expression de la politique économique est certainement aujourd'hui secouée plus qu'il ne l'a jamais été auparavant. Les raisons tiennent à plusieurs facteurs : la mondialisation des échanges économiques, la dissipation progressive de la territorialité des compétences étatiques, la dématérialisation de l'économie ainsi que l'expansion des géants économiques aussi forts que certains États²⁵⁸. Il n'en reste pas moins que l'élaboration législative, pour une bonne partie en tout cas, reste encore dans l'apanage de l'État. Le droit demeure encore « l'instrument » le mieux placé pour encadrer de telles réalités. Il est même plus que cela car le droit est le dispositif indispensable qui sert à dessiner et à circonscrire toute politique économique. Il lui appartient de d'assigner des objectifs à toute politique économique et de lui fixer les limites nécessaires à la fois pour l'atteinte de ses objectifs et celui de toutes les autres composantes de la société.

160. La condition qu'il serait important de rappeler ici, après l'effectivité du choix d'une politique économique par l'État, est celle de l'efficacité. Il est vrai que sa compétence exclusive dans le choix de la politique économique ne doit pas être l'unique manifestation de celle-ci. Encore faudrait-il que ce choix rime avec une certaine efficacité et un résultat probant dans la vie des acteurs économiques et des citoyens²⁵⁹. Dans une telle perspective, certains auteurs n'hésitent pas à affirmer que le droit doit être, non pas un handicap, mais un facteur de réussite de ce choix car « *une politique économique efficace doit être légalement organisée, de telle sorte que son utilisation en vue de réaliser le plein emploi des ressources, la stabilité des prix, ou la croissance accélérée du produit national, soit le moins possible handicapée par les contraintes qu'impose l'ordre juridique* »²⁶⁰. Cette expression juridique de l'État doit donc être

²⁵⁸ Du moins dans leur prétention.

²⁵⁹ Point de dogmatisme dans le choix d'une politique économique.

²⁶⁰ JACQUEMIN A., SCHRANS G., *Le droit économique, op. cit.*, p.15.

opéré non pas uniquement dans le but de contraindre, mais également et surtout dans l'optique de garantir un épanouissement et une santé économique des différents acteurs.

161. Cette parcimonie étatique qui combine encadrement, épanouissement et protection pour les uns et pour les autres est celle-là même qui impose et aux uns et aux autres de ne plus jeter l'opprobre sur l'État. Il est indispensable de déconstruire sinon de nuancer l'hostilité du libéralisme face à l'intervention économique de l'État. Car ce qui convient d'être appelé « *ambiguïté* »²⁶¹ de la politique économique française, qui n'est en réalité que sa véritable identité, un choix raisonné, ne doit en aucune manière être interprété comme une hostilité absolue vis-à-vis de libéralisme tel qu'il est conçu et perçu par les pays anglo-saxon. Pour une partie de la doctrine, il ne s'agit même pas d'une ambiguïté, c'est simplement une « *succession d'arbitrage* »²⁶² entre des intérêts en présence dont le but est celui d'atteindre tels ou tels objectifs juridiquement prédéfinis par l'État à travers son gouvernement. D'où l'intérêt de nuancer, y compris la position de certains défenseurs de l'ultralibéralisme ou de l'interventionnisme absolu.

B- Une hostilité nuancée du libéralisme face à l'État interventionniste

162. Les juristes se rendent de plus en plus compte que vouloir systématiquement opposer l'État, dans sa compétence législative et réglementaire, à l'économie, dans son fonctionnement spécifique, ne rime pas à grand-chose²⁶³. Cette prise de conscience, bien que non effective à bien des égards, est d'autant plus importante que de l'avenir la globalisation économique impose une cohésion ou du moins une compréhension mutuelle entre économistes et juristes. Les économistes devraient, à leur tour, réaliser que l'État et le droit ne sont pas des ennemis déclarés qu'il faut combattre et dont il faut à tout prix se débarrasser. Raison pour laquelle, il serait judicieux qu'ils entendent que l'État, défendu dans cette optique par les juristes, puissent jouer effectivement son rôle de garant (1). Ce rôle est d'autant plus important qu'aucune liberté pour les acteurs économiques n'est imaginable dans leur fonction de créateurs de richesses sans les garanties octroyées par l'État. En dehors d'une certaine harmonie, toute volonté de création de richesses peut très rapidement s'avérer improductive et inefficace (2).

²⁶¹ FEIERTAG O., *L'économie française de 1914 à nos jours. Le temps de la mondialisation*, op. cit., p. 10.

²⁶² BENASSY-QUERE A., PIERRE-JACQUET B. C., PISANI-FERRY J., *Politique économique*, 3^e éd., Bruxelles, De Boeck, 2012, 795 p. spec. p. 3.

²⁶³ Cf. VIDAL L., KIRAT Th., « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », art. cit., 25 p.

1- L'État comme garant du respect de la loi et de l'épanouissement des acteurs économiques

163. S'il arrive à l'État d'être assimilé à un acteur économique, il n'en reste pas moins qu'il s'agit en l'occurrence d'un acteur économique pas comme les autres. Outre les nationalisations ou la participation dans le capital d'une entreprise, il dispose de plusieurs manières d'agir directement ou indirectement sur l'économie. Sa particularité demeure en toute circonstance, dans la mesure où la préservation et la promotion de ce qui le définit le mieux, l'intérêt général, lui est indissociable. L'intérêt général a horreur de la restriction dès lors qu'il ne se conçoit pas uniquement comme une protection des citoyens vulnérables et des petites entreprises à l'exclusion des acteurs économiques puissants ou dominants. Ce serait nier l'essence même de l'intérêt général que de le concevoir ou de l'appliquer partialement voire partiellement. Permettre à une entreprise en bonne santé économique et détenant une position dominante de créer davantage d'emplois et, au-delà même, de s'implanter à l'international ou conquérir le marché mondial, est tout aussi fondamental que la protection des acteurs vulnérables contre les abus des acteurs puissants.

164. À se méprendre, on pourrait se demander si l'État est dans ces conditions à la fois juge et partie. Il demeure tout à fait dans son rôle lorsqu'il poursuit cet équilibre qui consiste à promouvoir les entreprises en même temps qu'il protège les parties faibles. Il lui appartient de garantir le respect des règles du jeu qu'il définit en fonction des objectifs qui lui semblent indispensables d'atteindre. La législation économique répond particulièrement à cette préoccupation dès lors qu'elle « *définit le cadre dans lequel les agents privés prennent leurs décisions. Ceci inclut par exemple la protection du consommateur, la politique de concurrence, la supervision des marchés financiers ou encore le contrôle des banques* »²⁶⁴. Il appartient à l'État d'offrir toutes les garanties pour que cette attitude, qui peut être perçue comme celle d'une dichotomie « juge et partie », ne compromette en rien sa capacité de se hisser et de défendre le droit des uns et des autres pour une société épanouie et stable. Cet équilibre demeure impossible, à bien des égards, si les perspectives de création de richesses ne sont pas garanties pour les acteurs économiques censés répondre *a priori* à un tel impératif.

²⁶⁴ BENASSY-QUERE A., PIERRE-JACQUET B. C., PISANI-FERRY J., *Politique économique*, 3^e éd., *op. cit.*, p.32.

2- La liberté des acteurs privés économiques : gage de création de richesses

165. Le principe a été posé il y a bien longtemps. La Loi des 02 et 17 mars 1791 sert de base à ce propos²⁶⁵. Ultérieurement « érigée en principe général du droit »²⁶⁶, cette loi abonde dans le sens que la liberté d’entreprendre des acteurs privés est autant fondamentale que leur respect de l’ordre public économique. Ce qui est sujet à modification, à réadaptation, ce sont les modalités d’exercice de cette liberté des acteurs privés économiques. Cette modélisation peut être dictée par plusieurs choses. D’abord par la nécessité d’atteindre certains objectifs et la sauvegarde de certains acquis²⁶⁷, ensuite par la redéfinition de ces objectifs et en fin lorsque, plus rarement, il faut tout remettre en cause et changer d’orientation.

166. L’État, pour rester dans son rôle de garant des libertés économiques, doit être en mesure d’impulser une dynamique permettant aux entreprises de créer, d’innover, d’embaucher, et même d’exporter ou de s’établir à l’international. Le monopole de la création d’emplois et des richesses ne lui est plus exclusivement dévolu et ce depuis bien longtemps. D’où l’importance d’insister sur la place de choix des entreprises privées et publiques concourant à la satisfaction de ces impératifs-là. Il demeure tout de même le garant du bon fonctionnement de cette liberté des acteurs privés, le respect de la concurrence, la protection des petites entreprises, ou tout du moins l’interdiction aux plus puissantes d’entre elles d’abuser de leur position dominante. Tout l’arsenal juridique devrait donc tendre vers cet objectif-là. L’objectif de rechercher la protection des faibles sans nuire aux puissants tout en encourageant l’implantation et l’expansion de ces derniers vers le marché mondial, demeure l’action lucide qui doit être celle de l’État. Dans la même lancée, une bonne partie de ce travail consistera à démontrer cette nuance et appeler à cette lucidité. Une parcimonie qui est d’autant plus importante qu’il serait une erreur d’appréciation que de la confondre avec une quelconque faiblesse de la part de l’État. C’est une appréhension tout à fait compréhensible dès lors que, dans les conditions actuelles, le moins qu’on puisse constater est que le rôle joué par ce dernier dans l’encadrement de la puissance économique des entreprises mondialisées devient de plus en plus timide.

²⁶⁵ Loi connue généralement sous le nom de « décret d’Allarde ».

²⁶⁶ CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, n° 00590 02551. Cf. aussi BRACONNIER S., « Les libertés économiques jusqu’à la crise de 1929 », *Lextenso, RDP*, n° 3, 01 mai 2012, p. 731.

²⁶⁷ On peut citer à ce propos la Loi du 22 mars 1936 interdisant pendant une période d’un an l’ouverture de nouveaux magasins à prix unique, renforcée par la Loi du 31 mars 1937 interdisant l’ouverture de nouveaux magasins à prix unique, *JORF* n° 0076 du 01 avr. 1937. Cette loi interdisait pendant une période d’un an l’ouverture de nouveaux magasins à prix unique, ainsi que le développement des magasins existants, soit sous la forme de la création de nouvelles succursales, soit sous la forme d’un agrandissement de ces magasins par l’ouverture de rayons nouveaux de marchandises.

§2- La timidité du rôle de l'État au regard de la proportion prise par la mondialisation économique

167. Si l'intervention économique de l'État pendant la moitié du XX^{ème} siècle fut, non pas impossible, mais un défi à relever, non seulement vis-à-vis des acteurs privés, mais aussi au regard des circonstances de crises et de guerres, qu'en est-il de son rôle aujourd'hui avec la dématérialisation et la puissance d'une mondialisation économique sans précédent ? La question est à la fois entière et centrale au point que certains misent même sur la disparition de l'État²⁶⁸. Se fondant en cela sur la « transfiguration » dont est l'objet l'État territorialisé tel qu'on l'a connu jusqu'à l'avènement de nouveaux acteurs internationaux²⁶⁹. Le débat est assez houleux pour départager ceux qui estiment que celui-ci n'intervient pas assez et ceux qui pensent qu'il n'a de choix que de rester flexible, timide ou recourir à une intervention modérée.

168. En tout état de cause, le renouvellement des modalités de l'intervention étatique semble plus que jamais gage de survie de cet animal juridique singulier dont les pronostics de disparition ne cessent d'être véhiculés (**A**). Mais la pérennité de l'État et la pertinence de son action économique, tirant leur fondement de la prétention si particulière de cette personnalité juridique suprême, peuvent être secouées mais jamais annihilées (**B**).

A- Le renouvellement de la prétention étatique comme gage de survie de la société

169. L'État doit à la fois son « malheur reluisant » et sa particularité enviable à sa prétention d'être à la fois la base, la finalité et l'ultime recours pour l'équilibre de la société et ses composantes. Cette prétention lui est intrinsèque (**I**). Néanmoins, la prétention semble ne plus suffire au point qu'il faille désormais mesurer la vivacité et l'efficacité de celle-ci (**2**). Vivacité qui ne signifie pas nécessairement conformité à la volonté de ce que des intérêts particuliers voudraient que l'État soit, mais un renouvellement dans la fidélité de ce qu'il est dans son essence et au regard de ses objectifs.

²⁶⁸ Cf. OLIVENNES D., DE SAINT PULGENT M., « L'État en crise : un échange », *Le Débat* 2000/5 (n° 112), p. 10-14. ; VERCAUTEREN P., « La crise de l'État dans l'Union européenne : Une sortie de crise par une refondation du sens », in Centre Thucyde-Analyse et recherche en relation internationale, *Annuaire français de relations internationales*, vol 2, Bruylant, 2000, p. 293 à 315.

²⁶⁹ À ce propos, les travaux notamment du Professeur Mohammed Salah seront d'une grande utilité Pour un début l'État se sentait déposséder de certaines de ses compétences par les organisations internationales, puis par les ONG et maintenant de manière plus accrue et plus sérieuses par les multinationales dont l'offensive n'a rien de commun avec les deux premières.

1- L'intrinsèque prétention de l'État

170. Face aux péripéties de l'histoire, l'État doit sa survie à sa prétention de ne céder ni à la fatalité, ni aux défis immenses de reconstruction même quand l'opinion publique n'y croyait plus. La prétention de décider, malgré les ravages d'une crise ou d'une guerre, qu'il y a possibilité d'incarner l'avenir et de proposer une issue et des perspectives économiques. Cette prétention n'est pas toujours suivie de succès, mais dans ce travail, on cherchera à démontrer que « *les prétentions décevantes* »²⁷⁰ de l'État sont parfois suivies de belles réussites qui ont su, à des moments clés de l'histoire et qui le seront certainement encore dans l'avenir, galvaniser des peuples meurtris et désespérés.

171. Dans l'état actuel de la mondialisation économique, il ne s'agit pas de rétablir la paix car le monde n'est pas en guerre. Il ne s'agit pas non plus de reconstruire l'économie après une quelconque crise car la dernière à être considérée comme telle date de 2008²⁷¹. Il s'agit néanmoins, d'une autre prétention, non moins importante : celle de circonscrire une économie mondialisée dans le but d'en tirer le maximum de bénéfices et d'en éviter les dérives. Faire en sorte que l'État puisse, non pas museler les acteurs économiques, mais soumettre ces derniers à un certain nombre de règles, notamment celles de payer convenablement les impôts par exemple. C'est une prétention qui se veut lucide dans son action mais déterminée dans l'atteinte de ses objectifs qui sont ceux de prévenir les dérives de la puissance économique de certaines entreprises. Faire prévaloir certains objectifs non-économiques dans une économie dont la mondialisation laisse souvent paraître que plus rien ne compte en dehors du profit. Le défi est clair dès lors que prétendre inclure certaines valeurs non-économiques dans la configuration économique actuelle du marché mondial se révèle être un objectif ambitieux, parfois trop ambitieux. C'est d'ailleurs pour cette raison que la prétention étatique ne doit pas se suffire à être ce qu'elle est, c'est-à-dire une simple prétention, elle doit de surcroît se montrer vivace.

2- La vivacité de la prétention de l'État

172. La vivacité de la prétention étatique de devoir maintenir l'équilibre entre les acteurs économiques ne se limite plus à l'effectivité du droit. Ce dernier semble ne plus suffire pour

²⁷⁰ LEROY-BEAULIEU P., *L'État moderne et ses fonctions*, Paris, Editeur des économistes, 1900, p.400.

²⁷¹ Même si la survenance de la crise sanitaire liée au Coronavirus (Covid-19), fin 2019-début 2020, a entraîné une déclaration de « guerre » sans chars ou avions de chasses à feu de la part de bon nombre d'États dont la France. Les conséquences économiques d'une telle guerre, quoique sanitaire, n'ont pas tardé à apparaître, bousculant les marchés financiers, signant le retour de l'État providence et un pouvoir administratif exorbitant limitant drastiquement les libertés publiques. L'Europe, à travers sa Banque centrale a débloqué pas moins de 750 milliards d'euros afin de racheter les dettes des pays européens et faire face aux répercussions économiques de la crise.

atteindre de tels objectifs. D'où l'émergence, depuis un certain temps, d'autres mécanismes permettant de consolider l'effectivité de celui-ci. Allusion faite plus particulièrement à la régulation économique et la compliance. La vivacité devrait donc s'exprimer aussi bien et avant tout par la loi, mais aussi par tous les autres mécanismes permettant la restauration ou la réhabilitation de la prétention économique de l'État. Cette vivacité correspond à une sorte « *d'ambition et d'efficacité* »²⁷² de la régulation économique. Illustrant ainsi le fait que l'enjeu n'est plus celui d'avoir l'ambition de réguler l'économie, il consiste plutôt à faire de l'efficacité un corollaire de ladite ambition.

173. Cette vivacité ne doit tout de même pas être confondue avec l'efficacité juridique telle qu'elle est conçue par les partisans du néolibéralisme. Il y a bien évidemment un message à entendre dans leur argumentation, mais pas au point de concevoir restrictivement et d'entériner un droit qui serait uniquement au service de l'économie. À ce propos, le « *modèle de justice* » dont nous parle Antoine Garapon peut servir d'illustration. Il estime en effet que « *la justice étant devenue un bien de consommation courante, il faut répondre à cette augmentation quantitative, qui se double d'une exigence de qualité* »²⁷³. Il en résulte que la vivacité de la prétention étatique ne doit pas exclusivement se refléter dans sa déclaration mais elle doit l'être aussi dans son impact sur l'efficacité de la justice. Le droit semble gagner en crédibilité lorsque, au-delà de son effectivité, il procure de l'efficacité au profit des acteurs économiques et de l'État. Aborder l'efficacité du droit ne signifie en rien renoncer à son effectivité dès lors qu'il demeure non pas l'unique mais la plus haute expression de la prétention étatique. Toute la complexité réside alors dans la mise en œuvre d'une telle prétention en tenant compte de la fragilité de certains acteurs économiques, de la conciliation des objectifs divers sinon contradictoires et de la pérennité de l'État.

B- La mise en œuvre de la prétention étatique comme gage d'autorité et de pérennité

174. La particularité de l'État, sa prépondérance ainsi que la lucidité de sa prétention lui imposent une certaine parcimonie tant sa mission dans l'économie mondialisée s'avère complexe et hétéroclite. Partant, une véritable subtilité accompagne l'action économique de l'État dès lors que son autorité, dans tous les domaines, ne doit rimer avec abus, mais doit se

²⁷² FRISON-ROCHE M.-A., « Ambition et efficacité de la régulation économique », art. cit., p. 59-66.

²⁷³ GARAPON A., « Un nouveau modèle de justice : efficacité, acteur stratégique, sécurité », *Esprit*, nov. 2008, p. 99.

manifester dans toute son effectivité (1). Également, sa lucidité ne devrait point être perçue comme une faiblesse. Cette perception est pourtant aujourd'hui tellement répandue que la doctrine, aussi bien économique que juridique²⁷⁴, devrait mettre en garde contre tout renoncement à l'autorité économique de l'État (2).

1- Subtilité de la mise en œuvre de l'autorité économique de l'État

175. Les mutations du monde ont atteint un point culminant dont l'une des conséquences les plus difficiles à « ingurgiter » pour les défenseurs de l'État et ses pouvoirs régaliens est celle de devoir accepter que l'autorité de l'État ne puisse plus être brandie sans la moindre critique. Elle conserve toute sa légitimité mais sa mise en œuvre obéit à tellement de concessions qu'on a l'impression qu'elle ne rime plus à rien. Elle semble être totalement érodée. L'évolution de la société, à travers ses modes d'apprentissage, ses libertés d'aller et venir, ses modes de consommation, mais aussi et surtout l'inévidence des concepts de territorialité économique de l'État, ont conduit ce dernier à s'adapter et à chercher à sauvegarder son empreinte sur le quotidien si furtif de la société de consommation, le tout dans une économie à la stabilité fugace. Une société qui voudrait que l'individu « prime » en toute circonstance sur la société. L'intervention de l'État est devenue globalement complexe à mettre à œuvre. Elle l'est encore davantage dans la sphère économique. Dans ce domaine, la subtilité et l'adaptation sont devenues les mécanismes permettant une mise en œuvre raisonnable de l'autorité économique de l'État. Cette situation qui donne l'impression que ce dernier doit se camoufler pour mettre en œuvre des prérogatives qui lui sont dévolues devrait pourtant trouver des limites.

176. Ceux qui réclament moins d'État en « l'implorant » tout de même face à la moindre difficulté renvoient un paradoxe assez frappant. C'est sans doute cette contradiction qui doit interpellier et consoler ceux qui estiment que quelle que soit l'avancée de la mondialisation et la place accordée à l'individu, fut-il au détriment du collectif et de la société, l'État doit garder son rôle et rester ce recours qu'on critique quotidiennement mais dont on réclame sans cesse la bienveillance, la protection. Il est tout aussi indispensable, non pas uniquement de vanter les mérites de la pérennité de l'État, mais de démontrer à quel point il serait dangereux, au sein d'une société mondialisée, de renoncer à l'autorité économique de celui-ci. Car au fond, *« c'est le contenu même de l'ordre public économique qui doit fondamentalement dépasser la seule*

²⁷⁴ Il peut paraître surprenant de demander aux économistes de faire appel à l'intervention de l'État. Pourtant, il y a bien des économistes conscients du danger de la faiblesse de l'État dans l'économie.

concurrence pour assurer la pérennité de l'État providence »²⁷⁵. Comme nous le verrons plus loin, la concurrence n'est qu'un objectif parmi tant d'autres des principes protégés par l'ordre public économique. Toute une illustration.

2- Le danger d'un renoncement à l'autorité économique de l'État

177. Au-delà des querelles idéologiques sur l'intervention économique de l'État, l'enjeu n'est plus de savoir s'il doit intervenir ou non. Il semble désormais être celui de savoir comment pérenniser cette intervention en la rendant autant effective qu'efficace. Dans une certaine mesure, rendre du mieux possible l'intervention économique prévoyante dans l'optique d'anticiper les bouleversements grandissants de l'économie mondialisée. Hubert Delzanglès et Sébastien Martin estiment dans ce sens qu'il « *serait bien difficile d'élaborer un panorama étendu des adaptations réalisées [ou à réaliser] par les régulateurs. Néanmoins, il semble intéressant d'attirer l'attention sur l'adaptation que doit amorcer un régulateur lorsqu'il est confronté à une évolution majeure pour son secteur* »²⁷⁶. Partant, vouloir anticiper les mutations économiques pour mieux les réguler n'enlève en rien la complexité d'une telle aventure. Il est impossible de tout anticiper mais ne rien tenter demeure encore plus hasardeux et pour le régulateur et pour les acteurs régulés.

178. Il est évident que le « maquillage » dont bénéficie l'économie de marché gagne du terrain. On lui prête des attributions qu'il n'a jamais eues et qu'il ne peut avoir en raison même de son essence et de ses objectifs. Selon une telle présentation « *le marché devient, pense-t-on, un censeur beaucoup plus impartial que l'État, dont les arbitrages peuvent être inspirés par la concussion et l'impéritie* »²⁷⁷. Estimé que l'impartialité, une des natures de l'État, serait soudainement devenue une autre qualité du marché, c'est faire l'apologie de la dérégulation. Le but d'une telle démarche n'est pas désintéressé car il consiste à démontrer que le bien être prôné par le marché. « *L'efficiency bien comprise est le meilleur garant du bien et de la justice. Toute intervention de l'État ou de la société, même avec les meilleures intentions du monde, est préjudiciable à l'optimum et ne peut que nuire à la justice* »²⁷⁸. L'ingéniosité du marché dans

²⁷⁵ VAUTROT-SCHWARZ Ch.-A., « L'ordre public économique », in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, op. cit, p.197 ; LEBEL G.-A., « La mondialisation : une hypothèse économique galvaudé aux effets dramatiques », in CREPEAU F. (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 5. Ces auteurs soulignent, tout comme Sophie Nicinski, la nécessité « *d'un ordre publique économique durable à l'image d'un développement durable* ». Cf. NICINSKI S., « Le mode de régulation », *RFDA 2010*, p. 735.

²⁷⁶ DELZANGLES H., MARTIN S., « L'évolution des objectifs de la régulation en France », in ECKERT G., KOVAR J-Ph., (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 121.

²⁷⁷ ALBAGLI C., « L'État, les agents économiques et les règles », *Mondes en développement*, janv. 2005, n° 129, p. 53.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 48.

sa démarche de globalisation consiste à s'attribuer des compétences qui, jusque-là, ne relevaient que de l'État. D'où l'importance de souligner que l'enjeu tient plus à l'organe qui exerce cette autorité économique, que la façon dont elle est exercée. L'autorité économique sera de toute manière exercée. Reste à savoir si elle le sera par un organe légitime, soucieux d'un certain équilibre de la société par le biais de l'intérêt général, en l'occurrence l'État²⁷⁹; ou est-ce qu'elle le sera par des entités poursuivant des objectifs de rentabilité économique, quand bien même celles-ci réussissent à s'attribuer un rôle qu'ils n'ont pas : agir pour l'intérêt de tous.

179. Alors, lorsqu'on aura réussi à faire avaliser l'idée que l'intérêt général et le bien-être de la société peuvent être, non pas seulement mis en œuvre, mais seront effectivement garantis par des acteurs privés économiques, on aura sur ces entrefaites renoncé aux aspects intangibles et indispensables à la consolidation et à la préservation de la vie en société, son harmonie et ses valeurs non-économiques. Car incarner une telle vocation est incompatible avec la poursuite de la recherche du profit et de la marchandisation. Il est fondamental, en plus de ces deux valeurs citées, que les mécanismes d'une société libre, entreprenante, juste et stable soient assurés par l'État. Il en est également ainsi de l'avenir de l'intérêt général, de l'équilibre des objectifs économiques et non-économiques, de la promotion des petites entreprises évoluant sous une menace quasi permanente d'abus de position dominante, de l'ordre public économique dans ses différentes manifestations, de la définition et de la modification de la politique économique. Par conséquent, sur ce point, quel que soit le mécanisme de sa mise en œuvre, l'intervention reste indispensable. Seul le degré de son exorbitance devrait faire l'objet d'adaptation.

Section II- Le pouvoir administratif exorbitant comme criterium indissociable de l'intervention étatique

180. L'État n'utilise ni systématiquement ni indéfiniment son pouvoir administratif exorbitant dans ses diverses interventions économiques. Il n'en reste pas moins que l'intérêt de cette force « tranquille » mérite d'être souligné dans une mondialisation économique dont l'expansion semble n'avoir d'égal que ses ambitions (§1). L'intérêt de ce pouvoir trouve son fondement et sa justification dans la fulgurance qui caractérise l'économie du XXI^{ème} siècle et ses acteurs (§2).

²⁷⁹ Largement entendu et incluant les autorités de régulation.

§1- La justification du pouvoir administratif exorbitant dans une économie en pleine fulguration

181. La capacité de l'État d'exiger le respect de l'équilibre entre les acteurs économiques de la société se manifeste de plusieurs manières. Que cette capacité soit exercée par le législateur, le juge ou même par le régulateur, est moins déterminant que le message renvoyé par un tel exercice : la mise en œuvre d'un recours ultime permettant la préservation et l'équilibre des intérêts en présence (**A**). Les pressions, internes ou externes, jugeant à tort ou à raison, allant même jusqu'à classer les États et leur ordre juridique, ont conduit ces derniers non pas, bien heureusement, à renoncer à leur pouvoir, mais à l'exercer de manière discrète dans leurs rapports avec les acteurs économiques notamment ceux du privé (**B**).

A- Le pouvoir administratif exorbitant comme ultime recours

182. La difficulté de la cohabitation entre l'État et les acteurs économiques est souvent dictée par une conception assez biaisée sinon erronée du pouvoir administratif exorbitant par ces derniers (**I**). Toutefois, se fondant sur des observations empiriques et sérieuses, démonstration semble être faite qu'une telle conception résulte davantage d'un faux procès que d'une réalité tangible (**2**).

1- La conception biaisée du pouvoir administratif exorbitant par les acteurs économiques

183. Si la crise de l'État ne fait plus débat²⁸⁰, la question de son éventuel renoncement à exercer les pouvoirs qui lui sont encore dévolus reste entièrement posée²⁸¹. Les difficultés qu'il rencontre dans l'encadrement de la mondialisation économique ne doivent pas être des motifs de son renoncement, au contraire, elles devraient l'inviter, voire l'intimer à se réinventer pour plus d'effectivité et, dans une certaine mesure, se lancer dans la quête de l'efficacité. La question n'est plus celle de savoir si le droit doit s'ouvrir à l'économie mais plutôt « *dans quelle mesure et à quel type d'économie* »²⁸². Autrement dit, l'enjeu n'est plus de savoir est-ce que l'État va incorporer la configuration actuelle de la globalisation économique dans ses actions,

²⁸⁰ Cf. DE BRUNHOFF S., BUCI-GLUCKSMAN M., POULANTZAS N., *La crise de l'État*, PUF, 1976, 348 p. ; ROSANVALLON P., *La crise de l'État-providence*, Paris, Seuil, 1992, 183 p.

²⁸¹ Aussi incongrue que cela puisse paraître, les pouvoirs de l'État sont désormais sélectionnés en fonction de ce qu'on considère être de son domaine ou non. Non seulement il n'exerce plus tous les pouvoirs mais, plus percutant encore, ceux qu'il exerce le sont soit de manière partagée, soit de manière exclusive mais assez marginale.

²⁸² VIDAL L., KIRAT Th., « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », in REVET Th., VIDAL L. (dir.), *Annales de la régulation*, op. cit., p.47.

elle est surtout celle de savoir comment et à quelle proportion. La réponse donnée par l'État définira par la même occasion la politique économique qui aura pour corollaire de clarifier le « type d'économie » qui lui paraît indispensable à défendre.

184. Défendre une politique économique qui soit aussi en mesure de prendre en compte la promotion et la sauvegarde de l'intérêt général et d'autres aspects qui décrivent l'ambiguïté non ambiguë de la conception française de l'économie, ne signifie en rien une hostilité vis-à-vis des acteurs privés économiques. Ces derniers semblent avoir la conviction que l'État fait tout pour leur compliquer l'exercice des activités économiques. Cette présentation de l'action économique de l'État est biaisée car contraire non seulement à la réalité mais aussi aux objectifs de l'État dans lesquels est incorporé l'épanouissement desdits acteurs. Il a tout son intérêt dans leur dynamisme d'autant plus que seul, il lui est impossible de prétendre créer les emplois pouvant couvrir toutes les demandes nécessaires. Il va de soi donc que les acteurs privés puissent s'épanouir et créer de la richesse. La seule exigence de l'État demeure la prise en compte effective des objectifs tels que la protection suffisante des couches vulnérables de la société. Même si les lois économiques ne suffisent pas à elles seules pour atteindre de tels objectifs²⁸³, elles jouent un rôle fondamental dans la mesure où elles permettent au moins de garder un certain équilibre. La vigilance de l'État doit rester de mise afin de protéger les couches vulnérables, consommateurs et PME, avant l'entrée en vigueur et la révision ou la réadaptation de ces lois économiques dès lors que les « *délais sont essentiels pour les couches sociales menacées* »²⁸⁴. Les moyens utilisés par l'État pour parvenir à cette protection essentielle peuvent paraître disproportionnés aux yeux de certains acteurs économiques d'où leur conception assez imprécise de l'action régaliennne de l'État. Or, l'exactitude d'une telle conception demeure très limitée dans la mesure où les objectifs défendus par l'État ne sont pas moins importants que l'épanouissement des acteurs privés économiques. Ledit épanouissement de ces derniers en est une partie intégrante.

2- Les limites d'un faux procès

185. Il est indéniable que la mutation économique du monde, depuis notamment la fin du XX^{ème} siècle et surtout en ce début du XXI^{ème} siècle, est sans conteste. Cette mutation draine de

²⁸³ Les lois fixent les objectifs à atteindre, circonscrivent les contours de l'action et des libertés des acteurs économiques. Cela peut paraître assez timide comme ambition de l'État mais c'est un outil hautement essentiel car sans les lois économiques l'on ne peut prétendre à aucun équilibre dans les rapports entre les acteurs économiques dominants ou protégés.

²⁸⁴ ALBAGLI C., « L'État, les agents économiques et les règles », art. cit., p. 54.

nombreuses conséquences dont la plus importante, du moins celle qui nous intéresse le plus, est le fait d'avoir poussé l'État jusque dans ses derniers retranchements régaliens. « *Alors que les États étaient avant les maîtres du marché, ce sont maintenant les marchés qui, sur ces questions cruciales, sont les maîtres des gouvernements et des États* »²⁸⁵. Si cette affirmation semble aller un tantinet trop loin dans la description des relations entre l'État le marché²⁸⁶, il n'en reste pas moins qu'elle décrit une réalité partiellement mais particulièrement pertinente des mutations que vit l'État aujourd'hui. Pour autant, est-ce une raison suffisante de déclarer aussitôt l'ascendance du marché sur l'État ? La réponse devrait être définitivement non même si à certains égards elle peut être beaucoup plus complexe qu'elle ne laisse paraître.

186. L'autre aspect qui découle du bouleversement, à la fois de la conception du rôle de l'État mais aussi de l'étendue de son action, est ce procès interminable que lui font les acteurs privés économiques. C'est tout le paradoxe d'un faux procès. Ces derniers considèrent, certainement à tort, que l'intervention de l'État serait systématiquement nuisible à la sphère économique. Dans le même moment, ces mêmes acteurs lui réclament non seulement un espace économique juridiquement sécurisé et stable pour l'exercice de leurs activités, mais aussi et surtout une « véritable » protection contre cette mondialisation qui porte dans son tourbillon des acteurs tellement puissants que toute concurrence, même présentée comme loyale, peut s'avérer rapidement inopérante. C'est en cela consiste le « faux procès » des acteurs économiques contre l'intervention économique de l'État. Il est faux car limité, partiel voire même partial²⁸⁷. Il va de soi que l'État, de son côté se doit, au même titre qu'il lui appartient d'assurer un environnement propice à l'exercice des activités des acteurs privés, d'octroyer un espace de protection des parties vulnérables de la société et donc de préserver l'intérêt général. C'est d'ailleurs ce « mariage d'objectifs différents » cumulé à la mondialisation économique qui l'a poussé à exercer de manière moins expresse son pouvoir administratif exorbitant dans le domaine économique.

²⁸⁵ STRANGE S., *The Retreat of the State: The diffusion of Power in World Economy*, Cambridge, Cambridge University press, 1996, p. 4. Cf. aussi COHEN S., « L'État face aux 'nouveaux acteurs' », *France diplomatie*, 2003. p.1.

²⁸⁶ Il est vrai que l'État a « perdu » un certain nombre de ses monopoles notamment régaliens mais ce n'est pas pour autant qu'il soit dirigé totalement par le Marché. L'intérêt général, le vivre ensemble, et même l'intérêt général économique, la protection sociale, la protection environnementale ; ne sont pas nécessairement des notions creuses et démunies de toute protection.

²⁸⁷ Il va de soi que les acteurs privés économiques ne puissent regarder que leurs intérêts en dehors de toute autre considération, mais c'est un luxe que l'État, de son côté, ne peut se permettre en raison de son ascendance et de sa prépondérance sur tous les acteurs.

B- La discrète mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant dans l'intervention économique de l'État

187. La volonté voire l'obligation de l'État d'exercer effectivement son pouvoir administratif exorbitant dans les situations où celui-ci est nécessaire (2), n'implique point une mise en œuvre sans conditions de ce privilège. Ceci est d'autant plus important à souligner que le domaine concerné est celui du droit économique. D'où la singulière nécessité d'un recours diligent au pouvoir administratif exorbitant dans la régulation des acteurs privés économiques (1).

1- La nécessité de diligence dans l'encadrement des acteurs privés économiques

188. Le fait même d'invoquer la diligence nous enseigne à quel point les mutations sont à la fois inéluctables et particulièrement profondes. L'encadrement de l'économie relève de la compétence de l'État mais pour autant la prise en compte de la fragile stabilité économique et les objectifs de croissance, amène celui-ci à faire preuve de diligence. L'État se montre, non pas moins regardant sur l'économie, car ce serait abandonner le sort du marché au bon vouloir des plus forts de ses acteurs, mais agile dans son intervention. Une telle diligence implique une prise en compte attentive des préoccupations des acteurs économiques dans leur globalité. Et ces derniers à leur tour, satisfont aux objectifs sociaux, environnementaux et d'intérêt général. On n'est plus dans les temps où il fallait penser que « *la tension entre l'État et le marché est fondée sur des oppositions irréductibles* » et défendre mordicus que « *les progrès de l'un [est nécessairement] acquis au détriment de l'autre* »²⁸⁸. La configuration actuelle de l'économie se reconnaît davantage dans la complémentarité entre l'État et les acteurs du marché. La protection, la clarté législative et l'encadrement offerts par l'un sont indispensables à l'épanouissement des autres. D'autant plus que cet épanouissement est hautement apprécié par l'État, dès lors que cela lui permet de satisfaire entre autres les demandes d'emplois ainsi que le dynamisme et le rayonnement de son économie dans un marché globalisé.

189. Cette diligence peut, dans certains cas et sous certaines conditions, se transformer en bienveillance à l'égard des acteurs économiques. Tel est le cas à l'égard des entreprises dont la fragilité justifie certaines exonérations, qu'elles soient fiscales ou même lorsqu'il s'agit d'aides d'État²⁸⁹. Le marché commun impose un traitement homogène de toutes les entreprises, mais

²⁸⁸ KRAMARZ F., TIBI Ph., *Plus de Marché pour plus d'État*, Paris, Eyrolles RB, 2016, p. 35.

²⁸⁹ Dans la mesure où l'État doit après tout garantir et promouvoir l'épanouissement des entreprises. Il en va de la dynamique de son économie.

dans le cadre des aides d'États, il y a des exceptions qui permettent de soutenir des PME notamment locales. Le droit de la concurrence est certainement connu pour sa rigidité mais lui aussi offre certaines garanties à ces PME dans leur épanouissement. Donc une sorte de bienveillance, de justice et de parcimonie. Toutefois, ces exceptions ne font pas de l'État, dans l'exercice de sa mission régulatrice de l'économie, un organe émetteur. Il lui appartient d'exercer ce pouvoir en toute effectivité dans l'intérêt et le maintien d'un ordre public économique équilibré et juste.

2- L'exercice effectif du pouvoir administratif exorbitant en matière économique

190. La diligence, la compréhension et dans certains cas la bienveillance de l'État vis-à-vis de acteurs économiques ne doit pas se traduire par un quelconque renoncement au respect de l'ordre public économique. Le respect de dudit ordre par lesdits acteurs implique une mise en œuvre effective du pouvoir administratif exorbitant. Le respect du droit de la concurrence dans sa globalité comprenant l'interdiction des abus de position dominante, la prohibition de la concurrence déloyale sont des exemples assez éloquents pour lesquels l'État ne doit rien concéder quant à leur effective mise en œuvre²⁹⁰.

191. Le pouvoir administratif exorbitant se manifeste de plusieurs manières dans le domaine économique. Exiger que l'économie satisfasse un certain nombre d'objectifs dans son épanouissement et dans sa quête de profit relève tout d'abord d'une ambition politique. Fixer les grandes orientations économiques, décider de la politique économique convenable au pays en fonction des circonstances et des ambitions de l'État, tels sont les responsabilités du Politique. Par la suite, de telles ambitions doivent se traduire par des règles juridiques lisibles, justes et protectrices de tous les acteurs économiques, puissants comme vulnérables. Cet équilibre, souvent perçu et présenté comme « *une obsession française* »²⁹¹, est pourtant fondamental dans la mondialisation économique. Les inégalités grandissantes dans la société et le rapport quasi conflictuel entre l'État et le marché suscitent toujours l'intérêt du Politique et c'est tant mieux²⁹². Les deux premières manifestations de l'ordre public économique sont renforcées par une troisième, non moins importante, qui est l'application de règles juridiques ainsi adoptées. C'est par le volet judiciaire de l'ordre public économique que les juges veillent

²⁹⁰ L'abus de position dominante, qui permet à une entreprise d'agir sans tenir compte de ses concurrents, tel qu'il fut défini et posé par cet arrêt reste, comme nous le démontrerons dans la suite de ce travail, encore pertinent. Cf. CJCE, 12 févr. 1973, *Continental can c./Commission*, aff. C-6-72, *Rec.*, 1973, p. 215.

²⁹¹ KRAMARZ F., TIBI Ph., *Plus de Marché pour plus d'État*, *op. cit.*, p. 34.

²⁹² Les deux auteurs précédemment cités estiment que c'est seulement ces deux aspects-là qui font exception aujourd'hui à « *l'exil du politique* » vis-à-vis de ses responsabilités.

au respect de la législation économique. En raison de la complexité des affaires économiques, due notamment à la technicité qui échappe parfois aux juges traditionnels, les régulateurs économiques, transversaux ou sectoriels, viennent en rescousse pour s'assurer du respect de l'ordre public économique. L'intérêt d'une telle vigilance et d'une telle parcimonie de la part des autorités chargées de mettre en œuvre le pouvoir administratif exorbitant semble prendre une importance capitale dans la mondialisation économique.

§2- L'intérêt du pouvoir administratif exorbitant dans la mondialisation économique

192. Dans un contexte d'économie mondialisée où la négociation et la *soft law* semblent avoir définitivement pris le dessus, il peut paraître paradoxal d'invoquer l'autorité. Mais la stabilité relative de la mondialisation économique impose la mise en œuvre, ne serait-ce que de façon *ex post*, d'une certaine autorité économique dont le but est d'équilibrer et de préserver les intérêts en présence (**A**). Cette mise en œuvre devrait s'inscrire, tant bien que mal, dans la logique de réhabilitation de l'État dans le tourbillon d'une mondialisation économique galopante (**B**).

A- Une stabilité aléatoire de l'économie mondialisée

193. Le véritable rôle économique de l'État consiste à poser les bases de la liberté des acteurs économiques, fixer les limites de leurs actions et leur assigner momentanément la mission de satisfaire un certain nombre d'objectifs au service de l'intérêt général, tout en leur assurant un espace d'épanouissement juridiquement sécurisé. En d'autres termes, son rôle consiste à octroyer les libertés, à laisser agir les acteurs et, en cas de nécessité, recourir au pouvoir administratif exorbitant pour rectifier les défaillances de ceux-ci (**1**). Cette intervention *ex post* ne signifie pas la relégation du contrôle *ex ante* qui soit en mesure d'assurer une certaine vigilance dans la responsabilité des acteurs régulés (**2**).

1- Un recours ex post au pouvoir administratif exorbitant

194. Au-delà de la liberté d'entreprendre, d'établissement et de circulation des biens et des services qui sont par principe définitivement acquis, il est indispensable de prendre toutes les mesures pouvant permettre l'épanouissement des acteurs économiques. C'est seulement lorsqu'il y a des abus dans l'exercice de cette liberté que l'État intervient pour rétablir l'ordre

public économique. Cette intervention *ex post* ne signifie nullement une autorisation *ex ante* d'abus octroyée aux acteurs économiques, elle demeure simplement une réponse exigeante d'un encadrement efficace, en raison notamment des contournements législatifs insistants opérés par lesdits acteurs. Il est important que l'État, à travers la régulation, puisse s'adapter à ces exigences nouvelles dictées par le marché et ses bouleversements. Il est vrai que l'intervention *ex post* pourrait permettre aux entreprises de recourir à la *violation efficace* de la loi²⁹³. Mais d'un autre point de vue, la régulation *ex post* peut aussi trouver sa vertu dans le fait qu'elle est plus à même d'apprécier les dommages et les sanctions relatives au contournement de la loi dans la mesure où la sanction devrait être proportionnelle, à tout point de vue, aux dommages causés par une telle violation.

195. Partant, l'exercice *ex post* du pouvoir administratif exorbitant en matière économique peut répondre aussi bien à la préoccupation d'effectivité des règles juridiques qu'à celle de l'efficacité des contrôles exercés. Un contrôle *ex post* peut aussi s'avérer efficace dans la prise en compte des bénéfices d'un acteur économique ayant volontairement et de manière préméditée instrumentalisé les règles de droit. Si on se réfère à l'affaire de *Google Ireland contre l'Administration fiscale française*, on se rend compte que le droit classique qui se contente de fixer les règles ne suffit plus à atteindre une telle efficacité²⁹⁴. Une régulation *ex post* aurait pu mieux défendre les intérêts de l'État dès lors qu'en l'occurrence, à la place du traditionnel argument de « *l'établissement stable* », on aurait appliqué le principe de la valeur réelle créée. C'est d'ailleurs ce que propose le Président de la République en indiquant qu'il faut désormais une « *taxation de la valeur créée* »²⁹⁵. Dans cette hypothèse on pourrait plus aisément se rendre compte de la limite d'un argument comme celui de l'établissement stable. La régulation *ex post* peut cependant, dans certains cas, trouver des limites qui pourraient être résorbées et endiguées par une régulation *ex ante*.

2- La nécessité d'une surveillance *ex ante* accrue

196. Tout comme dans la recherche de l'équilibre entre les objectifs des acteurs économiques et le respect de l'intérêt général, il est important de rechercher un équilibre entre les mécanismes

²⁹³ C'est une méthode qui consiste, pour les entreprises, à mettre en balance le respect et la violation des règles juridiques. Lorsque les coûts de la violation sont inférieurs aux gains que celle-ci peut octroyer alors le choix est rapidement fait.

²⁹⁴ Il est devenu nécessaire d'examiner régulièrement l'adaptation de la règle aux réalités et à la puissance des entreprises de surcroît lorsqu'elles sont considérées comme cruciales.

²⁹⁵ MACRON E., « Initiative pour l'Europe. Discours pour une Europe souveraine, unie, démocratique », La Sorbonne, Paris, 26 sept. 2017 (43ème minute, 30ème seconde, version viséo).

d'encadrement des activités économiques. Ainsi, la place accordée à la régulation *ex post* n'occulte pas l'importance et la nécessité d'une régulation *ex ante*. Il appartient d'abord au Politique puis au législateur d'octroyer aux régulateurs les pouvoirs et les compétences nécessaires permettant de déterminer ce qui relève ou non d'une régulation *ex post* ou *ex ante*. De la même façon, la question de savoir si une entreprise, remplissant un certain nombre de conditions, doit relever à la fois des deux régimes de régulation ou d'un seul selon les cas, sera soumise à la même appréciation.

197. La combinaison d'une régulation *ex ante* et *ex post* pourrait paraître lourde et donc un handicap pour l'épanouissement des entreprises. Pourtant, tout l'intérêt de la combinaison des deux mécanismes réside dans leur efficacité. Dans la mesure où, pour les autorités de régulation, ce mécanisme permettrait d'un côté, de s'assurer que les acteurs économiques sont en conformité avec les règles régissant leur domaine d'activité ; et de l'autre côté, les acteurs économiques pourraient avoir un intérêt dans la mise en œuvre d'une telle combinaison dès l'instant qu'ils seraient à l'abri d'une concurrence déloyale ou d'un abus d'un concurrent plus puissant. Dans le même ordre et dans un objectif beaucoup plus global, la combinaison d'une régulation *ex ante* et *ex post*, permettant aux autorités de régulation de rester en phase avec l'évolution du marché et des outils techniques qui y sont déployés, vise à pallier le caractère aléatoire du marché mondialisé. Ce dernier s'avère autant globalisé que fragile. Parant, dans une logique d'anticipation des rebondissements incertains de ce marché, il est tout autant utile que les autorités de régulations, au-delà du fait que cela réponde aussi à un souci de justice²⁹⁶, puissent être au courant de l'évolution du marché et donc être capables de prévenir d'éventuels crises.

B- La fondamentale question de la réhabilitation de l'État dans un monde globalisé

198. Parler de l'État dans l'économie semble devenir un tabou, plus particulièrement depuis l'hégémonie de la globalisation²⁹⁷. Un tel constat dénote la méconnaissance ou en tout cas la

²⁹⁶ Le fait, pour les autorités de régulation, de s'assurer que tous les acteurs économiques respectent les règles encadrant le marché répond effectivement à un souci de justice. Cela permet que tous les acteurs payent leurs impôts par exemples ou encore qu'ils respectent les objectifs non-économiques fixés par l'État.

²⁹⁷ Pour la définition et les distinctions entre mondialisation et globalisation qu'on utilise alternativement ici. Cf. dans ce sens HUWART J.-Y., *La mondialisation économique : origines et conséquences*, Paris, OCDE, 2012, 171 p. ; VERCAUTEREN P., GEERT D., *L'État face à la globalisation économique : quelles formes de gouvernance ?*, Paris, 2009, 282 p. ; DESBROSSE P., « Les programmes de Clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés », *RIDE*, 2010/2 (t. XXIV), p. 211-240 ; SIROËN J.-M., « Crise économique, globalisation et protectionnisme », *Politique étrangère*, avr. 2012, p. 803-817.

tentative de caricature dont le rôle économique de celui-ci est l'objet. Concevoir le rôle de l'État dans une logique dualiste pour ou contre l'économie est simplement erroné. Son rôle va au-delà de cette simplicité dès lors que sa réhabilitation et sa préservation conduisent à la sauvegarde de la société dans sa globalité (1). Les bouleversements liés à l'évolution de la société en général et du monde économique en particulier, nécessitent un recadrage et une réorientation tenant à des objectifs bien déterminés. Toutes ces considérations poussent à penser que, au sein de la mondialisation économique, il est indispensable de disposer d'un éventuel recours (2). Dans sa nature et dans la sacralité du symbole qui est le sien, nulle autre instance ne semble être mieux placée que l'État pour jouer un tel rôle.

1- De la réhabilitation à la préservation de l'État

199. S'il est vrai que plaider la réhabilitation de l'État dans la mondialisation économique peut paraître comme une reconnaissance de son impuissance, il n'en reste pas moins qu'il y a un appel inconscient de détresse de la mondialisation économique à la puissance étatique. Il est important de préciser que celui-ci a certainement fléchi à certains moments et sous l'influence de certaines circonstances, mais il n'a jamais disparu ni même renoncé à ses prérogatives. Ce serait donc une prémonition assez hasardeuse que de penser que la mondialisation économique va emporter l'État. Celle-ci exige tout l'inverse, que cela soit dans ses méthodes, dans ses manifestations et parfois même dans ses objectifs. La mondialisation économique exige de l'État une présence suffisamment intelligible pour deux raisons. Premièrement, pour octroyer aux acteurs de la mondialisation économique un environnement d'épanouissement qui se doit d'être sain. Deuxièmement, cette intelligibilité permet à l'État de préserver les valeurs immatérielles sans lesquelles la société ne peut tenir. Celles en l'absence desquelles on ne parlera plus de marché et encore moins de création de richesses.

200. Les critiques et les dénigrement dont font l'objet l'intérêt général et la prise en compte de l'humain et du vivre ensemble dans le marché se dissiperont et ces principes demeureront²⁹⁸. Même si l'évolution exige que leur mise en œuvre soit modélisée et réaménagée, il n'en demeure pas moins qu'ils resteront parce qu'il faut à juste titre que l'humain prime sur le marché. La prétention du droit économique devrait en conséquence être plus forte que les ambitions hégémoniques de la mondialisation économique. Cette dernière accentue et met en exergue les inégalités dont il appartient aussi au droit économique de participer à la réduction.

²⁹⁸ Il en va de la pérennité de l'essence même de l'État et de son irremplaçable rôle dans le maintien de l'équilibre de la société.

Il faut dans tous les cas noter que nulle autre institution ne peut se targuer de la légitimité d'incarner une telle prétention en dehors de l'État. Il lui appartient exclusivement de se dresser comme recours fiable tant pour les acteurs économiques que les parties vulnérables de la société.

2- L'indispensable construction d'un éventuel recours face à l'incertitude de l'économie mondialisée

201. Prôner la préservation d'une puissance étatique qui soit en mesure de faire face aux bouleversements contemporains et réinventer un avenir face aux incertitudes de notre société économique mondialisée n'est pas seulement dicté par une têtue répétition de l'histoire. C'est surtout une exigence dictée d'un côté par la globalisation économique et de l'autre par la nécessité de prétendre, en dépit des inévidences, à une société économiquement prospère mais indubitablement juste et soucieuse de l'humain. On pourrait nous rétorquer que les mutations économiques contemporaines ont relégué l'État et sa puissance au dernier plan. Un tel constat pourrait avoisiner la vérité, mais il constitue en même temps un motif supplémentaire de consolidation de l'État qui veille sur le vivre ensemble et l'intérêt général. Il ne doit en aucun cas être un argument de fatalisme face aux défis qui sont les nôtres. Nous ne devons pas nous habituer aux discours de « *déclassement juridique* » qui se manifestent par « *la délégitimation du droit par celle de l'État* »²⁹⁹. Ceci pour deux raisons principalement. D'une part, parce que ceux-là même qui prônent la délégitimation du droit et donc de l'État, sont les premiers à lui faire appel face aux périls et aux incertitudes. D'autre part, parce que les détracteurs de l'État ne disent jamais comment combler le vide que laisserait ce dernier dans un monde où la puissance publique est moins critiquée que sollicitée.

202. Concéder que la mondialisation économique a renversé bien de « *situations acquises* »³⁰⁰ n'empêche pas de constater tout autant que celle-ci « *croit les inégalités* »³⁰¹ et qu'il est plus que jamais nécessaire, dans les prérogatives du « *nouvel État* »³⁰², de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour « *un libre échange tempéré et régulé* »³⁰³. En d'autres termes, il y a nécessité d'un État renouvelé. Il n'est évidemment pas question de choisir entre « *l'État et le*

²⁹⁹ LEBEL G. A., « La mondialisation : une hypothèse économique galvaudée aux effets dramatiques » in CREPEAU F. (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, op. cit., 1997, p. 28.

³⁰⁰ REDOR D., *Les Gagnants et les Perdants de la Mondialisation*, Paris, Economica, 2007, p. 37.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 121.

³⁰² LAMARCHE L., « L'État désétatisé et ses fonctions sociales : Eléments de réflexion », in CREPEAU F. (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, op. cit., p. 252.

³⁰³ REDOR D., *Les Gagnants et les Perdants de la Mondialisation*, op. cit., p. 152.

marché »³⁰⁴, il y a surtout l'enjeu de savoir comment redynamiser et pérenniser l'effectivité de l'un tout en promouvant l'épanouissement de l'autre. C'est le cœur de l'exercice auquel il faut se livrer dans cette recherche.

Conclusion du Titre I

203. L'intérêt de repartir aussi loin dans l'histoire réside dans le fait que cette période constitue un tournant décisif dans le cheminement, en France et ailleurs, de ce qui sera ultérieurement appelé le droit économique. L'État n'a jamais cessé de chercher à intervenir, directement ou indirectement et à juste titre, dans le but d'éviter les déviances de l'économie libérale. Mais ce n'est pas pour autant que celui-ci eût disposé de toutes les marges de manœuvre car le secteur privé, par ailleurs bien organisé, a su pousser le pousser à prendre en compte certains équilibres dans la construction de la politique économique de l'État. Le rôle incontournable joué à cet effet par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris en atteste amplement³⁰⁵. Les rapports entre l'État et cette chambre furent tendus. « *La diversité des intérêts économiques qu'elle représente, son hostilité ancienne à l'ingérence de l'État dans la vie économique et sociale et son "indolence" n'en font pas un partenaire naturel des pouvoirs publics dans une phase de centralisation du pouvoir, d'intensification et de polarisation de l'activité économique* »³⁰⁶. Cette cohabitation façonnera la politique économique tant après la crise de 1929 qu'après 1945 et aboutira, entre autres, à la mise en place de la Commission des prix. Historiquement cette commission fait office d'ancêtre à la Commission de concurrence, laquelle deviendra par la suite un conseil avant de prendre la forme actuelle de l'Autorité de concurrence³⁰⁷. On peut aisément comprendre que la tâche ait été rude pour l'État dans son objectif de faire prévaloir la nécessité de son intervention à une époque aussi trouble que celle d'une crise économique prise en étau par deux guerres mondiales.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 258.

³⁰⁵ Nous reviendrons de manière plus en détails sur son rôle dans la préservation des intérêts des corporations qui s'avèreront utiles dans la suite des événements y compris pour l'État.

³⁰⁶ OMNES C., LESCURE M., « De la grande guerre à la crise : une adaptation difficile (1914-1939) », in FRANCK M. (dir.), *La Chambre de commerce et d'industrie de Paris (1803-2003)*, op. cit., 2003, p 182.

³⁰⁷ Avec notamment l'engagement et l'implication profondes de Bruno Lassere, Président de l'Autorité de la concurrence jusqu'en 2016. Cet engagement ressort également dans cet article. Cf. LASSERE B., « La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace », *Journal des sociétés*, 8 déc. 2008, n°61, 28 p.

Titre II- Les fondements juridiques du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique

204. Dans l'introduction de leur ouvrage de droit économique, Alex Jacquemin et Guy Schrans soulignent que « *tout ordre juridique a des répercussions, recherchées ou non, sur le système économique qu'il encadre, régit ou normalise* »³⁰⁸. Le pouvoir administratif exorbitant, en tant qu'expression juridique de l'autorité étatique dans la régulation économique, ne se soustrait pas à une telle évidence. Dans un État de droit, l'exercice d'une autorité, aussi nobles que puissent être les objectifs qu'elle défend, ne peut être effectué sans fondements juridiques et sans contrôle d'office ou après saisine des autorités judiciaires. Dans la régulation, il en va du respect de la liberté des acteurs économiques et de la légitimité de l'action des autorités publiques qui veillent au respect de l'ordre public économique. En droit allemand par exemple, on évoque clairement le pouvoir régalién dans la mise en œuvre de la régulation, en le définissant comme « *un ordre juridique, un processus de direction ou encore un mode d'exercice des pouvoirs régaliens* »³⁰⁹. Une telle conception renvoie à la finalité de la mise en œuvre d'un tel ordre et renforce l'idée selon laquelle l'usage des notions « régaliennes » en matière économique ne devrait pas être un tabou.

205. Le pouvoir administratif exorbitant constitue un corollaire du droit administratif dont l'application dans l'économie est perçue, à juste raison, comme une mise en œuvre de l'autorité de l'État dans le domaine économique (**Chapitre I**). En dépit de sa légitimité et malgré une récurrente sollicitation par la réalité économique, ce pouvoir fait l'objet d'une certaine contestation de la part de ceux qui sont dubitatifs quant à l'efficacité de l'autorité étatique dans le domaine économique (**Chapitre II**).

³⁰⁸ JACQUEMIN A., SCHRANS G., *Le droit économique*, 2^e éd., Paris, PUF, 1974. p. 5.

³⁰⁹ WALTHER J., « L'évolution des objectifs de la régulation en Allemagne : Bouleversements et continuité », in FEHLING M., RUFFERT M. (dir.), *Regulierungseracht*, Munich, Beck, 2010, p. 3 et s.

Chapitre I- Le pouvoir administratif exorbitant comme corollaire du droit administratif

206. La notion de clause exorbitante du droit commun a été définie par le Tribunal des conflits comme la « *clause insérant des droits ou des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales* ». Dans les arrêts *Axa France IARD*³¹⁰ et *Société Senseo*³¹¹, le Tribunal ajoute qu'il s'agit « *d'une clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs* »³¹². C'est dans cet esprit que le pouvoir administratif exorbitant sera envisagé dans sa manifestation en matière de régulation économique. Au nom des principes et d'intérêts supérieurs dictés par l'intérêt général, une autorité de régulation peut invoquer cette exorbitance à l'égard des acteurs régulés mais uniquement dans le but de préserver l'ordre public économique.

207. Le pouvoir administratif exorbitant n'est en réalité que l'usage d'un mécanisme dérogatoire dans la procédure de sa mise en œuvre, dans l'attitude d'une puissance publique dont le but d'atteindre un objectif qui justifie une telle dérogation. Dans le domaine de la régulation économique, le respect de la concurrence, le maintien de l'ordre public économique ou la préservation de l'intérêt général peuvent en être des justifications fondées. En dépit de toutes les critiques et au-delà des tentatives de discréditation du pouvoir administratif exorbitant dans le domaine économique prônées par une partie de la doctrine et quelques acteurs économiques (**Section II**) ; force est de constater qu'il demeure un pouvoir récurrentement sollicité (**Section I**).

Section I- Une prérogative étatique vivement sollicitée

208. Parler de l'importance et de la nécessité du pouvoir administratif exorbitant alors que l'autorité de l'État semble être diffuse et dans une profonde mutation, peut paraître prétentieux et exagérément optimiste. Néanmoins, eu égard aux fondements assez solides de ce pouvoir (§I), il faut constater qu'il résiste au temps et tente, tant bien que mal, de construire une

³¹⁰ T. Confl., 13 oct. 2014, *Sté. Axa France IARD*, n° C3963.

³¹¹ T. Confl., 09 févr. 2015, *Sté. Senseo*, n° C3982.

³¹² MORAND-DEVILLER J., BOURDON P., POULET F., *Droit administratif*, 16^e éd., Paris, LGDJ, 2017, p. 480. Cf. aussi les arrêts TC 13 oct. 2014, *Sté. Axa France IARD*, *supra* et TC 9 févr. 2015, *Sté. Senseo*, n° C-3982.

transcendance spatiale. D'autant plus que la régulation économique ne peut être efficace en se cantonnant uniquement à l'économie nationale au mépris d'une économie aussi mondialisée qu'abstraite (§2).

§1- Les solides fondements du pouvoir administratif exorbitant

209. Ayant un lien indéfectible avec la puissance publique et le droit administratif, le pouvoir administratif exorbitant tire sa légitimité des valeurs qu'il défend dans la régulation économique. Comme le souligne Gérard Farjat, « *la direction de l'économie sans appel à la contrainte nous paraît limitée, elle n'est pas sans danger* »³¹³. Ces valeurs qui concilient contrainte et flexibilité s'avèrent déterminantes dans l'équilibre de la société (**B**). C'est dans ce sens par ailleurs que ce pouvoir constitue une des manifestations les plus palpables de la puissance publique (**A**).

A- Le pouvoir administratif exorbitant comme critérium d'identification de l'autorité étatique

210. La possibilité offerte à l'État et ses représentants légitimes de faire usage d'un pouvoir administratif exorbitant n'est rien d'autre que la manifestation de l'autorité étatique dans la satisfaction de l'intérêt général. En réalité, l'usage d'une telle prérogative est plus ou moins bien ou mal perçu selon que l'on soit de tradition juridique anglo-saxonne ou rousseauiste. La conception et la mise en œuvre de l'autorité étatique en France sont de nature assez singulière. Cette dernière est dictée par la conception d'un intérêt général qui ne saurait nécessairement être la somme des intérêts particuliers (**I**). Malgré l'évolution et la modernité qui caractérisent l'économie contemporaine, la solidité d'une telle conception semble être intacte et, en dépit de sa réaffirmation, elle a tout intérêt d'être plus empirique que dogmatique (**2**).

1- La particularité de la conception française de l'autorité étatique dans l'économie

211. On ne peut évoquer la singularité de l'autorité étatique sans s'attarder sur le pourquoi de son originalité. Elle l'est parce qu'elle défend des intérêts dont la sauvegarde ne peut être garantie, du moins avec effectivité et avec toute la signification qui doit être la sienne, par une personnalité juridique autre que l'État ou ses représentants légitimes. Le droit administratif constitue la matière qui étudie ce phénomène si particulier. Il se trouve, souligne Jacques Chevallier, qu'on ne « *peut analyser correctement le système de représentations qui entoure et protège l'État si l'on néglige cette dimension juridique fondamentale et constitutive ; et le fait*

³¹³ FARJAT G., « L'ordre public économique », art. cit., p. 64.

qu'il soit aussi fortement étayé par le droit donne nécessairement à l'édifice étatique une ossature particulière »³¹⁴. En réalité, ce n'est pas tant le droit administratif, droit de l'action étatique, qui dicte cette particularité. Cette dernière découle surtout de l'objet de cette action étatique : le domaine économique. En d'autres termes, la préservation de l'ordre public et l'objectif de satisfaction de l'intérêt général impliquent que soient adoptées des mesures particulières permettant la mise en œuvre effective de ces impératifs dans le domaine économique.

212. C'est la particularité des objectifs à atteindre qui justifie la singularité des méthodes adoptées par l'autorité publique. Dès lors que « *depuis l'Antiquité, la mission primordiale de l'État est de veiller au bien commun* »³¹⁵, il lui appartenait alors de se doter de moyens nécessaires à la satisfaction de cet impératif que constitue la protection de ce bien commun. Pour Georges Vedel, cette particularité méthodologique découle de ces principes fondateurs de l'action publique dans la mesure où « *les règles exorbitantes sont l'indice, le signe, le révélateur de la présence de la puissance publique dans l'action administrative* »³¹⁶. Que cette puissance publique s'exprime dans des domaines traditionnels ou qu'elle se projette dans l'encadrement des secteurs plutôt particuliers comme celui de l'économie mondialisée, l'objectif demeure le même : le maintien de l'ordre public économique et la préservation de l'intérêt général.

213. La jurisprudence souligne également le lien indéfectible entre ces particularités intrinsèques à l'action publique et le caractère exorbitant de leur mise en œuvre. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Bertin*³¹⁷, le Président Marceau Long, soulignant ainsi l'importance de la particularité du service public, affirmait que « *nous devons nous demander si, lorsque l'objet d'un contrat est l'exécution même du service public, cet objet ne suffit pas à le rendre administratif, même s'il ne contient pas de clauses exorbitantes du droit commun* »³¹⁸. En réalité, le fait même qu'on soit en présence d'un service public justifie à lui seul l'usage de méthodes particulières et dérogeant au droit commun. En l'espace, il s'agissait de savoir s'il

³¹⁴ CHEVALLIER J., « Les fondements du droit administratif français », 1979, p. 3, accessible à l'adresse suivante : <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/10/chevallier.pdf>. (Consulté le 05/03/2017).

³¹⁵ MALLOL F., « Service public - Divorce à l'européenne ? Ou l'épineuse question des services publics... », *JCP*, 2 oct. 1996, doctr. 3963, n° 40, p. 1289.

³¹⁶ VEDEL G. « Remarques sur la notion de clause exorbitante » in PUTMAN E., PANCRAZI-TIAN M.-E., BUY M. *et al.* (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, p. 527 ; CHEVALLIER J., « Les fondements idéologiques du droit administratif français », p. 24.

³¹⁷ CE, Sec. du Contentieux, du 20 avr. 1956, *ministre des Anciens Combattants et Victimes de la Guerre*, n° 98637.

³¹⁸ STIRN B., « Service(s) public(s) en Méditerranée » *Colloque d'Athènes, 19, 20 oct. 2017*, p. 2, disponible : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-service-public-dans-la-jurisprudence-duconseil-d-etat-francais>. (Consulté le 15/03/2018).

faut qualifier le contrat portant rapatriement de réfugiés étrangers d'un contrat de service public sans la présence expresse de clauses exorbitantes. La position du Président Long semble se pencher sur le fait qu'il ne soit pas si déterminant de le souligner dès lors que le contrat de service public est, de ce simple fait, un contrat dont l'exécution peut tout naturellement faire appel, en tout cas dans son principe, à cette prérogative.

214. En conséquence, quel que soit le domaine que l'action publique entend encadrer, orienter ou soutenir, la particularité de ces principes est tout aisément perceptible. Transposés dans le domaine économique, ils peuvent voir leurs modalités de mise en œuvre assouplies quand bien même il ne sera en aucun cas question de revenir sur leur fondement ou les buts qu'ils sont sensés satisfaire. Il en résulte que « *le critère des prérogatives est toutefois appliqué avec souplesse* »³¹⁹ dans la mesure où une personne privée peut, par exemple, se voir confier une mission de service public, qu'il soit ou non nécessaire de mettre en œuvre les prérogatives de puissances publiques pour mener à bien ladite mission. Ceci ressort aussi de l'arrêt du Conseil d'État dans l'affaire *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.)*³²⁰. C'est en considérant que l'évolution et la modernité de l'économie dans ses rapports avec l'État ne remet pas en cause ces principes, aussi vieux que modernes, que cette identité singulière de l'action publique est réaffirmée.

2- Une identité étatique réaffirmée dans le domaine économique

215. Traditionnellement reliée au contrat administratif, le pouvoir administratif exorbitant conduit, une fois transposé dans le droit économique, à une conception plus globale et non moins pertinente. Le droit administratif étant « *en France, une pièce maîtresse de la construction étatique* »³²¹, il ne peut y avoir un domaine qui puisse échapper à l'expression de l'autorité étatique. Ce pouvoir administratif exorbitant, indissociable de l'autorité étatique et de son effectivité, se reflète aussi dans le domaine économique. Il est mis à la disposition du service public qui, en dépit du fait d'avoir connu une certaine mutation, n'en constitue pas moins une « *pierre angulaire du droit administratif* »³²². Aussi longtemps qu'existera un service public, des moyens particuliers de sa mise en œuvre survivront à toutes les mutations. Il en va de la particularité de la mission de la puissance publique qui transcende intérêts respectifs des

³¹⁹ *Ibid.*, p. 3.

³²⁰ C. E., sect. du contentieux, 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.)*, n° 264541,

³²¹ CHEVALLIER J., « Les fondements idéologiques du droit administratif français », art. cit., p. 3.

³²² STIRN B., « Service(s) public(s) en Méditerranée », préc., p. 1.

particuliers. Le pouvoir administratif exorbitant est l'une des manifestations les plus fidèles à cette tradition juridique. En droit administratif, ce pouvoir se matérialise par ce qui est communément désigné comme clause exorbitante.

216. La doctrine dégage quatre critères caractéristiques de la clause exorbitante. Par effet de transposition, ces critères mettent en exergue ce qui caractérise le mieux le pouvoir administratif exorbitant dans sa mise en œuvre en droit économique. Dans le cadre du contrat administratif, une clause est considérée comme exorbitante lorsqu'elle confère à l'administration ou à celui qui agit en son nom un avantage particulier en raison de sa qualité de personne publique ou de la mission qui lui est confiée et dont la satisfaction nécessite un tel privilège. C'est le cas également lorsque l'administration se réserve le droit discrétionnaire d'exercer une prérogative de puissance publique. C'est au nom de ce lien indéfectible entre la nature de cette clause et l'action publique que celle-ci peut se révéler illicite dans un contrat entre particuliers en raison de son caractère dérogeant du droit commun. Marcel Waline précise notamment qu'une clause exorbitante est « *celle que l'on ne trouve pas normalement dans le contrat de droit privé (...) parce qu'elle y serait contraire à l'ordre public* »³²³. Et en dernier lieu, cette clause peut être résiliée unilatéralement par l'administration et ce « *dans des conditions qui seraient illicites en droit privé* »³²⁴. Il en découle que les prérogatives de puissance publique ne peuvent être utilisées par les particuliers que sous la stricte condition d'une délégation dictée par la nature d'une mission qui leur est confiée.

217. Cette conception doctrinale de la clause exorbitante est fidèle à la position défendue par la jurisprudence³²⁵. La Cour de cassation a estimé que « *la clause exorbitante du droit commun est celle qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs* »³²⁶. La modification unilatérale doit impérativement être libérée de tout abus car dictée par un impératif transcendant les intérêts particuliers, fussent-ils les intérêts particuliers d'une administration. Puisque l'intérêt général au nom duquel le pouvoir

³²³ WALINE M., *Droit administratif*, 9^e éd., Toulouse, Sirey, 1963, 934 p., spéc. p. 513, 514, 515.

³²⁴ LAMARQUE J., « Le déclin de la clause exorbitante », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le Juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, t. II, p. 513, 514, 515 et 516.

³²⁵ Cf. T. Confl. 20 avr. 1959, *Société nouvelle d'exploitation des plages, piscines et patinoires*, n° 1688 et l'arrêt de la Cour de Cass. 3^{ème} civ., 25 juin, 1970, *Sté. Théâtre de Neuilly*, n° 68-13.987.

³²⁶ Cass. civ., 17 févr. 2016, *Association nationale d'équipements sociaux (l'ANRES)*, n° 14-26.632.

administratif exorbitant est requis à ceci de spécifique qu'il ne se confond ni avec les intérêts particuliers ni avec ceux d'une administration, il les transcende.

218. Cependant, l'évolution des rapports entre l'État et le marché, consolidée par la mondialisation économique désormais dématérialisée, a conduit à revoir l'applicabilité effective de ce pouvoir autant critiqué que sollicité. Le secteur économique, relevant de la catégorie des gouvernés par opposition au gouvernant qui est l'État, ne peut échapper à l'application de ce pouvoir administratif exorbitant lorsque celui-ci estime que ce dernier permet d'atteindre des objectifs autrement efficacement inatteignables. Les critiques à l'égard du droit inégalitaire qui légitime une telle action de l'autorité publique ne tarissent pas, mais dans le même temps elles dénotent la légitimité de ces principes-là. À ce propos Jacques Chevalier s'interroge en ces termes : « *des notions telles que 'puissance publique', 'prérogatives exorbitantes' ou 'pouvoir discrétionnaire' ne marquent-elles pas l'inégalité foncière de situation qu'il établit entre l'administration et l'administré ?* ». Il découle de cette interrogation rhétorique l'idée de privilège et de singularité qui accompagne l'action de l'État. Il rajoute que « *non seulement l'idée de privilège paraît inhérente à l'existence même du droit administratif, mais encore il ne ferait que renforcer la suprématie administrative en l'exprimant en termes de prérogatives juridiques* »³²⁷. Le fait que ces prérogatives soient transposées dans le droit économique dénote que tout caractère arbitraire et injuste doit être exclu. L'État est amené à veiller aussi bien sur l'intérêt général et ses principes qu'il se doit d'être attentif aux droits des acteurs économiques. Le droit ne fait que « *fournir de la sécurité au système économique* »³²⁸. Il ne devrait y avoir donc de dogmatisme dans l'application de ces principes exceptionnels.

219. C'est sans doute en cela qu'il est tout à fait fondé de défendre l'argument des libéraux qui, au fil des siècles, ont défendu la liberté d'entreprendre. Car il ne doit y avoir ni confusion ni connivence entre le droit de l'autorité publique de défendre les valeurs qui soutiennent l'équilibre sociale et l'abus d'un tel droit qui pourrait conduire à un musèlement des entreprises, empêchant ainsi leur épanouissement. Ce changement « *radical* » de perspective conduisit d'ailleurs à la fin du XIX^{ème} siècle à ce que le droit administratif ne soit plus perçu comme « *un privilège pour l'administration mais comme un dispositif de protection des droits des*

³²⁷ CHEVALLIER J., « Le droit administratif, droit de privilège », *Pouvoirs*, 1998, n° 46, p. 57-58.

³²⁸ WASMER E. cité par FRISON-ROCHE M.-A., « Ambition et efficacité de la régulation économique », art. cit., p. 66. Cette pensée s'inscrit largement dans le prolongement du raisonnement qui soutient qu'il faut regarder l'antagonisme entre le droit et l'économie avec une certaine relativité.

administrés »³²⁹. Gérard Farjat affirmait, soulignant ainsi l'agénésie et l'infécondité d'un antagonisme improductif entre droit et économie, que « *dans le pays de Rousseau, l'État ne fait plus les lois, il intervient [...] Les uns voient en lui quelque monstre, parasitaire et turbulent qui vient troubler les relations entre 'particuliers', les autres un ange tutélaire, protecteur par essence des faibles et des opprimés* »³³⁰. Il faut noter qu'il serait assez naïf de croire à un « État angélique » puisqu'il lui arrive, notamment à cause de sa vulnérabilité, d'être amené à protéger les puissants plutôt que les faibles, à maintenir les monopoles plutôt que de les démanteler. En tout état de cause, croire que l'État va aller au-delà de son véritable rôle et se substituer aux vulnérables dans leur quête de vie meilleure, serait utopique. Tout comme, il n'est pas de son rôle de s'acharner contre les entreprises et ceux qui ont économiquement réussi. Son travail est celui de veiller à ce que l'épanouissement des autres ne bafoue pas l'existence des uns tout en stimulant la créativité de tous.

220. C'est en étant fidèle à ce principe, qui consiste à mettre en avant la protection des droits des acteurs économiques, que l'État a assigné au pouvoir administratif exorbitant une mission aussi importante que la recherche d'un équilibre entre les acteurs de la société.

B- Le pouvoir administratif exorbitant au service de la quête d'un équilibre entre acteurs de la société

221. Si le pouvoir administratif exorbitant *stricto sensu* n'est pas la seule manifestation de la puissance publique dans la régulation économique, il n'en demeure pas moins qu'il est indissociable des autres objectifs poursuivis par l'autorité étatique. La quête de la stabilité des rapports entre acteurs économiques est l'un de ces objectifs (**1**). Pour parvenir à régir efficacement ces dits rapports dans le domaine économique, la puissance publique applique le pouvoir administratif exorbitant comme méthode de régulation économique (**2**).

1- La régulation économique au service de la stabilité sociale

222. Si on entérine l'idée que le pouvoir administratif exorbitant constitue une méthode à part entière de la régulation économique, il faut ainsi lui attribuer ce rôle de vecteur stabilisateur des rapports dans la société. Il participe au maintien de l'équilibre de la société. Passer par la régulation économique pour vérifier le respect par les entreprises de leurs engagements pris

³²⁹ CHEVALLIER J., « Le droit administratif, droit de privilège », art. cit., p. 57-58.

³³⁰ FARJAT G., « L'ordre public économique », art. cit., p. 91-92.

dans le cadre des RSE par exemple, revient non seulement à exercer un pouvoir sur celles-ci, mais cela revient également à les rendre plus légitimes aux yeux des citoyens et des consommateurs. Puisqu'il se trouve que ceux qui sont regardés comme citoyens par l'État sont ceux-là même qui sont lorgnés comme clients par les entreprises. À partir de là, il n'y aurait même pas eu nécessité de souligner, pour certaines entreprises et dans certaines régions géographiques, l'impact du respect des RSE sur la stabilité leur permettant d'exercer sereinement leurs activités³³¹. C'est justement dans ce sens que l'ordre public économique limite les droits et les libertés des acteurs dans le but, comme le mentionne Jean Petit, d'« assurer les conditions sociales de leur jouissance »³³². D'où le raisonnement selon lequel, le pouvoir administratif exorbitant est aussi au service des entreprises y compris lorsque celles-ci ne le perçoivent pas ainsi.

223. L'usage d'un pouvoir contraignant en cas de défaillance des entreprises constitue une logique intrinsèque à la régulation économique. Que le pouvoir administratif exorbitant permette de restaurer une concurrence faussée, de rétablir un équilibre endommagé par la faute d'une puissance économique privée ou que, par la force de sa persuasion et de dissuasion, il permette qu'un abus de position dominante ou toute infraction qui nuit au fonctionnement normal du marché soit sévèrement et proportionnellement sanctionnée, sont entre autres parmi les fonctions sur lesquelles la puissance publique ne transige pas. Il en est de même en cas de remise en cause de l'intérêt général en tant que principe fondateur de l'action des autorités publiques.

224. L'on ne peut évoquer la pertinence de la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique sans se pencher sur son rôle dans la régulation des puissances économiques dématérialisées. Il exprime son effectivité sur l'abus de domination constaté dans les référencement en ligne, tout comme il le fait sur le contournement fiscal qui semble devenir la spécialité de certaines entreprises. Il le fait encore davantage lorsqu'il s'agit de la protection des données personnelles dont l'usage détourné est plus que d'actualité³³³. Veiller à la protection de la vie privée des citoyens devient une des questions les plus sensibles pour les États aujourd'hui. Il se trouve qu'auparavant les citoyens pestaient contre l'utilisation

³³¹ Ces phénomènes sont souvent observés dans les zones minières en Afrique ou en Amérique latine, mais c'est aussi vrai en Europe où des mouvements sociaux sont souvent à la base de certaines instabilités. Les entreprises finissent souvent par mettre en place des pactes incluant d'autres facteurs que ceux économiques dans leurs plans. C'est le cas des entreprises...

³³² MULLER E., « La comparaison des objectifs de la régulation et de la police », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph., *Les objectifs de la régulation économique et financière*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 25.

³³³ D'où le renforcement de la responsabilité des gestionnaires de données par le RGPD.

de ces données par les États. Aujourd'hui, ils semblent faire front commun avec celui-ci pour lutter contre tout usage abusif de ces données par des entreprises qui, contrairement aux États, ne sont pas nécessairement guidées par la satisfaction de l'intérêt général *stricto sensu* ou le maintien de l'ordre public dans la société.

225. La sanction de toute manipulation des règles contenues dans les codes de bonne conduite des entreprises s'inscrit également dans ce cadre-là. Les exigences d'une régulation cruciale des entreprises gestionnaires des données personnelles vont un peu plus loin puisque « *la question sur leur régulation est cependant indispensable afin d'éviter ce que James Boyle appelle "les nouvelles enclosures"* »³³⁴. Pour rappel, ce sont les enclosures qui conduisirent au XII^{ème} siècle à la révolution en Angleterre et ayant pour conséquence la délimitation entre biens communs et bien privés.

226. Si la régulation économique, portée par le pouvoir administratif exorbitant, remplit des missions aussi nobles que la quête d'un équilibre sociétale, il importe de revenir sur ce pouvoir sous son angle méthodologique définitivement entériné par la régulation économique.

2- Le pouvoir administratif exorbitant comme méthode inhérente à la régulation économique

227. Souscrire donc à l'idée que le droit public économique constitue ce droit qui régule l'économie permettra de démontrer plus aisément les liens existants entre le droit administratif et le droit de la régulation économique. Faire appel à des principes aussi ancrés et anciens que le pouvoir administratif exorbitant pour réguler l'économie, alors que tout semble indiquer que la modernité qu'on attribue à l'économie mondialisée en est incompatible, se révèle être un exercice à la fois fastidieux et original. En réalité, ces principes peuvent s'adapter à n'importe quelle évolution et de ce fait leur caducité n'est pas si définitive qu'on le laisse croire. D'une certaine manière, c'est le cycle de changement inhérent à tout système politico-économique qui impose de faire appel à ces principes à chaque fois qu'il y a un sérieux décalage entre les idéaux de la société et les réalités économiques. Le droit économique a pour rôle de restaurer l'équilibre pour endiguer ce décalage. Il s'avère que « *dans un pays comme la France où l'administration a été soumise dès l'origine à des règles juridiques largement dérogatoires au droit commun, le droit administratif doit être considéré comme un dispositif stratégique du système de*

³³⁴ BOYLE J., « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public », Yale, 2008, 48 p, cité dans ALLIER H., HEIDSIECK Ch.-B., LAVIGNE L., *Intérêt général : nouveaux enjeux, nouvelles alliances, nouvelle gouvernance*, Rapport, préc., p. 11,

légitimation du pouvoir étatique »³³⁵. Or, le pouvoir administratif exorbitant est une composante essentielle du droit administratif. Le recours à ces mécanismes « *stratégiques* » permet en conséquence d’asseoir et de réaffirmer une identité politique, juridique et même doctrinale. Cette identité se voudra conforme à une certaine idée de la société, laquelle ne peut être, comme l’économie qui se mondialise, efficacement importée sous l’effet de quelques années de pratique.

228. On ne peut véritablement saisir le droit administratif appliqué à l’économie sans ces pouvoirs distinctifs dans la mesure où « *historiquement, le droit administratif a été sans nul doute conçu comme un droit de privilège : parce qu’elle [l’administration] disposait de prérogatives de puissance publique* »³³⁶. Considéré comme l’arrêt qui a donné naissance au service public industriel et commercial, l’arrêt *Bac d’Eloka*³³⁷, bien que reconnaissant la vertu attachée à la gestion normale de certains services publics, ne renie pas le lien indéfectible qui existe entre l’utilisation des prérogatives de puissance publique et gestion des services publics. Ainsi, comme le souligne Jacques Chevallier, même si « *l’arrêt Bac d’Eloka bouleverse cette définition [traditionnelle du droit administratif] en montrant, non seulement que les activités administratives ne sont pas assujetties à un régime juridique uniforme, mais encore qu’elles sont placées en partie sous l’empire du droit privé* »³³⁸, il n’en reste pas moins qu’elle réaffirme l’importance et la singularité de ces privilèges. Le droit public économique emprunte donc au droit administratif, « *au besoin pour les adapter et les transformer, ses techniques et ses méthodes* »³³⁹. D’où il ressort qu’il n’y a aucune contradiction dans l’usage du pouvoir administratif exorbitant par la régulation économique dès lors qu’il est justifié par le contexte, respecte le principe d’une justice équitable et qu’il poursuit l’objectif de satisfaire et de veiller sur l’intérêt général.

229. Néanmoins, en dépit de l’attachement à ces principes et à la protection qu’ils produisent dans la quête de l’équilibre de la société, des aménagements sont possibles dans leur application. Il y a eu des mutations non seulement dans les méthodes de satisfaction de l’intérêt général mais aussi dans d’autres réalités économiques. Ces mutations ne laissent pas le pouvoir administratif exorbitant indifférent.

³³⁵ CHEVALLIER J., « Les fondements idéologiques du droit administratif français », art. cit., p. 4.

³³⁶ CHEVALLIER J., « Le droit administratif, droit de privilège », art. cit., p. 57.

³³⁷ T. Confl., 22 janv. 1921, *Sté. commerciale de l’Ouest africain*, n° 00706.

³³⁸ CHEVALLIER J., « Les fondements idéologiques du droit administratif français », art. cit., p. 22.

³³⁹ SERVOIN F., *Droit administratif, op. cit.*, p. 16.

§2- Les mutations du pouvoir administratif exorbitant dans la mondialisation économique

230. Le pouvoir administratif exorbitant est immuable dans son principe mais malléable dans son expression. C'est sans doute cette flexibilité qui lui permet de traverser le temps et, dans le but d'atteindre une effectivité complète, les espaces géographiques³⁴⁰. L'efficacité de la régulation économique ne peut désormais s'envisager uniquement dans un espace national au mépris des mutations qui font de l'économie un phénomène plus mondialisé qu'auparavant. Une telle évidence peut aussi traduire une certaine transformation en profondeur de l'État³⁴¹.

231. La tradition, désormais ancrée de l'État de droit, ajoutée à la spécificité du domaine économique sur lequel s'exerce le pouvoir administratif exorbitant dans le cadre de la régulation économique, conduisent à un résultat assez original du rôle économique de l'État. Subséquemment, assiste-t-on à une affirmation expresse du principe de l'existence des pouvoirs économiques de l'État mais dont l'application est devenue tacite au gré de leur confrontation aux réalités économiques (A). Un tel résultat peut paraître paradoxal mais il n'en est rien. Celui-ci semble résulter de la mutation des prérogatives jadis pleinement et entièrement assurées par l'État. Il est ainsi aisé de constater que les pouvoirs étatiques sont profondément diffus, au point qu'il ne lui soit plus possible d'être partout au risque de n'être nulle part (B).

A- De l'affirmation expresse à l'application tacite des pouvoirs économiques de l'État

232. Au-delà des consécutions constitutionnelles et législatives des compétences économiques de l'État³⁴², la marge de manœuvre permettant laissée à la puissance publique pour procéder à des ajustements favorables à la satisfaction des objectifs économiques de l'État, qu'ils soient conjoncturels ou structurels, se rétrécit de plus en plus. Le droit communautaire ne remet pas en cause la compétence des États dans la définition et la conduite de leur politique économique³⁴³. Leur souveraineté économique est expressément affirmée. Il appartient à

³⁴⁰ L'ordre public économique mondial ou la régulation globale sont des notions qui s'inscrivent dans ce sens.

³⁴¹ On pense ici à la mutation connue par l'État après avoir été au centre de tout. Il est désormais, tout comme les autres acteurs de la société, soumis au droit : on parle de l'État de droit. Il n'a plus un droit absolu sur la société et c'est très bien ainsi.

³⁴² En ceci qu'il dispose de la souveraineté de définir sa politique économique d'un voté et de voter par le biais des représentants de son peuple les lois économiques.

³⁴³ Les États membres de l'UE définissent souverainement leur politique économique même si l'article 21 TFUE incite la prise en compte d'une certaine coordination desdites politiques. Le §1 de cet article dispose que « les

chacun de moduler ses actions économiques selon qu'il soit nécessaire d'être flexible ou autoritaire. La seule exigence demeure le respect de la libre concurrence et la construction du marché commun.

233. Cependant, ces affirmations juridiquement fondées du pouvoir économique de l'État ne remettent point en cause la nécessité de prendre en compte d'autres considérations non moins importantes dans la satisfaction des objectifs économiques et non-économiques. C'est dans cette optique que l'on passe d'une affirmation expresse (**1**) à une mise en œuvre implicite voire tacite des pouvoirs économiques de l'État (**2**). Il va de soi que l'enjeu est non seulement celui de répondre à la demande de flexibilité nécessaire à l'exercice des activités économiques mais aussi d'atteindre les objectifs non-économiques avec plus ou moins de collaboration avec les acteurs économiques, d'autant plus que l'État ne peut exhaustivement, efficacement et isolément les satisfaire seul.

1- Affirmation expresse des pouvoirs économiques de l'État et neutralité constitutionnelle

234. La Constitution reste neutre dans le choix de la politique économique que doit conduire l'État français même si les questions économiques ne sont pas totalement exclues du ressort de la constitutionnalité des lois. On s'accorde à dire que la philosophie constitutionnelle française dans le domaine économique est particulière dès lors qu'elle affiche une neutralité qui n'en est pas vraiment une. Elle défend les principes de liberté économique et de dignité humaine. Le professeur Pascal Mbongo souligne que « *l'étude des fondements constitutionnels de l'économie soulève précisément des questions sur ce que l'on peut appeler la "Constitution économique de l'État"* ». Il s'interroge sur « *la représentation de la liberté économique et la dignité sociale* »³⁴⁴ telles qu'elles sont interprétées et appliquées par les juges constitutionnel ou judiciaire. La neutralité constitutionnelle est d'autant plus compréhensible qu'elle permet de s'adapter aussi bien aux alternances politiques qu'aux changements de circonstances dictées par le marché. Une politique économique constitutionnellement intangible aurait eu pour effet une impossibilité d'adaptation. Dieu sait pourtant à quel point la flexibilité et l'adaptation sont nécessaires en matière économique.

États membres considèrent leurs politiques économiques comme une question d'intérêt commun et les coordonnent au sein du Conseil, conformément à l'article 120 ».

³⁴⁴ MBONGO P., « La "neutralité économique de la constitution" à l'ère de l'intégration économique européenne et de la globalisation », *Lextenso*, 22 janv. 2009, p. 79.

235. C'est en se fondant sur une politique économique d'ancrage libéral mais dont la mise en œuvre ne sacrifie pas la préservation des valeurs sociales, idéologiques et philosophiques que les pouvoirs économiques de l'État représentent une singularité intéressante dans une économie qui se mondialise. Cette singularité s'était vivement manifestée lors des débats sur les privatisations en 1982. Elle se reflète également dans l'ordonnance de 1986 instaurant la concurrence comme aspect indispensable du marché. Il en est de même dans les différentes réformes qui sont intervenues ultérieurement à la mise en place du Conseil de concurrence en 1986. Rentre aussi dans le cadre de ces réformes, la Loi portant nouvelle régulation économique de 2001, (ci-après NRE), ainsi que la Loi sur la modernisation de l'économie de 2008, (ci-après LME), entérinant au passage la mise en place de l'Autorité de la concurrence à la place du Conseil.

236. Il découle de ces réformes que la concurrence dans le marché est désormais incontournable et que les autorités de régulation sont, sous le contrôle des juges, chargées de veiller au respect de ce principe. L'originalité demeure car il est vrai que la concurrence peut être au service du marché, mais ce dernier doit être, à son tour, au service d'un idéal. Au niveau européen, c'est l'intégration économique avec la prise en compte effective des droits des consommateurs et des citoyens. Au niveau national, le marché doit certes créer de la richesse et participer à la croissance, mais il doit aussi respecter l'ordre public économique et participer à la réalisation de l'équilibre de la société.

237. Dans les différentes réformes économiques, les lois affirment expressément le rôle économique de l'État, mais l'application de celles-ci obéit tout naturellement à la flexibilité qui caractérise le domaine économique³⁴⁵. Une flexibilité de mise en œuvre ne signifie cependant pas renoncement à l'application effective de la loi, encore moins aux contrôles *ex ante* et *ex post* effectués par les autorités de régulation économique.

2- Application implicite des pouvoirs économiques de l'État

238. Partout où l'application explicite des pouvoirs économiques de l'État n'est pas requise, une mise en œuvre implicite de celle-ci peut constituer un rempart. Une telle application implicite découle souvent d'une nécessité d'adaptation (a). Adaptation ne signifie toutefois pas

³⁴⁵ Notamment en ce que celui-ci se doit de prendre en compte la rapidité des affaires dorénavant synonyme d'attractivité des acteurs économiques et assurant une place dans les classements internationaux.

renoncement ou métamorphose de l'État en un acteur privé dès lors qu'ils se distinguent tant dans leur essence que dans leurs finalités (b).

a- Application implicite découlant d'une nécessité d'adaptation

239. Dictée par les facteurs intrinsèques au fonctionnement de l'économie mais surtout par le souci pour l'État de prendre ces facteurs en compte, l'application de ses pouvoirs économiques est beaucoup moins verticale et systématiques que leur affirmation. Affirmer les principes et les objectifs tout en restant flexible dans leur mise en œuvre, telle est la réalité de la transposition des pouvoirs économiques de l'État dans la régulation. Une telle position peut se justifier par le souci de prendre en compte l'équilibre des intérêts en présence et de ne recourir à une application verticale que dans le dessein de préserver ou de restaurer l'ordre public économique.

240. La prise en compte de cette nécessaire flexibilité ne signifie toutefois pas que l'application tacite se réduit à l'ineffectivité, à l'inefficacité. Elle met les acteurs économiques face à la bonne volonté de l'État mais leur donne par la même occasion une opportunité de montrer qu'ils savent être à la hauteur de la responsabilité qui est en l'occurrence la leur. C'est-à-dire respecter les règles du marché et se conformer à l'ordre public économique. Cette implication tacite de l'État est synonyme de sa présence, d'une autre manière avec d'autres méthodes, mais jamais son retrait ou son impuissance. Même dans une époque de libéralisme triomphant, l'État doit être « *fortement présent* »³⁴⁶ puisque sa préoccupation première reste toujours la quête de l'équilibre entre la liberté d'épanouissement des acteurs privées et le respect de l'ordre public économique sans lequel rien n'est possible, pas même la réalisation du profit tant cher aux acteurs économiques.

241. Prôner le retour effectif et l'usage fine du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique ne remet pas en cause le passage définitif du « *droit de l'inégalité* » au « *droit de la légalité* »³⁴⁷. C'est à dire que la mise en œuvre d'un pouvoir aussi singulier pour défendre l'intérêt général et l'ordre public économique ne remet pas en question la nécessité de soumettre l'exercice de ce pouvoir au contrôle du juge. Ceci est d'autant plus important que l'État de droit, compris comme celui « *qui se lie par le droit* »³⁴⁸, se manifeste également dans

³⁴⁶ GUESLIN A., *L'État, l'économie et la société française : XIX^e-XX^e siècle*, Paris, Hachette, 1992, p. 3.

³⁴⁷ CHEVALLIER J., « Les fondements idéologiques du droit administratif français », art. cit., p. 60.

³⁴⁸ COPPENS Ph., « État de droit et droit de l'État », in D'ARGENT P., RENDERS D., VERDUSSE M. *et al.*, *Les visages de l'État : Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 221.

la régulation économique où le droit des acteurs, aussi puissants soient-ils, doit être respecté et sauvegardé. L'obligation de l'administration de motiver ses décisions, en vertu d'une décision datant du 11 juillet 1979 ainsi que bien d'autres aspects³⁴⁹, qui soumettent l'autorité publique au respect du droit, « *traduisent l'émergence de ce qu'on a pu appeler la "troisième génération des droits de l'homme"* »³⁵⁰.

b- Dissemblance d'essence et de finalités entre l'État et acteurs privés économiques

242. En dépit de toutes les évolutions ayant entraîné l'atténuation d'un tel principe, l'objectif premier de l'État, son administration ainsi que la puissance publique n'est pas prioritairement financier. Il s'attache d'abord à la sauvegarde de l'intérêt général et au respect de l'ordre public. Ce qui n'est pas le cas pour les acteurs privés. Ces derniers poursuivent, à juste titre, la réalisation d'un profit avant tout autre impératif. Il est de la responsabilité de l'autorité publique d'en fixer le cadre et surtout d'en offrir les conditions dans lesquelles ce profit se réalise. Cette démarche confirme le fait que « *la spécificité de l'administration et des règles qui lui sont applicables tient à la nature de ses moyens d'action, aux prérogatives dont elle dispose ; et la puissance d'État imprègne l'ensemble des tâches, au demeurant limitées, assignées à l'administration* »³⁵¹. Il est impropre voire impossible de fonder l'action de l'administration uniquement sur un intérêt financier. Il est vrai que les choses ont évolué puisque désormais l'administration peut être amenée à prendre en compte l'importance des investissements financiers, mais cela rime davantage avec la politique économique qu'avec des intérêts proprement et strictement financiers. Ceci tient au fait que « *s'agissant des relations qui peuvent exister entre l'intérêt financier et service public, l'idée d'antinomie paraît avoir longtemps dominé et même persisté* »³⁵². En réalité, c'est une question de principe. L'État ne peut pas se substituer aux acteurs privés dans certains domaines dès lors que la compatibilité de sa mission de service public avec de telles démarches serait mise en cause. Il lui serait, dans certaines conditions, impossible de défendre convenablement l'intérêt général.

³⁴⁹ Comme l'accès aux fichiers informatisés depuis le 6 janv. 1978 ou l'accès aux documents administratifs depuis le 17 juill. 1978.

³⁵⁰ CHEVALLIER J., « Le droit administratif droit des privilèges », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 69.

³⁵¹ VLACHOS G., « Fondements et fonction de la notion de service public », *Dalloz*, 1978, n° 1, p. 257. Cf. aussi CHEVALLIER J., « Les fondements idéologiques du droit administratif français », p. 6.

³⁵² DE CORAIL J.-L., « Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative », in *Études de finances publiques, Mélanges en l'honneur de M. le professeur Paul Marie Gaudemet*, Paris, Economica, 1984, p. 335 ; BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, op. cit., p. 32.

243. Le doyen Hauriou va même plus loin dans son commentaire de l'arrêt *Canal de Gignac*³⁵³, en soulignant que les services publics ne sont pas faits « *pour créer de la richesse économique, parce que la richesse économique n'est pas un besoin public, mais au contraire un besoin privé* »³⁵⁴. Il est néanmoins important de distinguer, comme l'a fait le doyen Hauriou, la motivation financière qui est illégale de l'effet financier d'un service public³⁵⁵. Dans les arrêts *Pariset* et *Laumonnier-Carriol*, les juges appliquent le droit et rappelle à la fois l'exclusivité pour les particuliers de poursuivre un intérêt financier, mais également qu'un « *arrêté préfectoral ordonnant la fermeture d'un établissement insalubre, non dans un but de police, mais dans un intérêt financier, est entaché d'excès de pouvoirs* »³⁵⁶. L'État ne reste pas totalement indifférent face à la finance comme à l'époque de cet arrêt mais l'essence reste la même.

244. Il est traditionnellement connu que « *le droit administratif n'a pas pour motivation première la recherche de la rentabilité dans la mesure où il s'applique à la puissance publique qui doit servir et incarner l'intérêt général quel qu'en soit les coûts et aux services publics qui ont vocation à satisfaire un besoin d'intérêt général dont la qualité justifie à elle seule qu'il soit réalisé* »³⁵⁷. Cependant, les choses ont évolué et l'application tacite du pouvoir administratif exorbitant de l'État se manifeste donc à la fois par l'obligation de se soumettre au droit, mais aussi par la nécessité de flexibilité, ne serait-ce qu'*a priori*, dans le domaine économique. Assiste-t-on ainsi à une dissémination parfois profonde des pouvoirs de l'État moderne.

B- Dissémination des pouvoirs économiques de l'État moderne

245. L'application tacite des pouvoirs économiques de l'État a conduit certains auteurs à considérer que ceci dénote davantage des prémisses de disparition de celui-ci qu'une adaptation à un mode de fonctionnement d'une économie qui se mondialise³⁵⁸. Même s'il ne faudrait pas aller aussi loin qu'une telle interprétation, il faut néanmoins noter un affaiblissement sinon une mutation notoire de ses pouvoirs économiques de l'État dès lors qu'il lui est impossible, techniquement et matériellement, de répondre à toutes les attentes de la société. Il procède alors

³⁵³ T. Confl., 9 déc. 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, n° 00515.

³⁵⁴ BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, op. cit., p. 32.

³⁵⁵ Une distinction effectuée par TEITGEN-COLLY C., *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, Paris, 1981, p. 136.

³⁵⁶ CE, 26 nov. 1875, *Fabricant d'allumettes, Sieur X*, n° 47544.

³⁵⁷ BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, op. cit., p. 13.

³⁵⁸ Cf. notamment STRANGE S., *Le retrait de l'État : la disparition du pouvoir dans l'économie*, op. cit., 346 p. ; LE GALES P., VEZINAT N., *L'État recomposé*, Paris, PUF, 2014, 107 p.

à une délégation des services publics, à des partenariats public-privés, à des privatisations, y compris dans des domaines jusque-là considérés comme résolument régaliens³⁵⁹. Ce souci d'efficacité qui supplante régulièrement le traditionnel dessein d'effectivité ravive les débats sur la probable « *privatisation de l'État* »³⁶⁰, voire l'expérimentation improbable d'un « État-entreprise ».

246. S'il est impossible, au stade actuel de l'économie, de trancher dans tel ou tel autre sens selon que l'on estime possible ou non la « *privatisation de l'État* », il est, en revanche, tangible que les pouvoirs de celui-ci sont à tel point diffus que l'on n'hésite plus à le remettre en cause (1). Toutefois, au lieu de s'éterniser sur la question du retour ou non de l'État dans ses pleins pouvoirs comme naguère, il serait judicieux de se pencher sur la redéfinition de son rôle, particulièrement dans le domaine économique (2).

1- Une récurrente remise en cause des pouvoirs économiques de l'État

247. « *On nous change notre État* »³⁶¹. C'est en ces termes que Maurice Hauriou entamait le commentaire d'un arrêt du Tribunal des conflits et du Conseil d'État en 1929, dénonçant ainsi ce qu'il estimait être une grave incorporation de l'administration des entreprises qui ne sont pas d'intérêt public. Près d'un siècle plus tard, plus personne ne s'offusque de cela. On cherche plutôt à savoir comment quantifier l'immense part de l'État récupérée par ces entreprises³⁶². Une telle dissémination du pouvoir étatique ne doit rien au hasard, elle résulte d'un choix qui dès le début a été considéré comme stratégique avant d'être atténué et remis en cause. Dès les années 70-80, la notion d'« *État commerçant* »³⁶³, qui fonde « *son développement sur les échanges internationaux plutôt que sur l'expansion territoriale* »³⁶⁴, une telle démarche semblait être la règle. En conséquence, la combinaison entre un choix réfléchi d'un système économique au détriment d'un autre et la mondialisation économique ont donné, entre autres, comme résultat une remise en cause des pouvoirs économiques de l'État. On estime que ce dernier n'est plus à même de répondre concomitamment, exclusivement et

³⁵⁹ L'État ne semble plus avoir un monopole exclusif si on se permet cette tautologie. Tout semble désormais privatisable au nom d'une efficacité qui, dans certains cas, n'est qu'hypothétique et suit un effet de mode.

³⁶⁰ HIBOU B., *La privatisation des États*, Paris, Karthala, 1999, 400 p.

³⁶¹ ROUVILLOIS F., DEGOFFE M., *La privatisation de l'État*, Paris, CNRS, 2012, p. 5 et 6 ; HAURIOU M., *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits (1929)*, Paris, La mémoire du droit, coll. « Références », t. 2, 2000, p. 413.

³⁶² *Ibid.*, p. 5 et 6.

³⁶³ Expression dont la paternité est attribuée à ROSECRANCE R., *The Rise of the Trading State : Commerce and conquest in the Modern World*, New York, Basic Books, 1986, cité dans ROSECRANCE R., BADIE B., HASSNER P. et al., *L'État virtuel*, Paris, Presses de Science Po., 2002, p. 19.

³⁶⁴ DE SENARCLENS P., *L'État virtuel*, Paris, Presses de Science Po., 2002, p. 19.

convenablement aux impératifs d'intérêt général et d'ordre public tout en assurant au marché les bénéfices escomptés par ce dernier. André Jean Arnaud évoque d'ailleurs un État qui, selon lui, serait « *anémié* » et dont la seule puissance serait désormais de se cramponner à la régulation économique. Cette dernière lui permettrait de retrouver indirectement sa puissance. Il peut ainsi, par le truchement de la régulation, « *harmoniser des intérêts [en faisant du] collectif à partir de l'individuel* »³⁶⁵. Cette conciliation en dit long sur ce qui reste à l'État comme marge de manœuvre en matière économique.

248. Les changements de paradigmes et de méthodes économiques peuvent être dictés par diverses raisons. Lorsqu'il s'agit de périodes post-conflits ou de crises, la légitimité de ces changements semble ne pas trop souffrir puisque les justifications de relance et de reconstruction mises en avant sont souvent systématiquement acceptées. Tel n'est pas le cas, lorsque, pour des raisons moins évidentes aux yeux des acteurs économiques, l'État cherche à atteindre ces objectifs en renforçant son pouvoir dans le domaine économique. C'est ce qui s'est progressivement produit depuis la fin de la première guerre mondiale jusqu'aux années 80, lendemain du boom économique. Puis, au grand débat sur les privatisations, s'est rajoutée la montée en flèche de l'économie numérique. Ce qui n'a pas manqué de susciter une certaine inquiétude de la part de ceux qui sont encore attaché, en dépit d'une réalité défiante, à ce qu'on pourrait désigner par « le plein État ». On commence par appliquer les méthodes du privé puis d'émiettement à émiettement, on risque de céder des prérogatives essentielles de l'État à la gestion privée. Autrement dit, on a tendance à passer de la « *phase de dépérissement* »³⁶⁶ à celle de la « *disparition de l'État* »³⁶⁷. Il est incontestable que cette évolution croissante s'accélère depuis un certain temps, mais est-ce pour autant que les services publics, l'intérêt général et même le vivre ensemble se portent mieux ? Tout réside en réalité dans l'équilibre qui doit se dégager de l'adoption mesurée par l'État des méthodes du privé dans la direction et l'accompagnement des acteurs économiques.

249. Regarder en face la mutation de l'État et de son rôle dans le domaine économique n'équivaut en rien à un quelconque renoncement à l'essentiel, à ce qui unit et fédère l'équilibre de la société. « *La subordination aux logiques du privé ne risque-t-il pas de remettre en cause*

³⁶⁵ ARNAUD A.-J., « Régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », art. cit., p. 30.

³⁶⁶ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, op. cit., p. 9. Une idée pas si nouvelle que cela puisque Friedrich Engels l'avait déjà évoqué, bien que sous un autre angle, dans *L'idéologie allemande*.

³⁶⁷ RUIZ-FABRI H., « L'État (création, succession, compétences). Genèse et disparition de l'État à l'époque contemporaine », *Annuaire française de droit international*, 1992, n° 38, p. 15-178.

*l'essentiel, c'est-à-dire, pour l'État, le fait d'être ? »*³⁶⁸ La réponse n'est pas si systématique dès lors que la subordination pourrait paraître exagérée, il reste néanmoins que le rôle économique de l'État ne se définit ni ne se conçoit de la même manière qu'il y a un siècle. La mutation est définitivement entérinée. Si bien que certains n'hésitent pas à parler de la crise de l'État ou du moins d'une crise de l'idéal défendu par celui-ci. Sa crise serait alors, non pas celle de savoir s'il faut plus ou moins d'État, mais « *celle de la redéfinition des missions qui doivent être celles des États nationaux dans un monde globalisé et ouvert* »³⁶⁹. In fine, c'est probablement cela le cœur de la problématique de la régulation économique. Car toute la question est désormais celle de savoir quelle doit être la puissance du régalien à une époque où la conciliation est si présente que la réticence voire l'hostilité à l'égard du pouvoir vertical de l'État semble se généraliser.

2- La redéfinition du rôle économique de l'État

250. Le passage de l'État providence à l'État « conciliateur » semble être désormais définitif sans que l'on soit capable de dégager une dénomination consensuelle de ce qu'est devenu son rôle dans la mondialisation économique. On est face à une situation où son fonctionnement est assez singulier. On serait tenté de le qualifier « d'État hybride » tant est notoire la conciliation entre autorité, protection des couches vulnérables de la société et résistance face au bouleversement apporté par les puissances multinationales. Les qualificatifs ne manquent pas lorsqu'il s'agit de souligner cette hybridité. Entre l'État minimal³⁷⁰, l'État stratège³⁷¹ et l'État régulateur³⁷², la doctrine cherche à nommer ce profond changement de la mission de celui-ci dans ses rapports avec le monde économique. « *Le passage de l'État gendarme à l'État providence s'est fait progressivement, et si les libéraux admettent des interventions de plus en plus nombreuses de l'État, notamment dans le domaine économique et social, le postulat de départ est resté le même : l'intervention étatique, en dehors des domaines qui sont traditionnellement réservés, n'est pas le droit commun* »³⁷³. Si l'on ne conteste pas les missions

³⁶⁸ ROUVILLOIS F., DEGOFFE M., *La privatisation de l'État*, op. cit., p. 7.

³⁶⁹ TRAINAR Ph., « Crise financière et crise de l'État », *Commentaire*, 2009, n° 126, p. 323.

³⁷⁰ POPPER K. R., VONDER-MOSER C., VERDAN A., *L'État paternaliste ou État minimal*, Vevey, Les Éditions de l'air, 1997, 76 p.

³⁷¹ LAMINE T., *L'État stratège*, op. cit. ; DEZIOMBA S., « Sur l'État stratège », *La cause freudienne*, 2004, n° 56, p. 188-192.

³⁷² CHEVALLIER J., « L'État régulateur », *RFDP*, 2003, n° 111, p. 473-482 ; EBERLEIN B., « L'État régulateur en Europe », *RFSP*, 1999, n° 49-2, p. 205-230.

³⁷³ LOCHAK D., *Sciences administrative*, op. cit., p. 201.

et les vertus attribuées aux autres formes de ce que serait devenu l'État, l'inévidence du rôle économique demeure une réalité.

251. Évoquer l'État régulateur ne signifie ni prôner un retour de l'orthodoxie libérale, ni renoncer à la puissance économique de celui-ci³⁷⁴. C'est en cela aussi que consiste la redéfinition des missions économiques de l'État. Selon Jacques Chevallier, « *prôner un État régulateur implique plus une redéfinition de l'État qu'un retour à l'État libéral du passé* » et dans la perspective du maintien de la cohésion sociale, « *l'État apparaît comme un principe d'ordre dont l'intervention permet de faire tenir ensemble les divers éléments constitutifs de la société, en leur imposant la discipline d'un projet collectif* ». Il assure ainsi une fonction « *de symbolisation* » et « *de domination* »³⁷⁵, dont la manifestation procure un ordre protecteur pour l'ensemble des acteurs de la société. Dans le fond, « *ce qui caractérise les sociétés modernes, c'est que leurs gouvernements cherchent à établir des règles impartiales qui, combinées aux lois du marché, peuvent créer des conditions économiques favorables. Afin de maintenir les conditions de la réussite économique, ces pays doivent trouver un équilibre subtil entre rôle de l'État et rôle du marché* »³⁷⁶. La recherche de cet équilibre est devenue tellement importante et a pris une telle place dans la régulation économique qu'on peut se demander s'il ne serait pas plus convenable de remplacer toutes ces formes d'appellation par l'expression « État conciliateur » ou « État équilibrateur », qui rendrait davantage compte de la mutation du rôle économique de celui-ci.

252. La dissémination du rôle économique de l'État ayant conduit à une redéfinition de ses missions dans l'économie est, dans une certaine mesure, dictée par le fait qu'il se retrouve pris en étau entre « *les multinationales et les collectivités locales* »³⁷⁷. Il doit donc, sans renoncer à ses prérogatives, faire prévaloir une existence effective face aux unes et une protection voire une impulsion au profit des autres. Il en résulte toutefois un double émiettement de l'État. En face et d'en haut, les multinationales et d'en bas, les collectivités locales, érodent, chacune à sa

³⁷⁴ Comme le souligne Pierre Rosanvallon, c'est avec l'imbrication de l'économique et du social qu'est apparue, la notion de régulation, qui a pour particularité de modifier toutes les approches antérieures de l'intervention de l'État. La distinction de la régulation avec les autres méthodes d'interventions étatiques, ce qu'elle ne se préoccupe pas de certains principes philosophiques, elle est davantage fonctionnelle. Elle est comparable à « *un capitaine de navire ou un conducteur automobile* » car « *il n'y a pas plus de régulation sans État régulateur qu'il ne saurait y avoir de navire sans capitaine ou de véhicule sans conducteur* ». Cf. ROSANVALLON P., *L'État français de 1789 à nos jours*, op. cit., p. 253.

³⁷⁵ CHEVALLIER J., *L'État régulateur*, in LAMBARD M. (dir.), *Régulation économique et démocratie*, op. cit., p. 29-31.

³⁷⁶ ROSECRANCE R., BADIE B., HASSNER P. et al., *L'État virtuel*, op. cit., p. 76.

³⁷⁷ BAUCHET P., *Concentration des multinationales et mutations des pouvoirs de l'État*, op. cit., p. 33.

manière, le pouvoir de l'État. Mais cette érosion est beaucoup moins troublante lorsqu'elle s'effectue au profit des collectivités locales que lorsqu'elle s'impose du fait des multinationales.

253. La redéfinition du rôle économique de l'État se manifeste aussi dans le recul des privilèges exorbitants au profit des contrats négociés remettant ainsi en cause « *la notion régaliennne d'unilatéralité* » qui au demeurant « *apparaît également au centre du droit administratif de l'économie, supplantée par le consensualisme contractuel. La décision unilatérale symbole de la puissance publique est de plus en plus délaissée, chaque fois que possible, au profit du contrat qui cesse d'être un simple moyen de fourniture de biens et de services pour devenir une méthode d'administration* »³⁷⁸.

254. Redéfinir ses missions économiques, s'adapter à l'évolution de la pratique économique ou encore se montrer flexible dans l'accompagnement des acteurs économiques sont entre autres les missions de l'État telles qu'elles peuvent se manifester dans le domaine économique. Toutefois, ces évolutions et ces mutations ne devraient pas outrageusement bouleverser l'ordre étatique et la valeur de la verticalité lorsque nécessité de son usage s'impose. Il est acquis que « *l'État libéral est un État limité, à la fois dans son champ d'action et par les fins qui lui sont assignées. Il ne peut empiéter sur le domaine réservé aux activités privées que dans la mesure nécessaire à la satisfaction de l'intérêt général, et son action ne doit pas aboutir à sacrifier les intérêts de telle catégorie de citoyens à celle de telle autre* »³⁷⁹. Il est tout à fait plausible que la satisfaction de l'intérêt général et le maintien de l'ordre public économique ne puissent faire l'objet d'une permanente remise en cause. Le pouvoir administratif exorbitant s'exprime à cet effet pour faire en sorte que ces principes soient protégés avec effectivité.

255. Une telle redéfinition du rôle économique de l'État répond à plusieurs impératifs, au nombre desquels on devrait retrouver une meilleure réalisation de l'intérêt général, un accompagnement des acteurs économiques, un ancrage et une protection de l'ordre public économique. Cette redéfinition des rôles cherche en outre à répondre à la contestation souvent exagérée des valeurs défendues par le pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique.

³⁷⁸ SERVOIN F., *Droit administratif de l'économie, op. cit.*, p. 21.

³⁷⁹ CHEVALLIER J., « Les fondements idéologiques du droit administratif français », art. cit., p. 201.

Section II- Une prérogative étatique démesurément contestée

256. L'hostilité affirmée de certains acteurs économiques face à la verticalité du pouvoir économique de l'État aurait été beaucoup moins contestable si elle n'avait pas pour envers du décor la remise en cause systématique des objectifs assignés au pouvoir administratif exorbitant. Il est indéniable que toute volonté étatique de revenir à un dirigisme économique serait inefficace car en totale décalage avec non seulement l'avancée de la pratique économique fondée sur la liberté du commerce et de l'industrie, mais également et surtout en déphasage avec l'ordre public économique de protection. Ce dernier postule certes un encadrement des entreprises mais aussi un soutien ne serait-ce qu'indirecte de l'État pour leur épanouissement. Ce soutien peut se matérialiser par une clarté juridique, une déréglementation voire même une dérégulation dans les secteurs qui l'exigent tant que cela ne remet pas en cause l'ordre public économique³⁸⁰.

257. Un quelconque camouflage derrière le combat légitime contre le dirigisme ne peut valablement se transformer en une remise en cause fortuite des valeurs défendues par le pouvoir administratif exorbitant dans le domaine économique. Un tel combat est d'abord et avant tout inefficace pour les acteurs économiques avant même d'être préjudiciable à l'économie et les autres acteurs vulnérables. Cela étant, même si la mise en œuvre de ces valeurs, au sommet desquelles se trouve l'intérêt général, peut légitimement obéir à une certaine flexibilité pour mieux sauvegarder et concilier les intérêts en présence (§2), il n'en demeure pas moins que la consécration de l'intérêt général comme principe fort et indépassable, quelle que soit l'évolution des rapports entre l'État et les acteurs économiques (§1).

§1- La consécration indépassable de l'intérêt général

258. Il est des principes étatiques qui peuvent vieillir, se réinventer et même faiblir mais sans jamais disparaître. Il en est ainsi de la transcendance de l'État et de l'intérêt général. S'il faut, pour ce faire, que l'État s'érige en interventionniste, il le fera au détriment de toute critique. Certains auteurs considèrent qu'il « *est possible de considérer que l'État se fait interventionniste lorsque, constatant les restrictions imposées aux libertés des individus et des opérateurs économiques ne suffisent pas à atteindre certains objectifs d'intérêt général* »³⁸¹.

³⁸⁰ Sans que cela ne soit bien entendu la règle mais que cette démarche une exception appliquée de façon casuistique et limitée.

³⁸¹ MULLER E., « La comparaison des objectifs de la régulation et de la police », in ECKERT G., KOVAR J-Ph., *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 28.

On ne peut imaginer la vie d'un État sans une puissance publique qui soit en mesure de maintenir et de restaurer l'ordre dans la société. Tout comme, en dépit de toute évolution sociétale, l'on ne peut concevoir une société dans laquelle l'intérêt général serait abandonné à la définition que pourrait lui donner chacun des membres de ladite société en fonction de ses goûts et ses intérêts. Une telle aventure aboutirait, non pas seulement à considérer l'intérêt général comme la somme des intérêts particuliers, mais au risque d'avoir autant « d'intérêts généraux » qu'il y a d'individus dans la société. Autant dire une situation intenable. Puisqu'en l'absence d'une colonne vertébrale identifiable et solide, l'intérêt général aurait tout le mal à se tenir debout, marcher et résister à toutes les velléités et les invectives qu'on lui adresse.

259. Il faut néanmoins souligner que la réaffirmation du caractère indépassable de l'intérêt général ne signifie point qu'il soit condamné au dogme ou à la stagnation au mépris des évolutions qui s'imposent à la société. Ainsi, pour mieux saisir ce concept transversal et si précieux en droit, est-il primordial de repréciser la notion d'intérêt général **(A)**, avant de souligner son caractère intemporel **(B)**.

A- La notion d'intérêt général

260. Si l'on ne trouve concrètement aucune définition précise, qu'elle soit législative³⁸² ou doctrinale, et en dépit de ce que certains ont appelé la crise de l'intérêt général³⁸³, l'on ne peut nier qu'il soit une réalité dans la pensée politique de l'État depuis au moins le XVIII^{ème} siècle³⁸⁴. À en croire le Conseil d'État « *cet intérêt général se situe, depuis plus de 200 ans, au cœur de la pensée politique et juridique française, en tant que finalité ultime de l'action publique* »³⁸⁵. L'intérêt général est certes immatériel mais sa réalité est beaucoup plus palpable que la plupart des notions qui gouvernent la vie en société. Il fonde l'action des autorités publiques et légitime la restriction des droits et libertés des particuliers au nom de cet idéal qui transcende l'ensemble de leurs intérêts respectifs.

³⁸² Dans le Code général des impôts, notamment dans ses articles 200 et 238 bis, on retrouve la notion d'intérêt général mais seulement pour souligner des exonérations fiscales accordées à des associations reconnues d'intérêts publics et à des entreprises. Lesdits articles ne définissent pas l'intérêt général.

³⁸³ Une crise découlant elle-même de ce que Pierre Rosanvallon appelle « *Crise de l'État providence* ». Cf. MARGAIRAZ M., ROSANVALLON P., *L'État en France de 1789 à nos jours*, op. cit.

³⁸⁴ SAINT BONNET F., « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », Actes de colloque publiés in extenso et dans leur version définitive, aux Editions Dalloz, dans la coll. des Cahiers constitutionnels de Paris I, p. 1.

³⁸⁵ ALLIER H., HEIDSIECK Ch.-B., LAVIGNE L., *Rapport collectif sur l'intérêt général. Intérêt général : nouveaux enjeux, nouvelles alliances, nouvelle gouvernance*, op. cit., p. 9.

261. En tout état de cause, l'intérêt général est considéré comme « *la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité* »³⁸⁶. De ce fait, il est à la fois en amont et en aval de l'action publique. En amont en ce qu'il fonde et guide les motivations de celle-ci mais également en aval en ce qu'il constitue l'idéal vers lequel tend l'action publique ou ses effets. Il guide en outre les réinventions de l'action publique dans la mesure où cette dernière s'adapte à toutes les évolutions pourvu que ce principe fondateur de sa légitimité soit préservé. Le régime juridique de l'intérêt général permet donc de mesurer toute son importance dans l'action publique (**1**). Quand bien même, sous l'effet de la confrontation avec d'autres principes qui gouvernent la société, une interprétation extensive de l'intérêt général a permis de le renforcer, de le consolider voire même de le pérenniser en lui permettant de transcender les espaces, le temps et les domaines qui lui sont traditionnellement assignés (**2**).

1- Le régime juridique de l'intérêt général

262. Considéré par certains auteurs comme un principe qui s'affirme comme « *plus que jamais, fondateur de la nation et intégrateur dans le creuset national* »³⁸⁷, l'intérêt général peut en lui seul dénoter la singularité de la conception rousseauiste de l'État. Il souligne ce vers quoi tendent les missions de ce dernier. Pour Patrick Goffaux, l'intérêt général « *est un concept juridique utilisé pour désigner de manière générique l'objectif vers lequel doit nécessairement tendre toute l'activité de l'administration* »³⁸⁸. Il se démarque par sa capacité à englober dans sa sphère aussi bien les citoyens, les consommateurs et les acteurs économiques globalement pris, et de ce fait prétendre à les protéger autant les uns que les autres.

263. La notion d'intérêt général peut à la fois et d'une manière qui peut, *a priori*, paraître paradoxale, revêtir des définitions très disparates. C'est tout l'éloge d'une indéfinition. C'est ainsi que Véronique Coq, dans sa Thèse consacrée aux fonctions de l'intérêt général, souligne que celui-ci est « *multiple et contradictoire* ». Elle précise, en citant plusieurs auteurs, que celui-

³⁸⁶ Conseil d'État, *Rapport sur l'Intérêt général*, 1999, préc.

³⁸⁷ GUESLIN A., *L'État, l'économie et la société française : XIX à -XXe siècle*, op. cit., p. 234.

³⁸⁸ GOFFAUX P., *Dictionnaire du droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 141. Cf. aussi DE BANDT P., VANDERHELST M., *L'intervention publique dans la sphère économique : fondements, principes et limites*, Bruxelles, Larcier, coll. « Les dossiers du Journal des tribunaux », 2013, 1 vol., 207 p.

ci est présenté comme une notion « indéfinissable »³⁸⁹, « floue »³⁹⁰, « molle »³⁹¹, « évolutive »³⁹², « imprécise »³⁹³, « introuvable »³⁹⁴, « sans contenu intrinsèque »³⁹⁵, « sans consistance propre »³⁹⁶, « dénuée de sens »³⁹⁷, voire même « fuyante »³⁹⁸. Denys Simon abonde lui aussi dans le même sens en reprenant une formulation de Didier Truchet selon laquelle « personne n'a su donner du concept une définition incontestable : le législateur ne s'en est pas soucié, le juge ne l'a pas voulu, la doctrine ne l'a pas pu »³⁹⁹. En définitive, l'intérêt général est une notion mobile⁴⁰⁰ et insaisissable. Une insaisissabilité et une impossibilité de cloisonnement qui sont tout à l'honneur de sa survie et de sa pérennité. Si, s'agissant du droit économique, Gérard Farjat affirmait ne pas croire aux « notions juridiques indéfinissables »⁴⁰¹, en ce qui concerne l'intérêt général, il s'agit davantage d'une définition protéiforme par objet qu'une indéfinition. C'est pour cette raison qu'il faudrait peut-être souscrire à l'idée qu'on ne peut se défaire d'une définition « impersonnelle »⁴⁰² de l'intérêt général tellement il est polysémique.

³⁸⁹ Cf. COQ V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 15 ; KANAYAMA N., « intérêt général » : Le pays de Rousseau aujourd'hui », cité par MATHIEU B., « L'intérêt général au Japon et en France », *Société de législation comparée*, Dalloz, 2008, p. 53 et 55.

³⁹⁰ MERLAND G., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*. Actes de la deuxième journée d'études annuelle du Centre de recherche de droit constitutionnel de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 35.

³⁹¹ KAUFF-GAZIN F., *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, thèse, Université Robert Schuman Strasbourg, 2001, p. 382.

³⁹² HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Paris, Sirey, 1933, p. 59 ; GAUDEMET Y., « Le partenariat public-privé en France », *Bulletin juridique des contrats publics*, sept. 2004, n° 36.

³⁹³ SIMON D., « Usage des concepts élastique dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », in LUKE G., *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration : Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Berlin, 1983, vol 1, XV-984, spéc. p. 707 et s.

³⁹⁴ BROUSOLLE Y., *La participation des personnes privées aux activités d'intérêt général*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 1993, p. 10.

³⁹⁵ CHEVALLIER J., LOSCHAK D., *Science administrative*, t. 1, Paris, LGDJ, 1978, p. 359.

³⁹⁶ MERLAND G., *L'intérêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, thèse, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 121, 2004, p. 17.

³⁹⁷ DEMICHEL A., *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, Paris, LGDJ, 1978, p. 102.

³⁹⁸ SIMON D., « L'intérêt général vu par les droits européens », in MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Actes de colloque du 06 oct. 2006, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 47-48. Cf. aussi COQ V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général*, op. cit., p. 15.

³⁹⁹ TRUCHET D., « Label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p. 427 ; SIMON D., « L'intérêt général vu par les droits européens » in MATHIEU B., VERPEAUX M., *L'intérêt général, norme constitutionnelle ?*, op. cit., p. 12.

⁴⁰⁰ Mobile non pas dans son ancrage mais dans le sens où il s'adapte à l'évolution du temps et de l'espace, tous bousculé par la globalisation économique et la dématérialisation des rapports économiques et sociaux.

⁴⁰¹ FARJAT G., « L'ordre public économique », art. cit., p. 27.

⁴⁰² STOFFAËS Ch., *Services publics. Question d'avenir*, Paris, Rapport, Commissariat général du Plan, Odile Jacob/La documentation française, 1995, p. 53.

264. L'intérêt général est celui pour la sauvegarde duquel l'intervention de l'État et les autorités administratives se justifie amplement. Son utilité dans la sauvegarde des équilibres de la société est telle que rien ne doit entraver sa mise en œuvre. C'est au nom de ce même principe d'utilité que l'intérêt général s'est réinventé pour embrasser assez solidement des domaines aussi fuyants que l'économie, l'écologie ou le numérique. L'intérêt général économique, à l'image de ce qu'on pourrait appeler l'intérêt général écologique, fait désormais partie de la réalité juridique tant en droit national, européen qu'international⁴⁰³. Et comme la préservation de l'intérêt général appelle tout naturellement à un ordre public, il est tout aussi convenable que les ordres publics économiques national, européen, au même titre que l'ordre public écologique⁴⁰⁴ soient les conséquences logiques de la consécration de l'intérêt général dans ces domaines⁴⁰⁵. La régulation consiste finalement, comme cela a été souligné, à prendre en compte « *des préoccupations sociales, écologiques et économiques* »⁴⁰⁶. L'écologie impose désormais son ordre à la fois en droit national et en droit communautaire⁴⁰⁷ même si des difficultés persistent encore sur le plan mondial⁴⁰⁸.

265. Ce caractère impérissable et évolutif de l'intérêt général se constate également dans la jurisprudence. L'arrêt *Sigalas* du 22 juin 1928, relatif aux travaux du concessionnaire de chute d'eau, dénote toute la résistance de l'intérêt général au temps et aux crises⁴⁰⁹. Dans la période contemporaine aussi il n'a jamais cessé d'être un vecteur de référence pour les juges.

266. En outre et de manière plus récurrente, les autorités administratives indépendantes, dépositaires du pouvoir de la régulation économique, n'hésitent pas à faire référence à l'intérêt général. Car dans le fond, veiller au respect de l'ordre public économique, au libre exercice du commerce, au respect de la concurrence, c'est également et surtout veiller à la préservation de

⁴⁰³ À la lumière du débat autour de la protection de l'écosystème, il paraît de plus en plus évident qu'il en va de l'intérêt général que celui-ci soit protégé d'exploitations abusives et non respectueuses de son renouvellement.

⁴⁰⁴ André Bernard note sur ce point que « *l'impossibilité de 'faire comme avant' face au changement climatique, exigent des évolutions de comportement radicales des personnes, des organisations et des systèmes politiques mondiaux* ». Cf. BERNARD A., « Fiscal-intérêt général- Attention à la zone grise », JA 208, Dalloz, n° 580.

⁴⁰⁵ On peut tout aussi ajouter d'autres aspects qui *a priori* ne renvoient pas directement à l'ordre public économique mais n'en sont tout de même pas moins. Ainsi, « *la protection des usagers ou des consommateurs, la santé, la sécurité et la défense* » rentrent dans ce cadre-là et en « *tous les cas, il s'agit pour les autorités publiques de prévenir les troubles à l'ordre public qui peut être appelé économique en ce qu'il encadre spécifiquement le fonctionnement d'un marché* ». Cf. PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 54 in MESCHERIAKOFF A.- S., *Droit public économique*, 2^e éd., PUF, 1996, n° 116.

⁴⁰⁶ FRISON-ROCHE M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », *RFDP*, 2004, n° 109, p. 53 in COMMAILLE J., CHAZEL F. (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ (coll. « Droit et Société »), 1991.

⁴⁰⁷ Au point que la prise en compte des préoccupations écologiques dans les politiques publiques est devenue incontournable.

⁴⁰⁸ Souvent pour des divergences politiques et économiques entre États.

⁴⁰⁹ CE, 22 juin 1928, *Époux de Sigalas c./ Sté. Hydro-électrique et métallurgique du Palais*, III, p. 113.

l'intérêt général. Une telle vision n'est pas nouvelle et ne constitue pas une révolution, c'est simplement une mutation de de celui-ci car au-delà même du consommateur, il y a le citoyen. Cela se confirme tant auprès des autorités nationales de régulation qu'au sein de la Commission européenne dont la récurrente référence aux 500 millions de citoyens ne laisse pas indifférent.

267. C'est au regard de tous ces aspects qu'on peut souscrire à ce qu'on pourrait considérer comme une interprétation extensive de l'intérêt général. Même si dans la réalité, il s'agit plus d'une mutation qu'une extension dès lors que l'intérêt général n'est pas figé et qu'il est inconcevable qu'il soit submergé par la mutation et la modernité économique de la société.

2- Une interprétation jugée extensive de la notion d'intérêt général

268. L'interprétation de l'intérêt général ne pouvait être que vaste et non restrictive (**a**) d'où il suit que cette « extension » n'est rien d'autre qu'une normalité (**b**). L'envergure de l'intérêt général suffit à elle seule pour dicter une telle étendue (**c**), d'autant plus que son interprétation volontariste semble être définitivement approuvée (**d**).

a- Une interprétation extensive nécessaire de l'intérêt général

269. À l'image de ce que disait Jacques Chevalier à propos du droit administratif, l'intérêt général occupe « *dans l'ordre juridique une position irréductible dans la mesure où [...] les représentations qu'il véhicule vont être relatives à l'État et tendre à renforcer le jeu de croyances sur lesquelles il repose* »⁴¹⁰. Cette irréductibilité se manifeste doublement. D'un côté, par la diversité des domaines qu'il peut couvrir, ce d'autant plus que l'intérêt général peut se manifester aussi diversement que peuvent exister des secteurs d'activité dans la société. Ainsi souligne-t-on, quoique par euphémisme, la diversité de l'intérêt général. Il peut être social, administratif, politique, économique, écologique et même numérique. Aucun domaine ne peut prétendre lui échapper⁴¹¹. Et de l'autre côté, l'intérêt général est irréductible grâce à l'intemporalité de sa manifestation. Il perdure depuis sa consécration définitive aux siècles des lumières. Il se transforme et est remis en cause, il subit des mutations ou les incorpore mais jamais il ne s'altère ni ne disparaît.

⁴¹⁰ CHEVALLIER J., *Les fondements idéologiques du droit administratif*, op. cit., p. 3-4.

⁴¹¹ Il peut exister des domaines où il peut se montrer flexible mais aucun secteur de la vie économique ne peut prétendre une exonération totale de l'intérêt général.

b- Une extension limitée et relativisée par sa normalité

270. Il n'y a en réalité aucune extension de l'intérêt général d'autant plus qu'il ne peut y avoir un domaine qui lui échappe. Il y a néanmoins fréquemment des domaines d'activités qui cherchent à se soustraire de son encadrement. Les acteurs économiques n'ont que très tardivement sinon rarement incorporé la coïncidence de leurs intérêts à celui de l'intérêt général. Les codes de bonne conduite, avant même d'être suivis dans ce sens par la compliance, ne sont rien d'autre que l'incorporation, voire l'intériorisation de l'intérêt général, dans le fonctionnement interne des entreprises. Que cela soit sur les questions environnementales ou celles qui touchent à la transparence notamment bancaire et financière.

c- Une étendue naturellement dictée par l'envergure de l'intérêt général

271. Foncièrement appréhendé, l'intérêt général n'a nul besoin de se dilater pour couvrir les domaines dans lesquels il est censé être perceptible et effectif. Comme cela a été souligné ci-haut, sa polysémie résulte en réalité de l'absence de définition consensuelle ni de la part du législateur, ni du juge et encore moins de la doctrine, en tout cas pas unanimement pour cette dernière, et ne fait que consolider l'intérêt général. Cette consolidation est singulièrement utile dans le domaine du droit économique eu égard aux mutations quotidiennes de l'économie. Une définition figée n'aurait engendré que des difficultés d'interprétation et d'adaptation à toutes les situations nouvelles qui interviendraient dans le domaine économique. De ce fait, il appartient à ces nouvelles situations de se conformer à l'intérêt général tel qu'il sera interprété par les autorités de régulation et le juge, qui sont chargés de l'application de la réglementation économique.

d- Approbation définitive de la conception volontariste de l'intérêt général

272. Une telle interprétation de l'intérêt général n'est rien d'autre que la matérialisation de sa conception volontariste, laquelle n'est pas « *la somme des intérêts particuliers et ne se réduit pas à un simple calcul d'optimum économique* »⁴¹² et qui impliquerait « *qu'une communauté politique réclame davantage qu'une conciliation d'intérêts particuliers* »⁴¹³. Au niveau européen, l'instauration des obligations de services publics, considérés comme une protection

⁴¹² ROUSSEAU J. J., *Du contrat social*, dans *œuvres complètes*, Bibliothèque de la pléiade, 5 vol. 1959-1995, Paris, II, 6, OC III, p. 379. Cf. aussi ROUSSEAU J.-J., PERRIN F., *L'intérêt général et le libéralisme politique. Entre droits et intérêts particuliers (XVII^e-XIX^e siècle)*, thèse, philosophie, Fondation de Varenne, coll. des thèses, 2012, p. 63, in COQ V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 19.

⁴¹³ Conseil d'État, *Rapport public sur l'intérêt général*, 1999, p. 257.

du « *consommateur vulnérable socialement et territorialement* »⁴¹⁴, n'est rien d'autre que l'extension de l'interprétation de l'intérêt général.

273. L'extension salutaire de l'intérêt général se manifeste également dans ce que certains auteurs considèrent comme « *le triangle du bien commun* »⁴¹⁵, englobant ainsi l'intérêt général lui-même, l'utilité publique et l'utilité sociale⁴¹⁶. Cependant, si l'intérêt général n'a pas eu besoin d'extension pour être contesté aux yeux de certains acteurs économiques, il n'en aura pas davantage pour réaffirmer son intemporalité. Son assise est désormais définitive et sa malléabilité, voire sa « *plasticité* »⁴¹⁷, assure la pérennité de son expression, sa prestation et sa prestance.

B- L'intemporalité de l'intérêt général

274. Il est des prérogatives de la puissance publique qui, sous l'usure du temps, s'affaiblissent et disparaissent car étant, à la lumière de l'évolution de la société, incompatibles avec l'équilibre et les vocations de celle-ci⁴¹⁸. Il en va différemment de l'intérêt général qui « *n'a jamais fait l'objet d'une définition partagée qui s'impose à tous. Sans doute pour ne pas l'enfermer dans une conception trop temporalisée* »⁴¹⁹. L'hostilité et l'incompatibilité de l'intérêt général au cloisonnement et à l'enfermement ne font aucun doute. Il connaît certes des évolutions et parfois même des remises en cause voire des contestations profondes, mais il demeure vivace et se réinvente toujours pour continuer à incarner ce qui justifie l'action de l'autorité étatique et ce qui unifie les équilibres de la société.

275. Ce caractère intemporel de l'intérêt général est sans doute ce qui le préserve le mieux. Cette intemporalité lui sert de locomotive et lui permet de demeurer tangible, ce quelle que soit la modernité à laquelle peut aspirer la société. Une telle capacité à perdurer est dictée par le fait qu'il constitue un principe directeur de l'action publique (*I*). Renforcé par cette intemporalité,

⁴¹⁴ BERROD F., « Les objectifs de la régulation et de la concurrence ou de l'esthétique du double », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 42.

⁴¹⁵ A. BERNARD, « Fiscal-intérêt général-Attention à la zone grise ! » art. cit.

⁴¹⁶ Après un cheminement long depuis notamment les années 70, l'utilité sociale a été définitivement consacrée par la Loi n° 2014-856 du 31 juill. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire. Les conditions d'attribution du qualificatif d'utilité sociale sont fixées par l'article 2 plus spécifiquement.

⁴¹⁷ Cf. dans ce sens « L'Europe de l'électricité entre concurrence et service public », n° spécial de la RPP, sept.-déc. 2003, cité par FRISON-ROCHE M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », art. cit.

⁴¹⁸ L'exemple de la gestion des données personnelles peut, sur ce sujet, être éloquent dans la mesure où naguère l'État se présentait comme le seul détenteur de la légitimité de s'immiscer dans la vie privée des personnes. Or, aujourd'hui, il semble être celui qui en gère le moins les données de ses citoyens.

⁴¹⁹ ALLIER H., *Rapport collectif intérêt général*, préc., p. 9.

il s'avère insubmersible dans les tourbillons réformistes et évolutionnistes que peuvent subir la société dans son inéluctable mutation (2).

1- L'intérêt général comme principe directeur de l'action publique

276. Dans son rapport public portant sur l'Intérêt général, publié en 1999, le Conseil d'État affirme que celui-ci « *irrigue largement ce droit prétorien [le droit administratif], soit comme source directe en contribuant à la définition de certaines notions, soit de façon plus diffuse, que l'on peut deviner derrière les différents régimes de droit public. Les grandes notions clés du droit public, que sont le service public, le domaine public, l'ouvrage public et le travail public ont un point commun : elles ne peuvent être définies que par référence à la notion première de l'intérêt général et trouvent en elle leur raison d'être* »⁴²⁰. En outre, c'est en raison de cette raison d'être que l'intérêt général « *relève fondamentalement du droit que le Conseil d'État et le Conseil Constitutionnel sont chargés de garantir* »⁴²¹. Les juges constitutionnel et administratif viennent donc renforcer l'ancrage et l'envergure temporels de l'intérêt général.

277. L'intemporalité de l'intérêt général demeure un des aspects déterminants de sa constitution soutenant sa longévité et sa pérennité. Son objet raisonne comme un facteur d'unicité d'une notion ostensiblement polysémique. L'intérêt général de l'époque des lumières peut ne pas être le même que celui qui prévalait à la veille de la première guerre mondiale, l'époque du libéralisme triomphant. Tout comme l'intérêt général post Seconde guerre mondiale et la reconstruction ne fut pas le même que celui qui prévalait pendant les années 70, summum des *Trente glorieuses*. Il en va de même de la consécration définitive de la concurrence comme colonne vertébrale du marché. L'intérêt général qui prévaut aujourd'hui, sous la pression de la mondialisation économique et numérique avec tous les bouleversements qu'il suscite à la fois chez les citoyens et chez les dépositaires de l'autorité, ne pouvait pas être le même que celui des années 70. Toutefois, si dans leur manifestation, ces intérêts généraux se distinguent, ils conservent jalousement un point commun qui est celui-là qui les définit le mieux : l'objet. Quelle fut et quelle devrait être la préoccupation première de l'intérêt général si ce n'est la protection de cet intérêt qui ne constitue pas nécessairement la somme des intérêts particuliers mais celui qui les transcende et qui les protège ?

⁴²⁰ Conseil d'État, *Réflexion sur l'intérêt général*, Rapport, préc., p. 15.

⁴²¹ ALLIER H., HEIDSIECK Ch.-B., LAVIGNE L., *Intérêt général : nouveaux enjeux, nouvelles alliances, nouvelle gouvernance*, Rapport, préc., p. 13,

278. Au niveau européen, l'alinéa 1 de l'article 17 du TUE souligne, attestant ainsi par la même occasion du rôle primordial de la Commission dans la sauvegarde et la protection de l'intérêt général, que celle-ci « *promeut l'intérêt général de l'Union et prend les initiatives appropriées à cette fin* ». Partant, elle surveille le marché et sanctionne tout écart tendant à porter une atteinte à l'intérêt général des 500 millions de citoyens composant cette intégration.

2- L'intérêt général comme principe insubmersible de l'action publique

279. Son indéfinition et son immuabilité permettent à l'intérêt général de s'adapter à l'évolution. C'est notamment grâce à elles qu'il resurgit dans la gestion des données personnelles par les acteurs privés (a), afin d'éviter que celles-ci ne soient dévoyées (b).

a- Résurgence de l'intérêt général stimulée par la gestion privée des données personnelles

280. Dans les années 50, lendemain de la guerre et période où les effets des différents plans de relance commençaient à se sentir, l'État cessa de se contenter de ses attributions classiques « *de poseur de règle ou de contrôleur de l'application des règles pour devenir acteur direct de la vie économique et principal responsable de celle-ci* »⁴²². Un tel changement de position vis-à-vis du secteur économique fut dicté par les effets positifs des *Trente glorieuses*. Ces années exigeaient, du fait de leur réussite, une certaine dose d'État pour s'assurer que l'équilibre de la société ne pâtisse pas de son absence. Il en va de l'évolution logique des rapports entre l'État, attaché à des principes rousseauistes, et l'économie dans sa vision libérale. Ces mutations entraînent à leur tour une évolution des modalités d'intervention économique et du contrôle étatique sur ce domaine. Pour le législateur, le juge, le régulateur et, dans une certaine mesure, les acteurs économiques, l'intérêt général doit être le curseur lumineux à partir duquel se dessinent la finesse et l'effectivité de l'intervention étatique dans l'économie. Il est ainsi considéré « *juridiquement comme la marge de manœuvre que se laisse la puissance publique pour interpréter le droit* »⁴²³ dans l'application de la loi de manière générale et de l'effectivité de celle-ci dans l'économie de façon singulière. On a, à maintes reprises, attirer l'attention sur le fait que l'intérêt général peut être « *contesté* »⁴²⁴ ou considéré comme une « *notion en crise* »⁴²⁵, il n'en reste pas moins que l'idéal qu'il incarne demeure insubmersible. C'est dans

⁴²² SERVOIN F., *Droit administratif économique, op. cit.*, p. 24 ; J.-C. PAYE, « L'encadrement institutionnel de l'économie de marché », *RFAP*, n° 61, 1992, p. 19.

⁴²³ ALLIER H., HEIDSIECK Ch.-B., LAVIGNE L., *Intérêt général : nouveaux enjeux, nouvelles alliances, nouvelle gouvernance*, Rapport, préc., p. 9.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ COLSON J.-Ph., IDOUX P., *Droit public économique*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 190.

ce sens que Martine Lombard parle d'« *irréductible intérêt général* »⁴²⁶ pour ainsi souligner la particularité de cette notion.

281. Ce caractère insubmersible de l'intérêt général est le même qui permet d'intervenir dans des domaines insoupçonnés et dont le caractère incontournable s'est avéré au fil du temps comme une évidence. Ainsi, si auparavant « *un principe comme celui de la liberté de commerce et de l'industrie n'est pas autre chose que l'obligation faite à l'administration de ne pas sortir de son domaine traditionnel* »⁴²⁷, aujourd'hui, au regard des risques auxquels sont exposés les citoyens vis-à-vis des géants du numérique, la régulation est sollicitée comme protecteur contre l'utilisation abusive et déloyale des données personnelles⁴²⁸. L'État et les citoyens font front commun pour se prémunir contre les risques d'éventuelles dérives. Que de telles encadrements s'expriment à travers la loi ou par le biais des juges et des régulateurs économiques est d'autant plus compréhensible que, comme le souligne Charles Debbasch, « *l'objectif de l'action administrative n'est pas de subir la contrainte des aléas économiques mais de les maîtriser. Le laxisme législatif ou réglementaire s'explique par une mauvaise appréciation de cet objectif* »⁴²⁹. L'intérêt général, dès lors qu'il est au cœur de l'action administrative, constitue une parade inoxydable permettant de répondre à ces aléas par un droit qui protège l'individu et sa vie privée⁴³⁰.

b- Circonscription nécessaire de l'usage dévoyé des données personnelles

282. La puissance économique atteinte par certaines entreprises multinationales ne justifie-t-elle pas que l'État se réapproprie la direction ou du moins le contrôle de l'économie numérique par la vérification de la conformité de ces acteurs au Droit et donc à l'intérêt général ? L'autolimitation des entreprises dans leur quête de profits semble avoir atteint ses limites. Dès lors, il incombe à la puissance publique de veiller à ce que des données personnelles ne soient pas utilisées pour priver certains citoyens de soins puisqu'une entreprise aura vendu

⁴²⁶ LOMBARD M., « Irréductible intérêt général », *AJDA*, 2006, p.1809.

⁴²⁷ DEBBASCH Ch., « Le droit administratif face à l'évolution administrative française », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le Juge et le droit public, op. cit.*, p. 349.

⁴²⁸ Le risque est tel que certains auteurs n'hésitent pas à poser la question de l'avenir de l'individu dans l'ère du tout numérique et la course parfois imprudente et effrénée derrière l'intelligence artificielle. Cf. KOENING G., *La fin de l'individu. Voyage d'un philosophe au pays de l'intelligence artificielle*, Édition de l'Observatoire, 2019, 398 p.

⁴²⁹ DEBBASCH Ch., « Le droit administratif face à l'évolution administrative française », art. cit., p. 353.

⁴³⁰ Cette expression de l'intérêt général est d'autant plus puissante que même la crise sanitaire (Covid-19) que nous traversons n'annihile pas la vigilance de la CNIL sur les éventuels risques d'un *backtracking* qui ne respecterait pas la protection des données personnelles. La protection de ces dernières a atteint un niveau si important que même l'impératif de santé publique ne peut que conjuguer avec leur respect.

aux sociétés d'assurance des données sensibles⁴³¹. La connivence entre ces géants pour le simple profit au détriment de l'intérêt général et la protection de la personne humaine doit trouver sa limite dans la puissance régulatrice de l'État et ses démembrements.

283. Tout comme, le cas échéant, le fait qu'une entreprise qui procède au « shopping législatif » et au contournement de la loi par une manipulation du principe de l'établissement stable ne saurait être exonérée d'exigibilité fiscale⁴³². Cela n'aurait pas comme conséquence inévitable, contrairement à ce que pourraient craindre les incondtionnelles de l'ultralibéralisme, un retour intrépide du dirigisme économique car, « *même à l'époque du libéralisme triomphant des restrictions ont été apportées à la liberté du commerce et de l'industrie* »⁴³³. Dans la thèse défendue dans cette recherche, il s'agit simplement d'une régulation cruciale appliquée, sous certains critères, à une certaine catégorie d'entreprises dont la régulation effective apporterait bien plus qu'il ne nuirait à celles-ci, à l'économie globale, à l'ordre public économique, à l'intérêt général et à l'équilibre de la société⁴³⁴.

284. Le respect de l'ordre public économique et la quête de l'équilibre de la société sont autant des principes fondés sur l'intérêt général. L'administration étant classiquement « *un organe de stabilisation des rapports sociaux* » et dans ce sens, malgré sa mutation et sa modernisation, il peut continuer à jouer un rôle essentiel qui est celui de « *prévoir l'ordre à venir et d'assurer la transformation de la société* »⁴³⁵. Parant, contrairement à la crainte qui se voulait prémonitoire du professeur Benoît Plessix consistant à devoir « *dresser l'acte de décès de l'intérêt général à la française et d'annoncer le triomphe de l'utilitarisme anglo-saxon* »⁴³⁶, il est encore des éléments qui permettent de soutenir que la conception volontariste s'avère justement ce qu'il y a de plus vivace et de plus effectif à opposer à la mondialisation économique et à un système libéral dont tout porte à croire qu'elle est univoque. Il demeure

⁴³¹ L'accointance entre les gestionnaires des données personnelles et les sociétés d'assurances est telle que le régulateur doit faire preuve d'une vigilance rapprochée, exigeante et responsabilisante.

⁴³² Même si une telle ambition nécessite encore une fois l'harmonisation fiscale dans un ensemble intégré. Les efforts d'un seul état ne peuvent conduire qu'à l'isolement.

⁴³³ SERVOIN F., *Droit administratif économique*, op. cit., p. 25.

⁴³⁴ Plus concrètement, les entreprises n'ont aucun intérêt d'évoluer dans un climat social compromettant et il se trouve que la régulation répond à cet impératif et donc les protège en conséquence. D'ailleurs « l'État keynésien est interventionniste parce qu'il est organisateur des rapports sociaux dans leur globalité » et « *à travers le schéma triangulaire bourgeoisie/ État /classe ouvrière...l'État intègre la réalité conflictuelle des intérêts et des rapports sociaux et joue le rôle de régulateur et d'arbitre* ». Cf. SERVOIN F., *Droit administratif économique*, op. cit., p. 34.

⁴³⁵ DEBBASCH Ch., « Le droit administratif face à l'évolution administrative française », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le Juge et le droit public*, op. cit., p. 346.

⁴³⁶ PLESSIX B., « Préface », in COQ V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 7.

encore des contradictions profondes dans la perception du fonctionnement du marché selon que l'on soit de tradition civiliste ou anglo-saxonne. Et même « *l'idée d'un intérêt général transcendantal dont l'État-nation souverain serait le seul dépositaire et le seul garant* »⁴³⁷ ne peut efficacement être envisagée si l'on se résigne à aligner la conception volontariste derrière la vision utilitariste de l'intérêt général. Toutefois, le fait que ce dernier soit le cœur de l'action publique, insubmersible et intemporel, n'empêche en rien une certaine flexibilité dans sa mise en œuvre.

§2- Flexibilité de la mise en œuvre de l'intérêt général

285. La pertinence de ne pas limiter l'intérêt général à son seul aspect idéologique réside dans le fait de lui éviter d'être réduit en un simple dogme. La mutation de la société est incompatible au dogmatisme qui en réalité refuse toute remise en cause et donc toute amélioration. C'est dans cette optique que cette valeur insubmersible a tout intérêt à être ancré comme principe directeur de l'action publique. Il a autant intérêt à être flexible dans sa mise en œuvre, d'autant plus que toute volonté de rigidité serait vouée à l'échec. C'est ce qui ressort avec justesse des propos de Marie-Anne Frison-Roche selon lesquels « *si on le pense, prétendre s'accaparer la réalisation d'un intérêt général qui serait distinct de l'addition des bonheurs particuliers relèverait de l'imposture, de l'impertinence, de l'illusion de ceux qui rêvent encore du Monde d'hier dans lequel l'État tenait ses sujets en laisse, feignant de faire leur bonheur malgré eux* »⁴³⁸. En d'autres termes l'impact, de la conception ultralibérale et empiriquement anglo-saxonne de l'économie ne fait plus aucun doute, mais l'auteure s'empresse de rappeler à ceux qui céderaient à ce goût de mutation sans la précaution qui démontre que l'économie, aussi libérale soit-elle, ne peut prétendre s'épanouir et donc se développer sans « *s'adosser à des règles juridiques indisponibles d'ordre public* »⁴³⁹. C'est à dire des valeurs non-économiques mais non moins indispensables aussi bien à l'État qu'aux acteurs économiques.

286. Il est indéniable que l'intérêt général ne s'envisage plus de la même manière qu'il y a un siècle. Il n'a pas été, à l'instar d'autres facteurs de la société, à l'abri d'une certaine mutation (A). Cette dernière est d'autant plus palpable que l'intérêt général semble se décentraliser pour mieux couvrir son vaste champ d'application⁴⁴⁰. Au lieu de parler d'intérêt général global,

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 8.

⁴³⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », in Archives de philosophie du droit, *L'ordre public*, t. 58, Dalloz, 2015, p. 105.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 151.

⁴⁴⁰ Décentralisation de l'intérêt général : préciser ce qu'on entend par cette notion.

certains de ses domaines spécifiques sont mis en exergue, soit en raison de leur inévidence soit en raison de la nécessité d'accentuer et d'attirer l'attention sur leur importance. Ainsi a-t-on été amené, au niveau européen et national, de parler d'un intérêt général économique (**B**).

A- Flexibilité dictée par l'inéluctable mutation de l'intérêt général

287. S'il est de tradition philosophique, politique et juridique évidente que l'intérêt général n'est pas, en dépit des mutations, la somme des intérêts particuliers, mais au contraire transcendance de ces derniers ; il n'en reste pas moins qu'il préserve d'autres principes essentiels à l'équilibre de la société. Ces autres principes, qui contribuent autant que l'intérêt général à la sauvegarde d'une société équilibrée, peuvent être divers et variés. On peut y retrouver le principe de la liberté de commerce et de l'industrie englobant la liberté d'entreprendre, la liberté d'établissement tout comme celle de circulation des personnes, des biens et des services, tant chers au droit de l'Union européenne. Il ne faut pas non plus cautionner l'opposition systématique entre l'intérêt particulier et l'intérêt général dès lors que, à certains égards, une telle conception peut sembler « *excessive, pour ne pas dire contradictoire* »⁴⁴¹. D'autant que les personnes privées peuvent se voir confier des missions d'intérêt général et que, par l'application du principe d'impartialité, on interdit aux personnes publiques de se prévaloir d'un quelconque intérêt particulier.

288. Aussi souvent que l'intérêt général se confronte aux autres principes, sa préservation dépendra de selon qu'il s'agisse d'un domaine où sa flexibilité participe mieux ou moins de sa protection et celle de l'ordre public économique⁴⁴². De ce fait, la confrontation de l'intérêt général à d'autres principes constitue le point de départ de la mutation de celui-ci à travers le temps (**1**). Néanmoins, au regard des manifestations de cette mutation, il en ressort beaucoup plus grand qu'affaibli (**2**). Réitérant ainsi toute la force de sa flexibilité⁴⁴³.

⁴⁴¹ RADE Ch., « L'exorbitance du droit administratif. Regard d'un privatiste », in MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Colloque des 11 et 12 déc. 2003 à Poitiers, Paris, LGDJ, 2004, p. 48.

⁴⁴² Face à certains principes l'intérêt général peut faire preuve d'une certaine flexibilité tout comme face à d'autres il se doit de se montrer intransigeant en raison de sa transcendance.

⁴⁴³ Référence à la publicité de vêtement créée par la marque Éric Bompard indiquant « *Soft is The New Strong* » dans le cadre d'une campagne intitulée « la douceur est invincible ». Cf. <http://tbtc.fr/eric-bompard-cachemire-paris/>.

1- Les substructions de la mutation de l'intérêt général

289. Il est de la nature de la force qui gouverne l'intérêt général que d'être capable de se moduler, évoluer et se conformer à toutes les mutations sans nécessairement céder à son fondement ancré dans une tradition juridique et politique fidèles à l'exception française et à la singularité du droit européen. Le fait qu'il soit protéiforme permet dans une large mesure de répondre aux mutations. C'est à juste titre d'ailleurs que André Bernard relève que « *retenir une seule approche de la notion d'intérêt général conduirait à sous évaluer la complexité de ce concept qui alimente les débats* »⁴⁴⁴. Cela conduirait surtout à priver une notion, qui en a tant besoin, d'une capacité d'adaptation à toutes les mutations sociales et économiques de la société. C'est sans doute dans ce sens que Gérard Farjat indiquait que la force de l'ordre public économique réside dans le fait que « *c'est une législation de compromis* »⁴⁴⁵.

290. L'intérêt général n'ignore pas que l'efficacité peut dans certains être un des objectifs amplement justifiés. C'est pourquoi, dans sa mise en œuvre, il est indispensable qu'il soit en phase avec l'évolution des domaines dans lesquels il s'applique. Il est nécessairement soumis à la quête d'un équilibre qui ne sous-estime pas ses fondements et qui ne s'efface pas non plus face aux mutations contemporaines. Partant, « *l'intérêt général n'autorise pas de 'prendre en otage' les générations futures, pas plus qu'il ne permet d'être ignorant des générations passées* »⁴⁴⁶. Notre époque est celui dans lequel le régulateur, se substituant quelque peu à l'État, doit prouver que l'intérêt général est efficace. Cela peut se justifier sans doute par le fait que ce peuple auquel l'intérêt général était destiné n'est plus si docile que ça et ne se contente plus de ce que l'État peut faire, mais exige plutôt ce qu'il doit faire. Un service public de qualité, rapide voire même efficace et commutable avec ce que pourrait offrir un service privé.

291. S'il n'y a pas lieu de débattre sur une éventuelle universalité de l'intérêt général ou de son monopole par l'État, il y a en revanche une importance à souligner que le temps est l'une des raisons les plus évidentes qui justifient sa mutation dans sa mise en œuvre. Plus les sociétés évoluent, plus leurs besoins changent et par voie de conséquence, le rôle de l'État dans leur protection évolue. L'intérêt général n'en est donc pas du reste⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴BERNARD A., « Fiscal - Intérêt général - Attention à la zone grise ! », *JA*, 2018, n°580, p. 37.

⁴⁴⁵FARJAT G., BERTHOLD G., *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963, p. 93.

⁴⁴⁶ALLIER H., HEIDSIECK Ch.-B., LAVIGNE L., *Intérêt général : nouveaux enjeux, nouvelles alliances, nouvelle gouvernance*, Rapport, préc., p. 17.

⁴⁴⁷Cf. dans ce sens la thèse de IOANNIDOU A., *L'intérêt général en économie de marché, perspectives du droit européen*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2017, 526 p.

292. Si l'accès à l'information est considéré comme un droit et que sa satisfaction permet de répondre à un besoin d'intérêt général, il va de soi que faire en sorte que les entreprises qui assurent un tel service se conforment aux règles de droit pour assurer un accès équitable est sans nul doute une satisfaction de ce besoin. Le déploiement du réseau 4G dans des zones blanches non encore couvertes relève de cet aspect-là⁴⁴⁸. Il arrive que l'État impose des tarifs différenciés pour des zones montagneuses ou enclavées. Un tel intérêt porté à l'Internet ne trouve son fondement que dans l'évolution de la société pour laquelle cet instrument est devenu, par la force des mutations et des changements technologiques, un des moyens incontournables pour accéder à l'information et dans une certaine mesure participer à la vie démocratique et citoyenne. Par ailleurs, l'article 36 de la charte des droits fondamentaux fait mention expresse du respect de l'accès à l'énergie et l'électricité au nom de la cohésion sociale et territoriale dans l'UE. L'article 3 du Traité de Lisbonne parle même d'une « *économie sociale de marché* » et de « *cohésion économique et sociale* ».

2- Les manifestations de la mutation de l'intérêt général

293. Si la mutation de l'intérêt général l'a poussé à englober des domaines aussi singuliers qu'inattendus (c), il faudrait rappeler également qu'une telle mutation résulte si non a eu pour conséquence une diversité d'organes chargés de le mettre en œuvre (b). Cependant, il ne faudrait pas céder à une facilité qui consisterait à confondre l'intérêt général et l'intérêt d'une administration chargée de la mettre en œuvre (a).

a- L'intérêt général distinct de l'intérêt de l'administration

294. S'il est incontestable que l'administration soit le dépositaire de l'autorité nécessaire pour la satisfaction et la sauvegarde de l'intérêt général, il n'en reste pas moins qu'il est primordial d'établir une distinction entre celui-ci et l'intérêt de l'administration. Jacques Chevallier souligne à ce propos que « *l'administration défend l'intérêt général dans la double mesure où, d'une part elle n'a pas d'intérêt propre à faire valoir et est dominée par le service exclusif du public, d'autre part elle représente l'État et est chargée de mettre en œuvre sa puissance. Le*

⁴⁴⁸ On peut aussi noter l'obligation qui est faite aujourd'hui aux sociétés de téléphonie de ravitailler des zones blanches en Giga ou en fibre optique car l'État est soucieux de prendre en compte le droit de chacun des citoyens à l'accès à ces outils de communication désormais indispensables pour satisfaire des droits fondamentaux (comme le droit à l'information ?) Certes, c'est un peu raccourci, mais donnons l'exemple d'un chômeur qui cherche du travail, il lui serait plus convenable de multiplier ses chances en ayant la connexion car ce faisant il passera par des sites d'offres d'emplois. Et pourtant si on se limitait au principe unique de la concurrence, peu d'entreprises allaient se disputer le ravitaillement de telles zones car ça rapporterait moins et donc la régulation satisfait cet objectif non-économique.

croisement de la puissance et du service n'est en fin de compte que la traduction tangible, la concrétisation de l'idéologie de l'intérêt général »⁴⁴⁹. Au professeure Danièle Lochak de rajouter que « *le fait d'assimiler en fait et en droit l'intérêt du servie à l'intérêt du gouvernement, [constitue] une confusion que condamne le principe même du régime démocratique* »⁴⁵⁰. Il faut donc réitérer la parcimonie permettant d'éviter l'assimilation de l'intérêt général à celui d'une institution ou une administration qui veille à sa mise en œuvre et à sa sauvegarde. D'autant que l'administration ne se confond pas avec ses missions et que le gouvernement ne se dilue pas dans ses fonctions au risque d'abuser de son droit à l'encontre des citoyens. Étant entendu que le droit des administrées est tout naturellement étendu aux entreprises.

b- Mutation résultant de la diversité des organes chargés de mettre en œuvre l'intérêt général

295. La mutation se manifeste aussi dans le fait que l'État ne soit plus le seul à pouvoir satisfaire cet intérêt. Les entreprises privées participent de la satisfaction de l'intérêt général. Il est des cas où confier la satisfaction de l'intérêt général à des entreprises privées s'avère plus efficace et moins coûteux que si l'État en assurait la mise en œuvre. En tout état de cause, prendre en compte la mutation de l'intérêt général en redonnant du sens à la définition des missions de l'État ne doit pas être compris comme « *sacrifier l'intérêt général le plus haut à d'autres qui le sont moins, ni même d'organiser un marchandage entre lui et eux* »⁴⁵¹. Aussi, est-il impertinent de confondre la mutation de l'intérêt général et ses ambitions. Le dogme de l'intérêt général a failli être opposé à la régulation et à la concurrence mais « *on sait désormais qu'il n'est rien* »⁴⁵² car on peut, à travers la concurrence, veiller à la sauvegarde de l'intérêt général.

c- Des domaines aussi singuliers qu'inattendus englobés par l'intérêt général

296. La mutation se manifeste également par le fait que la notion d'intérêt général englobe désormais des domaines aussi singuliers qu'inattendus. On peut à cet égard parler d'intérêt

⁴⁴⁹ CHEVALLIER J., *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, op. cit., p. 55

⁴⁵⁰ LOCHAK D., *Traité des sciences administratives*, op. cit., p. 207.

⁴⁵¹ R. E. CHARLIER, « Signification de l'intervention de l'État dans l'économie », art. cit., p. 95-105.

⁴⁵² SAUVE J.-M., « Une vision renouvelée de la régulation économique », in *Corriger, équilibrer, orienter : Une vision renouvelée de la régulation économique*, Propos introductifs du Colloque organisé par le Conseil d'État et l'Autorité de la concurrence en hommage à Marie-Dominique Hagelsteen, 24 sept. 2013, Paris, LGDJ, 2014, coll. « Droits & Débats », 116 p. 11.

général économique, d'intérêt général écologique, et même d'intérêt général numérique⁴⁵³. Quand bien même il n'y a rien de nouveau à souligner dans le fait que la protection des données personnelles et la sauvegarde de la vie privée soient des aspects particulièrement surveillés tant en droit national que communautaire, respectivement par le truchement de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (ci-après CNIL) et la Commission européenne. La CEDH et la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) y sont également très attentives.

297. Entériner toutes ces mutations de l'intérêt ne relève que d'un réalisme indispensable dans la régulation économique. Au moment où la plupart des notions qui caractérisent l'État et son pouvoir sont remis en cause, « *la crise de la notion de service public* » qui, selon François Servoin, « *est directement liée à l'effacement de la notion de droit exorbitant* » ; il est indispensable de réinventer l'État et de savoir saisir les mutations pour mieux restaurer son autorité et sa singularité. D'autant plus que « *le droit administratif est exorbitant parce qu'il poursuit un autre but que le droit privé. Il consacre et fait prévaloir l'intérêt général* »⁴⁵⁴. Pour mieux défendre ce dernier, il faut éviter les « *postures d'arrogance* »⁴⁵⁵ consistant à ne pas adapter sa mise en œuvre aux mutations contemporaines. Il en va de sa sauvegarde, de sa pérennité et de sa continuité. C'est sans doute cette flexibilité qui caractérise le mieux cet intérêt général en droit économique.

B- L'intérêt général en droit économique

298. Au-delà de son aspect fondateur de l'action publique, l'intérêt général a aussi une vertu régulatrice dans le domaine économique. Celle-ci se manifeste dans la quête de l'équilibre propre à la régulation économique. Ainsi, comme le souligne Yannick Blanc, « *l'intérêt général se présente donc comme un régulateur au sens littéral du terme, c'est-à-dire comme un instrument permettant de faire varier l'intensité avec laquelle on applique la norme* »⁴⁵⁶. C'est au nom de l'intérêt général et de l'ordre public économique que le juge s'intéresse à l'effectivité des normes, à leur conformité au Droit et à leur applicabilité.

⁴⁵³ Ou du moins de la préservation d'une vie numérique au nom de l'intérêt général. Car la proportion sur laquelle évolue la cruciale question des données personnelles interdit à l'autorité publique d'en rester observateur indifférent.

⁴⁵⁴ SERVOIN F., *Droit administratif de l'économie*, op. cit., p. 19.

⁴⁵⁵ ALLIER H., HEIDSIECK Ch.-B., LAVIGNE L., *Intérêt général : nouveaux enjeux, nouvelles alliances, nouvelle gouvernance*, Rapport, préc., p. 17.

⁴⁵⁶ Haut conseil à la vie associative (ci-après HCVA), *Rapport sur la notion d'intérêt général*, 25 mai 2016, p. 25.

299. L'une des conséquences de ce qu'on a désigné comme décentralisation de l'intérêt général est la recherche de sa solidité et de sa pérennisation dans des secteurs peu enclins à son effective mise en œuvre. L'intérêt général s'est ainsi érigé comme l'expression juridique des valeurs non-économiques afin de mieux préserver sa mise en œuvre dans le domaine économique (**1**). Il est cependant observable que toute l'efficacité de cette expression juridique dans le domaine économique ne saurait être possible sans une certaine perméabilité de l'intérêt général lorsqu'il est appliqué au domaine économique (**2**).

1- L'intérêt général comme expression juridique des valeurs non-économiques

300. La conception volontariste de l'intérêt général et du service public n'est pas seulement philosophique, elle « *apparaît également comme un élément d'identité nationale, largement partagée, et dont les racines plongent jusqu'au cœur du moyen âge* »⁴⁵⁷. Un tel ancrage dénote non seulement le cheminement d'un des principes fondateurs de l'action publique, mais il réitère surtout l'importance de ces notions dans le domaine économique. Autant, il est important de fixer le cadre et d'octroyer toutes les conditions nécessaires à la réalisation du profit, des marges et de croissance pour les entreprises ; autant il est indispensable de tout mettre en œuvre pour la sauvegarde des valeurs non-économiques au cœur desquelles balbutie l'intérêt général. Il existe un lien étroit entre la sauvegarde de ces principes et l'épanouissement des entreprises dès lors qu'elles ne peuvent s'épanouir que dans une société stable et équilibrée. C'est dans ce sens d'ailleurs que, comme le souligne le Rapport collectif sur l'intérêt général dirigé par Hubert Allier, ces valeurs non-économiques sont indissociables des trois dimensions de « *faire société* » que sont « *la garantie d'une régulation, l'action en réponse aux besoins ainsi que le partage du sens du projet collectif* »⁴⁵⁸. En sus, c'est au regard de ce fondement que les exigences relatives au bon fonctionnement des marchés ne peuvent être « *l'alpha et l'oméga* »⁴⁵⁹ de l'action publique.

301. La sauvegarde de ces valeurs non-économiques, considérées par certains auteurs comme les « *hautes raisons d'être* »⁴⁶⁰ de l'action économique de l'État, devrait être une préoccupation centrale tant pour ce dernier que pour les entreprises. Il doit user de ses pouvoirs, y compris les moins reluisants aux yeux des acteurs économiques, pour la préservation de ces valeurs. Le

⁴⁵⁷ PONTIER J.-M., « Sur la conception française du service public » *Dalloz*, 1996, n° 9.

⁴⁵⁸ SAUVE J.-M., « Une vision renouvelée de la régulation économique », art. cit., p. 11.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁶⁰ CHARLIER R. E., « Signification de l'intervention de l'État dans l'économie », art. cit., p. 95-105.

pouvoir administratif exorbitant en est un. Il a été souligné que le principe de liberté de commerce et de l'industrie « doit limiter l'interventionnisme ; mais c'est le plus souvent l'interventionnisme qui l'écarte. De même l'intérêt général économique justifie bien des discriminations contraires à la règle d'égalité »⁴⁶¹. Ces discriminations ne doivent cependant avoir un fondement autre que celui de la préservation de l'ordre public économique, l'intérêt général et la stabilité de la société. Le pouvoir administratif exorbitant, c'est-à-dire « l'intervention de la force gouvernante », est requise à chaque fois que « la réalisation et le développement de l'interdépendance sociale »⁴⁶² sont en cause. « On peut déduire de la loi qu'elle (la notion d'IG) ne concerne pas seulement les intérêts particuliers mais qu'elle les dépasse ou les contredit »⁴⁶³. Quand bien même cette « contradiction » ne doit ni ne peut être dogmatique d'autant plus que, comme le souligne si bien Gérard Farjat, « l'intérêt économique général n'est pas nécessairement opposé aux intérêts particuliers des individus pris en tant que tels, il leur est simplement supérieur »⁴⁶⁴. Une telle supériorité se manifeste tant dans sa capacité à affirmer son ascendance et sa grandeur que dans sa capacité de tendre l'oreille pour écouter certaines préoccupations des acteurs économiques. Il en va de sa grandeur et de sa pérennité.

2- La malléabilité de l'intérêt général en droit économique

302. La notion d'intérêt général est aussi floue qu'indispensable. Elle tire sa force de sa malléabilité en ceci que cela lui permet sinon d'englober diverses situations ou du moins de s'adapter à elles. Cette flexibilité est d'autant plus utile en droit économique qu'elle s'est montrée efficace dans la régulation économique sans pour autant remettre en cause sa conception et son essence : protéger en transcendant les intérêts particuliers.

303. Cette malléabilité de l'intérêt général s'exprime doublement en droit économique. D'abord de manière très singulière en droit national **(a)** de sorte qu'elle puisse s'adapter aux évolutions, mais ensuite et ce de manière désormais récurrente en droit économique européen **(b)**.

⁴⁶¹ DELVOLVE P. « Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du conseil d'État », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le Juge et le droit public*, op. cit., p. 355.

⁴⁶² STOFFAËS Ch., *Services publics. Question d'avenir*, Rapport, préc., p. 54.

⁴⁶³ FARJAT G., BERTHOLD G., *L'ordre public économique*, op. cit., p. 111.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 114.

a- La malléabilité de l'intérêt général en droit économique national

304. Le parcours historique de la France a conduit à une vision très publiciste de l'intérêt général puisque dès « 1820 l'organisme privé [fut] reconnu d'intérêt général », « la Société d'encouragement pour l'industrie nationale (...) fut reconnue d'utilité publique par décret afin de lui donner une base juridique (...) et corriger ainsi les effets pervers de la loi Le Chapelier »⁴⁶⁵. Cette façon particulière de sauvegarder l'intérêt général a toujours été la principale préoccupation de l'action publique. Toutefois, une telle consécration, en dépit de toutes les critiques, ne signifie pas que l'État est inattentif aux droits du secteur privé. Il sait se montrer conciliant et même flexible lorsque l'épanouissement des acteurs privés ne porte pas significativement atteinte à l'action publique et à l'intérêt général.

305. Les acteurs privés devraient à leur tour être conscients de la nécessité de cet équilibre entre leurs objectifs et ceux de l'État. Il y a une complémentarité voire même une consubstantialité. Les acteurs privés poursuivent la recherche de bénéfices et de profits tout en participant à la création d'emplois. L'État veille de son côté à la sauvegarde des valeurs non-économiques de l'économie tout en octroyant les conditions d'épanouissement aux entreprises. Partant, l'un et les autres devraient prendre conscience qu'il ne faut surtout pas en arriver à « l'aberration que pour garantir l'égalité entre tous, il est parfois impossible de privilégier les plus fragiles d'entre nous »⁴⁶⁶. La singularité d'une telle conception volontariste de l'intérêt général s'avère fondamentale non pas seulement pour les citoyens les plus fragiles mais également pour les acteurs économiques dans leur quête de profits et d'épanouissement. On peut également étendre cette vulnérabilité nécessitant une protection à toutes ces petites entreprises dont la capacité de survie, entre rude concurrence et dépendance économique, est d'une préoccupation singulière.

306. S'il faut concéder que les mutations qui s'imposent à l'intérêt général sont assez nombreuses, il ne faut pas non plus aller jusqu'à laisser penser que celui-ci est « conditionné par le marché »⁴⁶⁷. La singularité des entreprises qui fait qu'elles poursuivent d'abord et avant tout la réalisation de bénéfices n'est pas du tout « incompatible avec l'intérêt général, au contraire »⁴⁶⁸. Ceci est d'autant plus important à souligner que flexibilité de l'intérêt général

⁴⁶⁵ ALLIER H., HEIDSIECK Ch.-B., LAVIGNE L., *Intérêt général : nouveaux enjeux, nouvelles alliances, nouvelle gouvernance*, Rapport, préc., p. 14.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 38.

⁴⁶⁷ HCVA, *Rapport sur la notion d'intérêt général*, préc., p. 7.

⁴⁶⁸ DAMON J. (dir.), *Intérêt général. Que peut l'entreprise ?*, Paris, Institut Montaigne, coll. « Manitoba/Les Belles Lettres », 2013, p. 23.

en droit économique lui permet de s'incorporer, comme le souligne certains auteurs, dans des domaines inattendus au point qu'ils estiment que sa préservation « *passé donc par l'application des règles de concurrence* »⁴⁶⁹. Lorsque la Commission européenne ou l'Autorité de la concurrence sanctionne un acteur économique pour violation du droit de la concurrence, elles protègent les citoyens contre l'exclusion d'un acteur du marché, laquelle exclusion, à terme, obligerait les consommateurs à acheter plus cher des produits qu'ils auraient eus, en l'absence de cette violation, à un prix raisonnable voire substantiellement inférieur. Le droit de la concurrence peut avoir des effets sur la vie quotidienne des citoyens et participe donc de la préservation de l'intérêt général. On ne peut aboutir à une configuration aussi satisfaisante sans l'incalculable vigilance des autorités de régulation tant au niveau national qu'euro-péen.

b- La souplesse de l'intérêt général en droit économique européen

307. La souplesse de l'intérêt général s'exprime aussi en droit économique européen. Bien qu'il soit « *simultanément omniprésent et introuvable* », à la fois « *partout* » et « *nulle part* »⁴⁷⁰, l'intérêt général a définitivement trouvé sa place dans le droit européen. C'est d'autant plus remarquable que son invocation dans la préservation de l'ordre public économique européen et dans la protection des consommateurs au sein du marché commun est aussi compréhensible que nécessaire. Les articles 247, 258 et 263 du TCE évoquent « *l'intérêt général de la communauté* » et octroient en conséquence une place incontournable à cette notion⁴⁷¹. Le Livre vert sur les services d'intérêt général (SIG), présenté par la Commission européenne en mai 2003, s'était même efforcé de lui donner un contenu européen⁴⁷². D'autres ont évoqué dans ce sens « *la satisfaction des besoins essentiels des citoyens et la préservation des biens publics lorsque le marché n'y parvient pas* »⁴⁷³. Il existe, selon Etienne Laurent, une bonne quantité d'autres biens publics européens comme la stabilité macroéconomique, le plein emploi, la cohésion territoriale, le progrès de la connaissance et de sa transmission, la protection de l'environnement, tant naturel qu'humain, la mobilité, l'indépendance énergétique et enfin, la cohésion nationale par l'intégration sociale au sein de chaque État membre. La cohésion sociale,

⁴⁶⁹ MARTY F., « Intérêt général et concurrence. Les entités à buts non lucratif à l'épreuve des règles européennes » cité dans HCVA, *Rapport sur la notion d'intérêt général*, préc., p. 60.

⁴⁷⁰ LAURENT E., « L'intérêt général dans l'Union européenne. Du fédéralisme doctrinal aux biens publics européens ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2007, n°2, p. 27.

⁴⁷¹ Est-il vrai que l'intérêt général des citoyens et des consommateurs ne se confond pas toujours avec celui de l'Union, mais l'un n'est que la conséquence de la consécration de l'autre.

⁴⁷² CEE, *Les services d'intérêt général*, Livre vert n° COM (2003) 270 de la Commission, 21 mai 2003. Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:123013&from=FR>. (Consulté le 05/04/2018).

⁴⁷³ LAURENT E., « L'intérêt général dans l'Union européenne. Du fédéralisme doctrinal aux biens publics européens ? », art. cit., p. 32.

en prémunissant les États contre les risques de conflit à l'échelle du continent, préserve ainsi le bien public européen le plus précieux à savoir « *la paix* »⁴⁷⁴. L'intérêt général peut donc trouver une évocation pertinente dans l'ensemble de ces domaines.

308. L'intérêt général est donc fondamental au niveau européen notamment pour l'atteinte des « *nouveaux équilibres* »⁴⁷⁵. Ceux qui protègent les faibles et promeuvent les acteurs économiques puissants sans pour autant compromettre la construction du marché commun et la protection des parties faibles. Par conséquent, aucun équilibre ne peut être atteint si l'on prenait le risque de reléguer ces valeurs non-économiques, car leur maintien est intrinsèquement lié à l'équilibre sans lequel les valeurs économiques ne peuvent produire les effets escomptés et par l'État et par les acteurs économiques. Le maintien de l'équilibre de la société et la création d'emplois notamment pour le premier, la réalisation des bénéfices et la capacité de s'accroître pour les seconds.

309. La relation entre le pouvoir administratif exorbitant et le domaine économique est étroit⁴⁷⁶. Ce lien découle de la nature même du droit administratif et de l'action étatique appelés à encadrer l'exercice des activités économiques. S'il s'avère que ce lien est légitime voire indispensable, il n'est pas pour autant exempt de critiques, parfois très acerbes, de la part de certains acteurs économiques. Même une partie de la doctrine estime que la mondialisation économique et la modernité qui lui est attribuée exigent que l'État fasse confiance à la main invisible du marché⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 33.

⁴⁷⁵ ALLIER H., HEIDSIECK Ch.-B., LAVIGNE L., *Intérêt général : nouveaux enjeux, nouvelles alliances, nouvelle gouvernance*, Rapport, préc., p. 37.

⁴⁷⁶ Ce premier nous a permis d'en avoir une certaine clarté.

⁴⁷⁷ Nous reviendrons de manière plus détaillée sur cet aspect.

Chapitre II- Le pouvoir administratif exorbitant comme prérogative étatique critiquée

310. Toutes les critiques adressées à l'autorité étatique dans son expression économique ne sont pas désintéressées. Elles sont loin d'être neutres. Outre le fait d'exprimer une certaine idée de l'État et de son rapport avec le monde économique, ces critiques semblent régulièrement défendre des intérêts particuliers si ce n'est des intérêts corporatifs. Il y a donc une contradiction substantielle et quasi incompressible entre la vision défendue par les auteurs de ces critiques et la tradition volontariste de l'intérêt général et de l'ordre public économique.

311. Réitérer que le pouvoir administratif exorbitant est un privilège de la puissance publique et un moyen juridique de l'action étatique, ne devrait point offusquer. On peut demander en ce sens si « *le droit administratif, dans sa présentation classique, n'est-il pas le droit d'une loi particulière, celle de l'administration, un droit de privilège ?* »⁴⁷⁸ Privilège qui se distingue vis-à-vis du droit commun par à la fois la nature du domaine qu'il gouverne, ses objectifs, mais aussi par le mécanisme de son expression. Si on saisit la profondeur de sa justification, on finit par concéder que le caractère exorbitant du droit administratif est au demeurant, lui-même ordinaire, il n'est exorbitant que vis-à-vis de ceux qui traiteront avec les dépositaires de la mission de service public. Ce qui est ordinaire pour la puissance publique au regard de sa mission est pris comme extraordinaire pour les autres. C'est dans ce sens que cet auteur rajoute que « *l'exorbitance désigne également une voie non ordinaire, elle n'existe que par rapport à un chemin ordinaire, celui du droit ordinaire, du droit commun ; et 'hors' de celui-ci* »⁴⁷⁹. Même si dans certaines hypothèses, il est tout à fait admissible qu'il y ait une clause exorbitante dans un contrat conclu entre deux personnes publiques⁴⁸⁰, l'exorbitance a plus de poids lorsqu'il est mis en œuvre à l'égard d'autres personnes régies par le droit commun. Le caractère exceptionnel résulte du fait qu'il soit dicté par des motifs d'intérêt général. La nature du service public pousse à admettre qu'il est plus convenable de parler « *d'exorbitance dans le droit administratif et non d'exorbitance du droit administratif* »⁴⁸¹. Au même titre, l'exorbitance de la régulation économique n'est pas *per se*, elle se doit d'être dictée par la nécessité.

⁴⁷⁸ MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Paris, Université de Poitiers/LGDJ, « coll. de la Faculté de droit des sciences sociales », 2004, p. 4.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ On en rencontre en droit administratif des biens dans le cadre des biens de l'État ou des collectivités publiques.

⁴⁸¹ L'auteur rappelle à juste titre les éléments caractéristiques de l'exorbitance du droit administratif dont « *l'acte unilatéral, le privilège du préalable, le privilège de juridiction et l'autonomie des sources* » même si le privilège de juridiction n'empêche pas que l'administration assigne ou soit assignée devant un juge judiciaire (ce cas est fréquent dans le cadre des contrats que l'administration conclut sous le régime du droit commun. La gestion des

312. Outre cette contradiction autour de la conception de l'État et de ses missions, certains semblent céder à une contestation permanente du pouvoir administratif exorbitant (**Section II**). Quelle que soit l'importance historique, économique ou politique d'un concept juridique, il est de l'intérêt de sa pérennité d'être objectivement critiqué. Le pouvoir administratif exorbitant n'en fait pas exception. Raison pour laquelle, les critiques qui lui sont adressées peuvent être bien perçues, mais à la seule condition qu'elles soient fondées et non déphasées (**Section I**).

Section I- La disproportion impertinente des critiques à l'égard du pouvoir administratif exorbitant

313. S'il s'avère que le développement de ce qui est régulièrement désigné comme un droit mou⁴⁸², est devenu une des réalités désormais plutôt bien accueillies par les juristes, y compris, quoiqu'avec une certaine mise en garde, par les plus orthodoxes d'entre eux, les plus attachés à l'exclusivité étatique dans la production du droit, il n'en demeure pas moins que la verticalité intrinsèque au droit reste tangible, tant dans son élaboration que dans son application.

314. L'accueil de ces notions ne signifie pas renoncement à une conception étatique en vertu de laquelle le pouvoir administratif exorbitant, l'ordre public et l'intérêt général demeurent des principes solidement sauvegardés. Pour l'essentiel, l'État conserve encore le monopole de la production des normes. La loi n'a pas définitivement perdu ses caractères général, impersonnel, permanent, obligatoire et coercitif⁴⁸³. Cette verticalité juridique du pouvoir administratif exorbitant reste néanmoins exceptionnelle notamment en matière économique (§2), ce en dépit même d'acribes critiques de la part des défenseurs d'un laisser faire totalement autonome (§1).

§1- Les critiques acerbes de la verticalité du pouvoir administratif exorbitant

315. Pour leurs auteurs, les critiques et les contestations du pouvoir administratif exorbitant dans le domaine économique sont souvent fondées sur le fait que c'est un principe en décalage avec l'évolution de l'État moderne. En réalité, c'est tout l'inverse qu'il convient de soutenir dès lors que ceux qui critiquent injustement le pouvoir administratif exorbitant semblent « *observer*

biens privés de l'État en est une des illustrations. Cf. MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, op. cit., p. 7.

⁴⁸² L'émergence de la *soft law*, la prolifération du droit négocié et l'encensement, parfois démesuré, de l'autoréglementation s'inscrivent dans cette logique.

⁴⁸³ Ce sont là des caractéristiques sans lesquelles la loi devient « une chose » comme une autre prétendant organisé les rapports entre d'intérêts antagonistes.

la Terre depuis la Lune »⁴⁸⁴. Car l'évolution des rapports entre l'État et le secteur économique est telle qu'il s'avère indispensable de faire appel à des principes d'ordre et d'autorité, non pas dans le simple fait d'en faire usage, mais dans l'optique de s'en servir pour réguler le marché et ses acteurs, notamment ceux d'entre eux qui sont cruciaux.

316. La fébrilité de ces contestations résulte fondamentalement du fait qu'elles cherchent à ignorer un fait à la fois juridique et historique : la verticalité est intrinsèque au pouvoir administratif exorbitant qui est indissociable de l'expression étatique (**A**). Cependant, si la verticalité de ce pouvoir est l'une des manifestations de l'action étatique, il n'en reste pas moins qu'elle ne rime point avec l'abus d'autorité. Elle prend en compte certains aspects flexibles dans son application notamment dans le domaine économique (**B**).

A- Une verticalité immanente au pouvoir administratif exorbitant

317. La verticalité du droit n'est pas un concept creux. Elle dénote l'importance de son caractère général et impersonnel dans l'encadrement effectif de la vie en société. Elle découle notamment de la nature de l'État, personnalité juridique suprême et dépositaire de la production des normes régissant les relations entre ses citoyens (**I**)⁴⁸⁵. Il convient surtout de relever que cette verticalité est, tant dans son principe que dans sa mise en œuvre, indispensable en matière de régulation économique (**2**).

1- Une verticalité inhérente à la nature juridique de l'État

318. Parlant de « *la promotion du développement économique à la française* », André Gueslin souligne, reprenant ainsi « *la thèse discutée du retard français* » soutenue par Dennis Sherman, que « *le cas inhabituel d'une nation qui cherche à moderniser son économie par une combinaison de libéralisme économique et d'intervention gouvernementale* »⁴⁸⁶, dénote la particularité de la verticalité du droit. Ce paradoxe français ou, pour ainsi dire, cette conception singulière de l'économie, ne cesse de susciter des débats⁴⁸⁷. La singularité de cette conception

⁴⁸⁴ RADE Ch., « L'exorbitance du droit administratif. Regard d'un privatiste », in MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, op. cit., p. 47.

⁴⁸⁵ Lesquels membres sont abusivement scindés entre citoyens et acteurs économiques dans l'hypothèse où on tient à séparer les seconds des premiers, car depuis un certain temps le concept d'entreprises citoyennes fait partie de la réalité juridique.

⁴⁸⁶ GUESLIN A., *L'État, l'économie et la société française : XIX^e -XX^e siècle*, op. cit., p. 79.

⁴⁸⁷ Décrit également par certains auteurs comme l'exception française, la singularité française divise jusque dans les rangs d'éminents professeurs. Alfred Grosser affirme d'ailleurs, soulignant la fébrilité de la résistance de la conception française de l'économie face à la mondialisation, que « *l'exception française, c'est que les français se croient exceptionnels* » in MAFFEI B., AMENC N., *L'impuissance publique, le déclin économique depuis Napoléon*, Paris, Economica, 2009, p. 2.

implique la conciliation des principes qui peuvent *a priori* paraître paradoxaux. Il arrive souvent que ceux qui critiquent la verticalité du pouvoir administratif exorbitant mettent en avant ce qui se passe outre-Atlantique au prétexte que là-bas l'État se distancierait de la sphère économique. Les choses ne sont en réalité pas si tranchées que cela dans la mesure où « *même dans les débats nord-américains, l'État qui contracte avec les partenaires privés ne cesse pas d'être l'État devant la commande publique* »⁴⁸⁸. Soutenir que les États anglo-saxons, à leur tête les États-Unis, laissent les acteurs économiques totalement libres est plus proche d'une impéritie simpliste que de la réalité. Même dans le droit anglo-saxon, le laisser faire n'est pas si tangible qu'on pourrait le croire. Au Royaume-Uni par exemple, la *Regulatory Enforcement and Sanctions Act*, votée en 2008, en est une des illustrations. Cette loi veille à la sauvegarde d'un certain ordre public économique en opposant aux acteurs économiques une véritable verticalité. Tel est notamment le cas pour la protection de l'environnement.

319. Le fondement de l'État exige qu'il y ait une personnalité juridique indépendante, objective, qui n'est motivée par aucun intérêt particulier, pour veiller à l'équilibre des rapports entre les acteurs de la société. Pour assurer cette mission, il lui est loisible, à chaque fois que les circonstances l'imposent, de recourir à un pouvoir dérogeant au droit commun. Car l'usage d'un tel privilège remplit une véritable mission de l'État. Celle d'assurer le respect des règles régissant la vie commune. François Servoin souligne que « *cette notion d'exorbitance assurait traditionnellement deux fonctions : une fonction d'identification et de délimitation du droit public ainsi qu'une fonction de légitimation de l'action administrative* », même s'il s'empresse d'ajouter que « *la première fonction a disparu depuis longtemps. La seconde est actuellement contestée* »⁴⁸⁹. Cette contestation ne devrait être prise que pour ce qu'elle est. C'est-à-dire une divergence de conception des missions de l'État sans y voir une délégitimation de ce dernier. Puisqu'une telle contestation ne signifie en rien l'illégitimité de son action, au contraire, elle peut à certains égards légitimer une persévérance de la puissance publique dans son élan. Pierre Rosanvallon précise d'ailleurs que « *chacun sait qu'une situation de pur laisser faire, dans laquelle l'État serait un simple spectateur, à distance respectueuse de l'activité économique, n'a jamais existé ; et qu'un tel projet n'a d'ailleurs jamais été formulé, même par les économistes libéraux les plus radicaux* »⁴⁹⁰. Partant, que la verticalité juridique s'exprime dans

⁴⁸⁸ KIRAT Th., « L'exorbitance du droit administratif : Analyse d'un économiste », in MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, op. cit., p. 67.

⁴⁸⁹ SERVOIN F., *Droit administratif de l'économie*, op. cit., p. 19.

⁴⁹⁰ ROSANVALLON P., *L'État en France de 1789 à nos jours*, op. cit., p. 199.

le domaine économique ne doit ni surprendre ni scandaliser car l'État assume ainsi un de ses rôles les plus naturels.

320. Faire des concessions, entériner des évolutions, voire, dans certaines circonstances, céder une part de ses privilèges en octroyant plus de libertés tout en pérennisant la verticalité de son pouvoir, demeurent la subtilité à laquelle l'État est aujourd'hui appelé. C'est la seule parcimonie permettant de mieux parer les dérives de la mondialisation économique. Sacrifier la verticalité du droit et l'usage du pouvoir exorbitant dans le maintien de l'ordre public économique et la sauvegarde de l'intérêt général ne pourrait que conduire à la loi du plus fort.

2- Une verticalité indispensable dans la régulation économique

321. Ceux qui critiquent l'importance et la nécessité d'un pouvoir vertical de l'État dans la quête de l'équilibre de la société omettent un élément essentiel en ce qu'ils négligent le rôle joué par celui-ci qu'est l'ordre public qui, de surcroît, s'exerce « *dans et par le droit* [ainsi que pour] *la défense et la promotion des valeurs et des intérêts qui structurent et conservent l'organisation sociale* »⁴⁹¹. Même si l'auteur relève avec vivacité l'émergence et l'implication d'autres institutions qui influencent la mise en œuvre de l'ordre public, qu'il s'agisse d'institutions internationales, d'Organisations non gouvernementales, (ci-après ONG), ou d'entreprises, il souligne néanmoins avec ardeur le caractère irremplaçable de l'ordre public exercé par l'État. S'il faut concéder qu'un ordre public peut être coassuré avec l'État, il ne doit y avoir un ordre public sans l'État ou s'exerçant à son insu.

322. Il est urgent que cette fonction contestée soit rapidement restaurée dans la mesure où cela est dicté par l'évolution des rapports entre l'État et les acteurs économiques, notamment les plus puissants d'entre eux. Ainsi atteindra-t-on une économie qui remplit d'autres objectifs que ceux qui sont strictement économiques. Il en est ainsi du respect de l'ordre public économique qui devrait se hisser à la plus haute estrade des vertus hiérarchiques des valeurs. Ce plaidoyer n'est pas très éloigné de celui formulé par Charles Vautrot-Schwarz qui considère que « *l'ordre public économique en tant qu'impératif d'intérêt général doit prendre de la hauteur non seulement en changeant d'échelle, mais en changeant de point de vue* »⁴⁹². Ainsi envisagé, l'ordre public économique doit être non seulement plus fort et plus mondialisé mais

⁴⁹¹ LATTY F., « L'ordre public sans l'État : quelques remarques sur un oxymore en trompe-l'œil » in DEBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Paris, Cujas, 2013, p. 21.

⁴⁹² VAUTROT-SCHWARZ Ch.-A., « L'ordre public économique », art. cit., p. 195.

il doit également couvrir d'autres aspects que ceux traditionnellement défendus dans sa mise en œuvre.

323. Il faut surtout, s'agissant du rôle de l'État dans la régulation d'une économie mondialisée, « éviter l'angélisme comme la diabolisation d'un acteur indispensable [car] dans notre monde post-westphalien, l'État est à la fois inséré et insérant face à des marchés instables »⁴⁹³. De cette instabilité du marché doit découler à la fois la flexibilité et la fermeté de l'État vis-à-vis des acteurs économiques.

B- Une verticalité atténuée du pouvoir administratif exorbitant dans le domaine économique

324. Le développement récent d'autres mécanismes, tels que l'autorégulation ou la compliance, fait que l'émanation ou du moins l'application du droit aux entreprises n'est plus exclusivement étatique⁴⁹⁴. C'est une Verticalité certes atténuée mais sa vigueur demeure solide. La matérialisation de ce que certains considèrent comme un « État minimal, veilleur de nuit »⁴⁹⁵ semble avoir fait son chemin. Il se trouve que « le pluralisme domine la production du droit (...), l'État n'apparaît plus comme le seul foyer du droit (...), on parle du passage du "droit monologique" au droit "dialogique" »⁴⁹⁶. Dans un tel contexte, l'État se contente de déléguer une partie de sa souveraineté normative à des particuliers qui, nous dit-on, sauront mieux s'autodiscipliner. Mais d'un autre point de vue, une telle mutation ne doit surtout pas impacter les objectifs de l'État au point de changer « finalement les représentations qui lui sont attachées »⁴⁹⁷.

325. Que des exceptions soient possibles pour rendre la règle de droit plus effective au sein des entreprises ne peut être qu'encouragé et soutenu. Mais une telle ouverture ne doit en aucun cas être synonyme de remise en cause de l'État et la légitimité de ses symboles. Ainsi peut-on

⁴⁹³ GAZIER B., « Jalons pour une histoire des États face à la contrainte économique », *Pouvoirs*, mars 2012, n° 142, p. 18 et 19.

⁴⁹⁴ Dans une considération plus large, il faut souligner que ces sources extra étatiques du droit ne sont pas exclusivement constatables en droit économique. Historiquement et ce, en touchant d'autres domaines du droit.. Santo Romano souligne que « Au moyen âge, au contraire, de par la constitution même de la société, divisée, morcelée en communautés nombreuses et diverses, souvent indépendantes et vaguement reliées entre elles, le phénomène de la pluralité des ordres juridiques s'imposait à l'esprit avec une telle évidence qu'il n'eût pas été possible de n'en pas tenir compte ». Cf. ROMANO S., LUCIEN F., GHOTOT P. et al. (dir.), *L'ordre juridique*, 2^e éd., op. cit., p. 79. Même si l'auteur analysait cette pluralité des ordres juridiques à l'aune du droit de l'Eglise et du droit international, il n'en reste pas moins que le principe de pluralité demeure le même.

⁴⁹⁵ GAZIER B., « Jalons pour une histoire des États face à la contrainte économique », art. cit., p. 6.

⁴⁹⁶ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, op. cit., p. 124.

⁴⁹⁷ GAZIER B., « Jalons pour une histoire des États face à la contrainte économique », art. cit., p. 6.

résumer la manifestation du pouvoir administratif exorbitant dans le domaine économique. Une telle combinaison est dictée par plusieurs impératifs. Elle matérialise en premier lieu la prise en compte d'une dose de flexibilité dans la régulation économique tenant compte des facteurs intrinsèques à ce domaine (1). Elle ne peut cependant signifier un renoncement à l'autorité et au respect effectif des règles juridiques quitte, pour y parvenir, à internaliser ces principes par une verticalité interne aux entreprises. Il y a dès lors une délocalisation par intériorisation de la verticalité, dénotant ainsi ce qui importe le plus à l'État : le respect effectif des règles (2).

1- L'indispensable prise en compte de la flexibilité dans la régulation économique

326. La grandeur du droit dans sa flexibilité ne signifie pas qu'il doit s'adapter à tout, c'est plutôt l'inverse qui exige que tout s'adapte au droit. Car rien ne devrait prétendre échapper à l'encadrement juridique. Le droit ne renonce jamais, il prétend toujours. Il encadre en permanence, il régule sans cesse, soit *ex ante* ou *ex pot* et réoriente sans assoupir. Ainsi se résume la quintessence de la règle de droit dans le domaine économique.

327. Le fondement classique de la règle de droit et la nécessité de son effectivité plaident pour une application verticale et immédiate dès son entrée en vigueur. Mais dans le domaine économique, la logique peut connaître des exceptions voire des aménagements dès lors que l'atteinte de cette effectivité peut être conciliée avec d'autres mécanismes. L'exemple le plus éloquent est celui du droit de la concurrence. Il est indéniable que le respect des règles de la concurrence est nécessaire pour la préservation de l'ordre public économique. Pour atteindre cet idéal, des mécanismes ont été élaborés par le législateur afin de rendre l'application des sanctions plus efficace. Les procédures négociées ont été imaginées à cet effet. Qu'il s'agisse de la clémence, de la procédure d'engagement ou celle de la transaction (anciennement non-contestation des griefs), il faut admettre que ce sont des procédés flexibles dans la régulation économique mais tout aussi efficaces.

328. Cette flexibilité mise en œuvre en amont renforce la verticalité du droit dans son application en aval lorsqu'il s'agit de sanctionner une violation des règles de la concurrence. Lorsque l'auteur viole ses engagements, il voit alors sa sanction s'alourdir. Se conformer aux injonctions des autorités de régulation peut être bénéfique pour les entreprises notamment lorsqu'il s'agit de la dénonciation d'un cartel qui, comme le prévoit la loi et les règlements européens, peut aboutir à une exonération de sanctions au profit de l'entreprise à l'initiative de la dénonciation.

329. Donc flexibilité *ex ante* et mise en œuvre de l'exorbitance *ex post*. C'est en cela que consiste toute l'importance de la régulation économique dans son versant autoritaire. Le pouvoir administratif exorbitant mis en œuvre *ex post* vient « recoudre les trous » laissés par la régulation *ex ante*. Dans le but de renforcer la légitimité de cette autorité, l'État concède aux entreprises la possibilité d'internaliser des normes auxquelles elles se soumettent pour mieux se conformer au droit. Cette flexibilité implique des responsabilités supplémentaires.

2- L'intériorisation d'une verticalité juridique dans le fonctionnement des entreprises

330. La responsabilité sociétale des entreprises (RSE) n'est plus simplement des règles consistant à séduire les autorités publiques sur leur éventuelle bonne foi dans la prise en compte et le respect, entre autres, des règles environnementales. Ces règles sont devenues des véritables références tant pour les acteurs régulés que pour les autorités de régulation. Ces responsabilités sociétales peuvent varier et leur importance ne cesse de s'agrandir dans la mesure où l'ordre public écologique est désormais inclus dans le large éventail des ordres publics⁴⁹⁸.

331. L'implication des entreprises dans la réalisation des objectifs de la puissance publique tout en maintenant leur légitime quête de profits atteint une toute autre proportion avec l'arrivée de la compliance. Les entreprises s'en sont emparées avec un intérêt singulier.

332. Souligner tout ceci revient à relever que les critiques adressées aux autorités chargées de mettre en œuvre le pouvoir administratif exorbitant peuvent être fondées. Elles pourraient davantage l'être si elles mettaient également en exergue tous les efforts déployés par lesdites autorités pour que sa mise en œuvre soit non seulement exceptionnelle et *ex post*, et le fait qu'elle prenne aussi en compte les objectifs des acteurs privés dans leur réalisation de profits et leur épanouissement. C'est cet impératif qui justifie l'usage exceptionnel mais indispensable du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique par le truchement d'autorités indépendantes.

§2- L'exceptionnel rôle contraignant de l'État dans l'économie

333. Depuis l'ancrage du libéralisme économique comme modèle hégémonique de développement et de création de richesses, la marge de manœuvre accordée aux entreprises est à la fois beaucoup plus large et difficilement contestable⁴⁹⁹. L'État se contente de définir *ex*

⁴⁹⁸ L'ordre public semble désormais s'écrire plus pertinemment au pluriel qu'au singulier.

⁴⁹⁹ À l'instar des droits et libertés accordés aux personnes, il semble compliqué voire impossible de revenir sur ces acquis dont les entreprises se prévalent avec force et parfois avec une certaine exagération.

ante les règles à respecter et procède à des contrôle *ex post*. Dans une telle configuration, on est en présence de la matérialisation de ce que certains ont d'emblée appelé « l'État régulateur »⁵⁰⁰. *A contrario*, d'autres considèrent une telle flexibilité comme une diminution de la puissance étatique et parlent d'un « État minimal »⁵⁰¹. Celui dans lequel l'autorité publique ne s'occupe que du strict minimum en permettant ainsi aux acteurs privés d'agencer librement leurs rapports dans le domaine économique. Mais savoir dompter toutes ces postures renvoie à ce que d'aucuns désignent comme « l'État stratège »⁵⁰² qui, selon eux, est mieux à même de garantir l'intérêt étatique dans la mondialisation économique.

334. Jouer un rôle minimal dans le jeu économique ne doit cependant pas signifier un désintéressement total de l'État vis-à-vis des activités économiques et de leur orientation. C'est d'autant plus indispensable de souligner qu'une telle démarche nuirait tant à l'État et qu'aux acteurs économiques. L'acceptation sinon l'affirmation du principe de « non-immixtion » de l'État dans le domaine économique en période de stabilité (A) ne remet aucunement en cause l'exception fondée sur le rétablissement de l'ordre public économique (B).

A- Le principe de « non-immixtion » de l'État dans l'économie subordonné à la stabilité de l'économie

335. Si, comme l'affirme Marie-José Guédon, « le droit public économique est révélateur d'une nouvelle place de l'économie dans la société et appelle une redéfinition du rôle de l'État »⁵⁰³, les conséquences d'une telle mutation ne devraient pas surprendre. Le fait, toutefois, de qualifier l'intervention économique de l'État d'immixtion constitue un écart de langage quelque peu déconcertant. L'économie n'est pas un domaine extra-étatique dont l'encadrement échapperait à celui-ci au point de considérer son intervention comme une ingérence. On ne s'immisce que dans des affaires d'autrui. C'est pour cette raison d'ailleurs que Robert Edouard Charlier estime qu'il « faut se défaire de cette signification latente, tendancieuse et déviatrice

⁵⁰⁰ Cf. CHEVALLIER J., « L'État régulateur », *RFAP*, 2004, n° 111, p. 473-482.

⁵⁰¹ Cf. FLEURBAEY M., « La théorie de l'État minimal », *Actuel Marx*, 1989, n° 5, p. 88-94.

⁵⁰² Cf. ROZENBLUM S., « Quel modèle d'État stratège en France », *RFAS*, 2017, n° 3, p. 241-245 ; BILLOWS S., VIALLET-THEVENIN S., « La fin de l'État stratège ? La concurrence dans les politiques économiques françaises (1945-2015) », art. cit., p. 9-22.

⁵⁰³ GUÉDON M.-J., *Sur les services publics*, Paris, Economica, coll. « Recherches Panthéon-Sorbonne », 1982, p. 6 et s.

[car] *c'est tout simplement l'exercice de l'État de ses fonctions générales* »⁵⁰⁴ qui se manifeste dans l'orientation et le contrôle de la conformité de l'économie à un ordre public bien défini.

336. En tout état de cause, la consécration définitive de la liberté économique comme une des limites, bien que conditionnelles, fixées à l'intervention économique de l'État, amène à souligner que le principe de « non-immixtion » de l'État dans le domaine économique implique que ce dernier se contente de fixer le cadre dans lequel les acteurs économiques évoluent et exercent leurs activités (2). Ce constat est d'autant plus saisissant que la quête de cet équilibre semble devenir la nouvelle base qui sous-tend les rapports entre celui-ci et ceux-là. (1).

1- La quête de l'équilibre comme nouvelle base des rapports entre l'État et les acteurs économiques

337. Si on considère l'équilibre comme la résultante d'une situation impliquant l'influence réciproque de forces antagonistes, on ne peut prétendre transposer une telle définition dans les rapports entre l'État et les acteurs économiques. Dans le principe, on n'est plutôt en présence d'un contenant, l'État, et son contenu, les acteurs économiques, et non de forces foncièrement antagonistes. La recherche d'équilibre dont il est ici question trouverait cependant toute sa place dans la quête d'une harmonie entre la puissance des acteurs économiques privés et le souci pour l'État de préserver l'intérêt général et l'ordre public économique. L'équilibre devient, au regard de sa transcendance, un de ses objectifs et non le résultat d'une quelconque confrontation.

338. Ainsi, pour assurer une meilleure combinaison entre ce que Jane Jacobs appelle « *le marchand* » et « *le protecteur* »⁵⁰⁵, et dans la perspective de l'affirmation selon laquelle « *la société ne fonctionne que si les sphères politique et économique coopèrent* »⁵⁰⁶, il est important d'exclure un quelconque antagonisme l'État et les acteurs économiques. La notion politique peut, en l'espèce, être entendue dans son sens large. Elle s'exprime aussi bien dans la haute

⁵⁰⁴ L'auteur précise notamment que si au nom de ses « *erreurs* », ses « *excès* », ses « *fourvoiements* » et même ses « *échecs* », on interdit à l'État toute intervention dans l'économie, alors que « *tout est économique dans la vie humaine, sociale, administrative, politique, de production, et de consommation des biens et des services* » ; c'est dire que l'État n'a sa place « *nulle part* ». Ce serait « *lui interdire de jouer son rôle, qui est toujours et partout le service des fins supérieures communes* ». Il rajoute qu'au contraire, par son caractère « *central, impartial et désintéressé, l'institution publique peut être très utile en apportant au domaine économique des informations plus complètes* ». Cf. CHARLIER R. E., « Signification de l'intervention de l'État dans l'économie », in Centre d'études et de recherches administratives, *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, Montpellier, 1984, p. 95-105.

⁵⁰⁵ JACOBS J., *System of Survival*, New York, Ralom House, 1992, in ROSECRANCE R., BADIE B., HASSNER P. et al. (dir.), *L'État virtuel*, op. cit., p. 76.

⁵⁰⁶ *Ibid.*

sphère étatique tout comme elle peut s'exprimer dans l'organisation et l'orientation des rapports entre l'État et les acteurs économiques ou entre ces derniers et les autres les consommateurs.

339. C'est dans cette quête d'équilibre que l'intérêt général « *apparaît donc à la fois comme le fondement et la limite des prérogatives accordées à l'Administration* »⁵⁰⁷. Il fonde son action sur le fait que cette dernière doit en permanence veiller à sa sauvegarde, mais dans le même moment, il la limite dans le sens où l'intérêt général ne doit pas violer la liberté des acteurs économiques. D'où l'importance de la proportionnalité et l'usage exceptionnel du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique. En dehors de cette proportion, il ne serait ni pertinent, ni efficace, de faire preuve d'autorité à l'égard des acteurs économiques. Il faut qu'une violation de l'ordre public le justifie ou que, s'agissant de la régulation cruciale, une position économique le conforte.

340. Présentée comme « *la nouvelle fonction de la puissance publique [tendant] à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non-économiques, pouvant être antinomiques dans un marché concurrentiel* »⁵⁰⁸, la régulation constitue le moyen le plus adéquat pour atteindre l'équilibre entre des intérêts divergents voire contradictoires. Rechercher cet équilibre n'insinue néanmoins pas le sacrifice d'un système économique au détriment d'un autre, cela relève simplement du pragmatisme. Ce dernier doit guider à la fois les acteurs économiques et l'État. Ce dernier prend en compte les intérêts raisonnables des acteurs économiques et ceux-ci, tout en participant à la réalisation de l'intérêt général, se conforment à l'ordre public économique.

2- La consécration de l'intervention de l'État comme exception opposée à la liberté économique

341. Il ne peut y avoir un dirigisme permanent pas plus qu'on puisse admettre un libéralisme absolu. C'est partant de cette parcimonie qu'il convient de souligner le caractère exceptionnel de l'intervention économique de l'État. On assiste dans ce cadre à ce que certains ont considéré comme « *un nouveau type d'économie qui sans être libérale reste libre, sans être dirigiste devient disciplinée, sans être collectiviste procède d'un effort collectif* »⁵⁰⁹. L'État laisse libre cours aux acteurs économiques en amont et n'intervient en aval que pour rétablir les équilibres, restaurer l'ordre. On pourrait même, quand on est moins averti, suspecter une certaine

⁵⁰⁷ LOCHAK D., *Traité des sciences administratives, op. cit.*, p. 221.

⁵⁰⁸ BAZEX M., ECKERT G., LANNEAU R. *et al.* (dir.), *Dictionnaire de la régulation, op. cit.*, p. 522 et s.

⁵⁰⁹ CHALANDON A., « Pour une économie concertée », *Le monde*, 8 juin 1960.

connivence entre celui-ci et ceux-là. Gérard Farjat quant à lui qualifie cela de « *politique économique commune* »⁵¹⁰. C'est-à-dire une politique quasi-concertée entre l'État et les acteurs économiques et élaborée en vertu d'une collaboration entre pouvoirs privés et pouvoirs publics. Mais cette position datant des années 60 n'est pas exempt de critiques dès lors qu'on peut craindre que cette collaboration ne se transforme, au fil du temps, en une soumission du pouvoir de l'un aux exigences des autres. C'est l'une des plus farouches critiques qu'on peut adresser à un tel modèle. C'est pourquoi, la lucidité de l'État doit sur ce point être permanente.

342. Ce qui est profondément critiquable, dans la façon dont le modèle libéral a réussi, parfois non sans violence, à anéantir tout système alternatif d'organisation économique de la société ; réside dans le fait que la « décrédibilisation » de tout autre système de gouvernance économique voire l'absence d'autres alternatives, constituent en soi une limite considérable à sa totale crédibilité. Un système qui prône la concurrence partout et la domination par la compétition, sachant que tous les acteurs n'ont pas les mêmes moyens pour concurrencer, devrait avoir à se poser des questions sur la pertinence du dénigrement dont est l'objet tout modèle alternatif. Le monde est suffisamment diversifié et donc différent pour n'avoir qu'un seul modèle d'organisation et de gouvernance économique. Sans prétendre remettre en cause des éléments qui peuvent, en dépit de tout ce qu'on peut insinuer, avoir un caractère universel et salutaire dans le système libéral, il serait plus pertinent de reconnaître les limites de la monotonie libérale dans la gouvernance économique du monde. L'impertinence du dogmatisme est aussi vraie pour le libéralisme que pour le communisme, le socialisme et d'autres modes d'organisations économiques⁵¹¹. Le dogmatisme n'est pas une liberté.

343. Le caractère exceptionnel de l'intervention économique trouve aussi son fondement dans un principe juridique bien connu : la consécration de la liberté individuelle⁵¹². Certains ont pu estimer que le contrôle juridictionnel sur l'action administrative « *s'est développé au fur et à mesure qu'étaient consacrés et renforcés les droits de l'individu contre l'État* »⁵¹³. La liberté d'entreprendre est un principe dont la sauvegarde est indispensable pour stimuler les talents et

⁵¹⁰ FARJAT G., « L'ordre public économique », art. cit., p. 64.

⁵¹¹ Puisqu'il existe divers types d'organisations de l'économie et quoiqu'on en dise, la dichotomie socialisme-libéralisme, revoie d'une certaine manière à la guerre idéologique est-ouest.

⁵¹² C'est au nom de cette liberté que le principe de l'intervention n'est qu'une exception. On intervient que quand la liberté individuelle dépasse les limites qui lui sont fixées et a tendance à empiéter sur d'autres libertés individuelles ou la liberté collective.

⁵¹³ LOCHAK D., *Traité des sciences administratives*, op. cit., p. 157.

créer de la richesse. Elle constitue aussi un argument juridique pour les entreprises auprès des juridictions nationales et européennes.

344. Ce principe est d'autant plus important qu'« *on a pu dire que le premier dogme sur lequel se fondait la jurisprudence administrative était celui de la primauté de l'individu face à l'État telle qu'elle est exprimée dans la déclaration de 1789. Entre la liberté et l'autorité, le juge choisirait la première donnée primordiale* »⁵¹⁴. Se fondant ainsi sur le principe « *laisser faire, laisser passer, l'intervention étatique doit donc en quelque sorte rester neutre et réserver un traitement égal à tous* »⁵¹⁵, et ne recourir à l'autorité que dans la juste mesure qu'elle permette de restaurer un intérêt général bafoué, un ordre économique déséquilibré ou rétablir dans ses droits une partie lésée. Quand cet ordre est déséquilibré, sa restauration ne devrait souffrir d'un quelconque argument fondé sur la liberté individuelle. Le caractère exceptionnel de l'usage du pouvoir administratif exorbitant ne devrait pas être synonyme d'ineffectivité.

345. Cependant, au-delà même du caractère exceptionnel de la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique, il arrive que les États soient au service de la protection des entreprises voire au service de leur expansion tant que cela ne remet pas en cause l'ordre public économique et l'équilibre du marché⁵¹⁶. C'est en cela que réside une critique formulée par Pierre Bauchet qui estime que « *l'image classique de la concurrence reflète mal la compétition entre ces coalitions États-grandes unités sur les marchés mondiaux* »⁵¹⁷, soulignant ainsi ce qui renvoie, sans l'être vraiment, à une collusion entre les États et les multinationales. Laquelle collusion ne servirait pas totalement le marché dès lors qu'il remettrait en cause la concurrence, règle basique de fonctionnement entre acteurs économiques. Si l'État est donc empiriquement prêt à aller jusqu'à porter atteinte à la concurrence qu'elle défend par tous les moyens qu'il juge pertinents et légaux, c'est bien parce qu'il ne prône pas l'ordre public par le biais du pouvoir administratif exorbitant comme simple

⁵¹⁴ LOCHAK D., *Traité des sciences administratives op. cit.*, p. 161. Cf. WEIL P., *Le droit administratif*, Paris, PUF, 1968, p. 14.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 201.

⁵¹⁶ Les aides d'État rentrent dans ce cadre-là, les exonérations fiscales et douanières. Mais de manière plus exceptionnelle mais de manière moins consensuelle on peut regarder dans ce cadre-là la diplomatie économique sans oublier de toucher l'épineuse question d'extraterritorialité du droit américain dans ce domaine.

⁵¹⁷ L'auteur ajoute, en guise d'illustration, que « *déjà à l'intérieur des États, la concurrence entre grandes unités est faussée par l'appui que l'État porte à celles qui sont les plus puissantes, comme l'a montré aux États-Unis, la préférence donnée dans les contrats militaires par les autorités américaines à Boeing sur Mc Donnell Douglas, mis en faillite et, plus récemment Lockheed Martin. Au plan international, le gouvernement américain se fait l'agent commercial de Boeing, comme les États européens le sont pour Airbus ; ce qui illustre les enjeux et les imperfections de prétendues concurrences qui vont jusqu'à des confrontations entre des coalitions États-multinationales* ». Cf. BAUCHET P., *Concentration des multinationales et mutation des pouvoirs de l'État, op. cit.*, p. 37.

épée de Damoclès sur les entreprises. C'est à ce titre que Stéphane Braconnier souligne « l'érosion »⁵¹⁸ dont fait l'objet le pouvoir administratif exorbitant lorsqu'il est confronté au domaine économique. Pour cet auteur, une telle érosion s'explique doublement. D'un côté par la montée de l'individualisme qui trouve sa consécration et sa défense auprès de la CEDH, et de l'autre côté par les contraintes du droit du marché prôné par le droit de l'Union européenne.

346. Mais au regard de la mondialisation économique, une autre question se pose. Celle de savoir où se trouve la frontière entre soutien aux entreprises et mise en œuvre effective du pouvoir administratif exorbitant, gardien de l'ordre public économique. Si la primauté de la liberté individuelle sur le pouvoir de l'État a été consacrée dans le souci de protéger les libertés individuelles alors même que celui-ci agit pour l'intérêt général, au nom de quoi ne pourrions-nous pas agir de la sorte vis-à-vis des acteurs économiques dont le pouvoir s'immisce dans la vie privée voire même intime des individus ou remet en cause l'ordre public économique ? La particularité de ces géants économiques est celle de mettre à la fois l'État et les individus dans une même situation au mieux de faiblesse et au pire de dépendance et de soumission.

B- L'exception à la « non-immixtion » fondée sur le rétablissement de l'ordre économique

347. « *Irait-on vers des États-nations modestes et vertueux après avoir connu des États prométhéens, laxistes, voire apprentis sorciers ?* »⁵¹⁹ C'est en ces termes que Bernard Gazier s'interrogeait sur les faiblesses de l'État moderne face à la puissance des acteurs économiques privés. En effet, même s'il n'y a lieu de céder à aucune exagération, il est important de souligner les mutations que subissent les rapports entre l'État et les acteurs économiques. Ces mutations justifient amplement l'usage d'un pouvoir effectif et fort en cas de remise en cause de l'ordre public économique. Frédéric Rouvillois et Pierre Degoffe soutiennent à juste titre que ce qui frôle l'inacceptable, donnant l'exemple des crises, ce n'est pas tant l'usage du pouvoir administratif exorbitant pour la restauration de l'ordre public économique que l'absence de toute autorité de l'État vis-à-vis de acteurs privés. C'est pourquoi, selon ces deux auteurs, ce qui est radical c'est la situation qui a fait en sorte que « *l'État n'ait plus l'autorité suffisante pour pouvoir obliger ces opérateurs à agir dans le sens voulu, et plus encore en situation*

⁵¹⁸ BRACONNIER S., « Exorbitance du droit administratif et droit européen », in MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, op. cit., p. 95-96.

⁵¹⁹ GAZIER B., « Jalons pour une histoire des États face à la contrainte économique », art. cit., p. 15.

d'urgence »⁵²⁰. La mondialisation économique a un besoin intrinsèque de cette réserve de force étatique.

348. Il ne serait dans l'intérêt ni des États, ni du marché qu'il y ait un « *État minimal censitaire* »⁵²¹. Autrement dit, un État virtuel qu'il convient plutôt de désigner comme un État faiblement réinventé. Celui qui s'adapte à l'évolution privé d'ancrage dans des principes sans lesquels sa personnalité singulière deviendrait banale. Autant l'État doit composer avec les impératifs du marché, autant les acteurs économiques doivent composer avec les principes non-économiques. Il ne leur est plus possible de faire fi à l'intérêt général et à l'équilibre de la société. C'est pour cette raison que l'exception à cette règle de « non-immixtion » peut être fondée sur deux aspects essentiels. D'un côté, la définition du cadre juridique de l'exercice des activités économiques permet de poser les bases à partir desquelles les entreprises exercent leur liberté économique (**1**). De l'autre côté, cette délimitation juridique *ex ante* n'empêche en rien, en cas de défaillances des acteurs économiques, de faire appel à une intervention publique *ex post* dans le but de restaurer l'équilibre du marché (**2**).

1- Délimitation ex ante du cadre d'exercice des activités économiques

349. Limiter l'exercice des activités économique est toujours sujet à critique. Raison pour laquelle, les dépositaires d'une telle autorité de limitation doivent y procéder sans se laisser distraire par quelques interprétations péjoratives de l'action publique (**a**). D'autant plus que l'exorbitance mis à sa disposition peut aussi bien être au service de l'intérêt que le service public (**b**).

a- Déconstruction nécessaire d'une péjoration

350. Danièle Lochak estime que « *l'intervention étatique hors de son domaine traditionnel est toujours considérée comme une exception que seule la poursuite de l'intérêt général peut justifier* »⁵²². C'est sans doute pour cette raison que l'État accorde une importance considérable à la définition en amont de ses attentes vis-à-vis du monde économique. Quand bien même les soubresauts de la dématérialisation économique que connaît la mondialisation ne permettent plus de tout prévoir avec efficacité et dans la durée tant les évolutions sont fréquentes. Que cela soit sur la production des normes juridiques ou sur leur mise en œuvre, l'État se réinvente pour

⁵²⁰ ROUVILLOIS F., DEGOFFE M., *La privatisation de l'État*, op. cit., p. 7.

⁵²¹ GAZIER B., « Jalons pour une histoire des États face à la contrainte économique », art. cit., p. 6 et 7.

⁵²² LOCHAK D., *Traité des sciences administratives*, op. cit., p. 203.

mieux saisir les mutations. François Servoin affirme dans ce sens qu'« à chaque fois on constate des adaptations de l'instrument juridique sous l'effet des objectifs économiques poursuivis »⁵²³. C'est à juste raison que le droit se doit de s'ajuster car il n'est jamais aussi inefficace dans le domaine économique que quand il est figé. Il ne doit certes pas être d'un suivisme fébrile du monde économique, mais tout en étant arrimé dans ses principes, il doit être capable de se projeter et d'anticiper à chaque fois qu'une telle possibilité lui est offerte.

351. Il devient primordial de parer la connotation péjorative qu'on tente de construire autour l'intervention économique de l'État. Même lorsqu'on utilise le mot *interventionnisme* c'est pour laisser entendre une sorte d'action quelque peu illégitime alors qu'on parle de l'État, autorité qui restaure l'ordre public dans un domaine qui relève de sa compétence. *In concreto*, son intervention n'est rien d'autre qu'« une action sélective pour adapter l'économie aux besoins de la collectivité »⁵²⁴. Cela ne devrait nullement faire l'objet de toutes les spéculations invoquant un éventuel retour du dirigisme économique qui plus est serait inefficace et inadapté.

b- Une exorbitance au service de l'intérêt public

352. La notion de pouvoir administratif exorbitant est davantage plus proche du service public, pour lequel le but implique les moyens, que la puissance publique, pour laquelle les moyens révèlent du but. Cette subtilité ressort aussi de l'affirmation de Jacques Chevalier qui indique que « tant que le service public entraînait l'application d'un régime exorbitant, ou que la puissance publique impliquait la poursuite d'un intérêt public, la question de la primauté accordée à l'une ou à l'autre de ces notions dans la construction du droit administratif était essentiellement de nature ontologique : il s'agissait de savoir si l'essence du droit administratif était la puissance ou le service »⁵²⁵. Pour accomplir un but que l'État estime nécessaire, la puissance publique est tout à fait fondée à faire usage du pouvoir administratif exorbitant. Toutefois, il y a une certaine convergence entre la puissance publique et le service public car la distinction est moindre selon que l'on considère l'entrelacement ou le croisement de ces deux notions. Selon que l'on distingue l'organe est la mission qu'il assure.

353. Les limites liées à l'intervention *ex ante* de l'État exigent qu'il y ait une forte capacité de régulation des déséquilibres par une intervention *ex post*. L'un des aspects qui justifient le

⁵²³ SERVOIN F., *Droit administratif*, op. cit., p. 21.

⁵²⁴ LOCHAK D., *Traité des sciences administratives*, op. cit., p. 229.

⁵²⁵ CHEVALLIER J., *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, op. cit., p. 21.

plus cette méthode réside dans la stratégie des entreprises consistant à régulièrement recourir à la violation efficace de la loi. Plus singulièrement, celles d'entre elles qui en ont les moyens.

2- Le rétablissement de l'équilibre du marché par une intervention ex post

354. La régulation *ex post* a ceci de primordial qu'il lui appartient de combler les lacunes tant de la loi que celles de la régulation *ex ante*. D'où sa fonction substantielle dans l'ossature de la régulation cruciale (a). Elle constitue également l'un des arguments les plus solides invitant à rompre avec une régulation homogène (b). D'autant plus que la dérogation est devenue une prérogative inhérente à la régulation (c) et que l'exorbitance se présente comme la digue permettant de contenir la volonté hégémonique du « tout libéral » (d).

a- L'ex post comme substance d'une régulation cruciale

355. Lorsque le droit ne parvient pas à anticiper exhaustivement toutes les mutations et les stratégies du secteur économique, la régulation comble les lacunes. La licéité et la légitimité du pouvoir administratif exorbitant sont similaires à celle de la clause exorbitante dans les contrats publics dès lors que celle-ci est dictée par « *l'intérêt public qui l'inspire* »⁵²⁶. On pourrait donc, au nom de ce principe d'intérêt public et à travers la régulation économique, faire souscrire les entreprises assujetties à la régulation cruciale des engagements dans leurs domaines respectifs et exiger une communication régulière d'informations sur leur conformité aux règles établies⁵²⁷. Une telle méthode s'inscrirait dans l'optique d'anticiper les mutations et de faire évoluer efficacement la législation économique. Si en parallèle les autorités de régulation observent une préservation insuffisante des objectifs non-économiques des États, elles se réserveraient alors le droit de mettre fin, quoique toujours avec proportionnalité, à toutes les contreparties utiles dont bénéficiaient les entreprises qui porteraient atteinte à de tels objectifs. Des circonstances atténuantes pourraient ne pas être exclues dans certains cas mais les appels qui seraient interjetés par les entreprises ne devraient pas, pour des raisons évidentes d'efficacité et de dissuasion, être suspensifs de l'exécution des décisions et donc de paiement de l'amende qui en résulterait ou de la publication de l'éventuelle sanction réputationnelle.

⁵²⁶ LAMARQUE J., « Le déclin de la clause exorbitante », art. cit., p. 515.

⁵²⁷ Sous formes de rapports annuels et si nécessaire accompagner ces derniers d'audition des PDG desdites entreprises.

b- D'une régulation homogène à une régulation cruciale

356. Le risque de maintenir une régulation uniforme, homogène, globale et applicable à tous les acteurs économiques réside dans le fait que les PME et les acteurs dont la position n'est pas forte sur le marché soient assujettis à une régulation disproportionnée et injuste. C'est en cela que réside la pertinence d'une distinction entre d'un côté régulation globale cruciale. Cette dernière distinguerait, sans être discriminatoire et abusive, les géants des autres acteurs économiques moins puissants. Ce serait une manière réaliste de « proportionnaliser » la régulation aux forces respectives des acteurs régulés. Procéder à cet effort de distinction rendrait un grand service à l'efficacité de la régulation économique. Et même si on pourrait voir cela comme une méthode dérogatoire, ce serait une bonne dérogation, laquelle rejoindrait l'affirmation de Kelsen selon laquelle « *la dérogation est une fonction spécifique de la norme* » et « *qu'elle prend une part importante dans la sphère de l'ordre légal positif* »⁵²⁸. Cette dérogation de la régulation économique, consistant à mettre en œuvre une régulation cruciale, semble être à la fois utile et urgent. Utile en ce qu'elle rétablirait une certaine justice entre les acteurs économiques et urgent au regard de la mondialisation économique et ses conséquences autant bonnes que mauvaises.

c- La dérogation comme prérogative inhérente à la fonction du régulateur

357. Un auteur a pu souligner que « *la dérogation constitue une technique nécessaire sans laquelle l'administration serait dans l'incapacité de remplir sa fonction d'adaptation lorsque la règle de base s'avère trop rigide et trop uniforme* »⁵²⁹. On pourrait dans la même logique affirmer que les autorités de régulation, dans la limite des pouvoirs dont elles disposent, peuvent se servir de la régulation cruciale pour remplir les missions de gardien du bon fonctionnement du marché et de maintien de l'ordre public économique. La situation actuelle de l'économie mondiale, dominée par ces géants économiques pour la plupart dématérialisées et qui ont accès quasiment à tout, légitime une dérogation forte voire « raisonnablement violente » dans leur encadrement, de sorte que l'intérêt général et les autres principes régissant la vie collective soient légitimement préservés.

⁵²⁸ PELLISSIER G. « Le juge administratif et les dérogations » in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le Juge et le droit public*, op. cit., p. 666.

⁵²⁹ PEISER G., « Le juge administratif et les dérogations », art. cit., p. 666.

d- L'exorbitance du régulateur comme limite nécessaire face au risque du « tout libéral »

358. Ceux qui ont peur du dirigisme, fût-il raisonné et proportionné, sous-estiment l'ancrage de l'État libéral. Il ne faut surtout pas sous-estimer, fut-il au nom du dogme libéral, les conséquences d'un laisser-faire permanent. Cet ancrage libéral, à la fois empirique et juridique, est d'autant plus solide que le Conseil d'État le réitère, à chaque fois que besoin se manifeste⁵³⁰.

359. Le libéralisme voire l'ultralibéralisme économique ne sera jamais assez fort pour abolir les traditions juridiques et leur attachement à des valeurs non nécessairement économiques. Les traditions juridiques sont d'une singularité influençable même si celle-ci se doit de demeurer inaltérable. Il y aura toujours d'inspirations mutuelles et d'influences réciproques entre systèmes juridiques et systèmes économiques de différentes traditions juridiques et économiques, mais il n'est pas pour autant judicieux qu'il y ait une substitution définitive des uns par les autres. Pour paraphraser Gérard Farjat, il n'est utile d'aller jusqu'à affirmer que « *le 'modèle' américain vers lequel on nous fait naviguer est désastreux* »⁵³¹, car, rappelle-t-il, l'Europe n'est pas dupe. Il faut réitérer avec insistance le rôle irremplaçable joué par les valeurs non-économiques dans la structuration et la singularité du système juridique français et dans une large mesure du système juridique européen.

Section II- Les limites d'une permanente remise en cause du pouvoir administratif exorbitant

360. À la lumière des précédents paragraphes, il est aisé de comprendre que la verticalité du pouvoir administratif exorbitant dans le domaine économique ne constitue en rien un facteur paralysant pour l'épanouissement des entreprises. Au contraire, il peut en être un élément protecteur dans la mesure où il veille à ce que le marché fonctionne normalement et dans l'hypothèse où tel n'est pas le cas, il rétablit les déséquilibres en sanctionnant les entreprises contrevenantes. Une telle clarté ne suffit toutefois toujours pas à convaincre ceux des acteurs économiques qui défendent un laisser faire permanent de la nécessité d'un pouvoir aussi vertical dans la préservation des valeurs certes non nécessairement économiques mais tout aussi

⁵³⁰ Cf. dans ce sens le rapport dirigé par JAUME L., *L'État administratif et le libéralisme. Une histoire française*, Rapport Fondapol, 2009, 30 p., disponible à l'adresse suivante : <http://www.fondapol.org/etude/jaume-etat-administratif-et-liberalisme-une-histoire-francaise/>. (Consulté le 04/06/2018).

⁵³¹ Avant de passer à une prémonition qui souligne que « *l'Europe sociale* » n'est pas pour demain. C'est une Europe digne de ce nom qui n'est pas pour demain, tant que la Grande-Bretagne en fera partie à part entière », p. 89 du même article. FARJAT G., « L'ordre public économique », art. cit., p. 84.

indispensables dans le fonctionnement équilibré de la société au sein de laquelle elles produisent par ailleurs leurs richesses.

361. Concrètement, ces acteurs économiques ne s'en prennent pas au pouvoir administratif exorbitant uniquement pour ce qu'il est : un instrument étatique de rééquilibrage des rapports socioéconomiques de la société. Leur hostilité à l'égard de celui-ci s'emmailote d'un tout autre objectif, celui de remettre en cause les valeurs défendues par celui-ci. Ils estiment que ces valeurs ne sont pas très permissives et donc très peu enclines à leur épanouissement. L'intérêt général, le respect effectif des codes de bonne conduite, l'ordre public écologique ou encore le respect des règles relatives aux données personnelles seraient pour eux des contraintes disproportionnées.

362. Partant, les acteurs économiques, au-delà de l'acharnement contre ce bouclier qu'est le pouvoir administratif exorbitant, s'en prennent à la quintessence même de l'autorité économique de l'État en dénonçant toute position ferme de ce dernier. Ils saisissent toutes les occasions, même les plus impertinentes, et mettent en avant des vertus pourtant pas toujours incontestables de l'autorégulation économique (§2). Dans cette lancée, ils ne perdent pas non plus l'opportunité de remettre en cause la réglementation économique qu'ils considèrent davantage comme un obstacle qu'une protection à leur égard (§1).

§1- Une réglementation économique remise en cause nonobstant sa flexibilité

363. Que les acteurs économiques privés remettent en cause la réglementation économique ou l'intervention de l'État dans ce domaine ne date pas d'aujourd'hui et ne se terminera pas non plus demain. C'est un processus intrinsèque aux rapports entre ceux qui défendent leurs intérêts particuliers et celui qui, du fait même de sa nature juridique si singulière, défend l'intérêt de la société dans laquelle évolue tous les acteurs, y compris ces acteurs économiques. Cette remise en cause ne se confond pas avec la nécessité imposée à toute loi, qu'elle soit générale ou spécifique à un domaine précis, d'évoluer au regard des impératifs qui s'imposent à la société et au regard des besoins et objectifs de l'État. De ce point de vue, la doctrine remplit son rôle critique pour l'amélioration de la législation économique⁵³². Ce qui, en revanche, demeure

⁵³² Les acteurs économiques, motivés par l'intérêt et le profit, chose plus que normal, sont naturellement critiques à l'égard de toute verticalité pouvant les ralentir dans leur élan. C'est ainsi qu'il arrive rarement qu'ils applaudissent l'intervention de l'État dans l'économie fût-elle une intervention justifiée et nécessaire à l'équilibre du marché. Mais cette hostilité a ceci d'intéressant qu'elle constitue également une véritable source critique permettant l'amélioration du droit et de l'intervention de l'État.

incompatible avec le respect de l'ordre public économique, c'est la remise en cause systématique et permanente de tout ce qui émane de l'État, avec dans certains cas, une fébrilité argumentative frôlant la mauvaise foi⁵³³.

364. C'est dans cette évolution législative soutenue par une clairvoyance doctrinale que les mentalités ont pu évoluer et que le législateur a pu prendre en compte certaines notions dans le langage juridique. Ainsi, depuis les années 1980, période post Trente-glorieuse et époque de consécration de la concurrence comme modèle de marché, des concepts comme la déréglementation se sont développés avant même que la dérégulation ne soit réclamée. Les acteurs économiques et une partie de la doctrine réclament la déréglementation en estimant qu'un excès de réglementation sème une certaine confusion auprès des entreprises (**A**). Dans la même lancée, une montée en puissance de la régulation a aussitôt poussée d'autres à réclamer une dérégulation, au motif que les entreprises ont besoin de moins d'État et de plus de liberté économique (**B**).

A- La Déréglementation comme volonté étatique de simplification des activités économiques

365. La réglementation et la déréglementation ne remplissent pas les mêmes missions dans la régulation de l'économie et le maintien de l'ordre public économique. Pour certains, l'évolution du monde économique a mis à nu les « *méfais de l'État réglementaire* »⁵³⁴. La réglementation est définie comme « *un outil parmi tant d'autres de la régulation* »⁵³⁵. Il en découle une émanation étatique et un encadrement de l'économie dans le sens où elle lui fixe des limites et rappelle les objectifs économiques et non-économiques de l'État. S'agissant de la déréglementation, il faut noter que c'est le processus par lequel une atténuation, plus quantitative que qualitative, des règles régissant l'économie est requise. Soit à la demande des acteurs économiques, soit du fait d'une volonté étatique elle-même dictée par des circonstances légitimement justifiées. Il peut en découler un allègement de la réglementation mais également, dans certains cas, une sorte de délégation réglementaire aux acteurs privés en ceci qu'il peut leur être permis d'être proactifs dans le respect du droit régissant leurs domaines respectifs.

⁵³³ Peu importe l'hostilité des acteurs économiques, dans certaines circonstances et dans certains domaines, l'État n'a d'autres choix que d'intervenir ne serait-ce que pour maintenir l'équilibre nécessaire à l'exercice des activités économiques et au respect de l'ordre public économique.

⁵³⁴ ROSANVALLON P., *L'État en France de 1789 à nos jours*, op. cit., p. 11.

⁵³⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Ambition et efficacité de la régulation économique », art. cit., p. 59.

366. Passer de la réglementation à la déréglementation ou faire l'inverse est un signe de la prise en compte des facteurs endogènes de l'économie qui poussent l'État à revoir certaines de ses orientations. Le passage d'un modèle à l'autre, d'une méthode à l'autre, est non seulement provisoire (1) mais il est surtout signe de flexibilité de l'autorité étatique. Il n'y a pas de la part de la puissance étatique de méthodes figées, il y a des objectifs à atteindre et un équilibre à sauvegarder. D'où la limitation de la portée de la flexibilité dont elle peut faire preuve (2).

1- Le passage convertible de la réglementation à la déréglementation : une alternance permanente

367. Conscient des limites liées à l'usage de ce qu'il convient d'appeler un excès législatif, l'État a définitivement entériné la nécessité de l'épanouissement des acteurs économiques. Ainsi lui est-il devenu indispensable de prendre en compte la singularité du domaine économique dans la sphère juridique. Étant un domaine nécessitant flexibilité et rapidité, l'État n'hésite plus à mettre en veille la réglementation et procéder à la déréglementation. C'est-à-dire recourir à une certaine flexibilité législative permettant aux acteurs économiques de s'épanouir avec le moins de contraintes législatives possibles tant que cela ne remet pas en cause les bases essentielles de fonctionnement du marché et le respect de l'ordre public économique.

368. La réglementation étant une des manifestations du Droit, elle peut faire l'objet de flexibilité afin de s'adapter à certaines exigences du marché. La réglementation peut être une technique spécifique à un domaine alors que le Droit est gouverné par l'esprit, par des valeurs transcendantes et par une philosophie. Ces valeurs sont immuables et intemporelles. Il en est ainsi de l'intérêt général et de l'ensemble des valeurs non-économiques auxquels les acteurs économiques ne peuvent déroger. C'est au nom de ces principes qu'une intériorisation de la réglementation par les entreprises a été rendue possible et que, pour quelque motif que ce soit, il leur est impossible de prétendre s'approprier du Droit. Raison pour laquelle, Marie-Anne Frison-Roche affirme que, dans une telle situation, « *la réglementation est un outil parmi d'autres de la régulation* »⁵³⁶. Or, la régulation est une composante du Droit eu égard à son versant téléologique. Pour l'intérêt général par exemple, les entreprises peuvent avoir la liberté de définir les moyens de le satisfaire, mais jamais il ne leur sera permis de décider de ce qui va

⁵³⁶ FRISON-ROCHE M.-A., « Ambition et efficacité de la régulation économique », art. cit., p. 59. Cf. aussi FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation », Recueil Dalloz, 2004, n° 2, p. 129.

ou non relever de celui-ci. Cette définition est l'apanage exclusive du législateur et donc du Droit avec tous ses symboles et dans tout son esprit⁵³⁷.

369. Si réglementer le domaine économique constitue le principe, il n'en reste pas moins que si l'État peut concéder une dose raisonnable flexibilité résultant de la déréglementation sans que cela ne remette foncièrement en cause les principes non-économiques. L'assimilation de cette dernière à une contrainte imposée par le droit de l'Union a été battue en brèche par Christian Stoffaës qui souligne qu'il « *est donc faux de prétendre, comme le font certains, que c'est l'Union européenne, qui contraint certains de ses États membres à la déréglementation* »⁵³⁸. Cette méthode est plutôt liée à des conditions historiques nouvelles de chaque État qui peut librement y procéder ou non.

370. La déréglementation est considérée, au même titre que la privatisation, comme l'un des facteurs qui ont « *déplacé la frontière du pouvoir entre le public et le privé* »⁵³⁹ dans la mesure où elle permet aux acteurs privés de « légiférer ». Une attribution classiquement réservée au législateur et donc à l'État. D'une certaine façon, ce dernier cède et ce de manière temporaire et pourvu qu'ils demeurent en conformité avec le Droit, sa compétence législative aux acteurs privés afin qu'ils organisent leurs rapports. Pour Jacques Chevalier, la véritable déréglementation a commencé dans les années 80⁵⁴⁰. Il s'est avéré indispensable de mettre fin à ce que certains ont pu considérer, avec une sévérité réaliste, comme le « *culte de la réglementation [qui plus est pouvant être] source d'instabilité* »⁵⁴¹. La régulation répond notamment à une telle préoccupation en comblant des lacunes juridiques et en contrôlant l'application de l'autoréglementation des acteurs ainsi que l'effectivité de leur autorégulation.

371. L'État reste cependant aux aguets et peut à tout moment juger utile de mettre fin à la déréglementation pour revenir à la réglementation lorsque la sécurité juridique et la prémunition contre les troubles à l'ordre public économique l'exigent. Autrement dit, le passage de la

⁵³⁷ Dans la mesure où le Droit est, dans sa conception philosophique, d'abord un esprit avant d'être un corps de règles.

⁵³⁸ STOFFAËS Ch., *Services publics. Question d'avenir*, Rapport, préc., p. 9.

⁵³⁹ JACQUET P., PISANI-FERRY J., TUBIANA L. (dir.), *Rapport de synthèse sur la Gouvernance mondiale*, mai 2001, p. 33.

⁵⁴⁰ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, op. cit., p. 124 et s.

⁵⁴¹ MANDON Th., HUOT G., LORREYTE B. et al., *Mieux simplifier. « La simplification collaborative »*, Rapport de synthèse, juill. 2013, 72 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/files/rapport-synthese-simplification-collaborative2013.pdf>. (Consulté le 30/05/2017) ; SAVATIER R., « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *Dalloz*, 1977, Chron. 43 ; LOUVARIS A., « Régulation économique et inflation normative », *RDP*, 1^{er} mars 2014, n° 2, p. 304.

réglementation à la déréglementation n'est pas irréversible⁵⁴². Ceci est d'autant plus primordial que cette réversibilité fixe à la déréglementation les limites nécessaires à son équilibre et sa survie.

2- Portée et autonomie limitées de la déréglementation

372. Même si la déréglementation bénéficie d'une portée et d'une autonomie relatives, elle n'en reste pas moins symbolique quant à la fin du dogme législatif **(a)**. Elle demeure, quoi qu'on en dise, une des modalités de la régulation dont le déploiement est soumis tout naturellement au Droit **(b)**.

a- La déréglementation ou la fin du dogme législatif

373. Initiée pour pallier la « *planche à lois* »⁵⁴³, la déréglementation s'est avérée nécessaire dans certains domaines dans la mesure où le constat avait confirmé le manque de fluidité souvent dû à une réglementation jugée complexe. La déréglementation répondant donc à un souci de pragmatisme selon les domaines et le contexte économique. Elle peut réduire la complexité de la procédure législative ainsi que les dépenses qui en découlent. Pour des domaines nécessitant une déréglementation, rien ne prouve d'ailleurs que la légifération à tout prix soit une bonne méthode. En d'autres termes, faut-il, dans certains domaines, sortir du dogme législatif. La loi et la réglementation peuvent en sortir grandes quand l'efficacité et l'effectivité seront au rendez-vous. Une telle démarche n'est pas tant un renoncement à la réglementation qu'une modalité de « *mieux légiférer* »⁵⁴⁴. Le procédé de la déréglementation utilisée avec parcimonie ne diminue en rien le rôle économique de l'État, au contraire elle renforce sa légitimité, son effectivité et, si besoin était, prouve par la même occasion sa flexibilité à ceux des acteurs économiques qui en doutent.

d- La déréglementation comme mode de régulation soumis au Droit

374. Il est important de souligner que la déréglementation n'est pas un système autonome. Elle est comprise dans un tout, celui de la régulation et donc du Droit. Elle est proche de l'autorégulation même si elle n'en est pas une des manifestations. Le Comité économique et social européen souligne à propos que « *l'autorégulation n'est pas synonyme de*

⁵⁴²Cf. dans ce sens ENCAOUA D., KOEBEL P., « Réglementation et déréglementation des télécommunications : Leçons anglo-saxonnes et perspectives d'évolution en France », *Rev. Économique*, 1987, vol. 38, 2, 475-520.

⁵⁴³ Conseil d'État, *Rapport collectif sur l'intérêt général*, préc., p. 39.

⁵⁴⁴ Comité économique et social européen, « L'autorégulation et la corégulation européennes », art. cit., p. 22.

déréglementation mais qu'elle constitue un autre mode de régulation ». Elle constitue davantage une modalité de régulation économique dès lors « *qu'elle est une solution de rechange ou un complément de ce qu'il est convenu d'appeler "hard law" - la réglementation classique - dans le contexte de la réglementation optionnelle* »⁵⁴⁵. C'est pourquoi le passage de la réglementation à la déréglementation, dicté par la nécessité de lutter contre « *l'avalanche des textes* »⁵⁴⁶, est contextuel, provisoire et réversible. Lequel passage peut même, dans certaines circonstances, être stratégique.

375. Les vertus de la déréglementation tiennent au fait que si on la substitue par la réglementation dans un domaine où elle est plus efficace, on prône la violation sinon le contournement de la loi pour des raisons bien évidentes. Dans de telles circonstances, il n'y a que deux issues. Soit « *on appliquera la loi contre le bon sens. Ou l'on suivra le bon sens, en tournant la loi* »⁵⁴⁷. Ce bon sens ne doit immanquablement pas non plus aller jusqu'à, comme le prévient Jean-Pierre Giran, « *rendre à l'économique sa prépondérance sur le juridique* »⁵⁴⁸. Car l'économie peut inspirer le juridique mais ne doit pas lui être prépondérant dans la mesure où s'il doit y avoir prépondérance, elle demeure juridique au nom de l'esprit de la loi et des valeurs non-économiques qui conditionnent les valeurs économiques. Il demeure donc extrêmement important de faire la part des choses et de réaliser que « *l'expérience américaine* »⁵⁴⁹ dans ce domaine ne peut s'appliquer à toutes les structures économiques.

376. Une telle démarche pourrait répondre également au souci du bavardage et donc de perte de crédibilité de la loi. Puisque, comme l'a si bien souligné Yves Gaudemet, notant l'importance de ne pas diluer les normes dans la régulation, « *le dérèglement des mots touche au dérèglement du droit. Et plus que tout autre sans doute, il affecte la sécurité juridique* »⁵⁵⁰. Une telle mise en garde corrobore les préoccupations déjà soulevées par le Conseil d'État dans les années 90. La Haute juridiction administrative soulignait le risque de vouloir répondre à tout

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁴⁶ JUPPE A., « préface », in GIRAN J.-P. (dir.), *La déréglementation : passeport pour une économie libérée*, Paris, Economica, 1985, p. 5.

⁵⁴⁷ PEYREFITTE A., *Le mal français*, Plon 1976, p. 206.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁴⁹ LOUIS J., GUIGLIELMI C., « L'esprit de la déréglementation aux États-Unis », in GIRAN J.-P. (dir.), *La déréglementation : passeport pour une économie libérée, op. cit.*, p. 73.

⁵⁵⁰ GAUDEMET Y., « La régulation économique ou la dilution des normes », *RDP*, 1^{er} janv. 2017, n° 1, p. 23. L'auteur met ici en garde contre la "surréglementation" ainsi que la mauvaise ou l'approximation dans la nomination des choses. Il rappelle ainsi les affirmations de Camus « *mal nommer les mots, c'est ajouter aux malheurs du monde* » ; et de Clemenceau « *précieux moyen d'entraînement, le verbe peut nous conduire, avec le temps, des évolutions de surface à des évolutions de profondeurs* ». Cf. CLEMENCEAU G., *Au soir de la pensée*, 28^e éd., Paris, Plon, 1930, t. 2, p. 443.

par une loi. Elle indiquait, tout en regrettant ce qu'elle considérait être une « *inflation normative* »⁵⁵¹, que « *trop de textes ne permettent pas de distinguer l'intention de l'action, le possible du souhaitable, l'accessoire de l'essentiel, le licite de l'illicite. Ces textes mal faits – parce qu'ils nourrissent l'incertitude, provoquent la désillusion ou facilitent la fraude – sont une atteinte portée à la sécurité juridique* »⁵⁵². C'est pour des raisons tenant aux mêmes préoccupations que lorsqu'il faut aborder la régulation, il est toujours « *important de commencer par nous entendre sur le sens des mots et des concepts* »⁵⁵³. En tout état de cause, il importe de souligner que la déréglementation n'est pas un système juridique, elle n'est autre qu'une méthode circonstancielle de libération des potentialités par une décomplexification juridique. Du moment que son opposition à la réglementation est discutable, son opposition au Droit, est par la même occasion, inenvisageable. Le Droit et la déréglementation n'ont ni les mêmes fondements ni la même teneur dans la conduite et l'organisation de la société. Ils peuvent simplement converger vers l'objectif commun de l'effectivité de la régulation économique. En définitive, le passage de la réglementation à la déréglementation peut ne pas, en toute circonstance, s'avérer aussi stratégique que le passage de la régulation à la dérégulation et inversement.

B- La dérégulation comme symbole de flexibilité de la régulation

377. La régulation est un processus beaucoup plus récent et souvent maladroitement confondu avec une certaine mollesse qui n'en est en réalité pas une. C'est un mécanisme juridique désormais bien ancré qui n'est donc pas à confondre avec à la dérégulation. La régulation est perçue comme un mécanisme permettant aux autorités publiques de veiller à l'équilibre du marché. Elle s'est développée de manière substantielle à partir des années 90⁵⁵⁴. Selon Hubert Delzangles et Sébastien Martin, à travers la régulation, les autorités françaises ont cherché à « *atteindre des résultats non produits par le marché* »⁵⁵⁵. Mais substantiellement la régulation économique s'est avérée moins permissive que prévu. Il s'en est ainsi suivi une

⁵⁵¹ Evoquée d'abord dans le Rapport public du Séant de 1991 et repris par la suite par MERCIER M., Rapport d'information n° 447 (1999-2000) fait au nom de la mission commune d'information chargée de dresser *le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales*, 28 juin 2000, t. 1, 620 p., disponible ici : <https://www.senat.fr/rap/r99-447-1/r99-447-11.pdf>. (Consulté le 15/06/2017).

⁵⁵² Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, Paris, La Documentation française, coll., « EDCE », n° 43, 1991, p. 32.

⁵⁵³ COHEN-TANUGI L., « L'émergence de la notion de régulation », *LPA*, 10 juill. 1998, n° 82, p. 4.

⁵⁵⁴ Quand bien même l'usage de la notion de régulation remonte dans les années 30.

⁵⁵⁵ DELZANGLES H., MARTIN S., « L'évolution des objectifs de la régulation en France », art. cit., p. 121 et s.

réclamation incessante de dérégulation⁵⁵⁶. C'est-à-dire une certaine flexibilité de la régulation économique qui se manifeste par un retrait provisoire et vigilant des autorités de régulation permettant d'observer la responsabilité des entreprises notamment en ce qui concerne leur capacité de s'autoréguler.

378. La régulation économique a été considérée comme la manifestation du retrait progressif de l'État dans la direction des affaires économiques. On estime souvent qu'elle est beaucoup plus intrusive dans l'économie que ne l'est la réglementation *lato sensu*. Il s'avère tout de même important de rappeler qu'elle ne se substitue pas à la réglementation, elle complète la loi et comble les lacunes et les insuffisances de celles-ci. On peut néanmoins dénoter que la régulation constitue un des signes de l'ancrage du libéralisme économique (**1**). C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles certains auteurs, attachés à l'autorité de l'État, y compris dans le domaine économique, ne digèrent pas qu'on considère que la régulation, à l'instar de ce qui fut le reproche fait à la loi⁵⁵⁷, est trop rude et qu'il faille la remplacer par une dérégulation. Cette dernière peut néanmoins répondre à une certaine demande de flexibilité et amener un certain équilibre que la première peut ne pas nécessairement octroyer (**2**).

1- La régulation comme manifestation de l'ancrage du libéralisme économique

379. Si besoin d'établir une chronologie de l'intervention étatique il y a, on peut le décrire ainsi : plutôt, plus ou moins indifférent avant 1929⁵⁵⁸, en tout cas pour ce qui est des pays européens et notamment la France. Puis, après 1945, la création de pôles de puissances économiques conduisit à ce que certains ont qualifié d'État stratège⁵⁵⁹, accompagnateur. Plus

⁵⁵⁶ Une dérégulation réclamée par les acteurs économiques en raison d'un supposé ou réel excès de régulation. La question reste de savoir si ce qu'ils entendent par excès n'est finalement pas simplement une effectivité de la régulation.

⁵⁵⁷ Certains considèrent la régulation comme une supplantation de la loi. Ils en vont pour preuves les arguments avancés pour que la régulation se substitue sinon s'alterne avec la loi dans l'organisation de l'économie.

⁵⁵⁸ Car la période des grandes industrialisations achevée à la veille de première guerre mondiale semblait avoir été estompée. L'accalmie a continué quasiment jusqu'à la crise de 1929.

⁵⁵⁹ Quant à la définition de l'État stratège, celle mentionnée par Sébastien Billows et Scott Viallet-Thévenin retient plus l'attention. Ils soulignent qu'il s'agit d'un « *État construisant ou participant à la construction des secteurs économiques de telle manière que ceux-ci remplissent des objectifs spécifiques liés à leurs activités [...] Il se caractérise par une grande proximité entre l'administration et les acteurs économiques. Les décisions en matière de politique économique sont prises de manière discrétionnaire, selon les contraintes et les priorités spécifiques au secteur* ». Les auteurs soulignent une certaine porosité de la frontière entre l'État stratège et l'État régulateur. Ce qui est une bonne chose car dans la pratique, c'est beaucoup moins évident. Car l'État régulateur peut effectivement assigner à ses interventions un objectif qui va au-delà de la protection des consommateurs (revoir notre note sur l'ordre public de direction ainsi qu'à la satisfaction des objectifs non-économiques). De même, l'État stratège n'a pas le monopole de la construction de champions économiques. Même si, il faudrait le leur concéder, il y a une sorte de glissement, maintenant reste à savoir lequel des modèles glisse vers l'autre ou alors n'y a-t-il pas simplement une imbrication. Les auteurs expliquent notamment que c'est à partir du décret de déc. 86 instituant

tard, intervient l'État régulateur entériné par la mise en place des politiques de concurrence à travers l'Ordonnance de 1986. La concurrence étant alors entendue comme l'égalité entre les acteurs économiques dans la conquête, la conservation et la fidélisation de la clientèle. C'est l'ouverture à la compétition et à la concurrence. Ce rythme s'est poursuivi pendant des années avant d'être secoué par la crise de 2008⁵⁶⁰. Enfin, on est désormais dans la situation où la France supporte le poids de la mondialisation économique. Elle réagit de manière souvent surprenante en indexant l'Europe comme cause de cette mondialisation. Or, elle devrait voir l'Europe comme le bouclier contre les dérives éventuelles de ce phénomène tout en exploitant ses atouts. On semble implorer de nouveau la régulation afin qu'elle laisse un peu d'espace aux entreprises⁵⁶¹.

380. Il n'est pas sans intérêt de faire une distinction entre la régulation symétrique et celle dite asymétrique. La régulation est dite symétrique quand elle découle de la loi et est donc générale et s'impose à tous les opérateurs se trouvant dans une situation concurrentielle qui l'exige. Elle est dite asymétrique quand elle est uniforme et concerne les entreprises dominantes (allusion faite aux entreprises détentrices des infrastructures dites essentielles).

381. Au regard de ce parcours de l'économie contemporaine conduite par la mondialisation, il est aisé de comprendre que le libéralisme économique est plus qu'ancré dans les politiques économiques des États, qu'ils soient d'obédience socialiste ou traditionnellement libéraux. Le libéralisme économique ne constitue plus l'exception de l'État providence, c'est désormais ce dernier qui constitue l'exception du premier. Le principe est désormais celui du libéralisme

le conseil de concurrence, l'État est devenu régulateur, et si tel est le cas il l'est davantage aujourd'hui dès lors qu'on a assisté à l'éclosion pour quasiment chaque domaine économique, une autorité de régulation. Mais pour se permettre une sorte de prédiction, la tendance pourrait nous laisser imaginer qu'en tout état de cause, l'État régulateur semble être plus en phase avec l'évolution de la mondialisation économique. Mais à se fier à la définition donnée par ceux qui considèrent que par nature l'État régulateur est sensé se tenir à distance des acteurs économiques, c'est justement, à notre avis, dire que lucidité doit être la règle dans la façon de construire cette « distance ». Car quelle que soit l'indépendance ou la confiance qu'il faut accorder aux acteurs économiques, il est indispensable que le régalien voire l'exorbitance soit toujours à portée de main et qu'en cas de nécessité, l'on puisse s'en servir de manière à sauvegarder les hauts principes de la société qui ne peuvent être préservés que par l'État. C'est d'une importance capitale, sans même qu'il y ait nécessité d'insister sur le fait que les crises mondiales majeures ont souvent été la conséquence de l'éloignement de l'État du secteur économique, ou du moins de la confiance accordée aux acteurs de ce secteur. Cf BILLOWS. S., VIALLET-THEVENIN S. « La fin de l'État stratège. La concurrence dans les politiques économiques françaises (1945-2015) », art. cit., p. 16.

⁵⁶⁰ Par pure coïncidence ce qu'il convient d'appeler la maturation de la politique de concurrence en France, par la mise en place de l'Autorité de concurrence à la place du Conseil impliquant donc plus d'attributions et de pouvoirs, concorde avec la crise des subprimes dont les causes sont recherchées dans l'autorégulation quoi que ultra libérale et américaine. Mais les répercussions mondiales ne tarderont pas à se faire sentir.

⁵⁶¹ Cf. notamment DE BRANDT P., VANDERHELST M., *L'intervention publique dans la sphère économique, fondements, principes et limites*, Paris, Larcier, 2013, 210 p.

économique. C'est d'ailleurs une raison supplémentaire de veiller à la sauvegarde des principes non-économiques et les valeurs fondatrices de la tradition rousseauiste.

382. Contrairement à ce que soutiennent certains auteurs, l'État régulateur n'est pas celui où « *les autorités publiques se tiennent à distance des marchés* »⁵⁶². L'État n'est jamais aussi plus proche des marchés que par le biais de la régulation économique. Les autorités de régulation, prolongements sinon représentations de l'État, sont tenues d'être informées sur les marchés afin de mieux les réguler et efficacement anticiper leurs mutations. Ceci est d'autant plus important qu'il est inenvisageable de réguler des acteurs économiques puissants et dématérialisés par une simple régulation en retrait.

383. À travers la régulation, l'État doit remédier à cette insuffisance qui fait que, selon les affirmations de Charles Dunoyer, « *à l'intérieur de son domaine, l'État n'a jamais assez de pouvoirs ; à l'extérieur, il en a toujours trop !* »⁵⁶³, en rééquilibrant ses attributions tant à l'interne qu'à l'externe. S'adapter sans oublier que, « *dans une approche dynamique, être plus adapté à un milieu particulier ne signifie pas être plus adaptable à une variation de ce milieu* »⁵⁶⁴. La régulation économique est devenue tellement exigeante que la moindre imprécision profite aux acteurs régulés qui peuvent s'en servir soit pour échapper à la loi, soit pour instrumentaliser celle-ci.

2- La dérégulation comme quête d'équilibre entre autorité et flexibilité

384. La dérégulation conduit à deux effets. Elle peut être totale⁵⁶⁵ ou partielle⁵⁶⁶. Lorsque la dérégulation est dite partielle, l'État ne renonce pas définitivement sinon durablement à la régulation du domaine concerné. Une telle configuration peut conduire entre autres à l'autorégulation qui n'est pas « *un phénomène de mode mais un mode de régulation complémentaire du cadre législatif classique* »⁵⁶⁷. L'autorégulation traduit « *le besoin, dans une société complexe et, finalement, au fonctionnement très subtil, de responsabiliser les acteurs du marché grâce à une "délégation des pouvoirs" (subsidiarité) et à une adéquation des moyens réglementaires (proportionnalité)* ». Il ne faut surtout pas tomber dans « un

⁵⁶² BILLOWS S., VIALLET-THEVENIN S., « La fin de l'État stratège ? La concurrence dans les politiques économiques françaises (1945-2015) », art. cit., p 9-22.

⁵⁶³ GIRAN J.-P. (dir.), *La déréglementation : passeport pour économie libérée*, op. cit., p. 7.

⁵⁶⁴ BAZEX M., ECKERT G., LANNEAU R. et al. (dir.) *Dictionnaire de la régulation*, op. cit., p. 522 et s.

⁵⁶⁵ Lorsque la dérégulation est considérée comme totale, soit le secteur n'est plus aussi stratégique pour nécessiter une régulation, soit une dérégulation durable ne nuit pas au fonctionnement normal du marché.

⁵⁶⁶ Ne concernant qu'un secteur ou une partie des activités d'une entreprise à taille cruciale.

⁵⁶⁷ Comité économique et social européen, « L'autorégulation et la corégulation européennes », art. cit., p. 22.

amalgame entre la dérégulation (le "laissez-faire") et l'autorégulation (aussi connue dans les milieux anglo-saxons et universitaires sous le vocable d'enlightened self-interest !) »⁵⁶⁸. La dérégulation dite totale est d'autant plus rare que l'État ne prend pas le risque de la laisser perdurer dans un secteur donné surtout lorsque ledit secteur est systémique.

385. La dérégulation constitue donc une des modalités de la régulation économique. Elle remplit surtout la mission d'équilibre entre autorité et flexibilité qui accompagnent l'ancrage du libéralisme économique. La dérégulation n'est en conséquence pas un renoncement de l'État, pas plus qu'elle n'est un affaiblissement des autorités de régulation économique. Sa mise en œuvre, sectorielle et partielle, doit participer de l'effectivité de la régulation économique globale.

386. La mise en œuvre de la dérégulation octroie une certaine flexibilité. Elle permet surtout de réorienter les forces de la régulation vers d'autres secteurs plus stratégiques et plus urgents. Elle participe de l'efficacité de la régulation globale. Le rapport présidé par Christian Stoffaës sur le service public souligne par exemple, concernant les monopoles naturels des entreprises détenant des infrastructures dites essentielles, que « *la dérégulation vise à ce que dans le secteur des réseaux seules les infrastructures sont en situation de monopole, à l'exclusion des services qui eux doivent être soumis à la concurrence* »⁵⁶⁹. Car en l'espèce, l'effectivité de la concurrence ne s'oppose en rien au maintien du monopôle sur les infrastructures dès lors que les services qui en découlent sont concurrentiels. La Commission européenne définit les infrastructures essentielles dans le domaine des télécommunications comme « *des installations ou des infrastructures indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités, et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables* »⁵⁷⁰.

387. La remise en cause fondée ou exagérée de la réglementation économique ne doit toutefois pas masquer l'insuffisance qui, à des moments, peut résulter de l'autorégulation économique. L'équilibre tant escompté par les modalités de la régulation demeure, de ce point de vue également, d'une importance capitale.

⁵⁶⁸ Expression que l'auteur traduit par un « *intérêt personnel éclairé* ».

⁵⁶⁹ STOFFAËS Ch., *Services publics. Question d'avenir*, Rapport, préc., p. 24-25.

⁵⁷⁰ ART, décis. n° 97-455 du 17 déc. 1997, n° 97-455, portant adoption de lignes directrices sur les conditions d'accès aux câbles sous-marins.

§2- *L'insuffisance endogène de l'autorégulation économique*

388. L'autorégulation économique est le processus qui permet aux acteurs régulés, dans le sillage du respect de l'ordre public économique, d'élaborer et de mettre en œuvre leurs propres règles dont le but est de rechercher un bon équilibre, une rapidité dans les affaires et de maintenir l'ordre entre eux. Même si pour certains, l'autorégulation trouve son fondement dans « *l'incapacité de l'État de saisir un objet dématérialisé* »⁵⁷¹, comme la régulation du numérique ou des entreprises qui y opèrent, il n'en reste pas moins que la subordination de l'autorégulation à l'ordre public économique est une condition *sine qua non* de sa légitimité. Les entreprises sont néanmoins obligées de veiller à ce que ces règles qu'elles édictent se conforment à celles édictées par l'État. L'atout d'un tel procédé réside dans la possibilité d'atteindre les objectifs respectifs de ce dernier et des acteurs économiques sans nécessairement recourir à une quelconque contrainte, du moins pas en amont.

389. Pour certains auteurs l'autorégulation « *n'a jamais été admise en matière d'intervention économique* »⁵⁷² et ce, en raison de la délégation d'un pouvoir d'intervention économique de l'État à des acteurs privés. Ces auteurs illustrent ces propos par ce qu'ils considèrent comme l'incapacité du marché à s'autoréguler avec pour conséquence notamment les crises traversées depuis 1929. Cette tendance s'est principalement accélérée avec la crise financière de 2008⁵⁷³. En dépit de la responsabilité partagée de ces crises entre divers acteurs économiques et l'État⁵⁷⁴, la solution ne consiste pas à nier toute utilité à l'autorégulation, mais plutôt lui accorder le crédit résultant de son apport et de sa complémentarité avec la régulation publique.

390. Cependant, les acteurs économiques étant des entreprises poursuivant à juste titre la réalisation de profits, il n'est pas évident qu'elles s'auto-contrainent avec effectivité surtout dans l'éventualité d'un conflit entre l'autorégulation et des intérêts économiques ou financiers

⁵⁷¹ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne, op. cit.*, p. 150 et s.

⁵⁷² AUBY J.-B., « L'interdiction de déléguer des pouvoirs d'intervention économique à des opérateurs privés », *Dr. adm.*, 2002, repère 2 ; COLSON J.-Ph., IDOUX P., *Droit public économique*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 559.

⁵⁷³ Les auteurs rappellent ici le discours tenu par Nicolas Sarkozy à Toulon du 25 sept. 2008 indiquant que « *l'autorégulation pour régler tous les problèmes, c'est fini (...). Le laisser faire, c'est fini. Le marché qui a toujours raison, c'est fini (...). L'idée de la toute-puissance du marché qui ne devait être contrarié par aucune règle, par aucune intervention politique, était une idée folle. L'idée que les marchés ont toujours raison était une idée folle* », Cf. COLSON J.-Ph., IDOUX P., *ibid.*, p. 560. Cf. aussi BERNARD A., « Le marché autorégulé, une 'idée folle' ? », *Dalloz*, 2009, p. 2289.

⁵⁷⁴ L'État sinon les États d'abord pour avoir octroyé aveuglement une totale liberté à l'autorégulation puis la responsabilité notamment des agences de notation qui n'ont pas suffisamment alerté sur le risque qui présageait. En fin et surtout la responsabilité des acteurs économiques notamment les financiers qui n'ont regardé qu'une certaine cupidité des bulles spéculative et le tout a provoqué la crise des subprimes aboutissant à la crise financière de 2008.

qui peuvent, dans certains cas, s'avérer colossaux. Vouloir se fixer ses propres règles et prétendre les respecter à tout moment et en toute circonstance est une chose, mais s'auto-sanctionner en cas de violation de ces règles en est une toute autre. De ce fait, deux facteurs empêchent ou du moins imposent la prudence quant à l'octroi d'une totale crédibilité à l'autorégulation et exigent par la même occasion qu'il y ait un contrôle de son effectivité. D'une part, la recherche du profit, bien que légitime, peut constituer un obstacle à l'application rigoureuse de l'autorégulation économique (**A**). Et d'autre part, la nécessité pour l'État de veiller sur la sauvegarde des valeurs non-économiques exige une vérification de l'effectivité d'un tel procédé (**B**).

A- La légitimité de la recherche du profit

391. Il est tout naturel que les acteurs privés aient pour objectif premier la recherche du profit dans leurs activités. Poursuivre l'intérêt général est un privilège/objectif de l'État. Frédéric Colin abonde dans ce sens en affirmant que « *les monopoles privés contrairement aux monopoles publics n'ont pas le mérite de poursuivre l'intérêt général* »⁵⁷⁵. Ce dernier est donc si hautement symbolique que sa poursuite constitue un mérite pour les acteurs qui s'y consacrent. Il ne faut néanmoins pas rester ingénu dès lors que sa réalisation peut également être confié à des acteurs privés, même si, dans une telle éventualité, il ne constituerait pas pour autant l'objectif ultime desdits acteurs comme c'est le cas pour les acteurs publics. La dissemblance d'objectifs dicte la singularité de sa place selon que l'on soit acteur public ou acteur privé. Ceci est dû notamment au fait que la poursuite de la réalisation du profit par les acteurs privés est un droit absolu quoique limitable.

392. En conséquence, il n'est pas raisonnable de reprocher aux entreprises de réaliser des profits. Ce souci de rentabilité ne doit cependant pas supplanter l'effectivité attachée à l'autorégulation économique (**I**) même si cet impératif de finesse et de lucidité ne nie en rien les vertus qui sont celles de ce mode de régulation (**2**).

1- L'effectivité de l'autorégulation supplantée par le souci de rentabilité des entreprises

393. L'autorégulation regorge d'une efficacité indéniable pour peu qu'elle soit fidèlement mise en œuvre et contrôlée par les autorités disposant d'un pouvoir légitime et suffisant. Autrement dit, quand elle est livrée à elle-même, la main invisible du marché qui la sous-tend

⁵⁷⁵ COLIN F., *Droit public économique, op. cit.*, p. 276.

se met rapidement à trembler (a), mettant ainsi à nu toutes les limites de l'autodiscipline (b) et suscitant une confiance pondérée du régulateur à son égard (c).

a- Le tremblement de la main invisible du marché

394. Selon Hume et Adams Smith « *l'ordre social n'a besoin ni de corps ni d'un garant méta-social extérieur comme la religion pour être maintenu. Le principe du marché résout en lui-même la contradiction potentielle entre l'autonomie du comportement individuel et la formation d'un bonheur collectif : il est la main invisible qui concilie la recherche de l'intérêt privé pour chacun et la réalisation de l'intérêt général. Le marché est ainsi à la fois un mode de régulation économique et politique et l'expression d'une philosophie morale* »⁵⁷⁶. Un tel postulat de bonne foi ne leur est pas contestable. Néanmoins, il est une réalité empiriquement substantielle qui décrédibilise en partie cet axiome dès lors que le constat montre que les entreprises remettent facilement en cause leurs engagements lorsque leurs profits sont en jeu.

395. C'est justement à cause de cette confiance, parfois aveugle, à l'égard du marché que les juristes économiques ne parviennent pas à concéder à Smith toutes les vertus qu'il attribue à l'autorégulation du marché. D'autant plus que la main invisible, toutes les fois que, au fil de l'histoire, on lui a laissé le boulevard de la conciliation de l'intérêt privé et l'intérêt général, elle s'est avérée non seulement incapable, mais de surcroît elle a souvent conduit à des crises en ne se montrant que très partialement efficace⁵⁷⁷. Ceci révèle qu'il ne suffit pas d'édicter les règles du jeu pour que la compétition se passe dans les meilleures des formes, encore faudrait-il qu'il y ait un organe externe, impartial et désintéressé pour s'assurer de l'effectivité des règles. N'en déplaise aux détracteurs de l'État interventionniste, il n'y a pour l'instant, aucune autre autorité en dehors de lui et par l'intermédiaire des autorités administratives indépendantes (ci-après AAI) capables de jouer ce rôle.

396. Il faudrait préciser que nul ne doit en vouloir au marché et ses acteurs de courir derrière le profit. N'est-il pas par ailleurs du devoir de l'État de leur octroyer un environnement juridique lisible et une sécurité suffisante pour exercer leurs activités et donc de réaliser des bénéfices ? Cette reconnaissance n'est pas synonyme de sacrifice inconsidéré de l'intérêt général, qui demeure la vocation ultime de l'autorité de l'État. Rousseau n'affirmait-il pas que « *la société ne peut tenir que si elle est constituée de citoyens, prêts à sacrifier leurs intérêts personnels à*

⁵⁷⁶ ROSANVALLON P., *L'État en France de 1789 à nos jours*, op. cit., p. 119.

⁵⁷⁷ La crise de 1929 et plus récemment en celle de 2007 crise des *subprimes* se sont avérées comme des crises résultant d'un laisser faire incontrôlé.

la volonté générale » ?⁵⁷⁸ C'est pourquoi l'octroi d'un espace d'épanouissement ne devrait pas renvoyer une impression d'un laisser faire « cupide » aux yeux de l'opinion publique. À un certain stade, cela pourrait devenir insoutenable et le risque d'affrontement de chacun contre chacun, qui finirait par l'affrontement de tous contre tous, sera élevé.

b- Les limites de l'autodiscipline

397. La pression engendrée par une rude concurrence et la contrainte qui peut résulter de l'autorégulation peuvent constituer des facteurs qui poussent les entreprises à ne pas respecter l'autodiscipline. Une telle situation peut conduire à un abandon de l'autorégulation et au recours *de facto* à une instrumentalisation de la règle de droit. Un auteur souligne qu'il ne faut surtout pas en arriver à la situation où « *la loi du marché, faisant du droit une marchandise, aboutit au marché de la loi* »⁵⁷⁹. L'autorégulation incontrôlée peut pourtant conduire à ce genre de dérives. Puisque dans l'autorégulation économique, il y a toujours des entreprises qui se conforment aux règles plus que d'autres. Cette concurrence dans la violation efficace des règles « *n'entraîne pas nécessairement l'autorégulation que la "main invisible" était censée assurer sur les marchés nationaux* »⁵⁸⁰. Partant, l'autorégulation non régulée peut donc nuire à l'efficacité de celle-ci et conduire à ôter à la main invisible tant chère à Smith le peu de crédibilité qui lui restait. « *Les régulateurs doivent avoir à l'esprit que la régulation peut passer par des artefacts matériels qui jouent comme dispositifs cognitifs* »⁵⁸¹. C'est en ce sens que les sanctions économiques constituent des facteurs cognitifs dont la régulation doit intelligemment se servir. On en a l'exemple dans l'expérimentation des passages piétons haute définition sur certaines routes⁵⁸². L'impact cognitif de ce procédé pourrait être envisagé dans le domaine économique à travers des artifices juridiques, tout aussi dissuasifs dans la régulation économique. L'Autorité de la concurrence a eu à sanctionner une entreprise de distribution d'électricité à Grenoble qui

⁵⁷⁸ ROUSSEAU J.-J., cité par ROSANVALLON P., *L'État en France de 1789 à nos jours*, *op. cit.*

⁵⁷⁹ SOREL J.-M. « Les États face aux marchés financiers » in LOQUIN E., LEBEN Ch., SALEM M. *et al.* (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux au 20^e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, Paris, Litec, coll. « Travaux du centre de recherche sur droit des marchés et des investissements internationaux », 2000, XXII-728 p., spéc. p. 536.

⁵⁸⁰ GAZIER B., « Jalons pour une histoire des États face à la contrainte économique », art. cit., p. 34.

⁵⁸¹ FERREY S. « Le renouveau de la régulation publique au regard de l'économie comportementale » in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, p. 94.

⁵⁸² Expérimentées depuis 2017 par les communes de Cysoing en Haut-de-France et de Locminé en Bretagne. L'objectif est de créer une illusion d'optique chez le conducteur et cela s'avère protecteur pour les piétons.

jouait sur les biais cognitifs des consommateurs⁵⁸³. Une telle décision nous enseigne que l'inverse pourrait être tout à fait envisageable.

398. Ces craintes et ces imperfections de l'autorégulation ne remettent toutefois pas en cause les quelques vertus qu'on lui attribue. « *Le régulateur doit donc utiliser avec précaution les incitations puisqu'elles peuvent se révéler contre-productives et coûteuses* »⁵⁸⁴. L'autorégulation économique comporte des aspects positifs et conservables dans la mondialisation économique.

c- Une confiance pondérée du régulateur à l'autorégulation

399. L'État ne cherche pas à nuire fortuitement à la liberté des entreprises par une mise en œuvre dogmatique de son autorité économique. Après tout, c'est lui qui a instauré la concurrence comme modèle et principe de fonctionnement du marché. Si ce modèle peut être atteint et préservé par un comportement responsable des entreprises, rien ne justifierait l'usage d'une quelconque contrainte. Il est néanmoins de la responsabilité des autorités de régulation de veiller à l'effectivité de l'autorégulation. Car même « *les économistes contemporains les plus libéraux qui veulent limiter l'intervention de l'État, ne justifient plus le principe de la libre concurrence par ses bienfaits, mais le présentent comme un principe techniquement plus satisfaisant que l'organisation autoritaire par les pouvoirs publics* »⁵⁸⁵. Il est donc indispensable d'insister non pas uniquement sur les inconvénients de l'intervention étatique mais aussi sur les ceux d'une concurrence incontrôlée qui serait livrée à la force de l'instrumentalisation des règles et de l'abus de domination des entreprises les plus puissantes.

400. L'autorégulation qui semble avoir fait ses débuts dans le domaine financier pour des raisons bien spécifiques à celui-ci⁵⁸⁶, embrasse plus ou moins efficacement tous les autres domaines, notamment celui de la régulation des réseaux⁵⁸⁷. La considération selon laquelle les

⁵⁸³ ADLC, décis. n° 09-D-14 du 25 mars 2009, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité*, non-publiée au BOCCRF.

⁵⁸⁴ FEREY S. « Le renouveau de la régulation publique au regard de l'économie comportementale », art. cit., p. 94.

⁵⁸⁵ FARJAT G., « L'ordre public économique », art. cit., p. 62.

⁵⁸⁶ Ainsi a-t-on parlé de Comitologie (qui est la procédure par laquelle des comités, composés de représentants des États membres, assistent la Commission européenne dans le cadre de la mise en œuvre des mesures d'exécution de la législation communautaire). Le Règlement 1093/2010 semble avoir fortement été inspiré par ce procédé quand bien même les avis ne sont pas considérés comme normatifs.

⁵⁸⁷ Le troisième paquet énergie de 2009 va plus loin puisqu'il « *institutionnalise le rôle des opérateurs en matière normative dans le cadre de l'adoption des codes des réseaux européens* ». Cf. LAGET-ANNEMAYER A., *L'ordre public économique*, Paris, LDGJ, coll. « Droit et Économie », p. 75.

acteurs économiques⁵⁸⁸ peuvent apporter des aspects positifs à la régulation économique par une certaine proactivité a désormais une assise indiscutable en droit de la régulation économique. Tout le travail consiste désormais, pour les autorités de régulation, à évaluer et quantifier la pertinence de ce procédé en fonction des objectifs assignés à la régulation et selon les spécificités du domaine économique en question.

401. Si les influences respectives du droit et de l'économie passent également par « *le processus d'endogénéisation du droit dans les activités économiques* »⁵⁸⁹, il est important de souligner que la vigilance étatique et des autorités de régulation ne doit souffrir d'aucune négligence. Cette dernière permet de se prémunir contre les crises dans la mesure où elles peuvent résulter d'étourderies des acteurs économiques et l'absence de rigueur dans l'autorégulation économique. En effet, comme cela est si bien souligné par certains auteurs, « *la crise nourrit une demande croissante de droit dans le domaine économique* »⁵⁹⁰, et exige *de facto* une intervention publique en vue de rétablir l'ordre économique. Ce fut le cas en 1929 et plus récemment en 2008. Pour Barney Frank, membre de la Chambre des représentants du Congrès américain, « *la crise est "le résultat d'une absence totale de réglementation"* »⁵⁹¹ plus particulièrement dans le secteur financier. Raison pour laquelle, cette primauté, caractéristique de la transcendance des valeurs non-économiques sur la réalisation du profit et sur la course effrénée vers le gain, doit être préservée à tout prix.

2- Les vertus conservables de l'autorégulation économique

402. L'autorégulation a des vertus tant pour la régulation que pour les entreprises la mettant en œuvre. Pour ces dernières, lorsqu'elle est effective, l'autorégulation n'est pas sans conséquences sur les retombées positives pour l'acteur régulé (**a**), surtout lorsque celle-ci s'inscrit dans le cadre d'une discipline impliquant plusieurs acteurs d'un même ou de plusieurs secteurs (**b**). Aussi, cet ordre *inter partes*⁵⁹² participe, selon une proportion bien cadrée, à la production des normes (**c**).

⁵⁸⁸ Sans sous-estimer le rôle de la société civile, associations et régulateurs indépendants, le fait de les aborder dans le cadre de l'autorégulation et de la corégulation peut être impertinent. Cf. LAGET-ANNEMAYER A., *ibid.*, p. 560. p. 75 et s.

⁵⁸⁹ BEESY Ch., DELPEUCH Th., PELISSE J. (dir.), *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2011, p. 1

⁵⁹⁰ *Ibid.*

⁵⁹¹ Comité économique et social européen, « L'autorégulation et la corégulation européennes », art. cit., p. 26.

⁵⁹² Cf. notamment les § 513 et s.

a- Les retombées marketing d'une autorégulation loyale et effective

403. Antoine Frérot, PDG de Véolia environnement, affirmait que « *les idéaux qui traversent la société rejaillissent sur l'entreprise, au point qu'elle doit faire siennes des causes, qui en apparence la dépassent mais qui, en réalité, sont primordiales pour son avenir* »⁵⁹³. Il en va ainsi de l'intérêt général, de l'équilibre social, de la protection de l'environnement et tous les aspects non-économiques de l'économie en l'absence desquels, le vivre ensemble et l'ordre public économique seraient mis à mal. Les entreprises, et ce depuis quelques années, ont compris toute l'importance d'insérer de tels objectifs dans leur politique managériale et dans leur stratégie marketing. Au-delà des exonérations provenant des États, de tels objectifs constituent de véritables stratégies d'humanisation des entreprises.

404. En insérant de tels idéaux dans leur politique de développement, les entreprises prennent généralement des engagements qu'elles cherchent à satisfaire au mieux. Ces engagements peuvent sembler contraignants lorsque le contexte du marché n'est pas tout à fait reluisant. C'est en ce sens qu'ils remplissent leur rôle régulateur. Ils le remplissent également dans le sens où une entreprise évoluant dans le secteur de l'énergie éviterait par exemple d'endommager l'environnement. Ils peuvent en outre le faire lorsqu'une entreprise puissante, réalise des infrastructures permettant à la collectivité de satisfaire un besoin local. Les entreprises s'épargnent ainsi la contrainte interventionniste de la régulation qui se manifeste quand la fonction disciplinaire ne suffit plus à « *protéger l'ordre existant* »⁵⁹⁴ et qu'il s'avère nécessaire de sauvegarder celui-ci notamment dans le cadre de la protection ou l'atteinte de l'intérêt général.

b- L'ordre *inter partes* comme vertu régulatrice

405. Si, selon Natalie Irti, en lui seul le marché « *est un ordre, compris au sens de la régularité des contraintes de comportement dont le fonctionnement présuppose l'obéissance, par les agents qui y agissent* »⁵⁹⁵, l'on ne peut réfuter l'idée que le marché contient des éléments intrinsèques qui font de lui un agent de la régulation économique. En s'autorégulant, le marché participe de la régulation économique globale. Dans l'absolu, il a plus à gagner dans l'autorégulation mais à condition qu'il respecte fidèlement les préceptes de l'autorégulation au

⁵⁹³ HCVA, *Rapport sur la notion d'intérêt général*, préc., p. 23.

⁵⁹⁴ MULLER E., « La comparaison des objectifs de la régulation et de la police », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 28.

⁵⁹⁵ GRAU E. R., « Révolution juridique sous pression de la globalisation ? », art. cit., p. 5.

risque de se heurter au contrôle des autorités de régulation et au retour du pouvoir administratif exorbitant pour le rétablissement de l'ordre.

c- L'autorégulation comme mécanisme de participation des acteurs à la production des normes

406. L'autre aspect de l'autorégulation économique réside dans le fait qu'elle entérine l'idée du pluralisme de la production juridique dans le sens règlementaire du terme. Ainsi que le souligne Jacques Chevalier, « *le pluralisme domine la production du droit (...), l'État n'apparaît plus comme le seul foyer du droit, la seule instance de régulation juridique (...). On parle du passage du "droit monologique" au "droit dialogique"* »⁵⁹⁶. Les entreprises ont désormais une certaine liberté dans l'élaboration de certaines normes tendant à la satisfaction d'objectifs globaux de la régulation économique. Une telle production juridique est salutaire tant qu'elle se cantonne à des questions techniques, restreintes et d'ordre normatif. Les entreprises deviennent donc acteurs du droit dans le sens le plus large de la production des normes. Elles agissent pour leur compte, mais également pour la stabilité du marché, le respect de l'ordre public économique et la sauvegarde des valeurs non-économiques.

B- L'autorégulation transcendée par les valeurs non-économiques

407. Des auteurs ont souligné qu'il « *n'est pas d'organisme social de si peu de complexité qu'il ne s'instaure en son sein un régime comportant tout un ordre d'autorités, de pouvoirs, de normes, de sanctions* »⁵⁹⁷. Rien ne peut s'opposer à l'auto-organisation des acteurs économiques, à leur autorégulation et à la consolidation d'un ordre subjacent de l'ordre public économique. Ce faisant, ils sont dans leur droit et participent de cette même manière à l'effectivité du Droit. Cependant, dès lors que la sauvegarde des principes non-économiques constitue l'un des fondements les plus solides et exigeant un contrôle de l'autorégulation économique, il est tout à fait légitime de réaffirmer la transcendance de ces principes sur la poursuite exclusive du profit au mépris de toute autre vocation.

408. L'importance de ces principes se manifeste de diverses manières. Les autorités publiques procèdent principalement de deux façons. Elles cherchent à amener les entreprises à participer à la réalisation d'objectifs transcendants l'intérêt particulier et font de ces entreprises

⁵⁹⁶ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne, op. cit.*, p. 124.

⁵⁹⁷ ROMANO S., PHOCION F., LUCIEN F. *et al.* (dir.), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1975, p. 92. Cf. aussi FARJAT G., « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 50.

des acteurs du maintien de l'équilibre de la société (1). Étant entendu que la responsabilité sociétale des entreprises relève de cette fonction-là (2). Mais au regard de la montée des entreprises numériques cruciales, une telle fonction s'est élargie emportant avec elle d'autres questions aussi essentielles que la RSE. Ainsi, s'avère-t-il pertinent de s'intéresser au rôle de la régulation dans la circonscription du « faux nouveau phénomène » des *fake news* lorsqu'il touche les acteurs économiques (3).

1- La participation des entreprises à la réalisation de l'intérêt général

409. Il n'est pas exagéré de souligner que la société semble être passée de l'hyper-individualisme à la coréalisation de l'intérêt général. Marcel Gauchet soulignait que « *l'hyper-individualisme* » dans la société occidentale se résume par l'affirmation d'individus qui « *estiment ne rien devoir à la société mais exigent tout d'elle* »⁵⁹⁸. Cette conception est également observable auprès des acteurs privés économiques qui estiment que la réalisation du profit est la seule valeur qui compte en dehors de la prise en compte d'autres éléments pourtant tout aussi fondamentaux dans l'équilibre de la société.

410. Cette tendance commence à s'atténuer en s'acheminant vers un changement de pratiques et de mentalités d'autant plus que certaines entreprises s'investissent sérieusement dans la réalisation d'objectifs considérés comme non exclusivement économiques. L'antagonisme inefficace entre ces objectifs et les intérêts des entreprises a considérablement diminué. Les acteurs économiques souscrivent désormais au fait que la distinction entre l'intérêt général et l'intérêt particulier ne se conçoit pas en termes d'opposition mais en termes de comparaison, voire même de complémentarité. Il y a une double flexibilité qui les conduit à participer à la réalisation de l'intérêt général. L'État s'est montré flexible en reconnaissant les limites du dogmatisme selon lequel il détient le monopole de satisfaction de l'intérêt général. Les entreprises ont de leur côté compris que participer à la réalisation de l'intérêt général leur apporte plus de crédibilité que cela ne leur réduise de gains et de profits (a). Une telle volonté des entreprises ne doit néanmoins pas conduire le régulateur à donner un crédit illimité aux codes de bonne conduite dont l'effectivité n'est pas systématiquement acquise (b).

⁵⁹⁸ GAUCHET M. cité par CHEVALLIER J., *L'État post-moderne, op. cit.*, p. 15.

a- La responsabilité des entreprises dans le maintien de l'équilibre de la société

411. Alex Jacquemin et Guy Schrans font ressortir avec brio l'interdépendance qui existe entre la nécessité pour l'État de satisfaire l'intérêt général et l'exigence pour les entreprises d'atteindre leurs objectifs. Ils affirment que « *l'État a besoin des entreprises pour réaliser les fins d'intérêts général qu'il poursuit et, l'entreprise dépend souvent de l'État pour atteindre ses objectifs propres* »⁵⁹⁹. L'antagonisme traditionnel s'amenuise ainsi pour donner naissance à une sorte de collaboration apaisée dans la satisfaction des objectifs réciproques de l'État et des entreprises. On n'est plus dans le dogme qui voudrait que l'État soit « *la seule figure incarnant légitimement l'intérêt général* »⁶⁰⁰, dès lors que les acteurs privés peuvent s'investir efficacement, si tant est que la démarche soit de bonne foi, dans la réalisation dudit intérêt.

412. La participation des entreprises à la réalisation de l'intérêt général doit être autonome mais contrôlée dans le sens où l'ordre public économique reste attentif à l'effectivité des engagements pris par celles-ci. Cette participation est non seulement conditionnée mais elle est aussi surveillée. Le droit peut s'inspirer de l'évolution du marché pour adopter une flexibilité sur certaines règles, mais en aucun cas le marché ne peut se substituer au droit. Il « *est un fait que, si on laisse l'économie du marché se développer selon ses propres lois, elle créerait des troubles grands et permanents(...). Ce n'étaient pas seulement les êtres humains et les recours naturels qui devaient être protégés contre les effets dévastateurs d'un marché autorégulable, mais également l'organisation même de la production capitaliste* »⁶⁰¹. Prôner donc une collaboration attentive entre l'État et les acteurs économiques ne signifie en rien une méfiance inconsidérée vis-à-vis de ces derniers, c'est au contraire une évidente question de bon sens.

413. L'intérêt général est immuable dans son principe mais flexible dans sa réalisation. En d'autres termes, si par délégation on estime qu'il peut mieux se réaliser, rien ne justifierait alors de s'en priver. La seule condition serait qu'un regard attentif soit porté sur l'effectivité de la réalisation de ce but recherché. En toute hypothèse, la régulation économique est confrontée à la technicité du marché, laquelle exige que les acteurs économiques soient associés à sa réalisation. Elle « *demande une connaissance du secteur et cette connaissance est offerte par les opérateurs du secteur. Le risque est alors celui d'une capture pure et simple de la régulation par les entités y étant soumises* »⁶⁰². Pour éviter cette capture, les régulateurs restent vigilants

⁵⁹⁹ JACQUEMIN A., SCHRANS G., *Le droit économique, op. cit.*, p. 38.

⁶⁰⁰ ROSANVALLON P., *L'État en France de 1789 à nos jours, op. cit.*, p. 11.

⁶⁰¹ GRAU E. R., « Révolution juridique sous pression de la globalisation ? », art. cit., p. 134.

⁶⁰² BAZEX M., ECKERT G., LANNEAU R. et al. (dir.), *Dictionnaire de la régulation, op. cit.*, p. 522 et s.

et développent des mécanismes leur permettant d'être informés de l'évolution du marché. L'État ne doit pas perdre de vue que le but ultime de son intervention revient à « *imposer une autre rationalité, un intérêt général supérieur à l'unique intérêt économique* »⁶⁰³. Aussi paradoxal que cela puisse sembler, une telle ambition étatique va aussi dans le sens de l'intérêt des entreprises.

414. Faut-il aussi noter que cette transcendance des objectifs non-économiques va bien au-delà de l'autorégulation pour toucher le noyau même de la régulation économique *lato sensu*. C'est ainsi d'ailleurs que certains auteurs estiment qu'il y a un véritable renouveau des missions de l'Union européenne dans le domaine économique. Ils soulignent, parlant du Traité de Lisbonne, que « *même si l'impératif économique demeure, les dimensions humaine et sociale sont beaucoup plus prégnantes. En témoigne le fait que la France a obtenu que la concurrence n'y figure plus expressément*⁶⁰⁴, *mais qu'elle soit reléguée dans un protocole additionnel* »⁶⁰⁵.

415. Il ne serait pas exagéré de rappeler le caractère notoire de l'ingratitude du marché envers le droit. Le droit l'émancipe le marché en lui donnant un cadre d'épanouissement adéquat mais lorsqu'en cas d'excès ou d'abus ce dernier est rappelé à l'ordre, il crie la violence de la main invisible de l'État. Pourtant, en cas de crise, notamment bancaire ou financière, le marché n'hésite pas à dénoncer un manque de clarté législative de la part de l'État, si ce n'est qu'il crie à une intervention à outrance. Alors qu'un contournement de la loi ou une autorégulation ineffective, stratégie de la plupart des acteurs économiques, constitue en réalité les véritables et majeures causes des crises de ce type. Les entreprises ont donc une responsabilité non négligeable dans la quête et le maintien de l'ordre public économique et de l'équilibre de la société.

416. Le fait, pour le pouvoir administratif exorbitant, d'être décrié ne doit pas masquer le rôle qui est le sien. Celui de favoriser l'atteinte d'un certain nombre d'objectifs, autrement inatteignables, dans la régulation économique. Il se peut qu'on le présente comme « *un aspect*

⁶⁰³ FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », issue d'une conférence prononcée dans le cadre de l'École doctorale d'histoire, de sociologie et de philosophie du droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), p. 12, disponible à l'adresse suivante : <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/93.pdf>. (Consulté le 03/04/2017). Également disponible à cette référence : FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », *Archives de philosophie du droit*, t. 40, *Droit et Esthétique*, 1996, p.287-314.

⁶⁰⁴ WELBROECK M., « La place de la concurrence dans le Traité de Lisbonne », in DE WALSCHE A., LAURE L. (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden-Proménades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 289.

⁶⁰⁵ LAGET-ANNEMAYER A., *L'ordre public économique*, op. cit., p. 57.

un peu daté, un peu honteux »⁶⁰⁶. Mais suffit-il de le comparer à un effet de mode ou à une idéologie dominante pour l'enterrer définitivement ? Rien n'est moins certain car c'est un privilège « *pourtant tellement nécessaire* »⁶⁰⁷. Ainsi, il est également de la responsabilité des entreprises de participer à la satisfaction desdits objectifs. François Servoin affirme dans ce sens que « *quoi qu'il en soit, l'interrogation sur le rôle du droit public dans le domaine économique bute toujours sur la question des finalités. Chacun sent bien que les organisations privées ont un fonctionnement essentiellement introverti, centré sur l'intérêt particulier de leurs propriétaires ou de leurs actionnaires, et que le droit privé rend essentiellement compte de de cette situation. Le droit public, au contraire, est largement ouvert aux finalités externes que sont l'intérêt général et la solidarité des citoyens entre eux* »⁶⁰⁸. Le rôle incontournable de tels objectifs ne peut donc souffrir d'une quelconque économie, d'une quelconque ineffectivité.

417. Partant, si la distinction étanche entre droit public et droit privé et très peu perceptible dans la régulation économique, on peut souligner sans grand risque de se tromper que les acteurs privés et l'État ne poursuivent pas les mêmes objectifs. Pendant que le second joue un rôle qui lui est intrinsèque, les premiers essayent de participer à l'équilibre de la société en endossant tant bien que mal certaines responsabilités, qui se matérialisent par la mise en œuvre d'objectifs contenus, pour la plupart des cas, dans des codes de bonne conduite.

b- Le caractère protéiforme et l'effectivité des codes de conduite en perspective

418. Entérinant ce qu'il convient d'appeler « *une hybridation* »⁶⁰⁹ de la production législative, les codes de bonne conduite sont devenus des mécanismes incontournables dans la mise en œuvre de la régulation économique. La réglementation ne se résume plus à la loi. Les acteurs privés peuvent édicter des règles auxquelles ils estiment être mieux à même de se conformer. Ce droit mou que René-Jean Dupuy appelait « *droit vert* »⁶¹⁰ a la vertu d'être plus facilement applicable par les acteurs et constitue à certains égards sinon un effacement ou du

⁶⁰⁶ MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, op. cit., p. 8.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ SERVOIN F., *Droit administratif de l'économie*, op. cit., p. 19.

⁶⁰⁹ Comité économique et social européen, « L'autorégulation et la corégulation européennes », art. cit., p. 20.

⁶¹⁰ FARJAT G., « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, op. cit., p. 48. Cf. aussi FOUCHARD P., KAHN Ph., LYON-CAEN A., « Le droit des relations économiques internationales », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, p. 434-438 ; R.-J. DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la « soft law », in *L'élaboration du droit international public*, Colloque de la société française pour le droit international, Pedone 1975, VI-224 p., p. 132-148, spéc., p. 132 et s.

moins un retrait temporaire du législateur classique⁶¹¹. La notion de code de bonne conduite ne s'est « popularisée » en France que très récemment tandis qu'aux États-Unis, ces codes ont semblé « faire leur apparition dans les années 30 »⁶¹².

419. Les codes de conduite font partie de l'autorégulation économique qui, selon Bertrand du Marais, « consiste en l'élaboration et le respect, par les acteurs eux-mêmes, de règles qu'ils ont formulées (sous la forme par exemple, de codes de bonne conduite ou de bonnes pratiques) et dont ils assurent eux-mêmes l'application »⁶¹³. L'affaire Kasky en Californie nous en donne une illustration. Nike « s'est vu reprocher l'information communiquée sur sa politique sociale et environnementale sur la base de la publicité trompeuse, sans que la Cour suprême n'ait tranché le débat au fond »⁶¹⁴. Il y a donc un véritable aspect juridique qui se manifeste à la fois par le contenu desdits codes et par l'opposabilité qu'ils produisent à l'égard de leurs auteurs même s'ils constituent aussi de véritables outils publicitaires, de socialisation voire même d'humanisation des entreprises. À titre d'exemple, BNP Paribas, dans un récent code de bonne conduite, affirme s'engager sur le respect de la concurrence et des règles relatives aux abus de marchés⁶¹⁵. Le groupe s'engage également à lutter contre la corruption et le blanchiment d'argent et de strictement respecter les embargos. Une telle « bonne volonté » est bien évidemment destinée tant aux autorités de régulation qu'à la clientèle acquise ou potentielle sensible à de telles causes.

420. Les codes de bonne conduite reçoivent également l'appellation de code éthique. Selon Daniel Tricot l'éthique décrit en tant que déontologie se définit comme « un ensemble de règles morales, techniques, juridiques, de bonne conduite, dont une profession se dote pour organiser son fonctionnement et légitimer ses missions »⁶¹⁶. Tandis que d'autres les surnomment aussi

⁶¹¹ L'exemple des normes élaborées par la bourse des pays bas qui, finalement ont été intégrées par le législateur néerlandais en est une illustration. Cf. Comité économique et social européen, « L'autorégulation et la corégulation européennes », art. cit., p. 20.

⁶¹² Il rajoute que « le Code de publicité parut en 1937 (...) révisé en 1973 est l'un des trois codes internationaux de pratiques loyales publiés par la chambre de commerce internationale. Les deux autres concernant les études de marchés et la promotion des ventes (1974). En réalité, les codes de conduites privés sont extrêmement nombreux et concernent les secteurs les plus variés de l'activité professionnelle : les pompes funèbres -Le Code éthique professionnel européen de l'association européenne de thanatologie, le Code d'éthique professionnelle de la Fédération internationale des associations de thanatologie- à l'assurance vie de 1978, en passant par le traitement du veau, la charte de la location des bateaux de plaisance de 1980 ». Cf. FARJAT G., « Réflexions sur les codes de conduite privés », art. cit., p. 47.

⁶¹³ DU MARAIS B., « Analyses et propositions pour la régulation de l'Internet », art. cit., p. 4.

⁶¹⁴ LEFEBVRE-DUTILLEUL V., *Codes de bonne conduite, Codes de bonne conduite, Chartes éthiques : Outils de gestion des risques*, Rueil-Malmaison, Lamy, coll. « Lamy Conformité », 2012, p. 171.

⁶¹⁵ Code de bonne conduite du Groupe BNP PARIBAS édictée le 31 mars 2016, p. 18.

⁶¹⁶ TRICOT D., « Déontologie et concurrence », conférence du 21 juin 2007, accessible : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/21-06-2007/21-06-2007_tricot.pdf. (Consulté le 23/09/2017).

déontologie même si pour Jeremy Bentham cette dernière dénomination n'est qu'une description de la première et que « *l'éthique a reçu le nom plus expressif de déontologie* »⁶¹⁷. Le Conseil d'État, qui ne semble pas très enthousiaste face à ce qu'il considère comme la « *dégradation de la norme* », considère quant à lui que le juriste se trouve désormais obligé d'incorporer et d'étudier ce droit « *à l'état gazeux* »⁶¹⁸.

421. D'un autre point de vue, il faut souligner que la prise en compte par le droit des réalités liées à l'évolution du rapport entre l'État et le marché n'est pas un mal en soi, même si cela passe par l'intériorisation des normes juridiques au sein des entreprises. Peu importe qu'une telle mutation au sein de la régulation soit désignée comme guidance ou pilotage. Il serait cependant inadmissible que la prétention du Droit soit diluée dans ces normes⁶¹⁹ dès lors qu'il y a, comme le soulignait Santi Romano, « *nécessité de distinguer les normes juridiques de l'ordre juridique considéré comme unité. [Il y a] impossibilité logique de définir celui-ci comme un ensemble de normes* »⁶²⁰. Cet ordre considéré par Pierre Mayer, dans le cadre des contrats d'État, comme « *l'ordre juridique de base ou Grundlegung* »⁶²¹ est le plus déterminant car il émancipe ordres juridiques sous-jacents. Le droit n'est donc pas une addition de normes, c'est un esprit. À cet effet, la prétention de guider les rapports dans la société doit s'affirmer y compris et surtout dans un contexte juridico-économique de plus en plus complexe. Les rapports économiques entre d'une part, les acteurs économiques eux-mêmes, et d'autre part, peut-être de manière plus lisible et déterminée, entre les acteurs économiques et l'État dans son rôle de garant des intérêts en présence restitue une telle complexité. Qui mieux que le Droit, face à ce constat, pour prétendre octroyer une telle intelligibilité ? On peut certainement lui rapprocher des insuffisances, des imperfections ou même une certaine illisibilité, mais celles-ci appellent plus sa perfection que sa substitution ou sa suppression.

422. Sur ce point, Gérard Farjat exprime mieux les limites en soulignant qu'un « *code de conduite émanant d'une autorité publique n'a, en droit, pas davantage de force qu'un code émanant d'une organisation purement privée. En fait, il est vrai, l'organisme public (ou mixte) pourra parfois user de ses prérogatives publiques pour assurer l'efficacité du code de conduite*

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 1.

⁶¹⁸ Conseil d'État, *La dégradation de la norme*, Rapport, 1991, cité par TRICOT D., *ibid.*

⁶¹⁹ Car contrairement à des lectures confuses qu'on peut rencontrer, la norme n'est pas le Droit. Ce dernier constitue un contenant plus vaste et est doté d'un esprit qui ne se rencontre pas nécessairement dans les normes qui demeurent des contenus.

⁶²⁰ ROMANO S., LUCIEN F., GHOTOT P. *et al.*, *L'ordre juridique*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 6 et 7.

⁶²¹ MAYER P., « Le mythe de l'« ordre juridique de base » (ou *Grundlegung*) », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, *op. cit.*, p. 199. Littéralement *Grundlegung* renvoie au mot français « fondation ».

qui en est dépourvu⁶²². En fait également, lors d'un litige, le juge pourra être plus influencé par le code de conduite émanant d'une autorité publique que par celui d'une autorité privée. Mais ce ne sont pas là des différences fondamentales. La nature privée de la source paraît donc secondaire »⁶²³. On peut donc en déduire que la force obligatoire des codes de bonne conduite demeure très limitée.

423. L'autorégulation ne doit pas priver le droit de son autorité, au contraire, elle est appelée à le consolider dans la mesure où ce dernier cherche à imposer ce qui est juste pour l'équilibre de la société en fixant des limites et octroyant plus de liberté. À cet égard, il faut davantage parler de complémentarité que de subsidiarité dès lors que « *le sceau de l'État n'oblitére pas le corporatisme* »⁶²⁴, tout comme il ne peut résulter de ce corporatisme ou de ces réglementations privées l'annihilation de l'autorité législative de l'État. Chacun demeure dans son rôle. L'État édicte le Droit et les acteurs participent de son application par le biais des normes. La force de commandement du Droit devrait sortir renforcée et davantage légitimée par la régulation. La régulation joue d'ailleurs un rôle fondamental dans la quête de l'équilibre des domaines souvent volatiles sinon exponentiels comme la régulation de l'Internet.

424. La possibilité offerte aux acteurs économiques de se doter des normes internes ne doit donc en rien constituer un affaiblissement du Droit de la régulation économique. Les codes de bonne conduite doivent en conséquence y être assujettis. Il ne faut cependant pas sous-estimer l'opposabilité de ces codes en cas de conflits. Leur relative force juridique révèle certes que leur contenu ne relève pas de la « *norme juridique contraignante* »⁶²⁵, mais cela n'enlève en rien la force obligatoire qui en découle lorsqu'ils sont insérés dans des contrats. Quand bien même que ces « *recommandations n'aient pas de caractère obligatoire, elles jouent le rôle d'un instrument de persuasion morale, renforcées qu'elles sont par l'autorité des organisations internationales et par la force de l'opinion publique* »⁶²⁶. Il faut par ailleurs souligner que ces codes ont acquis une véritable envergure aux yeux des entreprises, des autorités de régulation et du juge. Ce dernier considère, à titre d'exemple, qu'en cas « *de renvoie, dans un contrat de*

⁶²² MAERY M., « Le droit créé par les autorités boursières et sa réception par les utilisateurs », in VASSEUR M. (dir.), *Les autorités boursières, créatrices de droit*, Ormesson-sur-Marne, 1981, 1 vol., 157 p. ; FARJAT G., « Réflexions sur les codes de conduite privés », art. cit., p. 141.

⁶²³ *Ibid.*, p. 51.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 49.

⁶²⁵ LEFEBVRE-DUTILLEUL V., *Codes de bonne conduite, Chartes éthiques : Outils de gestion des risques*, op. cit., p. 163.

⁶²⁶ FARJAT G., « Réflexions sur les codes de conduites privés », art. cit., p. 48. Cf. aussi GOLDMAN B., FRANCESKAKIS Ph. (dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Itec Droit, 1977, p. 417.

*franchise, à un code*⁶²⁷, *ou encore en cas d'adhésion à une coopérative dont le règlement intérieur renvoie à un code de bonne conduite* »⁶²⁸, son respect devient impératif.

425. L'on ne peut nier l'apport des règles contenue dans les codes de bonne conduite à l'effectivité de la régulation économique. Cependant, l'on ne peut non plus contester le fait qu'elles renferment bien d'autres utilités pour les entreprises. Ces dernières ont réussi à utiliser ces codes à des fins de communication, de marketing et de conquête de marché. Les codes de conduite semblent même devenir une stratégie de socialisation et d'humanisation des entreprises. D'où l'intérêt d'un regard attentif du régulateur et du juge quant à leur réelle effectivité. On ne reprocherait pas à une entreprise de trouver en chacune de ses actions une stratégie pour son épanouissement, mais le respect effectif des règles ne doit souffrir d'aucune instrumentalisation d'autant plus qu'elles ne posent aucun problème de légitimité dès lors qu'elles émanent des acteurs régulés eux-mêmes.

426. Lorsqu'on analyse l'étude réalisée par Christophe Roquilly⁶²⁹ sur les codes de bonne conduite au sein des entreprises du CAC 40, on comprend l'importance prise par ces codes auprès de ces acteurs. Ainsi, pendant que 100% de ces codes intègrent le respect de l'environnement, 90% touchent les aspects portant sur les relations commerciales. Tandis que la concurrence et la corruption sont au niveau de 78%. Bien loin de la performance qui reste dans les 6% et la réputation des entreprises qui elle demeure à 30%. Ceci est une illustration de l'importance prise par l'intériorisation des principes non-économiques ou extra-financières au sein des entreprises. Il dénote par la même occasion le point de non-retour atteint par la régulation économique et donc de l'ordre public économique. On pourrait imaginer que les acteurs soient tentés d'instrumentaliser ces normes, mais le risque est en réalité trop élevé dès lors qu'en cas de sanction, leur réputation, comprise en termes de confiance et de crédibilité, peut être considérablement impactée. Il faut pourtant du temps et souvent de beaucoup d'argent pour asseoir une crédibilité et une réputation.

⁶²⁷ Cons. conc., déc. n° 07-D-04 du 24 janv. 2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges*, non-publiée au *BOCCRF*. Ce code, disait le conseil de la concurrence, « est joint au contrat de franchise [...] il a donc la même valeur contractuelle, la même force obligatoire que le contrat lui-même ». Cf. LEFEBVRE-DUTILLEUL V., *Codes de bonne conduite, Chartes éthiques : Outils de gestion des risques*, *op. cit.*, p. 165.

⁶²⁸ CA. Bordeaux, 24 nov. 2009, *SCA Alliance fine champagne*, n° 08/02676, affirmant la force obligatoire d'un code de bonne conduite contenu dans un contrat d'adhésion à une coopérative.

⁶²⁹ Cf. LEFEBVRE-DUTILLEUL V., *Codes de bonne conduite, Chartes éthiques : Outils de gestion des risques*, *op. cit.*, p. 76-77.

427. Au-delà de toutes les autres utilités (organisationnelles, publicitaires...) les codes de conduite constituent aussi « *un outil efficace de prévention des risques juridiques et réglementaires* »⁶³⁰. Une telle mutation dénote toute la place qu'ils ont prise dans la régulation économique.

2- Le rôle régulateur de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE)

428. Le respect de l'environnement est l'un des domaines d'impulsion des codes de bonne conduite. Vers la fin du XX^{ème} siècle, la préoccupation environnementale interpellait davantage les multinationales intervenant dans le domaine de l'énergie et des mines mais aujourd'hui toutes les entreprises, y compris celles qui œuvrent localement intègrent dans leur stratégie le respect et la protection de l'environnement. Pour François Dupuich, « *les grandes entreprises françaises ont progressivement accepté l'idée qu'elles n'avaient pas seulement des comptes à rendre à leurs actionnaires* »⁶³¹ et que la prise en compte d'autres éléments non spéculatifs comme l'environnement était indispensable. Le respect et la protection de l'environnement intègre désormais les hauts principes non-économiques avec lesquels les entreprises sont obligées de composer⁶³². Créer de la richesse et des emplois ne suffit plus à faire d'une entreprise un acteur auréolé de la société, il faut dorénavant s'engager, au-delà de ces aspects économiques, dans le maintien et la préservation des questions chères à la société.

429. Même si certains acteurs économiques n'hésitent pas à utiliser la RSE comme stratégie pour préserver les intérêts vitaux de l'entreprise au détriment des aspects non-économiques fondamentaux de la collectivité (b), il n'en reste pas moins que celle-ci commence à avoir un effet considérable dans le respect de l'environnement (a).

a- L'effectivité de la RSE en matière environnementale

430. Bien avant que le juge ne soit saisi, les autorités de régulation peuvent exiger le respect des codes de bonne conduite et même en sanctionner la violation. Comme dans les autres domaines régulés, ces autorités mettent en œuvre les pouvoirs et les moyens dont elles disposent, y compris le recours au pouvoir administratif exorbitant. Ce dernier peut se matérialiser en l'occurrence par des astreintes ou d'autres sanctions pouvant aller jusqu'à

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 272 et s.

⁶³¹ DUPUICH F. (dir.), *Regards croisés sur la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, L'Harmattan, 2012, p.7.

⁶³² A point que certains ont pu évoquer une sorte de conflits entre deux préoccupations majeures : environnement et concurrence. Cf. PEIFFERT O., *L'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement*, thèse, Bruylant, 2015, p. 27.

l'interdiction d'exercer lorsque les faits mettent en péril l'environnement ou une espèce protégée. Recourir à ce pouvoir afin d'exiger le respect scrupuleux des RSE n'est pas uniquement dans l'intérêt de l'État et de la puissance publique, c'est aussi dans l'intérêt des entreprises. Olivier Soria rappelle que selon la société de réassurance Swiss Re, « *les catastrophes naturelles ou humaines ont causé 350 milliards de dollars (soit 268 M d'euros) de pertes économiques en 2011, dont 108 milliards de dollars (soit 82 M d'euros) à la charge assureurs (2,2 plus qu'en 2010). Les sinistres dus aux seules catastrophes naturelles représentent à eux seules 103 Milliards de dollars (soit 79M d'euros) contre 43 milliards de dollars en 2010 (soit 33M d'euros)* »⁶³³. De telles pertes financières, comparées aux 30 000 morts qui en ont découlés, s'avèrent dérisoires et prouvent suffisamment que, et l'État et les entreprises, ont tout à gagner dans le respect des règles environnementales. On ne peut parler ni d'État, ni d'entreprises lorsque l'humain est en péril. Raison pour laquelle, l'auteur n'hésite pas à qualifier les règles de la RSE de « *contraintes dans la hiérarchie des normes* »⁶³⁴. Car si leur édition peut être flexible et donc laissée à la portée des entreprises, le respect qui doit en découler ne doit souffrir d'aucune faiblesse. Il doit être effectif. Dans ce sens, l'usage du pouvoir administratif exorbitant s'avère tout à fait fondé pour exiger leur effectivité.

431. La RSE ne se résume certainement pas à l'environnement mais ce dernier en constitue la part la plus importante. Pour François Dupuich, la RSE consiste « *pour les entreprises de prendre en compte les impacts sociaux et environnementaux de leur activité pour adopter les meilleures pratiques possibles et contribuer aussi à l'amélioration de la société et à la protection de l'environnement* »⁶³⁵. Elle permet surtout de concilier « *logique économique, responsabilité sociale et écoresponsabilité* »⁶³⁶. Cette définition va dans le même sens que celle donnée par la Commission européenne dans le livre vert de 2001. Elle la considère comme l'intégration par les entreprises « *des soucis sociaux et environnementaux dans leurs opérations*

⁶³³ Ces exemples démontrent, rajoute-t-il, que l'année 2011 est « *ainsi la deuxième année la plus coûteuse pour les assurances après celle de 2005 (123 milliards de dollars soit 94 milliards d'euros), qui avait été marquée par des dégâts très importants dus aux cyclones Katrina, Wilma et Rita. À lui seul le séisme au Japon représente le tiers des pertes assurées (35 milliards de dollars), suivi par le tremblement de terre de Nouvelle-Zélande (12 milliards de dollars), les inondations en Thaïlande (8-11 milliards de dollars), les tempêtes et tornades aux États-Unis (Alabama : 7,3 milliards ; Missouri, 6,7 milliards) ainsi que l'ouragan Irène qui a touché les États-Unis mais également les Caraïbes (4, 9 milliards) Au total ces catastrophes ont causé la mort de plus de 30 000 personnes* ». Cf. SORIA O., « La place de la RSE dans le processus de la création normative en droit de l'environnement », in DUPUICH F. (dir.), *Regards croisés sur la responsabilité sociale de l'entreprise*, op. cit., p. 79.

⁶³⁴ SORIA O., « La place de la RSE dans le processus de la création normative en droit de l'environnement », *ibid.*, p. 82.

⁶³⁵ DUPUICH F. (dir.), *Regards croisés sur la responsabilité sociale de l'entreprise*, op. cit., p.7.

⁶³⁶ *Ibid.*

commerciales et dans leur interaction avec leurs sous-traitants sur une base volontaire »⁶³⁷. Cependant, cette base volontaire n'atténue en rien la responsabilité des auteurs lorsque ces codes sont adoptés par les acteurs comme règles internes. Il n'est pas rare de voir le juge y attacher de l'importance au point d'en faire un argument juridique. Il ne faudrait en outre pas réduire les préoccupations démocratiques contemporaines au seul respect de l'environnement, elles sont de très loin plus large d'autant qu'il est loin de constituer « *une réponse globale à la crise démocratique actuelle* »⁶³⁸. L'environnement est important mais il ne résume pas toutes les préoccupations de notre société.

b- L'utilisation de la RSE comme intelligence économique

432. Si la mise en œuvre *ex post* du pouvoir administratif exorbitant permet de résorber les défaillances de la loi et la régulation effectuée en amont, les autorités de régulation doivent faire preuve d'une vigilance *ex ante* afin de s'assurer que les acteurs économiques se conforment aux règles qu'ils se sont eux même fixées. À l'instar de la régulation financière, au sujet de laquelle « *on peut donc se demander ce que peuvent faire les autorités compétentes pour atténuer, pour le moins, le risque de formation de bulles, au lieu d'intervenir a posteriori en injectant des liquidités afin de limiter les dégâts à l'échelle macroéconomique* »⁶³⁹, la régulation économique implique, dans son versant environnementale, une anticipation des dommages par une régulation *ex ante*. Il est de la responsabilité des autorités de régulation économique d'être attentives aux contradictions qui découlent de l'application des RSE par les entreprises. On fait allusion ici aux stratégies dites d'intelligence économique. Franck Bulinge et Karen Delchet-Cochet soulignent que cette dernière « *est censée mobiliser des moyens légaux, on constate cependant que, dans la pratique, certaines limites éthiques, voire légales, peuvent être franchies (...) au nom de la défense des intérêts vitaux de l'entreprise, voire d'une « légitime défense économique* »⁶⁴⁰. Définie comme « *l'ensemble des actions coordonnées de recherche, de*

⁶³⁷ POSTEL N., SOBEL R. (dir.) *Dictionnaire critique de la RSE*, Villeneuve d'Ascq, Presse universitaire de Septentrion, coll. « Capitalismes-éthique-institutions », p. 19.

⁶³⁸ CASTEIGTS M., « La crise existentielle des États entre recompositions de la souveraineté et métamorphoses des frontières », in D'ARGENT P., RENDERS D., VERDUSSE M. *et al.*, *Les visages de l'État : Liber amicorum Yves Lejeune*, *op. cit.*, p. 192.

⁶³⁹ DE LAROSIERE J., *The high-level group on financial supervision in the UE*, Brussels, February, 2009, 86 p., disponible à l'adresse suivante: https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf. (Consulté le 23/03/2018).

⁶⁴⁰ BULINGE F., DELCHET-COCHET K. « Intelligence économique et responsabilité sociale des entreprises. Entre théories vertueuses et pratiques paradoxales », in DUPUICH F. (dir.), *Regards croisés sur la responsabilité sociale de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 117.

traitement et de diffusion de l'information utile aux acteurs économiques »⁶⁴¹ en vue de son exploitation à des fins stratégiques et opérationnelles, l'intelligence économique est en soi d'une importance capitale pour les entreprises tant dans leur stratégie concurrentielle que dans leur expansion opérationnelle. Toutefois, ces deux auteurs insistent sur le fait que l'intelligence économique ne doit pas devenir une monomanie qui « entraîne l'entreprise dans une sorte de schizophrénie »⁶⁴².

433. Les autorités de régulation doivent être d'une vigilance accrue vis-à-vis de la mise en œuvre de l'intelligence économique et des chartes éthiques dès lors qu'elles ne sont pas indéfiniment « à l'abri de pratiques illicites »⁶⁴³ ou d'utilisation contraire à la loi et à l'ordre public économique. La régulation économique ne doit pas tomber dans le piège de la manipulation de la RSE. Pascal Van Griethuysen souligne de façon subtilement intéressante cette complexité lorsqu'il pose la problématique qui consiste à savoir si « la RSE [constitue] la nouvelle régulation du capitalisme ou l'interprétation capitaliste de la régulation »⁶⁴⁴. En ce qui concerne cette recherche, il faudrait estimer que la régulation doit davantage être conçue comme l'encadrement et l'orientation du capitalisme. D'autant plus que « la sous-socialisation des acteurs dans la théorie des parties prenantes élude la place du conflit et des jeux de pouvoir, inhérents au capitalisme »⁶⁴⁵. Alors, nul ne devrait nier la possible interprétation capitaliste de la régulation dans ce qu'elle a de meilleur et de pire dans l'économie.

434. Au-delà de la performance économique, les managers, symbolisant pour beaucoup le visage du capitalisme indifférent⁶⁴⁶, sont dorénavant évalués sur leur performance « extra-

⁶⁴¹ MARTRE H. (dir.), *Intelligence économique et stratégie des entreprises*, Paris, La Documentation française, Rapport, févr. 1994, p. 11.

⁶⁴² BULINGE F., DELCHET-COCHET K. « Intelligence économique et responsabilité sociale des entreprises. Entre théories vertueuses et pratiques paradoxales », art. cit., p. 117.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 123.

⁶⁴⁴ Pascal Van Griethuysen est Chargé de cours en économie évolutive et écologie globale, Institut de hautes études internationales et du développement à Genève. L'article ainsi intitulé est disponible en ligne. Il insiste notamment sur le « rôle complémentaire ou prioritaire de la régulation étatique dans la réorientation des activités économiques vers un mode de développement économique respectant les conditions de soutenabilité écologique et d'équité sociale », en soulignant l'importance de veiller à ce qu'il appelle la « la raison éco-sociale », c'est-à-dire la conciliation entre la raison économique et l'équilibre sociale recherché notamment par la régulation. Cf. GRIETHUYSEN P. V., « La RSE : nouvelle régulation du capitalisme ou interprétation capitaliste de la régulation ? », p. 1, disponible à l'adresse suivante : https://repository.graduateinstitute.ch/record/16581/files/axe_2_vangriethuysen.pdf?subformat=pdfa. (Consulté le 13/11/2019).

⁶⁴⁵ LAMARCHE Th., « Responsabilité sociale des entreprises, régulation et diversité du capitalisme », *RDLR*, p. 4.

⁶⁴⁶ Dès lors que ceux-ci représentent l'attachement des acteurs économiques aux résultats et aux performances économiques en dehors de toute autre considération. Affirmer ceci ne dénote en rien un quelconque reproche dès lors qu'ils sont dans le rôle qui et e leur.

*financière*⁶⁴⁷, qui semble même devenir un « *élément clé de la stratégie de l'entreprise* »⁶⁴⁸. Cela peut dénoter la prise en compte stratégique et définitive des codes de conduite. Les États et les institutions internationales⁶⁴⁹ encouragent l'évolution des choses dans ce sens. L'OIT⁶⁵⁰, l'OCDE⁶⁵¹ ou l'Association Global compact peuvent être cités en exemple. En ce qui concerne le droit européen, la Communication de la Commission du 2 juillet 2002 ainsi que *Le livre vert sur la RSE* du 18 juillet 2001 vont dans ce sens. Au niveau national, il est important de mentionner l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, qui rend obligatoire l'intégration d'informations environnementales et sociales pour les entreprises, y compris celle qui sont cotées en bourse⁶⁵². *In fine*, la régulation économique, par le biais de la mise en œuvre de la RSE, s'avère être une sorte de « *régulation hybride des processus économiques (...) qui combine à la fois le public et le privé, le volontaire et l'obligatoire, le national et l'international* »⁶⁵³.

435. L'autre aspect, *a priori* éloigné de la régulation économique mais dont l'émanation et même les effets concernent le pouvoir administratif exorbitant, est celui de l'impact des fausses informations communément appelées « *fake news* ». La régulation économique détient toute la légitimité d'y intervenir dès lors que ce domaine est en rapport étroit avec les activités des géants de l'Internet et que, par-dessus tout, l'absence d'un encadrement probant et efficace nuirait à un idéal, somme toute, en rapport avec l'économique : la démocratie.

⁶⁴⁷ DUPUICH F. (dir.), *Regards croisés sur la responsabilité sociale de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁴⁸ ACQUIER A., J.-P. GOND, « Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise. (Re) lecture et analyse d'un ouvrage fondateur : social Responsibilities of The Businessman d'Howard Bowen (1953) », Working Paper, 2005, p. 8.

⁶⁴⁹ L'ONU s'est emparée de la question bien avant qu'elle ne devienne une priorité des États au niveau interne.

⁶⁵⁰ L'Organisation internationale du travail.

⁶⁵¹ L'Organisation de coopération et de développements économiques (ci-après OCDE).

⁶⁵² Cette disposition a été renforcée en avr. 2012 pour inclure toutes les entreprises de plus de 500 salariés et pour améliorer l'objectivité et la précision du reporting. Cf. Décret n° 2012-557 du 24 avril, 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, *JORF* n° 0099 du 26 avr. 2012. L'article 225 de ce décret tel qu'il est inséré dans le Code de commerce s'applique « *sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* ». Cf. LOUSSAIEF L., BOURSIER-BEQUAERT B., « Comment concilier RSE et marketing ? Un décryptage à travers le discours de quatre responsables en entreprise », in DUPUICH F. (dir.), *Regards croisés sur la responsabilité sociale de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 173.

⁶⁵³ KOLEVA P., « La responsabilité sociale des entreprises Une occasion de repenser les modes de régulation en Europe centrale dans le contexte du développement durable », *Rev. d'études comparatives Est-Ouest*, 2009, n° 40, p. 1.

3- L'impact des fake news sur l'économie et la démocratie appréhendé par la régulation économique

436. *Les fake news* ou fausses informations peuvent avoir des conséquences funestes non seulement pour la démocratie en ce qu'elles nuisent à la crédibilité de la parole publique et des responsables politiques, mais également en ceci qu'elles peuvent engendrer des effets néfastes pour les entreprises⁶⁵⁴. Ce domaine « nouveau »⁶⁵⁵, dans lequel le pouvoir administratif exorbitant est défié, s'avère compliqué à gérer dès lors que l'accès à l'Internet facilite sa propagation. Il faut néanmoins relever que les fausses informations ne sont pas un phénomène véritablement nouveau. C'est en effet un vrai faux nouveau phénomène. L'affaire dite « *la rumeur d'Orléans* » de 1969 en dit long sur l'ancienneté et le caractère néfaste des *fake news*⁶⁵⁶. Commentant cette affaire Jean-François Firorina affirmait que « *déjà des allégations extravagantes et déjà, sans doute aussi, des armes sales pour attaquer la concurrence !* »⁶⁵⁷. Les conséquences peuvent être d'ores-et-déjà considérables par le simple canal de « bouche à oreille », on imagine alors l'ampleur des effets avec les réseaux sociaux⁶⁵⁸.

437. Les échéances électorales sont également des moments propices pour de telles pratiques. Réguler, restreindre voire même, en cas de nécessité, censurer de telles pratiques, sont une option indispensable dès lors qu'elles peuvent porter atteinte au vivre ensemble, à la tolérance

⁶⁵⁴ Il y a, en droit de la concurrence, un comportement répréhensible très proche des *fakes news* : le dénigrement appliqué sur le fondement de l'article 1240 ancien 1382 du Code Civil.

⁶⁵⁵ Nouveau dans le sens de la facilité de l'accès à l'information par le biais d'internet. Pour le reste, la diffusion de fausses informations ayant pour but de nuire ou d'atteindre la réputation d'autrui ne date pas d'aujourd'hui. C'est une pratique aussi vieille que l'ambition de l'homme de passer par tous les moyens pour arriver à ses fins.

⁶⁵⁶ La rumeur disait que des femmes étaient enlevées dans des cabines d'essayage et droguées puis livrées par les canalisations de la ville à un réseau de prostitution. La rumeur s'amplifia à tel point qu'elle fut assimilée à la « traite des blanches ». Cf. MORIN E., *La rumeur d'Orléans*, Seuil, 1982, 352 p.

⁶⁵⁷ L'auteur ajoute des exemples assez concrets qui interpellent les entreprises « *Les fake news commencent souvent comme des canulars. Ainsi, en juill. 2015, la Xbox, produit phare de Microsoft, fait l'objet d'une information publiée par le site NewsWatch33.com et abondamment relayée par Twitter : Marcus Davenport, 17 ans, aurait été retrouvé mort dans sa chambre. Il aurait eu la gorge tranchée par le DVD éjecté violemment de sa Xbox... C'est le même site qui diffusa une information selon laquelle les implants fessiers d'une starlette auraient "explosé" pendant une séance de musculation, condamnant la malheureuse à une hospitalisation d'urgence. En août 2017, le forum de messagerie 4 Chan annonça que Starbucks allait distribuer gratuitement des cappuccinos aux Américains d'origine immigrée. L'entreprise dut démentir avec vigueur et se vit accusée de racisme. En mars 2018, le site satirique WW News affirma très sérieusement que chaque année, 500 millions de taureaux roux étaient abattus puis émasculés pour contribuer à la production de la fameuse boisson énergisante de Red Bull. Cette nouvelle fut reprise et diffusée à l'envi par les défenseurs des animaux. Si l'on s'interroge sur le but réel de ces fake news, on ne doit pas oublier que les marchés très lucratifs du jeu électronique, de la chirurgie plastique, des chaînes de Fast-Foods et des soft drinks sont l'objet d'une concurrence féroce.* », Cf. FIRORINA J.-F., « Les fake news à l'assaut des entreprises : de nouvelles "armes sales" dans la guerre économique », *La géopolitique pour les entreprises*, mai 2018, p. 1-2, accessible : <https://major-prepa.com/wp-content/uploads/2020/04/Le-danger-des-Fake-News-pour-les-entreprises.pdf>. (Consulté le 27/06/2018).

⁶⁵⁸ L'écart entre le mensonge selon lequel le pape soutient Trump et le démenti d'une telle information sert d'illustration.

ou à la crédibilité de la démocratie. Le discours du Président Macron de janvier 2018 et le projet de loi qui en a découlé s'inscrivent dans ce sens⁶⁵⁹.

438. Ainsi, importe-t-il de revenir sur le fondement juridique de la sanction des fausses informations **(a)** avant d'analyser leur impact sur la vie démocratique **(b)**. Ce qui, par la suite, permettra de constater l'inefficacité des géants du numérique à circonscrire ce phénomène **(c)**. Et enfin, il faudra esquisser le cadre juridique, tant national qu'europpéen, envisagé pour répondre aux fausses informations **(d)**.

a- Le fondement juridique de la sanction des fausses informations

439. Au-delà des textes spécifiques qui encadrent et sanctionnent la divulgation des fausses informations ainsi que l'article 1382 devenu 1240 du Code civil, la sanction des *fake news* peut également trouver son fondement juridique dans le dénigrement, infraction prohibée par le droit de la concurrence. Les articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de consommation, reprennent ainsi des dispositions proches de celles contenues dans le Code de commerce, condamnant les pratiques déloyales en droit de la concurrence. Les *fake news* peuvent relever du dénigrement dès lors qu'ils consistent à nuire à autrui, en recourant à des informations inexactes. Il ressort des dispositions du Code de commerce que le dénigrement est sanctionné en de la nature péjorative et malveillante de l'information distillée dans le but de dénigrer un concurrent. Plus anciennement, on peut, sur le volet de la liberté de la presse, rappeler l'article 29 de la Loi du 29 juillet 1881 condamnant la diffamation⁶⁶⁰. La diffamation est une infraction similaire à ce qui est décrit, entre acteurs économiques, comme le dénigrement⁶⁶¹.

440. C'est, en conséquence, une question d'efficacité et d'effectivité du Droit que la régulation économique se saisisse de ce phénomène pour le circonscrire. Emeric Henry affirme que « *la régulation des fake news se met en place à travers le monde. Différentes pistes sont explorées : fermeture de certains sites producteurs, pénalités pour les plateformes et subventions pour les sites de fact-checking. Dans cette intervention sera présentée une étude, réalisée durant la dernière campagne présidentielle en France, qui examine l'effet du fact-*

⁶⁵⁹ « Nous allons faire évoluer notre dispositif juridique pour protéger la vie démocratique de ces fausses nouvelles », précise le Président de la République. Cf. Discours du 3 janv. 2018 précédant le projet de loi.

⁶⁶⁰ Cet article, tel qu'il fut modifié par l'Ordonnance du 6 mai 1944, dispose que « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommé, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés »

⁶⁶¹ T. Com. Montpellier, 17 janv. 2011, *Sté. Parteanire européen c./ AK Associés*, n° 14/035543.

checking sur les intentions de vote. Il s'avère que le fact-checking est efficace pour corriger les connaissances factuelles, mais ne permet pas de corriger les impressions laissées par les fake news elles-mêmes. Les implications en termes de régulation seront discutées »⁶⁶². Le fake-checking consiste en un travail de vérification voire de déconstruction des fake news.

441. Il en va de l'originalité du droit économique que d'englober des domaines aussi inattendus. Il n'y a rien de surprenant en cela, d'autant plus que l'économie est partout et de ce fait, la réglementation de celle-ci sinon sa régulation doit également l'être. Les implications de la régulation économique se vérifient partout. L'impact que peuvent avoir les géants visés par la régulation cruciale, notamment ceux d'entre eux qui évoluent en étroit lien avec la liberté d'expression, demeure non négligeable. Le droit économique ne peut minimiser son influence sur la consolidation de la démocratie. Notre époque a ceci de salutaire et en même temps de risqué que l'information soit non seulement facilement accessible mais qu'elle puisse aussi être haineuse et manipulée. Cette époque de « *post-vérité, de vérité alternative et fake news (infox)* »⁶⁶³ ne peut qu'interpeller radicalement le régulateur.

b- L'impact des fake news sur la viabilité de la vie démocratique

442. Marie-Anne Frison-Roche souligne la trilogie subtile qui en existe entre démocratie, économie de marché et intérêt général lorsqu'elle affirme que « *le droit de l'économie de marché permet de réconcilier intérêt individuel et intérêt général (...). C'est seulement lorsqu'une contradiction entre intérêt particulier et intérêt général sera constatée que la démocratie impose de faire prévaloir l'intérêt général* »⁶⁶⁴. Le lien étroit entre l'économie du marché et la démocratie est tangible dès lors que la stabilité, permettant aux entreprises d'exercer en toute légitimité, ne peut se réaliser sans la prise en compte de l'expression et la stabilité démocratique. Elle est dans ce sens un des symboles participant à la stabilité économique. Il est vrai que la démocratie à son tour doit en permanence être renouvelée et revigorée dès lors qu'elle n'est jamais parfaite. « *La démocratie n'est-elle pas perpétuellement condamnée à décevoir les espoirs qu'elle fait naître ?* »⁶⁶⁵, s'interroge justement François

⁶⁶² HENRY E., « 'Fake news' : ce qu'en disent la philosophie, la sociologie, l'informatique, l'économie et le droit », CNRS, 2018, p. 6.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁶⁴ FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, *op. cit.*, p. 361.

⁶⁶⁵ DE SMET F., *Déclin du politique et gouvernance publique*, Larcier, 2014, p. 45.

Julien de Smet. Néanmoins, son imperfection n'enlève en rien l'importance de son rôle de garant de la stabilité de la société. Elle doit donc la renforcer en se renouvelant.

443. Pour qu'il y ait une démocratie saine et renouvelée, il faut que tout soit mis en œuvre pour qu'elle ne soit pas polluée, manipulée voire souillée par des fausses informations qui, pour Jean Baptiste Soufron, constituent de « *nouvelles armes de propagande susceptibles de perturber le scrutin ou même d'en modifier radicalement le cours* »⁶⁶⁶. Au-delà des cas concernant les élections présidentielles américaines⁶⁶⁷ et françaises⁶⁶⁸, il faut évoquer celui d'Andres Sepulveda⁶⁶⁹. Autant de cas interpellant le régulateur et rappelant l'ampleur de sa tâche. Jean Baptiste Soufron indique d'ailleurs que « *le pire est sans doute encore à venir* »⁶⁷⁰ dans le domaine de la régulation de l'Internet et ses effets de *fake news*. D'où la nécessité non seulement d'anticiper ces phénomènes du mieux qu'on peut, mais aussi de doter les autorités de régulation de compétences et de pouvoir nécessaires pour contrer de tels agissements.

444. On peut méjuger l'effet de ces instruments mais lorsqu'on s'intéresse au *Nudge*⁶⁷¹ par exemple, on se rend compte de l'immensité de la tâche. Comme le dénonce Tristan Harris, « *désormais la façon dont les acteurs du numérique s'emploient à contrôler les choix de leurs usagers par le design de leurs interfaces, cherchant à générer de la dépendance, à leur faire accomplir des tâches à leur insu, à les empêcher de se déconnecter et à "casser" leur concentration et leur esprit critique en divisant l'information en blocs assez petits pour retenir leur attention de façon indépendante. Initialement conçues pour maximiser la rentabilité des publicités sur le réseau, ces stratégies de contrôle de l'audience sont devenues une science en elle-même, avec par exemple le laboratoire universitaire des "technologies de la persuasion" de l'université de Stanford* »⁶⁷². Le risque qui guette la démocratie est palpable dès lors qu'on

⁶⁶⁶ SOUFRON J.-B., « Fakes news et triche électorale en ligne. Le nouveau territoire des campagnes numériques », Terra Nova, 28 janv. 2018, p. 1.

⁶⁶⁷ L'ingérence russe qu'on peut qualifier d'avérer au regard des enquêtes du FBI et des auditions effectuées par les sénateurs américains, les manquements de Facebook et de Twitter.

⁶⁶⁸ En France on a parlé de soupçon avec le détournement du site du ministère des affaires étrangères. La loi envisagée par Emmanuel Macron résulte aussi de cet épisode peu apprécié par les autorités françaises lors de l'élection présidentielle.

⁶⁶⁹ Un informaticien de 31 ans qui affirmait avoir été payé dans les huit années précédentes par divers candidats pour organiser des campagnes de triche numérique lors d'élections au Mexique et dans différents pays d'Amérique du Sud. « How To Hack An Election », Bloomberg, 31 mars 2016. Cf. SOUFRON J.-B., « Fakes news et triche électorale en ligne. Le nouveau territoire des campagnes numériques », art. cit., p. 4.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 5.

⁶⁷¹ Très proche de la manière dont les multinationales conçoivent la *soft law*, le *nudge* consiste à procéder à des suggestions qui se veulent libres et non imposées. Pourtant, lorsqu'une suggestion devient incessante voire intrusive, elle s'impose. La publicité ciblée ou les cookies en disent long sur l'impact de ce phénomène cognitif dont les entreprises ne se privent plus.

⁶⁷² HARRIS T., « How Technology Hijacks People's Minds – from a Magician and Google's Design Ethicist », cité par SOUFRON J.-B., « Fakes news et triche électorale en ligne. Le nouveau territoire des campagnes

est potentiellement exposé à une éventuelle modification de résultats démocratiques et même d'ingérence étrangère. Les conséquences peuvent également s'avérer dangereuses pour les acteurs économiques lorsque, sous l'effet d'une fausse information dont la propagande peut aller trop vite, ils sont susceptibles de perdre la réputation qu'ils ont passée des années à construire. L'intelligence économique reste justement attentive à ces questions. En dehors de l'image de l'entreprise, un autre risque n'est pas à exclure : celui du choix biaisé du consommateur. L'application du droit de la concurrence veille justement à ce que, *in fine*, celui-ci bénéficie des meilleurs services possibles, issus d'une meilleure comparaison entre divers produits.

445. Richard Thaler, professeur d'économie comportementale au MIT⁶⁷³ et Cass Sunstein, professeur de droit à Harvard et ancien « tsar » de la régulation de l'Administration Obama soutiennent que pour mieux résorber la régulation de ce phénomène dont l'impact sur la démocratie est non négligeable, il importe d'anticiper. En effet, s'interrogent-ils, « *pourquoi ne pas intervenir en amont des problèmes en "orientant" les choix des citoyens ? À quoi bon s'inquiéter des voitures mal garées si l'on a supprimé les places de parking ? Pourquoi s'inquiéter du vote des électeurs si ceux-ci ont été "correctement" informés ?* »⁶⁷⁴. Force est de constater que ces questions laissent entendre des réponses pouvant aller à la limite du droit et de la censure. Toujours est-il que se contenter d'un simple constat des impacts négatifs de tels phénomènes sur l'État, l'ordre public économique et sur la vie des citoyens, ne peut être la meilleure stratégie des autorités de régulation économique.

c- L'inefficacité de l'autorégulation des géants du numérique dans la lutte contre les fausses informations

446. On ne peut non plus envisager de confier une telle tâche exclusivement aux acteurs économiques. Jean-Baptiste Soufron indexe à juste titre les limites de l'autorégulation de ce phénomène, dès lors que « *face à ces questions inédites, le premier réflexe des politiques publiques modernes est souvent de s'en remettre à l'autorégulation. Si les usagers sont capables de diffuser des fausses nouvelles, ils sont également capables de les signaler aux plateformes ou simplement de cesser de les diffuser* »⁶⁷⁵. La moralisation est généralement

numériques », art. cit., p. 8. Cf. également la liste d'articles sur le site de Standford consacrée à ce sujet, accessible ici : <https://behaviordesign.stanford.edu/ethical-use-persuasive-technology>. (Consulté le 03/06/2018).

⁶⁷³ Massachusetts Institute of Technology.

⁶⁷⁴ SOUFRON J.-B., « Fakes news et triche électorale en ligne. Le nouveau territoire des campagnes numériques », art. cit., p. 8-9.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 10.

inefficace dans le domaine économique, elle l'est davantage ici dans le cadre des *fake news* et du marketing digital qu'il faut considérer comme cognitif. Au-delà de la sensibilisation « moralisante », dont il faut souligner *de facto* le caractère limité voire improductif, il faut donner aux autorités de régulation le pouvoir suffisamment nécessaire pour encadrer ces questions et en sanctionner les abus.

d- La réponse du droit national et européen à l'impact des fausses informations sur les activités économiques

447. Une prise de conscience autour de la nécessité d'une régulation profonde de ce domaine est perceptible tant en Allemagne, par le biais de la *loi dite « NetzDG »* votée en 2017⁶⁷⁶, qu'en Belgique⁶⁷⁷. En France également, des cas concordants ont poussé une profonde réflexion sur la question⁶⁷⁸. Au niveau européen, la Directive sur le commerce électronique incorpore toute l'envergure du défi des fausses informations⁶⁷⁹. Le groupe d'experts mis en place par la Commission européenne en 2017, dont la composition fut dévoilée en début d'année 2018, pour définir les *fake news* et en préconiser des solutions pour une régulation efficace, en est une illustration.

448. Au vu de ce qui précède, on peut comprendre que la régulation des *fake news* puisse renvoyer à une question sinon plus important du moins plus globale : la régulation de l'Internet. Qu'il s'agisse d'un domaine ou d'un autre, l'autorité est nécessaire, le pouvoir administratif exorbitant y a toute sa place et doit être intraitable en raison des principes en jeu : la concurrence loyale, l'intérêt général, la démocratie, le vivre ensemble et tant d'autres⁶⁸⁰. C'est dans ce sens que Jean Baptiste Soufron réitère le levier qu'il faut actionner. Il ne faut surtout pas se contenter de faire confiance à ces *best practices* que les entreprises brandissent partout. Il faut à l'inverse qu'il y ait un vrai pouvoir régulateur dès lors que lesdits *best practices* sont utiles mais « *ils ne peuvent faire sens que dans le cadre de la reconstruction d'un environnement réglementaire plus*

⁶⁷⁶ Jean-Baptiste Soufron rajoute que « *pour les réseaux sociaux, le dispositif prévoit une amende allant jusqu'à 50 millions d'euros s'ils n'ont pas supprimé avant 24 heures les contenus illicites qui leur ont été signalés. Pour les individus, le texte prévoit jusqu'à 5 millions d'euros d'amende, ce qui devrait décourager les petits entrepreneurs du conspirationnisme – les politiques, mais aussi les éditeurs de sites web, les youtubeurs, les conférenciers, etc.* ». Cf. SOUFRON J.-B., *ibid.* p. 23.

⁶⁷⁷ Rapport du groupe d'experts belges sur les fausses informations et la désinformation, juill. 2018.

⁶⁷⁸ En même temps que les « tentatives d'ingérence » russes, le cas d'Alain Juppé dont le nom a été assimilé à des islamistes, semble lui avoir coûté des voix lors des primaires de son parti.

⁶⁷⁹ Directive 2000/31 du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (Directive sur le commerce électronique).

⁶⁸⁰ Cf. dans ce sens ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *La régulation économique et financière face à aux défis de l'information*, Paris, L'Harmattan, Paris, 2018, 267 p.

complet »⁶⁸¹. Un pouvoir fort qui doit tout de même être lucide dans la mesure où on ne peut lutter contre la dictature de la désinformation par la censure de l'information. Il faut trouver l'équilibre, le juste milieu. L'auteur rappelle en conséquence que « *la complexité des stratégies possibles pour lutter contre ce fléau, le risque étant "d'entretenir un cycle infernal d'incroyance et de censure"* »⁶⁸². La seule réponse qui vaille face à des questions aussi complexes, serait celle qui mise sur la compréhension de celles-ci et non sur la censure emmaillotant le malaise de l'inexpertise et de l'incompétence du régulateur. Les autorités de régulation doivent donc être en mesure à la fois de sanctionner et de réorienter. Mais cela ne sera efficace et légitime que lorsque les sujets sont maîtrisés par le régulateur.

Conclusion du Titre II

449. Le pouvoir administratif exorbitant n'est pas étranger à la régulation économique dès lors qu'il est indissociable de l'action étatique dans l'économie. Son identification ou plutôt sa (re)identification participe davantage à la consolidation de l'action de l'État sur une économie plus tentaculaire que jamais. Pour autant, son application doit, une fois le processus de renaissance terminé, résulter davantage d'une lucidité et d'une parcimonie que d'un usage systématisé et arbitrairement contraignant pour les entreprises. L'exorbitance, tirant sa légitimité et ses racines dans les plus profonds ancrages du droit administratif, doit en conséquence être un pouvoir parcimonieusement mis en œuvre. Aussi, en aucun cas, il ne faudrait, tant dans son identification que dans son application, céder aux critiques démesurées et disproportionnées qu'il pourrait susciter de la part de ceux qui prônent une économie dont la liberté ne s'arrête pas nécessairement là où commence celle des autres.

450. Cet exercice d'identification du pouvoir administratif exorbitant permet de savoir à quel point il est diversifié. Il a également permis de réaliser que ce pouvoir pourrait parfaitement correspondre aux objectifs de la régulation économique dans la mesure où dans cette dernière, l'application casuistique demeure plus pertinente et même plus juste qu'une mise en œuvre globale, tant la puissance et la capacité des acteurs économiques à contourner les règles et porter atteinte à l'ordre public économique sont déterminantes. Le titre suivant permettra en conséquence de démontrer en quoi la pluralité des objectifs poursuivis par le pouvoir

⁶⁸¹ SOUFRON J.-B., « Fakes news et triche électorale en ligne. Le nouveau territoire des campagnes numériques », art. cit., p. 25.

⁶⁸² FIRORINA J.-F., « Les Fakes news à l'assaut des entreprises : de nouvelles "armes sales" dans la guerre économique », art. cit., p. 1. Cf. dans le même sens : HUYGHE F.-B., *Fake news-La grande peur*, éd VA., 2018, 150 p.

administratif exorbitant est en phase avec la diversité de ses sources et qu'il peut, de ce fait, être convenablement et effectivement appliqué dans la régulation économique tant à l'égard des acteurs puissants au niveau national et européen que les acteurs cruciaux d'une économie globalisée.

Titre III- La pluralité des objectifs poursuivis par le pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique

451. L'effectivité de la régulation économique ne peut ni ne doit se résumer à un handicap pour les entreprises. De la même manière, une quelconque flexibilité ne doit sacrifier les valeurs non-économiques sans lesquelles tout équilibre de la société est impossible. Le souci de l'équilibre est plus que jamais au cœur de la régulation économique. C'est la seule méthode qui semble être en mesure de garantir l'atteinte des objectifs que se fixe la régulation économique. Réitérant l'importance de cette notion d'objectif dans la régulation économique, la doctrine souligne que « *le droit de la régulation est gouverné par des objectifs* » et est de ce fait tenu par cette fonction « *finaliste et fonctionnelle du droit* »⁶⁸³. Une telle conception de la régulation permet par ailleurs de comprendre pourquoi la finalité prime sur la conception classique selon laquelle le droit initie le cadre et impose son respect aux acteurs concernés. En droit de la régulation, on est en présence d'une compréhensible inversion des rôles dès lors que « *ce n'est pas l'intuition qui façonne la norme mais c'est le mode opératoire de l'action qui modifie l'intuition* ». Entendons par là une subordination des moyens aux finalités de la régulation économique.

452. Cette particularité du droit de la régulation économique ne signifie pas qu'il est plus permissif qu'un autre domaine du droit. Elle renvoie simplement au caractère technique, mouvant voire instable de son objet et à la capacité des règles juridiques de s'y adapter. Il s'agit ici du domaine économique dans sa globalité. Ces exigences sont naturellement dictées par le vent qui souffle dans le marché. De ce fait, les régulateurs économiques sont systématiquement amenés à en prendre compte même si rien ne les oblige d'en être liés car le principe veut qu'ils dictent les règles aux marchés et non l'inverse, surtout lorsque l'intérêt général et l'ordre public économique sont en jeu. L'économie et ses particularités ne peuvent néanmoins, à leur tour, laisser le régulateur indifférent. Une telle mutation est d'autant plus vraie que la digitalisation de l'économie semble avoir définitivement changé le comportement tant des régulateurs que des acteurs régulés.

⁶⁸³ LAGET-ANNAMAYER A., « La détermination des objectifs de la régulation dans l'Union européenne : au-delà de l'évidence, la complexité », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 52 et s. ; FRISON-ROCHE M.-A., *Le droit de la régulation*, Paris, Dalloz, 2001, chron., p. 610.

453. La mutation de l'économie a entraîné de manière dynamique celle des objectifs de la régulation économique. Sans céder au simplisme qui consisterait à réduire ces objectifs en les homogénéisant, il serait plus cohérent de les regrouper dans deux ensembles. Aura-t-on ainsi les objectifs inhérents à la sauvegarde de l'équilibre du marché et celui de l'épanouissement des acteurs économiques et des consommateurs (*Chapitre I*). Mais cet équilibre global ne peut être satisfait que dans la mesure où les objectifs liés au maintien de l'ordre public économique sont atteints (*Chapitre II*).

Chapitre I- Les objectifs inhérents à l'équilibre du marché

454. Réaffirmer la liberté d'entreprendre dans un contexte où la mondialisation économique requiert un retour puissant de l'État est une lucidité dont peut faire preuve la régulation économique (**Section I**). Ce d'autant plus que la mise en œuvre des objectifs tendant à la sauvegarde de l'équilibre du marché devient de plus en plus indispensable. Cependant, pour s'assurer que cette liberté des acteurs économiques ait des limites raisonnables, notamment en cas de nécessité de garde fous permettant d'éviter de nuire aux entreprises elles-mêmes et à l'économie globale, la régulation économique peut être un solide rempart contre les crises économiques (**Section II**).

Section I- Réaffirmation de la liberté d'entreprendre par la régulation économique

455. Dans le fonctionnement du système économique, la régulation se donne comme objectif le maintien de l'équilibre entre les différents intérêts en présence. Elle constitue aussi une réaffirmation de la liberté économique sans cesse renouvelée⁶⁸⁴. Même s'il faut prendre cela avec une certaine précaution, la liberté d'entreprendre a atteint aujourd'hui un niveau tel qu'on a tendance à lui accorder la même place que des libertés dont la «*fondamentalité*» n'est point

⁶⁸⁴ La liberté d'entreprendre est ici entendue dans son sens large. C'est-à-dire considérée comme contenant sinon le synonyme de la liberté de commerce et de l'industrie, de l'interprétation desquelles découlent les libertés économiques. Ainsi Jean Baptiste Racine considère que liberté d'entreprendre et liberté de commerce et de l'industrie peuvent être considérées comme des synonymes. Et dans le même élan Véronique Champeil-Desplats, sur interprétation de la jurisprudence constitutionnelle, estime que «*tantôt la première est considérée comme matricielle, tantôt la seconde. Depuis la décision du 16 janv. 1982 du Conseil constitutionnel, la doctrine française affirme la préséance de la liberté d'entreprendre²² qui devient donc le contenant des libertés de l'industrie et du commerce, de la concurrence, d'établissement, d'exercice d'une profession, voire de la liberté contractuelle*». Mais l'auteur rajoute tout de même que selon Pierre Delvolvé l'évolution du droit positif a conduit les sages à revoir légèrement leur position à travers notamment l'interprétation par la doctrine des décisions du Conseil. Cf. CHAMPEIL-DESPLATS V., «*La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux*», *RDT Dalloz*, 2007, p. aussi FAVOREU L., note sous la décision n° 182 DC du 16 janv. 1982, *R.D.P.*, 1982, p. 377 ; JACQUINOT N., «*La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ?*», *AJDA*, 2003, n° 13, p. 859 ; CE, Juge des référés, 12 nov. 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, n° 239840.

discutable. Ainsi, affirme une auteure, « *l'état d'homo economicus devient une qualité humaine substantielle qui prétend à une protection équivalente à celle dont bénéficient les autres qualités de l'humanité* »⁶⁸⁵.

456. Cette réaffirmation se manifeste doublement dans la mise en œuvre des objectifs de la régulation économique. La régulation recourt à des mesures *ex ante* mais sa partie la plus déterminante se met en œuvre par le biais des mécanismes *ex post*. Ceci s'explique à la fois par des raisons qui tiennent à la nature du domaine régulé et aux objectifs des régulateurs, désormais saisis, non pas seulement par l'effectivité, mais aussi par l'efficacité de la régulation. Les premières raisons s'expliquent par les mutations et les changements caractérisant le domaine économique. De telles mutations justifient donc les deuxièmes, c'est-à-dire l'adaptation des méthodes des régulateurs économiques.

457. Cette liberté laissée aux acteurs économiques de s'épanouir avant de se voir contrôler par les régulateurs souligne le caractère immuable de la liberté économique des acteurs régulés (§1). Toutefois, aucune importance accordée à cette liberté ne peut justifier une absence totale d'encadrement. Les raisons tiennent notamment à l'équilibre du marché et au maintien de l'ordre public économique (§2).

§1-L'immuabilité relative de la liberté d'entreprendre

458. L'impossibilité pour l'État d'être le seul employeur et la seule institution créatrice de richesses a définitivement été entérinée. Une telle évidence s'est imposée au cours de l'histoire selon la conception plus ou moins libérale de l'État. Avec, il est vrai, une certaine réticence voire une résistance des États de tradition paternaliste dits providences. Dorénavant, la prédominance du libéralisme combinée au phénomène inéluctable de la mondialisation, le temps où l'État était le centre de gravité de tout s'est avéré très vite moins plausible. La parade s'est focalisée alors sur la réaffirmation du rôle indispensable des entreprises dans la création de la richesse et le renforcement dudit rôle à travers la législation et les politiques économiques. Toute la question réside désormais dans la nature et l'étendue de la liberté des acteurs économiques, tant la mutation étatique est profonde.

459. Ce caractère immuable de la liberté d'entreprendre est l'un des acquis les plus significatifs pour les entreprises découlant des rapports de force entre l'État et la sphère privée.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 2.

C'est ce qui justifie certainement la protection qui lui est accordée et la rigueur avec laquelle et le législateur et le juge y sont particulièrement attentifs. Une telle place dans la société est dictée par la profondeur des racines à la fois historiques, politiques et juridiques de la liberté accordée aux Hommes d'entreprendre et de disposer librement de leur propriété (**A**). Cette profondeur juridico-historique est incontestablement l'un des motifs qui justifient le mieux la protection dont bénéficient aujourd'hui ce principe de la liberté d'entreprendre (**B**).

A- L'ancrage juridique de la liberté d'entreprendre

460. La révolution de 1789 qui aboutit à la rédaction de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, (ci-après DDHC), constitue un facteur majeur sinon la rupture radicale avec la conception antérieure de l'exercice des libertés économiques. D'emblée, l'article 4 précise que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». C'est une consécration étendue de la liberté, de laquelle peut également découler la liberté économique. L'article 17 revient, avec plus de clarté, sur un des aspects essentiels qui conduisit à la révolution : la propriété. Il dispose que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré* », et que nul ne peut en être privé si ce n'est dans les cas où la nécessité publique l'exige et que dans ce dernier cas, il y ait en contrepartie une juste et raisonnable indemnité. La consécration de la sacralité de la propriété privée fut, l'une des conséquences les plus significatives de la révolution. Les rédacteurs ont cependant su faire preuve d'une certaine parcimonie en fixant les limites à l'exercice d'un tel droit. Cette lucidité fondatrice est d'une incommensurable importance d'autant plus que le contexte de la révolution, encore « bouillant », ne les empêcha pas de limiter raisonnablement le caractère absolu de cette propriété privée.

461. Allant dans le même sens que la Déclaration, le Décret d'Allarde⁶⁸⁶ intervint dès 1791 en précisant notamment à son article 7 qu'à « *compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* ». La liberté d'entreprendre, de créer la richesse et d'en être l'exclusif propriétaire, était désormais consacrée et garantie. Il appartenait alors à l'État, sans renoncer aux exigences que lui impose la satisfaction de l'intérêt général, de fournir les garanties permettant l'exercice d'un tel droit.

⁶⁸⁶ Ce décret n'est autre que la Loi n° 1791-03-17 votée les 2 et 17 mars 1791 et entrée en vigueur le 1^{er} avr. de la même année.

462. Dans le but de réaffirmer l'importance et la place de la liberté économique, l'Organisation des Nations unies s'est également emparée de la question dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948. Son article 22 souligne que « *est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité* »⁶⁸⁷. Et l'Institution internationale ne se contente pas de cette déclaration car dès 1966, s'en est suivi le Pacte international relatif aux droits économiques. Dans le préambule de ce dernier il est clairement indiqué que dès lors que « *l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits économiques [...] sont créées* ». Cette affirmation participe ainsi à la consécration de la liberté économique. S'agissant de la jurisprudence administrative, la place de la liberté d'entreprendre n'y est pas moins protégée. En effet, depuis l'arrêt *Daudignac* du 22 juin 1951, la liberté d'entreprendre est érigée en principe de droit⁶⁸⁸.

463. Partant, la liberté d'entreprendre constitue, dans une certaine mesure, un aboutissement des droits économiques et sociaux. Un acquis quasi universel. Quel que soit le penchant interventionniste de l'État et son caractère bienveillant voire paternaliste, il est indéniable que l'économie, dans son interdépendance et ses interactions, impose une prise en compte effective de la liberté des particuliers d'entreprendre, de créer la richesse et de participer ainsi, ne serait-ce qu'indirectement, à la conduite des affaires économiques de la collectivité. Ceci matérialise un certain prolongement dans la protection de cette liberté.

B- Le prolongement matérielle de la protection de la liberté d'entreprendre

464. En dépit des temps changeants et les mutations incessantes de nos sociétés, ce principe affirmé il y plus de deux siècles semble devenir de plus en plus enraciné et protégé tant par le législateur et que par les juges. Le Conseil constitutionnel n'en est pas du reste. Les sages ont réaffirmé ce principe en 2012, dans l'affaire dite *Corporation d'Alsace-Moselle*⁶⁸⁹. Dans une autre décision, le Conseil constitutionnel indique que la liberté d'entreprendre découlant de l'article 4 de la DDHC, « *comprend deux objets, à savoir : non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de*

⁶⁸⁷ Cf. aussi l'article 22 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, *supra*.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ Cons. const., décis. n° 2012-285 QPC du 30 nov. 2012, relative à une obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle, (*Corporation d'Alsace-Moselle*), *JORF* du 1^{er} déc. 2012, p. 18908, texte n° 93.

cette profession ou de cette activité »⁶⁹⁰. Le Conseil souligne ainsi non seulement la place de la liberté d'entreprendre et sa pérennité, mais les sages dénotent également sa diversité et ses manifestations. Puisqu'il ne suffit pas de déclarer les droits, il faut aussi permettre, à travers le cadre juridique et politique, son exercice effectif.

465. L'atteinte à cette liberté doit être exceptionnelle et justifiée par des motifs valables. C'est au regard du caractère exceptionnel des limites à ce principe de liberté d'entreprendre que le Conseil Constitutionnel a posé, dans l'affaire *Florange*, des conditions claires lorsqu'on exige d'une entreprise d'accepter d'offres de reprise jugées sérieuses. Il affirme, dans son considérant 20, que pour qu'il y ait validité de cette obligation de reprise, il faut que « *le législateur précise que ce caractère sérieux des offres de reprise s'apprécie notamment au regard de la capacité de leur auteur à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement* »⁶⁹¹. C'est au regard de cela que « *la liberté d'entreprendre se comprend désormais comme une liberté véritable, économiquement réaliste* »⁶⁹². On sort ainsi de la conception théorique de la liberté d'entreprendre. Cette dernière, ne se cantonnant plus uniquement à une déclaration de droit, devient une réalité dans les sphères économique et juridique.

466. Le législateur et la jurisprudence dans sa diversité se montrent donc très attentifs à la protection et à l'exercice de cette liberté. La jurisprudence semble même aller plus loin. C'est ce que relève Daniel Lochak en soulignant qu'« *aujourd'hui encore, le juge subordonne la légalité de la création d'une entreprise communale ou départementale à la nécessité de satisfaire un besoin essentiel de la collectivité auquel l'initiative privée ne peut faire face* »⁶⁹³. Dans l'hypothèse où l'intervention étatique implique une substitution de l'entrepreneuriat privé, la doctrine indique celle-ci n'est possible que lorsque cela est strictement nécessaire. En d'autres termes, l'État ou une collectivité « *ne peut se substituer aux activités privées que dans la mesure où l'intérêt général l'exige impérativement* »⁶⁹⁴. Cette protection des libertés économiques, comprenant la liberté d'entreprendre, a atteint une telle proportion que d'aucuns n'hésitent plus à réclamer leur consécration comme droits fondamentaux. Véronique Champeil-Desplats souligne que celles-ci ont « *gagné en importance dans les ordres juridiques contemporains. Aux dires de beaucoup, elles sont devenues fondamentales* »⁶⁹⁵. Mais un tel

⁶⁹⁰ DE BECHILLON D., « Le volontarisme politique contre le libéralisme économique », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 49 « dossier : l'entreprise », oct. 2015, p. 5.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 5.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ LOCHAK D., *Traité des sciences administratives*, op. cit., p. 225.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 201.

⁶⁹⁵ CHAMPEIL-DESPLATS V., « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », art. cit., p. 1.

appel à la consécration des libertés économiques n'est pas sans difficultés dès lors qu'il est souvent reproché aux acteurs économiques de ne pas suffisamment tenir compte des droits fondamentaux dans leurs actions. C'est dans ce sens d'ailleurs que, comme l'indique Jean-Baptiste Racine, « *une ligne de tension apparaît désormais [et] remet en cause l'intimité des rapports entre droits de l'homme et économie de marché* »⁶⁹⁶. Et plus récemment, le Conseil constitutionnel a réitéré l'obligation des entreprises de tenir compte et de protéger les droits humains⁶⁹⁷.

467. On peut en conséquence aisément comprendre la place de choix accordée à la liberté d'entreprendre tant par le législateur, le juge que par la doctrine. Toutefois, cette liberté a beau acquérir son assise il n'en reste pas moins qu'elle est soumise à un encadrement aboutissant à un certain nombre de limites.

§2- L'encadrement juridique de la liberté d'entreprendre

468. Ce qui est considéré par certains auteurs comme « *un recul apparent de l'État* »⁶⁹⁸ n'est pas tout à fait inexact eu égard à la place qu'occupe le laisser faire dans la sphère économique contemporaine. Il serait néanmoins exagéré et synonyme de « *malentendu [que de] laisser croire à un recul de l'État et de l'intérêt général qu'il incarne, au profit d'un laisser faire qui ferait le lit de la domination des intérêts particulières* »⁶⁹⁹. C'est au nom de ces hauts principes qui gouvernent et légitiment l'action étatique que toute restriction proportionnée de la liberté d'entreprendre peut légitimement se justifier.

469. Au-delà de l'évolution historique susmentionnée, il n'y a fondamentalement que deux éléments limitatifs de la liberté d'entreprendre. Lorsqu'une activité économique est monopolisée par l'État, pour des raisons évidentes, un particulier ne peut l'exercer quand bien même une telle hypothèse impliquerait une délimitation législative claire (**A**). Au regard de l'évolution de la place de l'ordre public économique, une limitation peut légitimement être fixée à l'exercice de certaines activités économiques. Le motif justifiant une telle limite peut trouver son fondement dans la nécessité de maintenir l'équilibre du marché (**B**).

⁶⁹⁶ RACINE J.-B., « L'ordre concurrentiel et les droits de l'Homme », in *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Frison-Roche, 2003, p. 420. Cf. aussi CHAMPEIL-DESPLATS V., « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », art. cit. p. 1.

⁶⁹⁷ Cons. const., du 23 mars 2017, décis. n° 2017-750 DC, relative à la Loi portant devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF* n° 0074 du 28 mars 2017, texte n° 2.

⁶⁹⁸ COLSON J.-Ph., IDOUX P., *Droit public économique*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 189.

⁶⁹⁹ *Ibid.*

A- Les limites légales fixées à la liberté d'entreprendre

470. La liberté d'entreprendre peut être limitée soit par la nécessité d'un monopole public (1), soit par la loyauté dans l'exercice des activités économiques (2).

1- Le monopole public comme limite légale de la liberté d'entreprendre

471. La liberté d'entreprendre ne peut être limitée que dans des conditions exceptionnelles et limitativement énumérées par le législateur⁷⁰⁰. Son évidence semble désormais aisée à établir. Une telle envergure de la liberté d'entreprendre trouve rapidement sa limite lorsqu'elle est confrontée au principe relatif à la place de la puissance publique dans la conduite de l'économie, surtout lorsque celle-ci se présente sous l'angle de police administrative. Raison pour laquelle, la protection de la liberté d'entreprendre « *présente des faiblesses, qui n'affectent pas d'autres libertés fondamentales, notamment lorsqu'elle est confrontée à des mesures de police ou au régime de la domanialité publique* »⁷⁰¹. Au-delà des limites pouvant être fixées par le législateur, la liberté d'entreprendre peut donc se voir limiter par la puissance publique au nom du service public, de l'intérêt général, du maintien de l'ordre public économique et, comme nous le vivons actuellement, de l'ordre public sanitaire⁷⁰².

472. En dépit d'une certaine « *fondamentalité* » octroyée à la liberté d'entreprendre, il reste qu'une telle consécration « *est aussi récente qu'imparfaite* »⁷⁰³ dès lors que le rattachement implicite aux dispositions de la DDHC et même les décisions du Conseil constitutionnel ne suffisent à faire de la liberté d'entreprendre une liberté fondamentale *stricto sensu*. Pour Erik Lehmann, la liberté d'entreprendre dont la manifestation est constatée par ce laisser-faire, trouve ses limites dès lors « *qu'apparaissent des externalités, des biens collectifs, des*

⁷⁰⁰ On a vu à quel point la restriction de cette liberté peut paraître complexe même dans un contexte qui justifie des limites à l'exercice des activités économiques. Dans le cadre de la lutte contre le Covid-19, le Gouvernement français a par exemple pris le 25 mars 2020 pas moins de 25 ordonnances. Edouard Philippe dira d'ailleurs lors de leur présentation que « *le nombre est historique, il faut remonter à 1958 pour trouver un précédent équivalent* ». Mais la vraie équation était de lutte contre la propagation de la pandémie en limitant la liberté d'entreprendre mais tout en maintenant le « *secteur économique essentiel* » comme l'agroalimentaire, la gestion des déchets ou certains commerces même si le Ministre de l'économie, Bruno Le Maire, rajoutera « *les activités indispensables au fonctionnement du pays* ». Cf. GRACIN-BERSON W., « Pourquoi le gouvernement ne veut pas dire ce qu'est un "secteur économique essentiel" », Figaro, 24 mars 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.lefigaro.fr/economie/le-scan-eco/pourquoi-le-gouvernement-ne-veut-pas-dire-ce-qu-est-un-secteur-economique-essentiel-20200324>. (Consulté le 13/04/2020).

⁷⁰¹ JACQUINOT N., « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA*, 2003, n° 13 p. 650 ; CHAMPEIL-DESPLATS V., « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », art. cit., p. 4.

⁷⁰² Cette pandémie a imposé une pause sans précédent à l'économie mondiale au nom de la santé publique.

⁷⁰³ CHAMPEIL-DESPLATS V., « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », art. cit., p. 3.

monopoles naturels, ou des préoccupations distributives »⁷⁰⁴. Ceci rejoint les exceptions traditionnellement fixées à la liberté d'entreprendre.

473. Le monopole étatique, quoique désormais rare et fortement remis en cause, constitue une des limitations légales fixées à la liberté économique des acteurs privés⁷⁰⁵. Ce principe se trouve également limité lorsqu'il se confronte à des impératifs d'ordre public.

2- Les limites liées au principe de loyauté et le secret d'affaires

474. L'autre aspect qui dénote les limites fixées à la liberté d'entreprendre est celui de la protection du secret d'affaires. Dans ce sens, une jurisprudence espagnole rompt avec une hésitation qui fut pendant très longtemps la règle. En règle générale et en cas de confrontation entre la liberté d'entreprendre et la protection du secret d'affaires, la première l'emporte sur la seconde pour deux raisons. D'une part en raison de la difficulté des victimes de divulgation ou d'utilisation induite de leur secret d'affaires (données sensibles), à prouver et à délimiter ce qu'ils estiment relever d'un tel secret. D'autre part, il y a une vraie difficulté à produire des arguments qui puissent ébranler une liberté dont le caractère fondamental est désormais acquis et est connu de tous. C'est en allant, à juste titre, à l'encontre de toutes ces considérations, du moins en procédant à un système de *check and balance*, que la Cour suprême espagnole condamne des entrepreneurs ayant dérobé des informations sensibles à leur employeur pour créer leur propre entreprise⁷⁰⁶. La jurisprudence européenne a pu, quant à elle, énumérer un certain nombre d'éléments relevant du secret d'affaires⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ LEHMANN E., « Laisser faire ou régulation ? Une synthèse des théories économiques », 2004, p. 12, accessible à l'adresse suivante : <http://www.crest.fr/ckfinder/userfiles/files/pageperso/lehmann/textecujas.pdf>. (Consulté le 03/06/2017).

⁷⁰⁵ On a néanmoins compris que des réquisitions peuvent être possibles lorsque les circonstances l'exigent et ce de manière proportionnée. Dans une décision du 28 mars 2020 le Conseil d'État répond à une demande de réquisition des usines de fabrication des masques que « *le Premier ministre a pris les décrets des 3 et 13 mars 2020 relatif aux réquisitions nécessaires dans le cadre de la lutte contre le virus covid-19, dont les dispositions ont été reprises par le décret du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Ces réquisitions, qui sont applicables jusqu'au 31 mai 2020, portent sur les stocks de masques, notamment de type FFP2 détenus par toute personne morale de droit public ou de droit privé, et par ailleurs, de masques anti-projections détenus par les entreprises en assurant la fabrication ou la distribution* ». Cf. CE, 28 mars 2020, *Syndicats des médecins d'Aix et Région e. a.*, n° 439726.

⁷⁰⁶ MOLINIER V., « Le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre tempéré par le secret des affaires », 09 mars 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://mbavocats.eu/le-principe-constitutionnel-de-la-liberte-entreprendre-tempere-par-le-secret-des-affaires/>. (Consulté le 27/03/2018).

⁷⁰⁷ TPICE, 18 sept. 1996, *Postbank c./Commission*, aff. T-353/94, *Rec.* 1996, P- II-00921. Cf. aussi ARCEIN-LECUYER L., *Droit la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, PUF, 2013, p. 249. Il peut s'agir d'informations techniques et/ou financières relatives au savoir-faire, les méthodes de calcul des coûts, les secrets et procédés de fabrication, les sources d'approvisionnement, les quantités produites et vendues, les parts de marchés, les fichiers de clients et de distributeurs, la stratégie commerciale, la structure du coût et des prix et la politique de vente d'une entreprise.

B- La liberté d'entreprendre limitée par la nécessité de l'équilibre du marché

475. L'équilibre du marché renvoie à la possibilité offerte à l'ensemble des acteurs économiques de pouvoir librement exercer leurs activités sans subir des agissements déloyaux provenant d'autres acteurs. Cette liberté peut alors constituer une des limites à la liberté d'entreprendre (1). Aussi, est-il important de rappeler que la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue (2).

1- Une liberté limitée au nom d'une autre liberté

476. L'autre fondement sur la base duquel on peut légitimement justifier sinon l'atteinte du moins l'atténuation de la liberté d'entreprendre est celui relatif à l'impératif de l'équilibre du marché. L'existence d'un marché dont l'équilibre permet à tous les acteurs de concourir librement et dans le respect des règles de concurrence demeure un des objectifs les plus importants de l'ordre public économique. La recherche voire le maintien de l'équilibre du marché peut valablement constituer un motif légitime permettant aux autorités de régulation, qu'elles soient nationales ou communautaires, de fixer des limites à la liberté d'entreprendre et d'en entraver l'exercice de manière *ex pot* et proportionnée. C'est le cas par exemple lorsque, dans le cadre des sanctions anticoncurrentielles, une entreprise se voit, au titre des sanctions, interdire d'exercer une activité économique. Cette mesure, quoique rarement utilisée, existe dans le dispositif législatif tant national que communautaire, surtout lorsqu'une telle pratique porte atteinte à la dignité humaine⁷⁰⁸.

477. Une telle limitation de la liberté d'entreprendre ne signifie en rien une atteinte abusive ou un mépris de ce principe. Elle dénote simplement qu'une certaine hiérarchisation peut s'avérer nécessaire lorsqu'il y a confrontation entre divers objectifs tout aussi indispensables les uns que les autres. La construction du marché européen et le maintien de l'ordre public économique ne sont pas au même niveau de consécration que la liberté d'entreprendre. Mais dès lors que la dernière constitue le contenu des premiers qui en sont les contenant, il peut être tout à fait justifiable de limiter le contenu afin de lui octroyer un espace harmonieux d'exercice.

⁷⁰⁸ L'arrêt de la CJCE du 14 oct. 2004, *OMOGA*, 2004, p. I-09609 en est une illustration particulière. La Cour estime en l'espèce que le droit communautaire ne s'oppose pas à l'interdiction prononcée en Allemagne à l'encontre de l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes homicides. La protection de l'ordre public consécutive à l'atteinte portée à la dignité humaine par cette activité justifie une restriction de la libre prestation de services. Elle rajoute que les droits fondamentaux de la personne puissent faire obstacle, à titre dérogatoire, aux libertés fondamentales du marché. Ceci n'était pas nouveau puisque la même position fut adoptée par le juge communautaire dans l'arrêt *Nold*. Cf. CJCE, 14 mai 1974, *Nold kolhen-und Baustoffgrosshandlung c./Commission*, aff. 4/73, *Rec.* 1974, p. 491 ; CJCE 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. 112/00, *Rec.*, 2003 p. I-05659, pt. 106.

C'est à ce souci de subtilité et de finesse que Véronique Champeil-Desplats répond en affirmant que « *la prudence s'impose néanmoins tant au regard de la complexité de l'appréciation de la fondamentalité des libertés économiques dans les différents ordres juridiques, qu'en raison des rapports qu'elles entretiennent avec d'autres objectifs, intérêts, droits ou libertés fondamentaux déniés de toute logique marchande* »⁷⁰⁹. Au même titre que ces principes auxquels l'auteur renvoie, les limites fixées à la liberté économiques et les principes liés à l'équilibre du marché sont tout aussi indispensables dans le maintien de l'équilibre du marché.

478. Il est vrai que certains auteurs estiment que, dans cette balance entre principes⁷¹⁰, il ne doit pas y avoir l'influence de la politique ni dans l'approche, ni dans l'appréciation afin d'éviter de nuire à ce principe acquis depuis la révolution. C'est le cas de Denys de Bechillon qui considère que le « *volontarisme politique* »⁷¹¹ est donc nuisible à la liberté d'entreprendre. Même s'il a reconnu la place de choix de ce principe immuable, il n'en reste pas moins que cette liberté doit être encadrée, orientée et régulée lorsqu'elle se confronte à d'autres principes autant indispensables dans le maintien de l'équilibre du marché.

2- Une liberté ni générale ni absolue

479. Le Conseil constitutionnel rappelait, dans une décision de 16 janvier 1986, que la liberté d'entreprendre ne doit subir aucune restriction arbitraire ou abusive, mais il souligne dans le même temps que celle-ci n'a ni de caractère général ni absolu et qu'« *elle s'exerce dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi* »⁷¹². Le juge constitutionnel réaffirme également la prépondérance de certaines libertés individuelles sur la liberté d'entreprendre⁷¹³. Comme le souligne la doctrine, le Conseil constitutionnel a laissé au législateur le soin d'y apporter les

⁷⁰⁹ CHAMPEIL-DESPLATS V., « La liberté économique au pays des droits de l'homme », art. cit., p. 5.

⁷¹⁰ Libertés d'entreprendre, équilibre du marché versus ordre public économique.

⁷¹¹ L'auteur critique notamment le Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014, pris par Arnaud Montebourg, que l'auteur qualifie de « fameux » et dont il considère l'effet très intrusif au point de constituer « *du poids gigantesque de la psychologie dans les comportements des investisseurs* » et donc nuisible pour la liberté d'entreprendre. Cf. DE BECHILLON D., « Le volontarisme politique contre le libéralisme économique », art. cit. Cf. aussi Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014, relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, *JORF* n° 0112 du 15 mai 2014.

⁷¹² Cons. const., décis. n° 85-202 DC du 16 janv. 1986, relative à la Loi portant règlement définitif du budget de 1983, *JORF* du 18 janv. 1986, p. 922. Position réaffirmée par Cons. const., décis. n° 2000-435 DC du 7 déc. 2000, portant saisine par 60 députés Loi relative à la Loi d'orientation pour l'Outre-mer, *JORF* n° 289 du 14 déc. 2000, texte n° 4.

⁷¹³ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Liberté économique au pays des droits de l'homme », art. cit., p. 8.

limitations exigées par l'intérêt général ou celles liées aux autres exigences constitutionnelles, à la condition de ne pas en dénaturer la portée⁷¹⁴.

480. Ce principe n'interdit pas non plus une intervention proportionnée de la puissance publique. La jurisprudence du Conseil d'État procède parfois à la prise en compte de ce principe selon qu'il interprète l'intérêt public avec extension ou rétrécissement. C'est du moins ce qui ressort de l'arrêt *Société la plage de la forêt*⁷¹⁵. Cet arrêt témoigne, selon Sébastien Bernard, « non seulement de cette extension de la notion d'intérêt public mais il met aussi particulièrement en valeur la manière dont le principe de liberté de commerce et de l'industrie est relativisé au profit de celui de la spécialité »⁷¹⁶. Si l'on contextualise cette jurisprudence dans la mondialisation économique, on peut prendre acte du fait qu'en cas de nécessité, l'intérêt public peut exiger sinon l'atténuation du moins la maîtrise de cette liberté. Si la jurisprudence s'en est saisie dans les années 60, voire même bien avant⁷¹⁷, il n'y a pas de raison que cela ne soit pas le cas aujourd'hui, on pourrait même dire surtout aujourd'hui. Il faut tout de même souligner que malgré le caractère immuable de ce principe de primauté de l'intérêt public, il y a « une conciliation croissante de l'intérêt général et de l'intérêt financier [sous l'effet d'une] intégration progressive de l'intérêt financier dans l'intérêt général »⁷¹⁸.

481. Au regard de ces facteurs juridique, historique et même politique concourant à la protection de la liberté d'entreprendre, le régulateur économique, en dépit de la délicatesse de son rôle et l'importance de ses décisions dans la conciliation des intérêts en présence, ne se trouve pas moins liée par ces impératifs. En effet, la régulation économique constitue un des mécanismes incontournables permettant de réaffirmer la place de la liberté économique dans la société d'aujourd'hui. Car réguler implique aussi dans une certaine mesure de faire confiance aux acteurs économiques pour le respect de la réglementation. Il appartient à ceux-ci d'exercer leurs activités dans la transparence et de manière loyale. Il ne leur sera opposé une contrainte régulatrice que lorsqu'ils ne respectent pas les règles. Mais dans ce dernier cas, le régulateur use de ses compétences suffisamment dissuasives pour rétablir le droit du marché et l'ordre public économique.

⁷¹⁴ Cons. const., déc. n° 90-284 DC du 16 janv. 1991, portant sur la Loi relative au conseiller du salarié, *JORF* n° 16 du 18 janv. 1991; Cons. const., déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, portant sur la Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, *JORF* du 14 juin 1998, p. 9033. Cf. aussi CHAMPEIL-DESPLATS V., « La liberté économique au pays des droits de l'homme », art. cit., p. 7.

⁷¹⁵ CE, 23 juin 1972, *Sté. La plage de la forêt*, n° 81486.

⁷¹⁶ BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, op. cit., p. 35.

⁷¹⁷ CE, 12 juill. 1939, *Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Etienne*, n°76089.

⁷¹⁸ BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, op. cit., p. 36.

482. Concrètement, tout est question d'équilibre, de principe et d'exception même s'il s'avère que dans le cadre de la limitation de la liberté d'entreprendre, l'exception peut se révéler plus vive que le principe dans la mesure où elle provient de la puissance publique, au nom d'autres principes aussi sinon plus « déterminants » que la liberté d'entreprendre. C'est dans ce sens, conclut Véronique Champeil-Desplats que « *cette esquisse de rééquilibrage entre des objectifs non marchands exprimés sous la forme des droits fondamentaux et les libertés économiques, continue néanmoins de s'inscrire dans une rhétorique de principe à exception. Ceci a des conséquences sur la répartition de la charge de la preuve et sur les méthodes d'interprétation de la Cour [de justice de l'UE], les dérogations étant d'interprétation stricte et soumises à une épreuve de proportionnalité* »⁷¹⁹.

483. *In fine*, la régulation économique joue un rôle fondamental dans la réaffirmation, la protection et l'encadrement de la liberté d'entreprendre. Il n'en s'avère pas moins que l'atteinte des objectifs inhérents à l'équilibre du marché implique également que le régulateur soit attentif à tous les facteurs pouvant conduire à une crise.

Section II- La régulation comme rempart contre des crises économiques

484. Qu'est-ce qu'une crise économique sinon la rupture des facteurs d'équilibre et conduisant les acteurs à ne plus sereinement exercer leurs activités ? La notion d'équilibre en droit de la régulation économique est tellement importante qu'on ne peut évoquer l'efficacité de celle-ci sans traiter sa corrélation avec l'exercice des activités économiques dans un espace donné, au sein d'un marché déterminé. C'est dans ce sens que la régulation accorde une importance fondamentale à son volet *ex ante* et donne dans le même sens une place singulière à la régulation *ex post*, afin de sauvegarder cet équilibre si indispensable au fonctionnement normal du marché. Ces deux modes de régulation sont à la fois complémentaires et autonomes. Elles permettent aux régulateurs de jouer un double rôle qui peut, *a priori*, paraître contradictoire : accompagner, alerter et même, d'une certaine manière, conseiller les entreprises. Mais dans le même moment, il convient de rester vigilant, rigoureux voire

⁷¹⁹ Pour la Cour, « *si l'objectif d'assurer un haut niveau des formations universitaire apparaît légitime pour justifier des restrictions aux libertés fondamentales, lesdites restrictions doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre* ». En l'espèce, en ne reconnaissant pas les diplômes universitaires délivrés par des écoles privées étrangères situées sur son territoire, l'Italie qui invoquait « *le bien public* » et « *les valeurs culturelles et historiques d'un État* » que représente la formation universitaire, a commis une restriction non proportionnée aux libertés fondamentales du marché. Cf. CJCE du 13 nov. 2003, *Neri, European school of economic*, aff. C-153/02, *Rec.*, 2003, p. I-13555. Sur le contrôle de proportionnalité des restrictions aux libertés fondamentales du marché. Cf. CHAMPEIL-DESPLATS V., « La liberté économique au pays des droits de l'homme », art. cit., p. 9.

intransigeant avec celles qui transgresseraient les règles juridiques et le respect de l'ordre public économique.

485. S'il s'avère que la régulation économique, avec une mise en œuvre autant conciliante qu'exorbitante, constitue une des limites légitimement fixées aux entreprises (§2), il n'en reste pas moins qu'une telle particularité remplit un rôle bien déterminé, dont entre autres et non des moindres, celui d'être « au service » des entreprises (§1). Un tel « service » se manifeste de plusieurs manières et à plusieurs strates de la vie de l'entreprise.

§1- Le pouvoir administratif exorbitant au service de la protection des entreprises

486. Aussi invraisemblable que cela puisse paraître, notamment aux yeux de ceux qui voient dans le pouvoir économique de l'État une menace pour les libertés économiques des acteurs privés⁷²⁰, le pouvoir administratif exorbitant tel qu'il est mis en œuvre à travers la régulation économique est après tout un bouclier qui protège les acteurs économiques. Une telle protection se manifeste de plusieurs manières. Les régulateurs veillent, avec le concours des juges, au respect de la législation par les acteurs économiques. Par le biais de la protection de l'ordre public économique, ils protègent également les entreprises d'une concurrence déloyale et d'un abus de domination ou dépendance économique, pour les moins faibles voire les plus vulnérables d'entre elles.

487. Une telle bienveillance de la part des autorités de régulation joue un rôle crucial dans le rapport si indispensable et si mal interprété entre l'État et les acteurs économiques. Ceci est d'autant plus important que la régulation économique et son inséparable pouvoir administratif exorbitant, bien que moins prégnant *ex ante*, assure un rôle préventif des crises économiques⁷²¹(A). Mais ce rôle déterminant, joué par la régulation économique, ne se limite de surcroît pas à une bienséance *ex ante*, il est au contraire une des fonctions les plus décisives du régulateur dans la protection des entreprises (B). Dans une telle hypothèse, toute la légitimité reviendra à la puissance publique pour restaurer l'ordre économique et permettre à nouveau aux

⁷²⁰ Avec comme chef de file les partisans de l'école de Chicago dont Hayek et tous ceux qui se réclament de l'ultralibéralisme.

⁷²¹ Au regard de l'histoire les crises semblent avoir la manie de se répéter, et semblent souvent résulter de l'imprudence ou la cupidité des acteurs économiques et/ou d'une confiance excessive accordée à l'autorégulation. Même si cette crise économique-sanitaire nous montre que les causes peuvent aussi provenir d'ailleurs que de l'autorégulation, il n'en reste pas moins que cette dernière accentue les risques et la crise elle-même en cas de survenance.

acteurs économiques de se livrer à leur loyale bataille de conquête et de conservation de la clientèle au sein du marché.

A- Le rôle du régulateur dans la prévention des crises économiques

488. Avant même d'être curative et concourir au rétablissement des équilibres susceptibles d'être perturbés, soit par la faute des agents économiques, soit par un concours de circonstances dû à l'absence ou l'hypertrophie de l'intervention économique de l'État ; la régulation économique demeure bien et avant tout préventive. Elle est ainsi appelée à être attentive à l'évolution du marché ainsi qu'à la teneur des rapports entre les acteurs les plus puissants de l'économie et ceux qui sont considérés comme faibles et dont le besoin de protection et est prégnant.

489. Cette régulation préventive doit être particulièrement attentive aussi bien face à la témérité des entreprises systémiques (1) que face à l'accroissement des inégalités économiques (2).

1- Témérité surveillée des entreprises systémiques

490. S'agissant de la crise de 2008 dont les causes sont comparables à celles qui ont précédé la crise des années 30 et en soulignant à juste titre l'importance de la prévention dans la régulation économique qu'un auteur affirme que « *les marchés financiers dérégulés n'ont aucun garde-fou contre les "taches solaires" (métaphore pour les bulles spéculatives). Autrement dit, tant que l'on ne se décidera pas à réguler les marchés, on s'exposera à d'autres bulles spéculatives. Et tant que l'on ne mettra pas en place des moyens d'enrayer la surenchère d'un actionnariat anonyme, susceptible d'exiger des rendements irréalistes aux entreprises, on s'exposera à nouveau à la tentation de confondre la prochaine bulle avec une opportunité d'arbitrage de long terme* »⁷²². L'État et ses autorités de régulation se doivent donc de se montrer sinon subtilement sourds ou du moins particulièrement insensibles aux critiques acerbes et souvent exagérées à l'encontre de son rôle économique. Ceci est d'autant plus indispensable que l'avancée de la dématérialisation économique d'un côté, et les effets éventuels d'un laisser faire illimité de l'autre, sont autant de facteurs qui à eux seuls dictent une véritable régulation économique afin d'éviter les surprises pouvant résulter d'une spéculation excessive. Une attention particulière sur les acteurs puissants de l'économie et donc de la

⁷²² CASS D., « Sunspots and incomplete financial markets: the general case, in the Mini-Symposium », cité par GIRAUD G., « Crise financière, une chance? », *Rev. Projet*, juin 2008, n ° 307, p. 73-74.

finance doit être déployée. Le cas de Lemman Brothers a montré à quel point la défaillance d'une entreprise puissante, cruciale et systémique peut être déterminante pour l'économie mondiale et constituer un déclencheur d'une crise économique.

2- Vigilance du régulateur face à l'accroissement des inégalités

491. Quoique puisse foisonner les hostilités à l'intervention économique de l'État, la problématique de la concentration des revenus entre les mains de quelques-unes des puissances économiques privées, est l'une des questions qui interpellent l'État et l'avenir de l'économie avec acuité. Comme cela a été souligné ici, il y a une tendance régulière à assimiler ceux qui réclament une régulation à la hauteur de cette accumulation de capital à des socialistes hostiles au mérite et à l'épanouissement économique des entreprises. Il n'en est rien. L'État n'est ni socialiste, ni libéral dans le sens littéral des termes tant si bien qu'il devrait peu lui importer de s'en réclamer. Dans certaines situations, comme celui en l'espèce de la régulation des inégalités, l'État se doit d'être sinon plus du moins autant pragmatique que les acteurs économiques. Cette exigence découle légitimement de la préservation particulière de l'intérêt général, mais surtout du vivre ensemble et, dans une acception plus large, de la stabilité de la société. La prétention du pouvoir administratif exorbitant ne peut, dans le cadre de la régulation financière⁷²³, s'avérer

⁷²³ Cet auteur appelle à la fois à une prudence sur l'efficacité réelle de la régulation financière, mais dans le même moment insiste-t-il sur la nécessité d'une régulation à la hauteur des enjeux de la finance et de son impact corrélationnel avec les crises, si jamais, elle arrivait à dériver. Il souligne qu'il ne « *manque donc pas d'arguments pour abandonner l'idée du contrôle des risques ex ante comme de l'appréciation ex ante des effets des innovations financières, par conséquent pour imposer aux uns et aux autres des restrictions drastiques, c'est-à-dire, le cas échéant, leur opposer des refus à se développer. Et il n'en manque pas non plus pour renoncer à cette autre illusion en quoi consiste la régulation prudentielle conçue ici comme régulation opérée sur des bases informationnelles et cognitives. Tombent notamment dans cette catégorie toutes les politiques dites de disclosure qui imaginent par exemple « réguler » ainsi les hedge funds. Que les hedge funds soient notoirement opaques n'est guère contestable – ils le sont jusqu'à leurs propres clients. Qu'on se trouve mieux de connaître leurs comptes que de les ignorer n'est pas non plus très difficile à concéder. Mais qu'une telle contrainte de disclosure suffise à modérer leurs comportements, ceux de leurs clients, ou de leurs primes brokers, voilà qui est probablement très illusoire. C'est d'ailleurs une illusion à laquelle on pourrait opposer un argument théorique spinoziste qui soulignerait le peu de poids des verdicts de la rationalité sur les affects – et encore l'hypothèse de « verdicts de la rationalité » est-elle très exigeante qui suppose d'abord que les produits de la disclosure aient été convenablement construits, puis qu'ils seront convenablement lus et interprétés. À supposer qu'ils le fussent, ce serait encore une tout autre affaire qu'ils déterminassent les agents aux réponses appropriées escomptées des régulateurs, une réponse qui prête à chacun d'entre eux la capacité de résister à l'extraordinaire puissance des forces sociales de la concurrence-cupide – les forces qui affectent les agents in concreto. Ces forces ne vont-elles pas parfois jusqu'à annuler toute possibilité d'apprentissage rationnel comme l'a éloquentement montré le cas UBS, mais comme le suggère, plus généralement, et à l'échelle collective, la succession des emballements qui finissent mal. Le contresens des politiques de disclosure, et plus généralement des politiques prudentielles, entendues comme des politiques qui définissent des seuils critiques en escomptant des agents des réactions appropriées à l'approche de ces seuils, est donc le contresens qui consiste à penser que les réactions individuelles peuvent contrecarrer les forces d'une situation, c'est-à-dire retenir les individus d'aller dans une direction où les poussent toutes les forces de la situation, et ceci en leur opposant les seules forces cognitives de l'information, de l'interprétation et de la délibération individuelles – l'erreur idéaliste type ». Cf. LORDON F., « Après la crise financière :*

efficace qu'à la double condition d'être initiée *ex ante* et de prendre en compte la versatilité propre à une finance de plus en plus numérisée et gouvernée par des algorithmes. Réguler ces inégalités semble équivaut à octroyer un espace stable aux acteurs économiques pour un serein exercice de leurs activités.

492. C'est au nom de cette exigence de lucidité et de parcimonie qu'on devrait désormais affirmer sans se reprocher que l'État doit également, par le biais de la régulation économique, aussi verticale soit-elle, être un protecteur inébranlable des acteurs économiques.

B- La régulation comme mission protectrice des entreprises

493. Autant la régulation économique doit se manifester avec finesse dans la protection des entreprises stratégiques (2), autant il lui appartient, ce à l'égard de tous, de protéger tous les acteurs économiques, notamment ceux d'entre qui sont considérés comme faibles ou vulnérables (1).

1- Une protection erga omnes

494. Dès lors que veiller à l'existence et le maintien d'une pluralité d'acteurs économiques demeure la mission des régulateurs dans la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant, il leur appartient également de veiller à l'équilibre économique. La concurrence qui est au cœur de cet équilibre économique n'a de sens que quand il y a des concurrents. De ce fait, l'exigence du respect des règles de concurrence protégeant l'ensemble des acteurs ne doivent souffrir de limites infondées. Encore faut-il une vivacité des acteurs régulés pour parler de concurrence.

495. Protéger l'ordre public, c'est aussi protéger les entreprises. Cette protection peut également s'étendre à des aspects concrets comme la loyauté de la concurrence. C'est à la fois un ordre et une protection en ceci qu'une concurrence loyale permet de conquérir et fidéliser la clientèle par des moyens légaux. Il permet de protéger les entreprises contre une concurrence déloyale.

2- Une protection subtile des entreprises stratégiques

496. Ce rôle protecteur des autorités de régulation se manifeste aussi auprès des entreprises qualifiées de stratégiques. On peut d'ores-et-déjà considérer les entreprises détenant des

« réguler » ou refondre ? », 25 p., spéc. p. 17-18, accessible à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/regulation/7461>. (Consulté le 12/02/2018).

infrastructures essentielles comme partie intégrante de cette catégorie. Mais toute entreprise ayant une activité nationale, internationale voire mondiale suffisamment impactant intègre une telle classification. Il faut réitérer que le soutien et la protection dont il est ici question ne sont en rien synonymes de ceux qu'une entreprise peut bénéficier, sous certaines conditions, de la part de l'État. La protection n'est en l'espèce qu'un effet parmi tant d'autres des mesures prises par le régulateur pour le maintien et la sauvegarde de l'ordre public économique. Il en découle une protection des entreprises aussi bien contre des acteurs économiques nationaux que mondiaux qui les concurrencerait déloyalement. Protéger globalement tous les acteurs économiques revient à protéger l'ordre public économique. Veiller au respect des règles de concurrence, cœur du droit économique, y compris pour des acteurs cruciaux qui les contournent sans cesse, c'est protéger les entreprises qu'elles soient stratégiques ou non. En tous les cas, quel est l'intérêt de construire un marché intégré sans entreprises capables de répondre aux ambitions de ce marché et les enjeux d'une économie mondialisée ?

497. Si l'on se place du point de vue du droit européen, l'on serait en légitimité de se demander si « *l'unification du marché européen constitue une fin en soi ou une simple étape vers la mondialisation ?* » Selon que l'on donne l'une ou l'autre réponse à cette question, on serait alors amené à savoir s'il s'agit en conséquence « *de construire un marché européen identifié par des frontières économiques, un cadre institutionnel et réglementaire spécifique et des politiques communes de sorte à favoriser l'émergence d'acteurs économiques identifiés comme européens et de taille comparable à celle de leurs principaux compétiteurs du reste du monde ?* » Ou alors s'agit-il « *de favoriser l'épanouissement d'un modèle économique et social propre à l'Europe* »⁷²⁴. Peut-être qu'il s'agit de tout cela à la fois car la conception européenne de la mondialisation économique et ses conséquences découlent davantage d'une articulation de modèles économiques qu'une conception propre. La vague libérale est d'une ampleur telle qu'une conception qui se veut proprement européenne s'avère difficile à identifier.

§2- Le pouvoir administratif exorbitant comme limite fixée au pouvoir des entreprises

498. Si le régulateur, en protégeant la concurrence et l'ordre public économique, protège aussi les acteurs, surtout face à une vague d'entreprises cruciales venant tant des États-Unis que

⁷²⁴ BUSSIERE E., « Du régionalisme européen à la mondialisation », in BAYARD F., FRIDENSON P., RIGAUDIERE A. et al. (dir.), *Genèse des marchés*, Paris, Cheff-IGPDE, coll. « Comité pour l'histoire économique et financière XIX^e-XX^e s », 2015, p. 88.

de la Chine, il n'en reste pas moins que l'effectivité du pouvoir administratif exorbitant s'impose comme une limite fixée *erga omnes*. Un tel impératif vaut non seulement pour les valeurs économiques que pour celles qui se présentent comme non-économiques mais qui demeurent tout aussi indispensables à la préservation de l'épanouissement des entreprises et à l'équilibre sociétal. Pour Marie-Anne Frison-Roche « *si le modèle du marché est effrayant* », c'est parce qu'il renvoie « *l'idée que la vie se résume à l'économie et à la vie matérielle, ce qui ne peut être admis. C'est ce postulat au rabais qui mérite d'être combattu à travers le modèle du marché car c'est lui qui rend ce dernier repoussant* »⁷²⁵. Elle rajoute que l'État « *ne peut désormais prétendre exister en tant que tel qu'en prenant en charge ce que le marché rejette* »⁷²⁶.

499. On n'ira pas jusqu'à prôner l'inversion de la tendance en demandant à l'État de s'occuper totalement de l'économie et de laisser le reliquat aux acteurs économiques. On ne peut non plus prôner le retrait définitif de celui-ci surtout lorsque l'ordre public économique est en jeu. D'où il ressort que le pouvoir administratif exorbitant, gardien de l'ordre public économique, peut fixer des limites aux acteurs économiques sur des fondements qui transcendent le simple maintien de la concurrence (**B**). Une telle limite se renforce notamment en cas de crise économique (**A**).

A- Une limite justifiée par le traitement des crises économiques

500. Limiter l'exercice de certaines libertés économiques se justifie amplement pendant une crise économique. Cette dernière impose également, ne serait-ce que le temps d'endiguer les incertitudes de la crise, le retour du dirigisme économique et peut être même un « état d'exception économique ». Parlant de la crise financière de 2008, Martine Lombard relève qu'il « *s'agit de la prise de conscience du caractère systémique des mutations transnationales de l'économie ainsi que, de façon certes seulement progressive, imparfaite, sujette à des retours en arrière ainsi qu'en témoignent les derniers mois, de la contradiction interne entre une croissance qui se voudrait indéfinie en volume et un monde aux ressources finies, que les progrès de la science ne pourront restaurer ou bien remplacer indéfiniment* »⁷²⁷. Elle rajoute que « *le droit public de l'économie est un droit adapté par nature aux crises conjoncturelles,*

⁷²⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », art. cit., p. 23.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 308.

⁷²⁷ LOMBARD M., « Le droit public économique face à la crise », *RFDA*, 2010, p. 764.

de par sa plasticité. Lorsqu'il démontre ensuite que celui-ci tire une partie de sa légitimité même de la succession de crises »⁷²⁸.

501. Les crises économiques peuvent parfois se voir attribuer un rôle « positif ». Selon certains auteurs, celui-ci consisterait à « *mettre en évidence les responsabilités d'ordre systémique incombant aux dispositifs de régulation publique et surtout [à démonter] la capacité des États à réactiver si nécessaire, les techniques directes d'intervention que sont les nationalisations de sauvetage, les prises de participation, subventions, prêts, garanties, à travers une politique de relance panifiée, utilisant massivement l'investissement et la (de) réglementation, preuve, s'il en faut, que leur recul en temps ordinaire est moins affaire de recul de l'encadrement public de l'économie que d'évolution des stratégies régulatrices. Combinant à cette occasion l'ensemble des instruments de la palette des moyens d'intervention, (...) »⁷²⁹.*

502. Le retour du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique, à l'instar du retour des aides publiques à l'économie ou la participation publique au capital des entreprises, ne doit pas susciter une incompréhension ou un cri à un quelconque retour en

⁷²⁸ Elle préfère, tout comme Pierre Delvolvé, l'expression droit public de l'économie à celle de droit public économique. Cf. LOMBARD M., *ibid.*, p. 309.

⁷²⁹ LOMBARD M., « Le droit public économique face à la crise », art. cit., p. 180. Cf. aussi APE, *L'État actionnaire*, Rapport sept. 2009, p. 21, disponible à l'adresse suivante : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/agencedeparticipationsetat/Documents/Rapports-de-l-Etat-actionnaire/2009/REA2009.pdf. (Consulté le 04/06/2019). Pour les États-Unis également : cf. CUSTOS D., « L'État pompier à la fin de la présidence de George W. Bush ou les subtilités de la nationalisation américaine », *Dr Adm*, 2009, chron. 1, Ainsi que dans d'autres pays : AUBY J.-B., « La crise, l'État, les marchés financiers », *Dr adm.* 2009, Repère 4 ; J.-Ph., IDOUX P., *Droit public économique*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2014, p. 180. Par l'intermédiaire d'une société de financement de l'économie française (SFEF) et d'une Société de prise de participation de l'État (SPPE), chargées d'aider les banques à drainer les financements nécessaires au financement de l'économie réelle en apportant la garantie de l'État ou en renforçant leurs fonds propres. Cf. COMPTES C., *Les concours publics aux établissements de crédit, premières recommandations*, Rapport juin 2009, p. 21, disponible à l'adresse suivante <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/094000295.pdf>. (Consulté le 07/03/2018). ; CAILLETEAU F., « la PPE », *Rev. Trésor*, août-sept. 2009, p. 656 ; CONAN M., « De la garantie de l'État en lois de finances rectificative-Plan de financement et Plan de relance de l'économie », *Dr adm.* 2009, étude 10 ; BIGET C., « L'investissement public au cœur du plan de relance de l'économie », *Dalloz*, 2009, p. 4 ; APE, *L'État actionnaire*, Rapport, préc., p. 22, cité dans COLSON J.-Ph., IDOUX P., *Droit public économique*, 7^e éd., *op. cit.*, p. 180. Cf. Loi n° 2009-179 du 17 févr. 2009, relative à l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, *JORF* du 18 févr. 2009, p. 2841 ; Loi n° 2009-179 du 17 févr. 2009, relative à l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, *JORF* du 18 févr. 2009, p. 2841 ou encore WALINE C., BENOIS F.-R., « Le Parlement et la crise », *RJEP*, 2009, étude 4, p. 180 ; NICINSKI S., « Le plan de relance de l'économie », *RFDA*, 2009, p. 273 s. Cf. aussi NICINSKI S., « Le mode de régulation », *Dr. adm.*, 2010, Etude 5, cité dans COLSON J.-Ph., IDOUX P., *Droit public économique*, 7^e éd., *op. cit.*, p. 180 ; AUBY J.-B., « La crise, l'État, les marchés financiers », art. cit. ; BAZEX M., BLAZY S., « Le dispositif de réponse à la crise financière », *Dr. adm.*, 2008, comm. 170, A. DELION, « La crise financière et les régulations », in REVET Th., VIDAL L. (dir.), *Annales de la régulation 2009*, *op. cit.*, p. 105 ; LIGNIERES P., LAZAR R., « Les outils d'intervention de l'État face à la crise financière », *Dr. adm.* 2009, part. 1 ; NOGUELLOU R., « La relance et le droit administratif », *Dr. adm.* 2009, Alerte 1 et le Colloque du CRJ de Grenoble (GRPE), *Le droit public économique face à la crise*, 26 févr. 2010, *RFDA*, 2010, n°4 et enfin COLSON J.-Ph., IDOUX P., *Droit public économique*, 7^e éd., *op. cit.*, p. 180.

arrière. Ce n'est rien d'autre que « *l'activation d'instruments connus et qui n'avaient jamais disparus. Nous y avons vu une illustration de leur force toujours disponible en cas de nécessité. Le DPE a offert sa boîte à outils, dont certains n'étaient certes plus employés ou l'étaient moins depuis quelque temps, mais qui se sont révélés une fois de plus fort utiles et efficaces face à la crise* »⁷³⁰. La crise, qu'elle soit économique ou financière, constitue en conséquence un vrai motif de changement de paradigme et de méthode des autorités publiques vis-à-vis de l'économie. La régulation économique n'en est pas du reste car le droit économique qui la fonde s'était elle-même sinon métamorphosée du moins adaptée. La gestion des crises majeures de l'histoire nous en fournit une illustration. Celle de 2008 « *l'a, à bien des égards, accélérée et lui a donné une nouvelle dimension, tant en ce qui concerne les modalités de l'action publique que ses finalités* »⁷³¹. Il en a toujours été ainsi, la régulation adapte ses modalités d'action en tirant les leçons des crises passées. Il semble néanmoins important que, eu égard au risque que peut représenter une crise dans une économie aussi dématérialisée que fébrile, la régulation *ex ante* soit renforcée et que le contrôle de l'effectivité de l'autorégulation et les règles prudentielles soit accru.

B- Une limite résultant du maintien d'un ordre public européen supra-concurrentiel

503. Il est vrai qu'il ne peut y avoir « *d'ordre public économique aujourd'hui que là où il y a concurrence* »⁷³² mais d'un autre point de vue, réduire toute la portée téléologique de celui-ci à la concurrence serait une façon bien restrictive de le concevoir et de le projeter. Dès lors que, dans des cas comme celui de la lutte contre l'évasion fiscale, elle-même instrumentalisée par entre autres le critère de l'établissement stable, ou celui de la protection des données personnelles et sanitaires ; on ne peut se contenter de voir uniquement la concurrence. Les enjeux vont bien au-delà et peuvent par voie de conséquence toucher l'équilibre du vivre ensemble et la stabilité économique. La concurrence est centrale dans l'ordre public économique tant sur le plan national qu'europpéen, mais elle ne résume pas à elle seule l'intégralité de l'ordre public économique.

⁷³⁰ LOMBARD M., « Le droit économique face à la crise », art. cit., p. 764.

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² Même si l'auteur souligne aussitôt que « *Inversement : lorsqu'il n'y a pas de place pour la concurrence, il n'y a pas de place non plus pour l'ordre public économique* ». Cf. VAUTROT-SCHWARZ Ch.-A., « L'ordre public économique », art. cit., p. 191.

504. Les « *notions fonctionnelles se trouvent au cœur de la méthode téléologique* »⁷³³ du droit communautaire. Les articles 2 et 3 du TUE parlent d'objectifs. Ce dernier article indique d'ailleurs que le marché européen est fondé sur « *une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement* ». Une économie qui consolide sa compétitivité sans pour autant sacrifier le volet social ne peut être effective que par le biais de l'intervention des autorités de régulation. Aurore Laget-Annamayer évoque quant à elle ce qu'elle considère comme « *polyphonie* »⁷³⁴ à la fois d'acteurs et de lieux de définition des objectifs de la régulation économique au niveau européen. Cette pluralité dénote non seulement l'importance prise par la régulation au sein du système juridique communautaire, mais elle souligne aussi et surtout la propice absence de définition stricte de celle-ci. La « *définition-objectifs* » la caractérise mieux. L'article 106 §2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (ci-après TFUE), sur les services d'intérêt économique général, (ci-après SIEG), illustre également l'importance, la pluralité et la primauté des objectifs de la régulation communautaire⁷³⁵. Ces textes ont été renforcés par la Directive 2009/72/CE⁷³⁶, notamment son article 36 définissant et détaillant les objectifs généraux des autorités de régulation chargées de veiller à l'atteinte et à la préservation de ces objectifs dans le domaine de l'électricité par exemple⁷³⁷. Le droit de l'Union concourt avant tout à la prise en compte de ces aspects non-économiques de l'économie, à travers justement « *la formule d' "économie sociale de marché" ou de "cohésion économique et sociale et territoriale" de l'article 3 du TUE* »⁷³⁸. Il faut néanmoins préciser qu'il y a une vraie difficulté à parler d'un ordre public européen homogène et global dans la mesure où chaque pays semble avoir sa propre conception de l'ordre public. S'il s'avère nécessaire qu'il y ait une conception propre à l'Union européenne de l'ordre public, il n'en reste pas moins que « *All of founding Member States of the EU have a concept of public order* »⁷³⁹, et ce en dépit même du

⁷³³ LAGET-ANNAMAYER A., « La détermination des objectifs de la régulation dans l'Union européenne : au-delà de l'évidence, la complexité », art. cit., p. 52.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 54 et s.

⁷³⁵ Le § 2 de l'article 106 dispose que « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ».

⁷³⁶ Directive 2009/72/CE du Parlement et du Conseil du 13 juill. 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la Directive 2003/54/CE, *JOUE*, n° 55/112L du 14 août 2009.

⁷³⁷ L'article 36 de cette Directive indique : « *Aux fins des tâches de régulation définies dans la présente directive, l'autorité de régulation prend toutes les mesures raisonnables pour atteindre les objectifs suivants dans le cadre de ses missions et compétences définies à l'article 37, en étroite concertation, le cas échéant, avec les autres autorités nationales concernées, y compris les autorités de concurrence ...* ».

⁷³⁸ LAGET-ANNAMAYER A., « La détermination des objectifs de la régulation dans l'Union européenne : au-delà de l'évidence, la complexité », art. cit., p. 56.

⁷³⁹ CORTHAUT T., *UE Ordre Public*, Paris, Wolters Kluwer, 2012, p. 16.

fait qu'on puisse noter, s'agissant du Code civil, une certaine harmonie entre la France, la Belgique et le Luxembourg, dont l'ordre public « *Still use the napolenic civil Code* »⁷⁴⁰. Sur le plan économique, la donne est différente dès lors que la Commission et la Cour de justice de l'Union européenne jouent un rôle considérable dans la construction et la mise en œuvre d'un ordre public économique européen. Les mêmes préoccupations ressortent de la Directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux de services de communication électronique⁷⁴¹.

505. La préservation de ces objectifs est telle que si dans certains aspects, les États membres peuvent aller plus vite et plus loin, l'Union européenne reste tenue à une certaine conciliation qui tient compte de la disparité des politiques intérieures des États. Une telle flexibilité ne doit néanmoins sacrifier ni l'effectivité à l'égard de ces derniers, ni l'efficacité de sa mise en œuvre à l'endroit des acteurs économiques. « *On ne peut donc négliger la stratégie politique des différents acteurs dans l'inflexion possible de certains objectifs et notamment le renforcement de l'objectif d'intérêt général* »⁷⁴². Cette conciliation, qualifiée de « *topique* »⁷⁴³ est déterminante, tant son rôle est précurseur voire révélateur, et dénote toute la singularité des objectifs de l'ordre public économique européen. Même si depuis la consécration de l'efficacité économique comme un des objectifs de la régulation économique par les deux directives susmentionnées, il n'en reste pas moins que l'ordre public économique réserve une place de choix à d'autres aspects supra-concurrentiels.

506. S'agissant du rôle de CJUE dans la sauvegarde de ces objectifs, il est primordial de ne pas le reléguer dès la Cour a, à la fois et de manière déterminante voire « *prétorienne* »⁷⁴⁴, impulsé la prise en compte ou la clarification des SIEG comme partie intégrante de la construction du marché intérieur et donc de l'ordre public économique européen⁷⁴⁵. Il en est également ainsi des questions essentielles liées au développement durable ou celles liées à la protection du consommateur sous l'impulsion de l'article 6 TCE⁷⁴⁶. Aurore Laget-Annamayer

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁷⁴¹ Directive 2002/21/CE du Parlement du Conseil du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive cadre).

⁷⁴² LAGET-ANNAMAYER A., « La détermination des objectifs de la régulation dans l'Union européenne : au-delà de l'évidence, la complexité », art. cit, p. 59.

⁷⁴³ *Ibid.*, p. 59.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 60.

⁷⁴⁵ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.*, 1993, p. I-02533 ; CJCE, 27 avr. 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, *Rec.*, 1994, p. I-01477.

⁷⁴⁶ L'article 6 dispose que « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable* ».

conclut ainsi en soulignant que « *la question de la mise en œuvre des objectifs [la régulation] est aussi importante que celle de la détermination des objectifs* »⁷⁴⁷ au sein de la construction du marché communautaire et la préservation de l'ordre public économique qui lui sert de soubassement.

507. La tentative de banalisation du droit économique et sa particularité, donc son exorbitance, est due en partie au fait que, depuis plusieurs décennies maintenant, celui-ci est allé sur le terrain du droit privé sous forme d'une quête de légitimité. La conséquence implique que « *ce sentiment a pu être éprouvé, notamment, devant la propension des personnes publiques à rechercher l'utilisation de formules contractuelles de droit privé, de formules de valorisation domaniale également inspirées du droit privé* »⁷⁴⁸. Le droit du service public sous-tendant le pouvoir administratif exorbitant en droit français est souvent mis en confrontation avec un autre principe communautaire, celui du SIEG qui, pour certains, est une « *notion plus exigeante* »⁷⁴⁹ en ce qu'il renvoie que le service public ne puisse justifier des dérogations au droit de la concurrence. En tout état de cause, la pluralité des objectifs du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique, dont ceux liés notamment à la recherche de l'équilibre du marché, n'en reste pas moins consubstantiels des objectifs liés au maintien de l'ordre public économique tant en droit national que communautaire.

⁷⁴⁷ LAGET-ANNAMAYER A., « La détermination des objectifs de la régulation dans l'Union européenne : au-delà de l'évidence, la complexité », art. cit., p. 80.

⁷⁴⁸ AUBY J.-B., « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 3 ; AUBY J.-B., « A propos de la notion d'exorbitance du droit administratif », in MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, op. cit., p. 23.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 24.

Chapitre II- Les objectifs relatifs au maintien de l'ordre public économique

508. Dans la conception spatiale de la souveraineté, il y a une pluralité d'ordres publics. Il peut être local, national, communautaire et même, dans une certaine mesure, mondial⁷⁵⁰. Matériellement, l'ordre public peut également être économique, financier, environnemental et de plus en plus numérique. Il peut se définir selon que l'on distingue l'ordre public matériel et immatériel voire philosophique⁷⁵¹. Dans l'intégralité de ces ordres publics, le recours au pouvoir administratif exorbitant est plus ou moins indispensable selon que la compétence de l'autorité qui en est dépositaire et sa mise en œuvre s'y prêtent avec plus ou moins de verticalité. Il est indéniable que la différence d'approche est tangible selon que l'on soit en présence de l'ordre public de police ou de l'ordre public économique global. C'est dans ce sens qu'Etienne Muller souligne que « *la police et la régulation ne sauraient être comparées de façon pertinente que sous l'angle de leurs finalités et non de leurs moyens* »⁷⁵². Leurs moyens, fondés sur l'exorbitance, convergent tant dis que leurs finalités, dictés par des objectifs, peuvent diverger selon l'objet de leur mise en œuvre. La convergence résulte du fait que les deux ordres publics font appel à l'autorité et à l'exorbitance comme moyen de mise en œuvre même si la police classique se cantonne à ses fonctions traditionnelles⁷⁵³ et que la régulation se projette sur des activités économiques à la fois singulières et mouvantes. Néanmoins, des difficultés se posent quant à l'identification et la définition l'ordre public économique mondial⁷⁵⁴. À cela s'ajoute la délicate question de l'autorité devant incarner le pouvoir et les moyens nécessaires de sa mise en œuvre⁷⁵⁵.

⁷⁵⁰ Même si cette dernière est plus ou moins tangible dans la mesure où le défaut d'une unicité politique pouvant en être dépositaire ne fait que la rendre plus improbable. La souveraineté demeure en conséquence intrinsèquement liée à la notion d'État et dans l'inexistence d'un « État mondial », l'on ne peut pertinemment évoquer une souveraineté mondiale.

⁷⁵¹ Etienne Muller souligne à ce sujet que « *À l'approche la plus répandue en doctrine, qui appréhende l'ordre public sous un angle matériel, c'est-à-dire celui de son contenu, s'en oppose une autre, adoptée notamment par Etienne Picard, qui, constatant que l'ordre public est une donnée contingente, préfère aborder cette notion sous l'angle de sa fonction à l'égard de la société* ». Cf. MULLER E., « La comparaison des objectifs de la régulation et de la police », in ECKERT G., KOVAR J-Ph., (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 17.

⁷⁵² MULLER E., « La comparaison des objectifs de la régulation et de la police », art. cit., p. 16. Cf. aussi EISENMANN Ch., « Les fonctions de l'État », in EISENMANN Ch., *Ecris des théories de droit, droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Panthéon-Assas, 2002, p. 189.

⁷⁵³ La sécurité, la salubrité et la tranquillité.

⁷⁵⁴ Nous ne faisons pas ici allusion à l'ordre public international classique. C'est-à-dire celui du droit international privé traitant des conflits des lois (conflits des ordres publics). Celui-ci est clairement exprimé par la Cour de cassation selon la conception française.

⁷⁵⁵ Nous entendons l'ordre public économique international.

509. Il s'avère que l'ordre public *stricto sensu*, c'est-à-dire celui de la police, est moins abstrait que celui non moins important désigné comme ordre public économique. Cela dit que l'identification de ce dernier précède sa mise en œuvre dans le domaine de la régulation économique. La doctrine s'est interrogée sur l'existence d'un tel ordre ainsi que sa distinction avec l'ordre public *lato sensu* avant d'analyser, selon diverses perceptions, sa mise en œuvre. Ce serait plus convenable de revenir de manière approfondie sur l'identification de l'ordre public économique afin de mieux saisir ses contours et sa distinction avec l'ordre public général (**Section I**).

510. En dépit d'une divergence doctrinale persistante sur l'identification précise de l'ordre public économique d'un côté, et sa distinction avec l'ordre public général de l'autre, il n'en reste pas moins que l'application d'un tel ordre se singularise ne serait-ce que par son objet : l'économique. Les objectifs de l'ordre public dans la régulation économique se distinguent, par la prise en compte ponctuelle voire permanente mais nécessaire de la flexibilité dans le domaine économique. Une flexibilité qui n'est certes pas synonyme de laxisme ou de mollesse juridique, mais qui s'applique justement en parfaite harmonie avec l'autorité et l'exorbitance indispensables au maintien de l'ordre public économique. La prise en compte d'une telle spécificité pose inéluctablement la question de la préservation d'un tel ordre dans une économie mondialisée et doublement caractérisée. D'un côté, par un recul de l'État, et de l'autre par une puissance des acteurs privés qui se glorifient de plus en plus de ravir au premier ses domaines considérés jusque-là comme régaliens (**Section II**).

Section I- Identification de l'ordre public économique

511. À l'instar de l'État, l'ordre public est d'une utilité indispensable mais tout autant imaginaire car « *nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert* »⁷⁵⁶. Une conception certes large voire insaisissable mais dont l'utilité est tout aussi primordiale dès lors que l'État, organe impartial par excellence, s'en sert pour maintenir l'équilibre de la société. C'est à juste titre que Jean-Marc Sauvé souligne l'importance de la liberté mentionnée à l'article 1^{er} de la DDHC, mais relève-t-il aussitôt que l'exercice de celle-ci est conditionné par les limites qui lui sont légitimement fixées par l'ordre public. Quand bien

⁷⁵⁶ MALAURIE Ph. cité dans AUBY J.-B., (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 317 ; SAUVE J.-M., « Discours introductif », *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, 24 févr. 2017, p. 1., accessible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/l-ordre-public-regards-croises-du-conseil-d-etat-et-de-la-cour-de-cassation>. (Consulté le 05/03/2017).

même cette interprétation de l'ordre public s'inscrit dans le sillage de l'affirmation du Commissaire du Gouvernement Corneille selon laquelle « *la liberté est la règle et la restriction de police, l'exception* »⁷⁵⁷. Sa restriction demeure donc tout aussi légitime quand elle est justifiée.

512. Louis Josserand conforte une telle subtilité en affirmant que « *les notions d'ordre public sont aussi vagues que fondamentales* »⁷⁵⁸. Raison pour laquelle, il est frappant de constater que ceux qui voudraient que l'ordre public économique se réduise à l'ordre concurrentiel n'incorporent pas tous les paramètres de celui-ci. Réduire le premier au seul respect du second, c'est là une façon de rétrécir son champ d'application dès lors qu'il entend protéger également des objectifs non-économiques. L'interprétation large de l'ordre public économique a ceci de salubre, au-delà de son tempérament volontariste, qu'il responsabilise les acteurs du marché. D'où l'émergence de notions telles que l'autoréglementation, l'autorégulation voire l'autocontrainte avec tout ce qu'elles contiennent de limites mais aussi de forces dans un monde économique où la verticalité primaire semble avoir, depuis un certain temps, cessé d'être d'une totale efficacité.

513. Frédéric Rouvillois et Michel Degoffe affirment, à propos de l'ordre public économique, qu'en « *quelque totalité qu'il soit, il existe un triple ordre- l'ordre des parties entre elles, l'ordre du tout aux parties, et l'ordre des parties au tout* »⁷⁵⁹. L'interdépendance du moins l'interaction entre les différents types d'ordre public est telle qu'on pourrait parler d'un ordre triptyque. C'est sans doute au nom de cette transcendance que Philippe Malaurie considère l'ordre public comme une « *sujet téméraire* »⁷⁶⁰. Cette témérité semble plutôt restituer la véritable manifestation de sa prétention et le flou qui le caractériserait.

⁷⁵⁷ Commissaire du gouvernement Corneille dans les conclusions sous CE, 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855. Cf. aussi SAUVE J.-M., « Discours introductif », *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Colloque, préc., p. 4.

⁷⁵⁸ JOSSERAND L. cité par P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1962, p. 3 ; BONNET B., « L'ordre public en France : de l'ordre matériel à l'ordre public immatériel tentative de définition d'une notion insaisissable », in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Actes de colloques 15 et 16 déc., 2011, préc., p. 117.

⁷⁵⁹ ROUVILLOIS F., DEGOFFE M., *La privatisation de l'État*, op. cit., p. 53.

⁷⁶⁰ MALAURIE Ph., EISMEIN P., *L'ordre public et le contrat*, Reims, Matot-Braine, 1954, p. 3. Cf. aussi ROMAIN J.-F., GREGOIRE M., SIMONART V. et al., *L'ordre public, concepts et applications*. Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique, Bruxelles, Bruylant, coll. « Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles », 1995, p. 8.

514. Si en procédures civiles d'exécution « *il suffit que le droit ait été dit pour que tout soit en ordre* »⁷⁶¹, en droit économique et plus singulièrement dans le cadre du maintien de l'ordre public économique, l'impact de la règle de droit n'est pas si systématique. Pour essayer, non pas d'harmoniser les divergences doctrinales sur l'existence ou non de l'ordre public économique et sur sa mise en œuvre, mais de systématiser ou du moins de coordonner son expression dans la régulation économique, il conviendrait de procéder à une présentation binaire de l'ordre public économique⁷⁶². Une telle présentation ne nie pas le caractère protéiforme de l'expression de l'ordre public économique, elle cherche simplement à harmoniser le raisonnement à des fins pédagogiques et par souci de clarté, d'autant plus que chacune des deux classifications renferme d'autres formes d'expression de l'ordre public économique.

515. Qu'il soit transcendant et s'imposant à tous ou qu'il soit *inter partes* et nécessitant le regard du juge pour éviter des abus, ou même qu'il soit cet ordre général qui inspire tous les acteurs, y compris l'État ; il est primordial de veiller à la sauvegarde de l'ordre public économique. Ainsi, dans le but de mieux identifier cet ordre dans sa globalité, il conviendra d'aborder l'ordre public économique de direction (§1), avant d'analyser l'important rôle joué par l'ordre public économique de protection sans méjuger ce qu'il convient d'appeler les conceptions modernes de l'ordre public économique (§2).

§1-L'ordre public économique de direction

516. La mutation économique du monde a fait que l'ordre public économique s'est diversifié dans son expression. Le but étant de ratisser le plus large possible et englober toute la plénitude qui doit être la sienne. La conception qui aurait voulu le cantonner à n'être qu'un ordre public de direction rétréci est remise en cause par d'autres expressions. On parle ainsi d'ordre public économique « *architecte* », « *bâtitteur* » ou même « *promoteur* » du marché selon les notions utilisées par la professeure Marie-Anne Frison-Roche⁷⁶³. En d'autres termes, adapter l'ordre public à la mutation économique ne consiste pas nécessairement à l'enfermer dans le dogme et le passé, il s'agit surtout de le rendre fort dans sa flexibilité en misant sur sa capacité

⁷⁶¹ PERRIN A., *L'injonction en droit public français*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2009, p. 25, in PERROT R., THERY Ph., *Procédures civiles d'exécution*, Paris, Dalloz, 2013, 1086 p. Cf. également BERGEL J.-L., *Théorie général du droit*, Paris, Dalloz, 2013, 400 p. ; PARIENTE-BUTTERLIN I., *Le droit, la norme et le réel*, Paris, PUF, 2005, spéc., p. 107 et s.

⁷⁶² Dans cette partie, nous nous contenterons d'évoquer « *l'ordre du tout aux parties* » qui se subdivise en deux catégories fondamentales : l'ordre public de direction et l'ordre public de protection.

⁷⁶³ FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », art. cit., p. 120.

d'adaptation et surtout sur l'efficacité de son encadrement de phénomènes nouveaux. En outre, contrairement à l'interprétation faite par des libéraux hostiles à tout rôle économique de l'État, l'ordre public économique de direction devient plus que nécessaire dans la mondialisation économique dès lors que celui-ci « *ne coïncide plus avec une véritable politique dirigiste* »⁷⁶⁴. Certains auteurs évoquent d'ailleurs un « *ordre public régulateur* »⁷⁶⁵. C'est une terminologie qui pourrait être rassurante aux yeux des ceux qui auraient l'appréhension de sa verticalité. Quoique.

517. Pris en tant qu'ordre global, l'ordre public économique de direction « *se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait contrarier cette direction* »⁷⁶⁶. Dans une telle logique, cet ordre revient prétend redonner une direction à l'économie selon la conception que le Politique a de l'idéal qui doit gouverner la société. Dans une telle perspective, la recherche de l'équilibre du marché et le vivre ensemble dans le respect des droits de chacun demeurent des aspects fondamentaux. C'est sans doute pour cette raison qu'en droit public, dit Jean-Marc Sauvé, « *l'ordre public est donc une notion essentiellement fonctionnelle*⁷⁶⁷ : *l'État doit assurer un ordre minimal afin de garantir l'exercice paisible des droits et des libertés de chacun* »⁷⁶⁸. C'est tout le sens de son fondement philosophique et sa fonction téléologique.

518. Dans le domaine économique, l'ordre public ne se soustrait pas de ces idéaux. Il s'en inspire, les renforce et les fortifie. Ainsi, avant de revenir sur l'ordre public économique *intra partes*, c'est-à-dire l'ordre extra-étatique prévalant entre les acteurs économiques (**B**), il paraît utile de s'attarder sur la transcendance de l'ordre public économique (**A**).

A- L'ordre public économique transcendant

519. Dès lors qu'il emprunte les caractéristiques de l'ordre public global, l'ordre public économique, à travers des distinctifs qui lui sont propres, devient « *une pièce de la politique économique* »⁷⁶⁹. Cependant, à l'instar de l'ordre public qui ne peut être « *un ordre moral dans*

⁷⁶⁴ RACINE J.-B., « Le droit économique et les lois de police », art. cit., p. 64.

⁷⁶⁵ SALAH M. M., « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur ? », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 261 ; RACINE J.-B., « Le droit économique et les lois de police », art. cit., p. 64.

⁷⁶⁶ FARJAT G., BERTHOLD G., *L'ordre public économique*, op. cit., p. 119.

⁷⁶⁷ SIMON D. cité par MALAURIE Ph., GAUTIER M. dans « L'ordre public », art. cit., p. 325.

⁷⁶⁸ PETIT J., « Les ordonnances *Dieudonné* : séparer le bon grain de l'ivraie », *AJDA*, 2014, p. 871 ; SAUVE J.-M., « Discours introductif », *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Colloque, préc.

⁷⁶⁹ REYNAUD P., *L'ordre public économique*, Droit civil approfondi, Les cours de droit 1965-1966, p. 59.

les idées »⁷⁷⁰, c'est-à-dire celui qui bascule, selon le doyen Hauriou, dans « *l'inquisition et l'oppression des consciences* »⁷⁷¹, l'ordre public économique ne peut en aucun cas se transformer en idéologie morale et dirigiste muselant la liberté des acteurs économiques. Cette nuance est aussi fondamentale qu'indispensable. La jurisprudence veille singulièrement à sa protection, qui « *l'emporte sur tout autre chose* »⁷⁷². C'est dans ce sens qu'elle a pu retenir des preuves déloyalement obtenues pour le démantèlement d'une entente. En l'espèce, un enregistrement obtenu à l'insu de son auteur est jugé valable et conforme aux principes de loyauté de la preuve dès lors que le Conseil de la concurrence, après avoir relevé que les représentants de la société *SCEE CREL* et de la société *SNER*, lorsqu'ils avaient été entendus par les enquêteurs, avaient reconnu avoir tenu les propos enregistrés et les avaient même précisés⁷⁷³.

520. L'ordre public économique exprime ainsi sa transcendance de deux manières. Il peut, dans un premier temps, être conçu et mis en œuvre comme un pouvoir de police (1), avant, dans un deuxième temps et de manière complémentaire, de s'exprimer comme un ordre régulateur (2). Toutefois, la noblesse de ses missions n'empêche en rien l'émergence d'un regard critique de la doctrine. Celui-ci sonne d'ailleurs comme une exigence (3).

1- L'ordre public économique comme pouvoir de police

521. Selon les articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, les maires disposent du pouvoir de police. Mais, dans un arrêt récent du Conseil d'État⁷⁷⁴, le juge a pu estimer que cette compétence générale peut être reléguée au profit d'une compétence spéciale d'une autorité administrative indépendante plus à même d'assurer le maintien de l'ordre dans un domaine spécifique⁷⁷⁵. En l'espèce, le maire s'est ainsi vu déposséder de son pouvoir de police générale au profit de l'Autorité de régulation des communications

⁷⁷⁰ SAUVE J.-M., « L'ordre public. Regards croisés du Conseil d'État et la Cour de cassation », art. cit., p. 2.

⁷⁷¹ HAURIU M. cité par STIRN B. « Ordre public et libertés publiques », in *L'ordre public*, Dalloz, 2015, p. 9. Cf. aussi SAUVE J.-M., « L'ordre public. Regards croisés du Conseil d'État et la Cour de cassation », art. cit., p. 2.

⁷⁷² MALAURIE-VIGNAL M., « Droit processuel - Principe de loyauté de la preuve et entente sur les prix – », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 10, oct., 2007, comm. 244, p. 2.

⁷⁷³ CA Paris, 1^{ère} ch. s., 19 juin 2007, *SAS Philips France*, n° 2006/00628, statuant sur les recours contre la décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-66 du 05 déc. 2005, relative à la saisine de la SARL *AVANTAGE* à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public, , pt. 160 et 16, non-publiée au *BOCCRF*.

⁷⁷⁴ Dans cet arrêt le Conseil d'État récuse la compétence générale du maire sur l'implantation des antennes relais au profit de la compétence spéciale de l'ARCEP. Cf. CE, Ass., 26 oct. 2011, *Commune de Saint-Denis*, n° 326492.

⁷⁷⁵ Cf. MULLER E., « La comparaison des objectifs de la régulation et de la police », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 23.

électroniques et des postes (ci-après l'ARCEP) qui assure la police spéciale des communications électroniques confiée à l'État. L'ordre public économique est une des manifestations de l'ordre public global traditionnel mais il ne s'y dilue pas. À cette conception dite « *classique* » de l'ordre public s'ajoute une conception élargie et diversifiée d'un ordre public qui rassemble les règles fondamentales ou impératives qui assurent la satisfaction de l'intérêt général *lato sensu* »⁷⁷⁶. Jean-Marc Sauvé, dans l'optique de réitérer le rôle de l'ordre public, interprété ici sous l'angle de l'ordre de police, rappelle l'affirmation du professeur Bernard Sellier selon laquelle « *la police est l'ombre des libertés éclairées par la lumière du siècle* »⁷⁷⁷, paraphrasant ainsi l'expression de Jean Boulouis⁷⁷⁸.

522. Sans rien émettre du maintien du bon ordre, de la sûreté et de la salubrité publique, traditionnellement attribués au maire dans le cadre de la compétence générale de police, les juges estiment que dans certaines circonstances et en vertu d'une délimitation législative, la police spéciale, attribuée à des autorités autres que le maire, est mieux à même de répondre aux exigences de la protection de la santé publique contre les effets des ondes électromagnétiques. Le Conseil a même eu l'occasion de sanctionner, dans l'arrêt *Brasseur* de 1991⁷⁷⁹, un maire qui avait outrepassé une telle délimitation. L'ordre public classique présente des similitudes avec l'ordre public économique dans la mesure où ce dernier peut également regorger, dans le cadre des missions qui sont les siennes, des aspects d'ordre global et spécial.

523. La mise en œuvre et la sauvegarde de l'ordre public économique exigent une autorité dont la verticalité contient de points communs avec le pouvoir de police. De ce point de vue, l'ordre public économique se déploie comme un pouvoir général de police. Dans la pratique de la régulation économique, une certaine distinction liée à la particularité de l'objet de la

⁷⁷⁶ SAUVE J.-M., « Discours introductif », *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Colloque, préc.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 8. Cf. aussi SEILLER B., *Droit administratif, L'action administrative*, 4^e éd., Paris, Flammarion, coll. « Champs- Université-Droit », 2011, 355 p.

⁷⁷⁸ Selon Jean Boulouis, « *le droit administratif est l'ombre de l'État éclairé par la lumière du siècle* ». Cf. BOULOUIS. J., « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 12.

⁷⁷⁹ La question n'était pas tant de savoir si le maire était fondé à limiter l'exercice du commerce ambulancier au mercredi matin de la semaine à la place de l'église que celle du respect du délai de recours intenté auprès du préfet, lequel n'a pas déféré le recours auprès du tribunal, alors que les nouvelles dispositions législatives imposaient de s'adresser au tribunal administratif. Les juges estiment alors que « *Considérant que la saisine du préfet, sur le fondement desdites dispositions de la loi du 2 mars 1982, par une personne qui s'estime lésée par l'acte d'une collectivité locale, n'ayant pas pour effet de priver cette personne de la faculté d'exercer un recours direct contre cet acte, le refus du préfet de déférer celui-ci au tribunal administratif ne constitue pas une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir; qu'en revanche la demande ainsi présentée au préfet, si elle a été formée dans le délai du recours contentieux ouvert contre l'acte de la collectivité locale, a pour effet de proroger ce délai jusqu'à l'intervention de la décision explicite ou implicite par laquelle le préfet se prononce sur ladite demande* ». Cf. CE, 25 janv. 1991, *Brasseur*, n° 80969.

régulation dégage cette dernière et, de ce fait, la distingue légèrement de l'ordre classique de police qui a pour rôle le maintien de l'ordre public général, même s'il n'en reste pas moins que « *la régulation est une activité de police en ce qu'elle poursuit certainement un but d'intérêt général* »⁷⁸⁰. Il convient dès lors de s'intéresser aux similitudes entre les deux méthodes dans le maintien tant de l'ordre public (a), avant de revenir sur la singularité de l'autorité mise en œuvre dans la sauvegarde de l'ordre public économique (b).

a- Similitudes entre ordre public général et ordre public économique

524. Traditionnellement opposé à la liberté, l'ordre rime avec contrainte et limite. Ainsi présenté l'ordre public global est indissociable de la notion de police. Cette limite n'est pas non plus totalement absente dans l'ordre public économique. Le recours à la police s'effectue en amont ou en aval ou les deux à la fois selon que l'on soit en présence de la mise en œuvre de l'ordre public général sanctuarisé ou de l'ordre public économique. Il y a donc des fortes similitudes dans le fondement aussi bien de l'un que de l'autre. Selon Thomas Pez « *de même que l'ordre public est indissociable de la police, l'ordre public économique fait le lien entre la notion de police appliquée à l'économie et la notion juridique de régulation* »⁷⁸¹. Il en découle que la notion de police, d'ordre et de verticalité, imposée sur le plan économique, soit par le régulateur soit *a posteriori* par le juge, emprunte toute sa rigueur à l'ordre classique de police.

525. Il y a néanmoins une dissemblance méthodologique entre les deux types d'ordre public. Le recours à l'ordre impératif dans le cadre du maintien de l'ordre public économique n'est ni systématique, ni indispensable dans un premier temps. Une telle particularité est dictée par l'objet économique de cet ordre. L'économie étant par nature guidée par la rapidité et la flexibilité, l'ordre qui lui est appliqué prend en compte cette réalité afin de s'imposer de manière efficacement irrévocable même si dans certains cas il lui faudrait paraître moins impératif que d'habitude. On parle alors de différence d'approches et de méthodes entre l'ordre public et l'ordre public économique dans leur mise en œuvre. Tandis que l'ordre public accorde un attachement quasi viscéral à l'*imperium*, l'ordre public économique cherche d'abord à atteindre des objectifs quitte à obtenir l'effectivité de la règle par l'entremise et le concours des acteurs économiques, somme toute, destinataires finaux de la règle de droit.

⁷⁸⁰ MULLER E., « La comparaison des objectifs de la régulation et de la police », art. cit., p. 24. Cf. aussi VAUTRAUT-SWHARTZ Ch., « Police et régulation », in VAUTRAUT-SWHARTZ Ch., *La police administrative*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2014, p. 65 et s.

⁷⁸¹ PEZ Th., « L'ordre public économique », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 49, « dossier : l'entreprise », oct. 2015, p. 44.

526. Quoique beaucoup moins déterminantes, il y a également des similitudes dans les finalités entre l'ordre public économique et l'ordre public global. Que ce dernier soit rempli par une police générale ou spéciale, il cherche à atteindre l'harmonie en assurant les traditionnelles missions de tranquillité, de salubrité et de sécurité publiques. Tandis que l'ordre public économique veille à ce que l'exercice de la liberté des acteurs économiques ne porte pas atteinte à l'ordre économique déterminé par le Droit. Dans les deux cas, la notion d'ordre est fondamentale car dans un cas comme dans un autre, les citoyens ou les acteurs économiques ne peuvent passer outre. La notion d'effectivité de l'ordre prend tout son sens. Cette relative différence d'approche entre les deux ordres ne signifie en rien que l'ordre public économique renonce à l'*imperium* nécessaire à son effectivité, elle permet simplement de n'y recourir que dans la mesure où l'effectivité n'est pas suffisamment atteinte par la flexibilité et la confiance accordée aux acteurs économiques dans leur capacité à se conformer à l'ordre public économique établi ou à s'autoréguler.

527. Aussi diverses que puissent être les attributions de l'ordre public global, conçu en tant qu'ordre de police, il y a une accointance naturelle entre celui-ci et l'ordre public économique de sorte que « *dans certaines hypothèses, leurs objectifs puissent se rejoindre* »⁷⁸². C'est sur le fondement de l'interprétation *lato sensu* de l'ordre public que l'État peut limiter des libertés fondamentales dans le but de préserver l'intérêt général ou le vivre ensemble. C'est également sur ce même fondement que celui-ci peut légitimement restreindre « *la liberté des acteurs économiques* »⁷⁸³ et ainsi limiter un droit fondamental à valeur constitutionnelle, en l'occurrence la liberté d'entreprendre. Partant, dès lors que la liberté d'entreprendre n'est absolue que dans le principe, elle peut être limitée par le maintien de l'ordre public économique. La sensible question des données personnelles nous en donne aujourd'hui une parfaite illustration. Ceci n'est pas nouveau dans l'ordre juridique français et même européen car l'ordre public s'impose même lorsqu'il faut protéger les personnes contre eux-mêmes⁷⁸⁴. L'on ne peut

⁷⁸² SAUVE J.-M., « Discours introductif », *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Colloque, préc. Rappelant notamment CE, 17 nov. 2004, *Société générale d'archives*, n° 252514. Cf. aussi RADIGUET R., « Les polices administratives spéciales de l'environnement, facteur ou frein à une protection globale de l'environnement », in NAIM-GESBERT E., PEYEN L., RADIGUET R. (dir.), *Figures de la préservation de l'environnement outre-mer : études de cas et réflexions disciplinaires*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 13-34, spéc. p. 17-18.

⁷⁸³ SAUVE J.-M., « Discours introductif », *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Colloque, préc. ; FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », art. cit., p. 112-113. La professeure Marie-Anne Frison-Roche parle d'un « ordre public bâtisseur » et d'un « ordre public promoteur » dont l'objectif n'est pas de maintenir ce qui est ou de restaurer ce qui a été, mais de créer et d'instaurer des secteurs et des marchés concurrentiels là où il n'en existe pas.

⁷⁸⁴ La liberté d'entreprendre et de création a ceci de spécifique qu'elle n'est une véritable liberté que quand elle participe de l'épanouissement de l'humain et non son asservissement. Combien de création humaine peuvent

nier toutes les possibilités offertes par le numérique, mais il serait candide et ingénu voire même dangereux de ne pas y imposer un ordre public tangible et protecteur de l'humain, sa vie privée, son intimité et même sa réputation qu'elle soit personnelle, professionnelle ou sanitaire. Le but est celui de protéger non seulement les utilisateurs des données mais également ceux qui les manipulent. Même si pour ces derniers un tel argument peut paraître chétif, il est évident que le Droit ne peut pas cautionner une violation de la concurrence et de l'ordre public dans la perversion des données personnelles.

528. La proximité et les similitudes entre pouvoir administratif exorbitant, ordre public et lois de police, s'expriment de manière assez frappante. En droit international privé, cet ordre public s'exprime également même si son utilisation n'est pas aussi fréquente, aisée et systématique qu'en droit économique national ou européen. Jean Baptiste Racine souligne à ce sujet que « *la technique des lois de police, au contraire de l'ordre public d'éviction*⁷⁸⁵, *est utilisée assez fréquemment dans la jurisprudence et ce, même si beaucoup considèrent que son rôle devrait également être exceptionnel* »⁷⁸⁶. Mais l'auteur ajoute tout de même une nuance dans la mesure où « *sans se confondre ni avec l'ordre public interne ni avec l'ordre public d'éviction, les lois de police forment une catégorie intermédiaire d'ordre public dont la nature pousse à une application immédiate dans le cadre international par éviction de la règle de conflit, sans pour autant englober toutes les dispositions d'ordre public interne* »⁷⁸⁷. En droit international privé, le Règlement du Parlement et du Conseil n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, également appelé Rome I, définit clairement la loi de police⁷⁸⁸. Il souligne néanmoins toute la précaution nécessaire quant à la transposition de cette conception de loi de police en droit international privé dans le droit de la régulation en raison de la divergence d'objet entre les deux matières.

s'avérer, en l'absence d'un encadrement propice, destructrice de l'humain. Le tout numérique n'est pas très éloigné d'une telle configuration eu égard au pouvoir si énorme qu'il octroie aux gestionnaires des données sur la vie des gens et de leur intimité.

⁷⁸⁵ Sur les liens entre les deux techniques : Cf. NORD N., *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse, Université de Strasbourg, 2003, 403 p. ; REMY B., *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2008, IV-515 p.

⁷⁸⁶ RACINE J.-B., « Droit économique et lois de police », art. cit., p. 62. Cf. aussi TRAIN F.-X., JOBARD-BACHELLIER M.-N., *Ordre public international*, Jurisclasseur Droit international, 2008, fasc. 534-1.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 63.

⁷⁸⁸ Règlement CE 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). L'article 9 dudit règlement indique qu'« *une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* ».

529. Si les ressemblances entre l'ordre public global et l'ordre public économique ne manquent pas, il n'en reste pas moins qu'il y a des dissemblances non négligeables entre eux. Quand bien même ces dissemblances n'entament en rien la complémentarité entre les deux types d'ordre.

b- Dissemblance entre ordre public global et ordre public économique

530. Tout comme la notion de régulation économique, présentée comme « *mot valise* »⁷⁸⁹, l'ordre public économique dispose d'un large espace d'épanouissement, suscitant un certain nombre de critiques et de velléités. L'une des raisons de celles-ci découle de la dissimilitude liée à sa polysémie et sa malléabilité. Ceci n'en reste pas moins une des particularités qui le distingue de l'ordre public global sanctuarisé. La doctrine temporise ces reproches d'opacité en affirmant que « *pourtant ce mot peut rester utile même dans sa dimension polysémique, voire grâce à elle, à condition que chacun, selon l'avertissement de Pascal, dise aussitôt l'usage qu'il en fait* »⁷⁹⁰. Par ailleurs, pour Marie-Anne Frison Roche, l'une des singularités de l'ordre public économique réside dans sa capacité à dire non. Elle indique que « *la plus grande puissance de l'ordre public est dans sa version négative, ce par quoi des règles ferment l'accès du marché à des objets, des choses ou des prestations qui pourtant sont désirés, qui pourtant sont offertes* »⁷⁹¹. Fermer l'accès à un marché peut constituer l'expression de l'ordre public économique au même titre qu'une décision de son ouverture. En ce sens, cet ordre « *serait d'abord l'expression juridique de l'ordre économique fondamental d'une société donnée* »⁷⁹². Elle rappelle que l'ordre public est « *l'ensemble des restrictions mises par l'État à la liberté laissée aux particuliers d'aménager leurs rapports par des conventions* »⁷⁹³. L'ordre public économique est donc synonyme de contraintes et de limites faces à des actes des particuliers allant à l'encontre des principes qu'il défend.

531. La conception large de l'ordre public a, selon Jean Marc Sauvé, « *également trouvé un écho en droit public français. Ainsi, le principe de libre concurrence est au nombre des règles*

⁷⁸⁹ LAMBARD M. (dir.), *Régulation économique et démocratie*, op. cit., p. 11.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 11.

⁷⁹¹ FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », art. cit., 110.

⁷⁹² Gérard Farjat caractérise l'ordre public économique plutôt par sa finalité, estimant que c'est « *un cadre autoritaire substitué à l'organisation libre des rapports contractuels* » et *in concreto* c'est l'utilisation de cette autorité de cet ordre « *à des fins économiques* » dès lors que l'ordre public strictement économique aura pour but une « *organisation d'ensemble de l'économie* ». Cf. FARJAT G., « L'ordre public économique », art. cit., p. 30.

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 31.

essentielles qui composent l'ordre public économique⁷⁹⁴ et il légitime, à ce titre, des restrictions et un encadrement des pouvoirs des personnes publiques ou de la liberté des acteurs économiques⁷⁹⁵. La protection d'intérêts publics irréductibles justifie ainsi que des restrictions puissent être apportées à la liberté contractuelle⁷⁹⁶, notamment en matière de commande publique⁷⁹⁷. Pour Gérard Farjat, une telle conception revient à ce qu'il conviendrait de désigner comme « caractère 'dispositif' » de l'ordre public économique dès lors qu'il est dicté par « le but recherché » sans qu'il soit nécessaire de se contenter d'une simple intervention de l'État puisque ce dernier « ne cherche pas la raréfaction des contrats, mais leur conformité à ses vues »⁷⁹⁸. Ces vues sont en réalité une façon d'« imposer au contrat la discipline de l'économie dirigée »⁷⁹⁹.

532. La principale distinction est liée à la particularité des objectifs poursuivis par les deux ordres. Si le lien entre droit économique, lequel comprend l'ordre public économique, et lois de police est « naturel »⁸⁰⁰, il n'en reste pas moins que cette proximité ne suffit pas à diluer définitivement l'un dans l'autre tant des dissemblances peuvent découler de certains aspects substantiellement considérés. Traditionnellement, l'ordre public, auquel le Conseil d'État a rajouté le « respect de la dignité humaine »⁸⁰¹, est protéiforme⁸⁰². Il ne devrait plus être connoté et réduit pas plus qu'il ne devrait être indexé comme obstacle à l'épanouissement de l'économie dès lors qu'il résulte de l'action de l'État même s'il existe bien d'autres formes d'ordre public intra ou supra étatiques. Un auteur relève cette mutation en indiquant qu'il y a une «

⁷⁹⁴ L'ARCEP peut enjoindre à un opérateur qui exerce une influence significative sur un marché de modifier des contrats en cours d'exécution si cette modification répond à un motif d'intérêt général suffisant lié à l'impératif d'ordre public et tenant à l'établissement d'une concurrence effective et loyale sur le marché. Cf. CE, 11 juin 2014, *Sté. TDF e. a.*, n° 363920, pt. 49. L'ordre public économique peut justifier de ne pas prononcer l'annulation immédiate d'une autorisation de concentration. Cf. CE, 23 déc. 2013, *Sté. Métropole Télévision (M6) et Télévision Française 1 (TF1)*, n° 363702, pt. 23. La gravité d'une atteinte à l'ordre public économique est à prendre en compte dans la détermination de la sanction applicable. Cf. CE, 10 juill. 2015, *M. Garnier de Falletans*, n° 369454. Cf. aussi FRISON-ROCHE M.-A., « L'ordre public économique », in SEVE R., *L'ordre public*, Paris, Dalloz, 2015, p. 105-128.

⁷⁹⁵ FRISON-ROCHE M.-A., *ibid.*, p. 112-113. La professeure Marie-Anne Frison-Roche parle d'un « ordre public bâtisseur » et d'un « ordre public promoteur » dont l'objectif n'est pas de maintenir ce qui est ou de restaurer ce qui a été, mais de créer et d'instaurer des secteurs et des marchés concurrentiels là où il n'en existe pas.

⁷⁹⁶ SERAGLINI C., « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythe et réalités », *Gazette du Palais*, 2009, n° 80, p.9. Cf. aussi CE, Ass., 9 nov. 2016, *Sté. Fosmax LNG*, n° 388806.

⁷⁹⁷ SAUVE J.-M., « Discours introductif », *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Colloque, préc.

⁷⁹⁸ FARJAT G., BERTHOLD G., *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963, p. 192.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 194.

⁸⁰⁰ RACINE J.-B., « Droit économique et lois de police », *RIDE*, 2010, p. 61.

⁸⁰¹ Le Conseil souligne même que « le respect de la dignité de la personne humaine est une composante de l'ordre public ». Cf. CE, Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727.

⁸⁰² Bon ordre, sécurité, sureté, tranquillité et salubrité publique.

consubstantialité qui n'interdit pas d'imaginer un ordre public sans l'État »⁸⁰³. L'ordre public économique est une notion « *au cœur de la régulation* »⁸⁰⁴, et donc au cœur de la prétention étatique. Même s'il convient aussi de la « *manipuler avec précaution* », car elle ne constitue point un « *fourre-tout, elle est davantage une "notion-éponge"* »⁸⁰⁵ qui aspire ce qu'elle estime être nécessaire à la préservation de l'ordre public économique.

533. On pourrait aussi présenter l'ordre public économique comme la raison d'État dans le domaine économique. C'est à dire cette « *idée selon laquelle l'État est dotée d'une réalité supérieure et d'une dignité plus éminente que celles des particuliers qui le composent* » et l'exprime par le truchement de la régulation économique. De cette légitimité découle « *les fins et les valeurs politiques [considérées comme] supérieures aux fins et aux valeurs des individus* »⁸⁰⁶. Un autre auteur rajoute qu'en « *vérité, sous le couvert de régulation, c'est de police administrative spéciale qu'il est question* »⁸⁰⁷. La notion d'ordre public a été qualifiée à la fois de « *fuyante [et] rebelle* »⁸⁰⁸ et même de « *contingente et variable* »⁸⁰⁹. Baptiste Bonnet estime pour sa part qu'elle n'en n'est pas pour autant « *moins centrale* » et rappelle, comme le soulignait Louis Josserand⁸¹⁰, que « *les notions d'ordre public sont aussi vagues que fondamentales* »⁸¹¹. En cela, elles constituent une inspiration incomparable pour l'ordre public économique en ceci que ce dernier agit en tant que « *police* » vis-à-vis des acteurs régulés.

534. *In fine*, la régulation se différencie fondamentalement de la police en ceci que, au-delà d'être « *disciplinaire* », elle est à la fois « *interventionniste et politique* »⁸¹². Concernant la fonction disciplinaire, les autorités de régulation ne peuvent pas simplement se contenter de veiller au maintien de l'ordre existant, il leur appartient également d'« *assurer une fonction de*

⁸⁰³ ROLAND S., « L'ordre public et l'État, brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Actes de colloques 15 et 16 déc., 2011, préc., p. 10.

⁸⁰⁴ PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 43.

⁸⁰⁵ BONNET B., « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel, tentative de définition d'une notion insaisissable », art. cit., p. 117-118 ; RIBOT C., AUTIN J.-L., *Environnement : les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, PUF, 2004, 591 p.

⁸⁰⁶ ZARKA C.-Y., « Raison d'État », in RAYNAUD P., RIALS S., *Dictionnaire philosophie politique*, PUF, coll. « Quadrige Dicos Poche » 1996, p. 614 ; ROLAND S., « L'ordre public et l'État, Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in DEBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, op. cit., p. 19.

⁸⁰⁷ OCHOA N., « La régulation, ersatz de police administrative spéciale », art. cit., p. 22.

⁸⁰⁸ SEILLER B., *Droit administratif, L'action administrative*, op. cit., p. 72.

⁸⁰⁹ VAN LANG A., GODOUIN G., ISSERGUET-BRISSET V., *Dictionnaire du droit administratif*, 5^e éd., Paris, Sirey, 516 p.

⁸¹⁰ JOSSERAND L. cité par BERNARD P., ROLAND D., *La notion d'ordre public en droit administratif*, op. cit., p. 3.

⁸¹¹ BONNET B., « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel, tentative de définition d'une notion insaisissable », in DEBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, op. cit., p. 117.

⁸¹² MULLER E., « La comparaison des objectifs de la régulation et de la police », art. cit., p. 25 et s.

construction de la société »⁸¹³. À cet égard, le droit de la régulation peut paraître à la fois un droit précurseur et s'inscrire dans « *une logique de droits créances* »⁸¹⁴, mais aussi créer de nouveaux droits ou en tout cas en impulser la création comme c'est le cas de l'article L. 121-1 al. 3 du Code de l'énergie qui considère l'électricité comme un droit de tous mais aussi comme un produit de première nécessité.

2- L'ordre public économique comme ordre régulateur

535. Le droit de la concurrence est considéré comme un « *droit régulateur* »⁸¹⁵. Ce rôle régulateur fut fidèlement endossé par le droit de la concurrence jusqu'à ce que le droit de la régulation acquière, bon gré mal gré, le statut de droit autonome bien que demeurant au service de la protection de la concurrence et de l'ordre public économique. Il semble que la complémentarité entre les deux matières est désormais acquise. Bien que le dernier soit dorénavant complété à son tour par un autre droit en construction : la compliance. Le droit de la concurrence n'est pas dissociable de l'ordre public économique. Il est au cœur même du droit économique. C'est sans doute pour cette raison qu'on considère la régulation comme « *le mythe moderne de l'État* »⁸¹⁶ en ce sens que l'ordre public qu'elle protège joue un rôle régulateur indispensable au maintien de l'équilibre entre le marché et les autres valeurs de la société.

536. La régulation étant par nature flexible et donc adaptable au contexte et à l'évolution de son objet, elle ne reste pas uniquement l'apanage des régulateurs, les juges aussi s'en servent. Pour ce faire, l'absence de délimitation sinon de stricte définition de l'ordre public convient parfaitement à la régulation économique. Ainsi, comme en matière de contentieux administratifs où « *le fait qu'aucune définition du moyen d'ordre public ne soit pleinement opérante permet au juge de déterminer librement ce qu'est l'ordre public et ce que sont, en conséquence, ses moyens* »⁸¹⁷, en matière de régulation économique. Les régulateurs d'abord et les juges ensuite se prévalent de cette flexibilité de définition pour mieux protéger l'ordre public économique.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 27. Cf. aussi PICARD E., DRAGO R., *La notion de police administrative*, Paris, Rouen, LGDJ, 1984, p. 164.

⁸¹⁴ *Ibid.*

⁸¹⁵ RACINE J.-B., « Le droit économique et les lois de police », art. cit., p. 65.

⁸¹⁶ MULLER E., « La comparaison des objectifs de la régulation et de la police », art. cit., p. 24.

⁸¹⁷ AKOUN E., *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, thèse, Université de Grenoble, 2013, p. 58.

3- Critique doctrinale de l'ordre public économique

537. Si une partie de la doctrine s'empresse à juste titre d'affirmer que « *là où il y a réglementation d'une activité, il y a police administrative spéciale* »⁸¹⁸, elle semble ne pas concéder le dépassement d'une certaine conception de la police et de l'ordre dans l'économie. Ce qui revient à souligner au sujet de la régulation que « *ce terme poursuit depuis une trentaine d'années sa colonisation du droit français, concurrençant et menaçant de disparition cette espèce autochtone qu'est la police administrative spéciale* »⁸¹⁹. En l'espèce, cet auteur critique ce qu'il considère comme une notion trop vague qui ne doit évoluer que dans le sillage de la traditionnelle notion de police administrative. Mais reconnaît-il tout de même l'efficacité attribuée à la régulation grâce notamment à sa flexibilité dans sa mission de quête et de maintien des équilibres entre intérêts en présence. Il y a néanmoins une certaine justesse dans ses propos lorsqu'il affirme que la police doit « *discipliner* »⁸²⁰ la liberté et donc par ricochet le libéralisme.

538. Il est vrai que certains auteurs récusent l'autonomie de l'ordre public économique par rapport à l'ordre public global ou classique. Ils estiment que pour qu'une autonomie considérée comme telle de l'ordre public économique soit effective, il faut que celle-ci jouisse non seulement d'un régime juridique autonome et distinct mais aussi d'une indépendance d'organes (police de l'ordre public) chargés de mettre en œuvre cet ordre. Gérard Marcou considère ainsi que pour que s'opère une distinction entre ordre public économique et ordre public global, « *il faut que le premier se distingue du second selon deux critères essentiels : l'identification d'un espace normatif distinct, et l'existence d'une police distincte de la police de l'ordre public général. Le premier critère implique que l'ordre public économique ne soit pas un ordre public spécial et le second que la police de l'ordre public économique ne soit pas une police spéciale* »⁸²¹.

539. Le débat doctrinal qui consiste à vouloir systématiquement opposer l'ordre public économique et l'ordre public général semble disproportionné. D'autant plus que la complémentarité se présente comme la description la plus adéquate pour désigner le rapport entretenu par ces deux notions. Il y a une différence fondamentale d'approche mais la régulation

⁸¹⁸ OCHOA N., « La régulation, ersatz de police administrative spéciale », *Hal*, juin, 2017, p. 2.

⁸¹⁹ *Ibid.*

⁸²⁰ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », cité par REVET Th., VIDAL L. (dir.), *Annales de la régulation 2009*, op. cit., p. 86 ; OCHOA N., « La régulation ersatz de la police administrative spéciale », art. cit., p. 26-27.

⁸²¹ MARCOU G., « Fakes news et triche électorale en ligne. Le nouveau territoire des campagnes numériques », *ibid.*, p. 27.

emprunte régulièrement sinon toujours en cas de nécessité la force contraignante à la police et à l'ordre public général. Même si dans des rares cas, selon certains auteurs⁸²², la police n'exclut pas le recours à une dose de flexibilité quoique significativement inférieure à celle qui prévaut dans l'ordre public économique⁸²³. Cette différence est perceptible dans les finalités respectivement recherchées par les deux types de maintien d'ordre. Alors que la police de l'ordre public global cherche d'abord l'effectivité indépendamment de toute considération autre que celle de la conformité à l'ordre établi, celle de l'ordre public économique, bien que n'excluant pas la recherche de l'effectivité qu'il poursuit exclusivement à certains moments⁸²⁴, recherche aussi l'efficacité et surtout le maintien de l'équilibre par la conciliation des intérêts en présence.

540. D'où il ressort que réduire la régulation à une mission de police, qu'elle soit générale ou spéciale, revient à disloquer celle-ci et, dans le même temps, la priver de sa flexibilité dans sa verticalité. La question est, *in fine*, celle de savoir s'il est vraiment pertinent de « caser » voire de « cloisonner » la régulation et la particularité de ses missions dans celles de la police. Il y a nécessairement des similitudes sur la méthode de la police et celle de la régulation, mais une distinction s'opère quant aux objectifs poursuivis respectivement par la régulation et la police, ne serait-ce qu'au motif que l'une peut être plus globale et plus particulière à la fois et que l'autre demeure plus restrictive et plus rigide. D'où l'intérêt de distinguer l'aspect « matériel et fonctionnel » entre ces deux ordres. La raison d'une telle distinction tient au simple fait que « *quel que soit son contenu, l'ordre public a toujours pour fonction 'd'autoriser la limitation des droits et des libertés pour assurer les conditions sociales de leur jouissance'* »⁸²⁵ ou « *plus largement pour assurer le maintien d'un certain ordre social* »⁸²⁶. Cette flexibilité est plus palpable dans l'ordre public économique que dans l'ordre public général de police.

⁸²² L'auteur mentionne notamment le professeur Calandri qui « *conteste vigoureusement et de manière particulièrement détaillée que la régulation puisse être une évolution de la notion de police administrative, a fortiori spéciale. Plus précisément, pour cet auteur, la police ne peut être assimilée à la régulation pour trois motifs : – la régulation intègre une activité non contraignante, voire consultative, quand la police est nécessairement impérative ; – la régulation a couramment recours au contrat, quand cela est proscrit pour la police ; – la régulation peut encadrer l'activité des personnes publiques, quand ce n'est pas a priori concevable pour la police* ». Cf. OCHOA N., « La régulation, ersatz de police administrative spéciale », art. cit., p. 29.

⁸²³ Cf. CE, Ass., 17 juin 1932, *Commune de Castelnaudary*, n° 12045.

⁸²⁴ La régulation a pour méthode propre de n'user de la force et de la contrainte que quand toute possibilité d'aboutir à des objectifs est compromis par l'usage de la flexibilité, l'incitation et même de la responsabilisation des acteurs économiques destinataires des règles. C'est un procédé qui ne renonce en rien à l'effectivité, la seule différence ce qu'elle n'est mise en œuvre et si nécessaire avec le concours de la force publique qu'à postériori.

⁸²⁵ MULLER E., « La comparaison des objectifs de la régulation et de la police », art. cit., p. 25 ; PETIT J., « La police administrative », in GONOD P., MELLERAY F., YOLKA Ph., *Traité du droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, t. 2, p. 10.

⁸²⁶ *Ibid.*, p. 25.

B- L'ordre « public » économique privé

541. La doctrine admet que l'ordre public économique qui s'exprime et qui se matérialise dans le cadre du droit économique n'est pas exclusivement assuré par les pouvoirs publics. Les acteurs économiques jouent également un rôle fondamental dans le maintien et la mise en œuvre de l'ordre public économique d'autant plus que certains auteurs définissent doublement celui-ci. Ils considèrent ainsi que le droit économique, au sein duquel on retrouve l'ordre public économique, se définit comme « *un droit de l'organisation de l'économie par les pouvoirs publics et/ou les pouvoirs privés* »⁸²⁷. Les acteurs économiques concourent donc à l'organisation de l'économie et d'une certaine manière à la définition et surtout à la mise en œuvre de l'ordre public économique. Il faut aussi souligner que l'ordre public économique n'est pas à confondre avec l'ordre économique privé. Il y a un ordre public entre les acteurs privés dans leur rapport régis par le principe de l'autonomie de la volonté. Le respect de celui-ci est impératif pour la réalisation des buts qu'ils s'assignent entre eux. Dans l'ensemble, l'acteur économique ayant les moyens de veiller au respect de cet ordre est, aussi paradoxal que cela puisse paraître, celui qui se charge de vérifier son effectivité. Les parties « faibles » du contrat conservent tout de même le droit de saisir la justice si elles estiment qu'un abus a pu résulter de ce privilège. Donc un contrôle *a posteriori* pouvant déboucher au rétablissement de la partie lésée dans ses droits si toutefois preuve de la réalité et l'effectivité d'un abus a été apportée⁸²⁸. Il en est ainsi, dans un cadre classique, du contrat de travail. Il en va ainsi également des contrats appelés « d'adhésion », fréquemment utilisés, à titre d'exemple, dans le cadre de la sous-traitance.

542. En ce qui concerne cette recherche, parler d'une « *concurrence dans l'ordre public économique* »⁸²⁹ semble peu pertinent, il conviendrait d'évoquer une complémentarité ou une consubstantialité entre l'ordre public économique et l'ordre concurrentiel. Aurait-il fallu se contenter de la belle précision qui consiste à souligner que l'ordre ou « *le fonctionnement concurrentiel est la première composante de l'ordre public économique* »⁸³⁰. D'autant plus que

⁸²⁷ FARJAT G., « La notion de droit économique », *Archive philosophique du droit, Droit et économie*, t. 37, Sirey, 1992, p. 27-62., spéc. p. 27 ; RACINE J.-B., « Le droit économique et les lois de police », art. cit., p. 63.

⁸²⁸ Il faut rajouter un troisième critère dont la réalité est vérifiée par le juge : c'est le lien de causalité entre l'abus et les dommages subis par la partie dite « faible ».

⁸²⁹ PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 45.

⁸³⁰ *Ibid.*

c'est sur le fondement de ce dernier que les pratiques anticoncurrentielles sont sanctionnées par les juges⁸³¹.

543. Après avoir relevé en quoi existe-il un ordre qu'on peut qualifier de « public » entre les acteurs privés par la mise en œuvre des coutumes en vigueur dans leur domaine respectif (1), reviendra-t-on sur le caractère tout de même relatif de la portée juridique d'un tel ordre (2).

1- Les coutumes du marché comme ordre économique inter partes

544. Admettre l'existence d'un ordre « public » autre que celui provenant de l'État dans la régulation économique peut paraître paradoxal. Pourtant, les pratiques bien établies entre les acteurs économiques peuvent elles aussi constituer un ordre sous-jacent de l'ordre public sans qu'elles lui soient concurrentes (a). Cet ordre à ceci d'inébranlable qu'il ne peut ou du moins ne doit se transformer en un dirigisme privé (b) même s'il faut reconnaître l'acuité des limites du dirigisme public (c). D'où il suit une appréciation diverse de cet ordre par la doctrine (d) invitant à l'atténuation d'un principe somme toute bien admis (e).

a- Un ordre économique privé subordonné à sa conformité à l'ordre public économique

545. C'est l'ordre public économique qui veille sur des principes comme le consentement ou encore la loyauté dans les rapports contractuels. Dans ce sens, il renvoie à « *l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat* »⁸³². La liberté laissée aux acteurs économiques d'organiser certains aspects de leur rapport peut néanmoins se transformer en une ascendance voire un abus des plus forts d'entre eux sur les moins puissants. Comme « *il suffit de laisser les hommes libres d'élaborer leurs propres règles pour que toute contrainte disparaisse* »⁸³³ ou pour qu'il y ait une inversion de l'émanation de la contrainte, la vigilance du régulateur est fondamentale pour que l'autocontrainte soit effective pour tous les acteurs et non une domination d'une partie des acteurs sur d'autres. En d'autres termes, il suffit d'un tel procédé pour qu'il y ait une mutation peu enviable de la contrainte. Dès lors que la domination d'une partie sur l'autre implique que l'ordre soit exercé de manière inégalitaire voire arbitraire. C'est la disparition de cette contrainte qui fait que l'État ne peut indéfiniment prendre le risque d'avoir confiance à ceux qui prônent, non sans passions, que tout découle du contrat et des

⁸³¹ Sur le fondement des articles L 420 et s. du Code de commerce.

⁸³² FARJAT G., « L'ordre public économique », art. cit., p. 38.

⁸³³ *Ibid.*, p. 41.

accords, lorsqu'il s'agit notamment des rapports entre pouvoirs économiques privés (puissants) et leurs personnels ou leurs collaborateurs ou même face aux concurrents faibles.

b- L'inadmissibilité du dirigisme privé

546. La concurrence absolue et le recours illimité à la coutume de « l'ordre public privé » aboutissent inéluctablement à un dirigisme privé qui soumettra la liberté contractuelle à la puissance privée. Dans la relation entre un fournisseur et un distributeur, laquelle est caractérisée par une verticalité similaire à la subordination d'un salarié à son employeur, ou de manière un peu moins drastique, entre un sous-traitant et une société donneuse d'ordre, cet « ordre public privé » s'exprime de manière récurrente. Si le droit ne cherchait pas à trouver l'équilibre et à fixer des limites à un tel rapport, les abus pouvant en découler pourraient s'avérer lourds. Les chantages, les menaces, et parfois même les rétorsions économiques pouvant aboutir à des ruptures abusives des relations commerciales, ne sont moindres et atténués que grâce au droit⁸³⁴. Il a été souligné que la limite pour ne pas dire le danger d'un dirigisme privé réside dans le fait qu'il est « *au service des coalitions d'intérêts privés et non de la collectivité* »⁸³⁵. L'exemple des ententes ou les abus de domination et de dépendance économiques en est éloquent. Ainsi s'établit et s'exprime un ordre privé économique.

c- Vétusté du dirigisme public absolu

547. Si le dirigisme privé doit être interdit et combattu à tout moment, il convient de dire que le dirigisme public non plus ne doit pas être une règle immuable. Il est vrai que si dirigisme devrait à tout prix exister, on serait tenté de préférer le dirigisme public au dirigisme privé dès lors qu'on pourrait exiger du premier la preuve de la satisfaction de l'intérêt de la collectivité alors qu'une telle exigence est conditionnelle et somme toute non systématique dans le domaine privé. Le dirigisme économique peut très rapidement aboutir, fût-il public, à un musellement des potentialités créatrices des acteurs économiques. L'État peut être à la base de l'incitation et de la prolifération des potentialités entrepreneuriales mais pas forcément omniprésent au risque d'étouffer la créativité des acteurs privés. L'équilibre, la finesse et la casuistique doivent en permanence guider l'État dans son rapport avec le monde économique. Si non, à force de ne regarder que l'intérêt de la collectivité, il finit, de ses « propres mains », par « sacrifier » le cadet

⁸³⁴ Des rétorsions et même parfois, ce n'est pas à exclure, des exclusivités négatives : nous entendons par là, une obligation, pratique et non de droit, faite à un distributeur de ne pas dépasser une certaine quantité afin de permettre aux fournisseurs de vendre un peu plus cher avec un autre distributeur. Le monde économique semble trop motivé par la spéculation et les rapports de force pour lui donner une confiance incontrôlée.

⁸³⁵ FARJAT G., « L'ordre public économique », art. cit., p. 44.

de ses enfants qui participe pourtant à la création de richesses et d'emplois. Si, à contrario, il s'obstine à se focaliser sur les entreprises, il sacrifiera le benjamin qui pourtant est fragile et se trouve dans un besoin permanent de protection et d'accompagnement dans sa quête d'autonomie. Ce benjamin est par ailleurs, en raison de son nombre, le plus proche du principe de la majorité démocratique même s'il ne faut pas prendre le risque d'omettre que dans le jeu démocratique, les pouvoirs privés économiques, le cadet dans notre schéma, ont une influence considérable.

d- L'ordre public économique privé diversement apprécié par la doctrine

548. Des auteurs estiment qu'il ne faut pas nier le dirigisme qui règne entre deux parties à un contrat, y compris si l'une est supérieure et a la possibilité de dominer l'autre. Josserand, évoquant les contrats d'adhésion, estimait par exemple que dès lors que ce dirigisme a lieu au sein même du contrat et non exercé par un élément extérieur, et pour peu qu'il y ait « *l'égalité juridique, sinon économique* »⁸³⁶ entre les parties, s'il ne contredit pas l'ordre public économique imposé on peut évoquer un ordre public *inter partes* émanant d'eux même. Ripert semble être plus tranchant à cet égard en affirmant qu'on « *ne se dit pas dirigé quand on s'impose à soi-même une règle de conduite. On n'est pas dirigé par le contrat* »⁸³⁷. L'analyse substantielle peut à cet égard être intéressante. Dans les relations verticales entre acteurs économiques, il est bien évidemment plus aisé de se contenter de l'accord et la signature d'un distributeur vis-à-vis d'un puissant fournisseur. Mais est-ce une raison suffisante pour ne pas regarder si d'autres contraintes ne s'y ajoutent pas. Lorsque ces contraintes sont légitimement dictées par des pratiques inhérentes au domaine concerné du marché et qu'elles sont acceptées sans contrainte disproportionnée pour les autres acteurs, l'on peut effectivement évoquer un ordre public économique consenti *inter partes*.

e- Atténuation d'un principe pourtant admis

549. Le paradoxe que cherche à relever le doyen Farjat sur l'interprétation quasi affectueuse de l'ordre public économique des acteurs privés est celui qui consiste à répondre à Ripert que dès lors qu'il affirme ceci, il faudrait appliquer le même principe au « *contrat dirigé par l'État* ». Il est évident que ce ne serait point du goût de tout le monde. « *L'égalité n'existe jamais* ».

⁸³⁶ JOSSERAND L., « Contrat d'adhésion et contrat dirigé », *Dalloz*, 1933. Chron., p. 89. Il rajoute que « *bien différent est le dirigisme exercé par les pouvoirs publics, car il vient de l'extérieur, plus oppressif, plus destructif de l'autonomie de la volonté, plus anti-contractuel* ».

⁸³⁷ RIPERT G., « Aspects juridiques du capitalisme moderne », *RTD civ.*, n° 98, p. 219.

entre deux contractants »⁸³⁸, concède tout de même Ripert. Si jamais on admettait que le contrat est une fin en soi, il n'y aurait eu aucun intérêt à chercher à l'équilibrer ou à savoir si telle partie est faible voire lésée par rapport à telle autre partie. Raison pour laquelle, « *il ne suffit pas que le contrat soit volontaire ; nous le voulons juste, car nous le concevons comme un instrument et non comme une fin en soi ; le vice du consentement devient un moyen de contrôle, au même titre que la théorie de la cause* »⁸³⁹. Il faudrait plutôt réaffirmer la subtilité selon laquelle il va de l'effectivité de l'ordre public économique de veiller au « *contrôle de la qualité des volontés* »⁸⁴⁰ des acteurs économiques notamment les plus faibles d'entre eux.

550. Face à une configuration des rapports entre acteurs « forts » et « faibles » où ces derniers sont pour la plupart des cas, notamment en matière de concurrence, « *seuls juges de l'opportunités d'agir* »⁸⁴¹, l'on comprend mieux l'action autonome du ministre de l'économie en droit de la concurrence et toutes les autres limites fixées à cet ordre public des acteurs privés.

2- La portée juridique relative des coutumes du marché comme ordre public

551. Ces bonnes pratiques entre acteurs économiques, également appelées coutumes du marché, ne sont pas des règles générales qui sont susceptibles de s'imposer à tous de la même manière. Elles ont des limites juridiques (a) qui peuvent être fixées aussi bien par l'évolution de la loi que par celle de la régulation (b). Cependant, ces limites ne signifient pas que ces pratiques sont injustes ou infondées, elles dénotent simplement l'incomplétude de leur portée (c).

a- Limite juridique de l'ordre *inter partes*.

552. L'ordre découlant de la pratique loyale des règles régissant le fonctionnement du marché a une portée relative. Cette relativité découle naturellement des limites auxquelles elle demeure soumise. Elles peuvent être de deux natures. D'un côté, cette portée juridique est limitée par son caractère changeant et trop instable car subordonné au vent du marché. Ce qui conduit à une évolution parfois trop rapide des pratiques entre les acteurs économiques. D'un autre côté, une pratique traditionnellement et légitimement admise entre les acteurs économiques peut

⁸³⁸ RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1994, p. 46.

⁸³⁹ FARJAT G., BERTHOLD G., *L'ordre public économique, op. cit.*, p. 166.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 166.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 328-329.

trouver ses limites dans une évolution législative ou régulatrice qui la rend du moins impraticable, puisqu'inadaptée, sinon « sanctionnable ».

553. Une telle limite est avant tout dictée par l'instabilité des pratiques coutumièremment admises entre acteurs économiques. Il est indéniable que les coutumes du marché constituent des données non marginales du fonctionnement de celui-ci. Les acteurs économiques s'y soumettent avec un consentement plus ou moins flexible. Mais une telle organisation des rapports entre acteurs économiques se trouve limitée en ceci qu'elle peut être remise en cause par sa propre évolution et parfois son instabilité.

b- L'ordre économique privé limité par l'évolution de la loi et de la régulation économique

554. L'autre limite d'une pratique coutumière érigée en ordre public entre acteurs économiques découle de sa subordination à l'évolution législative ou de la pratique des autorités de régulation. Ces dernières veillent à ce que ces pratiques ne soient non seulement pas en contradiction avec le droit positif mais aussi et surtout à ce qu'elles ne s'opèrent pas dans l'abus. Une pratique coutumière, aussi admise soit-elle entre acteurs économiques, ne peut être tolérée par le régulateur si sa mise en œuvre entraîne la soumission d'un acteur à un abus de domination ou de dépendance économique. Admettons par exemple qu'il y ait un abus de dépendance économique en droit de la concurrence, il n'implique pas nécessairement que l'économie globale soit immédiatement en péril. Il ne s'agit que d'un seul agent ou tout au plus de quelques agents. Alors devrait-on laisser faire cet ordre privé économique si on estime pouvoir satisfaire un objectif plus grand comme la possibilité de démanteler une entente d'envergure ? Des limites devraient être tangibles même si le droit économique ne peut pas se défaire de la considération selon laquelle tout est question d'appréciation et de balance des intérêts en présence.

c- L'impérieuse justice d'une pratique coutumière

555. Ce n'est pas parce qu'une pratique est répétitive dans le temps et qu'elle est de ce fait admise comme un ordre s'imposant aux acteurs intervenant dans tel ou tel domaine qu'elle est nécessairement juste. Raison pour laquelle, l'ordre public économique de protection se manifeste pour protéger les acteurs économiques vulnérables contre des pratiques admises souvent à dessein par les acteurs dominants et érigées en ordre s'imposant dans tel ou tel domaine. D'où l'impérieuse nécessité de l'effectivité de l'ordre public économique de protection.

§2-L'ordre public économique de protection

556. La protection est définie par le dictionnaire juridique comme étant une « *précaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle couvre et correspond en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité, etc., par des moyens juridiques ou matériels* ». Et de rajouter que la protection « *désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi (mesure, régime, dispositif)* »⁸⁴². Si l'on appliquait cette conception de protection au marché, à l'économie ou à la politique économique, cela reviendrait à affirmer que la protection de ces aspects fondamentaux sans lesquels l'on ne peut évoquer l'ordre public économique consiste à les protéger vis-à-vis de certains éléments extérieurs dont la manifestation et surtout la mise en œuvre semble en substantielle contradiction avec la conception de l'ordre économique tant national que communautaire. La protection se manifestant comme un devoir de celui qui protège, il relève donc de la compétence des autorités de régulation auxquelles il incombe l'obligation de la sauvegarder contre une altération ou une remise en cause. L'ordre public économique de protection, « *se fondant aujourd'hui dans l'ordre public de direction* »⁸⁴³, sonne comme une complémentarité et une conséquence logique de ce devoir de protection. Dans le domaine financier par exemple, l'ordre public de protection se définit comme le « *cadre impératif, [qui] donne aux principes de transparence et de libre établissement des cours une valeur normative supérieure aux règles du droit des marchés financiers. Ces principes impératifs, restrictifs de la liberté des acteurs, ont pour objet [entre autres] la garantie de libre concurrence* »⁸⁴⁴. Il en résulte également une haute protection de la partie faible dans un domaine où les rapports sont souvent symétriquement conditionnés par un monopole de l'information, nécessitant une double protection du public et des investisseurs. L'ordre public de protection y occupe donc une place primordiale⁸⁴⁵.

557. Si l'on entérine l'idée selon laquelle le juge et les régulateurs sont les gardiens de l'ordre public économique, il serait tout à fait légitime de se poser la question de savoir que protège l'ordre public quand on évoque « l'ordre public de protection ». La protection de l'ordre public économique passe indéniablement par la préservation d'une « certaine idée » de l'économie et de son rôle tel qu'il est projeté par le Droit. Cependant, cet ordre est souvent partiellement

⁸⁴² CORNU G., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 824.

⁸⁴³ FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », art. cit., p. 110,

⁸⁴⁴ MEADEL J., *Les marchés financiers et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 2007, p. 147.

⁸⁴⁵ Cf. REMICHE B., « Doit économique, marché et intérêt général », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, p. 253-260, Paris, Frison-Roche, 2002, § 219.

envisagé dans la mesure où on n'évoque que la partie protectrice de l'ordre auquel les entreprises doivent se conformer. Or, cet ordre est protégé car fondamental pour le bon fonctionnement de la société⁸⁴⁶. L'ordre public économique de protection est plus large et englobe notamment aujourd'hui, sous les cieux de la mondialisation économique, la protection des acteurs économiques à la fois contre des pratiques prohibées de leur part mais aussi d'une concurrence déloyale provenant d'autres régions, voire d'autres conceptions de l'économie et de son rôle dans la société⁸⁴⁷.

558. L'ordre public économique de protection dont il est ici question peut en conséquence s'avérer plus large qu'on a tendance à le réduire. Au-delà de la protection des faibles parmi les acteurs de l'économie, il joue un rôle fondamental dans la poursuite et le maintien des valeurs non-économiques (A). En d'autres termes, une protection qui concilie la défense des acteurs puissants dans leur interaction avec d'autres acteurs internationaux et mondiaux que l'obligation imposée à ceux-ci de prendre en compte les aspects non-économiques et la protection des acteurs les moins puissants de l'économie. Une telle extension de l'ordre public économique protecteur n'est pas sans lien avec la mondialisation économique. Donc une différence de conception de la notion de liberté dans le domaine économique qui, dans certains États, ne peut se concevoir en dehors de la prise en compte effective des aspects non-économiques de l'économie (B).

A- Un ordre public économique doublement protecteur

559. La double protection découlant de l'ordre public économique se manifeste d'une part par sa préservation dans les rapports entre les acteurs privés. Lequel accord s'exprime généralement sinon toujours par un contrat (I). D'autre part et dans la mesure où le contrat n'est pas souvent suffisamment accessible à tous, notamment aux consommateurs qui, pourtant

⁸⁴⁶ D'où la limitation légitime de la fondamentale liberté d'entreprendre--aussi inventif que puisse être un entrepreneur, aussi urgent que puisse être la nécessité d'endiguer le chômage--, l'on ne peut permettre, juridiquement et humainement, la vente d'organes humains par exemple au motif que cela permettra de lutter contre la rareté de l'emploi. C'est au nom de cette même limitation légitime qu'on interdit à une entreprise puissante d'user de ses moyens pour violer la concurrence et imposer sa domination aux entreprises moins puissantes, tout comme, c'est au nom de ce même ordre public de protection que certains domaines économiques relèvent de la compétence de l'État. Protéger cet ordre public économique, en l'occurrence est fondamental pour la cohésion de la société et pour la préservation de ce même marché en l'absence duquel les acteurs économiques ne peuvent prétendre à aucune création de richesse.

⁸⁴⁷ Cette protection s'exprime de deux façons : d'une part protéger les entreprises nationales sans violer les règles communautaires relatives à la liberté d'établissement valable pour toutes les entreprises ; et d'autre part protéger les entreprises sans tomber dans le protectionnisme qui serait contreproductif dans un monde plus que jamais économiquement ouvert.

chaque jour noue des relations contractuelles, il est donc indispensable que l'ordre public s'exprime dans ces rapports afin de protéger le cocontractant (2).

1- L'ordre public de protection dans les contrats privés

560. Traditionnel apanage des civilistes⁸⁴⁸, la question de la protection de la partie faible dans les rapports contractuels s'est aussitôt invitée en droit économique et plus spécifiquement dans le cadre du maintien de l'ordre public économique⁸⁴⁹. C'est d'ailleurs de cette conception qu'ont émergé le questionnement et le devancier travail de Gérard Farjat⁸⁵⁰. Depuis lors, l'évolution et la maturation du droit économique et de l'économie du droit-- sont d'une remarquable mutation au point que même dans le droit civil et des contrats l'usage ou la référence à des notions d'efficacité économique ne heurte plus grand monde. En 2016, la réforme du droit des contrats en a fourni toute l'envergure. Comme le souligne Frédéric Rouvière, à travers cette réforme, « *le législateur a proclamé avoir été inspiré par un souci d'efficacité économique et de compétitivité* »⁸⁵¹. Sans nier les critiques, quelquefois fondées, qui peuvent être adressées à une telle conception du contrat qui, selon une certaine « modernité », doit répondre sinon avant tout ou du moins en grande partie à une certaine efficacité économique ; il n'en reste pas moins que le constat selon lequel « *le droit ne serait plus lisible car trop jurisprudentiel et complexe et devrait s'adapter aux enjeux d'une économie mondialisée* »⁸⁵², demeure également une donnée prise en compte par les initiateurs de ladite réforme⁸⁵³.

561. Cependant, ce même auteur souligne que la notion de modernité demeure relative car concevoir la modernité comme l'incursion d'un système dans un autre (en l'espèce, le système civiliste dans celui du *Common Law*), n'a rien de moderne. Il faudrait en effet croire que la

⁸⁴⁸ Cf. GHESTION J., FONTAINE M. (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, XIII-676 p. ; ARSAC-RIBEYROLLES A., *Essai sur la notion d'économie du contrat*, thèse, Université D'Auvergne-Clermont Ferrand I, 2005, 341p. ; PHILIPPE M., *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparée France, Angleterre, U.R.S.S.*, Reims, Matot-Braine, 1953, XXIV-278 p.

⁸⁴⁹ La protection du faible est consubstantielle au droit et de ses valeurs c'est pourquoi sa transposition en droit économique n'a été qu'une sorte de suite logique de la notion de protection.

⁸⁵⁰ Cf. FARJAT G., *Pour un droit économique*, Paris, PUF, 2004, 209 p.

⁸⁵¹ Préambule du Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance n°2016-131 du 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 févr. 2016 ; ROUVIERE F., « Les valeurs économiques de la réforme des du droit des contrats », *Rev. des contrats Lextenso*, 2016, HAL, p. 1.

⁸⁵² *Ibid.*, p.1.

⁸⁵³ Au regard du contexte et de la sensibilité politique des porteurs de ce projet et même en tenant compte de l'évaluation des notations privées qui, désormais, influencent aussi les États dans le choix de leur politique juridique et de ce qu'il convient de conserver ou pas.

modernité peut aussi, selon le droit civiliste, passer par « *un retour aux sources* »⁸⁵⁴. Si dans sa conception classique « *l'ordre public de protection n'a d'autre but que de protéger dans certains contrats la partie économiquement la plus faible* »⁸⁵⁵, il est clair qu'il joue aujourd'hui un rôle plus vaste et plus fondamental. L'ordre public de protection ne se contente plus de protéger les acteurs économiques les plus faibles, il se projette aussi dans la protection de tous les acteurs économiques dès lors que ceux parmi eux qui sont considérés comme forts sont tout autant vulnérables vis vis-à-vis d'une certaine concurrence économique mondiale.

562. L'unilatéralisme et l'extraterritorialité ont atteint un niveau tel que la sagesse--juridique et régulatrice-- exige de ne pas céder à l'homogénéisation des systèmes juridiques mondiaux comme c'est le cas d'une certaine hégémonie économique mondiale⁸⁵⁶. Pour Gilbert Blardone, une telle domination, souligné par un « *ultralibéralisme triomphant* », ne doit rien au hasard et aurait pris naissance avec un évènement précis : le choc pétrolier de 1973, avec l'influence d'un certain Milton Friedman. En effet, pour celui-ci, selon la conception de Friedman, « *au libéralisme et à ses règles succède l'ultralibéralisme et son refus des règles car, selon lui, le marché est autorégulateur, toute intervention publique, sous prétexte de déséquilibres dans les offres et les demandes, empêche le retour à l'équilibre automatiquement du fait même du fonctionnement du marché* »⁸⁵⁷. Dans la conception qui est celle du droit français et européen, l'autorégulation ne signifie en rien renoncement à l'ordre public économique, encore moins à l'instauration d'un système où les entreprises ne rendent compte qu'à elles-mêmes et au profit. Il est évident qu'aux États-Unis non plus, il n'y a rien de tel car il existe bel et bien un ordre public économique américain qui plus est, s'avère extraterritorial⁸⁵⁸.

563. Dans le but de conserver une conception de l'économie qui lui est propre le Code civil, sans sacrifier les acquis de la liberté de commerce et de l'industrie, réserve une place centrale à l'ordre public. Son article 1128 affirme ainsi qu'« *il n'y a que les choses qui sont dans le*

⁸⁵⁴ ROUVIERE F., « Les valeurs économiques de la réforme des du droit des contrats », art. cit., p. 2.

⁸⁵⁵ FARJAT G., BERTHOLD G., *L'ordre public économique, op. cit.*, p. 119.

⁸⁵⁶ Il y a encore quelques poches de résistance face à l'extraterritorialité de la conception américaine de l'économie. Mais force est de constater que l'alignement devient de plus en plus la règle d'autant plus que, agences de notation et baromètres économiques aidant, les évaluations tendent à discréditer toute autre conception économique allant à l'encontre du libéralisme tel que le conçoit la flexibilité à l'américaine. En d'autres termes l'impact de la conception de l'école de Chicago et sa vision utilitariste semble avoir une certaine prédominance. Reste à savoir quelles seront les conséquences en cas de domination totale d'un seul système, d'une seule vision économique-et bientôt, si l'on ne prend garde, juridique du monde.

⁸⁵⁷ BLARDONE G., « Vers une gestion participative des entreprises et de l'économie », Recherches en sciences de gestion, *RIDE*, 2014, n° 101, p. 23-56, spéc. p. 29.

⁸⁵⁸ En 2014, la banque BNP Paribas en avait appris à ses dépens et le retrait précipité de Total du marché iranien n'en est pas moins éloquent.

commerce qui puissent être l'objet des conventions » renvoyant au caractère limitatif des choses susceptibles d'être commercés. L'article 6 du même code rappelle déjà que dès lors qu'on est en présence d'une des valeurs défendues par l'ordre public, même le consentement d'une personne faisant l'objet d'un traitement contraire à la dignité humaine ne peut y déroger. C'est ainsi que le lancer de nain, par exemple, ne peut être toléré même en cas de consentement du nain concerné⁸⁵⁹.

564. Quid de l'effectivité d'une telle protection ? En faisant appel au législateur pour la protection du contractant ne sous-estime-t-on pas la lenteur des procédures judiciaires et l'insuffisance de la déclaration d'intention de la loi ? Gérard Farjat indiquait que la loi ne protège pas toujours la partie faible. Une telle analyse est partagée par d'autres auteurs qui estiment que « *ce constat relatif à l'ordre public général, celui de la police, semble transposable à l'ordre public économique* »⁸⁶⁰. Surtout que face au triomphe du libéralisme « *le droit administratif apparaît aussi comme un instrument de protection, un dispositif de garantie des droits des administrés* »⁸⁶¹. L'on ne peut donc entériner l'effectivité attribuée à la protection de la partie faible dans les contrats entre acteurs économiques que par l'intervention du droit exorbitant et la vérification de l'effectivité d'une telle protection.

565. Sommes-nous arrivés à un stade où l'ordre public, au même titre que d'autres notions gardiens de la tradition civiliste et humaniste du droit, semble céder à une certaine évolution au sein de laquelle prime la stricte efficacité économique ? Ainsi parle-t-on d'ordre public conventionnel⁸⁶². Ce dernier se caractérise non seulement par une redéfinition de l'ordre public dans les contrats privés mais semble également accorder une place considérable à l'efficacité du droit. C'est-à-dire ses retombées et ses évaluations économiques. C'est un changement important au point que certains auteurs se sont demandé s'il s'agissait d'une « *provocation* »⁸⁶³. Cette permanente quête de l'efficacité et de l'efficience pour les acteurs économiques, en dehors de toute autre considération, constitue le noyau même de la limite fixée à l'ordre public *inter partes*. D'où la nécessité, tant pour le législateur que le régulateur et le juge de veiller à la protection de la partie faible dans les contrats économiques.

⁸⁵⁹ CE, Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727.

⁸⁶⁰ PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 44.

⁸⁶¹ CHEVALLIER J., *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, op. cit., p. 7.

⁸⁶² MARUET DE VASSILOT L., MARTINON A., « L'ordre public conventionnel », *JCP S*, 25 avr. 2017, n° 16.

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 1.

2- Évolution de l'ordre public économique dans la protection de la partie faible du contrat

566. Il est deux types de faiblesses auxquels l'ordre public accorde une attention particulière. D'un côté le consommateur dont la faiblesse résulte non pas d'une impuissance de négociation puisqu'il adhère ou non à un prix préalablement fixé, mais de celle d'une incapacité à consentir convenablement. Au-delà des contrats classiques nécessitant le consentement et l'accord du cocontractant, la publicité en ligne⁸⁶⁴, les sites de vente, le démarchage et même les conditions d'utilisation de certains services des moteurs de recherche, restituent avec véhémence une telle insuffisance. Le formalisme des contrats devrait, en soi, être une protection de la partie faible⁸⁶⁵. Est-il vrai que cette « partie faible » doit remplir ses obligations et assumer ses responsabilités, sa part du contrat, mais il n'en reste pas moins que la protection vaut d'abord et notamment pour les contrats d'adhésion. Que l'on soit dans un contrat civil, commercial ou encore, dans une sphère plus élargie, dans un contrat de distribution ou de franchise.

567. De l'autre côté, il y a le cocontractant fournisseur, distributeur ou sous-traitant dont la faiblesse ne résulte pas nécessairement d'une absence de consentement mais d'une incapacité parfois notoire d'exprimer son désaccord par peur de représailles économiques. Selon la Cour de cassation⁸⁶⁶, a méconnu les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce et encourt cassation, un arrêt d'une cour d'appel, statuant sur contredit, qui a retenu qu'une demande d'indemnisation du préjudice résultant de la rupture brutale de relations commerciales établies relève de la matière contractuelle au sens de l'article 5 § 1 du Règlement 44/2001⁸⁶⁷. Une telle position de la Cour de cassation réaffirme, en accord avec les dispositions du Code de commerce, la prohibition de la rupture brutale des relations commerciales établies constituant en un abus à l'égard de la partie faible du contrat.

568. Cette notion de protection de la partie faible dans les rapports contractuels économiques est fréquente. C'est au nom de ce principe que la Cour de cassation a sanctionné un manquement dans un contrat de distribution entre Apple et Orange⁸⁶⁸. Dans cette affaire, la Cour de cassation

⁸⁶⁴ La publicité en ligne et ses effets sur la protection des consommateurs demeure un autre domaine d'expression de l'ordre public économique. Cf. Loi n° 93-122 du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (Loi Sapin I), *JORF* n° 25 du 30 janv. 1993 ; ADLC, avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018, *portant sur l'exploitation des données dans le domaine de la publicité*, non-publée au *BOCCRF*.

⁸⁶⁵ Cf. JACQUEMIN H., *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Paris, Larcier 2010, 555 p.

⁸⁶⁶ Cass. com., 18 janv. 2011, *Sté. Comercio de Primeras Materias (Coprime)*, n° 10-11.885.

⁸⁶⁷ Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 déc. 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE*, n° L 12 du 16 janv. 2001.

⁸⁶⁸ Cass. civ., 6 juill. 2016, *Sté. Apple*, n° 15-21-811.

rappelle que l'action attribuée au ministre chargé de l'économie, au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique, protège le fonctionnement du marché et la concurrence et qu'il n'est pas possible d'opposer à cette action une clause d'arbitrage résultant d'un contrat en raison de la nature et de l'objet de l'action du ministre. L'ancien article L.442-6 du Code de commerce énonce qu'il est interdit de « *soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » car cela « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé* ». Ces dispositions sont protectrices pour le cocontractant et dénotent la vigilance du législateur quant au décalage entre le droit tel qu'il est déclaré et les réalités des rapports commerciaux lorsqu'un des contractants est dans une position de faiblesse. Mais les dispositions vont plus loin en prohibant de la même manière le fait de faire peser des menaces de « *ruptures brutale totale ou partielle des relations commerciales* »⁸⁶⁹. La protection de la partie faible dans les relations contractuelles se retrouve également, et ce de manière remarquablement innovante et singulière, dans la prohibition de l'abus de dépendance économique. Cette infraction est prévue par l'article L. 420-1 du Code de commerce⁸⁷⁰. Cet abus est constitué de refus de vente, de ventes liées, ou d'autres pratiques discriminatoires⁸⁷¹.

569. En outre, est également sanctionné depuis la Loi du 3 janvier 2008 portant développement de la concurrence et protection du consommateur⁸⁷², car considéré comme constitutif de déséquilibre significatif, le refus de « *de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en a fait la demande conformément à l'article L.112-6 du code de la consommation* ». C'est sans doute en raison du rapport existant entre le déséquilibre significatif, par ailleurs considérée comme une infraction à sanctionner *per se*, que l'action appartient à la fois à la victime et au ministre de l'économie⁸⁷³. Cette rigidité d'interprétation peut donc être vraie pour la partie adverse d'où

⁸⁶⁹ Le titre IV du même article.

⁸⁷⁰ Ainsi l'alinéa 2 de l'article L.420-1, prohibant l'abus de position dominante, prévoit « *Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme* ».

⁸⁷¹ Il faut rappeler qu'une telle infraction n'a toujours pas d'équivalence en droit communautaire. Dans la section suivante, nous reviendrons en détails sur l'abus de dépendance économique, mais cette fois-ci, dans le cadre du droit de la concurrence.

⁸⁷² Loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008, portant développement de la concurrence au service des consommateurs, *JORF* n° 0003 du 04 janv. 2008, insérée à l'alinéa 10 de l'article L.442-6 du Code de commerce.

⁸⁷³ Publications et documentations de La semaine juridique « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *LexisNexis*, mars 2012, n° 9. Dans l'affaire *Galec* dans laquelle le requérant épuisa tous les recours avant de finir auprès de la CEDH qui réitère l'interprétation jurisprudentielle selon laquelle l'action du ministre sur le fondement de l'article L-442-6-III est une action

l'intégration de cette prohibition dans les infractions sanctionnées *per se*, avec une double voire une triple action : celle de la victime, celle du ministre et même celle du procureur dans certains cas⁸⁷⁴. Le ministre peut également, dans le cadre de l'action fondée sur l'article L. 442-6-2, renoncer à la nullité des clauses en contrepartie de la cessation des pratiques et d'une amende civile⁸⁷⁵. De ce point de vue, l'ordre public économique s'exerce dans toute sa splendeur car même le ministère public dispose d'une action en nullité de la clause déséquilibrée⁸⁷⁶.

570. Cette protection de la partie faible dans le contrat est entrée par la grande porte du déséquilibre significatif notamment depuis la réforme de 2016. Il s'applique aussi dans le domaine du louage d'un local à usage commercial⁸⁷⁷, d'un service de louage d'hôtel par l'intermédiaire des plateformes, rappelant par la même occasion que l'article « *L. 442-6 est une loi de police, ce qui permet d'écarter l'application de la loi anglaise* »⁸⁷⁸. Il en est de même pour les contrats de concession exclusive⁸⁷⁹ ou en cas d'absence de pouvoir de négociation des clauses entraînant un déséquilibre significatif⁸⁸⁰. La jurisprudence n'hésite cependant pas à interpréter strictement cette notion de déséquilibre significatif. Ce fut le cas dans une affaire de retrait d'un membre d'un groupement d'intérêt économique⁸⁸¹.

571. Le déséquilibre significatif n'est plus l'apanage exclusif du droit de la concurrence car il est également saisi, ce depuis la réforme de 2016 du droit des obligations, par le Code civil. Ainsi, l'article 1171 du Code civil mentionne expressément le déséquilibre significatif allant, de ce fait, dans le même sens que celui du Code de commerce en interdisant, dans les contrats

autonome ne nécessitant aucun accord de la part des victimes et ne viole, en conséquence, aucunement les dispositions de l'article 6 CESDH relatif au procès équitable. Cf. CEDH, 17 janv. 2012, *Galec c./France*, n° 51255/08, non-publié au *Rec.*

⁸⁷⁴ Au Danemark par exemple, seul le procureur peut imposer des sanctions civiles aux auteurs de ces pratiques. En France également, l'intervention du procureur peut être requise dans le cadre de la sanction des pratiques restrictives de la concurrence.

⁸⁷⁵ Com. 3 mars 2015, n° 13-27.525.

⁸⁷⁶ ARHEL P., « Répertoire commercial, Transparence tarifaire et pratiques restrictives » *Dalloz*, juill. 2017, sept. 2018. Cf. aussi HOUTCIEFF D., *Actes de commerce. Commerçants. Fonds de commerce. Contrats commerciaux. Concurrence. Instruments de paiement et de crédit*, 4^e éd., Paris, Sirey, coll. « Droit privé », 2016, 864 p. ; MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^e éd., Paris, Sirey, 2017, IX-385 p. ;

⁸⁷⁷ Cass. civ., 3^e, 15 févr. 2018, *Sté. Au Marahja du Millénaire*, n° 17-11.329.

⁸⁷⁸ CA Paris, 21 juin 2017, *Sté. Expédia INC*, n° 15/18784. Dans cette affaire, il est rappelé que le groupe Expédia soumet le complexe hôtelier à un déséquilibre significatif en lui imposant de lui réserver les chambres tout en lui proposant un prix bas par le biais notamment d'une « clause de parité » et d'une « clause de disponibilité de la chambre ».

⁸⁷⁹ Cass. com., 12 avr. 2016, *Sté. Bénéteau*, n° 13-27.712.

⁸⁸⁰ Cass. com., civ., 27 mai 2015, *Sté. Coopérative Groupement d'achat des centres distributeurs Leclerc (GALEC)*, n° 14-11.387.

⁸⁸¹ Cependant, il est précisé que l'application de l'article L. 442-6-2 n'est pas systématique en l'espèce dès lors que « *les modalités de retrait du membre d'un groupement d'intérêt économique, prévues par le contrat constitutif ou par une clause du règlement intérieur de ce groupement sont exclues* ». Cf. Cass. com., 11 mai 2017, *GIE Les Indépendants*, n° 14-29.717.

d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties⁸⁸². Mais le législateur s'empresse de préciser, dans le deuxième alinéa dudit article, que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». Une telle précision est d'une importance novatrice et fondamentale d'autant qu'on ne peut sanctionner un abus par un abus. Donc pour éviter l'abus de ceux qui peuvent invoquer ce déséquilibre, le législateur en délimite la portée en précisant que le prix et l'objet du contrat ne peuvent être constitutifs d'un déséquilibre significatif.

572. Dans un arrêt de 2017, la Cour de cassation s'est en outre montrée plus attentive à ce que ce prix ne soit pas indéfiniment impossible à réviser dès lors qu'il ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif⁸⁸³. La jurisprudence s'intéresse donc moins au prix qu'aux conditions dans lesquelles celui-ci est négocié. La Chambre commerciale de la Cour de cassation était allée plus loin dans l'arrêt *Galec* du 27 mai 2015 en estimant que l'absence de pouvoir réel de négociation était constitutive de déséquilibre significatif dès lors que les cocontractants ne prendraient pas le risque « *d'être déréférencés par un opérateur qui détenait 16,9 % des parts du marché de la distribution* »⁸⁸⁴. Ce dispositif de valeur désormais constitutionnel⁸⁸⁵ ne fait l'objet d'aucune contestation sérieuse et entérine durablement l'importance de la protection de la partie faible du contrat et, par la même occasion, réitère l'impérativité de l'ordre public économique dans les relations contractuelles économiques. Ceci ressort également d'un avis rendu par la Commission d'examen des pratiques commerciales relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive⁸⁸⁶.

⁸⁸² Selon l'article 7 de la Loi n°2018-287 du 20 avr. 2018 inséré dans le Code civil à l'article 1171 est ainsi formulé « al. 1. *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.* Al.2. *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». Cf. Loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0093 du 21 avr. 2018.

⁸⁸³ Cass. com., 25 janv. 2017, *Sté. Galec-groupe d'achats des centres Leclerc (le Galec)*, n° 15-23.547.

⁸⁸⁴ Cass. com., civ., 27 mai 2015, *Sté. Coopérative Groupement d'achat des centres distributeurs Leclerc (GALEC)*, *supra*.

⁸⁸⁵ Cons. const., décis. n° 2018-749 QPC du 30 nov. 2018, portant sur le déséquilibre significatif dans les relations commerciales II, (*Société Interdis e. a.*), *JORF* n° 0278 du 1^{er} déc. 2018, texte n° 83. Après avoir décidé quelques années plutôt que les dispositions de l'alinéa II de l'article L.442-6 du Code de commerce sont conformes à la Constitution ; Cons. const., 13 janv. 2011, décis. n° 2010-85 QPC du 13 janv. 2011, portant sur le déséquilibre significatif dans les relations commerciales, (*Établissements Darty et Fils*), *JORF* n° 0011 du 14 janv. 2011, texte n° 123.

⁸⁸⁶ CEPC, 23 janv. 2014, avis n°14-02. Rattaché au ministère de l'économie, cette commission a selon le site de ce dernier, pour mission de donner des avis ou de formuler des recommandations sur les questions, les documents

573. Une véritable évolution découle de la réforme de L'article L. 442-6 du Code de commerce. Cette réforme, intervenue en avril 2019, renforce la protection de la partie faible notamment dans son volet portant sur les pratiques restrictives de concurrence. La formulation de « *partenaire commercial* » a été remplacée par celle de « *autre partie au contrat* ». Ce changement de vocabulaire dénote encore l'exorbitance du droit de la protection de la partie faible du contrat. Le Rapport du 24 avril 2019 adressé au Président de la République⁸⁸⁷ ainsi que l'Ordonnance du même jour portant refonte du Titre IV et du Livre V du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées⁸⁸⁸, vont dans le même sens. Cette Ordonnance étale l'action, jusque-là laissée au ministère public et au ministre de l'économie, à « *toute personne ayant un intérêt à agir* » pour la cessation des pratiques restrictives ainsi que la réparation des dommages qui en découlent. L'Ordonnance étant d'application immédiate, elle produit des effets sur tous les contrats conclus postérieurement à cette date ainsi que sur les avenants des contrats conclus antérieurement.

574. Toutes ces expressions de l'ordre public économique sont tangibles car touchant des domaines concrètement saisissables. L'ordre public économique n'est pas seulement gardien du concret dans la vie d'une société, elle touche également des domaines moins concrets, moins visibles, mais non moins indispensables au maintien de l'ordre public global et à l'équilibre de la société. Pourrait-on ainsi parler d'extension de l'ordre public économique, même si en réalité cela n'est en rien une extension puisque l'ordre public est avant tout immatériel⁸⁸⁹. De cette immatérialité découle son application dans des domaines concrets tels que, entre autres, les rapports contractuels.

B- L'extension rhétorique du rôle protecteur de l'ordre public économique

575. L'ordre public s'exerce au-delà de la protection des valeurs non-économiques indispensables à l'exercice des activités économiques (**I**) et s'attèle par la même occasion à la

commerciaux ou publicitaires et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs, qui lui sont soumis.

⁸⁸⁷ Rapport parlementaire n° 2019-359 au Président de la République relatif à l'ordonnance du 24 avr. 2019, portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, avr. 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038409923>. (Consulté le 05/06/2019).

⁸⁸⁸ L'Ordonnance n° 2019-359 du 24 avr. 2019, portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées pris en application de l'article 17 de la Loi du 30 oct. 2018, *JORF* n° 0097 du 25 avr. 2019.

⁸⁸⁹ Cf. PEYROUX-CISSOKO M.-O., *L'ordre public immatériel en droit français*, thèse, Paris, LGDJ, 2018, 618 p.

préservation des valeurs hautement indispensables pour le vivre ensemble et l'équilibre de la société (2). Il va de soi que pour l'épanouissement des acteurs économiques, ces deux éléments sont indissociables car liés à la stabilité sans laquelle l'on ne peut prétendre exercer une quelconque liberté d'entreprendre ou de circulation des biens et des services.

1- La protection des valeurs non-économiques

576. Il ne peut y avoir une conception restrictive de l'ordre public économique de protection dans la mesure où celui-ci « *ne protège pas uniquement des intérêts individuels, il protège aussi, et peut-être avant tout, des intérêts catégoriels et contribue ainsi plus largement au bon fonctionnement du marché, voire de la société toute entière* »⁸⁹⁰. Une telle interprétation peut probablement paraître prétentieuse, mais le rôle de l'ordre public économique dans le maintien de l'équilibre de la société et même du vivre ensemble n'est pas négligeable. L'on admet aisément la multiple extension des marchés en passant de l'espace national à celui international voire mondial pour ainsi atteindre une « *échelle globale* »⁸⁹¹, sans mésestimer l'extension matérielle qui touche des domaines sensibles⁸⁹² voire prohibés⁸⁹³. Alors l'on ne peut comprendre qu'on réduise l'ordre public économique alors que son objet est sujet d'une extension sans précédent. Ce n'est pas tant la métaphore de l'extension du droit en tant que tel qui est impropre, c'est plutôt son usage, ce qu'on lui prête. Le droit ne devrait pas avoir besoin de se dilater, se boursouffler encore moins se distendre pour couvrir des domaines qui, de toute manière, relèvent de son champ de compétence. Autant de marchés, autant d'ordres publics économiques. On pourrait même dire autant de « *marchés possibles* », autant d'ordres publics effectifs pour les encadrer.

577. La protection dont il est ici question n'est pas exemptée de l'évolution intrinsèque à l'économie et au droit. Jadis, l'ordre public de protection était, selon Raynaud, caractérisé, reprenant une position connue du doyen Carbonnier, « *par des règles qui tendent à protéger une partie particulièrement faible : l'ouvrier, le fermier, l'assurée, le débiteur* »⁸⁹⁴. S'il n'a pas totalement perdu de cette vertu protectrice de « *petits acteurs vulnérables* » de l'économie, il faut d'emblée souligner que la protection dont il est aujourd'hui question, à l'heure de la

⁸⁹⁰ RACINE J.-B., « Le droit économique et les lois de police », art. cit., p. 64.

⁸⁹¹ ULLRICH H., « La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *RIDE*, 2003, t. XVII p. 291 -311, spéc. p. 292.

⁸⁹² On reviendra largement sur les données personnelles et le fait qu'elles risquent si ce n'est déjà le cas de devenir un marché juteux.

⁸⁹³ La prostitution ou la vente d'organes voire même la gestation pour autrui.

⁸⁹⁴ RAYNAUD P., *L'ordre public économique*, op. cit., p. 60.

mondialisation économique, est celle qui protège les acteurs du marché contre des actions répréhensibles d'un de leur membre ou d'une compétition déloyale extérieure. Car la protection des consommateurs, des acteurs économiques les plus fragiles ainsi que celle des citoyens, relèvent de « *l'ordre public économique de direction* »⁸⁹⁵, duquel découle l'ordre public économique de protection. Cette protection a atteint un niveau d'importance tel qu'on ne peut plus la reléguer à son seul aspect social et secondaire comme ce fut le cas dans les années 60, où l'on considérait l'ordre public de protection comme l'extension à outrance de l'ordre public économique⁸⁹⁶.

578. L'ordre public, en ne se cantonnant pas uniquement, comme le voudraient certains économistes, au seul aspect économique des rapports sociaux notamment contractuels, réaffirme sinon sa prépondérance ou du moins son envergure. C'est la dignité humaine, la marchandisation et la prétention du Droit qui se retrouvent devant une interrogation centrale. En vouloir au droit d'avoir une telle prétention revient à reprocher à l'économie d'être motivée par le profit. C'est comme, *in fine*, en vouloir à une poule de pondre des œufs⁸⁹⁷. Dans sa critique de la tendance économiste de la réforme du droit des contrats, Frédéric Rouvière affirmait que « *les objectifs affichés de la réforme semblent vouloir mettre le droit au service de l'économie* »⁸⁹⁸. Même si l'on peut se réserver le droit d'émettre des réserves sur le caractère exprès d'une telle volonté, il n'en demeure pas moins que cela renvoie au traditionnel grabuge entre le droit et l'économie sur la question de savoir qui de l'un ou de l'autre conditionne la marche de la société. L'auteur souligne surtout la nécessité de sortir de cette conception consistant à reléguer le droit à l'immobilisme sous prétexte que ses règles « *seraient froides, abstraites, figées, ignorantes des réalités* », et que, à l'opposé, l'économie serait « *bouillonnante, concrète, mouvante et fluctuante* »⁸⁹⁹. La réalité n'est pas si binaire que cela.

579. La liberté contractuelle⁹⁰⁰, l'autonomie de la volonté⁹⁰¹ ou encore l'économie au service de l'humain pour ne pas dire l'humanisation de l'économie⁹⁰², sont autant des valeurs non-

⁸⁹⁵ FARJAT G., BERTHOLD G., *L'ordre public économique, op. cit.*, p. 328.

⁸⁹⁶ Une position qui fut d'ailleurs critiquée par G. Farjat un peu plus tard car lui estimait que l'ordre public de protection détient toute sa place au sein de l'ordre public économique.

⁸⁹⁷ Quoi de plus naturel après tout ?

⁸⁹⁸ ROUVIERE F., « Les valeurs économiques de la réforme des du droit des contrats », art. cit., p. 3.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 3.

⁹⁰⁰ Cf. GRANGE J., « Plaidoyer pour une liberté contractuelle », *JCP S*, 25 avr. 2017, n° 16, p. 48-50 ; GRAL J.-C., MALLEEN G., « Déséquilibre significatif : entre une affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des obligations », *RLC*, n° 56, 2016, p. 20-36.

⁹⁰¹ Qui a toute son importance dans des rapports contractuels où l'abus est singulièrement présent.

⁹⁰² Ou plus exactement le respect de la dignité humaine.

économiques dont la préservation ne doit souffrir d'aucune caducité, fut-elle au nom de la modernité et de la mondialisation ou encore sur le fondement de la « nécessaire »⁹⁰³ rapidité des affaires. En protégeant ces valeurs, l'ordre public protège indirectement mais substantiellement aussi le marché et ses acteurs. Il doit s'exercer pour protéger les acteurs économiques y compris contre eux-mêmes⁹⁰⁴. La dignité et le prix tel qu'ils sont expliqués par Emmanuel Kant devraient servir de référence tant pour démontrer que non seulement tout n'est pas satisfaisant sans l'économie mais que tout n'est pas économique dans la société. Pour Gérard Farjat, en cas de conflit entre la dignité et le prix, « *c'est la dignité qui devrait l'emporter* »⁹⁰⁵. Car autant le prix peut être relatif, changeant, exorbitant ou même dérisoire voire inexistant ; autant la dignité devrait être immuable, inaltérable et indépassable. L'ordre public économique n'aura de rôle plus fondamental que celui de la protection de cette dignité. La marchandisation du corps humain⁹⁰⁶, la gestation pour autrui⁹⁰⁷, la sensible question des assistants sexuels⁹⁰⁸, sont autant des domaines qui restituent avec plus ou moins de contiguïté l'importance de l'ordre public économique dans la préservation des valeurs non-économiques. Ces valeurs sont en passe de devenir, sous l'effet de la mondialisation, des marchandises comme les autres⁹⁰⁹. Mais l'impératif maintien de l'équilibre de la société interdit de tout brocanter, de tout vendre et de tout acheter.

2- L'ordre public de protection au service du maintien de l'équilibre de la société

580. Ingénieur sera celui qui saurait dissocier l'économie de la question du vivre ensemble. Pourquoi dans le XXI^e siècle, loin de 1789 et ses sirènes révolutionnaires, la question des inégalités occuperait encore le débat public ? Les statistiques démontrant la possession d'une

⁹⁰³ Nécessaire mais pas absolue, en tout cas pas au détriment des valeurs qui gouvernent les relations contractuelles comme celle du consentement ou l'ordre public.

⁹⁰⁴ CE, sect. du contentieux, 13 oct. 1967, *Sieur Peny* n° 58332.

⁹⁰⁵ FARJAT G., « Le droit, l'économie et le fondamental », art. cit., p. 439.

⁹⁰⁶ EDELMAN B., « Qu'est devenu la personne humaine ? », *Droits. Rev. française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2013, n°55, p.129-137. Cf. aussi MARILLER P., « Condamnation ferme de la gestation pour autrui par le Parlement européen », *RGDM*, n° 58, 2016, p. 341-342 ; EDELMAN B., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *Recueil Dalloz Sirey*, 2011, n°13, p. 897-904.

⁹⁰⁷ ROUX-DEMARE F.-X., « Réflexions pour une législation de la gestation pour autrui en droit français », *RRJ*, 2016, n°3, p. 1017-1032 SIROUX D., « Le débat sur une éventuelle législation de la gestation pour autrui à l'occasion de la révision de la loi bioéthique », *Gazette du Palais*, 2009, n° 170-171, p. 23-26.

⁹⁰⁸ MAVIEL J., PREVOST J.-B., « Sexualité et handicap : débat autour de la légalisation de l'assistant sexuel », *Gazette du Palais*, 2018, n° 4, p. 87.

⁹⁰⁹ Cf. SANDEL J.-M., CLAIR Ch., DUPUY J.-P., *Ce que l'argent ne saurait acheter : les limites morales du marché*, Paris, Seuil, 2014, 336 p.

majeure partie de la richesse du monde par une infime minorité⁹¹⁰ n'interpellent pas uniquement ceux qui, politiquement, considèrent, souvent à tort, que les malheurs de l'humanité sont indéfiniment imputables aux riches. Sans céder à la tendance qui consiste à prôner « la haine du riche », le droit doit se poser la question de la résolution de cette équation étroitement liée à l'équilibre de la société. La question du respect du droit par les multinationales, l'instrumentalisation qu'elles en font, l'évasion fiscale ou même l'abus de position dominante qu'elles exercent non pas seulement sur les entreprises concurrentes, mais aussi désormais sur les États⁹¹¹. Autant de facteurs vérifiables et vérifiés qui exigent des États, à travers le Droit, une réaffirmation et une « (re)légitimation » de l'ordre public économique. Cela va dans le sens de la protection d'abord de l'intérêt général, donc des parties vulnérables de la société, mais ensuite dans le sens de la protection des acteurs économiques et de leurs biens matériels et immatériels⁹¹² pour enfin aboutir à la combinaison des deux premiers. Étant entendu que l'ensemble doit concourir à la préservation du vivre ensemble et à la cohabitation sereine de toutes les couches de la société.

581. L'expression du pouvoir administratif exorbitant doit se faire dans le sillage de l'ordre public économique. Peu importe le mécanisme et les autorités à travers lesquels il s'exerce, le plus important demeure son effectivité et le contrôle de sa proportionnalité par le juge⁹¹³. Que serait le Droit mais surtout que deviendrait la société si celui-ci perd son pouvoir de dire « non », de fixer des limites, de donner du sens à l'immatériel qui tient le vivre ensemble et la société ? Ce vivre ensemble dont on sait qu'il doit résulter d'une volonté, mais laquelle volonté, si jamais elle s'effondrait, c'est toute l'organisation politique qui se défait. Il serait cependant bien incontestablement restrictif de définir le droit comme simple limite, puisque la limite précède l'octroi. Limiter pour mieux octroyer, mais surtout limiter pour efficacement et humainement

⁹¹⁰ Le Monde, « Les 1 % les plus fortunés posséderont bientôt la moitié de la richesse mondiale », 19 janv. 2015, accessible à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/economie/article/2015/01/19/les-1-les-plus-riches-possederont-bientot-la-moitie-de-la-richesse-mondiale_4558585_3234.html. (Consulté le 08/03/2018) ; Le Figaro, « Plus de 80% de la richesse mondiale va au 1% les plus riches », 22 janv. 2018, mis à jour le 23 janv. 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lefigaro.fr/conjoncture/2018/01/22/20002-20180122ARTFIG00140-plus-de-80-de-la-richesse-mondiale-va-au-1-les-plus-riches.php>. (Consulté le 08/03/2018).

⁹¹¹ Infrastructures essentielles, données essentielles, monopoles essentiels détenus par les entreprises qui ravivent les États. Il est temps d'envisager la question de l'abus de domination économique sur les États et les conséquences juridiques qui en découlent.

⁹¹² Tout aussi sinon plus importants que les biens matériels car ceux-ci en découlent, c'est leur liberté d'entreprendre, de créer, d'innover et de s'épanouir. Autant d'objectifs qui ne peuvent être atteints sans stabilité dans la société au sein de laquelle évoluent les entreprises.

⁹¹³ Certes, la formulation « peu importe » ne renvoie pas à son exercice hors du cadre légal, appliqué par les autorités compétentes et contrôlé donc par les juridictions aussi bien nationales qu'européennes. Mais il est tout autant fondamental qu'elle s'exerce avec car l'équilibre de la société en dépend.

octroyer, car ces deux aspects ne sont pas contradictoires. La protection objectée par la mise en œuvre de l'ordre public économique est double. D'abord dans sa généralité, elle exprime l'intangibilité de l'État et sa transcendance. Par la suite, elle protège l'économie car « *c'est tout de même remarquable* » dit Charles Vautrot-Schwarz « *l'ordre public économique, c'est l'économie !* »⁹¹⁴.

582. Par ailleurs, bien qu'il y ait eu révision de l'article L.2151-5 du Code de la santé publique, passant d'une interdiction expresse⁹¹⁵ à une interdiction conditionnée⁹¹⁶, la question du clonage humain demeure également un domaine où l'ordre public doit s'exprimer pour éviter la marchandisation d'embryons humains. Au-delà même du concept de capital immatériel « *cette double fonction de création de richesse et de création d'emplois constitue leur première contribution à l'intérêt général* »⁹¹⁷. Il est important de suffisamment souligner que l'État ne peut se passer de ce rôle si indispensable joué par les entreprises. La santé, étant un domaine sensible, la régulation ne s'y fixe pas comme unique objectif la concurrence. Bruno Lasserre rappelle à ce sujet, qu'il « *existe dans ce domaine un réel enjeu de soutien à l'innovation, mais aussi de régulation des prix au profit des patients* »⁹¹⁸. La régulation doit veiller à une conciliation équilibrée entre l'accès aux soins et la concurrence nécessaire à l'innovation dans un domaine qui en a tant besoin⁹¹⁹, mais aussi à ce que les données sanitaires soient protégées et que le secret professionnel ne soit pas marchandé. Comment, à titre d'exemple, pourrait-on

⁹¹⁴ VAUTROT-SCHWARZ C., « L'ordre public économique », in DEBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public, op. cit.*, p. 189.

⁹¹⁵ L'alinéa 2 de l'article 42 de la loi dite bioéthique de 2011 dispose que « *la recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite* ». C'est seulement ensuite qu'il énumère les exceptions dans lesquelles le clonage serait permis et ce pour des raisons scientifiques et médicales. Cf. Loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011, relative à la bioéthique, *JORF* n° 0157 du 08 juill. 2011.

⁹¹⁶ La Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 (article unique) modifie l'article L5121-5 du Code de la santé publique, *JORF* n° 0182 du 07 août 2013. L'article est désormais ainsi formulée : « *Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation. Un protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain ne peut être autorisé que si : 1° La pertinence scientifique de la recherche est établie ; 2° La recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale ; 3° En l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires ; 4° Le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires* ». On pourrait noter la place de plus importante accordée à la recherche mais la vigilance doit être de rigueur pour que le droit et l'éthique ne cèdent la place et au marché.

⁹¹⁷ ALLIER H., HEIDSIECK Ch.-B., LAVIGNE L., *Intérêt général : nouveaux enjeux, nouvelles alliances, nouvelle gouvernance*, Rapport, préc., p. 45.

⁹¹⁸ LASSERRE B., « La régulation économique de la santé », *Conseil d'État*, entretiens du droit social, 8^e éd., 1^{er} févr. 2019, p. 3.

⁹¹⁹ Cf. ADLC, avis n° 13-A-24 du 19 déc. 2013, *relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament à usage humain en ville*, non-publiée au *BOCCRF* ; FRISON-ROCHE M.-A., « La complexité inhérente à la régulation des systèmes de santé : dialectique entre politique et contrat », cité par FRISON-ROCHE M.-A., (dir.), *La régulation des secteurs de santé*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011, p. 170-171.

concevoir une société équilibrée quand on a l'impression sinon la certitude que nos données personnelles sont « vendues » par les plateformes à des entreprises d'assurances ou à des banques non sans conséquence sur le sort réservé à toutes ces données ? Si gouverner c'est prévoir⁹²⁰, ceux qui détiennent les données gouvernent la société. Les données sont aujourd'hui le meilleur atout prospectif et donc de gouvernance. Ne pas prendre en compte cette réalité revient à préserver insuffisamment l'ordre public économique.

Section II- Préservation insuffisante de l'ordre public économique

583. Une fois identifié, l'ordre public économique se déploie pour préserver des valeurs indispensables au bon fonctionnement des rapports entre acteurs économiques et autorités publiques. Il englobe, par l'intermédiaire de la diversité de ses manifestations, des domaines aussi abstraits que nécessaires, aussi antagonistes que conciliables, aussi éloignés qu'inséparables. C'est ainsi qu'il protège à la fois les valeurs économiques et non-économiques de la société. La singularité d'une nature aussi particulière souligne l'importance de la préservation de l'ordre public économique. Toutefois, pour qu'une préservation satisfaisante, qui soit à la hauteur des objectifs d'un tel ordre, puisse être mise en œuvre, il est indispensable, dans une société aussi mondialisée qu'instable, de renouveler la prétention de l'ordre public économique.

584. Le monde change, la société évolue, les acteurs économiques se multiplient, le droit se métamorphose. Autant de raisons qui indiquent que l'État, par le biais de la mise en œuvre de son pouvoir administratif exorbitant et légitime, ne saurait rester dans l'inertie. Il est d'une superfluité absolue que d'exiger de l'État de régir de telles mutations avec des mécanismes qui étaient vrais à une époque mais qui ne le sont plus nécessairement aujourd'hui, quand bien même ils peuvent constituer un fondement et un recours indispensable dans le renouvellement des moyens du pouvoir administratif exorbitant exigés par la mondialisation économique et sa sirène d'incertitudes. Le droit est aussi cet idéal qui sait donner de repères lorsque tout semble clair-obscur. Prétendre à l'idéal demeure la définition même du Droit et sa fonction organisatrice de la société.

585. À travers les autorités administratives indépendantes, en droit national, et le rôle si central de la Commission européenne, le rôle du pouvoir administratif exorbitant a été renouvelé. Cependant, eu égard à la nature actuelle des rapports entre acteurs économiques et

⁹²⁰ NASZALYI Ph., « Gouverner c'est prévoir ! », *Rev. des sciences de gestion*, 2017, n° 283, p. 1 à 2.

autorités publiques chargées d'une part de la régulation économique et d'autre part de la mise en œuvre des politiques économiques, conformément à l'esprit du droit national et européen, il ne peut y avoir de l'inertie. D'autant plus que le mouvement quasi-linaire d'un rapport dont la tendance laisse percevoir une ascendance des acteurs économiques ne peut perdurer⁹²¹.

586. L'analyse et la restitution de l'ordre public économique comme clé de voûte de la prétention économique de l'État (§1) passe dès lors par un examen sinon exhaustif ou du moins substantiel de la manifestation de cet ordre par son expression la plus éloquente que constitue le droit de la concurrence (§2). Ce dernier matérialise à bien des égards l'ordre public économique par la spécificité des mécanismes qu'il use dans l'encadrement et la promotion des acteurs économiques tant en droit national qu'en droit européen (§3).

§1- L'ordre public économique drupe de la prétention économique de l'État

587. L'expression de la prétention économique de l'État a pour boussole la réaffirmation et la sauvegarde d'un certain nombre de valeurs, selon que la conception de son rôle soit fondée sur une proportion plus ou moins forte de l'intervention des autorités publiques dans l'économie. Cependant, il ne faudrait pas se tromper car la délimitation n'est pas totalement absolue. Il est des États présentés comme interventionnistes mais qui ne le sont pas tout à fait ou du moins pas dans l'absolu. En même temps, la conception anglo-saxonne du rôle de l'État n'est pas non plus si permissive qu'on le laisse entendre. En tous les cas, l'ordre public économique renvoie à « *l'ordre voulu par l'État, l'ordre imposé par l'État, c'est-à-dire concrètement l'ordre tel que les autorités de l'État en délimitent le contours* »⁹²². L'expression d'une telle parcimonie est d'autant plus visible que le droit de la concurrence demeure d'un autre point de vue la manifestation la plus éloquente de l'ordre public économique en ceci qu'il se déploie comme un ordre protecteur du marché (**A**). Quoi qu'on en dise⁹²³, il ne lésine pas sur le traitement égalitaire des valeurs économiques et non-économiques dans l'ordre public économique. Cependant, il n'en reste pas moins que l'ordre concurrentiel, dans l'ordre public économique, constitue également un ordre promoteur du marché (**B**).

⁹²¹ L'État doit reprendre l'ascendance non pas dans le simple et réducteur but de prouver sa suprématie mais dans l'objectif de préserver les hautes valeurs indispensables tant à l'endroit des acteurs économiques pour leur véritable épanouissement qu'à l'endroit de la société pour son équilibre et sa stabilité.

⁹²² ROLAND S., « L'ordre public et l'État, Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in DEBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, op. cit., p. 17.

⁹²³ Droit de la concurrence, droit des riches, droit au service exclusif des entreprises, un droit déshumanisé, etc.

A- La concurrence comme ordre protecteur du marché

588. Pour Thomas Pez, l'ordre public économique a pour rôle de « *contraindre des volontés particulières, [de] limiter la liberté* »⁹²⁴. Cette contrainte justifiée et cette limite légitime sont la manifestation, quoique pas toujours à la convenance de tous les acteurs économiques, d'un ordre qui est tout à la fois contraignant et protecteur. C'est dans le sillage de cet ordre que dès le départ, et par opposition à la conception nord-américaine de la concurrence, le droit européen a considéré la concurrence comme « *un moyen* »⁹²⁵ et non comme un but. Même si Marie Malaurie-Vignal souligne que l'antagonisme entre les deux modèles est quelque fois exagéré.

589. La conception du droit national et européen de la concurrence réaffirme que cette dernière n'est pas une finalité en soi, mais un moyen. Par conséquent, les finalités du droit de la concurrence sont multiples⁹²⁶ car les objectifs qui lui sont assignés le sont tout aussi et ne peuvent donc être réduits à la seule efficacité économique. Quand bien même certains événements intervenant à certains moments inciteraient à une primauté de la concurrence sur des valeurs non moins importantes pour l'économie. C'est sans doute en raison de cette multiplicité des finalités que, même « *dépourvue de toute préoccupation d'équité* », les droits français et européen de la concurrence « *n'ont jamais conçu les finalités du droit de la concurrence, même entendu comme le droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations, exclusivement en termes d'efficacité* »⁹²⁷. La diversité de conception du rôle de la concurrence dans le marché est telle que les contrariétés ne sont pas que doctrinales. Elles sont aussi jurisprudentielles. La fusion de *Boeing* et de *McDonnell Douglas*⁹²⁸, celle de *General Electric* et *Honeywell*⁹²⁹ ou encore les retentissantes et récurrentes affaires de *Microsoft*, sont autant d'illustrations qui ont démontré sinon l'antagonisme ou du moins la différence fondamentale entre le droit américain et le droit européen de la concurrence. Si dans la fusion entre *Boeing* et *McDonnell* la Commission européenne avait accepté, non sans « *après*

⁹²⁴ PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 44 ; DEUMIER P., REVET Th., « Ordre public », in DENIS A., STEPHANE R. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1119-1122.

⁹²⁵ MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et européen*, op. cit., p. 18. L'une des particularités de cette conception « moyen » est la consécration par le Traité CE d'un niveau élevé d'emploi et de protection sociale en plus des objectifs liés à la promotion du marché.

⁹²⁶ HOUVENEERS C., « Les multiples objectifs de la politique de la concurrence : un système de N équations à un N+1 inconnues ? », in *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2008/1 (t. XLVII), p. 9-37.

⁹²⁷ RIEM F., « Concurrence effective ou concurrence efficace. L'ordre concurrentiel en trompe l'œil », *RIDE*, 2008, p. 67-91.

⁹²⁸ CEE, décis. n° 97/816 du 30 juill. 1997, *déclarant la compatibilité d'une concentration avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen* (aff. n° IV/M.877 - *Boeing/McDonnell Douglas*), *JOCE* n° L 336, 8 déc. 1997, p. 16-47.

⁹²⁹ Initialement déclarée compatible avec le marché commun en 2001 mais finit par être interdite en 2005. Cf. TPICE, 14 déc. 2005, *General Electric Company c./Commission*, aff. T-210/1, *Rec.* 2005, p. II-5527.

discussions et une certaine pression politique »⁹³⁰, le Tribunal et la Cour ont tout simplement refusé les deux autres avec par ailleurs une sanction record contre Microsoft. Ce fondement au nom duquel la jurisprudence rend ses décisions dans l'optique de préserver l'ordre public économique n'est pas non plus absente en droit national notamment dans la jurisprudence constitutionnelle⁹³¹.

590. C'est sans doute pour affirmer et défendre une conception autonome, non suiviste, qui se préoccupe d'autres valeurs que l'efficacité économique que le Prix Nobel Jean Tirole indique que « *la concurrence n'est pas une religion [...] puis qu'il s'agit d'un moyen et non d'une fin* »⁹³². C'est sans doute au nom de cette optique de protection, incarnée par le droit de la concurrence, que la mise en œuvre de la régulation est soumise au respect des valeurs indispensables à la singularité du droit économique européen. Le pouvoir administratif exorbitant, doit pouvoir, comme moyen de régulation, se munir de tous les moyens nécessaires à la protection de ces valeurs dans la mesure où il ne faudrait pas céder à la conception selon laquelle « *le marché serait ainsi une sorte de Dieu, dont l'homme est l'agent de la même façon que Hegel définissait l'homme comme le fonctionnaire de la Raison, l'agent de l'État, ce Dieu laïc aujourd'hui déchu. Le marché est là pour prendre la relève* »⁹³³. Quelle que soit l'étendue du terrain conquis par ce « Dieu », la prétention protectrice du Droit et de l'ordre public économique doit être plus large, plus haute, plus forte et plus humaine.

591. La jurisprudence, tant nationale qu'européenne, demeure attentive à une telle protection même si elle ne sacrifie en rien les droits fondamentaux des entreprises. Elle protège le marché par l'octroi des conditions nécessaires à la réalisation de la concurrence. Dans l'arrêt *Metro*⁹³⁴, la Cour de justice avait estimé que la protection de la concurrence non faussée exige l'existence d'une « *workable competition* ». Une formulation loin d'être neutre dans la mesure où elle réaffirme certes l'existence d'autres objectifs de la concurrence mais réitère ardemment sinon la prééminence du moins l'antériorité de la protection de la concurrence avant celle des

⁹³⁰ ARCELIN-LECUYER L., *Droit de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, 2^e éd., Rennes, PUF, coll. « Didact Droit », p. 33.

⁹³¹ Cons. const., n° 2012-280 QPC du 12 oct. 2012, portant sur l'organisation et le pouvoir de sanction Autorité de la concurrence, (*Sté. Groupe Canal Plus e. a.*), *JORF* du 30 oct. 2012, p. 16031, texte n° 49. ; Cons. const., décis. n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, portant sur l'action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence, (*Société Système U Centrale Nationale e. a.*), *JORF* n° 0112 du 14 mai 2011, texte n° 71 ; Cons. const., décis. n° 2013-3 LP du 1er oct. 2013, portant sur la Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, cons. 5., *JORF* du 4 oct. 2013, p. 16505, texte n° 84.

⁹³² TIROLE J., « La concurrence n'est pas une religion », *Sciences humaines*, n° 189, janv. 2008, Entretien réalisé par Xavier De La Vega.

⁹³³ FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », art. cit., p. 2.

⁹³⁴ CJCE, 27 oct. 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c./ Commission*, aff. C-26-27, *Rec.*, 1977, p. 1875.

consommateurs⁹³⁵. Sans doute parce qu'une véritable protection de celle-ci engendre la protection de ceux-là. Une telle parcimonie dénote toute la subtilité de l'ordre public économique. C'est au nom de la préservation de ce même ordre public économique que l'Autorité de la concurrence avait sanctionné la société *STGM*⁹³⁶. Même en acceptant les engagements de la société qui permettent la restauration de la concurrence dans le domaine des remontées mécaniques dans les stations de ski, l'autorité de régulation démontre la nécessité d'appliquer les règles de la concurrence avec la prise en compte de procédures négociées.

B- La concurrence comme ordre promoteur du marché

592. L'ordre public concurrentiel n'est pas uniquement une contrainte à laquelle le marché doit se soumettre⁹³⁷, il est également un cadre promoteur de ce dernier. L'ordre concurrentiel peut dans ce sens être considéré, indique Fabrice Riem, comme « *un ordre construit qui entretient des liens sulfureux avec les phénomènes de la concentration du pouvoir économique* »⁹³⁸. Ces liens que l'auteur qualifie de « sulfureux » sont dus très certainement à l'étroitesse de la relation entre ordre concurrentiel et pouvoir économique. Il est évident que l'ordre peut être amené à pousser le marché dans ses retranchements si ce dernier cherche à lui échapper. Tout comme il lui appartient de se réinventer en permanence pour mieux l'encadrer. D'où l'affirmation de Jacques Chevallier selon laquelle « *pas d'ordre concurrentiel concevable sans existence d'un marché et pas de marché sans concurrence* »⁹³⁹, soulignant ainsi l'indissociabilité de l'ordre concurrentiel des mécanismes du marché.

593. L'étroitesse de ce rapport se manifeste avant tout dans l'irréductibilité qui caractérise le lien entre l'ordre et la liberté (1). Aussi, l'ordre public économique, tel qu'il découle et mis en œuvre par la régulation économique vient à la rescousse d'une certaine faiblesse de l'État (2) au point que la préservation de l'ordre concurrentiel participe à la protection des indispensables valeurs non-économiques (3).

⁹³⁵ VOGEL L., *Traité du droit de la concurrence*, op. cit., p. 10-11.

⁹³⁶ Cons. const., décis. n° 10-D-06 du 26 févr. 2010, *relative aux pratiques mises en œuvre par la Société Téléphérique de la Grande Motte (STGM)*, non-publiée au BOCCRF.

⁹³⁷ Cf. *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, op. cit.

⁹³⁸ RIEM F., « Retour sur l'ordre concurrentiel », *RIDE*, 2013, t. XXVII, p. 435 à 450, spéc. p. 439.

⁹³⁹ CHEVALLIER J., « État et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, op. cit., p. 59-72, spéc. p. 59.

1- Le rapport irréductible entre ordre et liberté

594. Le rapport entre l'ordre et la liberté est si étroit que l'un ne peut être probant sans l'autre, pas plus que la seconde ne peut avoir de sens qu'en présence du premier. Ceci est vrai dans les relations classiques entre les hommes mais aussi et surtout dans les rapports entre l'économique et le juridique. C'est pourquoi Antoine Pirovano va jusqu'à affirmer que l'ordre concurrentiel est d'une certaine manière comme « *le droit constitutionnel* »⁹⁴⁰ du marché. C'est-à-dire un droit qui sert de base, qui limite et qui octroie ; celui qui encadre et qui promeut, celui-là même qui assujettit et qui libère. Thomas Pez estime, dans la réaffirmation de ce lien si étroit et tellement indéfectible entre ordre et liberté, qu'une quelconque opposition entre ces deux termes serait improductive et mériterait donc d'être « *dépassée* » dans la mesure où « *ils sont au contraire consubstantiels l'un à l'autre* »⁹⁴¹. De la même manière, vouloir opposer indéfiniment l'ordre économique et la liberté des acteurs économiques, voire mettre dos à dos l'ordre public économique et l'existence d'un environnement concurrentiel sain, demeure improductif tant pour les acteurs économiques que pour les autorités publiques chargées de la régulation.

595. Dès lors, préserver cette liberté c'est servir et promouvoir les entreprises. Une telle liberté ne peut néanmoins être préservée sans un ordre bien identifié. À défaut, c'est le marché lui-même qui s'autodétruirait par déficience de limites et surtout sous l'effet d'une concurrence sans borne dans laquelle les petits seront laissés à la merci de la force des grands et poussant *in fine* ces derniers à s'entredévorer. Les consommateurs seront alors les perdants dans la mesure où les produits se vendraient plus cher sans que les exigences de qualité ne soient nécessairement remplies. Aussi faut-il réitérer qu'il ne s'agit pas d'une recherche de compromis entre l'ordre et la liberté. Il s'agit davantage d'une expression effective de l'un et de l'autre dans les limites fixées par le Droit et sous le contrôle du juge. La liberté doit s'exprimer, mais l'ordre doit tout autant s'affirmer pour rétablir la justice. La sauvegarde de cet ordre public économique, avant même qu'elle ne soit confiée au juge, demeure d'abord et avant tout l'œuvre effective des autorités de régulation.

⁹⁴⁰ *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, op. cit.*, 688 p.

⁹⁴¹ PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 44 ; MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », art. cit., p. 79 et s., spéc. p. 83 ; PICARD É., DRAGO R., *La notion de police administrative, op. cit.*, 1984, p. 534, p. 541-542, et p. 544 et s.

2- La régulation à la rescousse de l'État

596. Si certains considèrent déjà la régulation comme le « *symptôme de l'oubli de l'État* »⁹⁴², il n'en demeure pas moins que celle-ci constitue aujourd'hui la parade la plus pertinente et la plus efficace permettant la préservation de l'ordre public économique. Là où l'État semble avoir perdu toute sa vigueur et où tous ses leviers traditionnels semblent inopérants voire inefficaces, car dépassés par une mutation économique dont l'« exponentialité » n'a d'égale que les ambitions des acteurs privées qui la composent, il est indispensable d'y réinventer d'autres modèles de réincarnation de l'État. Il faudrait peut-être opposer à cet oubli une restauration de celui-ci par l'exorbitance de la régulation économique qui plus est se présente comme « *la fonction de la puissance publique dont l'objet est la préservation et le rétablissement de l'ordre public économique* »⁹⁴³. Cet objectif est d'autant plus important aux yeux des juristes que « *lorsqu'une règle est à la fois de protection et de direction, il est normal que le second but remporte sur le premier* »⁹⁴⁴. Si le droit devait emporter sur l'économie ce ne serait pas uniquement pour satisfaire un égo académique ou disciplinaire, ce serait simplement pour défendre des principes immatériels dont l'inobservation est préjudiciable à la fois aux juristes et aux économistes, c'est-à-dire, pour ainsi résumer, préjudiciable à la société. Encore faudrait-il définir ce qu'on entend par « emporter », autrement dit la quantification de ce sacrifice d'une discipline au profit d'une autre.

3- Ordre concurrentiel et valeurs non-économiques

597. Aussi abstrait que cela puisse paraître, la préservation des valeurs non-économiques participe autant sinon plus que les valeurs économiques à l'épanouissement des entreprises en ceci qu'ils leur octroient une assise de légitimité et un environnement concurrentiel stable. La diversité d'ordres publics économiques en donne une parfaite illustration. On est désormais en présence d'un ordre public environnemental⁹⁴⁵, écologique⁹⁴⁶ et numérique⁹⁴⁷. Ce rapport se manifeste également lorsque l'ordre concurrentiel se confronte aux libertés fondamentales ou au droit du travail. Mais ces valeurs sont tout autant au service de l'ordre public économique

⁹⁴² OCHOA N., « La régulation, ersatz de police administrative spéciale », art. cit., p. 36.

⁹⁴³ PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 56.

⁹⁴⁴ FARJAT G., BERTHOLD G., *L'ordre public économique*, op. cit., p. 325.

⁹⁴⁵ Cf. MARTIN G. J., « L'ordre concurrentiel et le droit de l'environnement », in *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, op. cit., p. 471.

⁹⁴⁶ Cf. § 264, 330, 361, *supra*.

⁹⁴⁷ La loi sur la République numérique s'inscrit dans le cadre de la réaffirmation d'une souveraineté numérique et donc d'un ordre public numérique.

que du marché dans la mesure où l'absence de leur prise en compte peut, dans certains cas⁹⁴⁸, inéluctablement conduire à un préjudice certain, mesurable et conséquent pour l'efficacité économique.

598. Ainsi, comprend-t-on donc que le respect de l'ordre public économique n'a pas pour unique but la satisfaction d'un égo académique ou doctrinal des juristes, c'est également un instrument central au service des acteurs économiques. Alors pour la préservation de celui-ci, le recours au pouvoir administratif exorbitant par les autorités de régulation est tout aussi fondamental. Ceci est d'autant plus vrai qu'en droit de la concurrence, petit et grand, la protection de l'ordre public économique demeure d'une importance capitale à la fois pour la protection des acteurs faibles (PME et consommateurs) et l'encadrement des acteurs forts qui, de temps en temps, ont aussi besoin d'être protégés soit contre eux même soit contre une concurrence déloyale venue d'ailleurs.

§2- Concrétisation de l'ordre public économique par la mise en œuvre de la concurrence

599. Quelle que soit la proportion prise par les procédures négociées en droit national et européen de la concurrence, la mise en œuvre de ce dernier demeure toujours l'une des expressions les plus éloquentes de l'ordre public économique. De la même manière, l'intervention *ex post* des autorités de régulation n'enlève en rien la pertinence des mesures *ex ante*. La complémentarité de ces deux mécanismes ne fait que remédier aux lacunes et imperfections liées à l'encadrement des acteurs économiques. Les procédures négociées, partie intégrante de ce droit, ne sont pas, comme on le laisse souvent entendre, un renforcement du laisser-faire des acteurs économiques, c'est au contraire une responsabilisation de ces derniers. Contrairement à ce qui fut l'inquiétude d'une partie de la doctrine⁹⁴⁹, les procédures négociées n'ont pas amoindri la force du pouvoir administratif exorbitant, elles l'ont au contraire renforcé. Lesdites procédures participent du démantèlement efficace des ententes et de leur sanction effective. Elles engendrent des exigences supplémentaires sans le respect desquelles les acteurs économiques qui y recourent, dans un dessein instrumentaliste⁹⁵⁰, peuvent se voir sanctionner

⁹⁴⁸ Les code de conduite que les entreprises souscrivent pour pouvoir sereinement mener leurs activités dans certains pays voire dans certains domaines spécifiques d'activité en sont une illustration. Les entreprises minières en Afrique, l'exploitation du gaz ou du pétrole, la question des indiens en Amazonie....

⁹⁴⁹ Cf. WAELBROECK D., « Pour une justice économique efficace en Europe - Le développement en Europe des solutions négociées : engagements, clémence, non-contestation des griefs. Que va-t-il rester aux juges ? », *Gazette du Palais*, n° 329, p. 3, A. GEORGES, « Les procédures négociées en droit de la concurrence ou comment échapper aux sanctions tout en se faisant rendre » *Reflets*, mai-juin 2007, p. 46-48.

⁹⁵⁰ En usant notamment de la fameuse « *violation efficace* » et en jouant sur les délais de recours.

en conséquence⁹⁵¹. La mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant dans le domaine économique ne perd pas sa valeur, il se renforce et reçoit de ce fait une légitimité supplémentaire car les entreprises qui n'auront pas su convenablement mettre en œuvre leur autorégulation se verront imposer des sanctions dont elles auront du mal à prouver le mal fondé.

600. Le droit de la concurrence, noyau du droit économique, constitue le domaine d'expression le plus éloquent de l'ordre public économique et donc de la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant. Ce dernier s'exprime doublement en toute effectivité dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles préjudiciables au marché (**B**). Mais avant d'en arriver là, il est tout aussi important de revenir sur un autre domaine dans lequel le pouvoir administratif exorbitant s'exprime avec non moins d'importance. Ce domaine a une certaine consubstantialité avec les valeurs non-économiques chères à l'ordre public économique : ce sont les pratiques restrictives de la concurrence qui sinon fédèrent du moins embrassent à la fois le droit économique et le droit civil (**A**). D'où l'action autonome du ministre de l'économie. Le recours aux dispositions du Code civil, notamment en ces articles 1240 et 1241⁹⁵², s'est renforcé avec le soutien des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

A- Mise en œuvre de l'ordre public économique par la prohibition des pratiques restrictives de la concurrence

601. L'ordre public économique, en protégeant l'ordre concurrentiel, ne se limite pas seulement aux préoccupations du marché, il protège également les parties faibles et les droits subjectifs de certains acteurs. C'est ainsi que resurgissent des dispositions du Code civil applicables en matière de concurrence (**1**), faisant ressortir par la même occasion la prééminence de la responsabilité contractuelle (**2**). Cette préoccupation du droit de la concurrence pour les droits subjectifs est dictée par la nécessité de protéger les parties faibles (**3**). Elle associe dans ce cadre le ministre de l'économie (**4**). Aussi, faudrait-il noter les imbrications entre pratiques restrictives de concurrence et compétence internationale des juridictions (**5**).

⁹⁵¹ Tout comme se conformer à ses engagements ou dénoncer une pratique illicite peut aboutir à une réduction des sanctions pécuniaires, instrumentaliser les procédures négociées peut *a posteriori* coûter très cher à une entreprise qui en fait recours.

⁹⁵² Articles 1382 et 1383 ancien du Code civil.

1- L'importance des dispositions du Code civil en matière de pratiques restrictives de la concurrence

602. À bien analyser les dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce, l'on ne s'étonne guère de l'insertion du déséquilibre significatif dans la réforme du Code civil. Ces dispositions sont d'ailleurs considérées comme des droits subjectifs de la concurrence⁹⁵³. Aussi sont-elles présentées en tant que « petit droit de la concurrence » par opposition au « grand droit de la concurrence » qui pour sa part s'occupe de la protection du marché. Une telle distinction dont l'intérêt est davantage pédagogique que pratique n'est pas sans intérêt quand on réalise l'impact de la violation de l'un ou de l'autre sur le marché. Les pratiques restrictives de concurrence sont considérées comme les comportements des acteurs économiques présumés restreindre la concurrence et sont interdites en tant que tel sans qu'il soit nécessaire de vérifier leur impact réel sur le marché. Ce sont des pratiques sanctionnées *per se*⁹⁵⁴. C'est pour cette raison que le lien avec les dispositions du Code civil n'a pas été difficile à établir.

2- La prééminence de la responsabilité contractuelle

603. Pour la doctrine, une pratique restrictive de concurrence correspond à « *une pratique contractuelle abusive impulsée par un opérateur au détriment de son partenaire. Par essence unilatérale, elle tend à la déflagration du lien de confiance instauré par le contrat au travers de l'abus* »⁹⁵⁵. Cette analyse des pratiques anticoncurrentielles sous l'angle du contrat n'est pas impertinente d'autant plus qu'elle restitue toute l'étendue et la complexité des pratiques restrictives de la concurrence. La confiance et l'absence d'abus sont deux repères incontournables dont se sert le juge dans l'appréciation de la responsabilité des auteurs en matière de pratiques restrictives de la concurrence. Il faut également souligner que la pertinence de la sanction desdites pratiques restitue la vigilance, d'une part du législateur par le fait de les avoir prévues, et d'autre part du juge pour le fait de devoir les apprécier et de les appliquer. Ceci se justifie par la nature des rapports en présence. Encore faut-il rappeler que le rapport est, dans les différentes infractions susmentionnées, déséquilibré au point qu'une partie peut se retrouver dans une faiblesse totale vis-à-vis de son cocontractant. Les rapports entre un

⁹⁵³ Considérées comme le petit droit de la concurrence.

⁹⁵⁴ Alors que les pratiques anticoncurrentielles, appelées aussi grand droit de la concurrence, ne sont sanctionnées que quand elles ont eu pour objet ou effet de restreindre ou de fausser la concurrence.

⁹⁵⁵ Et l'auteur ajoute que la pratique restrictive « *s'inscrit dans le cadre d'une relation économique déséquilibrée dans laquelle l'un marque l'ascendant sur l'autre. De façon systématique elle est la manifestation d'un désordre interne à la relation commerciale contractuellement établie* ». Cf. MALLÉN G., *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 19.

fournisseur et un distributeur, la rupture des relations commerciales sous la menace ou encore celui d'un sous-traitant et son donneur d'ordre⁹⁵⁶ restituent l'importance de mettre la partie faible à l'abri d'abus.

604. L'ancien article 1382, devenu article 1240, dispose que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Renforcé par les dispositions de l'article 1241 qui indique que « *chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* », cet article est en parfaite harmonie avec le dessein des dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce en ce qu'elles sanctionnent les pratiques restrictives de la concurrence. Qu'il s'agisse d'avantages injustifiés ou disproportionnés⁹⁵⁷, du déréférencement ou d'avantages sans contrepartie proportionnée⁹⁵⁸, de l'obtention de conditions manifestement abusives sous la menace de rupture abusive des relations commerciales⁹⁵⁹ ou encore de rupture brutale des relations commerciales établies⁹⁶⁰; la sanction de telles pratiques peut trouver son fondement à la fois dans le Code de commerce et dans les dispositions précitées du Code civil. Il en est également ainsi de la violation d'une interdiction de revente hors réseau⁹⁶¹ ou les conditions de règlement ou de délais manifestement abusives⁹⁶². Le déséquilibre significatif figure désormais dans les deux codes⁹⁶³.

3- La protection jurisprudentielle de la partie réputée faible

605. Dans le cadre des pratiques restrictives de la concurrence, la jurisprudence est d'autant plus attentive au sort de la partie faible que les juges ont considéré en mars 2018 qu'un revirement jurisprudentiel dont un appelant n'aurait pas eu connaissance ne peut justifier l'irrecevabilité de son appel dans la mesure où retenir un tel argument priverait celui-ci d'un procès équitable conformément à l'article 6 de la CESDH⁹⁶⁴. En statuant ainsi, alors que pas

⁹⁵⁶ Sauf dans l'hypothèse où, selon la Cour de cassation dans un arrêt qu'un sous-traitant transporteur a la possibilité de substituer à son donneur d'ordre un ou plusieurs autres donneurs d'ordre lui permettant de faire fonctionner son entreprise de transport avant de condamner son premier donneur d'ordre pour abus de dépendance économique. Cf. Cass. com., 12 févr. 2013, *Sté. EAS Fret*, n° 12-13.603,

⁹⁵⁷ L.442-6-I-1

⁹⁵⁸ L.442-6-I-3

⁹⁵⁹ L.442-6-I-4

⁹⁶⁰ L.442-6-I-5

⁹⁶¹ L.442-6-I-6

⁹⁶² L.442-6-I-7

⁹⁶³ L.442-6-I-2 et l'article 1171 du Code civil.

⁹⁶⁴ En l'espèce, la société Toyota France reprochait à la Société Best d'avoir engagé sa responsabilité contractuelle sur le fondement de l'article L. 442-6-I-6 auprès de la cour d'appel de Paris alors même que la cour d'appel de Versailles l'avait rejeté pour incompétence. Cf. Cass. com., 21 mars 2018, *Sté. Best automobile*, n° 16-28.412.

plus tard que le 21 mars 2017⁹⁶⁵, la Cour de cassation rejetait un recours pour les mêmes motifs, elle dénote suffisamment l'intérêt attentif des juges pour les pratiques restrictives de la concurrence ainsi que la sanction des abus qui peuvent en découler. Dans le cadre d'un contrat de distribution exclusive, la Cour de cassation a pu faire une distinction, en cas de faute du distributeur, entre la brutalité de la rupture des relations commerciales et la rupture elle-même⁹⁶⁶. Cette subtilité est d'autant plus importante que la sanction des pratiques restrictives ne doit pas non plus être une sanction des acteurs économiques du simple fait de leur position, qu'elle soit dominante ou non.

606. En toute hypothèse, le respect de la liberté d'entreprendre, du principe du contradictoire et du droit au recours effectif doivent être inviolables⁹⁶⁷. Aussi, l'importance de la sauvegarde des principes régissant le procès équitable ainsi que la nécessité de défendre l'ordre public économique dans un rapport caractérisé par des contrats d'adhésion est sans conteste⁹⁶⁸. Ainsi, dans le sillage du respect de ces mêmes principes, la jurisprudence considère que le fait d'imposer à un partenaire commercial de payer par virement est contraire à la liberté de négocier son moyen de paiement et peut donc engendrer un déséquilibre significatif⁹⁶⁹. Par ailleurs, la faiblesse du chiffre d'affaires d'un distributeur et l'absence de progression significative des ventes ne peuvent à elles seules constituer la preuve de disproportion manifeste dès lors que les distributeurs ne sont pas soumis à une obligation de résultat⁹⁷⁰. Le Conseil constitutionnel veille quant à lui à ce que les sanctions soient conformes aux principes fondamentaux qui gouvernent le droit français, comme entre autres celui de la légalité des délits et des peines⁹⁷¹. En sus, le législateur a, à juste titre, pris soin de rajouter dans le titre IV du Code de commerce une partie

⁹⁶⁵ Cet arrêt réitérait la compétence des juridictions désignées par le Décret n° 442-3 du 11 nov. 2009, portant application de l'article L. 442-6, III du Code de commerce, *JORF* n° 0265 du 12 nov. 2009, cf. Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-17.659, n° 15-24.241 et n° 15-15.337.

⁹⁶⁶ En l'espèce, la Cour estime qu'en mettant fin à l'exclusivité territoriale concomitamment avec le préavis qui, par nature, le temps qu'il s'écoule, exige que le maintien de la situation antérieure des parties soit respecté, il y a en conséquence rupture abusive des relations commerciales. Cependant, la Cour estime également que la cour d'appel aurait dû préciser en quoi l'insuffisance de préavis avait été de nature à engendrer des préjudices d'un montant de 1350 euros pour les frais éditoriaux et de 12000 euros pour des déplacements et formation des salariés. Donc la Cour reste stricte dans l'appréciation du lien de causalité entre insuffisance du préavis et certains dommages réclamés par la société *Dorise* à la société *Seco Tools*. Cf. Cass. com., 10 févr. 2015, *Sté. Seco Tools France*, n° 13-26414.

⁹⁶⁷ Cons. const., décis. n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Sté. Système U central national e. a.*, *supra*.

⁹⁶⁸ GRALL J.-C., MALLÉN G., « Le déséquilibre significatif en droit français : une notion, deux textes, deux régimes juridiques », *Grall Avocats*, Janv. 2017.

⁹⁶⁹ T. com. Lille, 6 janv. 2010, *Min. de l'économie c./Castorama*, n° 2009-05184.

⁹⁷⁰ Cass. com., 27 avr. 2011, *Sté. Carrefour*, n° 10-13.690.

⁹⁷¹ Cons. const., décis. du 13 janv. 2011, portant sur le déséquilibre significatif dans les relations commerciales, (*Établissements Darty et Fils*), *supra*.

intitulée « D'autres pratiques prohibées », entérinant ainsi le caractère mouvant du droit économique⁹⁷².

4- Une autonomie protectrice de l'action du ministre contre les pratiques restrictives

607. Dans le cadre de la sanction des pratiques restrictives de concurrence, le ministère de l'économie peut se substituer sinon agir au nom des parties pour mettre fin à des pratiques prohibées. Cette action demeure autonome sans être exclusive⁹⁷³. Elle tend, au-delà de la protection du cocontractant lésé, à la protection « *du marché et de la concurrence* » et n'est, par conséquent, pas soumise au consentement de l'acteur concerné, son information suffit⁹⁷⁴. La protection du marché et de la concurrence est donc un ordre public qui transcende les droits subjectifs des acteurs économiques.

608. Une telle action dénote l'expression suffisamment importante de l'exorbitance de l'ordre public économique. Une simple constatation de l'avantage indu suffit à légitimer une telle action dès lors que celui-ci ne correspond à aucun service commercial effectivement rendu par le distributeur au fournisseur ou s'il est manifestement disproportionné au regard du service rendu⁹⁷⁵. Les juges ont cependant refusé l'application des dispositions de l'article L.442-6-I-2 à un litige lié à un contrat de louage d'un local à usage commercial au motif que ceci ne relève pas d'une activité de production, de distribution ou de service⁹⁷⁶. Mais dès lors que le domaine est couvert par les dispositions de l'article précité, même le simple fait de tenter de soumettre le partenaire commercial à un déséquilibre significatif est sanctionné⁹⁷⁷ et peut, en conséquence, justifier l'action du ministre⁹⁷⁸.

⁹⁷² Laissant ainsi une marge d'interprétation au juge afin de pouvoir efficacement encadrer et sanctionnées des pratiques restrictives de concurrence malgré la quasi exhaustivité de l'article L. 442-6.

⁹⁷³ Il y a une pluralité dans l'initiative de cette action à la seule condition qu'il y ait intérêt à agir. Ainsi L.442-6-III dispose que « *l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article* ».

⁹⁷⁴ Cass. com., 8 juill. 2008, *Sté. Coopérative Groupements d'achats des centres Leclerc (le Galec)*, n° 07-16.761.

⁹⁷⁵ Cass. com., 18 oct. 2011, *Sté. Carrefour Hypermarchés SAS*, n° 10-15.296 ; CA Nîmes, 25 févr. 2010, *Sté. Carrefour France*, n° 07/00606.

⁹⁷⁶ En l'espèce, la Cour estime que les litiges qui portent sur l'exécution d'un bail commercial ne relèvent pas des juridictions spécialement désignées pour statuer sur l'application des dispositions de l'article L.442-6. Cf. Cass. civ., 3^e, 15 févr. 2018, *Sté. Au Marahja du Millénaire*, *supra*.

⁹⁷⁷ Cass. com., 3 mars 2015, *Sté. Eurauchan*, n° 13-27.525.

⁹⁷⁸ Mais dans cette décision les sages rappellent que l'action du ministre doit être subordonnée à l'information des parties au contrat lorsque celle-ci porte sur la nullité de conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues ou la réparation du préjudice que ces pratiques ont causé. Une telle information n'est pas requise lorsque l'action porte sur la cessation des pratiques. Cf. Cons. const., décis. du 13 mai 2011, *Sté. Système U central national e. a.*, *supra*.

609. Une telle action se justifie également par la faiblesse dans laquelle peut se trouver la partie cocontractante qui peut renoncer à agir par peur de rétorsions économiques. Il arrive aussi qu'un grand distributeur décide de brandir le principe du procès équitable devant les juridictions afin de justifier l'inaction en restitution de l'indu d'un de ses distributeurs et l'illégitimité du ministre de l'économie à se substituer à celui-ci⁹⁷⁹. Cependant, le Conseil constitutionnel a décidé, par le biais d'une QPC, que l'action du ministre n'est soumise qu'à une simple information des parties et non à une quelconque autorisation de leur part⁹⁸⁰. L'autorité publique agit avant tout pour la défense de l'ordre public économique et ne peut en conséquence se limiter aux « *intérêts immédiats des fournisseurs* »⁹⁸¹. Dans cette affaire, quand E. Leclerc estimait être victime de désavantage concurrentiel en arguant la liberté de ses distributeurs d'intenter ou non une action en répétition de l'indu, la CEDH lui a répondu, reprenant les mêmes motifs que la cour d'appel de Versailles⁹⁸², que les difficultés posées par la répétition de l'indu ne sauraient réduire à néant la protection de l'ordre public économique. Autrement dit, même si les victimes renoncent à l'action, le ministre dispose de son droit d'action en vue de protéger la concurrence et l'ordre public économique.

610. Ainsi, dès l'instant que « *le moyen d'ordre public demeure une notion prétorienne* »⁹⁸³, sa mise en œuvre ne doit être tributaire d'aucune autorisation si ce n'est celle de son fondement légal. C'est une action ministérielle qu'on peut qualifier de prétorienne. Le pouvoir administratif exorbitant s'exprime pour préserver l'ordre public économique et de ce fait n'a pas besoin d'une autorisation, pas même celle de la victime qui aurait renoncé à son action car la protection de l'ordre public économique transcende les intérêts des particuliers et ne donne aucun terrain propice à d'éventuelles rétorsions des acteurs forts sur les acteurs faibles de l'économie. Par ailleurs, même si le droit communautaire n'évoque pas expressément les pratiques restrictives de concurrence comme on les entend en droit national, une communication de la Commission prévoit les modalités de quantification des dommages et intérêts résultant de la violation des articles 101 et 102 TFUE⁹⁸⁴.

⁹⁷⁹ CA Versailles, 3 mai 2007, *Sté. Coopérative groupements d'achats des centres Leclerc (galec)*, 05/9223.

⁹⁸⁰ Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence. À l'occasion le Conseil constitutionnel était saisi d'une QPC portant sur la constitutionnalité de l'article L. 442-6. Cf. Cons. const., décis. du 13 mai 2011, *Sté. Système U central national e. a., supra, supra*.

⁹⁸¹ CEDH, 17 janv. 2012, *Galec c./France, supra*.

⁹⁸² CA Versailles, 29 oct. 2009, *Sté. Coopérative groupements d'achats des centres Y*, n° 08/07356.

⁹⁸³ AKOUN E., *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, thèse, *op. cit.*, p. 57.

⁹⁸⁴ Commission européenne, *La quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE*, Communication de la commission n° 2013/C167/07, Bruxelles, 13 juin 2013. Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:FR:PDF>. (Consulté le 03/03/2018).

5- Pratiques restrictives et compétence internationale des juridictions

611. La question se pose lorsqu'il y a une répercussion des pratiques restrictives de la concurrence émanant d'un acteur ne se trouvant pas sur le territoire national ou européen. Avec la prolifération des ventes en ligne et des promotions via internet, cette question fait désormais partie du paysage juridique avec lequel doivent composer les juges. En effet, dans de telles hypothèses, le juge retient les conséquences des pratiques dommageables. Autrement dit, il applique la théorie des effets qui implique que le lieu où elles se sont produites ne peut être un obstacle à la sanction lorsqu'elles ont un effet restrictif de la concurrence dans le ressort de la compétence du juge national ou du juge européen⁹⁸⁵. Même si la Cour de cassation précise qu'un fait isolé d'un particulier ne peut relever de l'article L. 442-6⁹⁸⁶, elle rajoute tout de même qu'en matière délictuelle et quasi délictuelle le défendeur peut être assigné devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit en application de l'article 5 §3 de la Convention de Lugano⁹⁸⁷. Réaffirmant sa position, la Cour avait, en 2011⁹⁸⁸, estimé que devait prévaloir soit le lieu du fait dommageable soit le lieu dans le ressort duquel le dommage a été subi, pour établir la compétence juridictionnelle.

B- Réhabilitation de l'ordre public économique par la sanction des pratiques anticoncurrentielles

612. Le droit des pratiques anticoncurrentielles est considéré comme le grand droit de la concurrence en ceci qu'il se préoccupe de la protection du marché. La distinction entre « petit » et « grand » droit de la concurrence n'est cependant pas requise dans le cadre du droit communautaire d'autant plus que ce dernier prohibe et sanctionne les pratiques qui portent atteinte à la concurrence et cause un préjudice au bon fonctionnement du marché sans se soucier d'une quelconque distinction⁹⁸⁹. Le droit communautaire de la concurrence se contente

⁹⁸⁵ Il est cependant fréquent que le juge européen soit confronté à des difficultés politiques si l'affaire est d'une grande envergure. Ceci fait que, dans certains cas, le juge national dispose d'une plus grande marge de manœuvre par le biais notamment du droit international privé.

⁹⁸⁶ Cass., civ., com., 3 mai 2012, *Sté. Parfums Christian Dior, Kenzo Parfums, Parfums Givenchy et Guerlain (les sté. DKGG)*, n°11-10.508. Encore faudrait-il entendre par fait isolé une faible répercussion de l'acte sur la concurrence, le marché et la victime présumée.

⁹⁸⁷ En l'espèce, la Cour de cassation considère que « les juridictions françaises sont compétentes pour connaître de l'activité d'un site exploité au Royaume-Uni que les internautes français sont invités, par l'intermédiaire d'un site exploité en France, à consulter pour élargir leurs recherches ou profiter d'opérations commerciales pour réaliser des achats, ces deux sites étant complémentaires et dirigés vers le public français ». Cf. Cass., civ., com., 3 mai 2012, *ibid.*, Cass. 1^{er} civ., du 14 mars 2018, *Sté. Ecuries Duguet et M. et Mme X*, n° 147 16-27.913.

⁹⁸⁸ Cass. com., 18 oct. 2011, *Sté. Groupement d'achats des centres Leclerc (GALEC)*, n° 10-28.005.

⁹⁸⁹ BIGOT J., LANGE D., *Traité de droit des assurances*, Paris, LGDJ, t. 2, 2009, 972 p.

d'affirmer qu'une pratique est anticoncurrentielle et est sanctionnée en tant que telle dès lors qu'elle a pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence⁹⁹⁰. Une telle différence « pédagogique » entre le droit interne et le droit communautaire de la concurrence n'entrave en rien l'efficacité des deux systèmes juridiques⁹⁹¹. Elle conserve néanmoins toute sa pertinence en droit interne dans la mesure où le législateur, le régulateur et le juge en font un tel usage que les dispositions du Code civil s'y accommodent sans difficulté.

613. En dépit de la complexité relative à la prétention du droit de la concurrence, dans une économie en pleine et effervescente mutation, tendant à amener les acteurs économiques à se conformer au Droit, et donc à soumettre l'économie à celui-ci, il ne doit pas y avoir une « *économisation du droit de la concurrence* »⁹⁹², sous peine de réduire le droit à un rôle de serviteur de l'économie. Ce qu'il n'est point, tout au moins pas dans l'absolu. Même si cet auteur souligne une certaine « *emprise* » de l'économie sur le droit de la concurrence. Une telle emprise se manifeste entre autres par l'abandon progressif des autorités de régulation de la sanction *per se* au profit de la théorie des effets dans la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Ce qui implique une certaine prééminence des effets sur les comportements.

614. Les pratiques anticoncurrentielles prévues à l'article L.420-1 et suivants du Code de commerce sont en parfaite harmonie avec celles mentionnées à l'article 101 et suivant du TFUE. L'harmonie est telle que la jurisprudence rendue en droit national peut sans difficulté être des motifs argumentatifs des jugements rendus sur le fondement du droit communautaire et vice-versa. En dehors de l'abus de dépendance économique (4), qui figure avec une pertinence singulière dans le Code de commerce, toutes les autres infractions sont également prévues par le droit communautaire. Afin d'assurer une certaine cohérence dans la démonstration, elles feront l'objet d'un traitement selon que l'on soit en présence du droit national ou européen. Que l'on soit en présence des concentrations (1), des ententes (2), ou de l'abus de position dominante (3) ; l'objet du travail consiste à démontrer en quoi la sanction de toutes ces pratiques prohibées participe de la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant et du maintien de l'ordre public économique.

⁹⁹⁰ Article 101 TFUE ancien article 81 TCE.

⁹⁹¹ Si tant est qu'une dualité quelconque soit de mise.

⁹⁹² VOGEL L., *Traité de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 13.

1- Les concentrations face à l'ordre public économique

615. L'ordre public économique veille, dans son exorbitance, à l'existence d'une concurrence saine au service du marché et des consommateurs. Les acteurs économiques, dans leur compétition visant à conquérir et à conserver la clientèle, sont dans l'obligation de ne pas fausser le jeu de la concurrence par le recours à des pratiques déloyales. Conquérir et conserver une clientèle dans un marché donné demeure un droit désormais fondamental des acteurs économiques⁹⁹³ et dénote l'importance prise par la théorie de part de marché. C'est dans la même optique qu'ils conservent le droit de fusionner dans un marché donné mais à la condition qu'une telle opération ne débouche pas à un abus visant à exclure des concurrents du marché, leur y interdire l'accès ou encore rendre les services offerts par ledit marché inaccessibles aux consommateurs en raison de l'exorbitance des prix. La frontière entre l'acquisition d'une position dominante et son abus est certes à la fois svelte et poreuse, mais l'ordre public économique veille à ce que cette limite aussi mince soit elle soit strictement observée par les acteurs économiques. La mise en œuvre d'un tel ordre est d'abord confiée aux acteurs économiques eux-mêmes puis aux régulateurs et *in fine* aux juges nationaux et européens.

616. Il y a une harmonie dans l'appréhension et la sanction des concentrations qui portent atteinte à la concurrence. Une telle unité reste plus ou moins indifférente selon que l'on soit en présence du droit national ou communautaire. Cependant, convient-il d'envisager l'illustration du pouvoir administratif exorbitant dans la sanction des concentrations en droit national **(a)** avant de s'intéresser à son identification dans la sanction desdites pratiques en droit communautaire **(b)**. Dans les deux cas les motivations sont harmonisées et coordonnées de sorte que le principe de subsidiarité soit scrupuleusement observé. Autrement dit, il ne doit pas y avoir de contradiction substantielle entre les « deux » ordres juridiques. À ceci près que la Commission européenne effectue un contrôle préalable des opérations de concentration⁹⁹⁴ alors qu'au niveau interne l'Autorité de la concurrence recourt au système de notification.

⁹⁹³ Un acquis sur lequel tout laisse à croire qu'il sera impossible de revenir et c'est tant mieux.

⁹⁹⁴ Mais c'est seulement, comme le souligne Louis Vogel, en 1989 que le droit communautaire estima utile de recourir à un « *contrôle spécifique* » des opérations de concentrations dans la mesure où celles-ci bénéficient d'une certaine présomption de nécessité pour le dynamisme du marché. Cf. VOGEL L., *Traité de droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 548 ; Règlement CEE n° 04064/89 du Conseil du 21 déc. 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE*, n° L 395 / 1 du 30 déc. 1989.

a- La sanction des concentrations en droit national

617. Les concentrations ont ceci de particulier qu'elles ne sont pas prohibées en soi (a-1). Elles sont diverses (a-2) et sont notifiées à l'Autorité de la concurrence qui, le cas échéant peut faire prévaloir son pouvoir administratif exorbitant d'interdiction (a-3). Toutefois, si les ententes se distinguent des concentrations (a-4), le pouvoir d'évocation du ministre de l'économie est applicable aux deux mécanismes (a-5). Il en est également ainsi de la méthode d'analyse de leur impact sur le marché concerné (a-6).

a-1- Légalité des concentrations et prohibition de l'usage abusif

618. La notion de concentration est fréquente en droit de la concurrence. Elle désigne « *la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* »⁹⁹⁵. Mais au-delà de cette volonté d'autonomie, la concentration peut aussi se définir par « *l'accroissement de la dimension des entreprises et de leur puissance économique par la diminution de leur nombre* »⁹⁹⁶. Une concentration peut résulter d'un rachat, d'une prise de participation, d'une acquisition ou d'une prise de contrôle d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises par une entreprise ou un groupe d'entreprises. Plus spécifiquement, elle peut aussi désigner, dans le cadre des fusions, « *toute opération juridique tendant à créer une unité de décisions entre des entreprises, dans le but d'en accroître la puissance économique* »⁹⁹⁷. Plus généralement, la concentration désigne « *la création des liens financiers laissant subsister l'indépendance juridique des entreprises en cause* »⁹⁹⁸. À l'instar de toutes les pratiques anticoncurrentielles, une concentration n'est pas prohibée en soi, elle peut cependant l'être dès lors qu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Les concentrations sont proches des ententes et peuvent aboutir à la constitution d'une position dominante dans un marché donné. Les autorités de concurrence sont très rétives lorsqu'une concentration, même justifiée au regard de la concurrence internationale, est susceptible d'être la cause ou avoir pour effet une restriction de la concurrence au détriment des consommateurs immédiats du marché concerné.

⁹⁹⁵ MELLONI M., MARC VAN DER W., *Dictionnaire européen de la concurrence*, Bruxelles, Larcier, coll. « Dictionnaires Larcier », 2018, p. 46.

⁹⁹⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 220.

⁹⁹⁷ GUINCHARD S. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 26^e éd., Paris, Dalloz, 2018-2019, p. 237.

⁹⁹⁸ *Ibid.*

a-2- Diversité des concentrations en droit national de la concurrence

619. Selon le Titre III du Livre IV du Code de commerce, intitulé « De la concentration économique », en ses articles L. 430-1 et suivants, une concentration peut se réaliser de diverses manières. Elle peut découler, selon les conditions spécifiques de chaque opération, d'une fusion, d'une acquisition ou d'une création d'une entreprise commune accomplissant des fonctions économiques autonomes⁹⁹⁹. Les juges ont cependant considéré qu'une filiale commune à plusieurs entreprises ne peut être regardée comme une concentration que si elle assure de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome¹⁰⁰⁰. La solution est différente quand on est en présence d'une entreprise défaillante. En effet, dans ce dernier cas, la jurisprudence laisse une marge au ministre de l'économie d'analyser les effets éventuels de la disparition et/ou du sauvetage de celle-ci au bénéfice de la concurrence et des consommateurs¹⁰⁰¹.

a-3- Notification des concentrations et pouvoir administratif exorbitant de l'Autorité de la concurrence

620. Conformément à la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite LME et l'article L. 430-4 et suivants du Code de commerce, une opération de concentration notifiée à l'Autorité de la concurrence (ci-après ADLC) ne peut être effective qu'après l'accord de celle-ci et en conformité avec le délai fixé à l'article L.430-7-I¹⁰⁰². Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence prend une décision dans un délai de soixante-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de celui-ci en vertu de l'article L. 430-7 du Code de commerce. À travers cette autorisation, l'Autorité exprime en toute effectivité son pouvoir administratif exorbitant dans la mesure où une concentration ne peut avoir lieu sans son autorisation. Le ministre chargé de l'économie peut évoquer l'affaire et statuer sur

⁹⁹⁹ L. 430-2-I- al. 1, 2 et 3.

¹⁰⁰⁰ CE, 31 mai 2000, *Ville de Dunkerque*, n° 170563.

¹⁰⁰¹ CE, 6 févr. 2004, *Commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France*, n° 240560, En rapport avec le contrôle des institutions de retraite complémentaire conformément au Décret n°2004-965 du 9 sept. 2004, relatif au fonctionnement et au contrôle des institutions de retraite complémentaire et de leurs fédérations, *JORF* n° 211 du 10 sept. 2004.

¹⁰⁰² « Dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-7, le ministre chargé de l'économie peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération ».

l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération¹⁰⁰³.

a-4- Distinction entre concentration et entente

621. Les concentrations se différencient des ententes en ceci qu'elles partent d'une volonté de réunir les forces économiques de plusieurs entreprises sans une quelconque arrière-pensée anticoncurrentielle. Les ententes sont des concertations de fait tendant à monopoliser un marché et sont *de facto* prohibées lorsqu'elles ont pour optique de contourner les règles de la concurrence. En matière d'entente, l'intention prohibitive est présente dès le départ. Même si tous les deux procédés sont soumis à *la théorie des effets*, il n'en reste pas moins que les ententes sont davantage susceptibles de violer les règles de concurrence que les concentrations. Ces dernières sont soumises à des notifications alors que les premières sont en grande partie échafaudées en catimini et parfois de façon tacite voire informelle¹⁰⁰⁴. Cela dit qu'une entente peut tout à fait être conforme aux règles de concurrence¹⁰⁰⁵, tout comme une concentration peut s'avérer contraire à celles-ci par l'acquisition d'une position dominante qui peut avoir des répercussions prohibées sur le fonctionnement normal du marché et engendré des effets néfastes sur la concurrence. D'où l'intérêt du pouvoir d'évocation du ministre de l'économie.

a-5- Pouvoir d'évocation du ministre de l'économie en matière de concentration : confusion de compétences ou relégation subtile de l'Autorité de la concurrence ?

622. Conformément aux dispositions de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce, le ministre de l'économie dispose de la faculté de réviser une concentration autorisée par l'Autorité de concurrence pour des motifs autres que celui du maintien de la concurrence liés à l'intérêt général, au maintien de l'emploi ou de la politique industrielle. C'est là une façon très singulière pour le législateur de distinguer la concurrence d'autres impératifs comme l'intérêt général. Le maintien de la concurrence, relevant en l'espèce du pouvoir d'appréciation de l'Autorité de la concurrence, a pour but entre autres de servir l'intérêt général. Mais ici le législateur distingue clairement ce qui relève de la compétence d'une autorité de régulation et

¹⁰⁰³ Article L.430-7-1-I.

¹⁰⁰⁴ D'où l'indifférence du législateur et du juge quant à la forme de l'entente. Le caractère informel n'empêche en rien la sanction et de ce point de vue la jurisprudence est très exigeante car elle considère que même une participation quoi que passive dans une réunion d'entente est constitutive de faute pouvant entraîner des sanctions anticoncurrentielles.

¹⁰⁰⁵ Il faut néanmoins souligner que généralement les entreprises ne s'entendent que dans l'optique de contourner les règles et d'écraser la concurrence. D'où il découle que les juges sont assez strictes dans l'appréciation de l'entente et sa sanction.

les attributions classiques du pouvoir exécutif dont la principale mission est de réaliser l'intérêt général. Toutefois, la particularité des concentrations parmi les pratiques anticoncurrentielles semble être la base d'une diligence entraînant une sorte de prééminence du ministre de l'économie sur l'organe en chef de la régulation de la concurrence. Il faut noter que dans les autres compétences attribuées à l'ADLC, ses décisions s'imposent à tous y compris le ministre de l'économie qui, en cas d'insatisfaction, intente, à l'instar de tout justifiable, une action auprès des juridictions compétentes. Ceci n'est que la preuve de l'importance de l'indépendance de l'Autorité de la concurrence. Il arrive rarement que la prérogative d'évocation soit en mise en œuvre par le ministre. En effet, depuis son instauration par la Loi dite LME en 2008 il n'a été mis en œuvre qu'en 2018, soit une seule fois en 10 ans. Il s'agit en l'espèce de l'affaire de prise de contrôle d'une partie des plats cuisinés ambiants du *Groupe Agripole* par *Financière Cofigeo*. Le ministre invoque dans sa décision des « motifs d'intérêts général »¹⁰⁰⁶.

a-6- L'importance de la part et l'analyse du marché pertinent dans la sanction des concentrations

623. Dès lors que la sanction des pratiques anticoncurrentielles repose sur la théorie des effets, la place occupée par le marché pertinent demeure tout aussi primordiale. L'analyse du marché impacté par lesdites pratiques et opérée par la jurisprudence et intervient *ex ante* ou *ex post* selon que l'on soit en présence d'une concentration ou les autres types de pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, l'analyse de l'impact de la pratique prohibée sur le marché pertinent intervient *ex post* s'agissant des pratiques autres que les concentrations¹⁰⁰⁷. Une analyse *ex ante* de l'impact d'une concentration est possible dès lors qu'on est en possession d'éléments probants permettant, avec la connaissance du marché pertinent, d'identifier et d'anticiper les effets anticoncurrentiels d'une telle opération. C'est pour cette raison que les concentrations sont souvent interdites *en amont*. Une telle possibilité dénote toute l'ingéniosité de la procédure de notification. Toutefois, l'Autorité de la concurrence envisage la réforme de la procédure de

¹⁰⁰⁶ DGCCRF, déc. du 21 juin 2018, relative à l'évocation de la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du *Groupe Agripole* par *Financière Cofigeo*, accessible : <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/decision-21-juin-2018-relative-a-levocation-prise-contrôle-exclusif-dune-partie-pole-plats>. (Consulté le 02/07/2018). Alors que l'Autorité de la concurrence lui avait notifié sa décision le jour même, permettant la concentration, valable donc au regard des préoccupations de la concurrence. Cf. ADLC, déc. n° 18-DDC-95 du 14 juin 2018, relative à des pratiques mises en œuvre par la Française des Jeux dans le secteur des jeux de grattage, non-publiée au *BOCCRF* ; CA Paris, 20 nov. 2001, *Sté. Norelec, Forlumen et SFEE*, n° RG2001/08867, à propos de pratiques anticoncurrentielles ; CA Paris 20 janv. 2004, *Sté. Completel et France Telecom*, CT0175 ; CA Paris, 24 févr. 2011, *Société LRN c./ Société Mobius*, n° 2010/16143, p. 44 ; 23 juin 2011, *Sté. Numericable*, n° 2010/23690 ; Cass. com., 12 mai 2015, *Sociétés Cogent*, n° 14-10792,

¹⁰⁰⁷ VOGEL L., *Traité de la concurrence, op. cit.*, p. 1307.

notification et la mise en place d'un système de contrôle *ex post* pour les opérations de concentration n'entrant pas dans le champ de compétence de la Commission européenne, et dont l'analyse laisserait apparaître des préoccupations substantielles pour la concurrence.

b- La sanction des concentrations en droit communautaire

624. Après avoir procédé à l'identification des concentrations en droit communautaire (*b-1*), il semble pertinent de revenir sur le caractère progressif de l'admission de leur sanction par ce droit (*b-2*). Aussi, faudrait-il mentionner d'une part, la subordination de la validation des concentrations à la protection effective des consommateurs (*b-4*), et d'autre part, la compétence internationale de Commission en matière de concentration (*b-5*).

b-1- L'identification des concentrations en droit communautaire de la concurrence

625. Considérée comme un accord, la concentration telle qu'elle résulte des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne n'est pas définie en droit communautaire. Ces dispositions se contentent de lister les comportements qui peuvent être considérés comme des pratiques anticoncurrentielles. L'absence de définition peut s'interpréter comme une flexibilité offerte aux autorités de régulation et au juge pour mieux appréhender les pratiques anticoncurrentielles qui, par nature, sont mouvantes et complexes à circonscrire tant les méthodes des acteurs qui s'y livrent sont diverses¹⁰⁰⁸, subtiles¹⁰⁰⁹ et inédites¹⁰¹⁰. Le soin est à juste titre laissé au régulateur et au juge afin de préciser l'entente et l'abus de position dominante par le biais d'un critère chiffré permettant de la saisir : la part du marché. La Commission a ainsi considéré qu'un accord au sens de l'article 101 du TFUE est un concours de volontés par lequel l'un des participants au moins renonce à son autonomie de comportement sur le marché¹⁰¹¹. La Commission rajoute, dans sa décision concernant les fabricants de verre d'emballage¹⁰¹², que le critère était rempli dès lors que les participants se comportent comme

¹⁰⁰⁸ Peu importe que la forme d'une pratique anticoncurrentielle soit 'écrite ou orale qu'elle soit effectuée sur le territoire de l'Union ou ailleurs dès lors qu'elle a des effets dur le marché commun elle sera sanctionnée comme tel. CJCE, 20 juin 1978, *TAPEA (BV)*, aff. 28-77, *Rec.*, 1978, p. 1391.

¹⁰⁰⁹ CEE, décis. n° 82/853 du 7 déc. 1982, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/30.070 - *National Panasonic*), *JOCE* n° L 354 du 16 déc.1982, p. 28-35 ; TUE, 12 juill. 2011, *Hitachi LTD*, aff. T-112-07, *Rec.*, 2011 p. II-03871.

¹⁰¹⁰ Le régulateur a pu épingle des entreprises du secteur des yaourts ayant échafaudé une entente dans un bar afin de ne laisse aucune trace.

¹⁰¹¹ CEE, décis. n° 74/634 du 29 nov. 1974, relative à l'entente franco-japonaise concernant les roulements à billes, *JOCE* n° L 343 du 21 déc. 1974, p 0019-0026 ; Cf. aussi VOGEL L., *Traité de concurrence, op. cit.*, p. 109.

¹⁰¹² CEE, décis. n° 74/292 du 15 mai 1974, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/400—*accords entre fabricants de verre d'emballage*), *JOCE* n° L 160/1 du 17juin 1974, p. 0001-0017.

tenus « *juridiquement, factuellement ou moralement* »¹⁰¹³ d'observer un comportement défini. Cette position de la Commission est la même que celle du Tribunal¹⁰¹⁴. Dès l'instant, et ce quelle que soit la forme que prend la pratique, une concentration est contraire à l'ordre public concurrentiel lorsqu'elle produit ou est susceptible de produire des effets portant atteinte audit ordre. Une association d'entreprise constitue une concentration dès lors qu'une décision unilatérale en émane et ce quelle que soit la forme juridique qu'emprunte l'association¹⁰¹⁵. Au demeurant, « *peu importe* »¹⁰¹⁶ que la concentration rassemble des personnes physiques ou morales¹⁰¹⁷, qu'elle regroupe d'autres associations d'entreprises¹⁰¹⁸, ou qu'elle participe à l'exécution d'un service public¹⁰¹⁹.

b-2- L'instauration progressive de la sanction des concentrations en droit communautaire

626. Après avoir été à la traîne en raison de la prédominance de l'économie du charbon et de l'acier entre les années 60 et 90, le législateur et la jurisprudence communautaires ont fini par prohiber les concentrations. L'un des arrêts fondateurs est celui de la jurisprudence *Continental Can*¹⁰²⁰. La Cour finit par estimer qu'une opération de concentration « *même non agressive* »¹⁰²¹ peut être constitutive d'abus de position dominante dès lors qu'elle a pour effet de renforcer de façon substantielle la position de l'entreprise initiatrice. Pour Louis Vogel, l'adoption progressive d'une harmonisation de la lutte contre les concentrations s'est pendant longtemps heurté à la « *volonté des États membres de conserver intactes leurs prérogatives dans un domaine jugé essentiel du point de vue de la politique économique, sinon concurrentielle* »¹⁰²². La participation des États dans le capital des entreprises puissantes a sans nul doute nourri cette réticence. La concentration des entreprises continue de susciter un débat malgré une adoption de l'interdiction par les autorités nationales et une harmonisation désormais ancienne des autorités communautaires sur la question. Il résulte du Règlement 139-

¹⁰¹³ VOGEL L., *Traité de concurrence, op. cit.*, p. 110.

¹⁰¹⁴ TPICE, 14 mai 1998, *Meyr-Melnhof Kanrtongesellschaft mbH*, aff. T-347/94, *Rec.* 1998, p. II-1751.

¹⁰¹⁵ TPICE, 16 déc. 2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied*, aff. T-5-00, *JOUE*, 20 mars 2004, p. 23–23.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 117.

¹⁰¹⁷ TPICE, 13 déc. 2006, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande*, aff. T-217-03. ; TUE, 26 oct. 2010, *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens*, aff. T-23 -09.

¹⁰¹⁸ CJCE, 29 oct. 1980, *Hens van Landwyck SARL c./Commission*, aff. 209-78.

¹⁰¹⁹ CEE, décis. n° 77/722 du 7 nov. 1977, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité instituant la Communauté économique européenne (IV/417 –BPICA), *JOCE* n° L 299 du 23 nov. 1977 p. 0018-0026 ; CEE, décis. n° 85/76 du 20 déc. 1984, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/28.930 - *Milchförderungsfonds*), *JOCE* n° L 147 du 7 juill. 1970, p. 24-27.

¹⁰²⁰ CJCE, 13 févr. 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc.c./Commission des Communautés européennes*, aff. C- 6/72, *Rec.*, 1973, p. 215.

¹⁰²¹ VOGEL L., *Traité de droit de la concurrence, op. cit.*, p. 549.

¹⁰²² *Ibid.*

2004¹⁰²³ une répartition de compétences entre les autorités nationales et européennes. Celui-ci exige un seuil de chiffres d'affaires et donc un impact sur le marché communautaire pour que ces dernières en soient compétentes.

b-3- La validité des concentrations subordonnée à la protection suffisante des consommateurs européens

627. Le cas emblématique du projet de fusion entre Alstom et Siemens a, si nécessité était, démontré l'intransigeance de l'ordre public économique européen quand, sous l'effet d'une pratique anticoncurrentielle, des risques sont susceptibles d'affecter les consommateurs. La Commission a su, dans cette affaire, démontrer l'exorbitance de son pouvoir régulateur. Elle a considéré que la protection des consommateurs prime sur la probable fébrilité de la concurrence européenne face à la concurrence mondiale, venant plus spécialement de la Chine. Cette position de la Commission semble s'inscrire dans la même logique que l'affaire de l'entreprise allemande *BASF* œuvrant dans le domaine des produits chimiques¹⁰²⁴. Il s'agissait en l'espèce de pratiques s'inscrivant dans un plan d'ensemble qualifiées de pratiques anticoncurrentielles. Concernant le volet portant protection des consommateurs, les juges avaient retenu une unicité de l'infraction même en présence d'actions multiples et espacées dans le temps.

b-4- Compétence internationale de la Commission en matière de concentration

628. La question est de savoir qu'advienne aux opérations de concentrations établies à l'extérieur de l'Union soit par des entreprises européennes ou par des entreprises étrangères ayant des activités sur le territoire de l'Union ? Sur ce point, il n'y a pas de tergiversation de la part des autorités européennes. Le pouvoir administratif exorbitant prend tout son sens dans la préservation de l'ordre public économique européen. En effet, dès lors qu'une telle concentration engendre des effets anticoncurrentiels sur le marché de l'Union, le Règlement sur le contrôle s'applique¹⁰²⁵.

¹⁰²³ Règlement CE n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n° L24/1 du 29 janv. 2004. Ce règlement a été adopté en remplacement du Règlement n°4064/89 du 21 déc. 1989, considéré comme prémonitoire et qui suscitait à l'époque quelques réserves des l'États membres, *JOCE*, n° L 395 / 1 du 30 déc. 1989.

¹⁰²⁴ CJUE, 23 nov. 2006, *Asnef-Equifax*, aff. C-238/05, *Rec.*, 2006, p. I-11125.

¹⁰²⁵ TPICE, 25 mars 1999, *Gencor LTD*, aff. T-102/96, *Rec.* 1999, p. II-00753; CEE, décis. n° 99/287 du 8 juill. 1998, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (aff. IV/M.1069 - *WorldCom/MCI*) [notifiée ss. n° C(1998) 1887], *JOCE* n° L 132 du 17 mai 2002, p. 45-64.

2- L'ordre public économique face aux ententes

629. La sanction des ententes reste sur la droite ligne de la conception et la prohibition des pratiques anticoncurrentielles tant sur le fondement des articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce (a) que sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE (b).

a- La prohibition des ententes en droit national

630. La sanction des ententes en droit national s'articule autour de leur définition objective (a-1), même si celle-ci reste indifférente quant à la forme de l'entente (a-2). Cette indifférence est dictée entre autres par l'importance accordée par le régulateur aussi bien à la diversité des ententes qu'à la théorie des effets (a-3).

a-1- Une définition objective de l'entente dictée par la nature ex post de la régulation

631. Selon le dictionnaire européen de la concurrence, les ententes sont des « *'accords'* et/ou *'pratiques concertées'* entre deux ou plusieurs entreprises concurrentes et/ou non concurrentes visant à coordonner leur comportement concurrentiel sur le marché et/ou à influencer les paramètres de la concurrence par des pratiques consistant notamment à fixer des prix d'achats ou de vente ou d'autres conditions de transaction, à attribuer des quotas de production ou de vente, à partager des marchés, à restreindre l'importation ou l'exportation et/ou en des mesures anticoncurrentielles dirigées contre d'autres concurrents »¹⁰²⁶. En effet, l'entente peut être mise en œuvre par des entreprises non concurrentes tout comme elle peut être le fait d'entreprises concurrentes, en tout cas de façade. Puisque l'accord consiste souvent à ne pas se concurrencer ou à se laisser des parts de marché dans le but de faire une marge irréalisable en conformité avec les règles de concurrence. C'est-à-dire en se contentant de la conquête et la conservation de la clientèle par le mérite, l'entreprise se trouve incapable d'atteindre un tel objectif.

632. Objectivement appréhendée, une entente, selon le lexique des termes juridiques 2018-2019, est « *une action collective ayant pour objet ou pour effet d'entraver le jeu de la concurrence, formalisée dans un accord ou résultant d'une pratique concertée* »¹⁰²⁷. Une telle définition s'intéresse moins aux conditions ou la forme de montage de l'entente qu'à ses effets

¹⁰²⁶ MELLONI M., *Dictionnaire européen de la concurrence*, op. cit., p. 96.

¹⁰²⁷ GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques*, 26^e éd. op. cit., p. 446-447.

sur la concurrence et donc sur l'ordre public économique. Il suffit que la pratique soit concertée et qu'elle soit de nature à entraver la concurrence.

a-2- L'indifférence de la sanction face à la forme de l'entente

633. La forme, le support ainsi que les moyens ayant permis le montage d'une entente anticoncurrentielle, ne sont pas de nature à être pris en compte par le régulateur et le juge dans la sévérité de la sanction qu'ils sont amenés à prononcer. La forme peut même en être une circonstance aggravante. Cette indifférence se justifie par la diversité des méthodes de contournements utilisées par les acteurs économiques dans l'échafaudage de leurs accords. L'appréciation des faits portant préjudice au marché en matière de concurrence constitue une méthode probante utilisée par les autorités de régulation. Dès lors qu'une entente tend à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence, elle est sanctionnable même si elle ne découle que d'un accord tacite, informel voire provisoire. Une appréciation aussi extensive de la forme des ententes anticoncurrentielles se justifie par la nécessité de contrecarrer les contournements des règles applicables aux pratiques anticoncurrentielles. Les juges n'ont suivi et accepté une telle évolution que très tardivement. La conception civiliste—attaché à un cadre écrit et identifiable comme le contrat—a pendant très longtemps poussé les juges à se cantonner à l'appréciation stricte de la notion d'entente¹⁰²⁸. En ce qui le concerne, le juge communautaire s'est très tôt rendu compte de la fébrilité d'une appréciation restrictive de la nature des ententes en droit de la concurrence¹⁰²⁹. Le droit national ne tardera pas à suivre l'interprétation extensive¹⁰³⁰ d'autant plus que les « *ententes sont volontaires et unanimes* »¹⁰³¹. C'est tout de même assez marquant de voir la signification subtile de ces ententes auparavant si on regarde la façon dont elles sont échafaudées aujourd'hui. Dans l'affaire *Ciment*¹⁰³², la jurisprudence estime que le fait pour des entreprises d'avoir participé à une réunion d'entente, même en l'absence d'accord général, n'exonère pas une sanction, ce en vertu des dispositions prohibant de telles pratiques anticoncurrentielles.

¹⁰²⁸ Ce fut le cas en France mais surtout en Allemagne. Tout contrat est apprécié au regard du droit civil (prise en compte de la forme du contrat et surtout de l'accord des volontés).

¹⁰²⁹ CJCE, 14 juill. 1988, *Cartel des yaourts surgelés*, aff. C-298/87, *Rec.*, 1988, p. 04489.

¹⁰³⁰ Cass., Ass. plén., 7 janv. 2011, *Sté. Philips France et Sony France*, n° 09-14316 et 09-14667, *Bull.* 2011, AP, n° 1.

¹⁰³¹ OMNES C., LESCURE M., *De la grande guerre à la crise : une adaptation difficile (1914-1939)*, *op. cit.*, p. 202.

¹⁰³² CJCE, 7 janv. 2004, *Aalborg Portland e. a.*, aff. C-204/00, *Rec.*, 2004, p. I-00123.

a-3- Diversité de nature et théorie des effets des ententes

634. Selon une méthode alcaline de classification on peut distinguer les ententes selon qu'elles soient verticales ou horizontales. La théorie des effets est tout aussi valable pour l'entente car l'atteinte à la concurrence demeure « *l'élément constitutif indispensable de l'entente illicite* »¹⁰³³. La théorie des effets, dénominateur commun des pratiques anticoncurrentielles, s'applique aussi bien aux ententes verticales qu'à celles qui sont horizontales. Au regard de sa formation et de sa manifestation une entente est « *tout accord de volontés (explicite ou tacite), toute pratique entre entreprises en vue d'exercer une action commune sur le marché (fixer des prix, répartir des marchés, contrôler la production* »¹⁰³⁴. Si l'échange d'information est exigé¹⁰³⁵, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un accord ni même un plan commun, la concertation formelle ou informelle suffit¹⁰³⁶. Dans certains cas, cette appréciation va plus loin d'autant plus que la participation ne serait-ce qu'à une seule réunion suffit à caractériser la pratique concertée¹⁰³⁷. L'expression selon laquelle « l'intention vaut l'acte » n'a jamais autant aussi bien incarné son sens que dans le domaine de la détection et la sanction des ententes prohibées entre entreprises.

635. Le pouvoir administratif exorbitant des autorités de régulation, confirmé par la position de la Cour et du Tribunal s'exprime si strictement qu'il importe peu qu'une entreprise ayant participé à une concertation ait « *gardé le silence pendant la réunion* »¹⁰³⁸ ou qu'elle n'ait donné aucune suite aux résultats de ladite concertation¹⁰³⁹. Pour éviter la sanction d'avoir participé à une réunion de concertation, l'entreprise doit « *démontrer qu'elle a indiqué à ses concurrents qu'elle participait à celle-ci dans une optique différente de la leur* »¹⁰⁴⁰. Chose difficile somme toute à prouver. La forme d'une telle démarche de désistement ou de désapprobation doit être stricte. L'entreprise doit, conformément à un arrêt de la Cour de justice, formuler son désaccord de façon à ne laisser aucune ambiguïté pour ses concurrents¹⁰⁴¹. Le juge et le régulateur sont fermes dans l'appréciation de cette bonne foi. En d'autres termes, cette « *distanciation*

¹⁰³³ SERRA Y., *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993, p. 83.

¹⁰³⁴ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 406.

¹⁰³⁵ TPICE, 13 déc. 2001, *Krupp Thyssen Stainless*, aff. jntes. T-45/98, T-47/98, *Rec.* 2001, p. II-03757.

¹⁰³⁶ TPICE, 8 Juill. 2008, aff. T54/03.

¹⁰³⁷ TPICE, 15 sept. 2011, aff. 234/07.

¹⁰³⁸ TPICE, 5 déc. 2006, *Westfalen Gassen Nederland BV*, aff. T-303/02, *Rec.* 2006 p. II-4567.

¹⁰³⁹ CJCE, 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) e. a.*, aff. jntes., C-238/99 P, C-224/99 P, C-225/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à 250/99 P, *Rec.*, 2002, p. I-08375 ; ARCELIN-LECUYER L., *Droit de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, op. cit., p. 97.

¹⁰⁴⁰ CJCE, 7janv. 2004, *Albort Portland E. A c./Commission*.

¹⁰⁴¹ CJUE, 19 mars 2009, *Archer Daniels Midland / Commission*, aff. C-510/06, *Rec.*, 2009, p. I-01843.

publique »¹⁰⁴² doit être suffisamment claire pour que le juge la prenne en compte dans l'appréciation du caractère suffisamment prohibé ou non de la participation d'une partie à une pratique concertée¹⁰⁴³.

b- La proscription des ententes en droit communautaire

636. Revenir sur le cadre général des sanctions infligées aux auteurs des ententes (*b-1*) nous permettra de relever les exceptions à leur interdiction (*b-2*). Aussi, esquissera-t-on d'autres désignations de ces pratiques (*b-3*).

b-1- Cadre général de la sanction des ententes en droit communautaire

637. Bien que l'appréciation jurisprudentielle de la répercussion des pratiques anticoncurrentielles ait connu des évolutions depuis les années 30, le respect d'un certain ordre demeure toujours en vigueur. La doctrine ordo-libérale eut, dès son apparition dans les années 30, un impact considérable sur la conception de l'ordre public économique européen. Mais à partir des années 60 et notamment depuis l'arrêt *Société Technique minière*¹⁰⁴⁴, la Cour de justice considère que l'appréciation des effets est indispensable pour pouvoir efficacement sanctionner les pratiques considérées comme anticoncurrentielles. La Commission s'inscrit également dans cette logique¹⁰⁴⁵. Dans le cadre des accords verticaux de distribution, les juges sont regardants quant aux conditions dans lesquelles le consentement de l'autre partie—la plus faible—est requis¹⁰⁴⁶. Elle a ainsi considéré, dans l'affaire *Bayer* de 2004¹⁰⁴⁷, qu'il faut vérifier

¹⁰⁴² ARCELIN-LECUYER L., *Droit de la concurrence, op. cit.*, p. 96-97.

¹⁰⁴³ Dans cette affaire, la Cour estime que la lettre mentionnant la position *Comap* et sa distanciation publique avec les autres participants n'était pas suffisamment relayée pour être pris en compte dès lors que l'expéditeur ne l'a envoyée qu'à une seule partie, en l'occurrence au seul directeur de la FNSEA, à l'exclusion des autres participants. Cf. CUE, 3 mai 2012, *Comap SA*, aff. C-290/11, *Rec. num.* 2012, 271.

¹⁰⁴⁴ La Cour estime que l'interprétation de l'article 81 du TCE « reposant ainsi sur une appréciation des répercussions de l'accord sous deux aspects relevant d'une évaluation économique, ne saurait donc être interprété comme instituant quelque préjugé que ce soit à l'encontre d'une catégorie d'accords déterminée par sa nature juridique ». Cet arrêt est considéré comme une rupture avec l'approche ordo libérale de la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Cf. CJCE, 30 juin 1966, *Sté. Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, aff. C-56-57, *Rec.*, 1966, p. 337.

¹⁰⁴⁵ CEE, décis. n° 2001/711 du 29 juin 2001, portant sur une procédure prévue par l'article 81 du traité CE (aff. COMP/F-2/36.693 — *Volkswagen*), *JOCE* n° L 262 du 2 sept. 2001, p. 14-37.

¹⁰⁴⁶ Le fait que la jurisprudence exige le consentement de la partie faible dans les ententes verticales n'est pas anodin dans la mesure où une telle appréciation n'est pas nécessaire dans le cadre des ententes horizontales en raison de l'autonomie et de l'absence de subordination des autres entreprises. Les ententes verticales interviennent le plus souvent entre une grande entreprise et ses concessionnaires. Nous savons qu'un tel rapport n'est pas éloigné de celui qu'entretiennent un salarié et son employeur. La subordination n'est pas éloignée. Le juge vérifie donc que le concessionnaire a librement souscrit à une entente et qu'elle n'a subi ni chantage, ni menace encore moins de rétorsion économique.

¹⁰⁴⁷ CJCE, 6 janv. 2004, *Bayer AG*, aff. jntes., C-2/01 P et C-3/01 P, *Rec.*, 2004, p. I-00023, spéc. pt. 102.

que l'autre partie ait consenti à un « *but anticoncurrentiel* » et ce peu importe que le consentement se soit réalisé explicitement ou tacitement.

638. À l'instar du droit national, en droit communautaire les ententes peuvent être aussi bien des contrats formels que des accords informels, c'est-à-dire des pratiques concertées. Le Tribunal a eu l'occasion de définir un tel accord. Dans l'affaire *Anic* de 1999¹⁰⁴⁸, il estime que l'accord consiste en l'expression d'une « *volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* »¹⁰⁴⁹. Cette appréciation n'étonne pas car en réalité le droit communautaire de la concurrence s'est très tôt montré exorbitant à l'égard des pratiques anticoncurrentielles. Il sanctionne les ententes quelle que soit la forme utilisée par les acteurs concernés. De ce point de vue, il lui est indifférent que l'accord soit « *écrit ou oral* »¹⁰⁵⁰. Une telle ingéniosité du droit de la concurrence ne s'est pas imposée sans réticence d'un droit européen essentiellement civiliste. En outre, l'efficacité d'une définition « extensive » de la notion d'accord s'est avérée nécessaire dès le début des années 60 et a ainsi permis de détecter et de sanctionner des pratiques dont la seule définition restrictive n'aurait pu s'en saisir. L'affaire de l'*entente internationale sur la Quinine*¹⁰⁵¹ n'a pu être sanctionnée que grâce à l'interprétation large de la notion d'accord dans la mesure où les deux accords étaient « *écrits mais non signés* »¹⁰⁵². Il n'est pas non plus indispensable que l'accord « *constitue une force obligatoire selon le droit national*¹⁰⁵³, ni qu'il soit juridiquement contraignant à l'égard des parties »¹⁰⁵⁴. L'accord est interprété en tant que tel et sanctionné en tant que pratique anticoncurrentielle dès lors qu'il a pour objet et peut avoir pour effet de restreindre, limiter ou fausser le jeu de la concurrence.

639. Les autorités européennes de concurrence sont si attentives aux diverses modalités d'expression des pratiques anticoncurrentielles qu'elles considèrent qu'une définition positive de l'accord aurait été préjudiciable à l'efficacité de la répression desdites pratiques. Elles estiment ainsi, dans l'affaire des *Conduites précalorifugées*, que les pratiques

¹⁰⁴⁸ CJCE, 8 juill. 1999, *Commission c./ contre Anic Partecipazioni SpA*, aff. C-49/92 P, *Rec.*, 1999, p. I-04125.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, pt. 40.

¹⁰⁵⁰ VOGEL L., *Traité du droit de la concurrence*, op. cit., p. 109 ; CJCE, 20 juin 1978, *Tepea (BV)*, aff. 28-77 ; CE, décis. du 7 déc. 1982, *National Panasonic*, supra ; Trib. UE du 1er juill. 2011, *Hitachi LTD*, supra, qui rappelle qu'un « *engagement de ne pas pénétrer le marché réservé à un concurrent peut parfaitement exister en tant qu'arrangement non écrit* ».

¹⁰⁵¹ CEE, décis. n° 69/240/CEE du 16 juillet 1969, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité (IV/26.623 - *Entente internationale de la quinine*), *JOCE* n° L 192 du 05 août 1969, p. 0005-0022.

¹⁰⁵² ARCELIN-LECUYER L., *Droit de la concurrence*, op. cit., p. 86.

¹⁰⁵³ CJCE, 29 oct. 1980, *Heintz van Landewyk SARL c./Commission*, supra.

¹⁰⁵⁴ CEE, décis. n° 82/367 du 2 déc. 1981, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité instituant la Communauté économique européenne, (IV/25.757 - *Hasselblad*), *JOCE* n° L 161 du 12 juin 1982, p. 18-34 ; CEE, décis. n° 1999-271 du 09 déc. 1998, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE - (IV/34.466 - *Transbordeurs grecs*), *JOCE* n° 109 du 27 avr. 1999, p. 24-50.

anticoncurrentielles, plus spécifiquement les ententes, peuvent autant résulter d'actions que d'abstention des acteurs économiques¹⁰⁵⁵. Toutefois, une telle rigueur d'interprétation dans l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles n'empêche pas les autorités européennes de concurrence de prendre en considération des possibilités juridiques d'une dérogation à cette règle. Les exemptions constituent tout autant un des leviers actionnés dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Il faut, le cas échéant, que des conditions très bien définies et strictement encadrées soient satisfaites par les acteurs économiques qui y recourent.

b-2- Le progrès économique comme motif d'exemption des ententes

640. Les ententes peuvent être exemptées si elles participent aux progrès économiques. Même si cette possibilité est soumise à des conditions strictes, il n'en reste pas moins que c'est là une démonstration de la flexibilité de l'ordre public économique. Car la mise en œuvre de celui-ci ne peut être synonyme de la fin de toute innovation ou d'association d'entreprises. Cette procédure d'exemption existe en droit national sur le fondement de l'article L. 420-4-I-2¹⁰⁵⁶. En droit communautaire, l'exemption est prévue par l'article 101-3 TFUE¹⁰⁵⁷. Par principe, il y a présomption de licéité de certains accords en vertu des articles L. 430-1 et du Règlement d'exemption. Mais là aussi, la Commission dispose du pouvoir de remettre en cause une entente en cas de preuve de l'ineffectivité du progrès économique qui pourrait en découler¹⁰⁵⁸. C'est également une autre expression du pouvoir administratif exorbitant, quoiqu'*ex post*, de la Commission.

¹⁰⁵⁵ « Une pratique concertée, en revanche, n'implique pas que les parties soient parvenues à un accord exprès ou implicite sur les conditions de leur action ou abstention réciproque ». Cf. CEE, décis. n° 1999/60 du 21 oct. 1998, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/35.691/E-4 - *Conduites précalorifugées*) [notifiée ss. n° C(1998) 3117], *JOCE* n° L 24 du 30 janv. 1999, p. 1-70.

¹⁰⁵⁶ Cet alinéa 2 dispose que sont exemptés les accords « dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès ».

¹⁰⁵⁷ De façon plus large que le Code de commerce, le § 3 de l'article 101 TFUE indique que certains accords ou catégories d'accords, des décisions d'association entre entreprises et certaines pratiques concertées entre entreprises sont exemptés de l'application du I du même article.

¹⁰⁵⁸ Le progrès économique porte entre autres sur le transfert de technologie, l'automobile ou encore les ententes portant sur la recherche et le développement.

b-3- D'autres dénominations de l'entente

641. La désignation des ententes dans la terminologie juridique est considérablement variable. Pour la nommer, les textes juridiques, la jurisprudence et la doctrine utilisent variablement les notions d'accord, de concertation, de pratiques concertées ou de cartels¹⁰⁵⁹. Néanmoins, les pratiques concertées telles qu'elles sont définies par la Cour de justice dans l'affaire des *Colorantes* en 1972¹⁰⁶⁰, en application de l'article 85 TCE, est une jurisprudence qui opère une légère distinction. Elle « *distingue la notion de pratiques concertées de celle de l'accord entre entreprises ou de décisions d'associations d'entreprises* ». Une telle distinction se justifie par le « *dessein d'appréhender sous les interdictions de cet article, une forme de coopération entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de concurrence ; par la nature même la pratique concertée ne réunit donc pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'exteriorise par le comportement des participants* »¹⁰⁶¹.

642. Que l'on soit en droit interne ou en droit communautaire, la sanction des pratiques anticoncurrentielles « *bien que pouvant être pénale, voire civile, est essentiellement de nature administrative* »¹⁰⁶². L'on ne peut dissocier le pouvoir administratif exorbitant de la régulation économique, de son rôle politique et donc étatique ; pas plus qu'on ne peut imaginer dissocier la politique de l'intérêt général, de l'équilibre de la société et du vivre ensemble.

3- L'abus de position dominante ou substrat de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles

643. Qu'il soit le fait d'une multinationale, d'une entreprise nationale cruciale et détentrice d'une infrastructure essentielle ou encore qu'il résulte d'une fusion d'entreprises la rendant possible, la position dominante est sanctionnée en droit de la concurrence dès lors qu'elle est

¹⁰⁵⁹ Le cartel se distingue généralement des autres notions par son caractère écrit et son élargissement au-delà de plusieurs pays de plusieurs secteurs d'activité indépendamment de l'appartenance à un même marché. C'est un montage aussi complexe que nuisible pour la concurrence et le marché.

¹⁰⁶⁰ CJCE, 14 juill. 1972, *Sté. française des matières colorantes (Francolor) c./Commission*, aff. 54/69, *Rec.*, 1972, p. 851.

¹⁰⁶¹ CJCE, 14 Juill. 1972, *Impérial Chemical Industries Ltd c./Commission*, aff. jntes., C- 48, 49, 51, à C-57/69, *Rec.*, 1972, p. 619 ; CJCE, 16 déc. 1975, *Cooperative Vereniging Suiker Unie UA e. a. c./ Commission* ; TPICE, 15 mars 2000, aff. T-25/95 et s. Cf. aussi ARCELIN-LUCUYER L., *Droit de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, op. cit., p. 94.

¹⁰⁶² GUERIN M.-C., « Concurrence. – Pratiques anticoncurrentielles. – Faits justificatifs. Procédure et sanctions », *Lexis 360*, 30 Sept. 2018, Document : JCl. Procédures Formulaire - V° Concurrence déloyale - Fasc. 10 : Concurrence déloyale. – Action en concurrence déloyale, point 4, p. 1.

utilisée abusivement par ses détenteurs à l'égard des concurrents, des fournisseurs ou des consommateurs. L'appréciation de la notion et la sanction de son usage abusif est conforme à une harmonie bien ficelée entre le droit national (a), et constitue une pierre angulaire de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles en droit communautaire (b). Dans les deux cas, la position dominante ne pose aucun problème en soi, c'est son abus qui est prohibé.

a- Sanction de l'abus de position dominante en droit national

644. Aborder la sanction de l'abus de position dominante en droit national implique de revenir tant sur la notion d'abus (a-1) que sur celle de la position dominante (a-2).

a-1- La notion d'abus

645. La notion d'abus de position dominante conserve une importance toute singulière dans les pratiques anticoncurrentielles d'autant plus que sans elle, l'on ne peut opposer auxdites pratiques un quelconque ordre public économique encore moins sanctionner leur manifestation ou leurs effets. En dehors de son usage abusif, la position dominante conserve toute sa normalité dans la conquête et la conservation de la clientèle. Autrement dit, rien n'est plus normal pour une entreprise que, de par ses efforts, de son talent, de son inventivité et de son savoir-faire, d'accéder à une position qui lui permet, sinon de se hisser au sommet de la performance ou du moins de s'extraire de toute domination. D'où l'exigence aussi bien législative que jurisprudentielle de l'abus d'une telle position pour que l'infraction anticoncurrentielle soit constituée. L'abus est défini comme « *l'usage excessif d'une prérogative juridique* »¹⁰⁶³. C'est pourquoi son caractère excessif implique qu'il soit « *sanctionné en tant que tel* »¹⁰⁶⁴. L'abus consiste pour d'autres en un « *usage mauvais, excessif ou injuste [...] individuel ou collectif* »¹⁰⁶⁵ des règles de concurrence. C'est-à-dire le résultat de l'action répréhensible d'une seule ou de plusieurs entreprises détenant la possibilité d'agir sans tenir considérablement compte des concurrents.

646. Par voie de conséquence, les entreprises ont le droit d'acquérir une position dominante dans tel ou tel marché. Ce droit, dès lors qu'il est loyalement acquis, ne peut être limité ou sanctionné que quand il est usé de manière abusive. Que deviendrait le marché sans des entreprises capables d'innover et de conquérir la « première place » et une certaine puissance

¹⁰⁶³ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12^e éd. *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁶⁴ GUINCHARD S. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 26^e éd. *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁶⁵ MELLONI M., *Dictionnaire européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 13.

économique sinon une kyrielle d'ennuis et d'inefficacité économique ? Le droit de la concurrence et son ordre public économique protègent autant ce droit que celui de l'État d'exiger le respect des règles.

a-2- La notion de position dominante

647. L'abus de position dominante a fait son apparition pour la première fois, comme le souligne Yves Serra¹⁰⁶⁶, dans une Loi du 2 juillet 1963¹⁰⁶⁷. Ni les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, ni celles de l'article 102 TFUE, ne visent à prohiber la position dominante en soi. Ces dispositions n'ont pas pour but « *d'empêcher une entreprise de conquérir, par ses propres mérites, la position dominante sur un marché* »¹⁰⁶⁸. Elles prohibent l'exploitation abusive d'une telle position. Pas plus qu'elles ne prônent le maintien d'une concurrence « médiocre », du « nivellement par le bas », sur le marché par l'anéantissement de la compétition et de l'innovation, gages de surpassement des entreprises et mécanisme incontournable par lequel les consommateurs peuvent disposer de choix multiples combinant raisonnablement qualité et prix¹⁰⁶⁹.

648. Prévues aussi bien en droit national qu'en droit communautaire, la position dominante est définie comme « *une indépendance de comportement à l'égard des concurrents, clients ou fournisseurs* »¹⁰⁷⁰. Autrement dit, l'entreprise possédant une telle position se trouve dans une situation d'agir qui lui permet de ne pas tenir « *notablement compte* »¹⁰⁷¹ des concurrents. Cette position n'est cependant sanctionnée que dans le cas où elle devient un moyen de se « *soustraire à une concurrence effective ou de faire obstacle au maintien de celle-ci* »¹⁰⁷². La frontière est aussi subtile que tenue. La position dominante consiste finalement en la détention du « *pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective* »¹⁰⁷³ sans avoir le droit de s'en servir au détriment de l'ordre public économique. Toute la lucidité en l'espèce consiste à distinguer la possession de ce pouvoir et son usage éventuellement abusif à l'égard des concurrents, des fournisseurs et *in fine* des consommateurs. D'où la responsabilité supplémentaire des entreprises détenant un tel privilège à l'égard du marché et des autorités de régulation. Celles-

¹⁰⁶⁶ SERRA Y., *Le droit français de la concurrence*, op. cit., p. 86.

¹⁰⁶⁷ Loi de finances n° 63-628 du 2 juill. 1963 rectificative pour 1963, portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF* n° 0154 du 03 juill. 1963.

¹⁰⁶⁸ PICOD F. (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2017*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 510.

¹⁰⁶⁹ CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark*, aff. C-209/10, *Rec. num. 2012*, 172, pt. 22 ; PICOD F. (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2017*, op. cit., p. 510.

¹⁰⁷⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 778.

¹⁰⁷¹ GUINCHARD S. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 26^e éd. op. cit., p. 809.

¹⁰⁷² *Ibid.*, p. 810.

¹⁰⁷³ MELLONI M., *Dictionnaire européen de la concurrence*, op. cit., p. 153.

ci sont tenues de veiller à un bon usage de leur position dominante quand bien même méritoirement acquise. Dans une décision du 27 septembre 2017, l'ADLC rappelait, en vertu du droit européen, la notion non moins singulière de l'abus *automatique* de position dominante. Pour l'Autorité, cette dernière consiste en la possibilité pour les juridictions administratives d'annuler des dispositions structurellement génératrices d'abus. Mais l'annulation est soumise à deux conditions. Il faut d'une part que celle-ci implique que l'acteur économique concerné possède une position dominante sur un marché, et d'autre part que ladite position dominante résulte de la mesure d'octroi elle-même¹⁰⁷⁴. Il en résulte donc une condition cumulative de la domination et de son usage abusif.

b- La sanction de l'abus de position dominante comme pierre angulaire du droit européen de la concurrence

649. Si la licéité de la position dominante est également admise en droit communautaire (*b-2*), il est important de revenir sur l'importance du critère dit des effets qualifiés (*b-1*). Lequel critère s'avère essentiel dans la détermination de la sanction de l'abus d'une telle position.

b-1- L'importance du critère dit "des effets qualifiés"

650. Il est vrai que ce critère est plus ou moins sévèrement appliqué selon que l'on soit en face d'une concentration, d'une entente ou d'un abus de position dominante. Il en ressort tout de même que ce critère qui semble « s'universaliser » au point d'embrasser les fusions-acquisitions et même, de manière plus surprenante, certaines pratiques restrictives de concurrence, et ce peu important que l'on soit en droit national ou européen¹⁰⁷⁵. Ce dernier s'attache particulièrement à l'effet « *immédiat, substantiel et prévisible* »¹⁰⁷⁶ d'une pratique pour que la compétence des autorités européennes soit requise. Ceci est en conformité avec le Règlement 139/2004 sur les concentrations qui, à travers les seuils instaurés et le chiffre

¹⁰⁷⁴ ADLC, décis. n°17-D-17 du 27 sept. 2017, *relative à des pratiques mises en œuvre par la Française des Jeux dans le secteur des jeux de grattage*, non-publiée au BOCCRF.

¹⁰⁷⁵ Il y a depuis, et il faut s'en féliciter, une attention singulière des autorités nationales et européennes de régulation à l'égard des pratiques restrictives qui peuvent avoir des effets beaucoup plus nuisibles dépassant les simples dommages aux droits subjectifs des acteurs économiques pour ainsi entraver le bon fonctionnement concurrentiel du marché.

¹⁰⁷⁶ CEE, décis. du 30 juill. 1997, *déclarant la compatibilité d'une concentration avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (Boeing/McDonnell Douglas)*, *supra*. Cf., *obs. IDOT L.*, « la concentration entre deux entreprises américaines relève du droit européen dès lors qu'elle produit des effets sur le territoire de l'Union », in VOGEL L., *Le traité de la concurrence*, *op. cit.*, p. 553.

d'affaires, prend en compte l'impact substantielle de la concentration sur le marché communautaire¹⁰⁷⁷.

651. L'attachement du droit de la concurrence à la théorie des effets qualifiés est singulièrement lié à l'efficacité des sanctions mises en œuvre pour le respect de celui-ci. Une telle théorie restitue également une certaine idée de justice tant pour l'ordre public économique que pour les acteurs. L'on ne sanctionne que les pratiques dont les effets portent atteinte à l'ordre concurrentiel ou celles pouvant entraîner des préjudices pour les consommateurs. Ainsi, la sanction *per se*, dans son indifférence admirablement prétorienne, n'est applicable que pour certaines pratiques.

b-2- Licéité de la position dominante et la sanction de son abus

652. La position dominante d'une entreprise n'étant pas en soi prohibé, l'on ne pouvait donc envisager que la sanction de son abus. D'où l'attachement du régulateur, chargé de veiller au maintien de l'ordre public économique, de ne sanctionner la position dominante que dans l'hypothèse où son abus est avéré. Le cas échéant, la sanction peut non seulement être sévère mais aussi extraterritoriale. C'est-à-dire que même si les auteurs d'une pratique anticoncurrentielle, en l'occurrence un abus de position dominante ou, ailleurs dans d'autres conditions, une entente, ne sont pas physiquement établis en Europe, ils peuvent se voir sanctionner dès lors que leurs actes ont des effets sur le maintien d'une concurrence libre et loyale sur le territoire communautaire.

653. C'est ainsi que la sanction des pratiques anticoncurrentielles, et plus spécialement celle de l'abus de position dominante, s'est imposée comme une pierre angulaire de la sauvegarde de l'ordre public économique. La démonstration tient à un raisonnement simple : ne peut abuser de sa position que l'acteur économique qui en détient le pouvoir. Par conséquent, eu égard à sa responsabilité supplémentaire dans le respect de la concurrence, tout acteur détenant une telle position est tenu à en user avec la précaution nécessaire au respect de l'ordre concurrentiel. En dépit de la proximité de leurs caractéristiques respectives, ceci n'est cependant pas tout à fait le cas pour des infractions telles que l'abus de dépendance économique, étroitement liée à la position dominante, mais non encore expressément consacrée en droit communautaire.

¹⁰⁷⁷ Le point 10 du Règlement indique qu'une « concentration est réputée de dimension communautaire lorsque le chiffre d'affaires total des entreprises concernées dépasse les seuils donnés ; tel est le cas, que les entreprises qui réalisent la concentration aient ou non leur siège ou leurs principaux domaines d'activité dans la Communauté, pour autant qu'elles y déploient des activités substantielles ».

4- Spécificité de l'abus de dépendance économique

654. Si une partie de la doctrine considère que l'abus de dépendance économique n'est qu'une modalité d'expression de l'abus de position dominante, une autre partie estime à l'inverse qu'il y a une certaine autonomie du premier par rapport au second ; d'autant plus que celui-ci est mis en œuvre dans un rapport direct de dépendance entre fournisseur et distributeur alors que celui-là est utilisé de manière quelque peu abstraite, générale et indifférente à l'égard des concurrents. Ainsi, Serge Guinchard estime que l'abus de dépendance économique, compris dans l'abus général de domination, consiste « *à se comporter à l'égard d'un client ou d'un fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente, de manière inacceptable* »¹⁰⁷⁸. Contrairement à la pratique répréhensible de l'abus de position dominante, qui peut indifféremment viser n'importe quel concurrent concerné par le marché dominé, l'abus de dépendance économique ne se met en œuvre que dans le cadre d'une relation avec un « *partenaire obligé* »¹⁰⁷⁹. Il faut donc que ce dernier soit soumis à des conditions commerciales injustifiées ou abusives sans qu'il ne lui soit possible de trouver de solutions alternatives.

655. La notion d'abus de dépendance économique telle qu'elle est prévue en droit national n'est ni une notion furtive, ni une notion creuse, elle demeure une réalité tangible **(a)**. Elle appréhende des pratiques dont la possibilité d'être saisies par les dispositions prévues pour les autres pratiques anticoncurrentielles n'est pas si évidente. En droit communautaire, les choses sont différentes. Les pratiques similaires à l'abus de dépendance économique y sont sanctionnés mais sur d'autres fondements juridiques. Cela pose la question de savoir si dans un avenir proche, l'abus de dépendance économique ne mériterait pas d'y être expressément consacré **(b)**.

a- L'abus de dépendance économique en droit national

656. La notion d'abus de dépendance économique (*a-1*) requiert un regard très attentif du juge (*a-2*) tant sa preuve est parfois difficile à apporter (*a-3*). La pluralité des acteurs concernés par cette infraction (*a-4*) implique également de la distinguer du monopole légal (*a-5*) d'autant plus que parfois il peut y avoir une simultanéité entre elle et l'abus de position de dominante (*a-6*).

¹⁰⁷⁸ GUINCHARD S. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 26^e éd., *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁷⁹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 331.

a-1-La notion d'abus de dépendance économique

657. Après avoir prohibé les ententes et l'abus de position dominante dans son alinéa 1, l'article L.420-2 du Code de commerce dispose en son alinéa 2 qu'il est « *en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur* ». L'instauration de cette prohibition en droit de la concurrence résulte de l'évolution d'un contexte particulier. Celle des rapports entre les acteurs économiques, plus spécifiquement entre distributeurs et fournisseurs. Le « boom économique » résultant des *Trente glorieuses* avait également eu pour effet l'expansion de la culture des grandes surfaces et les centrales d'achat. Alors « *les industriels, qui se trouvent dans une situation de dépendance économique croissante par rapport à la grande distribution, devenue un canal obligé pour assurer l'accès de leurs produits au consommateur final, se plaignent des abus dont ils sont victimes* »¹⁰⁸⁰. Partant, face à ce vide juridique ou du moins face à cette insuffisance d'encadrement d'un phénomène nouveau, le droit n'avait d'autre choix que de se réinventer. Fidèle à la considération selon laquelle à chaque époque sa législation économique, le législateur décida alors de saisir les rapports spécifiques et nouveaux entre acteurs économiques dans la grande distribution. Il en a résulté l'instauration et la prohibition de l'abus de dépendance économique.

658. Il n'y a pas de définition légale de la notion d'abus de dépendance économique. L'article 40 de la Loi du 3 août 2005¹⁰⁸¹, modifiant le dernier alinéa de l'article L. 420-2, se contente de décrire cette infraction. Il indique qu'il peut notamment consister en un refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme. Cette réforme est celle qui a également rompu avec la description antérieure de l'abus de dépendance économique qui se caractérisait, de la part de celui qui en est victime, par l'absence de solution équivalente. Mais le régulateur et le juge continuent encore à prendre en compte une telle interprétation dans la mesure où elle est caractéristique de la dépendance économique. D'où il ressort que la Cour de cassation définit la dépendance économique comme « *l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elles ont nouées avec une autre entreprise* »¹⁰⁸². En d'autres termes, la définition part de la situation de la partie faible pour

¹⁰⁸⁰ VOGEL L., *Traité de droit économique, op. cit.*, p. 1477.

¹⁰⁸¹ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JORF* n° 179 du 03 août 2005.

¹⁰⁸² Cass. com., 12 févr. 2013, n° 12-13, 603.

décrire la nature et les caractéristiques de l'infraction. Toutefois, après la Loi dite NRE de 2001, le Conseil de la concurrence d'alors, avait dû préciser cette notion d'équivalence. Il estima que celle-ci est moins une absence de solution équivalente que des conditions techniques et économiques comparables¹⁰⁸³. Selon une jurisprudence constante, la société qui ne peut disposer d'installations essentielles en raison du fait qu'une autre société détient sur elle un monopole d'exploitation se trouve nécessairement en position de dépendance économique¹⁰⁸⁴. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer une intention anticoncurrentielle pour que l'infraction d'abus de dépendance économique soit caractérisée¹⁰⁸⁵.

a-2- L'appréciation autonome du juge

659. En sus du lien juridique ou de fait subordonnant une entreprise à une autre, l'appréciation de l'abus de dépendance économique par la jurisprudence prend en compte d'autres éléments. C'est ainsi qu'il a été considéré que la notoriété et la part de marché d'une entreprise est un critère d'appréciation de l'abus de dépendance économique¹⁰⁸⁶ au même titre que des clauses contractuelles dont la mise en œuvre met un distributeur à l'égard de son fournisseur dans une situation telle qu'il ne dispose pas de possibilité offrant de solutions alternatives équivalentes¹⁰⁸⁷. La situation demeure inchangée lorsqu'un fournisseur est dépendant des commandes d'un acheteur¹⁰⁸⁸, même si en l'espèce l'appréciation de la part du chiffre d'affaires du fournisseur, de l'existence de solutions alternatives, des raisons techniques ou stratégiques ayant conduit à cette dépendance, demeurent des facteurs primordiaux dans la détermination de la réalité de la dépendance économique¹⁰⁸⁹. La jurisprudence exclut néanmoins la prise en compte du chiffre d'affaires lorsque le choix de celui-ci résulte, de la part

¹⁰⁸³ Cons. conc., 31 août 2001, n° 1-D-49, *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony*, non-publiée au BOCCRF; Cons. conc., 11 sept. 2001, n° 01-D-42, *relative à une saisine de la Société André Barbot concernant les pratiques des sociétés BAT et Rebel sur le marché de l'approvisionnement des cigarettes dans l'île de la Réunion*, non-publiée au BOCCRF; Cons. conc., 22 déc. 2003, n° 03-MC-04, *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société les Messageries Lyonnaises de Presse*, non-publiée au BOCCRF. Un auteur estime d'ailleurs qu'il y a « échec de la réglementation » dans la mesure où ce qui avait, au départ, été prévu pour les relations fournisseurs-distributeurs, a surtout été « invoqué par des distributeurs victimes de pratiques discriminatoires mis en œuvre par des fournisseurs ». Cf. VOGEL L., *Traité de droit économique*, op. cit., p. 1478.

¹⁰⁸⁴ Cass. com., 25 janv. 2000, *Sté. Heli-Inter assistance*, n° 97-20.199.

¹⁰⁸⁵ Cass. com., 20 mai 2014 *Sté. Hunter Douglas Belgium Helioscreen e. a.*, aff. jntes., n° 12-26.705 ; 12-28.970 ; 12-29.281.

¹⁰⁸⁶ Cass. com., 12 oct. 1993, *Sté. Concurrence*, n° 91-16.988.

¹⁰⁸⁷ ADLC, décis. n° 10-D-08 du 3 mars 2010, *relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité*, non-publiée au BOCCRF.

¹⁰⁸⁸ ADLC, décis. n° D. 12-D-11 du 6 avr. 2011, *concernant une saisine de la société Roland Vlaemynck Tisseur à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de serviettes industrielles*, non-publiée au BOCCRF.

¹⁰⁸⁹ Cass. com., 27 janv. 1998, *Min. de l'économie/DGCCRF*, n° 96-10.694.

de l'entreprise dépendante, d'une stratégie commerciale¹⁰⁹⁰. Ceci est le cas également pour une entreprise dont le chiffre d'affaires a évolué de plus de 43% après la rupture des relations commerciales avec son fournisseur¹⁰⁹¹.

a-3- Preuve de la dépendance économique

660. En l'absence de clauses contractuelles attestant la subordination ou la dépendance économique d'une entreprise par rapport à une autre, la preuve de l'abus de dépendance économique est soumise à l'appréciation du régulateur ou du juge. Autrement dit, en cas d'invocation d'une dépendance de fait, il appartient au juge de vérifier l'impossibilité pour l'entreprise dépendante de trouver d'autres alternatives à la dépendance alléguée¹⁰⁹². C'est dans ces hypothèses que la méthode élaborée par l'École de Nice de droit économique s'avère utile. En l'absence de moyens formels suffisamment probants, une analyse substantielle de la relation permet d'aboutir à une appréciation satisfaisante de laquelle peut résulter le rétablissement de la partie lésée, faible ou dépendante, dans ses droits. Puis, le cas échéant, à travers une sanction compensant les dommages subis, la rétablir dans ses droits. Il incombe donc au régulateur en amont et au juge en aval de vérifier la dépendance économique *de jure* ou *de facto*. Qu'il s'agisse d'un abus de dépendance économique individuel ou collectif, la charge de la preuve incombe à l'opérateur qui prétend en avoir subi¹⁰⁹³. Aucun formalisme de preuve n'est dicté en matière de dépendance économique d'autant plus que la valeur juridique d'une preuve réside dans sa crédibilité et n'exige aucun formalisme particulier¹⁰⁹⁴.

a-4- Singularité et pluralité des acteurs de la dépendance économique

661. La dépendance économique peut être individuelle ou collective. Elle est dite individuelle lorsqu'on est face à une situation où une entreprise est dépendante à l'égard d'une seule autre entreprise juridiquement autonome. Cette dépendance individuelle peut être positive ou négative. C'est-à-dire qu'elle peut résulter d'une inaction ou d'une action disproportionnée de l'entreprise détentrice de la position dominante rendant ainsi son partenaire dépendante. Cependant, la jurisprudence apprécie de manière stricte l'importance et la nature de la

¹⁰⁹⁰ Cass. com., 12 oct. 1993, *Sté. Concurrence, Jean Chapelle et Semavem*, n° 91-17.983; Cons. conc., décis. n° 06-D-10 du 12 mai 2006, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bouygues Télécom contre le grossiste Stock-Com*, non-publié au *BOCCRF*.

¹⁰⁹¹ Cass. com., 11 juill. 2006, *Casa Milano*, n° 04-20.592.

¹⁰⁹² Cons. conc., décis. n° 96-D-441 du 8 juin 1996, *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la publicité*, non-publiée au *BOCCRF*.

¹⁰⁹³ Cass. com., 12 janv. 1993, *Sté. Hôtel George V*, n° 91-12.548.

¹⁰⁹⁴ ADLC, décis. n° D. n° 13-D-11, 14 mai 2013, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique*, non-publiée au *BOCCRF*.

proportion. Ainsi, la cour d'appel de Paris a pu considérer que l'importance anormale des participations au financement du catalogue d'un distributeur ne saurait constituer de l'abus de dépendance économique¹⁰⁹⁵. La jurisprudence exclut aussi de retenir l'abus de dépendance économique lorsque le partenaire économique est à la fois client et associé¹⁰⁹⁶.

662. L'abus de dépendance économique peut également être collectif¹⁰⁹⁷. Tel est le cas par exemple lorsque des dépositaires de presse sont en situation de dépendance économique à l'égard de deux structures¹⁰⁹⁸. Pour Marie Béhar-Touchais, une dépendance collective est requise si « deux entités en principe autonomes dans leurs relations avec leur fournisseur s'entendent néanmoins pour rompre au même moment les contrats qu'elles ont conclus séparément avec leur fournisseur commun », d'autant plus que « deux personnes juridiques distinctes agissent d'une manière uniforme »¹⁰⁹⁹. Il ne faut cependant pas confondre l'abus de dépendance économique tel qu'il est mis en œuvre dans une relation commerciale exclusive¹¹⁰⁰ et la liberté par ailleurs fondamentale d'approvisionnement reconnue à chacun auprès du fournisseur de son choix¹¹⁰¹.

a-5- Monopole légal et abus de dépendance économique

663. Lorsqu'un monopole est légal, le titulaire qui en abuse sur le marché en amont peut se voir sanctionner par le régulateur qui prend en compte les effets de l'abus sur le marché en aval¹¹⁰². En l'espèce, il s'agissait de l'exploitation abusive d'un monopole de l'insémination artificielle. L'Autorité de la concurrence sanctionna alors l'auteur de l'abus dans le marché aval des semences. En tout état de cause, l'appréciation du juge porte également sur l'effectivité¹¹⁰³

¹⁰⁹⁵ Cass ; com., 13 déc. 1995, *Sté. Études et travaux (SET)*, n° 15-25.464 ; Cons. conc., décis. n° 93-D-21 du 8 juin 1993, *relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora*, non-publiée au BOCCRF..

¹⁰⁹⁶ CA, Reims, 5 mai 2003, *Sté. Coopérative d'approvisionnement Paris-Est (SCAPEST)*, n° 2003 865 ; Cass. com., 4 juill. 2006, *Sté. Coopérative d'approvisionnement Paris-Est (SCAPEST)*, n° 03616.443.

¹⁰⁹⁷ CA Douai, 20 nov. 2007, *Sté. Tomecanic-benetiere*, n° 07/5217 ; Cass., Com., 2 déc., 2008, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de la Corse*, n° 08-10.721.

¹⁰⁹⁸ Cons. conc., 20 janv. 2009, n° 09-D-02, *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Syndicat National des Dépositaires de Presse*, non-publiée au BOCCRF ; Cass. com., 2 déc. 2008, *Sté. Castorama France c./ Tomécani-Benetière (Tomécanic)*, n° 08-10731 ; Cass. com., 2 déc. 2008, *Sté. Brico-Dépôt c./ Tomécani-Benetière (Tomécanic)*, n° 08-10732 ; BEHAR-TOUCHAIS M., « De l'abus de dépendance collective », *Rev. des contrats*, n°2, 2009, p. 649.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 650.

¹¹⁰⁰ ADLC, décis. n° 11-D-09 du 8 juin 2011, *relative à des pratiques mises en œuvre par EDF et RTE dans le secteur de l'électricité*, non-publiée au BOCCRF.

¹¹⁰¹ Cass. com., 5 juill. 1994, *Mme X*, n° 92-20.064.

¹¹⁰² Cons. conc., décis. n° 98 D 65 du 20 oct. 1998, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société « Les éleveurs mosellans » dans le secteur de l'insémination artificielle*, non-publiée au BOCCRF.

¹¹⁰³ CA Versailles, 22 nov. 2001, *Sté. Thalia*, n° 2000-6445 ; Cons. conc., décis. n° 91-D-35 du 10 juill. 1991, *relative à la saisine présentée par M. Philippe Boulanger*, non-publiée au BOCCRF..

des relations commerciales ainsi que l'importance de celle-ci¹¹⁰⁴ avant, *in fine*, de procéder à l'appréciation du caractère abusif¹¹⁰⁵ d'une telle dépendance.

a-6- Simultanéité de l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique

664. Un tel cas est possible lorsqu'une société exploite abusivement son infrastructure essentielle qui constitue par ailleurs un élément quasi naturel de détention d'une position dominante. Il en fut ainsi de la société EDF que la cour d'appel avait sanctionnée dans une décision, ultérieurement confirmée par la Cour de cassation, pour les deux infractions¹¹⁰⁶. Les infrastructures essentielles sont variables. Un logiciel informatique peut être essentiel¹¹⁰⁷, tout comme, s'agissant de France télécom, l'exploitation commerciale de ses réseaux, dès lors qu'il n'existe pas, en l'état actuel de l'équipement des sites, d'autres réseaux alternatifs et que la construction d'un deuxième réseau ne pourrait être rentabilisé en l'état actuel du marché¹¹⁰⁸. L'on ne peut donc reprocher à une entreprise qui n'a pas construit son propre réseau de ne pas s'offrir des alternatives dans la mesure où le prix d'une telle construction serait exponentiellement disproportionné.

b- Vers l'instauration de l'abus de dépendance économique en droit européen ?

665. La justesse de la sanction de l'abus de dépendance économique en droit national amène à poser la question de son instauration en droit communautaire. Il est vrai que, de manière générale, l'abus de dépendance économique est comprise dans la sanction des autres pratiques anticoncurrentielles (*b-1*), mais encore faudrait-il tenir compte de la subtilité qui la caractérise (*b-2*).

b-1- Enfouissement de l'abus de dépendance économique dans les pratiques anticoncurrentielles en droit de l'Union européenne

666. L'absence d'une évocation spécifique et expresse de l'abus de dépendance économique par le droit européen n'implique pas une autorisation implicite d'une telle pratique. Elle est à l'inverse bel et bien prohibée et sanctionnée. Les articles 101 et 102 du TUFUE interdisent respectivement le fait pour une entreprise d'« *appliquer, à l'égard de partenaires*

¹¹⁰⁴ Cass. com., 12 oct. 1993, *Sté. Concurrence, supra*.

¹¹⁰⁵ VOGEL L., *Traité de la concurrence, op. cit.*, p. 1487.

¹¹⁰⁶ Cass. com., 27 janv. 1998, *Sté. Colgate-Palmolive e. a.*, n° 09-11.080.

¹¹⁰⁷ CA Paris 12 févr. 2004, *SARL Messageries Lyonnaises de Presse (MLP)*, n° CT0175 ; CA Paris, 25 janv. 2005, *SARL Reims Bio*, n° CT0175.

¹¹⁰⁸ Cons. conc., décis. n° 99-MC-01 du 12 janv. 1999, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société *NC NumériCâble*, non-publiée au *BOCCRF*.

commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ». Ces dispositions interdisent également le fait de « *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats* »¹¹⁰⁹. Le droit de l'Union n'a donc pas jugé utile de prévoir une spécificité de l'abus de dépendance économique dans la mesure où celui-ci est inclus dans les pratiques anticoncurrentielles et sanctionné comme tel. Toutefois, ces dispositions ne constituent pas expressément, comme c'est le cas en droit national, une prohibition claire de l'abus de dépendance économique. Dans une décision de mars 2010, l'ADLC a, pour sa part, pu considérer que les dispositions de l'article L. 420-2 al 2 prévues par le Code de commerce sont distinctes des celles des ententes et de l'abus de position dominante et n'ont pas d'équivalent en droit communautaire de la concurrence¹¹¹⁰.

b-2- Justification subtile d'une spécificité

667. Le but de la sanction de l'abus de dépendance économique vise sinon à éradiquer ou du moins à atténuer les pressions, les représailles et les ristournes injustifiées entre, pour la plupart des cas, distributeurs et fournisseurs. Avec un regard plus poussé, l'on se rendra compte que la sanction d'une telle pratique va un peu plus loin que la prohibition globale des pratiques anticoncurrentielles. On semble être plus en présence de pratiques restrictives de concurrence en ceci qu'elles impliquent d'énormes préjudices et de dommages pour le partenaire commercial avant d'être une atteinte à la concurrence. La prise en compte en droit européen de cette infraction, qui se situe donc à mi-chemin entre pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives de la concurrence, protégerait les acteurs économiques les plus vulnérables des abus éventuels de la part des acteurs les plus puissants.

668. La consécration expresse de l'abus de dépendance économique en droit européen pourrait avoir l'intérêt d'aller dans le sens de l'exhaustivité des sanctions contre les abus dans toute leur diversité et participerait ainsi à une protection plus aboutie des consommateurs, des entreprises les moins puissantes et *in fine* la concurrence dans sa globalité. L'ordre public économique européen serait ainsi plus spécifiquement protégé aussi bien dans sa singularité que dans son exhaustivité.

¹¹⁰⁹ Article 101 TFUE al. 1 pt. d, e ; article 102 TFUE al. 2, pt. c et d.

¹¹¹⁰ ADLC, décis. du 3 mars 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, *supra*.

§3- La double opposabilité de l'ordre public économique européen

669. La liberté économique et l'ordre public économique étant deux notions « *inséparables* »¹¹¹¹, leur mise en œuvre semble autant sinon davantage sollicitée en droit européen qu'en droit national. La raison résulte du contexte de la mondialisation économique et de ce qu'il convient de s'attendre de la dématérialisation poussée de l'économie. La Commission européenne reste en première ligne et demeure en perpétuelle alerte. Il est indispensable que les États puissent prétendre, à travers la Politique et le Droit, à un encadrement effectif de la dématérialisation d'une économie sans cesse mondialisée. Une telle démarche ne peut s'avérer efficace que lorsqu'elle s'intègre dans une convergence européenne, gage de force et d'effectivité sur le plan mondial. La Commission européenne joue, à cet égard, un rôle primordial.

670. L'ordre public économique européen tire son fondement juridique de l'alinéa 2 de l'article 26 TFUE qui dispose que « *le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités* ». Au sein de ce marché intérieur s'exerce un ordre public économique selon l'entendement de la philosophie économique et juridique européenne. Au sein de l'Union, cet ordre s'exerce et s'impose à tous y compris et avant tout aux États (**A**). Il s'exerce également dans la protection de ces frontières de sorte que ceux des acteurs économiques internes ou venant de l'extérieur dans l'optique d'exercer des activités économiques au sein du marché communautaire, soient assujettis à cet ordre public économique, peu important qu'il s'agisse d'entreprises à taille moyenne ou des multinationales monopolistiques et notablement puissantes (**B**).

A- L'ordre public économique européen opposable aux États membres

671. Au-delà des textes juridiques européens assujettissant les États, le rapport entre l'Union et les États membres doit, sur le plan économique, obéir à la convergence d'idées et de politiques dans l'esprit de la construction et de la consolidation du marché intérieur. Dans l'arrêt *Inno Atab* de 1977¹¹¹², la Cour consacre ce principe en indiquant que les États ne peuvent déroger aux dispositions de l'article 81 du Traité dans le seul but de permettre à leurs entreprises de contourner ou d'échapper aux dispositions relatives aux règles de la concurrence. Outre les

¹¹¹¹ PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 44.

¹¹¹² CJCE, 16 nov. 1977, *Inno Atab c./Association des détaillants en tabac*, aff. C-13-77, *Rec.*, 1977, p. 2115.

dispositions relatives à la concurrence, prévues par les articles 101, 102 et suivants du TFUE, l'ordre public économique européen se matérialise dans d'autres domaines. Le cas de l'interdiction des restrictions quantitatives prévues par les articles 34 et 35 du TFUE en est une illustration¹¹¹³. C'est un ordre public économique européen qui s'impose aux États membres, même si le Traité prévoit des exceptions à cette interdiction, elle ne peut être un motif déguisé pour porter atteinte à la loyauté du commerce entre États membres¹¹¹⁴. Cet ordre public économique opposable aux États prend tout son sens notamment lorsqu'il s'agit d'aides d'États dès lors que ces dernières sont susceptibles d'affecter les échanges entre États membres ou de fausser le jeu de la concurrence¹¹¹⁵. L'ordre public économique européen interdit aux États d'octroyer des aides aux entreprises dès lors qu'elles ont ou pourraient avoir pour conséquence de défavoriser les autres entreprises et donc porter atteinte à la concurrence. L'ordre concurrentiel européen est donc opposable aux États membres.

672. L'ordre public économique européen s'exprime également face à la liberté d'établissement¹¹¹⁶, la libre prestation des services. Il se manifeste de surcroît comme un ordre public économique européen d'octroi¹¹¹⁷. Il s'impose aux États¹¹¹⁸ tout comme le traitement fiscal équitable des entreprises. En effet, la Cour a pu considérer, dans le domaine du courtage immobilier, que « *l'Italie a manqué à ses obligations en adoptant une loi le 2 janvier 1991 qui réserve les activités de courtage en valeurs mobilières, en dehors des banques, à des sociétés ayant leur siège en Italie* »¹¹¹⁹. La Cour estime aussi que l'article 49 TFUE s'oppose à ce que « *la législation fiscale d'un État membre exclue, pour les sociétés étrangères exerçant dans cet État une activité par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, la possibilité,*

¹¹¹³ Portant respectivement sur les importations et les exportations.

¹¹¹⁴ Ainsi, l'article 36 TFUE dispose que « *les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres* ».

¹¹¹⁵ Al. 1 de l'article 107 du TFUE.

¹¹¹⁶ Article 49 TFUE détaillé dans le B ci-après.

¹¹¹⁷ Article 56 du TFUE qui prévoit par ailleurs en son alinéa 2 que, statuant par procédure législative ordinaire, le Parlement et le Conseil peuvent étendre le bénéfice des dispositions du présent chapitre aux prestataires de services ressortissants d'un État tiers et établis à l'intérieur de l'Union.

¹¹¹⁸ Dans l'affaire *Segers* la Cour avait par exemple donné une portée large à ce principe en décidant que ce dirigeant d'entreprise était en droit de prétendre, sur le fondement de la liberté d'établissement, au régime d'assurance maladie néerlandaise quand bien même qu'il n'y possédait qu'une filiale et que sa société est immatriculée en Grande Bretagne. Cf. CJCE, 18 juill. 1986, *D. H. M. Segers c./Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank-en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, aff. C-79/85, *Rec.*, 1986, p. 2375.

¹¹¹⁹ CJCE, 6 juin 1996, *Commission c./ République italienne*, aff. C-101/94, 1996, *Rec.*, p. I-2719 ; LAMY, « Liberté d'établissement Succession d'arrêts de la CJUE », n° 174, p. 5.

*reconnue aux seules sociétés de l'État, de bénéficier d'un taux inférieur d'impôt sur les sociétés, dès lors qu'il n'existe aucune différence de situation objective entre ces deux catégories de sociétés susceptible de justifier une telle différence de traitement »¹¹²⁰. Il en est également ainsi du droit d'ester en justice quand une entreprise s'établit dans un État membre et ce en conformité avec les articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹¹²¹. Allant dans le sens de ce qu'une partie de la doctrine a considéré comme une « *supplémentaire voie libérale* »¹¹²², la Cour indique que même l'exercice exclusif d'activités par une société dans un État où elle possède son établissement stable n'exclut point qu'elle exerce dans un autre État¹¹²³.*

673. Cependant, si l'ordre public économique européen s'impose aux États et leur impose en conséquence un traitement égal sinon équitable des entreprises, il n'en demeure pas moins que ces dernières doivent tout aussi se conformer à l'esprit de celui-ci dans son versant protecteur des consommateurs et de l'intérêt général. Ainsi doivent-elles se conformer aux règles juridiques et s'acquitter convenablement de leurs impôts. Et de ce point de vue, le droit communautaire laisse une certaine marge de manœuvre aux États dans l'application du pouvoir administratif exorbitant permettant d'aboutir à ce résultat.

B- L'opposabilité de l'ordre public économique européen aux acteurs cruciaux de la mondialisation économique

674. Face à la mondialisation économique, renforcée par une dématérialisation poussée de l'économie, l'ordre public économique européen est aussi sinon plus tangible que ne l'est celui du droit interne. Bien que le droit européen veuille instaurer un ordre public qui se veut européen voire extraterritorial, il faut souligner que l'harmonisation n'est pas, de ce point de vue, tout à fait aboutie. Une telle difficulté résulte bien évidemment à des disparités politiques entre les États. Mais elle renvoie surtout à une différence de conception de ce qui est désigné par la doctrine comme une « *justice économique* ». Cette dernière reflète une conception différente selon que l'on soit dans un tel ou tel autre État au point qu'on devrait évoquer, selon Sylvaine Poillot-Peruzzetto, des « *justices économiques plurielles dès lors que la formation des*

¹¹²⁰ CJCE, 29 avr. 1999, *Royal Bank of Scotland c./Elliniko Dimosio*, aff. C-311/97, *Rec.*, 1998, p. I-02651 ; Bull. Joly Sociétés 1999, p. 784.

¹¹²¹ CJCE, 5 nov. 2002, *Überseering BV c./Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, aff. C-208/00, *Rec.*, 2002, p. I-09919.

¹¹²² CJCE, 29 avr. 1999, *Royal Bank of Scotland c./Elliniko Dimosio*, *supra*.

¹¹²³ CJCE, 30 sept. 2003, *Kamer von Koophandel c./Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01, *Rec.*, 2003, p. I-10155.

juristes et des juges reste nationale, que les représentations juridiques restent marquées par les États nations »¹¹²⁴. Laquelle justice économique, faut-il le souligner, fait référence à la « *justice des relations économiques* »¹¹²⁵.

675. Dans la conception française, la justice économique renvoie entre autres à un idéal car « *constitutive d'un symbole de bon fonctionnement d'une société* »¹¹²⁶. Quand bien même l'affirmation encore perceptible des souverainetés nationales ne permet pas de donner corps à une telle justice un caractère homogène, il n'en demeure pas moins qu'une « *justice économique européenne se dessine* »¹¹²⁷. Il y a une interdépendance aigue entre la justice économique et l'Europe dès lors que la première constitue la « *motrice* »¹¹²⁸ de la seconde et que cette dernière se présente comme « *la matrice* »¹¹²⁹ pour la première. Mais l'intérêt d'aborder la justice économique dans l'ordre public face aux acteurs de la mondialisation économique est celui de rappeler ces derniers que l'ordre public économique qui leur octroie, par le biais entre autres de la liberté d'établissement, un environnement d'épanouissement est celui-là même qui leur impose des obligations. Ainsi, la réaffirmation de la liberté d'établissement (**1**) ne s'oppose en rien à la philosophie européenne selon laquelle l'acquisition du monopole dans un domaine économique donné implique une responsabilité supplémentaire des acteurs économiques cruciaux (**2**).

1- Réaffirmation de la liberté d'établissement

676. La liberté d'établissement est définie comme la possibilité offerte aux personnes physiques et morales de s'établir sur le territoire européen sans devoir se soumettre à une distinction liée à la nationalité. Antérieurement évoquée par l'article 52 du Traité de Rome, devenu l'article 54 du TFUE, la liberté d'établissement comporte, comme l'indique l'alinéa 2 de l'article 49 de ce dernier traité, l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux. Le principe de non-discrimination tel qu'il résulte de l'article 54 demeure ainsi un principe d'ordre public.

¹¹²⁴ POILLOT-PERUZZETTO S., « Justice économique européenne ou justices économiques en Europe au regard des normes et pratiques ? », *RLDA*, n° 104, 1^{er} mai 2015, p. 1.

¹¹²⁵ *Ibid.*, p. 1.

¹¹²⁶ *Ibid.*

¹¹²⁷ *Ibid.*, p. 3.

¹¹²⁸ *Ibid.*, p. 7.

¹¹²⁹ *Ibid.*, p. 8.

À cet effet, l'alinéa 1 du même article précise que les sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

677. La liberté d'établissement est devenue un principe indissociable de la construction et du parachèvement du marché européen intégré. Son interprétation libérale par la Cour de justice **(a)** participe à la flexibilité de sa mise en œuvre **(b)**. Même si la complexité du droit européen des sociétés¹¹³⁰ rend la liberté d'établissement plus inévidente en cas de pluralité de sièges d'une entreprise **(c)**, il n'en reste pas moins qu'on peut noter une double mutation de la notion de siège réel **(d)**. Dans le même ordre, l'exigibilité fiscale ne rend pas plus aisée la mise en œuvre de la liberté d'établissement **(e)**. Il conviendra donc de revenir sur l'apport de certaines directives à l'effectivité de ce principe **(f)**, ainsi que sur la nécessité d'une harmonisation du droit des sociétés **(g)**. Celle-ci est d'autant plus nécessaire que son intérêt pourrait être sans conteste pour la transformation transfrontalière des entreprises et la mise en œuvre de l'ordre public économique européen **(h)**.

a- L'interprétation libérale de la liberté d'établissement par la Cour de justice

678. Dans l'affaire du *Daily Mail* du 27 septembre 1988¹¹³¹, la Cour de justice interprète les dispositions de l'article 54 de manière assez flexible. Elle estime en effet que dès lors qu'une entreprise s'établit dans un pays et est en conformité avec sa législation, un autre pays ne peut l'empêcher d'exercer dans n'importe quel autre État. Elle réaffirme ultérieurement que les dispositions de l'article 54 « *s'opposent à ce que l'État d'origine entrave l'établissement dans un autre État d'une société constituée en conformité de sa législation. Les droits garantis par les articles 52 et suivants [devenus articles 49 et suivants TFUE] seraient vidés de leur substance si l'État d'origine pouvait interdire aux entreprises de partir en vue de s'établir dans un autre État membre* »¹¹³².

¹¹³⁰ Dans l'hypothèse où on en concède l'existence, tant la disparité entre les droits internes des sociétés est encore palpable.

¹¹³¹ CJCE, 27 sept. 1988, *The Queen c./H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and general trust plc.*, aff. C-81/87, *Rec.*, 1988, p. 5483.

¹¹³² CJUE, 12 juill. 2012, *Vale*, aff. C-378/10, *Réc. num.* 2012, 440 ; CJUE, 25 oct. 2017, *Polbud*, aff. C-106/16, *Réc. num.* 2017, 804 ; CJUE, 10 mars 2011, *Centros*, aff. C-477/09, *Rec.* 2011 p. I-01421.

679. Dans l'affaire *Ahlström Osakeyhtiö*¹¹³³, la Cour avait refusé de confondre le transfert du siège de direction à celui du siège social. C'est une sorte d'oscillation de la Cour entre respect de la souveraineté des États et volonté d'une indispensable harmonisation. Car le refus de transfert du siège social porte atteinte à la liberté d'établissement. La Cour affirme en l'espèce que les articles 52 et 58 du Traité de Rome [devenus articles 49 et 54 TFUE] doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne confèrent aucun droit, en l'état actuel du droit communautaire, à une société constituée conformément à la législation d'un État membre et y ayant son siège statutaire, de transférer son siège de direction dans un autre État membre¹¹³⁴.

b- Flexibilité de la mise en œuvre de la liberté d'établissement

680. L'interprétation libérale de la liberté d'établissement de la part de la Cour de justice n'invente en réalité pas une autre lecture nouvelle de celle-ci. Dans la perspective de construction et de parachèvement du marché commun, le législateur européen donne une marge d'interprétation à la Cour pour atteindre ce but. En cas de confrontation entre la construction du marché commun, fondé sur la liberté de circulation des biens et des personnes--et donc la liberté d'établissement--, et la marge laissée aux États, la première remporte souvent sur la seconde. Une communication portant proposition de directive concernant les transformations, fusions et scissions transfrontalières des sociétés, élaborée par la Commission restitue assez fidèlement une telle position¹¹³⁵. En vertu de cette directive et sur interprétation de la CJUE, il appartient aux États membres de fixer les règles de constitution et de fonctionnement des sociétés. Il leur est simplement imposé de respecter la liberté d'établissement des entreprises y compris les transfrontalières d'entre elles¹¹³⁶. Dans les arrêts *Überseering* et *Inspire Art*, la CJUE considère que l'État d'accueil « doit reconnaître ces sociétés étrangères »¹¹³⁷. Dans le même sens, les sociétés ayant un rattachement à l'État d'origine dont elles respectent la

¹¹³³ CJCE, 27 sept. 1998, *Ahlström Osakeyhtiö c./ Commission*, aff. jntes., C-89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, *Rec.*, 1998, p. 5193.

¹¹³⁴ CJUE, 25 sept. 1988, *The Queen c./H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and general trust plc.*, *supra*, pt. 25.

¹¹³⁵ Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive UE 2017/1132 portant sur les transformations, fusions et scissions transfrontalières des sociétés*, Communication de la Commission n° COM (2018) 241 final, Bruxelles, 25 avr. 2018. Disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/FR/COM-2018-241-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>. (Consulté le 15/07/2018).

¹¹³⁶ C'est une jurisprudence constante. Cf. CJUE, 25 spt. 1988, *The Queen c./H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and general trust plc.*, *supra*, et CJUE, 12 juill. 2012, *Vale, supra*.

¹¹³⁷ CJCE, 5 nov. 2002, *Überseering, supra* ; CJCE, 30 sept. 2003, *Kamer von Koophandel c./Inspire Art Ltd, supra*. Cf. aussi BALLESTER B., DEL MONTE M., « Évaluation de la valeur ajoutée européenne. Directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire d'une société (14e Directive sur le droit des sociétés) », *Parlement européen*, mars 2012, p. 19, disponible à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html>. (Consulté le 05/04/2017).

législation n'ont pas besoin d'une transformation transfrontalière. La Cour estime, au point 5 de sa décision dans l'affaire *Cartésio*, qu'en « *l'état actuel du droit communautaire, les articles 43 et 48 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée* »¹¹³⁸. Une telle précision sonne comme une sorte de garde de fous fixés à l'interprétation libérale de la liberté d'établissement des entreprises.

681. Il résulte donc de la lecture jurisprudentielle que le juge cherche à trouver un équilibre entre les principes encadrant la liberté d'établissement. C'est une façon de démontrer le caractère à la fois tangible et mouvant de l'ordre public économique européen, qui prend en compte d'une part la nécessité de libéraliser pour mieux construire le marché commun, et d'autre part l'indispensable réaffirmation de l'ordre public économique sans lequel toute libéralisation ne tiendra pas longtemps. La Commission a de son côté encouragé la Cour à poursuivre la construction harmonisée tant du domaine du droit fiscal que celui des sociétés¹¹³⁹. Faisant ainsi suite à l'arrêt *Polbud* de la Cour de justice selon lequel la liberté d'établissement englobe le droit, pour une société, de se transformer en une société relevant du droit d'un autre État membre, pour autant que les conditions applicables à sa constitution dans l'État membre de destination soient satisfaites¹¹⁴⁰, c'est à dire le droit de la transformation transfrontalière.

682. Il est appréciable de voir tous les efforts déployés par la Commission pour une meilleure harmonisation dans tel ou tel domaine. Mais force est de constater que, à l'instar de l'harmonisation fiscale, le droit des sociétés regorge encore des poches de résistances. Les États ne veulent pas tout céder à la législation européenne. Il faut d'ailleurs souligner la proximité sinon la simultanéité entre fiscalité et droit des sociétés. Pour certains, la difficulté de la question fiscale est surtout due à l'absence d'une « *véritable autorité fédérale ou d'un transfert des compétences de l'Union en la matière* »¹¹⁴¹. L'intégration économique européenne ne

¹¹³⁸ CJUE, 16 déc. 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, aff. 210/16, *Rec.*, 2008, p. I-09641.

¹¹³⁹ La Commission précise que cette modernisation doit aussi être celle de la dématérialisation dans l'immatriculation des sociétés. Au moment de ce communiqué de presse seulement 17 des États membres proposaient la dématérialisation intégrale de l'immatriculation des sociétés. Pourtant, comme précise la Commission, l'aboutissement d'une telle facilité fera gagner entre 42 et 84 millions d'euros par an pour les entreprises de l'UE.

¹¹⁴⁰ CJUE, 25 oct. 2017, *Polbud*, *supra*.

¹¹⁴¹ DALMAU R., MENJUCQ M., *La désactivation de la norme nationale par la Cour de justice de l'Union européenne. Le droit de la fiscalité des sociétés à l'épreuve de la libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement*, Paris, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc », 2018, p. 270.

s'achèvera que par l'aplanissement des divergences ainsi que l'octroi de garanties aux États sur certaines questions. Dans cette optique, la question de la fiscalité a ceci de spécifique qu'elle ne trouve pour l'instant pas un bon rapport avec la souveraineté des États. Dès lors que « *States differently, in degree of economic integration, including tax harmonization, required to create an economic union can be achieved only in federal system* »¹¹⁴², il est donc indispensable que les obstacles, tant politiques qu'économiques, soient franchis afin d'octroyer à l'Union une véritable harmonisation fiscale et du droit des sociétés.

683. Ce positionnement évolutif de la Cour de justice constitue une avancée, du moins une appréciation moins libérale de la notion de liberté d'établissement. En effet, passe-t-on d'une appréciation libérale de la notion opposable aux États à une interprétation d'ordre public des articles 49 et 54 du TFUE vis-à-vis des entreprises, notamment les multinationales. Les nombreux travaux réalisés sur le sujet¹¹⁴³ ainsi que la nature même de la régulation économique des entreprises ont conduit à privilégier la prééminence du siège « réel » sur le siège statutaire. C'est ainsi également, suite à de nombreux cas montrant sa fébrilité, la notion d'établissement stable va devoir être substituée par l'établissement réel¹¹⁴⁴.

c- Liberté d'établissement et pluralité de sièges sociaux

684. Si l'article 54 du TFUE n'a pas précisé la portée exacte de la liberté d'établissement, la jurisprudence successive de la Cour de justice quant à elle s'est révélée « *favorable à la mobilité européenne des sociétés, sans toutefois dénier toute marge de manœuvre aux États* »¹¹⁴⁵. Le principe gouvernant la liberté d'établissement a été rappelé par l'arrêt *Polbud*¹¹⁴⁶. Il résulte de cette jurisprudence et d'autres, intervenues postérieurement, que les États membres ne peuvent pas imposer une obligation de liquidation aux sociétés qui souhaitent transférer leur

¹¹⁴² MCLURE Jr. C. E., « The long Shadow of History : Sovereignty, Tax Assignment, Legislation, and Decisions on Corporate Income Tax in the US and the UE », in AVI-YONAH R. S., HINES Jr J. R., LANG M. (dir.), *Comparative Fiscal Federalism*, Kluwer, Ecotax series on European Taxation, vol. 14, p. 147.

¹¹⁴³ Cf. AZENCOT M., *Le transfert international du siège social*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011, 424 p. ; YOUBO L. B. S., *La Lex societatis en droit international des affaires*, thèse, Université de Bordeaux, 2015, 553 p.

¹¹⁴⁴ Cf. dans ce sens : AZENCOT M., *Le transfert international du siège social*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011, 424 p. ; YOUBO L. B. S., *La Lex societatis en droit international des affaires*, thèse, Université de Bordeaux, 2015, 554 p.

¹¹⁴⁵ Cf. CJUE, 12 juill. 2012, *Vale*, *supra* ; CJUE, 25 oct. 2017, *Polbud*, *supra* ; CJUE, 10 mars 2011, *Centros*, *supra*.

¹¹⁴⁶ CJUE, 25 oct. 2017, *Polbud*, *supra*.

siège statutaire dans un autre État membre¹¹⁴⁷. C'est l'un des nombreux ordres publics européens qui s'imposent aux États.

685. Dans l'affaire *Royal Bank of Scotland*¹¹⁴⁸, la jurisprudence affirme, s'appuyant dans ce sens sur l'article 58 du Traité de Rome, que la liberté d'établissement comporte, pour les sociétés ayant leur siège, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté européenne, le droit d'exercer leurs activités dans un autre État membre par l'intermédiaire d'une succursale ou d'une agence. Admettre que l'État puisse appliquer un traitement différent en se fondant sur le critère relatif au lieu de situation du siège violerait cette disposition de son contenu, d'autant plus qu'il n'existe aucune différence objective de situation entre les sociétés ayant leur siège dans l'État membre et celles dont le siège se trouve dans un autre État membre. Par exemple, une législation qui prévoirait un taux d'imposition plus élevé pour les premières que pour les secondes porterait atteinte à la liberté d'établissement. La Cour a pu préciser que les articles 49 et 54 TFUE s'opposent à ce qu'une législation d'un État membre se fonde sur la répartition d'un impôt très progressif en fonction du chiffre d'affaires des entreprises. Cela est contraire à la liberté d'établissement dès lors que les assujetties appartenant à un groupe de sociétés et relevant de la plus haute tranche de l'impôt spécial sont liées, dans la plupart des cas, à des sociétés ayant leur siège dans un autre État membre¹¹⁴⁹.

686. L'exorbitance du pouvoir du régulateur n'est pas non plus sacrifié, y compris face à la liberté d'établissement. Dans l'affaire *Onix*¹¹⁵⁰, lorsque la question de l'honorabilité d'un dirigeant d'une entreprise d'assurance qui a tenté d'instrumentaliser ce principe s'est posée, la Cour a su, en adoptant une décision qualifiée à la fois de « *créative et équilibrée* »¹¹⁵¹, préserver le pouvoir du régulateur en indiquant que l'agrément dans le pays d'origine n'empêche pas le

¹¹⁴⁷ La Cour rappelle qu'il est interdit aux États membres d'imposer une obligation de liquidation aux sociétés qui souhaitent transférer leur siège statutaire dans un autre État membre. Cf. CJUE, 25 oct. 2017, *Polbud*, *supra*.

¹¹⁴⁸ CJCE., 29 avr. 1999, *Royal Bank of Scotland plc*, aff. n°-311/97.

¹¹⁴⁹ CJUE, 5 févr. 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft c./ Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága*, aff. C-385/12, *Réc. num.* 2014, 47, pt. 45.

¹¹⁵⁰ Au point 4 portant sur la délivrance de l'agrément, la Cour indique que lorsque l'autorité de l'État d'origine ne prend pas de mesures ou lorsque celles-ci se révèlent inadéquates ; lorsque les irrégularités commises peuvent porter préjudice à l'intérêt général, ou lorsqu'il y a urgence à protéger les intérêts des assurés et des autres personnes ayant droit à des prestations d'assurance, l'[IVASS] peut adopter à l'égard de l'entreprise d'assurance, après en avoir informé l'autorité de contrôle de l'État membre d'origine, les mesures nécessaires, y compris l'interdiction de conclure de nouveaux contrats d'assurance en régime d'établissement ou de libre prestation de services. Cf. CJUE, 27 avr. 2017, *Onix Asigurări SA c./ Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni*, aff. C-559/15, *Réc. num.* 2017, 316.

¹¹⁵¹ BOUTHINON-DUMAS H., DO CARMO SILVA J.-M., « L'articulation des pouvoirs du régulateur de l'État d'origine et du régulateur de l'État d'accueil dans le secteur financier », *RTD eur.*, 2018, n° 303.

régulateur du pays d'accueil d'imposer des restrictions lorsque l'entreprise a manqué à son honorabilité et en cas d'urgence.

d- Double mutation de la notion de siège réel tant en droit national qu'europpéen

687. L'arrêt *Holto LTD*¹¹⁵² s'est confronté à la situation du siège réel lorsqu'en l'espèce la société a voulu transférer son siège de la Grande Bretagne à la ville autrichienne de Salzburg. L'Autorité du registre de commerce autrichien estime, après avoir posé une question préjudicielle à la Cour de justice sur la suffisance d'une succursale comme « *siège effectif* », qu'une société n'acquiert la qualité de personne morale et la capacité juridique y afférente qu'à partir de son immatriculation au registre de commerce autrichien des sociétés¹¹⁵³. L'autorisation d'y installer une succursale n'est donc pas suffisante. L'interprétation ondoyante faite par la Cour sur le siège réel se trouve cependant limitée lorsque la notion de siège réel est confrontée à la liberté d'établissement. En effet, dans l'arrêt *Uberseering*¹¹⁵⁴, elle considère que bien qu'il soit donné aux États la liberté d'élaborer leur droit national des sociétés, ils sont « *obligés de permettre l'exercice effectif de la liberté d'établissement [qui] peut en pratique faire obstacle à l'application de certaines dispositions nationales* »¹¹⁵⁵. La Cour réitère ainsi la volonté de construction et d'harmonisation du droit commun des sociétés. Une telle position s'est accentuée lorsqu'elle affirme que « *représentaient des restrictions inadmissibles* »¹¹⁵⁶ à la liberté d'établissement, le fait pour un État membre d'immatriculer une société européenne en tant que « *société étrangère de pure forme* »¹¹⁵⁷. La liberté d'établissement constitue ainsi une expression de l'ordre public économique européen sur lequel veille strictement la Cour de justice de l'Union européenne.

e- Liberté d'établissement et exigibilité fiscale

688. La CJUE a apporté des précisions quant à l'application de l'article 63 TFUE interdisant les restrictions de paiements entre États membres. Elle a ainsi considéré que des dividendes versés par des sociétés établies dans un État membre de l'Union au profit d'un fonds d'investissement établi dans un État tiers ne font pas l'objet d'une exonération fiscale, alors que

¹¹⁵² CJCE, 22 janv. 2002, *Holto LTD*, aff. C-447/00, *Rec.*, 2002, p. I-735.

¹¹⁵³ MUSTAKI G., ENGAMMARE V., *Droit européen des sociétés*, Paris, LGDJ, Paris, 2009, p. 88.

¹¹⁵⁴ CJCE, 5 nov. 2002, *Uberseering*, aff. C-208/00.

¹¹⁵⁵ MUSTAKI G., ENGAMMARE V., *Droit européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 89.

¹¹⁵⁶ CJCE, 30 sept. 2003, *Kamer von Koophandel c./Inspire Art Ltd*, *supra*. Cf. aussi MUSTAKI G., ENGAMMARE V., *Droit européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 90.

¹¹⁵⁷ L'autorité d'immatriculation des sociétés des Pays-Bas voulait imposer de tels termes à une société anglaise présente dans le pays par l'intermédiaire d'une succursale.

l'inverse est tout à fait envisageable. Elle précise néanmoins que les articles 63 et 65 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation fiscale d'un État membre, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle ne peuvent bénéficier d'une exonération fiscale, les dividendes versés par des sociétés établies dans cet État membre au profit d'un fonds d'investissement situé dans un État tiers. Pour autant qu'une obligation conventionnelle d'assistance administrative mutuelle permette aux autorités fiscales nationales de vérifier que les renseignements éventuellement transmis par le fonds d'investissement existent entre cet État membre et l'État tiers en cause¹¹⁵⁸. Est donc discriminatoire une législation qui soumet les sociétés étrangères à un taux d'imposition plus élevé que les sociétés nationales¹¹⁵⁹. Le juge est néanmoins moins ambigu quand l'une des sociétés a son siège social dans l'un des États membres¹¹⁶⁰. Il considère contraire au principe de liberté d'établissement, la réglementation nationale qui s'oppose à ce qu'un établissement stable situé en Allemagne et exploité par une société de capitaux ayant son siège dans un autre État membre bénéficie d'avantages fiscaux dans les mêmes conditions que celles applicables aux sociétés de capitaux ayant leur siège en Allemagne¹¹⁶¹. Une telle position s'inscrit dans un courant jurisprudentiel constant et vise à supprimer tous les reliquats de discriminations faisant obstacles au

¹¹⁵⁸ En l'espèce, un fonds d'investissement dont le siège se situe sur le territoire des États-Unis et dont l'activité consiste notamment à prendre des participations dans des sociétés polonaises, a sollicité de l'administration fiscale polonaise le remboursement d'un trop-perçu de l'impôt forfaitaire sur les sociétés ayant grevé, à hauteur de 15 %, les dividendes qui lui avaient été versés par ces sociétés établies en Pologne. Le requérant au principal estimait qu'il était fondé à obtenir ce remboursement sur la base de l'article 22, paragraphe 1, de la loi relative à l'impôt des sociétés, lu en combinaison avec l'article 11, paragraphe 2, sous b), de la convention préventive de la double imposition. Cf. CJUE, 10 avr. 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, aff. n° C-190/12, *Réc. num.* 2014, 249.

¹¹⁵⁹ CJCE, 29 avr. 1999, *Royal Bank of Scotland plc*, aff. C-311/97. Documentation administrative de base 4 H 5411, nos 56 à 64, cité dans *Les nouvelles fiscales*, n° 814, 15 déc. 1999.

¹¹⁶⁰ CJCE, 10 juill. 1986, *D. H. M. Segers c./Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank-en Verzekeringwezen*, *supra* ; CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.*, 1999, p. I-01459 ; CJCE, Plén., 14 sept. 1999, *Frans Gschwind et Finanzamt Aachen-Aussenstadt*, aff. C-391/97, *Rec.*, 1999, p. I. ; *Les Nouvelles Fiscales*, n° 814, p. 13.

¹¹⁶¹ Les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont supprimées. Cette suppression s'étend aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un autre État membre (art. 52 du traité de Rome). Une société française exploitait un établissement stable en Allemagne qui détenait lui-même des participations dans des sociétés situées aux États-Unis et en Allemagne. Les revenus de ces participations avaient été, conformément au droit fiscal allemand, directement attribués à l'établissement stable situé sur le territoire national. L'Administration nationale avait dénié à l'établissement stable le droit de bénéficier d'avantages fiscaux dont bénéficiaient les sociétés ayant leur siège en Allemagne, à savoir : l'exonération de l'impôt sur les sociétés pour les dividendes reçus de sociétés établies dans des pays liés par une convention fiscale, l'imputation, sur l'impôt allemand sur les sociétés, de l'impôt prélevé dans un État autre que l'Allemagne sur les bénéfices d'une filiale qui y est établie, et, enfin, l'exonération de l'impôt sur la fortune pour les participations dans des sociétés établies dans des pays tiers. Saisie d'une question préjudicielle, la CJCE affirme que constitue une discrimination la réglementation nationale qui s'oppose à ce qu'un établissement stable situé en Allemagne et exploité par une société de capitaux ayant son siège dans un autre État membre bénéficie des mêmes avantages fiscaux qu'une société allemande placée dans la même situation. Cf. CJCE., 21 sept. 1999, *Compagnie de Saint-Gobain c./Finanzamt Aachen-Innenstadt*, aff. C-307/97, *Rec.*, 1999, p. 6161.

parachèvement du marché commun¹¹⁶². Là encore, le critère de différence objective de situation est opérant et pourrait en soi justifier une législation imposant un traitement différent entre nationaux et ressortissants des autres États membres.

f- L'apport de certaines directives à l'effectivité de la liberté d'établissement

689. La Directive 2018/0114 modifiant la Directive UE 2017/1132 et portant sur les transformations, fusions et scissions transfrontalières¹¹⁶³ insiste particulièrement, reprenant ainsi la formulation de la 14^{ème} Directive droit des sociétés, sur la transformation transfrontalière qui se définit comme une solution efficiente offerte « *aux sociétés qui souhaitent s'implanter dans un autre État membre sans perdre leur personnalité juridique ou sans devoir renégocier leurs contrats commerciaux* »¹¹⁶⁴. Une telle solution est singulièrement importante, spécialement pour les PME, en ce sens que la transformation transfrontalière leur permet de transférer le siège social d'un État membre à un autre sans perdre leur personnalité juridique¹¹⁶⁵. La proposition de directive définit ainsi les scissions transfrontalières comme celles qui « *offrent aux sociétés une possibilité de modifier ou de simplifier leur structure organisationnelle, de s'adapter à l'évolution des conditions du marché et de saisir de nouvelles opportunités commerciales dans un autre État membre* »¹¹⁶⁶. Le parachèvement de la prééminence de la liberté d'établissement a été consacré par l'arrêt *Polbud* par lequel la CJUE considère qu'au nom de celle-ci, une entreprise peut transférer son siège statutaire dans un autre État membre sans nécessairement y transférer son siège réel « *alors même qu'elle n'y exerce aucune activité économique* »¹¹⁶⁷. Les auteurs de la proposition de directive rappellent

¹¹⁶² CJCE, 29 avr. 1999, *Royal Bank of Scotland plc*, *supra*.

¹¹⁶³ D'emblée, la proposition indique la nécessité de concilier épanouissement des entreprises et protection des valeurs non-économiques. Elle indique que l'économie de l'UE a besoin d'entreprises en bonne santé et prospères, qui soient en mesure d'exercer aisément leur activité dans le marché unique. Les entreprises qui se portent bien jouent en effet un rôle crucial, parce qu'elles stimulent la croissance économique, créent des emplois et attirent les investisseurs dans l'Union européenne. Elles contribuent à créer plus de valeur économique et sociale pour la société dans son ensemble. Mais pour ce faire, les entreprises doivent pouvoir opérer dans un environnement juridique et administratif qui soit à la fois à la fois propice à la croissance et adapté aux nouveaux défis économiques et sociaux de la mondialisation et de la numérisation, tout en poursuivant d'autres intérêts publics légitimes, tels que protéger les salariés, les créanciers et les actionnaires minoritaires et armer les autorités de toutes les garanties nécessaires pour combattre la fraude et les abus.

¹¹⁶⁴ Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive UE 2017/1132, portant sur les transformations, fusions et scissions transfrontalières des sociétés*, Communication de la Commission du 25 avr. 2018, préc. p. 2.

¹¹⁶⁵ La CJUE confirme et consacre à plusieurs reprises une telle solution à travers les arrêts : CJUE, 16 déc. 2008, *Cartesio* et CJUE, 16 juill. 2012, *Vale*, *supra*.

¹¹⁶⁶ Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive UE 2017/1132, portant sur les transformations, fusions et scissions transfrontalières des sociétés*, Communication de la Commission du 25 avr. 2018, préc. p. 7 et 8.

¹¹⁶⁷ CJUE, 25 oct. 2017, *Polbud*, *supra*.

l'importance de la liberté d'établissement dans la construction du marché européen. Soulignent-ils en effet que celle-ci joue un rôle capital dans le développement du marché unique car elle permet aux entreprises de mener des activités économiques dans d'autres États membres sur une base stable.

690. Pour favoriser la mobilité transfrontalière des entreprises dans l'UE, il est essentiel de tenir compte de leurs besoins et de leurs caractéristiques. Même si cela ne doit pas se solder par « *des montages artificiels dans un but d'évasion fiscale ou d'autres pratiques peu scrupuleuses* »¹¹⁶⁸. Faut-il rappeler que l'Union européenne compte environ 24 millions d'entreprises, dont à peu près 80 % de sociétés de capitaux, quelques 98 à 99 % d'entre elles étant des PME. Une harmonisation effective permettrait donc de répondre aux problématiques certes en partie résolues dans certains États mais toujours en vigueur dans d'autres et touchant le cœur de la disparité législative en droit européen des sociétés. Ainsi, en 2005, dans l'affaire *SEVIC*¹¹⁶⁹, la Cour de justice considérait que la différence de traitement, telle qu'elle est instituée par le droit allemand, interdisant une fusion entre une société allemande et une société néerlandaise, constitue une restriction au sens des articles 43 et 48 CE, laquelle différence est contraire au droit d'établissement et ne saurait être admise que si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le Traité et doit être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général¹¹⁷⁰. On voit bien qu'une fermeté jurisprudentielle absolue est difficilement atteignable tant les disparités entre les États membres sont visibles. Sachant que l'argument de l'intérêt général est difficile à contrecarrer. C'est une réalité avec laquelle la volonté d'harmonisation continue de composer.

691. La Directive 2010/13/UE du 10 mars 2010, relative au service des médias audiovisuels constitue l'autre ancrage de la liberté d'établissement¹¹⁷¹. Ses dispositions restituent avec une certaine acuité la diversité de transposition de la liberté d'établissement dans les différents États membres. L'article 2 dispose, conciliant ainsi liberté de la presse et respect des divers ordres

¹¹⁶⁸ TIMMERMANS F., Communiqué de presse « la Commission européenne propose de nouvelles règles pour aider les entreprises à traverser les frontières et à trouver des solutions en ligne », Bruxelles, 25 avr. 2018, IP/18/3508.

¹¹⁶⁹ CJCE, 13 déc. 2005, *CEVIC*, aff. C-411/03, *Rec.*, 2005, p. I-10805.

¹¹⁷⁰ Point 23 de l'arrêt précité. La Cour rajoute qu'il appartient au juge national de s'assurer que la réalisation de l'objectif spécifique ainsi poursuivi dans la limitation de la liberté d'établissement n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre celui-ci et ce conformément aux arrêts du 21 nov. 2002, *X et Y*, C-436/00, *Rec.*, 2002, p. I-10829, pt. 49 ; CJCE, 11 mars 2004, *De Lasteyrie du Saillant*, aff. C-9/02, *Rec.*, 2004, p. I-2409, point 49.

¹¹⁷¹ Visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels « Directive Services de médias audiovisuels » notamment en ces articles 2, 3 et 28 bis.

publics, que « *chaque État membre veille à ce que tous les services de médias audiovisuels diffusés par des fournisseurs de services de médias relevant de sa compétence respectent les règles du droit applicable aux services de médias audiovisuels destinés au public dans cet État membre* ». Donc le respect de la liberté d'établissement et la préservation de la diversité des ordres publics doivent être consubstantiels dans la mesure où, comme l'indique l'article 3 de la Directive, les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire de services de médias audiovisuels en provenance d'autres États membres pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la présente directive.

g- Nécessité d'une harmonisation européenne du droit des sociétés

692. Le droit européen des sociétés, tout comme le droit fiscal, doit pouvoir s'harmoniser pour être davantage conforme à la philosophie du marché commun. La liberté d'établissement étant étroitement liée au droit des sociétés, il est primordial que les entreprises puissent être amenées à se conformer aux mêmes règles sur le plan européen. Ceci permettrait de mettre fin à l'instrumentalisation d'un tel droit. D'autant plus que, contrairement à ce qu'on pourrait croire, la disparité des règles régissant l'établissement des sociétés en droit communautaire ne favorise pas les États. Certains pays nordiques offrant souvent des législations permissives, avec des exonérations fiscales attractives, qui peuvent aboutir à une instrumentalisation dudit droit et une concurrence déloyale. Une telle concurrence porte atteinte non seulement au traitement équitable réservé aux autres entreprises mais s'avère aussi condamnable en ceci qu'elle prive les États-et donc les citoyens européens- d'une partie de ce que les entreprises doivent à la société. La Commission souligne dans ce sens que « *les États membres suivent des approches très différentes, auxquelles ils sont très attachés et qu'ils ne souhaitent pas abandonner rien qu'au nom de l'harmonisation. Il est vrai que les États membres ont, pendant très longtemps, bénéficié d'une autonomie législative dans le domaine du droit des sociétés, et il est compréhensible qu'ils soient quelque peu réticents à l'abandonner* »¹¹⁷².

693. La jurisprudence de son côté ne bouscule pas trop les États sur ces questions-là. D'autant plus qu'une harmonisation du droit des sociétés peut avoir une incidence sur des questions de souveraineté telles que celle de l'impôt¹¹⁷³. Une telle réticence est certainement due à

¹¹⁷² BALLESTE B., DEL MONTE M., « Évaluation de la valeur ajoutée européenne. Directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire d'une société (14e directive sur le droit des sociétés) », art. cit., p. 23.

¹¹⁷³ Dans l'affaire CJUE, 25 spt. 1988, *Daily Mail*, *supra*, la société envisageait de transférer son siège de direction, pour des raisons fiscales, au Pays-Bas. Ce à quoi s'oppose tout naturellement la Grande Bretagne, pays de constitution et de siège social de la société.

l'inexistence, en tant que tel et dans une monture suffisamment harmonisée, d'un droit européen de sociétés. Dans l'arrêt *Daily mail* précité, la Cour de justice indique à ce sujet que « *les sociétés n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement* »¹¹⁷⁴. Depuis 1998, l'année à laquelle cet arrêt fut rendu, d'énormes efforts pour l'harmonisation du droit européen ont été déployés, mais étant donné que la question sous-jacente du droit des sociétés, c'est-à-dire la question fiscale, est d'ordre régalién, il n'est pas évident d'avoir des résultats rapides et probants. Pour certains auteurs, la Cour de justice ne fait que souligner « *le profond ancrage des sociétés au droit national des pays membres, même si elles exercent des activités à l'échelon communautaire* »¹¹⁷⁵. L'harmonisation du droit des sociétés au sein du marché commun est tellement rude qu'elle est parfois comparée à la mythologie de l'errance. Le combat de la Commission pour une avancée dans ce sens est comparé « *au long voyage d'Ulysse à Ithaque* »¹¹⁷⁶. Le processus du Brexit n'est certainement pas de nature à réduire une telle disparité.

h- L'intérêt d'une harmonisation de la transformation transfrontalière des entreprises pour l'ordre public économique européen.

694. Ainsi qu'il ressort de l'arrêt *Polbud* et de la proposition de directive sur les transformations frontalières¹¹⁷⁷, la CJUE démontre son ouverture pour une meilleure harmonisation au niveau européen. Mais nul n'ignore que la Cour de justice n'est pas un législateur, surtout pas en droit national. Même si par ses arrêts, elle peut bousculer les conservatismes, il appartient aux États, au regard du droit positif, d'élaborer leur droit des sociétés. Les instances européennes ne cessent d'encourager l'harmonisation¹¹⁷⁸ dans la mesure

¹¹⁷⁴ CJUE, 25 sept. 1988, *Daily mail*, *supra*, pt. 19.

¹¹⁷⁵ MUSTAKI G., ENGAMMARE V., *Droit européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 85.

¹¹⁷⁶ CONAC P.-H., « Le retour du courage politique à Bruxelles : l'Odyssée du "Paquet Droit des sociétés" de 2018 », *Rev. sociétés*, 2019, p. 7.

¹¹⁷⁷ La proposition indique ainsi qu'en « *l'absence d'harmonisation européenne sur les transformations transfrontalières, les législations nationales peuvent toujours fixer les règles de procédure à suivre ainsi que les règles destinées à protéger les actionnaires minoritaires, les créanciers ou les travailleurs, ou les règles visant à lutter contre des abus fiscaux ou autres dans le cas de la transformation transfrontalière d'une société* ». p. 3.

¹¹⁷⁸ Cf. Résolution n° 2016/2065(INI) du Parlement européen du 13 juin 2017 sur la conduite des fusions et scissions transfrontières, *JOUE*, n° C 331/25 du 18 sept. 2018; Résolution n° 2008/2196(INI), du Parlement européen du 10 mars 2009 contenant des recommandations à la Commission concernant le transfert transfrontalier du siège social d'une société *JOUE*, n° C 87 E/5 du 1^{er} avr. 2010 ; Résolution n° 2011/2046 (INI) du Parlement européen du 2 févr. 2012 contenant des recommandations à la Commission sur une 14^e directive sur le droit des sociétés relative au transfert transfrontalier du siège statutaire, *JOUE*, n° C 239 E/18 du 28 août 2013. Sans méconnaître l'effet positif considérable de la Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 oct. 2005 (*JOUE* n° L 310 du 25 nov. 2005), abrogée et remplacée le 19 juill. 2017 par la Directive UE 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017, relative à certains aspects du droit des sociétés, notamment en son volet fusion transfrontalières, *JOUE*, n° L 169/46 du 30 juin 2017. La proposition de directive souligne que le nombre de fusions transfrontalières a augmenté de 173 % entre 2008 et 2012 démontrant ainsi la vigueur d'une harmonisation possible. Mais d'un point de vue régulation économique, il est important de voir ces fusions

où celle-ci demeure la seule garantie d'un marché unique dynamique et dont la puissance serait capable de s'exprimer dans la mondialisation économique. La doctrine partage cette préoccupation de la Cour. S'agissant, à titre d'exemple du transfert du siège d'un État membre à un autre, celui-ci ne peut « *devenir une réalité communautaire qu'au prix d'une harmonisation efficace des questions juridiques liées à la modification de la loi applicable à la société dans les différents cas de figures envisageables* »¹¹⁷⁹. En outre, l'absence de cadre adéquat à « *l'intensification de l'activité économique* »¹¹⁸⁰ restitue également la nécessité d'une telle harmonisation au profit des PME notamment.

695. En conséquence, une harmonisation du droit des sociétés, plus spécialement la transformation transfrontalière, permettrait sans doute une meilleure mise en œuvre de l'ordre public économique européen en ce sens qu'il serait plus loisible de lutter contre les évasions fiscales, l'instrumentalisation de la disparité législative entre les États ainsi que l'amélioration du travail déjà complexe des autorités de régulation.

2- L'ordre public économique européen face au monopole des entreprises cruciales

696. Une entreprise cruciale est celle « *dont la présence est requise pour que l'espace fonctionne comme il convient qu'il fonctionne* »¹¹⁸¹. Lorsqu'une entreprise devient incontournable dans le fonctionnement d'un marché en raison de son monopole d'un des éléments indispensables de celui-ci, elle est alors cruciale. À un tel niveau d'importance, l'abus de domination ou dépendance économique n'est la résultante d'aucun effort spécifique pour l'entreprise concernée, c'est plutôt un de ses comportements « normaux ». À ce stade, il appartient au régulateur de lui fixer des limites et au juge de porter légitimement atteinte à sa liberté de disposer de sa position dominante afin que l'équilibre du marché soit protégé¹¹⁸².

transfrontalières comme des domaines à surveiller par les autorités de régulation pour éviter toute pratique anticoncurrentielle.

¹¹⁷⁹ MUSTAKI G., ENGAMMARE V., *Droit européen des sociétés*, op. cit., p. 99.

¹¹⁸⁰ La Commission réitère ainsi des préoccupations déjà soulevées en 2015 dans la Stratégie pour le marché unique. Cf. Commission européenne, *Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises*, Communication de la Commission n° COM (2015) 550 final, au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 28 oct. 2015. Disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/FR/1-2015-550-FR-F1-1.PDF>. (Consulté le 10/03/2018). Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive UE 2017/1132, portant sur les transformations, fusions et scissions transfrontalières des sociétés*, Communication de la Commission du 25 avr. 2018, préc., p. 1.

¹¹⁸¹ FRISON-ROCHE M.-A., « Réguler les entreprises cruciales », *Dalloz chron.*, 2014, p. 1556-1563, spéc. p. 1560.

¹¹⁸² Cf. JEAUNEAU A., *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, Paris, LGDJ, 2018, 450 p.

697. La montée en puissance des acteurs du numérique constitue une des mutations les plus poussées de la théorie des facilités essentielles. Cette infrastructure immatérielle mais essentielle se manifeste dans le domaine de la publicité en ligne, du référencement, du déréférencement ou encore la vente en ligne tels qu'ils sont détenus et octroyés par les entreprises qui en ont le monopole **(a)**. Dès lors que l'accès et l'utilisation des données personnelles doivent obéir au respect strict de la vie privée et se conformer au droit à l'oubli **(b)**, l'on comprend mieux à quel point les données personnelles sont devenues essentielles. Leur gestion par des acteurs dont la motivation par le profit peut mettre en mal certaines valeurs non-économiques, tout aussi essentielles, s'avère très sensible **(c)**. Raison pour laquelle, l'identification du pouvoir administratif exorbitant, somme toute nécessaire, de la Commission européenne et les autorités nationales de régulation face aux monopoles de certains géants de l'économie numérique, restitue avec véhémence une telle mutation. Ces autorités ont d'ailleurs été considérablement renforcées par le Règlement général sur la protection de données, (ci-après RGPD) **(d)**.

a- L'ordre public économique face au monopole des géants du référencement

698. Le monopole des référencements constitue aussi un des domaines où l'effectivité du pouvoir administratif exorbitant est le plus requise *(a-1)*, d'autant plus que la publicité en ligne est devenue une question centrale de la loyauté de la concurrence *(a-2)*.

a-1-Monopole de référencement et libre jeu de la concurrence : terrain fertile du pouvoir administratif exorbitant

699. La théorie des infrastructures essentielles n'est pas exclusive au secteur du rail ou de la téléphonie mobile. Il y a une mutation profonde de l'infrastructure essentielle. On peut la retrouver aussi bien dans le domaine de référencement que dans celui du tronc commun de distribution de la presse. Appelée aussi facilité essentielle, la notion d'infrastructure essentielle repose, selon la Cour de cassation, « *sur l'idée que celui qui, en situation de monopole ou de domination sur un marché, détient une infrastructure essentielle, non reproductible dans des conditions économiques raisonnables, ressource sans laquelle des concurrents ne pourraient servir leurs clients ou exercer leur activité, peut être contraint de permettre à ses concurrents d'accéder à cette ressource, afin de protéger le jeu de la concurrence sur un marché aval,*

amont ou complémentaire »¹¹⁸³. Ainsi, ne justifie pas sa décision la cour d'appel qui, pour rejeter le recours formé contre une décision du Conseil de la concurrence enjoignant à titre conservatoire à une entreprise de presse d'accorder à une entreprise concurrente un accès direct au tronc commun du logiciel qu'elle exploite, retient que le tronc commun constitue pour la distribution de la presse au numéro une infrastructure essentielle sans établir que ce concurrent ne peut mettre en œuvre de solutions alternatives économiquement raisonnables¹¹⁸⁴. La protection de la concurrence demeure donc un des motifs sur le fondement desquels le juge peut porter atteinte à la propriété exclusive d'une infrastructure essentielle. La Cour de justice de l'Union européenne a réitéré une telle position dans l'affaire *Oscar Bronner c./ Mediaprint*¹¹⁸⁵. L'infrastructure essentielle est si diverse qu'elle peut aller d'une hélistation¹¹⁸⁶ à, comme le confirme l'arrêt *Magill*, une grille de programmation télévisuelle¹¹⁸⁷.

700. Si l'Internet est d'accès libre, le référencement et les algorithmes de recherches n'en sont pas moins difficiles à développer. Ce pour deux raisons principalement. D'une part, la mise en place des algorithmes coûte cher, mais d'autre part l'existence des géants qui monopolisent le secteur ne facilite pas non plus l'accès et l'exploitation par de nouveaux arrivants. Cette difficulté matérielle d'accès des nouveaux concurrents n'est pas l'unique préoccupation des régulateurs économiques. Cette facilité essentielle demeure toujours importante mais l'usage abusif des monopoles par les géants de l'Internet s'avère encore plus préoccupante. Il faut néanmoins souligner que le monopole du référencement lié à l'usage d'internet et à la détention des microprocesseurs n'est pas un domaine où il suffit d'ouvrir l'accès aux concurrents pour que la concurrence y soit. Le monopole de l'infrastructure essentielle est déterminant. Il incombe donc au régulateur de veiller à l'usage raisonné de ces monopoles surtout lorsqu'ils touchent les données personnelles des consommateurs et des citoyens.

a-2- La publicité en ligne comme enjeu central de la protection de la concurrence

701. Le référencement est étroitement lié à la publicité permettant de toucher le plus de consommateurs. Celle-ci a pris une place prépondérante dans la compétition entre les entreprises. Même si l'ADLC considère qu'elle « *n'a pas pour objet principal de développer*

¹¹⁸³ Cour de cassation, *L'innovation technologique*, Rapport annuel 2005, 539 p, spéc. p. 84 et s.

¹¹⁸⁴ Cass. com., 12 juill. 2005, *Sté. Messageries lyonnaises de Presse (MLP)*, n° 04-12.388.

¹¹⁸⁵ CJCE, 26 nov. 1998, *Oscar Bronner/ Mediaprint*, aff. C-07/97, *Rec.*, 1998, p. I-07791.

¹¹⁸⁶ Cass., com., 9 sept. 1997, Cass., Com., 9 sept. 1997, *Sté. Héli-Inter Assistance*, n° 97-20.199, allant dans le sens de la décision du Conseil de la concurrence. Cf. décis. n° 96-D-51 du 3 sept. 1996, *relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance*, non-publiée au BOCCRF.

¹¹⁸⁷ CJCE, 6 avr. 1995, *Magill*, aff. C-241/91 et C-242/91, *Rec.*, 1995, p. I-00743.

la notoriété d'une marque, mais d'inciter l'internaute à cliquer sur un lien commercial »¹¹⁸⁸, il n'en reste pas moins que les entreprises y recourent, au-delà de l'incitation à l'achat, afin d'améliorer leur notoriété. Derrière ces entreprises qui monopolisent le marché du référencement, il y a un véritable enjeu d'ordre public économique. Dans l'affaire *Google Adwards*, la jurisprudence européenne a pu considérer que « *le titulaire d'une marque est habilité à interdire à un annonceur de faire, à partir d'un mot-clé identique à ladite marque que cet annonceur a sans le consentement du dit titulaire sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur internet, de la publicité pour des produits et services identiques à ceux pour lesquels ladite marque est enregistrée, lorsque ladite publicité ne permet pas ou permet difficilement à l'internaute de savoir si les produits ou services proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers* »¹¹⁸⁹. Les publicités tendant à la confusion sont celles qui sont ici sanctionnées. Car si des produits concurrents ou alternatifs sont proposés dans le référencement en ligne, le juge semble plus clément. La cour d'appel de Lyon a pu considérer que « *l'usage d'un mot-clé identique à la marque relève, en principe, d'une concurrence saine et loyale dès lors que la publicité propose une alternative aux produits ou services du titulaire de la marque* »¹¹⁹⁰. Une telle position paraît critiquable dans la mesure où la frontière entre la confusion, la concurrence déloyale et l'appréciation de la provenance des produits par le client éventuel n'est pas si tangible¹¹⁹¹. La neutralité de la publicité en ligne pose question au point que certains n'excluent pas que ce soit, en tout cas concernant Google, un « *modèle publicitaire et [de] profilage des internautes* »¹¹⁹².

¹¹⁸⁸ ADLC, décis. n° 19-MC-01 du 31 janv. 2019, *relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus*, pt. 93, non-publiée au *BOCCRF*.

¹¹⁸⁹ CJUE, 23 mars 2010, *Google Adwards*, aff. jntes. C-236/08, C-237/08, C-238/08, *Rec.*, 2010, p. I-02417, pt. 84 à 89 ; Cass. com., 13 juill. 2010, *Google Inc et Google France*, n° 06-20-230. Cf. dans le même sens BONET G., « Publicité sur internet et référencement selon la Cour de justice, contrefaçon de marque ou Directive 2000/31/CE », *Communication commerce électronique*, juin 2010, étude n° 12 ; TARDIEU-GUIGUES E., « Liens commerciaux... un déplacement du problème... » : *RLDI*, juill. 2010, p. 6.

¹¹⁹⁰ CA Lyon, 19 janv. 2012, *SAS SOGELINK c./ SARL SIG-MAGE*, n° 09/07831. Cf. aussi JOLIE S., CHAMINADE M., GREFFE F. *et al.*, « Chronique de jurisprudence », *Gazette du palais*, 2012, n° 243, p. 3. Ces auteurs soulignent notamment que « *les faits étaient antérieurs à la réforme attribuant une compétence exclusive au tribunal de grande instance de Paris en la matière* ». Comme pour dire qu'une telle appréciation n'a pas subsisté à celle ultérieure du Tribunal de grande instance de Paris.

¹¹⁹¹ L'article 5, paragraphe 1, sous a) et sous b) de la première Directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 déc. 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, *JOCE*, n° L40/1 du 11 févr. 1989, doit-il être interprété en ce sens que le prestataire de service de référencement payant qui met à la disposition des annonceurs des mots-clefs reproduisant ou imitant des marques déposées, et organise par le contrat de référencement la création et l'affichage privilégié, à partir de ces mots-clefs, de liens promotionnels vers des sites sur lesquels sont proposés des produits identiques ou similaires à ceux couverts par l'enregistrement de marques, fait un usage de ces marques que son titulaire est habilité à interdire. Cf. aussi la demande de décision préjudicielle présentée par la Cour de cassation (France) *Google France/Viaticum, Lutec*, le 3 juin 2008.

¹¹⁹² FOREST D., « Google et 'le droit à l'oubli numérique », *genèse et anatomie d'une chimère juridique*, art. cit., p. 2.

La CNIL a par ailleurs sanctionné Facebook pour les mêmes raisons¹¹⁹³. Au-delà du monopole de référencement, d'autres monopoles proches sont tout aussi surveillés par le régulateur. C'est le cas des monopoles détenus par Microsoft ou Intel dans le domaine des microprocesseurs.

702. L'exorbitance des décisions de la Commission européenne, souvent intégralement confirmées par le Tribunal et la Cour de justice, est telle qu'elle est qualifiée, d'un point de vue américain, d'*Extraterritorial Application of EU Competition Law*¹¹⁹⁴ quand elle sanctionne certaines multinationales européennes¹¹⁹⁵. L'affaire *Schrems* est vue par les Américains comme une décision extraterritoriale dès lors que les entreprises américaines sont obligées de respecter et se conformer à l'ordre public européen¹¹⁹⁶.

703. Dans une récente affaire, la Cour a émis un nouveau motif, non moins original mais tout aussi important eu égard à la position dominante des entreprises : c'est celui de la stratégie mise en place pour contourner les règles de la concurrence. Dans le point 139 de l'affaire *Post Danmark*, elle indique, au-delà du fait d'être tenue d'analyser l'importance de la position dominante, que le taux de couverture du marché par la pratique concernée ainsi que les conditions et les modalités d'octroi des rabais, la Commission est « également tenue d'apprécier l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents »¹¹⁹⁷. Dans un autre volet, touchant à la concurrence, Intel s'est vu reprocher et condamner par la Cour pour l'exploitation abusive de sa position¹¹⁹⁸. Dans cet arrêt, la Cour estime que « le Tribunal a commis une erreur en concluant que, pour établir une infraction à l'article 82 CE et à l'article 54 de l'accord EEE, la capacité à restreindre la concurrence pouvait être appréciée sur la base de considérations abstraites plutôt qu'au vu des effets probables ou réels ». Là aussi, un des géants se heurte au pouvoir administratif exorbitant tel qu'il est identifié et brandi par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

¹¹⁹³ Cf. La décision du 23 mars 2017 au terme de laquelle la Cnil a infligé une amende de 150 000 € à Facebook pour avoir procédé à une combinaison massive des données d'utilisateurs pour des raisons publicitaires, sans avoir informé les internautes de cette collecte, ni les avoir renseignés sur leurs droits.

¹¹⁹⁴ FEVOLA I., « Extraterritorial Application of EU Competition Law », disponible à l'adresse suivante : https://www.academia.edu/28959505/EXTRATERRITORIAL_APPLICATION_OF_EU_COMPETITION_LAW. (Consulté le 25/05/2018).

¹¹⁹⁵ Nous reviendrons sur le cas emblématique de BNP Paribas (cuba) et la rétractation de Total en Iran.

¹¹⁹⁶ Cf. § 718 *infra* consacré à cette affaire.

¹¹⁹⁷ CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark*, *supra*, pt. 29.

¹¹⁹⁸ CJUE, 6 sept. 2017, *Intel Corporation/Commission européenne*, aff. C-413/14 P, *Réc. num.* 2017, 632. Pourvoi formé par *Intel Corporation* le 28 août 2014 contre l'arrêt du Tribunal 12 juin 2014 dans l'affaire T-286/09.

b- Le monopole des entreprises sur les données confronté à la préservation de la vie privée

704. Il va de soi que le monopole des données personnelles a connu une profonde mutation (*b-1*), même s'il faut se réjouir des limitations actionnées par le droit à l'oubli (*b-2*). Mais en dépit de son rôle primordiale dans la protection des données personnelles, le droit à l'oubli, ou tout le moins, ses fondements juridiques ne sont pas exempts de critiques (*b-3*).

b-1- Mutation profonde du monopole des données personnelles

705. Les entreprises ont réussi à ravir aux États le monopole des données personnelles. Si pour la liberté d'entreprendre et la numérisation de l'économie, c'est plutôt une bonne nouvelle il n'en est pas nécessairement le cas pour les personnes dont les données sont destinées, dans certains cas, à des usages auxquels elles n'ont jamais consenti. Les autorités de régulation qui doivent veiller à la préservation des droits fondamentaux des citoyens dans la gestion des données personnelles n'en sont pas moins déstabilisées car n'étant pas toujours en mesure de suivre et d'encadrer la mutation et l'usage fait des données par les plateformes. La double existence du cadre juridique en droit national des États et en droit de l'Union ne suffit pas. Encore faudrait-il qu'il y ait des citoyens assez téméraires pour réclamer un usage qui soit respectueux des droits fondamentaux (vie privée, intimité ou encore la non marchandisation de ces données en l'absence d'un véritable consentement) de leurs données personnelles. Une telle audace revient à mettre à la fois les autorités de régulation et *a posteriori* les juridictions ainsi que les entreprises gestionnaires des données personnelles devant leur responsabilité. Les amener à agir pour davantage ramener la réalité de la vie du numérique au respect du droit.

b-2- La disposition discrétionnaire des données personnelles par les géants du net freinée par le droit à l'oubli

706. Si la protection des données personnelles s'avère éprouvée par le numérique¹¹⁹⁹ il n'en reste pas moins que le caractère exorbitant de l'ordre public numérique marque ses lignes rouges. Au-delà de l'initiative remarquable de Maximilien Schrems ayant, entre autres, abouti à la réforme du droit européen du transfert des données personnelles vers un État tiers, les États-Unis en l'espèce, d'autres citoyens ont pu, avec l'aide, *in fine*, des autorités de régulation et de la Cour de justice, aider à démontrer que les géants du numérique n'échappent pas à la rigueur et à l'exorbitance du droit, et ce malgré l'image « d'intouchables » qu'ils renvoient. La

¹¹⁹⁹ GALUSTIAN G., « La protection des données personnelles à l'épreuve du numérique », *RDP*, n°5, 01 sept., 2018, p.1389.

jurisprudence européenne a montré, par le biais de l'emblématique affaire *Google Spain contre Agencia Española de Protección de Datos et Mario Costeja González*¹²⁰⁰, que la protection des données personnelles ne doit souffrir d'aucune légèreté. En l'espèce, Monsieur Gonzalez demandait à l'Agence espagnole de la protection des données d'exiger de Google le retrait de son nom sur la plateforme ou du moins empêcher l'accès au public à une affaire dont il est pourtant déclaré innocent mais dont l'accessibilité en ligne continuait à nuire à ses affaires et à sa vie privée. Un auteur souligne que « *le contentieux, premier du genre, tient en 36 mots : une annonce parue dans La Vanguardia il y a seize ans, concernant une vente aux enchères immobilière destinée à recouvrer les dettes de Sécurité sociale de son épouse* »¹²⁰¹. L'agence espagnole pose alors à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle sur l'interprétation des articles 2, sous b) et d), 4, paragraphe 1, sous a) et c), 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement¹²⁰² des données à caractère personnel et à leur libre circulation¹²⁰³. La Directive dispose que les États garantissent à la personne concernée de s'opposer à tout moment, pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement, sauf en cas de disposition contraire du droit national. Ce qui était en l'espèce le cas de Monsieur *González*. Se fondant alors sur le droit à l'oubli, qui s'inscrit d'ailleurs dans le sillage sinon dans la suite du droit à la rectification¹²⁰⁴, la Cour approuve l'interprétation de l'Autorité espagnole, qui avait donné une suite favorable à la plainte de Monsieur Gonzalez, de retirer ses données à caractère personnel mais aussi d'empêcher l'accès à celles-ci à l'avenir.

¹²⁰⁰ CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c./Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12, *Réc. num.* 2014, 317.

¹²⁰¹ L'expert judiciaire qu'est Gonzalez souligne la sensibilité de ce droit à l'oubli et son lien avec l'intimité de la vie de tous les jours en ces termes « *à l'époque, je travaillais comme consultant pour des entreprises, mes clients me posaient des questions, [...] Si je n'arrivais pas à résoudre mes propres problèmes, comment pouvais-je m'occuper des leurs ?* ». Cf. NEVEUX C., « Costeja González, l'homme qui a fait plier Google », *JDD*, 6 juill. 2014, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lejdd.fr/Medias/Internet/Mario-Costeja-Gonzalez-l-homme-qui-a-fait-plier-Google-674891>. (Consulté le 10/10/2017).

¹²⁰² Le b de l'article 2 de la Directive définit le traitement comme toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction.

¹²⁰³ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE*, n° L 281/31 du 23 nov. 1995.

¹²⁰⁴ L'alinéa 1-b de l'article 12 de la Directive exige notamment que les États garantissent le droit d'accès lequel emporte le droit à la modification et la rectification des données à caractère personnel.

707. Dans ses considérants, la Cour énonce les droits fondamentaux opposables à tout traitement inapproprié des données personnelles. Elle indique que les systèmes de traitement des données personnelles sont au « *service de l'homme* ». Elle considère en outre que des mises à jour des données doivent être effectuées « *au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, [et en cas de motif valable qu'elles] soient effacées ou rectifiées* ». La Cour, tout en rappelant la nécessité de distinguer un droit fondamental à l'oubli et l'autre droit d'accès à l'information du public notamment pour les personnes dépositaire d'une autorité publique ou ayant joué un rôle justifiant le maintien d'une telle information¹²⁰⁵, décide que Monsieur *González* est fondé à demander le retrait des informations le concernant non seulement sur la plateforme de Google mais également sur les liens renvoyant à une telle information¹²⁰⁶. Le dispositif indique donc que « *les articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 doivent être interprétés en ce sens que, dans le cadre de l'appréciation des conditions d'application de ces dispositions, il convient notamment d'examiner si la personne concernée a un droit à ce que l'information en question relative à sa personne ne soit plus, au stade actuel, liée à son nom par une liste de résultats affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, sans pour autant que la constatation d'un tel droit présuppose que l'inclusion de l'information en question dans cette liste cause un préjudice à cette personne. Cette dernière pouvant, eu égard à ses droits fondamentaux au titre des articles 7 et 8 de la Charte, demander que l'information en question ne soit plus mise à la disposition du grand public du fait de son inclusion dans une telle liste de résultats. Ces droits prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt de ce public à accéder à ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne* »¹²⁰⁷. En réalité, cet arrêt n'est qu'une suite sinon un aboutissement de la protection des données à caractère personnel faite par la jurisprudence européenne. Car la Cour avait déjà considéré que la Directive 95/46

¹²⁰⁵ Cependant, la Cour indique que tel ne serait pas le cas, c'est-à-dire que le droit à l'oubli ne serait pas requis, s'il apparaissait, pour des raisons particulières, telles que le rôle joué par ladite personne dans la vie publique, que l'ingérence dans ses droits fondamentaux est justifiée par l'intérêt prépondérant dudit public à avoir, du fait de cette inclusion, accès à l'information en question.

¹²⁰⁶ Dans un arrêt du 27 nov. 2019, la Cour de cassation a considéré, ce après avoir posé une question préjudicielle à la CJUE, que le droit à l'oubli constitue le principe et que le droit à l'information devient l'exception qui confirme celui-ci. C'est pour dire à quelle point la protection des données personnelles a atteint un niveau de « *fondamentalité* » sans précédent. On l'érige en principe devant un autre droit fondamental, celui de l'accès à l'information. Cf. Cass. 1^{er} civ, 27 nov. 2019, *Google LLC e. a.*, n° 18-14.675 ; CJUE, 24 sept. 2019, *GC, AF, BH, ED c. /CNIL*, aff. C-136/17, *Réc. num.* 2019, 733.

¹²⁰⁷ Dispositif de la décision de la Cour de justice concernant l'affaire *Google Spain*. Cf. CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c./Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, *supra*.

CE, à moins qu'il ne soit démontré qu'une conservation plus longue de cette information constituerait une charge excessive pour le responsable du traitement, impose aux États membres de prévoir un droit d'accès à l'information sur les destinataires ou les catégories de destinataires des données ainsi qu'au contenu de l'information communiquée non seulement pour le présent, mais aussi pour le passé¹²⁰⁸.

b-3- Critique des fondements juridiques du droit à l'oubli numérique.

708. Les fondements juridiques ayant poussé la Cour de justice à autoriser la demande de retrait des données personnelles des plateformes a fait l'objet de vives critiques. En effet, en 2014, la Cour estimait qu'il était fondé pour les citoyens de faire une demande de retrait lorsque les informations les concernant sont « *inexactes, incomplètes, inadéquates, non pertinentes ou excessives* ». Mais aussitôt la question de savoir quelle information est susceptible d'être considérée comme inexacte, impertinente voire excessive s'est posée. Car au-delà du risque d'interdire un abus par un autre abus, la frontière demeure très poreuse. Il y a également la question de la liberté d'expression et d'information, surtout lorsqu'il s'agit de personnes publiques ou des sujets touchant à l'intérêt général. C'est sans doute pour ces raisons que certains ont qualifié la décision résultant de cette affaire *González* « *d'inquiétante* »¹²⁰⁹. À sa décharge, la Cour ne sous-estime nullement l'importance de la liberté d'expression et d'information, c'est simplement une façon de fixer des limites à celle-ci tout en protégeant d'autres libertés aussi fondamentales : la vie privée et la protection de la réputation touchant à la dignité de la personne.

709. Cependant, même le Conseil d'État, après avoir souligné la profondeur de la mutation engendrée par la « *dataïsation* »¹²¹⁰ de la société, dont les conséquences sont, entre autres, la naissance de nouveaux droits comme celui du « *silence des puces* », de « *la déconnexion* » ; réitère que « *le droit à l'oubli* » n'en est pas moins un droit fondamental. Quand bien même la

¹²⁰⁸ CJUE, 7 mai 2009, *Rijkeboer*, aff. C-553/07 *Rec.*, 2009, p. I-03889 ; CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland e.a.*, aff. jntes. C- 293/12 et C-594/12, *Réc. num.* 2014, 238, pt. 52 et 53 sur le caractère fondamental de la protection de la vie privée dont la protection revêt une importance particulière. Cf. aussi les arrêts CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, *Rec.*, 2003, p. I-04989, pt. 70, et CJCE, 06 nov. 2003, *Lindqvist*, *Rec.*, 2003, p. I-12971, pts 97 et 99 ; ainsi que les arrêts : CJCE, 29 janv. 2008, *Promusicae*, C-275/06, *Rec.*, 2008, p. I-271, point 63 et CJCE, 16 déc. 2008, *Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia*, C-73/07, *Rec.*, 2008, p. I-09831, pt. 52.

¹²⁰⁹ UNTERSINGER M., « "Droit à l'oubli" numérique : le Conseil d'État demande une explication de texte à la justice européenne », 24 févr. 2017, accessible : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2017/02/24/droit-a-l-oubli-numerique-le-conseil-d-etat-demande-une-explication-de-texte-a-la-justice-europeenne_5085123_4408996.html. (Consulté le 03/03/2017).

¹²¹⁰ Mentionnée par nous.

Haute juridiction administrative souligne que « *le numérique est indubitablement soumis aux droits fondamentaux, [et qu'il] rétroagi aussi sur eux* »¹²¹¹, il n'en demeure pas moins que la clarté et la limite des informations pouvant être considérées comme « *inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte ou l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite* »¹²¹² et pouvant donc déboucher sur un droit de retrait, ne sont pas évidentes à circonscrire. Le Conseil d'État demeure néanmoins conscient de la limite d'une ambition qui chercherait à effacer définitivement les données car il soulignait déjà en 1969 que la machine numérique « *n'oublie jamais* »¹²¹³. Il appartient au droit et à ses valeurs de faire oublier ceux qui n'oublient que quand l'oubli est fondé. Lorsque l'intérêt général, l'ordre public ou les droits fondamentaux le dictent, il est indispensable de faire usage du pouvoir administratif exorbitant pour tirer les faits vers le droit et vers l'idéal. Ces derniers transcendent toute autre valeur, y compris et surtout la valeur économique, dans la mesure où la vente des données numériques, soit aux sociétés d'assurance soit à es entreprises concurrentes, n'est pas à exclure, c'est plutôt courant. Il appartient donc au droit de dire non et de fixer des limites. C'est-à-dire amener ces machines qui prétendent ne rien oublier à le faire ou au moins à masquer les informations par une restriction d'accès. Toutes ces incertitudes dénotent à quel point les données sont sensibles et que leur gestion par des agents privés suscitent à juste titre d'énormes interrogations.

c- Sensibilité spinescente des données personnelles

710. Il y a plusieurs éléments qui rendent les données personnelles si sensibles. Après avoir succinctement évoqué le fondement juridique de leur protection (*c-1*), il conviendra de revenir sur la question non moins évidente de la souveraineté numérique (*c-2*) et les conséquences de la mutation de la gestion des données par l'État à des acteurs privés (*c-3*) dont la diversité et l'opacité des méthodes de gestion renforcent tout naturellement cette sensibilité (*c-4*). De ce fait et dès lors que les données ont nécessairement un versant qui relève des droits fondamentaux (*c-5*), l'exigence du régulateur à l'égard de leurs gestionnaires s'est, à juste mesure, accrue (*c-6*).

¹²¹¹ Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle 2014, Coll., « Les rapports du Conseil d'État », t. 65, Paris, La Documentation française, sept. 2014, p. 36.

¹²¹² *Ibid.*, p. 74.

¹²¹³ *Ibid.*, p. 71.

c-1- Le fondement juridique de la protection des données à caractère personnel

711. Le caractère fondamental du droit à la protection des données personnelles découle de l'interprétation des articles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. L'alinéa 1 de l'article 8 de la CESDH dispose que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Un droit aussi fondamental que le respect de la vie privée et de l'intimité de chacun s'impose à tous y compris aux autorités publiques. Enumérant les motifs sur le fondement desquels une autorité publique peut s'immiscer dans la vie privée d'une personne, l'alinéa 2 dispose qu'il « *ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Cette protection s'inscrit dans le sillage de l'article 16 TFUE en son alinéa 1 qui dispose que « *toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant* ». L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux, après avoir repris les mêmes dispositions que le Traité, rajoute en son alinéa 2 que « *ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification* ».

c-2- L'épineuse question de la souveraineté numérique

712. La question de la souveraineté numérique ne s'envisage plus seulement, comme ce fut le cas naguère de la souveraineté étatique, vis-à-vis d'autres États, elle se pose drastiquement et avant tout à l'égard des géants du numérique. Certains d'entre les gestionnaires des données sont d'ailleurs tellement ambitieux qu'ils caressent l'idée de se substituer aux États. La question de la souveraineté numérique est si épineuse que le Président français interpelle ses homologues européens en ces termes : « *qui peut prétendre être souverain, seul, face aux géants du numérique ?* »¹²¹⁴. Tout porte à croire que les États et les citoyens seront contraints de faire front commun pour mieux se protéger contre l'exploitation inappropriée, dolosive et déloyale

¹²¹⁴ MACRON E., « Pour une renaissance européenne. Lettre aux citoyens européens », 04 mars 2019, accessible à l'adresse suivante : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/03/04/pour-une-renaissance-europeenne>. (Consulté le 15/03/2019).

des données numériques. Le concernant, Google, pour ne citer que celui-ci parmi les ambitieux, voire trop ambitieux géants, « *prétend imposer un droit qui répond à sa vision du monde* »¹²¹⁵. L'on est en conséquence en légitimité de se demander de quel « droit » s'agit-il ? Quelle nature aurait-il ? Quels sont ses fondements et ses finalités ? Soulignant son omniprésence et son rapport particulier avec nos données, un auteur souligne que « *Google s'est fait verbe et se conjugue à tous les temps* »¹²¹⁶. Il ne faudrait néanmoins pas laisser croire que le dispositif juridique est totalement démuné dans la protection des données à caractère personnel au détriment de la protection du consentement à l'utilisation des données que propose les exploitants des données personnelles¹²¹⁷. Le législateur ne reste pas totalement immobile sur la question si cruciale du numérique. Ainsi, la Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur la souveraineté numérique par la Commission des lois du Sénat¹²¹⁸ souligne la vigilance du législateur face à l'ampleur de la mutation numérique.

c-3- Passage progressif mais significatif de l'immixtion de l'autorité publique à celle d'une intrusion privée

713. En dépit de la formulation assez claire de l'alinéa 2 de l'article 8 de la CESDH, l'on peut se demander s'il n'est pas temps que celui-ci soit révisé afin d'y insérer l'ingérence « *d'autorité privée* ». Si par interprétation du premier alinéa, les autorités de régulation et les juges sanctionnent les gestionnaires défaillants des données personnelles au nom du respect et de la protection de la vie privée, il n'en demeure pas moins que la requalification de ce qu'est devenu le pouvoir des « autorités privées » sur les données serait de nature à renforcer cette protection. Comme cela a été souligné un peu plus haut, la protection de la vie privée contre les abus de l'État est devenue un peu plus dérisoire qu'elle ne l'est à l'égard des acteurs privés¹²¹⁹.

¹²¹⁵ CASSIN B., *Google-moi. La deuxième mission de l'Amérique*, Paris, Albin Michel, 2007, cité par FOREST D., « Google et 'le droit à l'oubli numérique', genèse et anatomie d'une chimère juridique », art. cit., p. 2.

¹²¹⁶ FOREST D., *ibid.*, p. 1.

¹²¹⁷ Le fait de cocher un bouton de consentement ne signifie pas, bien que dédouanant les gestionnaires des données, que l'intéressé a bien pris connaissance des toutes les clauses. Google avait par exemple mis en place un formulaire de demande de suppression de résultats de recherche mis en place après l'arrêt *Google Spain*, *supra*.

¹²¹⁸ BAS Ph., Rapport n° 423 (2018-2019) fait au nom de la commission des lois, portant *Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur la souveraineté numérique*, déposé le 2 avr. 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/rap/118-423/118-4231.pdf>. (Consulté le 30/06/2019).

¹²¹⁹ La Directive 95/46 mentionne évidemment les entreprises et tous les gestionnaires des données. Au point 23 elle indique que « *considérant que les principes de la protection doivent trouver leur expression, d'une part, dans les obligations mises à la charge des personnes, autorités publiques, entreprises, agences ou autres organismes qui traitent des données, ces obligations concernant en particulier la qualité des données, la sécurité technique, la notification à l'autorité de contrôle, les circonstances dans lesquelles le traitement peut être effectué, et, d'autre part, dans les droits donnés aux personnes dont les données font l'objet d'un traitement d'être informées sur celui-ci, de pouvoir accéder aux données, de pouvoir demander leur rectification, voire de s'opposer au traitement dans certaines circonstances* ». C'est une formulation interprétative largement pertinente mais la notion d'autorité privée demeure toujours absente.

D'autant plus que la « *société numérique* »¹²²⁰ dans laquelle nous vivons et qui engendre une intrusion poussée dans nos vies n'est plus une fiction, c'est une réalité. Evidemment, les juges resteront attentifs à tout abus éventuel des États mais le danger qui guette la société en cas d'utilisation abusive des données personnelles par les acteurs privés est beaucoup plus préoccupant.

c-4- Sensibilité des données due à la diversité et à l'opacité des procédés de collection et de gestion

714. Comme le souligne le Journal *The Economist*, dans son édition du 6 mai 2017, au siècle précédent le pétrole constituait une source sûre de revenu et même de domination économique. L'article indique que « *A century ago, the resource in question was oil. Now similar concerns are being raised by the giants that deal in data, the oil of the digital era* »¹²²¹. La mutation engendrée par les données est d'une telle profondeur qu'elles deviennent le « nouveau pétrole ». Qualifiant la Data de « *The fuel of century* », les auteurs indiquent que « *Data are to this century what oil was to the last one: a driver of growth and change* »¹²²². Si une nouvelle méthode porteuse de croissance aurait dû en réjouir plus d'un, celle apportée par les données personnelles ne demeure pas sans conséquences. En effet, dans la mesure où, d'une part les données personnelles demeurent des données sensibles car pouvant affecter la vie privée et intime des personnes, que cela soit l'intimité sanitaire¹²²³ ou sécuritaire, et que d'autre part le monopole de ces données est détenu par une poignée de géants guidés à juste titre et avant tout par le profit comme toute autre entreprise ; la régulation se doit de s'en emparer pour éviter les dérives et canaliser cette « belle source d'innovation et de croissance ».

715. L'enjeu réside dans le fait qu'une facilité, souvent présentée comme « gratuite » d'accès à certains services, se soit transformée en une surveillance voire en une vente des données personnelles des consommateurs et des citoyens. Cela facilite certains aspects de la vie mais en profiter n'est pas sans conséquence d'autant plus que tous les secteurs de l'économie cherchent

¹²²⁰ Cf. HARIVEL J., *Libertés publiques, libertés individuelles. Risques et enjeux de la société numérique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2018, 632 p.

¹²²¹ The Economist, «The World's most valuable resource - Data and the new rules of competition-, "Fuel of the future" », 6 mai 2017, p. 7, accessible à l'adresse suivante: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. (Consulté le 10/05/2017).

¹²²² *Ibid.*, p. 14.

¹²²³ BASTIEN T., « Données nationales de santé : un trésor (presque) à portée de main », 22 mars 2018, accessible à l'adresse suivante: <https://www.magazine-decideurs.com/news/donnees-nationales-de-sante-un-tresor-presque-a-portee-de-main>. (Consulté le 20/04/2018).

désormais à se dataïser¹²²⁴. Naturellement, la solution ne consiste pas à interdire aux personnes de recourir à une technologie qui leur facilite la vie, elle est d'abord et avant tout juridique. C'est au droit d'encadrer cette évolution en responsabilisant les gestionnaires des données. Il faut éviter qu'une facilité ne se transforme en une surveillance généralisée. D'autant plus que « *The giants surveillance systems span the entire economy: Google can see what people search for, Facebook what they share, Amazon what they buy* »¹²²⁵. De tels services entraînent ainsi une intrusion de ces géants dans des pans infinis de la vie personnelle des utilisateurs. Ces entreprises très cruciales tirent « *l'essentiel de leurs revenus de la vente des services publicitaires (90%)* »¹²²⁶. Appuyant une telle analyse, l'Autorité de la concurrence rappelle que les données numériques sont « *désormais partout* »¹²²⁷. En tous les cas, le marché et sa promotion ont suivi cette mutation engendrant à son tour une mutation des procédures publicitaires et promotionnelles. Le reproche n'est pas ici adressé à ceux qui suivent la mutation économique contemporaine¹²²⁸. De semonce il n'y en a pas et ne devrait d'ailleurs pas y avoir. Il faut plutôt parler de garde de fous et de vigilance incombant aux autorités dépositaires de la protection des citoyens.

c-5- La protection des données personnelles comme prolongement des droits fondamentaux

716. Ce qui rend la gestion des données personnelles par les géants du numérique si sensible ce n'est pas tant que celles-ci soient gérées par des acteurs privés qui ont su innover dans ce domaine que le flou qui entoure leur véritable destination. Les données sont en passe de devenir, si ce n'est déjà le cas, des marchandises comme les autres. Il s'agit pourtant de données qui peuvent toucher jusqu'au « *profilage des populations* »¹²²⁹, la santé des personnes, leur vie intime et même leur passé dont parfois la loi décide légitimement de passer sous silence. Dès lors que tous ces aspects sont juridiquement couverts par des principes considérés à juste titre comme des droits fondamentaux, le pouvoir administratif exorbitant de l'ordre public

¹²²⁴ Mentionner par nous également.

¹²²⁵ Economist, « *Regulating the internet giants* », mai 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. (Consulté le 15/08/2017).

¹²²⁶ ADLC, avis du 6 mars 2018, *portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet*, préc.

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ L'Autorité de la concurrence note qu'en « *l'espace de quelques années, c'est tout un écosystème de la publicité en ligne qui a pris forme, avec des métiers, des technologies et des acteurs d'un genre nouveau, autour de la publicité dite « programmatique » et, plus largement, des diverses formes de publicité ciblée vers l'utilisateur en temps réel* ». Cf. ADLC, avis du 6 mars 2018, *ibid.*

¹²²⁹ FOREST D., « *Google et 'le droit à l'oubli numérique'* », genèse et anatomie d'une chimère juridique », art. cit., p. 2.

économique doit se dresser face à l'exploitation abusive desdites données. L'ordre public économique doit décider de ce qui doit être sujet à la marchandisation ou non. Il doit de la même manière fixer des limites afin que les droits fondamentaux soient les garde-fous au-delà desquels les données sont protégées de toute exploitation abusive et non consentie. Autant dire que c'est une question compliquée dans la mesure où les États qui sont garants de la protection de ces droits ne sont plus détenteurs exclusifs de ces données. Ils sont, à quelques exceptions près, à l'instar des citoyens, soumis à l'exploitation quasi discrétionnaire qui en est faite par les géants du numérique.

c-6- Vigilance accrue des autorités de régulation

717. Dans sa délibération restreinte en date du 21 janvier 2019¹²³⁰, prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de *Google LLC*, la CNIL estime que l'utilisateur n'est pas en mesure, au regard du premier niveau d'informations complexes qui lui est présenté dans les règles de confidentialité et conditions d'utilisation, d'évaluer la portée des principaux traitements sur sa vie privée¹²³¹. Elle sanctionne donc Google d'une amende de 50 millions d'euros pour manque de transparence. L'Autorité de régulation du numérique, se fondant sur le Règlement 2016/679 qui, après avoir défini le consentement comme « *un acte positif clair par lequel la personne concernée manifeste de façon libre, spécifique, éclairée et univoque son accord au traitement des données à caractère personnel la concernant, par exemple au moyen d'une déclaration écrite, y compris par voie électronique, ou d'une déclaration orale* »¹²³², indique que le

¹²³⁰ La CNIL rajoute avoir également tenu compte de « *la place prépondérante occupée par la société sur le marché des systèmes d'exploitation, de la gravité des manquements et de l'intérêt que représente la présente décision pour l'information du public, dans la détermination de la durée de sa publication* » dans la décision dont la sanction s'élève à 50 millions d'€. Cf. CNIL, décis. n° SAN-2019-001 du 21 janv. 2019, *prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google LLC*, non-publée au *JORF*.

¹²³¹ Point 116 de la décision.

¹²³² Règlement UE n° 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données, préc.), *JOUE*, n° L 119/1 du 04 mai 2016. Le point 35 rajoute que cet acte de consentement pourrait se faire notamment en cochant une case lors de la consultation d'un site internet, en optant pour certains paramètres techniques pour des services de la société de l'information ou au moyen d'une autre déclaration ou d'un autre comportement indiquant clairement dans ce contexte que la personne concernée accepte le traitement proposé de ses données à caractère personnel. Il ne saurait dès lors y avoir de consentement en cas de silence, de cases cochées par défaut ou d'inactivité. Le consentement donné devrait valoir pour toutes les activités de traitement ayant la ou les mêmes finalités. Lorsque le traitement a plusieurs finalités, le consentement devrait être donné pour l'ensemble d'entre elles. Si le consentement de la personne concernée est donné à la suite d'une demande introduite par voie électronique, cette demande doit être claire et concise et ne doit pas inutilement perturber l'utilisation du service pour lequel il est accordé.

caractère éclairé n'était pas atteint pour que les utilisateurs soient suffisamment avertis de l'étendue de leur accord.

d- Les garanties supplémentaires apportées par le Règlement général sur la protection des données (RGPD)¹²³³.

718. Il faut commencer par souligner un point qui paraît important. À l'instar de ce qui aurait dû être le crédo de toute évolution, les données devraient être au service de l'humain (*d-1*). Il faudrait par la suite marteler la divergence sur la manière de « protéger » les données personnelles selon que l'on se place du côté des États-Unis ou de l'Union européenne (*d-2*). L'emblématique affaire *Maximillian Schrems* peut à cet effet servir d'illustration (*d-3*).

d-1- Les données au service de l'humain

719. La pluralité des objectifs poursuivis par le règlement n'annihile en rien la place de choix accordée aux données personnelles¹²³⁴. Afin de renforcer le « droit à l'oubli » numérique, le droit à l'effacement devrait également être étendu de façon à ce que le responsable du traitement qui a rendu publiques les données à caractère personnel soit tenu d'informer tous les autres gestionnaires qui traitent ces données et qu'il convient d'effacer tout lien, toute copie ou toute reproduction de celles-ci. L'article 17 du RGPD dispose que l'effacement doit intervenir dans les « *meilleurs délais* » surtout si des motifs légitimes et valables sont réunis. Pour aboutir à une telle protection globale des données personnelles, le Règlement insiste sur la nécessité de mettre un terme à la fragmentation des législations et sur la nécessité d'harmoniser l'encadrement. Les disparités portent préjudice à toute protection effective des données à caractère personnel.

720. Le traitement des données « *devrait être conçu pour servir l'humanité* » même si, précise le RGPD, le droit à la protection des données n'est pas un « *droit absolu* »¹²³⁵. Après

¹²³³ Directive UE 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, *JOUE*, n° L 119/89 du 04 mai 2016.

¹²³⁴ Le point 2 su rappelle d'entrée de jeu que le Règlement « vise à contribuer à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et d'une union économique, au progrès économique et social, à la consolidation et à la convergence des économies au sein du marché intérieur, ainsi qu'au bien-être des personnes physiques ». Ceci laisse entendre que les données des entreprises ne sont pas de reste et que le numérique doit également être au service de l'intégration économique.

¹²³⁵ Considérant n°4 du RGPD. Cf. aussi CJCE, 06 nov. 2003, *Lindqvist, supra*, pt. 63 (précisant les conditions de licéité du traitement des données personnelles).

avoir noté que « *l'évolution rapide des technologies et la mondialisation ont créé de nouveaux enjeux pour la protection des données à caractère personnel* »¹²³⁶, le RGPD souligne l'effet de la disponibilité publique des données personnelles. Cet accès de niveau mondial exige davantage de vigilance des autorités de contrôle du respect et de la préservation desdites données. Ceci implique une protection « *solide* » découlant d'une application « *rigoureuse* »¹²³⁷ des règles encadrant les données. En cas de flou ou d'alternative dans le consentement, l'interprétation du Règlement va dans le sens de la protection plutôt que dans celui de la permission de l'exploitation des données personnelles. Lorsque le Règlement affirme, s'agissant du mineur, que le consentement est donné par le tuteur ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant ; la jurisprudence française a opté pour le cumulatif plutôt que l'alternatif. Le consentement de l'enfant s'ajoute à celui du tuteur car une telle interprétation n'est pas « *manifestement incompatible* »¹²³⁸ avec la norme européenne, malgré les critiques des requérants évoquant une « *surtransposition* » voire une « *suradaptation* »¹²³⁹.

d-2- Divergence d'interprétation de la protection entre l'Europe et les États-Unis

721. Dans sa communication n° 846 de 2013, intitulée *Rétablir la confiance dans le flux des données à caractère personnel entre l'Europe et les USA*¹²⁴⁰, la Commission indique que « *le cadre de la sphère de sécurité suscite de plus en plus d'inquiétude [car ces données sont susceptibles] d'être consultées et traitées par les autorités américaines d'une manière incompatible avec les motifs pour lesquels elles avaient été initialement collectées et avec les finalités de leur transfert vers les États-Unis* ». Pourtant, dans sa décision 2000/520 rendue le 26 juillet 2000, la Commission soulignait, suite à une communication du ministère du commerce des États-Unis, que ce pays assure un niveau de protection adéquate et une utilisation sans « *leurre* »¹²⁴¹ des données. On comprend donc, suite à de nombreuses affaires et des

¹²³⁶ Considérant n° 6 du RGPD.

¹²³⁷ Considérant n° 7 du RGPD.

¹²³⁸ ROUSSEAU D., GAHDOUN P.-Y., BONNET J., « Chronique de jurisprudentielle constitutionnelle », *RDP*, n°1, 01/01/2019, p. 249. Comm. sous déc. Cons. const., déc. n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, portant sur la Loi relative à la protection des données personnelles, *JORF* n° 0141 du 21 juin 2018, texte n° 2.

¹²³⁹ Commission européenne, déc. n° 2016/1250 du 12 juill. 2016, conformément à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis, (*Google* et données personnelles), *JOUE* n° L 207, 1^{er} août 2016, p. 1-112.

¹²⁴⁰ Commission européenne, *Rétablir la confiance dans les flux de données entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique*, Communication n° COM (2013) 846 final au Parlement européen et au Conseil, Bruxelles, 27 nov. 2013. Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0846:FIN:FR:PDF>. (Consulté le 12/04/2018).

¹²⁴¹ CEE, déc. n° 2000/520 CE du 26 juill. 2000 conformément à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « *sphère de sécurité* » et par

critiques incessantes, que la Commission soit obligée de revoir sa position. Car, sans doute, s'est-elle rendue compte que les données (des personnes et des entreprises) ne sont pas nécessairement utilisées aux fins pour lesquelles elles ont été recueillies. Raison pour laquelle, le droit européen impose aux États de mettre en place, par le biais des autorités de régulation et en toute indépendance, des mécanismes de contrôle du transfert des données personnelles vers des États tiers¹²⁴². La jurisprudence estime qu'un tel contrôle constitue un élément essentiel de l'effectivité de la protection des données personnelles¹²⁴³. La Cour de justice rajoute que le simple fait de transférer les données d'un État membre vers un État tiers constitue un traitement de celles-ci¹²⁴⁴.

d-3- L'emblématique cas de Maximillian Schrems

722. Dans l'arrêt *Schrems c./Data Protection Commissioner*, c'est en se fondant sur les dispositions suivantes que la Cour de justice réitère le fait que ce n'est pas parce que la Commission a estimé que les données peuvent faire l'objet d'un traitement adéquat aux États-Unis que les citoyens n'ont pas le droit de saisir les autorités nationales aux fins de vérification de l'effectivité de la protection de leurs droits fondamentaux. Tout cela en accord bien évidemment avec le principe de conformité des institutions nationales au droit et à la position des autorités de l'Union¹²⁴⁵. D'ailleurs, la Commission elle-même a dans une décision pu estimer que les États membres sont tenus de veiller à ce que le transfert des données à caractère personnel vers un pays tiers n'ait lieu que si le pays en question assure un niveau de protection adéquat et si les lois des États membres qui mettent en œuvre d'autres dispositions de la directive sont respectées avant le transfert¹²⁴⁶. La Cour estime dans l'affaire *Maximillian Schrems* que « *ni les connaissances ni le niveau d'expertise d'une personne n'affectent sa qualité de*

les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique, JOCE n° L 158 du 14 juin 2001, p. 63.

¹²⁴² CJUE, 09 mars 2010, *Commission c./Autriche*, aff. C-614/10, non encore publié, pt. 36, CJUE, 08 avr. 2014, *Commission/Hongrie*, aff. C-288/12, *Réc. num. 2014*, 237, pt. 47.

¹²⁴³ CJUE, 09 mars 2010, *Commission/Allemagne*, aff. C-518/07, *Rec.*, 2010, p. I-01885, pt. 25. *Cf. aussi* CJUE, 08 avr. 2014, *Commission/Hongrie*, *ibid.*, pt. 48 ; CJCE, 21 mai 1987, *Albako Margarinefabrik*, aff. C-249/85, *Rec.*, 1987, p. 2345, pt. 17 ; CJUE, *Mediaset*, 13 févr. 2014, aff. C-69/13, *Réc. num. 2014*, 71, pt. 23.

¹²⁴⁴ CJCE, 30 mai 2006, *Parlement européen c./Conseil et Commission*, aff. jntes., aff. C- 317/04 et C-318/04, *Rec.*, 2006, p. I-04721, pt. 56.

¹²⁴⁵ Arrêts constants de la Cour : CJUE, 18 juill. 2013, *Commission e.a.c./Kadi*, aff. jntes. C-584/10 P, C-593/10 P et C- 595/10 P, *Réc. num. 2013*, 518, pt. 66 ; CJUE, 03 oct. 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c./Parlement et Conseil*, aff. C-583/11 P, *Réc. num. 2013*, 625, pt. 91, ainsi que CJUE, *Telefónica c./Commission*, aff. C-274/12 P, *Réc. num. 2013*, 852, pt. 56.

¹²⁴⁶ Commission européenne, décis. du 26 juill. 2000 conformément à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique, préc. La CJUE remet d'ailleurs en cause le *Privacy Shield* au nom de cette garantie. *Cf.* CJUE, 16 juill. 2020, *Data protection commissioner c./ Facebook Ireland LTD et Schrems*, aff. C-311/18, *Réc. num. 2019*, 559.

consommateur »¹²⁴⁷, battant ainsi en brèche la présomption d'expertise M. Schrems. Elle considère donc qu'une telle présomption peut être soulevée pour un exploitant des données personnelles vis-à-vis d'un professionnel mais qu'elle n'est pas opposable à un consommateur fut-il initié à la manipulation desdites données.

723. Après avoir analysé la demande de M. Schrems, la Cour indique qu'il y a lieu de relever que la Commission n'a pas fait état, dans la décision 2000/520, de ce que les États-Unis d'Amérique « *assurent effectivement* » un niveau de protection adéquat en raison de leur législation interne ou de leurs engagements internationaux. Que celui-ci est donc fondé à soutenir que le caractère « *adéquat* » de la protection de données personnelles par l'État tiers que sont les États-Unis n'est pas suffisant et qu'en conséquence une autorité nationale, en l'occurrence autrichienne, est fondée à (re)vérifier l'effectivité de ce caractère adéquat, sinon en dépit ou du moins en plus, de la décision de la Commission européenne dans ce sens. Le fait que la Commission ait décidé de la conformité et du caractère adéquat du traitement des données, « *ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité de contrôle d'un État membre au sens de l'article 28 de cette directive, telle que modifiée, examine la demande d'une personne relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de données à caractère personnel la concernant qui ont été transférées depuis un État membre vers ce pays tiers, lorsque cette personne fait valoir que le droit et les pratiques en vigueur dans celui-ci n'assurent pas un niveau de protection adéquat* »¹²⁴⁸. Elle annule donc la décision de la Commission n° 2000/520. Suite à cela d'ailleurs la Commission s'est vue obliger de prendre une décision d'exécution allant dans le sens d'une garantie de protection effective des données personnelles transmises vers les États-Unis¹²⁴⁹. Le niveau de la protection se doit d'être plus élevé et plus effectif¹²⁵⁰.

724. La sensibilité des données personnelles resurgit également lorsqu'on regarde l'importance accordée par l'Union au *Safe Harbor*¹²⁵¹ adopté en 2001 et remplacé depuis 2015 par le *Privacy Shield* qui est entré en vigueur le 1^{er} août 2016. Ce dernier est considéré comme

¹²⁴⁷ PATO A., « Retour sur l'arrêt C-498/16 de la CJUE », 16 févr. 2018, <http://blogdroiteuropeen.com>, paragraphe 41 de l'arrêt.

¹²⁴⁸ CJUE, 6 oct. 2015, *Maximillian Schrems c./Data Protection Commissioner*, aff. C-362/14, *Réc. num.* 2015, 650.

¹²⁴⁹ Commission européenne, décis. d'exécution du 26 juill. 2000 conformément à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique, préc.

¹²⁵⁰ *Ibid.*

¹²⁵¹ Il est défini par la CNIL comme « un ensemble de principes de protection des données personnelles publié par le Département du Commerce américain, auquel des entreprises établies aux États-Unis adhèrent volontairement afin de pouvoir recevoir des données à caractère personnel en provenance de l'Union européenne ».

offrant plus de garanties que le premier en termes de protection des données à caractère personnel¹²⁵². La CNIL définit le *Privacy Shield* comme « un mécanisme d'auto-certification pour les entreprises établies aux États-Unis qui a été reconnu par la Commission européenne comme offrant un niveau de protection adéquat aux données à caractère personnel transférées par une entité européenne vers des entreprises établies aux États-Unis. Ce mécanisme est par conséquent considéré comme offrant des garanties juridiques pour de tels transferts de données »¹²⁵³. Selon les nouvelles mesures de ce dispositif, les données personnelles destinées aux sociétés américaines doivent être accompagnées de documents qui, pour être légaux, doivent « être encadrés par la signature de clauses contractuelles types ou l'adoption de règles internes d'entreprise (BCR), à moins qu'ils ne bénéficient d'une des exceptions prévues à l'article 69 de la loi Informatique et libertés (consentement exprès des personnes concernées au transfert de leurs données, par exemple) »¹²⁵⁴. Il faut néanmoins relever que le caractère effectif de ce consentement est tout aussi imparfait. Quand bien même donner son consentement sans avoir pris le temps d'en juger la teneur, chose qui s'avère impossible à chaque fois qu'on utilise une plateforme, demeure en profond décalage avec les objectifs de protection projetée par le dispositif susmentionné. Le G29, regroupant les « CNIL européennes », bien qu'ayant salué le remplacement du *Safe Harbor*, n'en reste pas moins critique à l'égard de ce qu'il considère comme une protection inaboutie¹²⁵⁵.

Conclusion du Titre III

725. L'ordre public économique, qu'il soit national ou européen, qu'il soit mis en œuvre par les autorités de régulation ou par la juge, se doit d'être d'une envergure notable dès lors que désormais il lui faut, dans l'encadrement de l'économie nationale, européenne et mondiale, pour être plus effectif, une prétention renforcée¹²⁵⁶. À côté de cet ordre évolue, se construit et se consolide l'ordre privé économique désigné ci-haut par « ordre public économique privé » ou

¹²⁵² Ce dispositif, également appelé bouclier de protection des données personnelles, adopté par la Commission européenne le 12 juill. 2016 résulte de la décision de la Commission n° 2000/520/ EC du 26 juillet 2000, *spra*. Cette affaire dite aussi « *Safe Harbor* » a été déclarée invalide par la Cour mettant ainsi fin au dispositif *Safe Harbor* jugé insuffisamment protecteur. Cf. CJUE, 6 oct. 2015, *Maximillian Schrems c./Data Protection Commissioner, supra*.

¹²⁵³ CNIL, « Invalidation du "Privacy shield" : la CNIL et ses homologues analysent actuellement ses conséquences », 17 juill. 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.cnil.fr/fr/invalidation-du-privacy-shield-la-cnil-et-ses-homologues-analysent-actuellement-ses-consequences>. (Consulté le 28/07/2020).

¹²⁵⁴ FLIPO O., « Après le "Safe Harbor", le "Privacy Shield" », *Lexis 360*, 27 mai 2016, p. 1.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, p. 2.

¹²⁵⁶ En attendant l'effectivité de l'ordre public économique mondiale. Au-delà de sa direction de fait effectuée par des pays très limités, il conviendra de définir les modalités de son existence, son exercice ainsi que les attributions des autorités qui le mettront en œuvre.

« ordre *inter partes* », qui cherche sinon une certaine prédominance du moins une certaine équivalence avec la puissance publique dans l'ordre économique. Aujourd'hui, le droit économique peut se permettre de choisir ce qui relève de son domaine ou non, ce qui convient de conserver dans les prérogatives de la puissance publique ou ce qui pourrait tomber sans danger entre les mains de la puissance privé.

726. Pour que ces objectifs soient atteints dans leur pluralité, tant ceux inhérents à l'équilibre du marché que ceux relatifs à l'ordre public économique, ce dernier se doit de rester à la fois fermement ancré dans ses principes fondamentaux qui l'ont, à l'instar du pouvoir administratif exorbitant, caractérisé ; mais également savoir faire preuve de flexibilité lorsque son effectivité peut être atteinte dans de telles conditions sans qu'il soit nécessaire de sacrifier l'essentiel ni porter préjudice aux acteurs économiques. Une telle conciliation ne peut néanmoins être possible en cas de confusion entre la réglementation et le Droit. La première, dans toute la diversité de son déploiement, n'est rien d'autre qu'un itinéraire d'effectivité du second. D'autant plus qu'en cas de primauté de la réglementation sur le Droit, toute tentative de protection de l'ordre public économique et des parties faibles, acteurs moins puissants et consommateurs, peut s'avérer infructueux. D'où il ressort que la vigilance du législateur, du régulateur et du juge se doit d'être permanente, et que les dérogations à la philosophie et à l'esprit du Droit, notamment dans son versant protecteur des parties faibles, soient l'exception et non un nouveau principe.

Conclusion de la Partie I

727. À se méprendre, on pourrait se demander s'il n'y a pas une confusion entre l'ordre public *stricto sensu* et l'ordre public économique dès lors que, au regard des valeurs défendues par le second, il apparaît un hiatus entre ordre public général et ordre public économique en général. Mais il n'en est rien car l'ordre public économique n'est que le prolongement et la matérialisation de l'ordre public global dans l'économie. Ce dernier fait partie des diverses expressions du premier. D'où le lien inextricable entre le pouvoir administratif exorbitant et son identification dans la régulation économique. Identifier l'ordre public économique et veiller à son effectivité partout où l'économie opère revient, comme le souligne si bien Charles-André Dubreuil, à la nécessité « *d'introduire une césure entre l'État et la société, [d'un côté] et l'ordre public et l'ordre social [de l'autre]* ». C'est-à-dire cette « *raison d'État* » qui implique « *la préservation du bien commun ou l'intérêt public* ». En un mot, conclut l'auteur, donner sens à

cet « *exercice extraordinaire de l'art de gouverner* »¹²⁵⁷. Quoi qu'il en soit, dans la mondialisation et la numérisation de l'économie, le jumelage entre flexibilité et exorbitance semble devenir un véritable exercice artistique auquel se livrent aussi bien le législateur et le juge que le régulateur. Reste à savoir si c'est le pouvoir administratif exorbitant qui emprunte l'art de la flexibilité ou est-ce que c'est cette dernière qui risque de ravir l'exorbitance à l'État ? La question est entière.

728. Aussi inattendu que cela puisse paraître, le lien entre cette « raison d'État » et l'économie est étroit. Il semble davantage l'être dans la mondialisation économique¹²⁵⁸. Parlant de la liaison entre l'état d'exception, qu'on veut en l'espèce économique, raison d'État et économie libérale, Jean François Korvegan souligne qu'il « *est remarquable [que] sa définition juridique (...) ait été élaborée en même temps que se mettait en place l'État constitutionnel libéral* »¹²⁵⁹. Alors si l'ordre public économique découle de l'ordre public général et qu'au nom de la préservation de ce dernier l'État est fondé à déclarer un état d'exception, pourquoi un tel argument serait-il invalable vis-à-vis de la mondialisation économique et ses incertitudes ? Thomas Pèz, reprenant ainsi Paul Raynaud, s'interroge quant à lui, dans la recherche de l'originalité de l'ordre public économique par rapport à l'ordre public général, en se demandant si « *considérer que ce qui caractérise l'ordre public économique par rapport aux autres aspects de l'ordre public, c'est qu'il est un instrument de la politique économique ?* »¹²⁶⁰

729. En tout état de cause, l'ordre public économique ne peut être détachable d'une certaine conception de l'État et de la politique économique menée par celui-ci. La liberté des acteurs économiques doit être réitérée aussi souvent que cela s'avère nécessaire mais l'État ne devrait pas s'excuser d'exercer des pouvoirs qui lui sont dévolus et qui lui demeurent intrinsèques. Pour ce faire, les autorités de régulation doivent quant à elles se concentrer sur la préservation de l'ordre public économique en étant aussi pragmatiques que les acteurs régulés et sanctionner

¹²⁵⁷ Cité par ROLAND S., « L'ordre public et l'État, Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », art. cit., p. 18.

¹²⁵⁸ Dès lors que l'État, dans sa légitimité, est fondé d'adopter un état d'exception sur des questions sécuritaires et d'ordre public, pourquoi ne le serait-t-il pas dans le maintien de l'ordre public économique notamment sur une partie des acteurs économiques dont le caractère exceptionnel de leur pouvoir justifie non seulement une telle procédure mais qui plus est sans incidence sur leur liberté d'exercice d'une quelconque activité économique. C'est au contraire pour la nécessité de leur épanouissement et tout en permettant aux autres acteurs économiques de ne pas subir un abus de domination économique.

¹²⁵⁹ Cité par RAYNAUD P., RIALS S., *Dictionnaire de philosophie politique, op. cit.*, p. 525, in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Actes de colloques 15 et 16 déc., 2011, préc., p. 18.

¹²⁶⁰ PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 55 ; P. Raynaud, *L'ordre public économique*, Droit civil approfondi, Les Cours de Droit, 1965-1966, p. 67.

tout comportement qui, « à un moment donné pourrait créer un trouble »¹²⁶¹. Plus concrètement, il s'agit de se demander si le fait pour certains acteurs économiques de contourner la législation fiscale ou, pour d'autres, de gérer déloyalement les données personnelles n'est pas contraire à l'ordre public et de ce fait nécessitant l'adoption de règles permettant le retour à la stabilité de l'ordre établi. Il ne faudrait peut-être jamais perdre de vue l'affirmation selon laquelle « la violence de l'économie produit beaucoup d'incroyants »¹²⁶². D'où la nécessité d'une haute prétention de l'ordre public économique pour restaurer par le Droit et ses valeurs la « foi » en l'économie et ses vertus.

730. Ces valeurs sont légitimement prétentieuses mais ceux qui veillent sur leur observation et leur effectivité ne peuvent continuer à le faire avec légitimité et sérénité que quand les acteurs qui doivent s'y soumettre ne peuvent ressentir un sentiment d'abus de pouvoir, d'injustice et de violation de leurs droits fondamentaux. En d'autres termes, le rôle du juge est tout aussi crucial puisqu'il lui appartient de rétablir les uns et les autres dans leur droit. Sanctionner le cas échéant les abus des autorités de régulation et veiller à l'effectivité des décisions de ces dernières quand elles sont conformes aux règles tout en amenant les acteurs à s'y conformer. De ce fait, le législateur, le régulateur, les acteurs économiques ainsi que la doctrine, participent chacun à son niveau et à sa manière au perfectionnement de la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant. Eclairer une telle subtilité constitue le fond de la deuxième partie de notre travail.

¹²⁶¹ BONNET B., « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel, tentative de définition d'une notion insaisissable », art. cit., p. 118.

¹²⁶² PIROVANO A., « Justice étatique, support de l'activité économique Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », *Justices*, 1995, p. 15 et s.

Partie II : Une mise en œuvre perfectible du pouvoir administratif exorbitant

731. La matérialisation du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique tient à plusieurs fondements qui se doivent d'être tangibles dans leur conformité au Droit. Le régulateur d'abord et le juge ensuite sont les gardiens de la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant dont la mission première est la sauvegarde de l'ordre public économique. La place occupée par les acteurs privés dans la conduite de l'économie, souvent sinon au détriment du moins en concurrence avec les États, démontre une mutation qui, bien analysée, ne peut ni ne doit laisser les pouvoirs publics dans l'indifférence. L'ordre public économique, pris dans sa diversité, avec la consistance de ses fondements juridiques et philosophiques, se doit d'être mis en œuvre dans le but de préserver un environnement économique serein pour les acteurs économiques puissants. Il doit aussi être une opportunité pour les acteurs en expansion et une source de confiance pour les acteurs les plus faibles. De ce point de vue, tous les acteurs dépositaires de l'autorité publique avec compétence économique, doivent, dans la limite de leur compétence, concourir à la réalisation d'un tel objectif.

732. L'ordre public économique doit s'exprimer dans toute sa rigueur, toute sa splendeur, et en toute effectivité sans perdre de vue l'efficacité sinon l'efficience escomptées par les acteurs régulés. Il peut s'exprimer de différentes manières et de la part de diverses autorités détenant la légitimité déléguée par l'État : « *qu'il s'agisse du maire, du ministre, du juge ou encore des forces de police, le point d'imputation unique est donc l'État* »¹²⁶³. La mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant par l'État ne devrait plus être perçue comme un frein à l'épanouissement des acteurs économiques. Pas plus que sa mise en œuvre ne devrait être perçue comme un abus d'autorité. L'équilibre entre l'autorité économique et la flexibilité indispensable au dynamisme des acteurs économiques publics ou privés est nécessaire.

733. Pour la préservation des droits fondamentaux des acteurs économiques¹²⁶⁴, l'ordre économique, mis en œuvre par l'application du pouvoir administratif exorbitant, demeure un gardien indispensable dans la régulation économique et donc dans la conciliation des impératifs souvent antagonistes mais indéfiniment liés et condamnés à coexister. Les mutations de

¹²⁶³ ROLAND S., « L'ordre public et l'État, Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in DEBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public, op. cit.*, p. 17.

¹²⁶⁴ Lesquels se doivent d'être légitimement limités lorsqu'il y a une exigence fondée. Même s'il y a des « *limites aux limites* ». Cf. GREVIER P., *La limite des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, thèse, Université de Bordeaux 2013, 663 p. spéc. p. 216 et s. Pour le droit international confronté aux droits fondamentaux. Cf. aussi NORD N., *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse, Université Robert Schuman Strasbourg III, 2003, 479 p., spéc. p. 207 et s.

l'économie, désormais mondialisée, impliquent une fermeté entière du pouvoir administratif exorbitant d'autant plus que la préservation de l'ordre public économique en dépend. Le régime juridique d'application de celui-ci se doit de prendre en compte toutes les mutations spatiales et temporelles de l'économie (**Titre I**). Cependant, le contrôle de la mise en œuvre d'une prérogative aussi indispensable que le pouvoir administratif exorbitant s'exerce avec diligence et en toute effectivité aussi bien en droit national qu'en droit européen (**Titre II**). De cette conciliation entre autorité et flexibilité découle toute l'effectivité de la régulation économique qui, d'une certaine manière, garantit à la fois l'efficacité et l'efficience pour les uns et les autres (autorités de régulation et acteurs économiques). Cependant, un tel impératif ne peut être satisfait que lorsque le pouvoir administratif exorbitant est projeté dans la perspective d'une économie dont la mondialisation est définitivement ancrée voire catégoriquement inéluctable (**Titre III**).

Titre I- L'étendue du pouvoir administratif exorbitant en droit de la régulation économique

734. Le régime juridique du pouvoir administratif exorbitant renvoie à l'ensemble des règles sur lesquelles s'appuie celui-ci dans sa mise en œuvre en droit de la régulation économique. Il y a une diversité de textes juridiques sur lesquels se fonde le pouvoir administratif exorbitant aux fins de la préservation de l'ordre public économique, qu'il soit national ou européen. Cette diversité, contrairement à beaucoup d'autres domaines du droit où celle-ci constitue un handicap en raison d'un manque d'uniformisation, reconforte le pouvoir administratif exorbitant en ceci qu'elle renvoie à une préoccupation partagée, tant en droit national que communautaire, de circonscrire les éventuelles échappatoires au Droit lorgnés par les acteurs régulés.

735. De son côté, étant le « *creuset du développement économique* »¹²⁶⁵, la liberté individuelle constitue le soubassement de la liberté économique et en conséquence celle des acteurs économiques. Le fondement de cette liberté découle de textes fondamentaux comme l'article 17 de la DDHC¹²⁶⁶, réaffirmée par la Constitution et les textes européens. Il est donc inconcevable de laisser la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant, défendant l'ordre public économique, sans un contrôle garantissant l'effectivité de ces principes fondamentaux du droit économique national et européen. *In concreto*, la vraie question ne consiste pas tant à être « *nostalgiques du temps d'avant* »¹²⁶⁷, elle réside surtout dans la démonstration que les entreprises ne peuvent fonctionner en marge du droit dès lors que « *les marchés ne s'établissent et ne fonctionnent que s'ils s'adossent à des règles juridiques indisponibles d'ordre public, qui empruntent en reflet les buts de ces marchés* »¹²⁶⁸. Aussi faudrait-il prendre intégralement en compte « *la nature duale de l'ordre public, c'est-à-dire à sa nature à la fois juridique et politique* »¹²⁶⁹. En sus, il faudrait incorporer dans toute conception de l'ordre public économique et de « son bras armé » que constitue le pouvoir administratif exorbitant, non pas seulement sa dualité mais la multitude des objectifs par lui poursuivis.

¹²⁶⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », art. cit., spéc. p. 120.

¹²⁶⁶ « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

¹²⁶⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », art. cit., p. 125.

¹²⁶⁸ *Ibid.*, p. 150.

¹²⁶⁹ ROLAND S., « L'ordre public et l'État, Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in DEBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public, op. cit.*, p. 11.

736. Fondamentalement et d'un point de vue doctrinale, l'on invoque le pouvoir administratif exorbitant dans la préservation de l'ordre public économique pour deux raisons qui, chemin faisant, peuvent être cumulatives et complémentaires. D'une part, il y a le concept d'intérêt économique général, bien que considéré « *paradoxalement comme la raison d'être d'une branche économique du droit public* »¹²⁷⁰. D'autre part, il y a aussi « *les raisons impérieuses d'intérêt général justifiant des dérogations à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de service* »¹²⁷¹. Ces exceptions à la normalité sont les fondements tangibles du pouvoir administratif exorbitant même si en l'espèce l'auteur semble ne pas entériner la dispersion de ce qu'il considère comme l'intérêt général tout court en lieu et place de plusieurs catégories juridiques. Dès lors que « *l'ordre public économique permet de limiter la liberté économique* »¹²⁷² et que dans cette restriction, il ne cherche rien d'autre que la sauvegarde de l'intérêt général global. Il convient alors de souligner, tout comme c'est le cas de la mutation de l'intérêt général, la malléabilité du pouvoir administratif exorbitant au gré du temps et de l'espace. D'un point de vue historique, la mise en œuvre de l'ordre public économique varie selon que l'on soit dans un contexte de stabilité ou de crise économique. Les périodes exceptionnelles de l'après guerres l'ont suffisamment démontrée.

737. Si la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant, gardien de l'ordre public économique, est rigide ou flexible selon que l'on soit dans un temps propice ou non. Il s'avère que la véritable mutation de cette mise en œuvre réside dans la dissemblance de sa conception selon que l'on soit sous l'influence de la philosophie de l'École de Chicago ou celle de la conception humaniste de la régulation économique telle qu'elle est pratiquée en France et en Europe (**Chapitre II**). Alors, ce qui restitue la translation du pouvoir de la régulation économique, jusqu'à une certaine époque centralisée, vers des autorités administratives indépendantes, restitue fidèlement sa transmutation dans l'espace (**Chapitre I**). Laquelle transformation, restitue à son tour, la suite d'une certaine dépossession de l'État de ses pouvoirs naguère classiques et « régaliennement » exclusifs. Il n'en pouvait pas être autrement eu égard à l'évolution économique qu'ont connu la fin du XX^{ème} et le début des XXI^{ème} siècles.

¹²⁷⁰ VAUTROT-SCHWARZ Ch.-A., « L'ordre public économique », art. cit., p. 189 ; NICINSKI S., *Droit public des affaires*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 6.

¹²⁷¹ *Ibid.*, p. 189.

¹²⁷² PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 46.

Chapitre I- L'application du pouvoir administratif exorbitant dans l'espace

738. Au-delà de la distinction entre géographie physique et géographie humaine, il faut reconnaître qu'il y a un lien étroit entre la géographie -- conçue en tant qu'espace d'exercice des activités humaines, y compris et surtout les activités économiques --, et l'économie. Ce n'est pas un hasard que le capitalisme se soit tant intéressé à la disparition des limites géographiques qu'elle considère, à raison sur certains aspects, comme artificielles. Elle est attachée à la disparition des frontières et donc à la mondialisation homogénéisée de l'économie. Aborder l'espace et l'économie revient donc à s'intéresser à la question de savoir « *comment les activités économiques s'inscrivent dans cet espace physique donné ou imaginaire* »¹²⁷³. En s'intéressant, à titre d'exemple, à l'expression « *tiers-monde* »¹²⁷⁴ et tout le travail abattu par Alfred Sauvy sur cette catégorie de pays, si tant est qu'on acquiesce à une telle terminologie, l'on se rend effectivement compte que le rapport entre économie et géographie est très étroit même si l'on ne souscrit pas entièrement à la vision considérant qu'une partie du monde en raison de sa situation géographique, serait condamnée à demeurer dans le besoin.

739. À l'instar du législateur, du philosophe de l'économie ainsi que du juge, le régulateur est nécessairement amené à se soumettre sinon à composer avec la vérité géographique dans la régulation économique¹²⁷⁵. Nous le rencontrons en permanence en droit de la concurrence et plus spécialement dans les pratiques anticoncurrentielles. Dans une décision datant de 1989, l'Autorité de la concurrence, alors Conseil de la concurrence, estimait que la sanction desdites pratiques, même ayant lieu à l'étranger, est requise dès lors qu'elles ont des impacts sur le territoire national¹²⁷⁶. Également, le fait que l'une des entreprises auteures de ces pratiques

¹²⁷³ CALVET J., *Régulation et espace*, thèse, Université de Grenoble, 1978, p. 15.

¹²⁷⁴ On doit cette expression à Alfred Sauvy qui a la triple casquette de géographe, économiste et sociologue. Autant de domaines indispensables à la compréhension du droit économique dans son versant spatiale et géographique. Cf. SAUVY A., « Trois mondes, une planète », *Vingtième siècle. Rev. d'histoire*, n°12, 1986, p. 81-83.

¹²⁷⁵ Il s'avère qu'il y a encore, malgré le postulat libéral, avéré ou projeté, des pays d'obédience communiste ou marxiste (Russie, Chine, Cuba, Venezuela...) qui semble résister à l'hégémonie du libéralisme. Cependant, un pays comme la France dont la particularité est justement de n'être ouvertement ni d'un côté ni de l'autre, ajouté à cette bipolarisation, semble restitué toute la vérité géographique de la régulation économique. En effet, si, d'ores-et-déjà, philosophiquement la régulation économique n'a pas la même signification selon que l'on soit disciple de l'École de Chicago ou de celle de Nice, il faut signaler que spatialement non plus l'homogénéité ne se dégage pas. Quid de l'accueil réservé à la régulation économique dans l'espace géographique africain alors même que le droit dur n'a pas définitivement ancré son empreinte dans la construction d'un modèle et d'une philosophie économique qui lui sont propre ? La régulation, tout comme la conception du rôle de l'économie dans la société, varie d'une zone géographique à une autre et ce malgré l'offensive quasi irrésistible de l'hégémonie capitaliste tel que sa silhouette nous parvienne des pays anglo-saxons, à la tête desquels se trouvent les États Unis.

¹²⁷⁶ Cons. conc., décis. n° 89 D 22, 13 juin 1989, relative à une saisine de la *société Phinelec*, non-publée au *BOCCRF*.

prohibées soit à l'extérieur ne constitue pas un obstacle à la sanction. Ainsi en avait décidé la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Béguelin Import* en 1971¹²⁷⁷. Cette réaffirmation du pouvoir administratif exorbitant par la jurisprudence européenne a tout d'une *extraterritorialité* qui n'avait que trop attendu pour se manifester. Elle dénote également ce qui constitue un « rattrapage » sur ce qui semblait devenir un délaissement du pouvoir administratif exorbitant affirmé et assumé au profit d'une certaine flexibilité pour ne pas dire mollesse.

740. Après la Seconde guerre mondiale, les stratégies de reconstruction et de remise à flot de l'économie eurent dû obéir à plusieurs positionnements selon qu'il fallait trop, peu ou pas du tout intervenir dans tel ou tel secteur de l'économie. La reconstruction aboutit alors à un retour de l'autorité économique de l'État, mais elle avait par la même occasion, et à dessein, engendré des géants économiques face auxquels le retour, bien que tempéré, du pouvoir administratif exorbitant s'avérera, quelques années plus tard, nécessaire. D'une côté, ce retrait progressif de l'État, bien que justifié à plusieurs égards, avait éprouvé le pouvoir administratif exorbitant dont la conséquence révèle aujourd'hui le vacillement du respect effectif de l'ordre public économique (**Section I**). De l'autre côté, cette prise de conscience conduisant au retour progressif du pouvoir administratif exorbitant dans l'économie s'est très vite avérée insuffisante puisque conçue au départ pour circonscrire la puissance des entreprises « issues » de la croissance des *Trente glorieuses*, l'on se rend compte qu'une justification plus puissante pointe à l'horizon : la mondialisation économique. Ce phénomène a eu comme premier effet juridique la prise de conscience d'une nécessaire et profonde métamorphose de la flexibilité de l'ordre public économique (**Section II**). D'où l'importance de ne pas réduire les années 80 et 90 à une simple libéralisation de l'économie par l'ouverture de la concurrence des domaines jusqu'alors sous monopole étatique. Ces années furent aussi celles de la restauration de l'ordre public économique confrontée à une économie effleurée sinon secouée par la mondialisation.

Section I- L'ordre public économique éprouvé par le retrait progressif de l'État

741. Retenu par la recherche naturelle de l'équilibre entre intervention et liberté économique, l'État a, plus ou moins sans le vouloir, par des choix de politiques économiques, failli perdre son pouvoir économique. Ces choix étaient justifiés au regard de la situation économique, mais

¹²⁷⁷ CJCE, 25 nov. 1971, *Béguelin Import Co Bruxelles c./SAGL Import-Export*, aff. C-22-71, *Rec.*, 1971, p. 949. Cf. aussi VOGEL L., *Traité du droit de la concurrence*, t.1, Droit de la concurrence, Droits européen et français, Bruylant, 2015, p. 42.

ils ont engendré une certaine porosité de l'espace économique de l'État (§1). Une restriction de l'apanage économique de ce dernier qui s'est sinon traduit ou du moins renforcé par une prolifération des partenariats public-privé au sein desquels l'État n'a pas un parfait monopole de l'autorité eu égard à certaines technicités qui lui échappent (§2). Au regard de telles mutations et en raison de la nécessité de restaurer un pouvoir administratif exorbitant effectif, il s'avérait indispensable de rationaliser le recours à l'autorégulation économique (§3). Car dans certaines situations l'autorégulation ne fait que renforcer la faiblesse perçue ou réelle de l'autorité économique de l'État¹²⁷⁸.

§1- La porosité de l'espace économique de l'État

742. La porosité renvoie à la réduction ou à l'augmentation de l'espace économique de l'État selon qu'il décide d'octroyer ou non une certaine liberté aux acteurs économiques. Cette perméabilité renvoie également aux secousses qui bousculèrent les États dans ce qui était considéré comme des espaces de monopoles naturels. Dans cette configuration, l'évolution de l'économie mondialisée et la multiplication rapide des acteurs ont été entre autres les prémisses d'une porosité face à laquelle l'État se devait de réagir.

743. Bien que bousculé sur le terrain de la souveraineté par les organisations internationales et les ONG, l'État a plus ou moins bien survécu à ce secouement. C'est finalement l'impétueuse entrée en jeu des multinationales dans l'économie (**B**) qui a du moins démontré sinon accéléré le dévoilement des limites du pouvoir économique de l'État (**A**). Ces limites ne doivent néanmoins pas être perçues comme des atouts pour les acteurs économiques dans la mesure où dans une situation de crise par exemple il n'y a que les États, *in extremis*, pour empêcher l'effondrement de l'économie.

A- Les limites du pouvoir économique de l'État

744. Les limites du pouvoir économiques de l'État se subdivise en deux aspects qui interagissent mais non nécessairement liés. D'une part, son pouvoir connaît des limites juridiques et factuelles (*I*). D'autre part, il y a une mutation des limites liée à la substitution des

¹²⁷⁸ En effet, l'autorégulation pourrait renvoyer une image d'un renoncement à l'autorité, à la force et à l'exorbitance de la puissance publique, se matérialisant par une autodiscipline qui se targuerait d'avoir su imposer sa propre discipline aux autorités publiques.

organisations internationales et des ONG par des acteurs cruciaux de la mondialisation dont la puissance économique ne cesse de titiller celui de l'État (2).

1- Limites juridiques et factuelles du pouvoir économique de l'État

745. Soumis à une certaine finesse dans son intervention économique, l'État se fixe volontairement certaines limites. Il y a des limites juridiques comme celles auxquelles sont soumis l'État et les collectivités territoriales¹²⁷⁹ que constitue le respect des libertés fondamentales des acteurs économiques dont entre autres celle de la liberté d'entreprendre. Mais il y a aussi des limites factuelles à l'intervention étatique. La sphère économique étant envahie par l'accroissement d'acteurs économiques aussi sinon prétendument plus puissants que les États, certaines de ces prétentions privées peuvent également se transformer en de sérieuses limites à l'action économique de l'État. Si la doctrine est plutôt prolifique¹²⁸⁰ dans la réclamation d'un ordre public économique qui puisse, non pas museler les acteurs ou réduire leur potentiel et leur liberté, mais encadrer « ce nouveau » pouvoir économique, la jurisprudence semble pour l'instant tempérer sa position au nom à la fois de la liberté économique et, en cas de jugement, de la protection des principes relatifs au procès équitable. Certains vont même plus loin en évoquant un ordre « *constitutionnel économique* »¹²⁸¹. La rareté de l'usage de l'expression « *ordre public économique* »¹²⁸² par la jurisprudence est plutôt frappante lorsqu'on mesure l'ampleur prise par cette notion auprès de la doctrine. C'est pourquoi certains ont considéré que le Conseil d'État, après avoir statué dans l'affaire *Million et Marais*, était devenu « *en fin juge* »¹²⁸³ en raison de la prise en compte des aspects et effets économiques du cas d'espèce.

¹²⁷⁹ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions *JORF* n° 52 du 03 mars 1982 (telle que modifiée et consolidée au 04 avr. 2019). Cf. aussi, NEMERY J.-C., « L'interventionnisme économique des collectivités locales », *Les annales de la recherche urbaine*, n° 28, 1985, p. 139-146.

¹²⁸⁰ LAGET-ANNAMAYER A., *L'ordre public économique*, LGDJ 2018, 406 p. ; PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 43.

¹²⁸¹ RICHAUD C., « La prohibition des pratiques anticoncurrentielles comme composante de l'ordre public économique », *Gazette du Palais*, 5 juill. 2016, n° 25 p. 30.

¹²⁸² Au niveau de la Cour de Cassation il faut citer l'arrêt n° 93-10-012, du 28 févr. 1995 pris en application de l'article D. 461-25 du Code de la sécurité sociale fixant le modèle type d'attestation d'exposition et les modalités d'examen dans le cadre du suivi post-professionnel des salariés ayant été exposés à des agents ou procédés cancérogènes. En l'espèce, le ministère public était chargé « *d'assurer le respect de la légalité et de l'ordre public économique même s'il n'a pas agi en tant que partie principale* » que la Cour l'évoque de manière expresse. Quant au Conseil d'État, c'est dans deux cas : l'arrêt CE, 9 mai 2001, *Sté. Chep France*, n° 231-320 et dans les conclusions de Jacques-Henri Stahl sur l'arrêt *Millions et Marais* qu'on a vu surgir que « *le commissaire du gouvernement considère que constituent des éléments essentiels de l'ordre public économique* » les dispositions relatives aux ententes, aux actions concertées et les abus de dépendance économique. Cf. VAUTROT-SCHWARZ Ch.-A., « L'ordre public économique », art. cit., p. 189.

¹²⁸³ TERNEYRE Ph., DE BECHILLON D., « Le Conseil d'État, en fin juge ! », *Pouvoirs*, 2004, n° 123, p. 61-72.

746. Si l'on additionne l'intégralité des acquis en matière de libertés économiques à l'hégémonie du système libéral, ayant eu, sans nul doute, entre autres comme conséquence la mondialisation de l'économie, l'on comprend mieux pourquoi est-il si difficile de revenir expressément et ouvertement à l'ordre économique étatique *stricto sensu*. Partant, bien que n'étant pas totalement démunie, l'État est amené à adapter son intervention à des contraintes factuelles et juridiques dont la conséquence sinon efface ou du moins amoindrit son pouvoir économique sur les acteurs privés. Dès lors que « *les libertés économiques présentent toutefois la spécificité d'être plus sensibles au contexte dans lequel elles se déploient* »¹²⁸⁴, il reste à l'État une honorable porte de sortie : la légitimité de fixer à la puissance de la mondialisation économique une limite raisonnable. Les fondements juridiques appuyant une telle limite abonde : l'intérêt général, l'ordre public économique et même la conception humaniste de l'économie. C'est-à-dire la nécessité d'une prise en compte effective des aspects non-économiques de l'économie, à défaut d'une humanisation de cette dernière.

2- Relégation des organisations internationales et des ONG par l'accroissement des multinationales cruciales

747. En droit international, les États se sont souvent plaints de l'amoindrissement de leur souveraineté par les institutions internationales¹²⁸⁵ auxquelles viennent s'ajouter, avec leurs moyens respectifs de pression, les non moins sous estimables organisations non gouvernementales et, dans une certaine mesure, les associations de consommateurs ou de défense d'intérêts spécifiques. Si, s'agissant des organisations internationales, les États y ont formellement souscrit à une certaine déposition de leur souveraineté, il n'en a jamais été ainsi pour les multinationales qui, du jour au lendemain, se sont imposées à eux comme des réalités économiques mondiales. Evidemment, les États ont facilité la création des multinationales, mais on est en légitimité de se demander si le « monstre ne risque pas d'avaler son créateur ». Même s'il est également vrai que certains « monstres » de la mondialisation ont atteint un tel niveau de puissance qu'ils risquent de « *s'autodétruire* »¹²⁸⁶. L'État ne peut en conséquence rester inerte et les laisser s'autodétruire en raison de leur caractère systémique.

¹²⁸⁴ BRACONNIER S., « Les libertés économiques jusqu'à la crise de 1929 », art. cit., p. 731.

¹²⁸⁵ Un amoindrissement pourtant consenti et dont les conséquences sont prévisibles et attendues dans une certaine mesure. Chose qui n'est pas garantie avec les pouvoirs privés économiques.

¹²⁸⁶ SINTES F., « Facebook : Le monstre va-t-il finir par avaler son créateur ? », 31 oct. 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://www.franceinter.fr/emissions/un-jour-dans-le-monde/un-jour-dans-le-monde-31-oct.-2017>. (Consulté le 15/11/2017).

B- L'impétueuse entrée en jeu des multinationales

748. L'entrée en jeu des multinationales a, sur la plan économique, complètement remis en cause la conception classique des notions de territoire et d'espace. Cette fulgurante ascension des acteurs privés (1) pourrait même avoir été l'un des éléments les plus déterminants dans l'émergence de ce qui est aujourd'hui appelé l'extraterritorialité (2).

1- Fulgurante ascension des pouvoirs économiques privés

749. Devenues pour la plupart des acteurs économiques cruciaux dont la régulation nécessiterait une adaptation spécifique et juste des moyens exorbitants des autorités de régulation et des juridictions, certaines multinationales ont profondément bouleversé le rôle économique de l'État. Friedrich Nietzsche affirmait, de manière assez prémonitoire en 1886, que « à la fin, --on peut déclarer avec assurance--la défiance envers tout gouvernement, l'intelligence de ce qu'ont d'inutile et d'exténuant ces luttes à courte haleine, devront conduire les hommes à une résolution toute neuve : à la suppression de l'opposition « privé » et « public ». Les sociétés privées tireront à elles pas à pas les affaires de l'État : même la pièce la plus solide qui restera du vieux travail de gouvernement (cette fonction, par exemple qui doit garantir les particuliers contre les particuliers) sera finalement un jour assurée par des entreprises privées [pouvant même entraîner] le décri, la décadence et la mort de l'État »¹²⁸⁷. Cette affirmation du XIX^{ème} siècle trouve un bel écho dans notre réalité contemporaine. Même si l'État n'est pas encore « mort », et tout doit être fait pour qu'il ne le soit pas, il n'en reste pas moins que la frontière entre le privé et le public ainsi que l'usurpation du régalien par des acteurs n'ayant pas le même motif que l'État, demeure une réalité tangible.

750. Un tel raisonnement s'inscrit dans la suite de la position de Michel Casteigts qui souligne que « c'est un truisme de le rappeler, comme ne manquent pas de le faire les Bossuet au petit pied qui clament, de studios en forums, « l'État se meurt ! l'État est mort ! » (...) le constat n'est pas dépourvu d'une part de vérité. Y contribuent notamment l'épuisement du modèle de l'État-nation, l'imprévisibilité croissante du monde contemporain et les mutations des processus de décision collective »¹²⁸⁸. Il rajoute que « le processus de globalisation affecte significativement les marges de manœuvre des institutions nationales, tant dans les domaines

¹²⁸⁷ NIETZSCHE F., *Humain, trop humain*, trad. de DESROUSSEAU A.-M., ALBERT H., revu par KREMER-MARIETTI A., Librairie Générale Française, 1995, t. I, p. 303.

¹²⁸⁸ CASTEIGTS M., « La crise existentielle des États entre recompositions de la souveraineté et métamorphoses des frontières », in D'ARGENT P., RENDERS D., VERDUSSE M. *et al.*, *Les visages de l'État : Liber amicorum Yves Lejeune*, *op. cit.*, p. 189.

économique et social pour ce qui est de la politique et le droit. Cette remise en cause touche particulièrement les États organisés selon le type de l'État-nation, avec superposition d'un dispositif de politico-institutionnel et d'une communauté humaine partageant une histoire, des valeurs, des représentations collectives, et une volonté de vivre ensemble »¹²⁸⁹. Pour éviter cette « mort », la restauration, quoique fine et parcimonieuse, du pouvoir administratif exorbitant demeure l'une des seules possibilités fiables offertes à l'État. Une telle restauration est nécessaire pour la pérennisation de l'intérêt général et l'ordre public économique dans une économie dont la mondialisation secoue jusque dans les recoins insoupçonnés du pouvoir étatique, surtout lorsque celui-ci se veut vertical.

751. L'« extraterritorialisation » du pouvoir administratif exorbitant se présente donc comme moyen de restauration de l'autorité économique de l'État à l'égard des multinationales. D'abord et surtout perceptible en droit de la concurrence¹²⁹⁰, l'extraterritorialité des règles juridiques en matière économique semble désormais englober les aspects les plus prétentieux de la régulation économique¹²⁹¹. Le régulateur en droit interne fait recours à l'extraterritorialité mais il s'avère, et à juste raison, qu'elle est de plus en plus mise en œuvre par la Commission européenne.

752. L'analyse de la jurisprudence de la CJUE enseigne que l'espace ne peut s'opposer à l'application du pouvoir administratif exorbitant lorsqu'il s'agit de maintenir l'ordre public économique. Ainsi, dans l'arrêt *Béguelin Import*, en application de l'article 101 TFUE, la Cour estime que le fait pour une entreprise participant à un accord d'être située dans un État tiers ne fait pas obstacle à l'application de ces dispositions dès lors que l'accord produit des effets sur le marché intérieur¹²⁹². Par des motifs similaires, dans l'arrêt *Ahlström Osakeyhtiö contre Commission*¹²⁹³, elle considère, à juste titre, que faire dépendre l'applicabilité des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire aux interdictions. Il est manifeste que de telles failles permettraient aux entreprises d'instrumentaliser ce vide et de malmener l'ordre concurrentiel. C'est d'ailleurs toute la question que pose l'absence d'une harmonisation

¹²⁸⁹ *Ibid.*, p. 190. Cf. aussi HABERMAS J., « Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie », in *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt-am-Main, Shurkamp, 1998, trad. franç., *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000.

¹²⁹⁰ FRIEDEL-SOUCHU E., GAUDEMET-TALLON H., *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne*, Paris, LGDJ, 1994, 494 p.

¹²⁹¹ Cf. SADOUN-MEDJABRA L., *L'extraterritorialité en droit international économique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2010, 449 p.

¹²⁹² CJCE, 25 nov. 1971, *Béguelin Import Co Bruxelles c./SAGL Import-Export*, *supra* ; PICOD F. (dir.), *Grands arrêts de la CJUE 2017*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 502.

¹²⁹³ CJCE, 27 sept. 1998, *Ahlström Osakeyhtiö c./ Commission*, aff. jntes, *supra*, pt. 16.

européenne du droit fiscal dont la conséquence se traduit par le recours aux paradis fiscaux. Dans les deux espèces, la Cour applique le principe « *des effets qualifiés* » qui se fonde non pas seulement sur le lieu de la conclusion des pratiques prohibées, ni sur le droit auquel les parties ont jugé nécessaires de les soumettre, mais sur la combinaison du droit international et du droit de la concurrence de l'Union de sorte que, lorsqu'il est prévisible que le comportement en cause « *produise un effet immédiat et substantiel dans l'Union* »¹²⁹⁴, il soit sanctionné en tant que tel. Il en va de l'effectivité de la préservation de l'ordre public économique.

2- Une application « réciproque » de l'extraterritorialité

753. Finalement, la conception de ce qu'il convient d'appeler l'extraterritorialité de la régulation économique dépend fortement de selon que l'on soit américain ou européen. Si à une époque récente, l'application sinon la répercussion du droit américain en dehors de son territoire était un monopole des autorités américaines, grâce à la mondialisation économique et la double présence de certaines multinationales aussi bien en Europe qu'aux États-Unis, l'extraterritorialité s'applique désormais en sens inverse. Le cas du « non-respect » de l'embargo américain par les banques BNP Paribas à Cuba ou de Total en Iran, illustre l'extraterritorialité du droit américain en Europe¹²⁹⁵. En face, les sanctions pécuniaires, énormément critiquées par les américains en raison de leur exorbitance contre des sociétés comme Microsoft en 2005 et 2007¹²⁹⁶ d'une part, et contre Google¹²⁹⁷, Facebook ou Amazon d'autre part, illustrent suffisamment, si besoin de preuve en était, l'extraterritorialité sinon du droit économique européen ou du moins du pouvoir administratif exorbitant de ses régulateurs économiques¹²⁹⁸.

¹²⁹⁴ CJUE, 6 sept. 2017, *Intel corporation Inc.*, *supra*.

¹²⁹⁵ BISMUTH R., « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anti-corruption américains : Le point de vue du droit international public », in GAUDEMET A., (dir.), *La compliance : un nouveau monde ? Aspects d'une mutation du droit*, ed. Panthéon-Assas, 2016, p. 37-64.

¹²⁹⁶ TPICE, 17 sept. 2007, *Microsoft c./Commission*, aff. T-201/04, *Rec.* 2007 p. II-3601.

¹²⁹⁷ Le 20 mars 2019, Margrethe Vestager indiquait dans un communiqué de presse que la « *Commission a infligé une amende de 1,49 milliards d'euros à Google pour abus illégal de position dominante sur le marché du courtage publicitaire lié aux recherches en ligne. Google a consolidé sa position dominante dans le domaine des publicités contextuelles en ligne et s'est prémunie contre la pression concurrentielle en imposant des restrictions contractuelles anticoncurrentielles aux sites web tiers. Ces pratiques sont illégales au regard des règles de l'Union européenne en matière de pratiques anticoncurrentielles. Du fait de ce comportement qui a perduré pendant plus de 10 ans, les autres sociétés se sont vu refuser la possibilité d'affronter la concurrence sur la base de leurs mérites et d'innover et les consommateurs ont été privés des avantages de la concurrence* ». Cf. Commission européenne, *La Commission inflige une amende de 1,49 milliards d'euros à Google pour pratiques abusives en matière de publicité en ligne*, Communiqué de presse n° IP/19/1770, Bruxelles, 20 mars 2019, Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_1770. (Consulté le 02/07/2019).

¹²⁹⁸ Mais dès lors que, comme c'est le cas de toute hégémonie linéaire, l'Europe a commencé à répliquer à travers notamment la taxe GAFA d'abord envisagée au niveau mais dont la réalisation est plus aboutie en France qu'ailleurs, les États-Unis commencent à prendre des mesures de rétorsions en taxant le vin français et bientôt les

754. Mais en plus de cette influence profonde des multinationales sur le pouvoir économique de l'État, ce dernier a lui-même pris des initiatives qui ont participé, quand bien même il n'y a pas de certitude qu'il aurait pu en être autrement, à la réduction de l'espace économique de l'État. La première conséquence d'une telle posture fut la reconsidération de la notion d'espace en droit économique.

§2- La mondialisation économique comme cause-effet de l'amointrissement irréductible de l'espace économique de l'État

755. Sans que l'on soit à même de trancher la question de savoir si le rétrécissement des territoires étatiques constitue une cause ou un effet de la mondialisation économique, il est à l'inverse possible de noter que la notion de territoire s'est profondément métamorphosée (A). Aussi, serait-il intéressant de démontrer en quoi les partenariats public-privé participent à cette mutation du territoire économique de l'État (B).

A- Mutation et métamorphose de la notion de territoire en économie

756. Il y a une véritable mutation de la notion de territoire au contact de la mondialisation économique. Au-delà même de la polysémie de cette notion, selon que l'on soit juriste, sociologue, économiste ou géographe¹²⁹⁹, le territoire n'a jamais autant suscité d'intérêt qu'à l'heure de la mondialisation économique. L'impertinence révélée du triptyque classique *État-population-territoire* saute aux yeux et ne laisse plus personne indifférente¹³⁰⁰. La mondialisation économique renvoie à cette vieille caducité de la limitation du territoire en ceci qu'elle a enfanté des acteurs, comme les « oiseaux »¹³⁰¹, pour qui la frontière n'existe que dans la tête des citoyens et surtout des États. Pour les acteurs économiques, « la géographie n'existe pas »¹³⁰², il n'y a que des points d'ancrage, des frontières artificielles à traverser, des marchés à conquérir, des consommateurs potentiels et des concurrents à écraser. Ces acteurs mettent tout

produits de luxe comme les sacs à main pour femme. La terminologie de guerre commerciale n'est plus seulement valable qu'à l'égard de la Chine, elle fait son chemin entre l'Europe et les États-Unis.

¹²⁹⁹ PAQUOT Th., « Qu'est-ce qu'un territoire ? », *La vie sociale*, 2011, n° 2, p. 23 à 32.

¹³⁰⁰ Cf. WACKERMAN G., « Quel sens pour la notion de frontière dans la mondialisation ? », *Cités*, 2007, n° 31, p. 83-91 ; G.-F. DUMONT, « Les territoires dans la "mondialisation" : sur trépied », *Population et avenir*, 2015, n° 721, p. 3. ; G. GARNER, *État, économie, territoire en Allemagne. L'espace dans le caméralisme et l'économie politique, 1740-1820*, Paris, l'EHESS, 2005, 436 p.

¹³⁰¹ KOURTESSI-PHILIPPAKIS G., « La notion de territoire : définitions et approches », in KOURTESSI-PHILIPPAKIS G., TREUIL R. (dir.), *Archéologie du territoire, de l'Égée au Sahara*, Paris, Édition de la Sorbonne, 2011, p. 7.

¹³⁰² VELTZ P., *Des lieux et des liens : essai sur les politiques du territoire à l'heure de la mondialisation*, La Tour-d'Aigues, L'Aube, 2012, 173 p. ; ZIMMERMANN J.-B., « Le territoire dans l'analyse économique. Proximité géographique et proximité organisée », *Rev. française de gestion*, 2008, n°184, p. 105 à 118, spéc. p. 105 et 106.

en œuvre pour qu'à partir du point d'ancrage ils accèdent à un autre point en franchissant les obstacles qui n'existent que dans la tête de ceux qui les prennent pour tangibles.

B- Les partenariats public-privé comme effet de la mutation de la notion de territoire économique de l'État

757. De « nombreuses insuffisances [pour le gestionnaire public], et notamment une quasi impossibilité de réparation des préjudices causés aux finances publiques »¹³⁰³ dans les partenariats public-privé ont été souligné. La difficulté d'aboutir à un partenariat réellement satisfaisant entre l'État et les acteurs privés est telle que « les rares auteurs, qui se sont en effet penchés sur la notion d'ordre public en droit des contrats publics, ont mis en avant 'l'impérialisme'¹³⁰⁴ de la nullité absolue en se fondant sur la seule primauté de l'intérêt général »¹³⁰⁵. À Dominique Pouyaud de rajouter que « la place prépondérante de la notion d'intérêt général en droit administratif conduit à reconnaître que la nullité absolue y joue un rôle primordial »¹³⁰⁶. Dans la même perspective Catherine Brechon-Moulenès rajoute que « c'est donc la primauté de l'intérêt général et plus exactement du but permanent du service qui justifie la notion de nullité absolue dans le contentieux contractuel »¹³⁰⁷. Mais empiriquement et avec une bonne dose de surprise l'on se rend compte que même cette nullité n'arrange pas vraiment les insuffisances subies par l'État¹³⁰⁸ dans les partenariats public-privé.

758. Il faut également noter que si certains estiment que l'État cède à ces nouveaux acteurs internationaux une « parcelle d'autorité »¹³⁰⁹, l'évolution des rapports montre que la réalité est beaucoup plus complexe et difficile à gérer par les États. Car cette parcelle d'autorité est en passe de devenir des « hectares d'autorité » dont la reconnaissance se mesurerait par l'absence de place pour des concepts comme « l'intérêt général » et dont le seul emblème est l'efficacité virtuelle qu'on n'appréhende quasiment jamais dans la réalité de la vie des consommateurs et des citoyens.

¹³⁰³ ABOU A., « Personnes publiques personnes privées : quelles responsabilités ? », 1^{er} nov. 2012, *RFFP*, n° 120, p. 51.

¹³⁰⁴ Terme emprunté à BRECHON-MOULENES C. « Remarques sur la notion de la nullité absolue dans les contentieux des contrats administratifs » *JCP*, 1973, I, 25588.

¹³⁰⁵ JANICOT L., « Ordre public et contrat administratif », in DEBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, op. cit., p. 61.

¹³⁰⁶ POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, thèse, Paris II, LGDJ, 1996, p. 409.

¹³⁰⁷ *Ibid.*, p. 63.

¹³⁰⁸ Cf. dans ce sens CRESPIY-DE CONINCK M., « Recherches sur la singularité du contentieux de la régulation économique », Paris, Dalloz, 2017, vol. 164, X-915 p.

¹³⁰⁹ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, op. cit., p. 41.

759. Il serait plus lucide de ne pas exagérer, ni de taxer la privatisation ou les partenariats public-privé comme la base de toutes les faiblesses de l'État. On n'est heureusement pas encore passé de « *la privatisation des services à la privatisation des esprits* »¹³¹⁰. Tant qu'existeront des esprits lucides pour séparer le privatisable de ce qui ne l'est pas, l'État peut continuer à assurer ses fonctions même s'il ne s'interdira pas d'associer les acteurs privés dans certaines de celles-ci. Le pouvoir des multinationales, qui ne cesse de grignoter sinon la souveraineté ou du moins le pouvoir économique de l'État, ajouté aux partenariats public-privé, qui ne se soldent, très souvent, que par le renforcement de la perte de son pouvoir économique; appellent à un recours raisonnable voire limité à l'autorégulation économique. Puis qu'il est tout à fait naturel que *l'imperium* ne le soit effectivement que quand il est mis en œuvre par une autorité externe sur un autre organe, tout ce qui sort d'un tel cadre demeure relatif et à relativiser.

§3- L'impertinence du recours excessif à l'autorégulation économique

760. Le recours excessif à l'autorégulation ou simplement une autorégulation non ou mal contrôlée peut avoir des effets indésirables voire désastreux sur l'économie. Raison pour laquelle, celle-ci endosse une responsabilité immense face aux crises économiques (A). Aussi, faudrait-il souligner le rôle régulateur desdites crises même si tout le travail de la régulation économique consiste à faire en sorte qu'elles ne surviennent pas (B).

A- L'autorégulation face aux crises économiques et financières

761. Dans le rapport de Larosière de 2009, rendu après la crise financière, il est clairement mentionné que parmi les causes de celle-ci il y a les « *défaillances de régulation du gouvernement d'entreprise* »¹³¹¹, dues non seulement au manque de maîtrise de nouveaux produits financiers mais aussi à l'ignorance voire à la sous-estimation des risques pouvant en découler. Quelles que soient ses vertus, l'autorégulation économique regorge des limites profondes en ceci qu'elle ne traite pas avec profondeur la question de « l'autorité sur soi ». Il s'avère qu'en cas de confrontation entre profit et effectivité de l'autorégulation, le premier prend le dessus sur la seconde, même si cela risque de porter atteinte à la stabilité du système.

762. Comme cela a été souligné plus haut, il ne faudrait néanmoins pas nier l'apport positif de l'autorégulation économique à l'effectivité de la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant. On passe, dans le contexte actuel, de la régulation à l'autorégulation et de cette

¹³¹⁰ RIVALLOIS F., DEGOFFE M., *La privatisation de l'État, op. cit.*, p. 321.

¹³¹¹ DE LAROSIERE J. (dir.), *The high-Level group on Financial Supervision in the UE*, Rapport, préc., p. 12.

dernière, et ce de manière beaucoup plus poussée, à la compliance. Cette évolution demeure une autre façon de rendre au pouvoir administratif exorbitant, bien qu'indirectement, toute son effectivité. Toutefois, abuser de l'usage de l'autorégulation économique peut conduire au renforcement des imprudences des acteurs économiques qui peuvent aller jusqu'à engendrer des crises comme ce fut souvent le cas dans l'histoire¹³¹². Il s'avère que « *l'interventionnisme étatique se nourrit, en effet, à titre principal, des situations de crise économique ou financière et, plus largement, des carences ou difficultés rencontrées par les opérateurs économiques, publics ou privés. L'intervention publique dans l'économie prend corps, en d'autres termes, lorsque les opérateurs sont en crise ou lorsqu'ils sont défaillants* »¹³¹³. Mais avec toute l'ampleur prise par la mondialisation économique et la sensibilité des données personnelles dont la maîtrise se trouve entre la main des géants qui n'hésitent pas à secouer les États, il est fondamental de ne pas attendre les prémices de crises pour agir et prévenir les limites de l'autorégulation de ces géants. Ils ont un rôle systémique trop important pour être laissés en toute liberté d'action selon leur seul et total bon vouloir.

B- Le rôle régulateur des crises économiques et financières

763. On ne peut légitimement soutenir que l'État et ses autorités de régulation doivent miser sur d'éventuelles crises pour aspirer à une effectivité de la régulation économique. Cependant, l'on ne peut nier le rôle régulateur que peut renfermer une crise, qu'elle soit économique ou financière. Les crises ont des causes diverses. L'une des plus déterminantes réside indéniablement dans l'imprudence voire le goût spéculatif démesuré des acteurs économiques. L'État veille à l'ordre public économique pour non seulement maintenir le marché viable mais également, dans une certaine mesure, protéger les acteurs économiques contre leur propre imprudence. Si malgré tout, et la régulation *ex ante* et celle *ex post* ne parviennent pas, par manque de lecture suffisamment exacte du marché et de ses acteurs, par dissimulation ou maquillage de la situation d'une entreprise systémique ou encore par concours inattendu de circonstances, à préserver l'ordre public économique et à éviter la crise ; cette dernière constitue en soi une des modalités, certes non souhaitable, mais modalité tout de même de régulation économique.

764. Il en a été ainsi de la crise économique de 1929 et plus récemment de celle de 2008. Aujourd'hui, l'autre potentielle crise est celle liée aux « traditionnelles » inégalités et à la

¹³¹² Cette témérité fut indexée tant en 1929 qu'en 2008.

¹³¹³ MESCHERIAKOFF A.-S., *Droit public économique, op. cit.*, p. 23 et s.

répartition des richesses. Traditionnelles dans la mesure où elles ont toujours été à la base des révolutions ou des crises, mais elles prennent une proportion assez singulière en ce XXI^{ème} siècle. On estime que seulement 9% détient près de 95% de la richesse mondiale¹³¹⁴. On peut donc souligner les vertus redistributives de la crise. La régulation économique a la lourde tâche d'éviter d'en arriver à de telles extrémités et ce quelles que soient l'incompréhension et les velléités éventuelles des acteurs économiques. C'est en ce sens que la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant doit être effective.

765. Même si Michel Aglietta souligne qu'il « *est clair que toute crise est sociale, en ce sens qu'elle naît de l'évolution des rapports des sociétés de classes. Mais elle affecte diversement les formes par lesquelles existent ces rapports. Ainsi la crise affecte toujours plus ou moins intensément les rapports économiques* »¹³¹⁵. C'est sur le fondement d'une telle analyse qu'on peut qualifier les crises financières de « *moments nécessaires de la régulation du capitalisme* »¹³¹⁶. Au-delà de la démonstration nette de Michel Aglietta du rapport étroit entre crise sociale--notamment le rapport salarial--et crises économiques voire même financières, on peut être dubitatif quant à la pertinence de renvoyer toutes les sources des crises au salariat. Il se trouve qu'il y a une diversité d'actions, d'inactions, d'imprudence et de témérité qui engendrent la crise. L'imprudence des acteurs économiques et financiers en sont aujourd'hui l'un des aspects les plus importants à surveiller par les autorités de régulation. La crise des *subprimes* n'avait, en réalité, aucun rapport direct avec le salariat à proprement parler dès lors que ce crédit « fantaisiste » n'impliquait pas un quelconque antagonisme de classe entre patrons et salariés. Les *subprimes* s'étaient pourtant avérées comme l'étincelle sinon le facteur déterminant et déclencheur de la crise financière de 2008.

Section II- La claudication de l'autorité économique de l'État au contact de la mondialisation économique

766. En pleine effervescence de la mondialisation économique, la meilleure réponse de l'État ne peut être le renoncement définitif de l'ordre et de l'exorbitance dans le domaine économique tant les risques de crises sont énormes. Comme l'indique la mise en garde du Professeur Yves

¹³¹⁴ LAWSON M., CHAN M.-K., RHODES F. *et al.*, *Services publics ou fortunes privées*, Rapport OXFAM, janv. 2019, 114 p., spéc. p. 6, disponible à l'adresse suivante : <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620599/bp-public-good-or-private-wealth-210119-fr.pdf>. (Consulté le 15/03/2019).

¹³¹⁵ AGLIETTA M., *Régulation et crises du capitalisme, l'expérience des États-Unis*, Paris, Calmann-Lévy, coll. « Perspectives de l'économie. Économie contemporaine », 1976, p. 297, 298.

¹³¹⁶ *Ibid.*

Gaudemet, la régulation économique ne doit pas se transformer en une « *dilution des normes* ». Il serait donc très regrettable de passer de ce qu'il considère comme dilution « *sémantique* » à une régulation vidée de son sens. Car il y a un risque que tout cela « *débouche sur une régulation bavarde et descriptive, instable, caractérisée par le souci du détail, de l'immédiateté, du cas particulier et en même temps un parti d'exhaustivité ; une régulation libre des qualifications et du vocabulaire du droit, lui préférant celui de l'exposé programmatique, de la communication, de l'incantation parfois, de la pédagogie toujours, par persuasion ou intimidation* »¹³¹⁷. La souplesse pouvant être adoptée de temps en temps par le Droit et la régulation prétentieuse ne doit en aucun cas se transformer en un effacement voire une inexistence de celui-ci.

767. Les limites de l'autorégulation économique et l'offensive de la mondialisation économique et ses géants ont conduit au trébuchement de l'autorité économique de l'État. Il est alors urgent d'apporter des réponses à cette légère faiblesse de l'autorité économique par la restauration, bien que raisonnée et fine, du pouvoir administratif exorbitant. S'il y a, au regard de ces mutations de l'économie mondialisée, une certaine résurgence de la souveraineté économique de l'État (§2), il n'en reste pas moins que les tentations qui prônent la gestion de celui-ci comme une entreprise se butent car l'État n'est pas une entreprise, tout comme, l'entreprise ne pourrait se substituer à ce dernier (§1).

§1- Les tentations inconsidérées de « l'État -entreprise » dans une économie mondialisée

768. Les comparaisons entre l'État et l'entreprise sont devenues si fréquentes qu'on est presque tenté de croire qu'ils ont la même essence, le même fondement. Pourtant, si l'un peut s'inspirer, sur des aspects très dérisoires, de l'autre, il n'en demeure pas moins que la seconde ne peut ni ne doit se substituer au premier. Même s'il nous arrivait d'avoir la légèreté de « réduire » l'État à une entreprise, serait-il une entreprise comme une autre, c'est-à-dire dans le sens premier du terme (A) ? La réponse à une telle interrogation est d'autant plus déterminante que l'État est, contrairement à l'entreprise, d'une essence incompressible, irréductible (B).

¹³¹⁷ GAUDEMET Y., « La régulation économique ou la dilution des normes », art. cit., p. 23.

A- L'État est-il vraiment une « entreprise » comme une autre ?

769. Si désormais des notions comme l'efficacité, l'efficience et même les résultats chiffrés font parties du vocabulaire de l'État et de ses agents ; il n'en reste pas moins que celui-ci ne peut être géré comme une entreprise. D'abord par ce que les citoyens ne sont pas des salariés, ensuite, l'intérêt général ne peut être opposé au profit dans une entreprise, et en fin, il n'est pas inenvisageable que l'État se contente d'une vision réduite au profit et à l'augmentation des richesses sans projection à long terme avec comme toile de fond l'intérêt général et les citoyens. Les aspects non-économiques de l'économie doivent demeurer des repères fondamentaux et donc irremplaçables pour l'État. Le management ou même la délicate question des résultats chiffrés au sein des services de l'État n'est en réalité pas le véritable nœud de discorde, c'est plutôt la volonté de réduire l'essence même de celui-ci à la rentabilité, oubliant *de facto* une bonne partie sinon l'essentiel de sa mission : l'ordre public, le service public, l'intérêt général, etc.

770. La question fut d'abord abondamment posée dans les médias et ce depuis les années 70 qui avaient vu le retour accentué des politiques néolibérales. Malgré la forte tentation, nombreux sont ceux qui rappellent que la velléité de gérer l'État comme une entreprise ne saurait être admise dans la mesure où l'un et l'autre « *ont de raisons d'être, des buts et des essences totalement différents* »¹³¹⁸. L'État n'est pas une entreprise et l'entreprise ne peut devenir un État.

771. La question se pose aussi de manière sérieuse auprès de la doctrine. Peut-on gérer l'État comme une entreprise ? Le fait même que cette question soit posée est une preuve d'une certaine mutation du rôle de l'État et de sa perception dans notre société. Dans son article intitulé « *A Country is Not a Company* », Paul Krugman indiquait que « *Many people believe that someone who has made a personal fortune will know how to make an entire nation more prosperous* »¹³¹⁹. Les deux obéissent à des logiques totalement différentes. L'État, fondant ses actions sur des principes démocratiques, eux même renvoyant à la prise en compte de la majorité laquelle n'est pas nécessairement la plus fortunée, l'on ne peut admettre qu'il se permette de ne prendre en compte que l'efficacité de ses méthodes dans la gestion de la vie

¹³¹⁸ NURDIN G., « Peut-on gérer l'État comme une entreprise ? », 04 janv. 2019, disponible à l'adresse suivante : https://www.capital.fr/economie-politique/peut-on-gerer-un-etat-comme-une-entreprise_1322030. (Consulté le 10/04/2019).

¹³¹⁹ KRUGMAN P., « *A Country is Not a Company* », *Harvard Business Review*, January-February 1996, p. 41.

collective. L'effectivité et le service public demeurent en l'occurrence des repères fondamentaux.

B- L'essence d'une différence indépassable

772. Une entreprise peut licencier n'importe lequel de ses salariés qui ne lui rapporte pas assez alors que l'État est tenu de prendre sinon soin ou tout le moins bien traiter ses citoyens y compris ceux qui lui sont hostiles. L'insertion des droits fondamentaux dans le droit pénitencier nous en donne une certaine illustration. L'essence de toute la différence entre l'État et l'entreprise. Raison pour laquelle, l'État doit se ressaisir et explorer le fond de ses entrailles régaliennes pour trouver la prétention nécessaire à la préservation de ce qui fait de lui cet animal singulier aussi contesté qu'admiré et, somme toute, indispensable.

§2- L'indispensable résurgence de la souveraineté économique de l'État

773. La souveraineté étant ce qu'elle est, c'est-à-dire aussi immatérielle qu'indispensable, l'on ne peut être exhaustif sur les secousses qui bousculent l'État sans aborder le versant économique de celle-ci. Autant, son déploiement politique et territorial peut être plus ou moins palpable, autant sa matérialisation peut être inévidente voire insaisissable (A). Le déploiement de la souveraineté, c'est-à-dire sa tentative d'englober des domaines nouveaux et parfois inattendus, n'est pas de nature à faciliter une position qui concilie concomitamment et indéfiniment son ancrage et sa mutation (B).

A- Le principe de souveraineté confronté à sa relative prépondérance économique

774. La souveraineté est une prérogative tellement autonome qu'elle se place au-dessus du pouvoir. C'est une prérogative qui place son bénéficiaire à un niveau tel que son action « *échappe au contrôle d'un organe supérieur* »¹³²⁰. La souveraineté est la supériorité, le paroxysme incarné. Par exemple, on dit du juge qu'il a une appréciation souveraine des faits motivant sa décision. Pour Jacques Chevallier, la personne juridique souveraine par excellence demeure l'État. En effet, indique-t-il, « *il n'y a au-dessus de l'État souverain aucune puissance qui soit capable de le limiter juridiquement* ». La conséquence d'une telle souveraineté a ceci de tangible que « *l'État ne connaît aucune puissance supérieure à la sienne au-dehors, aucune*

¹³²⁰ PICOTTE J., *Juridictionnaire*, Université de Moncton, oct. 2018, 2583 p., spéc. p. 2490, disponible à l'adresse suivante : <http://www.cttj.ca/Documents/Juridictionnaire.pdf>. (Consulté le 10/03/2019).

puissance égale à la sienne au-dedans »¹³²¹. Cette souveraineté juridique est celle qui caractérise l'État, dans le principe, vis-à-vis de tous les acteurs avec lesquels il interagit. Que cela soit les États tiers, les organisations internationales et maintenant les multinationales qui convoitent, non sans témérité, une souveraineté dont l'objet vise tout sauf la gestion de la collectivité au profit de l'intérêt général mais dans l'unique dessein de ne subir aucune contrainte fut-elle justifiée et proportionnée. On peut, dans le premier et le deuxième cas, parler de la souveraineté externe de l'État. Dans le dernier cas, il s'agirait ainsi de la souveraineté interne qui se doit d'être *erga omnes*, citoyens et acteurs économiques compris. C'est-à-dire à l'égard de tous au sein du territoire étatique. Cependant, cette distinction interne-externe n'est plus tout à fait probante lorsqu'il s'agit de l'économie. La mondialisation économique et les partenariats public-privé ont profondément remis en cause ces « frontières » traditionnelles. On assiste alors à une limitation relativement profonde de la souveraineté de l'État.

775. Par analogie, l'on peut définir la souveraineté économique de l'État comme sa faculté à agir sur ou dans l'économie sans se soumettre à une quelconque autorité qui lui soit supérieur. L'économie fait partie de ces domaines dans lesquels il y a remise en cause sinon titillement d'une telle autorité. Si l'on peut évoquer une souveraineté économique de l'État en ce sens qu'il lui appartient, à titre exclusif, de définir sa politique économique, l'orientation de son action économique ainsi que sa tendance interventionniste ou libérale, il n'en reste pas moins que, dans l'ensemble de ces aspects, il se trouve contraint de concilier sa souveraineté avec d'autres acteurs dont la puissance semble grignoter celle de sa souveraineté économique. Parant, « *les mythes relatifs à la toute-puissance de l'État et de ses représentants se dégonflent comme de véritables baudruches ; ce qui était jusqu'alors dogmes indiscutables, vérités incontestables, certitudes établies, devient artifices, subterfuges, évidences tronquées* »¹³²². Cette mutation se renforce davantage dans le domaine économique mondialisé.

B- De la souveraineté géographique à la souveraineté numérique et virtuelle

776. La numérisation et la dématérialisation de l'économie remettent singulièrement en cause la souveraineté étatique en ceci qu'elles la bousculent, la poussent jusque dans ses derniers retranchements. En face et par le biais d'une métaphore digne de devenir réelle, l'État oppose

¹³²² CHEVALIER J., *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, art. cit., p. 35.

sa souveraineté numérique. Cette dernière est définie par Isabelle Falque-Pierrotin, présidente de la CNIL, comme « *étant la possibilité de déterminer et faire appliquer sur un territoire un cadre juridique, y compris à des acteurs non installés sur ce territoire* »¹³²³. Une souveraineté qui s'exprime *erga omnes*. Le Professeur Dominique Rousseau souligne dans ce sens que « *la souveraineté économique ne veut plus rien dire quand les grands contrats internationaux opèrent des transferts de technologie et que les produits ne sont plus fabriqués par et dans un seul pays mais à partir de composants venant de tous les continents. La souveraineté nationale ne veut plus rien dire quand les barrières commerciales sont abolies entre les États comme elles l'ont été autrefois entre les provinces de l'État et que les communications tendent à universaliser les consciences* »¹³²⁴. En d'autres termes, la prise en compte de la mutation numérique de l'économie implique inéluctablement, de la part de l'État, de revoir sinon de remodeler sa conception classique de la souveraineté. La souveraineté cantonnée d'antan dans un territoire géographique donné se trouve aujourd'hui ébranlée par l'apparition du territoire numérique qui, pour sa part, ne connaît pas de frontière. En conséquence, il est nécessaire de réinventer la souveraineté globale dans son versant économique et numérique. Pour ce faire, il faut une véritable réviviscence de celle-ci au regard de ce qu'est devenue l'économie contemporaine.

777. La nécessité sinon d'une métempychose du moins d'une résurgence de la souveraineté économique de l'État est globalement dictée par les mutations engendrées par la mondialisation et la dématérialisation économique. Elle s'est surtout avérée nécessaire au regard de la puissance acquise par les multinationales dans des domaines aussi sensibles que déterminants que sont le numérique et l'assurance¹³²⁵. Comme à l'époque du paroxysme du dirigisme économique, l'on fit appel à la liberté économique, il est temps de faire appel à certains principes étatiques pour circonscrire et dompter le paroxysme de la mondialisation économique. « *Aussi les libéraux s'étaient-ils élevés avec vigueur pendant la première moitié du XIXe siècle contre un système qu'ils jugeaient contraire aux libertés. La perspective change néanmoins*

¹³²³ Même s'il est impératif de revoir les ambitions numériques dans la mesure où à la même époque la sanction de 100 000 € contre un Géant comme Google, qui avait refusé de respecter une mise en demeure de la CNIL, ne semblait pas refléter toute la dimension qu'on peut attendre d'une souveraineté. Il faut néanmoins reconnaître qu'en l'espèce, légalement, la sanction maximale de cette infraction était fixée à 150 000 €. Il est donc indispensable que la souveraineté numérique soit portée et accompagnée par une adaptation législative. Cette dernière se doit de prendre en compte la force la « crucialité » ou non des acteurs concernés. Cf. DUFOUR O., « Rapport annuel de la CNIL : 2015, l'année choc ! », art. cit., p. 4 et 5.

¹³²⁴ ROUSSEAU D., « Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel », *Les nouveaux cahiers du droit constitutionnel*, 1 oct. 2017, n° 57, p. 9.

¹³²⁵ En 2014, dans une réunion avec les assureurs, le ministre de l'économie reconnaissait que ceux-ci « *doivent jouer un rôle crucial aux côtés des pouvoirs publics pour garantir la souveraineté économique de la France* ». Cf. Communiqué du 22 mai 2014, *RGDA*, n° 6, p. 325.

*radicalement à la fin du XIXe siècle : le droit administratif n'est plus perçu comme un privilège pour l'administration mais comme un dispositif de protection des droits des administrés »*¹³²⁶.

Ces considérations non négligeables dictent un retour à des concepts classiques comme le pouvoir administratif exorbitant pour, non pas instaurer le dirigisme pour le dirigisme, mais afin de puiser dans ce concept la part d'autorité nécessaire à l'encadrement des acteurs économiques et, par la même occasion, la sauvegarde de l'ordre public économique protecteur des valeurs et des acteurs.

778. Si, sur le plan interne, il est inconcevable que les collectivités locales se substituent à l'État dans la définition de la politique économique nationale¹³²⁷ au motif que la souveraineté s'exerce pleinement à leur égard, il serait paradoxal voire insensé que la souveraineté fléchisse à l'égard de mondialisation économique et ses puissants acteurs. Tout doit être mis en œuvre pour que l'État conserve sa capacité, certes de tenir en compte de la mutation du monde, mais de « reposséder » toute sa latitude dans le domaine économique. Dès lors qu'il n'est pas que « prestataire » de service public, il est aussi et avant tout une puissance publique singulière qui veille à la sauvegarde d'un ordre bien déterminé.

779. Si, pour le consommateur et le producteur, l'enjeu est, pour le premier, de maximiser son utilité sous contrainte financière selon ses revenus et que pour le second, il est celui d'optimiser son profit sous contrainte technique ; l'État de son côté « *maximise une fonction-objectif sous contrainte budgétaire* »¹³²⁸. C'est dans la perspective de cette conciliation, de cette dichotomie *fonction-objectif*, que l'État a dû prendre en compte toute la mutation de son pouvoir dans le temps. Il en a résulté la mise en place d'autorités indépendantes pouvant concilier liberté des entreprises et sauvegarde de l'ordre public économique.

¹³²⁶ CHEVALLIER J., *Fondements idéologiques du droit administratif français*, op. cit., p. 58.

¹³²⁷ DREYFUS J.-D., « Constitution et compétences normatives économiques des collectivités locales », *LPA*, 22 janv. 2009, n°16, p. 14.

¹³²⁸ BACACHE-BEAUVALLET M., « L'État : contrainte et liberté, approche économique », *Pouvoirs*, Seuil 2012, p. 21-31, spéc. p. 22 et s.

Chapitre II- La mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant dans le temps

780. Naguère, les risques de confrontations entre les États conditionnaient plus ou moins les modalités de recours aux pouvoirs exceptionnels entraînant une certaine exorbitance. Il semble aujourd'hui que les guerres sont plus économiques que militaires. Les temps ont changé mais l'ordre public économique demeure toujours ancré, c'est de bon augure, dans une conception philosophique spécifique et prétentieuse. Cette conception est certes évolutive, mais demeure influencée de part et d'autre selon que l'on soit dans des espaces géographiques d'obédience libérale ou interventionniste. Le rôle plus ou moins fort de l'autorité dans l'économie est donc fortement tributaire du temps et des circonstances.

781. Le rôle avant-gardiste de la France s'est manifesté très tôt par la création de la CNIL en 1978 d'autant plus que l'ampleur prise par la régulation du numérique aujourd'hui dénote suffisamment l'importance de l'adaptation des moyens de régulation aux exigences temporelles pouvant effectivement encadrer les acteurs économiques. Au niveau européen, les mutations ont évolué en parallèle. La conjoncture historique, caractérisée par la volonté d'une union européenne, l'ascension du libéralisme économique ainsi que la nécessité de disposer de géants, aspirant concurrencer les américains, dans la mondialisation de l'économie sans pour autant sacrifier une certaine idée de l'économie, celle qui doit être au service de l'humain¹³²⁹ ; l'Europe s'est donc retrouvée dans une « *quête d'identité et de modèle* [devant se caractérisée par] *une vision* [spécifique] *de la mondialisation : prospérité partagée et régulation* »¹³³⁰.

782. Toutes ces considérations politiques et conjoncturelles ont conduit dans les années 70, caractérisée par le paroxysme du boom économique, à laisser faire et à ne mettre en œuvre le pouvoir administratif exorbitant que d'une manière très relative (**Section I**). Mais dès les années 80 et plus spécialement dans les années 90, qui ont connu la métamorphose et l'ampleur de l'Internet dans le domaine économique, on assiste à un retour, quoique timide, du pouvoir administratif exorbitant. Ce sont les années 2000, avec la montée en puissance des géants du numériques et leur « crucialité », qui ont vu la recrudescence des autorités de régulation avec notamment la transformation de certains conseils ou commissions en autorités. Une

¹³²⁹ Nous ne sous-entendons guère que la conception américaine sacrifierait l'humain, nous voulons simplement souligner une certaine divergence dans la protection de celui-ci.

¹³³⁰ JAMET J.-F., « L'Europe et la mondialisation économique », *Questions internationales*, juin 2008, n° 31, p. 41.

terminologie loin d'être neutre lorsqu'il s'agit de réaffirmer l'autorité économique de l'État (**Section II**).

Section I- L'application relativement timorée du pouvoir administratif exorbitant en temps de stabilité économique

783. La régulation économique est fortement tributaire du temps et des circonstances même si elle se doit d'être dans une alerte permanente. À la fin de la Seconde guerre mondiale et pendant la période des *Trente glorieuses*, la question de la régulation ou du moins de la nécessité d'encadrer et de circonscrire le pouvoir naissant des acteurs économiques, tant nationaux qu'internationaux, ne se posait pas avec une acuité particulière. D'où le retrait progressif de l'implication de l'État dans la direction de l'économie. Le but de l'interventionnisme de l'après-guerre était à juste titre de remettre l'économie en marche et octroyer à ses acteurs un environnement stable, viable et fécond pour l'exercice de leurs activités.

784. Fidèles à la logique de la plus-value et du profit comme il en est et en sera toujours de coutume, les acteurs économiques cherchaient déjà à savoir comment sinon s'échapper ou du moins contourner la réglementation et, de leur point de vue, son excès¹³³¹. Une telle évolution des rapports entre les acteurs économiques et l'autorité de l'État restituait en toute fidélité les limites de la mise en œuvre implicite voire le retrait du pouvoir administratif exorbitant dans l'économie (§1). Il en a résulté un retour, quoique mesuré, de l'autorité économique de l'État. Même s'il s'est avéré à l'époque, qu'il était difficile d'affirmer une mise en œuvre explicite du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation des acteurs économiques (§2).

§1- Recours implicite au pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique

785. Il était logiquement et stratégiquement nécessaire, après avoir octroyé une certaine liberté de s'autoréguler aux acteurs économiques, de n'envisager le retour de l'exorbitance que de manière implicite. C'est ce à quoi s'est par exemple livrée l'ADLC comme l'indique Tomas Pez. « *Transposée à l'économie la notion de police recouvre l'ensemble des dimensions de la régulation : à la police administrative qui a un caractère préventif (empêcher les désordres) et curatif (rétablir l'ordre), et à la police judiciaire qui a un caractère répressif (poursuivre les*

¹³³¹ Un excès qui, de leur point de vue, est synonyme de contrainte et de complexité.

délinquants), correspondent les deux attitudes *ex ante* et *ex post* de l'Autorité de la concurrence et des régulateurs sectoriels »¹³³². Cette autorité emprunte bon nombre de ses méthodes de régulation à ces deux types de police dans la sauvegarde de son rôle de « police de la concurrence ».

786. Il en est également ainsi de l'ensemble des autres autorités de régulation. Qu'il s'agisse de la CNIL, du Conseil supérieur de l'audiovisuel, (ci-après CSA), ou encore de l'ARCEP et toutes les autres autorités de régulation économiques. On intériorise les objectifs fixés par le droit dans les entreprises afin que ces dernières participent activement à leur mise en œuvre. Mais les acteurs régulés étant fidèles à eux-mêmes, le régulateur se voit très rapidement contraint de renforcer sinon de substituer autant que possible la régulation *ex ante* par une implication et une surveillance accrues *ex post* afin de garantir l'effectivité desdites règles. Comme l'indique un auteur, « *ce qui est véritablement en cause c'est l'articulation de la régulation ex ante-ex post de l'État interface. Ce n'est pas la gestion de la disparition de l'État, ou à tout le moins la gestion de son retrait pour redonner au marché le rôle de producteur-réducteur d'inégalité, qui doit être envisagé. C'est beaucoup plus la recherche d'un État efficace dont les interventions devraient obéir à des principes de gestion rigoureux* »¹³³³. Un tel positionnement des autorités de régulation se justifie par le fait que l'autorégulation, correspondant à une mise en œuvre implicite du pouvoir administratif exorbitant, est plus propice en période de stabilité qu'en période de crise. Et même en période de stabilité, la vigilance est requise dans la mesure où des comportements inappropriés de la part des acteurs régulés, notamment les plus cruciaux d'entre eux, les plus systémiques, peuvent facilement ébranler la stabilité et conduire à la crise.

787. *In fine*, cette tendance qui consiste à ne pas mettre en œuvre l'exorbitance de l'État dans l'économie semble toujours opérationnelle. L'argument avancé est celui de ne pas bousculer les acteurs économiques qui risquent, en cas d'excès d'autorité, soit de délocaliser leurs investissements pour ceux qui en ont les moyens, soit de subir une concurrence insoutenable et tomber en faillite pour ceux d'entre eux qui évoluent sur le plan national sans alternative. Mais très rapidement, l'État, par le biais des autorités de régulation s'est rendu compte que la flexibilité et la prise en compte de la rapidité nécessaire à l'exercice des activités économiques

¹³³² PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 57.

¹³³³ GARRABE M., « Production de transferts et d'assistance : contestation du rôle de l'interventionnisme social de l'État providence », in Centre d'études et de recherches administratives, *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, op. cit., p. 299-307.

ne justifient pas tout. D'autant plus que cette volonté de faire preuve de flexibilité peut être exploitée voire instrumentalisée par certains acteurs économiques dans le but de se soustraire au droit et à leurs responsabilités, qu'elles soient sociales ou environnementales. Le pouvoir administratif exorbitant vient donc, dans ces conditions, revoir les modalités de son application. Son application indirecte ne suffisant plus totalement, n'y a-t-il pas lieu, ne serait-ce que dans certains domaines, de le réaffirmer et de l'appliquer aussi explicitement que verticalement ?

§2- Vers une (re)mise en œuvre explicite du pouvoir administratif exorbitant ?

788. En 2002, à l'aube du XXI^{ème} siècle, période concomitante avec la prolifération d'autorités de régulation et de secteurs à réguler, la Professeure Marie-Anne Frison-Roche s'interrogeait sur le « *Pourquoi des autorités de régulation* ». Dans cet article quasi liminaire, elle indiquait qu'une autorité de régulation est « *un organisme indépendant, tant du secteur régulé que du gouvernement, qui émet des règles, surveille un secteur et sanctionne les violations que les opérateurs font des règlements qui les gouvernent* »¹³³⁴. Elle justifiait la prolifération des autorités de régulation par le fait que réguler les secteurs tels que la télécommunication, la banque, l'énergie ou encore la finance, valait mieux que « *rien* ». Une telle argumentation restituée avec ferveur la nécessité d'alors de réguler, d'autant plus que l'absence ou du moins le retrait du pouvoir politique et son exorbitance face à la montée des acteurs économiques était tel qu'il fallait se rattraper. Une telle montée en puissance des autorités de régulation était en réalité la résultante de deux choses. Premièrement, c'est une « *session de rattrapage* » à l'égard du laisser-faire instauré pendant les décades post-Seconde guerre mondiale. Deuxièmement, la mise en place des autorités de régulation semblait, ce qui s'avère aujourd'hui être proche de la vérité, être la seule manière de désengorger les tribunaux et réduire l'excès de réglementation que critiquaient également les mêmes libéraux, partisans de moins de législation et de plus d'adaptation et de laisser faire.

789. Il est évident que le pragmatisme impose de concéder « *que les pouvoirs publics ne peuvent plus à eux seuls apporter des solutions au regard de la complexité d'un contexte international mondialisé. Cela implique au demeurant une étroite coopération entre les secteurs publics et privés dans l'intérêt d'une régulation pragmatique voire même innovatrice* »¹³³⁵. Mais est-ce pour autant toute exorbitance, digue séparant l'ordre de la stabilité

¹³³⁴ FRISON-ROCHE M.-A., « Pourquoi des autorités de régulation », in Club Ulysse, *Le politique saisie par l'économie : enjeux économiques et sociaux des élections de 2002*, Paris, Economica, 2002, p. 271-285, spéc. p. 271.

¹³³⁵ Comité économique et social européen, « L'autorégulation et la corégulation européennes », art. cit., p. 20.

au désordre de la crise, doit disparaître. Les autorités de régulation, non sans subir d'énormes critiques les taxant d'interventionnistes outrancières, se doivent de veiller à cet équilibre. La prise de position sur l'exorbitance dans l'économie pour préserver l'ordre public économique n'est plus uniquement un discours du Politique, le législateur et même le juge y prêtent une oreille attentive.

790. La mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant de manière explicite et de façon littéralement revendiquée, est variable selon que l'on soit en face de l'une ou de l'autre conception du rôle de l'économie dans la société notamment dans ses rapports avec le droit. Le vieux débat inutile et interminable qui consiste à chercher mordicus une hiérarchie entre le droit et l'économie nous en donne des illustrations et permet tout de même de nous questionner sur la finalité des deux matières. L'économique est-il une fin en soi ou alors s'agit-t-il d'un moyen parmi tant d'autres permettant d'atteindre l'équilibre et le bien être dans la société ? À ce sujet, Véronique Champeil-Desplats apporte un éclairage édifiant et saisissant en affirmant que « *la solution libérale accorde la primauté aux libertés économiques sur les autres droits fondamentaux. Elle présente deux variantes. La première est ultra-libérale. Les libertés économiques sont à la fois un moyen et une finalité première. Elles sont auto-suffisantes et conditionnent tout. Dans sa forme extrême, cet ultra-libéralisme suspecte le droit de la concurrence car la concurrence pure et parfaite n'a pas besoin d'encadrement juridique. La seconde variante de type « libéral-social » est plus tempérée. Les libertés économiques sont un moyen mais non une fin, ou non l'unique fin possible. Elles sont le préalable à l'effectivité des autres droits et libertés, notamment des droits sociaux. Le droit de la concurrence peut servir des objectifs économiques et sociaux, et aménage les possibilités de dérogation aux libertés économiques* »¹³³⁶. Cette deuxième conception semble plus en phase avec la vie que le droit véhicule de la société et de son équilibre. Mais l'émergence exponentielle des multinationales et tout type d'entreprises cruciales en phase avec la première conception a fini par susciter la renaissance du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique afin de veiller à la sauvegarde des valeurs essentielles de la société dans ses rapports avec l'économie. Les autorités de régulation jouent, à cet effet, un rôle plus que primordial.

¹³³⁶ CHAMPEIL-DESPLATS V., « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », art. cit., p. 8.

Section II- Le pouvoir administratif exorbitant ressuscité par les autorités indépendantes de régulation

791. S'il faut réitérer que l'efficacité de la régulation économique ne passe pas nécessairement par l'augmentation du nombre d'instances de régulation, il ne s'en s'avère pas moins que la multiplication, la complexité et la volatilité des domaines économiques nouveaux impliquent une véritable stratégie pour une régulation effective et porteuse. Il y a eu, ces dernières années, tant sur le plan national¹³³⁷ qu'eupéen¹³³⁸, une constante et très salutaire évolution du nombre d'experts régulateurs au sein des instances de régulation. Dans la mesure où la régulation devient de plus en plus exigeante, complexe et technique, le renforcement des effectifs et des compétences devient de plus en plus indispensable. On pourrait légitimement se demander pourquoi ne pas se contenter des mécanismes classiques de mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant pour encadrer et « discipliner » les acteurs cruciaux de l'économie mondialisée. Mais la réalité exige tout l'inverse.

792. Le juge, le régulateur et la technicité du domaine économique ont un rapport intimement lié. Le législateur, le régulateur et le juge ont pour mission de discipliner ce domaine, ce en dépit de toute sa technicité. Mais la technicité des domaines régulés titille les deux derniers beaucoup plus que le premier. Pour Marie-Anne Frison-Roche, par exemple, « *le juge, qui a plein pouvoir pour interpréter le droit [...], n'a pas de légitimité, ni de compétence technique, à fixer des tarifs ou à concéder des droits (l'exploitation du domaine public, ce qui relève des pouvoirs de l'administration). Le juge est certes un acteur essentiel dans les nouveaux mécanismes de régulation, puisque c'est devant lui que seront portés les recours contre les autorités [...] mais réguler et contrôler le régulateur sont deux offices distincts* »¹³³⁹. Il y a donc non seulement un souci de désengorgement des juges traditionnels, qui n'interviendront qu'*a posteriori* pour vérifier que les régulateurs ont respecté les principes du droit dont notamment

¹³³⁷ « À titre d'exemple, à l'autorité européenne des marchés financiers, l'effectif est passé de 20 à 35 agents au cours de l'année 2011, puis de 100 au 31 décembre 2012. L'objectif est d'atteindre 194 agents (dits temporaires en 2016). À cela il faut ajouter, au 31 décembre 2011, 10 agents contractuels et 16 experts nationaux détachés. Totalisant plusieurs milliers d'agents ». Cf. LE THEULE F.-G., « Surveillance, régulation financière et gouvernance européenne. Contribution à l'analyse d'une réforme européenne au travers d'une étude de cas : le rapport de Larosière (2009) », in DE BOISSIEU Ch., LE THEULE F.-G., BAILO P., *Comment la régulation financière peut-elle sortir l'Europe de la crise ?*, Strasbourg, ENA, 2014, p. 207.

¹³³⁸ « Le plan stratégique 2009- 2013 de l'autorité des marchés financiers en France indique ainsi que ses effectifs sont passés de 363 postes fin 2009 à 422 en 2012, l'objectif étant d'atteindre 469 postes en 2016. Il indique également que les effectifs moyens en 2011 de la FCA au Royaume-Uni est de 2848 agents, de 570 pour la CONSOB en Italie, de 483 pour l'AMF aux Pays-Bas, et de 288 pour la FSMA (Belgique) ». Cf. LE THEULE. F.-G., « Surveillance, régulation financière et gouvernance européenne », art. cit., p. 208.

¹³³⁹ FRISON-ROCHE M.-A., « Pourquoi des autorités de régulation ? », art. cit., p. 274.

ceux portant sur le procès équitable. Ensuite, il y a un autre motif plus probant cette fois. C'est celui de la technicité et de « l'exponentialité » avec lesquelles l'économie mondialisée se déploie. De ce point de vue, Guy Canivet restitue fidèlement tout le besoin des juges d'opérer une mutation, quittant les attributions classiques pour devenir ce qu'il appelle « *des juges économique* »¹³⁴⁰ qui, cependant ne doivent pas pour autant être des « *juges économistes* »¹³⁴¹. Les autorités de régulation se trouvent donc mieux placées, sur ce point précis, que le juge pour manier cette technicité même si pour le contrôle de leur pouvoir, celui-ci ne doit pas en être un total profane. D'un certain point de vue, certains juges se sont plaints de la conséquence de la technicité de la régulation économique car elle a eu pour effet « *d'accorder aux autorités administratives indépendantes investies de missions de régulation au moment de leur création des moyens importants refusés aux juridictions* »¹³⁴². Il s'avère tout de même « *difficile* »¹³⁴³ voire impossible de réduire le travail du juge à la régulation. Encore une fois, il faudrait saluer le désengorgement de la juridiction, du moins *ex ante*, des questions techniques et épineuses de la régulation économique. D'autant plus que le juge n'aura rien perdu de son pouvoir et la teneur de son rôle dès lors qu'il lui appartient de contrôler *ex post* les décisions des régulateurs.

793. Nonobstant leur relative indépendance financière selon que l'on soit en présence d'une autorité indépendante administrative ou publique, les autorités de régulation économique demeurent incontournables pour le rétablissement du pouvoir administratif exorbitant et donc pour la sauvegarde effective de l'ordre public économique. L'indépendance des autorités de régulation doit se refléter non seulement dans leur budget¹³⁴⁴ mais également et surtout dans leur prise de décision. Car l'indépendance est requise à la fois vis-à-vis du pouvoir politique mais également à l'égard des acteurs régulés. Toute autorité indépendante dotée de personnalité juridique se doit d'assumer son patrimoine propre, les actions en responsabilité engagées contre elle, alors que celles qui n'en est pas dotée voit la responsabilité de l'État se substituer à la sienne. La jurisprudence a confirmé une telle interprétation dans une affaire liée à la CCAMIP¹³⁴⁵, devenue plus tard avec la fusion d'autres organismes, l'Autorité de contrôle

¹³⁴⁰ CANIVET G., « Au nom de qui, au nom de quoi jugent les juges ? De la gouvernance démocratique de la justice », *Après-demain*, 2010, n° 15, p. 3-7.

¹³⁴¹ RICHER L., « Le juge économiste ? », *AJDA*, 2000, p. 703.

¹³⁴² CANIVET G., « Régulateur et juges », *LPA*, 2003, n° 17, p. 52. Cf. aussi LOMBARD M., « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? », in MARCOU G., MASING J. (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, éd., Société de législation comparée, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 25, p. 147-167, spéc. p. 151.

¹³⁴³ *Ibid.*

¹³⁴⁴ L'autonomie financière c'est cette indépendance requise vis-à-vis des autorités de tutelles dès lors qu'une dépendance financière ne doit en aucune manière entraver l'indépendance décisionnelle.

¹³⁴⁵ Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance.

prudentiel et de résolution (ci-après ACPR)¹³⁴⁶. En l'espèce, le Conseil d'État affirme que « *dès lors que la capacité juridique lui a été attribuée, il appartient à cette commission, en vertu du principe général selon lequel nul n'est responsable que de son fait, auquel ni la nature des missions confiées à la commission, ni les modalités selon lesquelles elle les exerce n'impliquent de déroger, d'assumer les conséquences des actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre elle à l'occasion des fautes commises dans l'exercice de ses mission* »¹³⁴⁷. Cependant, la jurisprudence est à la fois abondante et constante quant au fait que la responsabilité de l'État n'est, dans de telles circonstances, engagée qu'en cas de faute lourde de l'autorité dont la responsabilité juridique est par lui assumée¹³⁴⁸. Bien entendu l'appréciation sinon la distinction entre l'une ou l'autre des deux fautes relève de l'appréciation souveraine du juge. C'est ainsi qu'il a pu considérer que « *la responsabilité de l'État pour les fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance et de contrôle des établissements de crédit ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde* »¹³⁴⁹. Ce qui laisse tout naturellement entendre que les fautes « simples » ou « ordinaires » seront assumées par l'autorité fautive¹³⁵⁰.

794. Les autorités de régulation ne sont néanmoins pas à confondre avec les Établissements publics de régulation qui eux sont « *pour l'essentiels des offices, promis à la disparition* »¹³⁵¹. C'est le cas par exemple de SNCF réseaux. La confusion qui règne dans la dénomination des AAI et des autorités publiques indépendantes (ci- après API) est tel que le législateur a une certaine « *incertitude* »¹³⁵² quant à leur dénomination. Certains les résument à des « *objets juridiques non identifiés* »¹³⁵³. Notre démarche qui consiste à procéder par distinction entre AAI et API et non entre autorités sectorielles et transversales, tient au fait que cette dernière distinction est désormais très difficile voire impossible à établir dès lors que l'imbrication des

¹³⁴⁶ En vertu de l'Ordonnance n° 2010-76 du 21 janv. 2010, portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, *JORF* n° 0018 du 22 janv. 2010.

¹³⁴⁷ GÉLARD P. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, 15 juin 2006, Rapport parlementaire (Sénat et Assemblée nationale) fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, n° 3166 A. N., n° 404 Sénat, p. 72.

¹³⁴⁸ CE, 2 févr. 1960, *Kaupmann*, n° 58249 ; CE, 22 juin 1984, *Sté. Pierre et Cristal*, n° 18371 ; CE, 23 déc. 1981, *Andlauer*, n° 16561 ; CE, 30 nov. 2001, *Ministre de l'économie c./ Kechichian e. a.*, n°219562 ; CE, 28 févr. 2002, *Groupe Norbert Detressangle*, n° 214179 ; GAUDEMET Y., « La régulation économique ou la dilution des normes », art. cit., p. 23.

¹³⁴⁹ CE, 30 nov. 2001, *Kechichian*, *ibid.*

¹³⁵⁰ CE, 30 juill. 2003, *Mme Kalfon*, n° 201344.

¹³⁵¹ LINOTTE D., PIETTE D., ROMI R., *Droit public économique*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2018, p. 169.

¹³⁵² PALMA-AMALRIC V., *L'autonomie financière des autorités indépendantes*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 19.

¹³⁵³ GÉLARD P. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport, préc., 138 p.

domaines et des autorités est telle que l'impertinence semble bonder sur cette distinction. Les autorités de régulation sont dites transversales ou horizontales lorsqu'elles « *ont vocation à s'appliquer indifféremment à l'ensemble des secteurs d'activités ou, du moins, sont susceptibles de les intéresser tous directement* »¹³⁵⁴, mais aujourd'hui aucun domaine ne semble être strictement sectoriel¹³⁵⁵.

795. Il y a lieu donc de préciser que le pouvoir administratif exorbitant, tel qu'il est transposé dans le domaine économique, s'exerce par l'intermédiaire de deux types d'autorités indépendantes. S'il s'avère que les deux types d'autorité conservent une indépendance fonctionnelle et que leurs décisions s'imposent de la même manière, il y a tout de même lieu de souligner une légère différence qui les distingue sinon les catégorise. Leur proximité beaucoup plus que leur distinction leur a d'ailleurs valu la qualification de « *sœurs siamoises* »¹³⁵⁶ et parfois une assimilation pure et simple les unes aux autres¹³⁵⁷. Les autorités administratives indépendantes sont celles qui disposent d'une double autonomie dès lors qu'elles bénéficient d'une indépendance hiérarchique et budgétaire vis à vis de l'État (§2). Alors que les autorités publiques indépendantes, bien que conservant une autonomie totale d'un point de vue fonctionnel, ne disposent que d'une autonomie relative sur le plan budgétaire (§1). En tous les cas, qu'elles soient des autorités publiques ou administratives, elles reflètent en droit interne une certaine complémentarité. Au niveau européen, la Commission se déploie, quant à elle, face à la mondialisation économique et numérique, comme l'autorité de régulation par excellence et dont l'exorbitance est plus que nécessaire (§3).

¹³⁵⁴ COLSON J.-Ph., IDOUX P., *Droit public économique*, 7^e éd., *op. cit.*, p. 463.

¹³⁵⁵ Les autorités comme le CSA, la CRE, l'ARCEP et l'ARAFER sont considérées comme les plus emblématiques des autorités sectorielles de régulation. Mais l'imbrication des domaines régulés ainsi que la nécessité de l'interrégulation sont telles que la frontière entre autorité sectorielle et autorité transversale n'est pas si tangible qu'on pourrait le croire.

¹³⁵⁶ CANAC J.-M., « Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes. Visions française et monégasque », *RDBF*, mai 2015, n° 3, 30 p, spéc. p. 2.

¹³⁵⁷ La Cour des comptes insiste sur la spécificité de la rémunération des leurs agents, la Cour de compte souligne que les AAI et les API « *interviennent dans une grande variété de domaines, à des fins principales de préservation de certaines libertés et de régulation de secteurs économiques. Leurs statuts, qui garantissent l'indépendance fonctionnelle dont elles bénéficient pour l'exercice de leurs missions...* », p. 7. Cf. Communication de la Cour des comptes, *Autorités administratives et publiques indépendantes : Politiques et pratiques de rémunération (2011-2016)*, Rapport, déc. 2017, 122 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2018-02/20180212-AAPI.pdf>. (Consulté le 15/03/2018). Cf. aussi LOMBARD M., « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? Typologie de leurs missions », art. cit., p. 150.

§1- Les autorités publiques indépendantes (API)

796. S'il est désormais acquis que toutes les autorités de régulation ont, dans leur quasi-totalité, « *un pouvoir coercitif* »¹³⁵⁸, qu'il s'agisse du pouvoir d'injonction, de sanction pécuniaire voire de répression¹³⁵⁹ à l'encontre des acteurs économiques, il faut également souligner qu'une telle consécration n'a rien d'anodin. Elle matérialise la prise en compte juridique des mutations économiques dictées par la mondialisation et la dématérialisation de l'économie. Les autorités de régulation exercent un pouvoir de police à travers les compétences qui leur sont dévolues. Le Conseil d'État leur a reconnu une telle envergure. La Haute juridiction administrative affirme qu'il incombe par exemple à l'ADLC « *d'user des pouvoirs d'interdiction, d'injonction, de prescription ou de subordination de son autorisation à la réalisation effective d'engagements pris devant elle par les parties, qui lui sont conférés par les dispositions des articles L. 430-6 et suivants du code de commerce, à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération* »¹³⁶⁰. Ce pouvoir d'injonction et d'interdiction n'est autre qu'une manifestation du pouvoir administratif exorbitant. Il s'avère que toutes les autorités de régulation, à des proportions diverses et déterminées, en détiennent.

797. Encadrée par la Loi portant statut général des AAI et des API¹³⁶¹, les autorités publiques indépendantes s'inscrivent dans le sillage des AAI et sont définies comme des autorités marquées « *par le symbole d'une dignité plus forte que celle de la catégorie des Autorités Indépendantes "simplement" Administratives. Du point de vue technique, les deux catégories se distinguent essentiellement du point de vue budgétaire, l'autonomie financière étant le nerf de l'indépendance. C'est ainsi que le budget de l'AMF repose sur l'ampleur des opérations de marché, par des mécanismes de taxe qui ne sont pas insérées dans la LOLF. L'indépendance ne va pas jusqu'à l'autonomie, l'API ne négociant pas son budget avec le Parlement, puisqu'une Autorité Publique Indépendante n'est pas une Autorité Constitutionnelle* »¹³⁶². En 2006, les

¹³⁵⁸ PERROUD Th., *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse, Université Paris1, Panthéon Sorbonne, 2011, p. 199 et s.

¹³⁵⁹ TAIBI A., *Le pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique : témoin de la consécration d'un ordre répressif administratif*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2018, 658 p.

¹³⁶⁰ CE, Ass., 21 déc. 2012, *Sté. Groupe Canal Plus et Vivendi*, n° 362347.

¹³⁶¹ Loi n° 2017-55 du 20 janv. 2017, portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF* n° 0018 du 21 janv. 2017.

¹³⁶² FRISON-ROCHE M.-A., cité dans *Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance*, disponible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/du-droit-de-la-regulation-au-droit-de-la-compliance/>. (Consulté le 20/12/2018).

parlementaires laissent paraître, dans un rapport collectif Sénat-Assemblée nationale, au regard de l'étendue de leurs compétences et de leurs importance, une sorte de supériorité des API aux AAI. Mais ils relativisent ceci en soulignant que l'importance ou l'étendue de la compétence peut être tout aussi valable pour une AAI comme l'ADLC dans la mesure où ces « nouvelles autorités publiques indépendantes bénéficient d'un régime d'indépendance renforcée qui ne paraît se fonder sur aucun critère défini »¹³⁶³. C'est dans ce sens que le renforcement du pouvoir de l'Autorité des marchés financiers (ci-après l'AMF) a été justifié en remplacement de la COB, considéré comme une « simple »¹³⁶⁴ AAI. Toutefois, pour Yves Gaudemet, cette appellation d'autorité publique indépendante, cherchant à les distinguer de l'État, est quelque peu superficielle dès lors que « l'habitude s'est prise de les désigner désormais comme des autorités publiques indépendantes, alors qu'elles ne le sont pas davantage que confondues dans la personnalité de l'État »¹³⁶⁵. On les désigne ainsi « en raison de la personnalité morale que le législateur leur confère expressément »¹³⁶⁶. C'est en ce sens que les API dotées de la personnalité morale peuvent, en vertu de l'article 36 de la LOLF du 1^{er} janvier 2001, se voir attribuer une ressource de nature fiscale. Le président de ladite API peut également ester en justice. Toutefois, la personnalité morale n'est pas une garantie supplémentaire d'indépendance et d'impartialité car même celles qui n'en sont pas dotées se doivent de rendre des décisions impartiales *erga omnes*.

798. Sans même devoir traiter l'intégralité des autorités publiques indépendantes et en se concentrant sur les plus emblématiques d'entre elles¹³⁶⁷, il convient de s'intéresser à l'Autorité des marchés financiers (**A**), l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routiers (**B**)¹³⁶⁸,

¹³⁶³ GÉLARD P. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport, préc. p. 67.

¹³⁶⁴ MARCOU G., MASING J. (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, *op. cit.*, p. 161.

¹³⁶⁵ GAUDEMET Y., « La régulation économique ou la dilution des normes », art. cit., p. 23.

¹³⁶⁶ DEGOFFE M., « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA*, 2008, p. 622 ; TRAORE S., « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ? », *Droit adm.*, 2004, étude 16 ; AUTIN J.-L., « Autorités administratives indépendantes », *Jurisclasseur adm.*, 1^{er} janv. 2019, n°75, p. 6.

¹³⁶⁷ En plus de l'AMF, l'ARAFER et le CSA, il y a quatre autres autorités publiques indépendantes que sont la Haute autorité de la santé (HAS), la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI), l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) et le Médiateur national de l'énergie (MNE).

¹³⁶⁸ Il faut néanmoins souligner au sujet de l'ARAFER qui, depuis les Lois LOM (portant orientation des mobilités, préc.) ; PACTE (n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* n° 0119 du 23 mai 2019), que ses compétences ont connu une extension couvrant désormais aussi le secteur aéroportuaire englobant les attributions jusque-là dévolues à l'Autorité de supervision indépendantes des redevances aéroportuaires (ASI). D'où, depuis le 01 oct. 2019, le changement de nom de l'ARAFER qui devient l'Autorité de régulation des transports (ART). Mais dans le but d'éviter une quelconque confusion avec l'ex

avant de démontrer dans quelle mesure le Conseil supérieur de l'audiovisuel participe de la restauration du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation des acteurs économiques (C).

A- La place centrale de l'Autorité des marchés financiers dans la restauration du pouvoir administratif exorbitant

799. L'Autorité des marchés financiers est une institution incontournable dans le paysage de la régulation économique et financière en France. Etroitement liée à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution¹³⁶⁹, l'AMF restitue de manière éloquente l'évolution et l'affirmation du pouvoir administratif exorbitant par l'intermédiaire des autorités indépendantes de régulation économique et, en l'occurrence, financière. Ainsi conviendra-t-il, avant de revenir sur l'inévitable extraterritorialité des actions de l'AMF liés à la nature même de la finance (3), de s'intéresser à l'enracinement de cette autorité dans le noyau de la sauvegarde de l'ordre public financier (2), laquelle sauvegarde passe nécessairement par une mise en œuvre suffisamment forte du pouvoir administratif exorbitant dans un domaine aussi complexe que furtive que constitue la finance (1).

1- L'évolution substantielle de la place de l'AMF dans la régulation financière

800. Pour mieux cerner la désormais incontournable place de l'AMF dans l'ossature de la régulation, il importe de revenir sur la genèse d'une régulation financière (a) dont le déploiement a participé à l'affirmation de cette autorité (b). Ainsi, finira-t-on par une succincte présentation de ses missions et de son fonctionnement (c).

a- Genèse de la régulation financière

801. La régulation financière est une notion qui apparaît pour la première fois dans le *Securities Act de 1933* pris par Roosevelt. Cet *Act* aboutit en 1934 à la mise en place de la *Security Exchanges Commission*¹³⁷⁰ qui constitue d'une certaine manière l'ancêtre des

Autorité de régulation des télécommunications, nous emploierons l'ARAFER pour désigner cette nouvelle autorité de régulation des transports.

¹³⁶⁹ Dans la mesure où les entreprises d'assurance sont considérées aussi comme des acteurs financiers. Elles relèvent doublement du contrôle de l'ACPR et de l'AMF.

¹³⁷⁰ Cette autorité, après avoir été remaniée par le *Trust Indenture Act* en 1939, l'*Investment Company Act* et l'*Investment Advisers Act* en 1940, a d'ailleurs été fortement renforcée en 2010 par le *DODD-Frank wall street reform and consumer protection act*, Public Law 111-203 111th Congress. Ce dernier acte n'hésite même plus, dans le pays du libéralisme, de mettre en avant la protection du consommateur. Est-ce là une manière de convoquer la perception ultralibérale des États-Unis venu d'ailleurs ?

instances de régulation de la finance. La régulation financière anticipe, résout et prévient les crises liées à la finance depuis 1929 car « *il n'existait pratiquement aucune analyse des mécanismes financiers dans les années 1920* »¹³⁷¹. Alors pour résorber ces crises et éviter leur survenance, des mécanismes de régulation se sont mis en place d'abord aux États-Unis puis à travers le reste du monde. Ceux-ci se sont renforcés après la crise de 2008 par l'octroi aux autorités de régulation financière des moyens qui se veulent suffisamment exorbitants.

b- L'affirmation d'une autorité française de régulation financière

802. En France, c'est à travers la Commission des opérations de bourses que la régulation financière a pris véritablement forme¹³⁷². Elle s'est par la suite considérablement renforcée par la mise en place, en 2003, d'une « autorité publique indépendante » résultant de la fusion du Conseil des marchés financiers et la COB¹³⁷³. L'article L. 621-1 du Code monétaire et financier¹³⁷⁴ indique que l'Autorité des marchés financiers est une autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale dont le rôle est de veiller à la protection de l'épargne, à la bonne information des investisseurs et à la protection des marchés d'instruments financiers. L'AMF dispose d'une large marge de manœuvre dans l'accomplissement de ses missions. Elle peut, en vertu de l'article L. 621-1, prendre des décisions de portée individuelle ou d'ordre collectif destinées au public ou à l'information des investisseurs¹³⁷⁵. Pour ce dernier aspect, l'AMF, « *au-delà de son pouvoir répressif, a également pour vocation d'informer le marché et les professionnels en précisant la portée de la réglementation financière* »¹³⁷⁶.

803. La régulation financière conserve une place particulière dans la kyrielle des autorités de régulation. Il faut rappeler que la COB, ancêtre de l'AMF, est la première instance indépendante de régulation à voir le jour en 1973, avant même la CNIL instituée par la Loi du 6 janvier 1978 et considérée comme la première AAI en France¹³⁷⁷. Pour la Cour des comptes, « *le choix de*

¹³⁷¹ BERGER K., « La régulation bancaire et financière face aux crises : Roosevelt et aujourd'hui », *Pouvoirs*, 2014, n° 150, p. 77 à 91, spéc. p. 78.

¹³⁷² Loi n° 96-597 du 2 juill. 1996 de modernisation des activités financières, *JORF* n° 154 du 04 juill. 1996.

¹³⁷³ Elle résulte de la fusion de la Commission des opérations de bourse, du Conseil des marchés financiers et du Conseil de discipline de la gestion financière. Cf. Loi n° 2003-706 de sécurité financière du 1^{er} août 2003, *JORF* n° 177 du 02 août 2003.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, article 2.

¹³⁷⁵ Elle émet ou réactualise chaque année le Règlement général comportant les informations et l'actualisation de celles-ci en conformité à la législation nationale et au droit européen, notamment les directives touchant au marché financier (en vigueur à partir du 22 févr. 2019).

¹³⁷⁶ AMF, Communication de la Commission des sanctions, *Marchés financiers : principes directeurs issus de la jurisprudence 2003-2018*, Rapport, sept. 2019, p. 2.

¹³⁷⁷ LOMBARD M., « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? », art. cit., p. 147-167. spéc. p. 160. Cf. aussi KOVAR J.-Ph., « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, mars 2012, n° 143, p. 655 à 666, p. 656.

recourir à des autorités indépendantes pour la supervision et la régulation du secteur financier est déjà ancien en France, comme dans d'autres pays. Les motifs en sont l'indépendance par rapport au pouvoir politique, la compétence technique, la réactivité, la possibilité d'associer les professionnels à la détermination des règles applicables »¹³⁷⁸. Au regard de la place occupée par la finance dans la mondialisation économique ainsi que la financiarisation dématérialisée de celle-ci, le rôle des régulateurs financiers ne fera que se renforcer à l'avenir.

c- Missions et fonctionnement

804. Les missions de l'AMF sont principalement de trois types : la protection de l'épargne, la bonne information des investisseurs ainsi que veiller au bon fonctionnement du marché financier. Elles sont réalisées grâce au travail collégial effectué par les organes de l'autorité. Il y a une séparation entre les organes d'enquête et de sanction. L'enquête est menée par le Collège alors que les sanctions sont prononcées par la Commission des sanctions de l'autorité qui, à juste titre, participe de la mise en œuvre effective du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation financière¹³⁷⁹. Une telle répartition des compétences restitue le principe de séparation entre les autorités de poursuite et celles de sanction, gage d'impartialité et d'indépendance des décisions rendues. En ce sens, la Commission des sanctions de l'AMF « *présente cette particularité qu'elle est l'illustration d'un système strict de séparation organique entre l'Autorité de régulation et l'organe de sanction* »¹³⁸⁰, distinction qu'on ne retrouve pas nécessairement « *avec l'Autorité de concurrence qui ne connaît qu'une séparation fonctionnelle et pas davantage avec la CNIL* »¹³⁸¹. C'est en effet à la commission des sanctions, et à elle seule, qu'il appartient, à l'issue du débat contradictoire entre les représentants du Collège, la partie mise en cause et ses défenseurs, de porter, en toute indépendance, sa propre appréciation¹³⁸².

805. Les pouvoirs d'investigation et de sanction de l'AMF, notamment ceux prévus par l'article L.6121-15 du Code monétaire et financier, sont conséquents mais leur conformité à la

¹³⁷⁸ Cour des comptes, *Les concours publics aux établissements de crédit, premières recommandations*, Rapport, préc., p. 389. Cf. dans le même sens KOVAR J.-Ph., « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », art. cit., p. 656.

¹³⁷⁹ Le Collège instruit et la Commission sanctionne. Le collège est quant à lui composé de 16 membres alors que la commission des sanctions, disposant d'une autonomie totale de décision, se compose de 12 membres.

¹³⁸⁰ COURET A. « Préface » in KEITA B., *Essai sur la contribution de la Commissions des sanctions de l'AMF à la régulation économique*, Paris, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS- André-Tunc », 2017, t. 81, 2017, p. 7.

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² AMF, décis. n° SAN-2013-15 du 25 juin 2013, à l'égard de la société LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton, non-publié au *JORF*.

Constitution a été confirmée par les sages de l'Aile Montpensier. Saisi d'une QPC sur ledit article, le Conseil constitutionnel a estimé, concernant le volet de la protection des investisseurs et le fonctionnement du marché, que les dispositions de ce dernier ne méconnaissent pas le principe de proportionnalité¹³⁸³. La disposition visée était notamment celle qui énonce l'extension du contrôle de l'AMF « à tout autre manquement »¹³⁸⁴ que les requérants considéraient comme vague et imprécise. Mais le Conseil a reconnu par ce biais la marge d'interprétation laissée à l'AMF dans la répression des atteintes à la protection des investisseurs et au bon fonctionnement du marché. Cette marge, au-delà de son fondement légal et dorénavant constitutionnel, se justifie par deux impératifs. D'abord par la technicité liée à la virtualité du marché financier et ensuite par l'instrumentalisation fréquente des règles par les acteurs financiers¹³⁸⁵.

2- Le rétablissement conséquent du pouvoir administratif exorbitant dans les missions régulatrices de l'AMF

806. Devant assurer la protection de l'ordre public financier, l'AMF use du renforcement de son pouvoir pour mieux protéger les plus faibles parmi les acteurs financiers (a). Ce pouvoir est si accru que cette autorité peut recourir à son devoir légal de dénonciation des agissements qui porteraient atteinte à l'ordre public financier (b).

a- La protection des faibles comme un impératif de l'ordre public financier

807. Il y a un renforcement à la fois *ex ante* et *ex post* des pouvoirs de l'AMF. La cour d'appel de Paris considère que l'Autorité n'est pas, en cas de décision d'ouverture d'une enquête, impérativement soumise à l'obligation de motivation¹³⁸⁶. Étant donné qu'une décision d'ouverture n'est pas une sanction susceptible d'un quelconque recours. Cela souligne simplement la marge de manœuvre tout à fait compréhensible dont dispose le régulateur des marchés financiers d'autant plus que l'ouverture d'une enquête n'est pas synonyme de sanction.

¹³⁸³ C'est en vertu de cet article qu'un membre du collège ayant examiné le rapport d'enquête ou de contrôle, bien que pouvant assister ou se faire représenter à l'audience et présenter des observations ou proposer une sanction, n'a aucune voix délibérative. Cf. Cons. const., décis. n° 2017-634 QPC du 2 juin 2017, relative à la sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché, (M. Jacques R. e. a.), *JORF* n° 131 du 4 juin 2017, texte n° 80.

¹³⁸⁴ « Toute personne qui, sur le territoire français ou à l'étranger, s'est livrée ou a tenté de se livrer à la diffusion d'une fausse information ou s'est livrée à tout autre manquement mentionné au premier alinéa du II de l'article L. 621-14... »

¹³⁸⁵ Telles qu'elles sont modifiées par la Loi n° 2010-1249 du 22 oct. 2010, portant régulation bancaire et financière, *JORF* n° 0247 du 23 oct. 2010, (art 9-II-10°) et la Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, réformant le système de répression des abus de marché, *JORF* n° 0144 du 22 juin 2016.

¹³⁸⁶ CA Paris, 29 oct. 2008, *Sté. X*, n° 08/022551.

L'AMF a toute la latitude fondée sur le droit positif et la jurisprudence de sanctionner tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs et le bon fonctionnement du marché. En ce sens, il est garant de la préservation de l'ordre public financier. Le Conseil constitutionnel estime d'ailleurs que les pouvoirs qu'elle met en œuvre dans ce sens, et en vertu du pouvoir de sanction administrative qui lui est reconnue, sont conformes à la Constitution¹³⁸⁷.

808. Dans la distinction établie entre l'ordre public économique de direction l'ordre public économique de protection, il ressort que la protection varie concrètement selon que l'on soit dans un domaine ou dans un autre. A titre d'exemple, en droit de la concurrence cette protection se matérialise par la sanction des pratiques anticoncurrentielles et plus spécialement par la répression de l'abus de dépendance économique. Mais dans le domaine financier, la mise en œuvre de l'ordre public de protection est certes d'abord et avant tout financière, c'est-à-dire davantage informationnelle. La fiabilité de l'information est à la finance ce que le marché pertinent est au droit de la concurrence : élément indispensable d'appréciation et de positionnement des acteurs mais aussi élément caractéristique d'appréciation des sanctions éventuelles par les autorités de régulation. Il en résulte que « *la prise en compte des droits du plus faible sur les marchés financiers a suivi la même évolution que sur le marché des biens et des services [d'où la possibilité de se servir] de l'évolution de l'ordre public économique de protection pour analyser les progrès de l'ordre public financier de protection* »¹³⁸⁸. C'est en raison de la place centrale de l'information que la protection des parties faibles dans le domaine financier est devenue essentielle.

809. La jurisprudence de l'AMF sanctionnant le manque d'exhaustivité des informations, voire leur caractère sélectif, sont fréquentes. Le juge, en aval, et le régulateur, en amont, doivent vérifier la nature « *exacte, sincère et précise* »¹³⁸⁹ des informations financières. Car c'est en fonction de celles-ci que les investisseurs s'engagent. Les épargnants, au même titre que les actionnaires minoritaires, sont considérés comme le « *partenaire faible* »¹³⁹⁰ que l'ordre public de protection se doit de protéger de la même manière que les non professionnels financiers. Même si force est d'admettre qu'on « *ne comblera jamais le fossé qui sépare le professionnel de l'amateur et ce fossé, les progrès de la technique, comme le dérèglement des marchés*

¹³⁸⁷ Cons. const., décis. du 2 juin 2017, relative à la sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché, (*M. Jacques R. e. a.*), *supra*.

¹³⁸⁸ MEADEL J., *Les marchés financiers et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 147.

¹³⁸⁹ AMF, décis. n° SAN-2014-05 du 6 mai 2014, , à l'égard de la société César et de MM. A et B, non-publié au *JORF* ; CA Paris, 29 oct. 2015, *Sté. X*, n° 14/14359.

¹³⁹⁰ MEADEL J., *Les marchés financiers et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 151.

financiers, n'ont fait que le creuser toujours davantage »¹³⁹¹, le pouvoir administratif exorbitant, nid de l'ordre public économique, ne peut renoncer à la restauration et à la sauvegarde maximale de l'ordre public protection. En faisant cela, il protège non seulement les « faibles », mais aussi le marché et donc par ricochet sinon par objet les investisseurs « forts ». Car sans marché il n'y a ni fort ni faible et la faiblesse de l'ordre public économique peut entraîner la disparition du marché.

810. Si le pouvoir de police de l'Autorité des marchés financiers ne renvoie pas au pouvoir de garde à vue, il n'en reste pas moins qu'il dispose de moyens nécessaires à l'obtention de preuves d'une irrégularité des opérations financières. Il peut procéder à la perquisition des entreprises, à la saisine et au sceller des données pouvant être utiles voire indispensables à l'enquête, quoique soumis à l'autorisation du juge. Cependant, si l'AMF a réussi à se faire entendre pour la reconsidération du plafonnement des sanctions pécuniaires¹³⁹², elle déplore toujours l'absence de pouvoir transiger certaines « petites » affaires. Car une telle flexibilité lui aurait permis de se concentrer sur les « grandes » infractions. L'instauration de la régulation prudentielle¹³⁹³ de la finance n'est pas un mal en soi, mais elle s'avère limitée par la faiblesse intrinsèque à toute autorégulation sans système efficace de contrôle. Raison pour laquelle, la crise de 2008 « témoigne de l'échec d'une régulation du secteur bancaire fondée sur la seule réglementation prudentielle »¹³⁹⁴. C'est en ce sens qu'« on distingue généralement les régulateurs financiers, qui détectent les infractions commises sur le marché financier et encadrent sa gestion, des régulateurs prudents, qui prennent en plus en charge la régulation du secteur bancaire et assurantiel, la prévention des risques systémiques et la surveillance du caractère "fit and proper" (compétent et honnête) des dirigeants financiers. De ce point de vue, l'AMF se rapproche de son homologue américain, le Security exchange committee (SEC),

¹³⁹¹ *Ibid.*, p. 153.

¹³⁹² La sanction pécuniaire des personnes physiques ne peut dépasser 15 millions d'€, alors que celles des personnes morales, selon les infractions, peut aller jusqu'à 150 millions d'€ voire 15% du chiffre d'affaires. C'est un véritable pouvoir de sanction pécuniaire sans compter le cas échéant l'interdiction d'exercer qui, selon les articles R. 621-41-1 et suivants du Code monétaire et financier, peut aller jusqu'à 10 ans et dont la réhabilitation ne fait que par demande expresse présentée au président de la Commission des sanctions. C'est une véritable victoire du pouvoir administratif exorbitant de l'AMF car auparavant toute sanction pécuniaire ne pouvait excéder, en tout état de cause et en vertu de l'article L. 621-15 III du Code monétaire et financier, avant sa réforme, le montant de 1,5 millions d'€. Le risque de la violation efficace de la loi était donc réel.

¹³⁹³ Cf. ADEIMI J., *Le cadre juridique de supervision bancaire et dérégulation prudentielle : Du risque souverain aux politiques budgétaires d'austérité*, thèse, Université de Nice, 345 p. ; LOBEZ F., VILANOVA L., « Banques, risques et régulation prudentielle », in LOBEZ F., VILANOVA L. (dir.), *Microéconomie bancaire*, Paris, Puf, coll. « Finance », 2006, p. 281-303 ;

¹³⁹⁴ BERGER K., « La régulation bancaire et financière face aux crises : Roosevelt et aujourd'hui », art. cit., p. 83. Souligne-t-elle par ailleurs que ce « n'est sans doute pas l'effet de levier créé sous couvert d'intermédiation sur les marchés financiers qui est à l'origine de la crise de 1929. C'est en revanche le cœur de la crise de 2008 ».

crée par Roosevelt suite à la crise de 1929 »¹³⁹⁵. Concrètement, l'AMF adopte telle ou telle position selon que l'on soit face à une situation nécessitant flexibilité ou autorité et en fonction de l'impact du cas d'espèce sur le marché financier.

b- Le devoir légal de dénonciation comme mode d'expression de l'exorbitance de l'AMF

811. Le délai de recours reconnu aux personnes résidentes à l'étranger par l'article 643 du Code de procédure civile, est réduit. Il passe de 30 à 15 jours en vertu des dispositions de l'article R. 621-39 et suivant du Code monétaire et financier¹³⁹⁶. Après réception de la notification effectuée par la Commission des sanctions. Un tel délai demeure conforme au respect des droits de la défense¹³⁹⁷. Ce rétablissement se constate aussi par la place primordiale accordée à la protection des « parties faibles » par l'ordre public financier ainsi qu'à la mise en œuvre de la dénonciation légale qui pourrait correspondre à ce qui existe dans la procédure de clémence en droit de la concurrence.

3- Les attributions de l'AMF renforcées par la mondialisation financière

812. La finance constitue le noyau et le point à partir desquels la mondialisation a germé avant d'embrasser d'autres domaines. Les attributions du régulateur se sont renforcées en conséquence. D'autant plus que l'extraterritorialité de la finance implique aussi bien un renforcement des prérogatives de l'AMF (a), par le biais notamment du processus dit « Lamflussy » (b), qu'une véritable synergie des régulateurs européennes (c). Mais la question de savoir comment envisager une régulation efficace de la finance sans disposer d'un régulateur mondial reste entière. D'où les prémisses d'une certaine autorité internationale de l'AMF (d).

a- L'extraterritorialité financière comme facteur de renforcement des attributions de l'AMF

813. Au-delà de l'échange d'informations entre autorités de régulation sur le fondement du *Multilateral Memorandum of Understanding* de l'Organisation internationale des commissions

¹³⁹⁵ RAMEIX G., « L'AMF, un gendarme bien armé ? », *La Découverte* « Le regard croisé sur l'économie », janv. 2008, n° 3, p. 257 à 262.

¹³⁹⁶ Le paragraphe III de l'article R-621-39 dispose que « La personne mise en cause est convoquée devant la commission des sanctions ou la section par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, remise en main propre contre récépissé ou acte d'huissier, dans un délai qui ne peut être inférieur à 30 jours francs. Cette lettre précise que la personne mise en cause dispose d'un délai de 15 jours francs pour faire connaître par écrit ses observations sur le rapport »

¹³⁹⁷ CA Paris, 27 nov. 2014, *Sté. M. M. D.*, n° 13/16393.

de valeurs (OICV), notamment en son article 9¹³⁹⁸, l'AMF est une instance de régulation dont les décisions peuvent, plus que dans d'autres domaines de la régulation économique, plus aisément avoir des répercussions extraterritoriales. L'AMF peut néanmoins décider d'écarter des informations obtenues sur le fondement de cet accord lorsque celles-ci violent l'article R 621-35 relatif aux droits de la partie concernée¹³⁹⁹. D'autant plus que la régularité des actes obtenus en vertu de cet accord ne s'apprécie qu'au regard de la procédure en vigueur auprès de l'autorité saisie¹⁴⁰⁰. Aussi, l'AMF ne peut imposer à une autorité homologue de convoquer des parties et de les entendre selon le formalisme prévu par le Code monétaire et financier¹⁴⁰¹. En outre, l'article L.632-16 dudit code permet à l'AMF, lorsqu'une autorité ne relève pas de l'espace économique européen, de conclure des accords de coopération sur les activités de surveillance, de contrôle et d'enquête sous la seule réserve de réciprocité¹⁴⁰². Le respect du secret professionnel tel que garanti ici par l'alinéa 2 de l'article L. 632-16 dénote l'exorbitance de l'AMF dans la régulation de son domaine, car, comme l'a indiqué le Conseil d'État, les dispositions de la Loi du 26 juillet 1968¹⁴⁰³, « n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à ce que l'AMF utilise, pour les besoins d'une enquête dont elle a la responsabilité, des informations obtenues d'autorités étrangères en dehors de tout accord de coopération préalable »¹⁴⁰⁴. Le secret professionnel ne vaut donc que lorsqu'il n'empêche pas l'autorité d'exercer effectivement sa mission régulatrice et la manifestation de la vérité par la cessation d'actes prohibés. L. 621-9-3 du Code monétaire et financier précise d'ailleurs qu'on ne peut, dans le cadre des enquêtes confiées à l'AMF, lui opposer, et le cas échéant, aux experts et personnes autorisées qui l'assistent dans cette mission, le secret professionnel.

814. L'on ne peut non plus, sous prétexte qu'une entreprise n'a pas son siège social dans le ressort territorial de l'AMF, lui opposer la nationalité de celle-ci dès lors que l'infraction a des répercussions sur le dit ressort. « Prenons l'exemple d'Euronext, qui a son siège à Amsterdam et son marché principal à Paris. Un délit d'initié ou une fausse information donnerait lieu à

¹³⁹⁸ Accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'information. Il est notamment mentionné par le « a » de l'article 9 que « les informations et les documents en possession de l'Autorité requise seront fournies à l'Autorité requérante à sa demande ».

¹³⁹⁹ AMF, déc. n° SAN-2012-16 du 28 sept. 2012, à l'égard de *MM. A, B, C, D, E, de Mme F et de la société Intouch Investments*, non-publié au *JORF*.

¹⁴⁰⁰ CA Paris, 2 oct. 2014, *M. B. V. J.*, n° 12/20580.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*

¹⁴⁰² L'article L 632-16 avec notamment son alinéa 2 qui fixe les conditions, dont celle entre autres portant sur le respect du secret professionnel, de la mise en œuvre d'une telle coopération ; AMF, déc. n° SAN-2013-10 du 12 avr. 2013 à l'égard de *MM. A, B et C*, non-publié au *JORF*.

¹⁴⁰³ Loi n° 68-678 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, *JORF* n° 0176 du 17 27 juill. 1968.

¹⁴⁰⁴ CE, 6 avr. 2016, *M. R.*, n° 374224.

une enquête de l'AMF, mais une affaire de comptes faux serait plutôt prise en charge par le régulateur hollandais »¹⁴⁰⁵. Par le biais de cette jurisprudence et bien d'autres, le régulateur a réaffirmé que l'existence de certains éléments d'extranéité n'est pas de nature à exclure la compétence de la législation française¹⁴⁰⁶. C'est un euphémisme que de souligner le fait que le droit communautaire ne s'oppose pas davantage à ce que le régulateur national puisse connaître des actes commis sur son territoire par des sociétés étrangères. Tout comme la théorie des effets fortement ancrée en droit de la concurrence, l'extraterritorialité de la compétence de la commission des sanctions semble avoir pris toute sa place dans l'arsenal de la régulation financière. Dans une décision, la cour d'appel de Paris a pu considérer que les dispositions de l'article 26 de la Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil¹⁴⁰⁷ ne s'opposent pas à ce que l'AMF puisse surveiller la qualité des informations destinées au public concernant les titres négociés¹⁴⁰⁸. Au contraire, cette directive renforce l'impératif de transparence et donc les moyens de preuves dont peut user le régulateur.

b- L'AMF renforcée par le processus dit « Lamflussy »

815. Initié en 2002, le processus « Lamflussy » regroupe l'ensemble des textes relatifs à la valeur mobilière. Considéré comme un « *modèle* »¹⁴⁰⁹, ce processus renvoie à une procédure utilisée par l'Union pour mieux encadrer et régler le secteur de la finance¹⁴¹⁰. Il tente en réalité de pallier la lenteur législative européenne et dynamiser la régulation financière qui se trouve être en décalage avec la rapidité des flux financiers et la sophistication de certains montages financiers. À ce niveau également, la Commission européenne joue un rôle important voire fondamental. À l'instar des autres autorités de régulation économique, l'AMF cherche, dans la répression des pratiques financières prohibées, à concilier « *l'aptitude du régulateur à détecter et à sanctionner de tels manquements dans des délais compatibles avec les exigences*

¹⁴⁰⁵ RAMEIX G., « L'AMF, un gendarme bien armé ? », art. cit., p. 255-262.

¹⁴⁰⁶ Sur le fondement notamment des articles 631-1 et 631-2 du règlement général de l'AMF : AMF, décisis. n° SAN-2015-17 du 8 oct. 2015, à l'égard de *M. Bill Nie*, non-publié au *JORF* ; AMF, décisis. SAN-2009-27 du 23 déc. 2008, à l'égard de *MM. A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M, N, O*, non-publié au *JORF*.

¹⁴⁰⁷ Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 déc. 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la Directive 2001/34/CE.

¹⁴⁰⁸ CA Paris, 3 avr. 2014, *Sté. ORCO PROPERTY GROUP*, n° 12/23179.

¹⁴⁰⁹ Les Echos, « Le processus Lamfalussy, un modèle », *Lesechos.fr*, 5 sept. 2003, mise à jour le 06 août 2019, accessible : <https://www.lesechos.fr/2003/09/le-processus-lamfalussy-un-modele-1059006>. (Consulté le 05/03/2018).

¹⁴¹⁰ Comprenant plusieurs niveaux, ce processus mise, au-delà de l'élaboration des règles, sur la coopération des régulateurs européens, la mise en place des mesures d'exécution ainsi qu'un contrôle *a posteriori* de l'effectivité desdites règles.

de la vie des affaires »¹⁴¹¹. Cependant, s'il lui appartient de vérifier l'honorabilité et d'apprécier l'expérience des gestionnaires portefeuilles, il ne lui incombe pas d'apprécier la gestion saine et prudente d'une entreprise¹⁴¹². À cet effet, l'honorabilité ne peut donc être érigée en obligation professionnelle que pourra sanctionner l'Autorité des marchés financiers¹⁴¹³. La mutation de la finance ne fait l'objet d'aucun doute, mais l'on peut, au même titre, se réjouir de la mutation de la régulation de celle-ci. Nous sommes loin de l'époque où la jurisprudence qualifiait les régulateurs financiers de simples « *autorités professionnelles de droit privé* »¹⁴¹⁴. Aujourd'hui, pour des raisons évidentes de risques systémiques, l'autorité de l'État, bien qu'indépendante de lui et décentralisée au sein d'une dizaine d'autorités, ne peut se désintéresser du fonctionnement, souvent téméraire, des acteurs financiers eu égard à leur rôle dans la survenance éventuelle des crises économiques et financières¹⁴¹⁵.

c- Une coordination communautaire pour plus d'efficacité de la régulation financière

816. La coordination entre autorités de régulation est devenue d'une telle importance qu'aucune autorité isolément prise ne peut prétendre réguler efficacement la finance dont l'acide du noyau (ADN) est fondé sur un flux informationnel renforcée par la dématérialisation. « *Le secteur financier a besoin d'une régulation et d'une surveillance particulières en raison des problèmes de risque systémique et d'asymétrie d'information qui y sont inhérents. Or, il est difficile d'imaginer un secteur européen intégré s'il n'existe pas également une dynamique d'intégration dans les structures de régulation et de supervision nationales* »¹⁴¹⁶. Le risque systémique n'a jamais pris autant d'importance qu'à l'heure de la mondialisation économique et financière¹⁴¹⁷. Les crises antérieures ont souvent découlé d'un système de vases

¹⁴¹¹ KEITA B., *Essai sur la contribution de la Commission des sanctions de l'AMF à la régulation économique*, *op. cit.*, p. 213.

¹⁴¹² AMF, décisis. n° SAN-2012-18 du 7 nov. 2012, à l'égard de la *société FIVAL SA et de MM. A, B, C et D*, non-publié au *JORF*.

¹⁴¹³ AMF, décisis. n° SAN-2012-19 du 10 déc. 2012, à l'égard de la *société FIVAL SA et de MM. A, B, C D et E*, non-publié au *JORF* ; AMF décisis. n° SAN-2013-01 du 28 déc. 2012, à l'égard de la *société XI, anciennement dénommée X et de MM. A et B*, non-publié au *JORF*.

¹⁴¹⁴ La compétence internationale de l'AMF illustre cette mutation. Dans une décision du 29 juill. 2016, elle interdit à l'entreprise Rodeler Limited de fournir des services à des clients, nouveaux ou existants, sur le territoire français. Cette entreprise offre, en France, via le site « <http://www.24option.com/fr> », un accès aux options binaires, notamment sur Forex. L'AMF lui interdit l'accès au motif qu'elle ne respecte pas certaines obligations professionnelles.

¹⁴¹⁵ À cette époque il semblait que toutes les leçons ont été tirées de la crise de 1929 mais l'avènement de celle 2008 avec des causes quasi similaires oblige de prendre des mesures pour que dans une société financière plus dépendant que jamais, des risques démesurés ne soient pas pris par les acteurs économiques et financiers.

¹⁴¹⁶ VERON N., LEBARZ C., « Quelle régulation financière en Europe ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2012/1 n° 11, Pp ; 172-175, spéc. p.173.

¹⁴¹⁷ Quand bien même le risque systémique n'est pas un monopole de la finance dans la mesure où il peut être opérant dans la régulation économique via les entreprises cruciales mais non nécessairement financières. Cf. FRISON-ROCHE M.-A., « La distinction entre régulation économique et régulation financière », point. 14 ;

communicants. La crise naît dans un pays, généralement les États-Unis qui entraînent les autres pays dans la crise. Aujourd'hui, la mondialisation de la finance est telle que, en cas de crise, la contamination et l'effondrement peuvent aller plus vite. Dans de telles conditions, le renforcement des mécanismes de contrôle de la finance, à travers notamment des régulateurs dotés de pouvoirs réels et exorbitants, n'est pas une simple option c'est une nécessité.

817. La régulation financière européenne privilégie le système dit « *Twin Peaks* » qui consiste à ne pas se contenter d'une seule autorité européenne de régulation financière, mais procède par la mise en place de deux autorités distinctes et qui englobent l'ensemble des activités à réguler et à superviser¹⁴¹⁸. Afin d'éviter de retomber dans « *l'échec de la régulation passée, 'dans un monde financier composé que de banques systémiques* », [Karine Berger suggère] « *la contrainte des bilans par les nouveaux ratios de Bâle III et la régulation structurelle, arrière-petite-fille du Glass-Steagall Act* »¹⁴¹⁹, qui n'a pas encore abouti au niveau international »¹⁴²⁰. Il faut notamment aller au-delà de la distinction des banques de dépôts et celles d'investissement. Cité par Karine Berger, Erkki Liikanen relève que « *le rapport Vickers cantonne les agneaux tandis que le rapport Liikanen cantonne les lions* »¹⁴²¹. L'on pourrait aussi se servir de la concurrence pour mieux réguler la finance d'autant plus que « *pour éviter la capture du régulateur financier par des établissements financiers alliés entre eux ou pour lutter contre les conflits d'intérêts* »¹⁴²², une vigilance renforcée est nécessaire. Au niveau européen, déjà le rapport Larosière avait pu obtenir la création du Système européen de

LEPETIT J.-F., Rapport sur les risques systémiques au Ministre de l'économie et des finances, *La Documentation française*, 2010, 108 p.

¹⁴¹⁸ C'est ainsi que les autorités de régulation financière sont distinctes de celles de la supervision bancaire. La séparation des activités bancaires de celles d'investissement aussi découle de cette volonté de réguler par secteur. Mais il y a un recoupement aussi dans la prise en compte de la technicité des domaines. Confier à une seule instance la régulation de tous ces domaines risque d'être inefficace.

¹⁴¹⁹ Plus généralement connu sous le nom de *Banking Act*, il fut adopté aux États-Unis en 1993 et avait entre autres entraîné comme mesure la séparation des banques de dépôt et d'investissement ainsi que le plafonnement des taux d'intérêts sur des dépôts bancaires.

¹⁴²⁰ BERGER K., « La régulation économique et financière face aux crises : Roosevelt et Aujourd'hui », art. cit., p. 87.

¹⁴²¹ Elle souligne en outre que ceci est le fruit de la réflexion du groupe d'experts mandaté par la Commission européenne pour réfléchir à la réforme structurelle du secteur bancaire de l'Union européenne. Ce rapport s'articule autour de trois grands axes : 1-La filialisation de la négociation pour compte propre et de toutes les positions sur actifs ou dérivés résultant d'activités de tenue de marché ; 2- La mise en place de mécanismes de résolution dans tous les pays européens : les autorités nationales doivent pouvoir imposer à une banque de modifier sa structure juridique ou opérationnelle, et 3- Le renforcement des fonds propres, au-delà des ratios de Bâle III, notamment pour limiter le crédit immobilier. Cf. BERGER K., *ibid.* p. 89.

¹⁴²² FRISON-ROCHE M.-A., « Distinction entre régulation économique et régulation financière », art. cit., 5 p.

surveillance financière (SESF) qui se présente comme un organisme de surveillance micro et macroprudentielle¹⁴²³.

d- Vers l'internationalisation des attributions de la commission des sanctions ?

818. La mondialisation de la finance ne permet plus de prétendre à une régulation efficace qui se contenterait d'un secteur géographique restreint. Cette mondialisation financière interpelle déjà depuis longtemps. La mise en place de l'Organisation internationale des commissions des valeurs (OICV) en 1983 constitue une des anticipations louables de la régulation financière. La performance régulatrice de l'AMF devra donc résulter notamment de sa capacité d'adaptation aux mutations de la finance. Certains auteurs n'hésitent pas à souligner, pour ainsi dire, une certaine « agilité »¹⁴²⁴ du régulateur financier. Chose qui, à notre avis, devrait être élargie à l'intégralité sinon à la majorité des régulateurs économiques dans la mesure où les mutations ne sont pas que financières, elles sont aussi économiques, numériques et stratégiques, de la part des acteurs économiques.

819. En application des articles 6 § 1er, 10, 11 et 12 de la Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, dite « Directive Abus de marché », la Commission des sanctions est compétente dès lors que les sociétés ont des instruments financiers négociés sur le territoire français¹⁴²⁵. Le *ratione loci* demeure le principe qui fonde les poursuites initiées et les sanctions prononcées par la Commission des sanctions de l'Autorité de régulation des marchés financiers. La Commission des sanctions n'est cependant compétente pour connaître d'un manquement que lorsque l'un des éléments constitutifs est commis sur le territoire français¹⁴²⁶. Raison pour laquelle, le lieu de résidence n'emporte pas nécessairement par lui-même la compétence de celle-ci¹⁴²⁷.

¹⁴²³ Conformément aux recommandations du rapport du groupe d'experts de Larosière sur le renforcement du dispositif de surveillance européen, le SESF a été introduit en 2010 et est devenu opérationnel le 1^{er} janv. 2011. Le SESF se compose du Comité européen du risque systémique (CERS), des trois autorités européennes de surveillance (AES) — à savoir l'Autorité bancaire européenne (ABE), l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP) — et des autorités nationales de surveillance.

¹⁴²⁴ ELIET G., D'HOIR J., « Les moyens de la réalisation de la régulation : l'exemple de l'Autorité des marchés financiers », art. cit., p. 219. Même si les auteurs soulignent que cette agilité est en grande partie due à la configuration sociologique de l'Autorité dès lors que 90% des collaborateurs de l'AMF proviennent du secteur privé dont près de 25% des salariés proviennent du secteur de la finance.

¹⁴²⁵ AMF, décis. n° SAN-2009-33 du 27 nov. 2009, à l'égard de MM. OLIVIER ANDRIES, FRANÇOIS AUQUE *e. a.*, non-publié au *JORF*.

¹⁴²⁶ AMF, décis. n° SAN-2009-16 du 26 juin 2008, à l'égard de MM. A et B, non-publié au *JORF*.

¹⁴²⁷ *Ibid.*

820. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel reste attentif au respect de principe de *non bis in idem* dans la sanction des infractions financières¹⁴²⁸. La particularité de cette décision du Conseil réside dans le fait que les sages ont considéré, à la suite de la saisine par QPC, qu'au-delà de la préservation de l'ordre concurrentiel, la « *protection de l'épargne investie* » fait parties des objectifs à préserver dans l'ordre public économique. Mais le pouvoir d'injonction et de sanction de l'AMF est conforme à la Constitution d'autant que le Conseil constitutionnel remet l'ordre public ou du moins le respect de celui-ci à un niveau indiscutable d'importance.¹⁴²⁹.

821. L'ensemble de cette ossature institutionnelle et jurisprudentielle veille à l'effectivité des décisions de l'AMF ainsi qu'à sa légitimité en renforçant le contrôle juridictionnel. L'article L.612-9 du Code monétaire et financier portant composition de la Commission des sanctions renvoie, par la qualité des membres issues du Conseil d'État, de la Cour de cassation ainsi que des membres issus de branches professionnelles expertes de la finance, à la préoccupation de bien cerner les questions financières avant de rendre une quelconque décision. Le renforcement du pouvoir des régulateurs s'observe doublement. D'abord par la complexité et l'étendu des secteurs régulés, puis par le renouvellement sans cesse des méthodes des acteurs régulés qui se matérialisent par une extension des domaines à réguler. Ce que certains auteurs considèrent comme « *une espérance de vie de plus en plus courte* »¹⁴³⁰ des règles juridiques dans le domaine économique et financier, souligne avec vérocité cette mutation. Cette dernière a engendré la même métamorphose dans le domaine de la régulation des activités ferroviaires et, depuis peu, routières.

B- L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières

822. Le secteur ferroviaire est celui dans lequel la régulation est conçue comme la colonne vertébrale même de la conciliation des intérêts antagonistes. Mais pour autant, c'est aussi le domaine qui s'est ouvert à la concurrence que très tardivement et très lentement. Cette ouverture progressive à la concurrence s'est opérée avec la mise en place de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ci-après ARAFER) dont les pouvoirs de régulation sont

¹⁴²⁸ Cons. const., décis. n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC du 18 mars 2015, relative au cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié (*M. John L. e. a.*), *JORF* n° 0067 du 20 mars 2015.

¹⁴²⁹ Cons. const., décis. du 2 juin 2017, relative à la sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché, (*M. Jacques R. e. a.*), *supra*.

¹⁴³⁰ ELIET G., D'HOIR J., « Les moyens de la réalisation de la régulation : l'exemple de l'Autorité des marchés financiers » in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 211.

devenus singulièrement effectifs après la création d'une commission des sanctions (2). Le caractère exorbitant de ces pouvoirs est d'autant plus important que l'autorité s'est vu attribuer, outre la régulation ferroviaire, celle de la régulation routière (1).

1- Les compétences de l'ARAFER renforcées par l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire et l'extension de sa compétence à la régulation routière

823. Le secteur ferroviaire a été, de par sa nature de service public aussi particulier que celui de l'énergie, l'un des domaines dont l'ouverture à la concurrence fut lente et progressive (a). Si l'influence de la législation communautaire dans cette ouverture est à souligner (b), il n'en reste pas moins que le passage d'un service à l'usager à celui offert au client est encore inabouti (c), en raison notamment du maintien d'un service public ferroviaire obligatoire (d).

a- Une lente progression législative de la régulation ferroviaire

824. Initialement connue sous le nom de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, cette autorité indépendante s'est vue, en 2015, par l'intermédiaire de la Loi dite Macron, attribuer la compétence de réguler aussi les activités routières. D'où l'appellation ARAFER. En 2013, Pascal Idoux réitérait qu'à l'instar de ses homologues, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, (ci-après ARAF), « *n'est pas une simple autorité administrative indépendante* »¹⁴³¹. Elle la considère plutôt comme une autorité publique indépendante disposant d'une personnalité morale et de l'indépendance nécessaire pour trancher entre le Gouvernement et les entreprises ferroviaires étant donné que la SNCF est une entreprise publique. L'extension des compétences de l'ARAF à la régulation routière constitue une attribution large au point qu'elle a semblé intervenir « *plus tôt que prévu* »¹⁴³². Elle dénote néanmoins l'importance prise par la régulation telle qu'elle est pratiquée par l'ARAFER. Toutefois, un tel aboutissement est le fruit d'une évolution à la fois lente et complexe tant d'un point de vue législatif que philosophique et politique du rôle économique de l'État. Plus spécialement du rôle de ce dernier dans la mise en œuvre et la préservation du service public

¹⁴³¹ Mais elle souligne que la personnalité morale n'est pas nécessaire à l'indépendance juridique d'une autorité : -l'exemple des juridictions suffit à en témoigner, au-delà de celui de l'ensemble des autorités administratives indépendantes. Cf. IDOUX P., « La régulation des activités ferroviaires », in VIDELIN J.-Ch. (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques & débats », 2013, p. 72.

¹⁴³² ART, « De l'ARAF à l'ARAFER : les nouvelles perspectives 2015-2016 », *régulation-ferroviaire.fr*, Dossier de presse, p. 2, accessible à l'adresse suivante : <http://autorite-transport.fr/wp-content/uploads/2015/07/Dossier-de-presse-Loi-Macron-ARAFER-AutocarsAutoroutes2.pdf>. (Consulté le 03/04/2017).

dans un monde économique imbibé du libéralisme juridiquement illimité mais factuellement extraverti.

825. La régulation du secteur ferroviaire résulte d'une évolution législative datant de l'avant-guerre¹⁴³³, mais c'est au travers de la Loi du 30 décembre 1982 portant orientation des transports intérieurs qu'une véritable refonte de la régulation du secteur s'est amorcée. À ces lois se sont ajoutées au fur et à mesure d'autres textes législatifs¹⁴³⁴ jusqu'à en 2009, l'année au cours de laquelle est votée la loi relative à la régulation des transports ferroviaires. C'est de cette dernière réforme que résulte la mise en place de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires. La conséquence de telles réformes législatives est avant tout l'ouverture à la concurrence de ce secteur. C'est-à-dire le partage du marché entre la SNCF, opérateur historique et d'autres concurrents nationaux ou européens. Puis, survient la Loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire qui indique que l'État veille au bon fonctionnement du système ferroviaire en respectant notamment les principes d'équité et de non-discrimination¹⁴³⁵. Cette kyrielle de loi a été donc complétée par la Loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹⁴³⁶. La complexité et le caractère quelque peu inédit de la mutation amène certains à parler de la « *bataille du rail* »¹⁴³⁷.

b- L'influence de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire sur les procédés de régulation

826. L'ouverture à la concurrence a pour effet « *la séparation de la gestion de l'infrastructure ferroviaire de l'exploitation des services de transport des entreprises ferroviaires, ainsi que l'instauration d'un organisme de contrôle et de régulation pour encadrer l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire et pour garantir un traitement non discriminatoire entre*

¹⁴³³ Loi du 15 juill. 1845 sur la police des chemins de fer, modifiée notamment par la Loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *JORF* n° 0028 du 03 févr. 1981 ; Décret-loi du 31 août 1937, portant réorganisation du régime des chemins de fer, *JORF* n° 0202 du 1^{er} sept. 1937.

¹⁴³⁴ Avec notamment la Loi du 13 févr. 1997, portant création de l'établissement public. « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire, *JORF* n° 39 du 15 févr. 1997 ou encore la Loi n° 2014-872 du 4 août 2014, portant réforme ferroviaire, *JORF* n° 0179 du 05 août 2014.

¹⁴³⁵ Suivi de l'Ordonnance du 15 juill. 2015, prise en application de l'article 38 de la Loi n° 2014-872 du 4 août 2014, portant réforme ferroviaire, *JORF* n° 0162 du 16 juill. 2015.

¹⁴³⁶ Dite également « Loi Macron » qui rajoute la régulation des activités routières à la compétence de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires pour ainsi devenir l'ARAFER. Elle a été complétée par Ordonnance n° 2016-79 du 29 janv. 2016, insérée aux articles L. 1261-1 et s. du Code des transports, relative aux gares routières et à la recodification des dispositions du code des transports relatives à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, *JORF* n° 0026 du 31 janv. 2016.

¹⁴³⁷ MARTORS B., ROKIS D., « La bataille du rail : un droit en construction », *RD transp.*, n° 9, sept. 2009, étude 12.

les entreprises du secteur »¹⁴³⁸. La Directive 2001/14 portant sur la répartition des capacités ferroviaires insiste tout particulièrement sur le caractère non discriminatoire entre les entreprises ferroviaires car c'est en cela que se matérialise effectivement l'ouverture à la concurrence¹⁴³⁹.

827. L'anicroche qui existe entre interventionnisme et libéralisation des activités ferroviaires est ancrée dans l'histoire. Lamartine, souligne Sébastien Bernard, « *n'avait pas, en 1838, convaincu la majorité de la chambre en défendant le bien-fondé d'une intervention exclusive de l'État dans la création puis l'exploitation des chemins de fer de manière à écarter toutes les corporations industrielles et financières [qu'il qualifiait de] tyrannie à mille têtes [et de] meilleure forme que l'oppression ait jamais pu prendre pour écraser les individus et les intérêts généraux* »¹⁴⁴⁰. On était là à une époque où le domaine ferroviaire n'était pas si développé, mais l'on pourrait comprendre la lucidité de la chambre dans la mesure où le monopole de l'État permet certes de satisfaire, dans une certaine mesure, plus ou moins effectivement l'intérêt général, mais peut ne pas nécessairement répondre à l'exigence d'efficacité. Ce qui est communément appelée « ouverture à la concurrence » du transport ferroviaire est, à juste titre, selon Martine Lombard, « *une chance (...) dont il faut moins se réjouir que de s'y résigner* » d'autant que cette ouverture ne s'avère « *pas tant comme désirable que comme inéluctable* »¹⁴⁴¹. Aucun secteur ne semble y résister car la concurrence s'est imposée comme nécessité et parfois comme symbole de justice et d'efficacité dès lors qu'il permet à l'utilisateur final d'avoir un choix entre diverses propositions sur un produit donné, le service de transport en l'occurrence. Ceci interpelle notamment le rôle désormais crucial des régulateurs et toutes les institutions concernées qui doivent veiller à l'effectivité et la loyauté de la concurrence en amont pour que ses répercussions en aval soient justes et efficaces.

c- Passage tumultueusement progressif de l'utilisateur au client des prestations ferroviaires

828. Concernant plus spécialement la SNCF dès lors que, s'agissant des utilisateurs de son réseau, le passage d'utilisateur à client a été entériné, il semble important de souligner l'impact d'une telle mutation sur les modalités de régulation adéquates à la nouvelle situation. « *Passer*

¹⁴³⁸ *Ibid.*

¹⁴³⁹ Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité. Considérant 49 et article 5 al. 1 notamment.

¹⁴⁴⁰ BERNARD S., « Des compagnies privées à la Société nationale des chemins de fer français », art. cit., p. 19.

¹⁴⁴¹ LOMBARD M., « L'ouverture à la concurrence de l'activité ferroviaire : rhétorique et pratique », in VIDELIN J.-Ch. (dir.) *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques, op. cit.*, p. 27.

de l'utilisateur au client de la SNCF impliquerait que l'utilisateur est désormais au cœur des préoccupations de l'entreprise en charge du service public »¹⁴⁴². L'utilisateur se distingue du client en ceci qu'il « est celui dont la satisfaction est l'objet même du service »¹⁴⁴³. Alors que « le client postule un service personnalisé, une attention portée sur des aspirations spécifiques¹⁴⁴⁴, qui peut avoir du mal à se conjuguer avec une logique de service public »¹⁴⁴⁵. Une régulation forte et effective et une ouverture à la concurrence n'impliquent pas *ipso facto* un retrait définitif de l'État. La régulation se fixe justement comme postulat de veiller à la pérennité de l'ordre public économique dans une telle ouverture. Puisqu'en réalité, « *If privatization is to improve performance over the longer term, its needs to be complemented by policies that promote competition and effective state regulation* »¹⁴⁴⁶.

829. Pendant longtemps sous le régime des monopoles nationaux, l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire s'est matérialisée par « la mise en place des marchés oligopolistiques, qui se sont substitués aux marchés monopolistiques, à la dissociation des fonctions sur le réseau, entre la fonction de gestion et celle d'exploitation, à la mise en place d'organismes autonomes de régulation, en charge de veiller à des équilibres sur des marchés de concurrence imparfaite »¹⁴⁴⁷. Mais l'importance de la place prise par le « client » ne doit entraver le statut d'utilisateur car le service public ferroviaire doit être assuré en permanence. Il faut, en conséquence, par le truchement de l'ouverture à la concurrence, mettant notamment en avant l'efficacité du service ou de la prestation, selon le cas, « faire évoluer la SNCF vers une organisation plus efficace et plus unifiée tout en maintenant le caractère public du groupe »¹⁴⁴⁸. La régulation demeure dans ces conditions, l'ossature la mieux aboutie pour remplir une

¹⁴⁴² AMAR J., *De l'utilisateur au consommateur du service public*, thèse, PUF, 2001, p. 79 ; PAULIAT H., « De l'utilisateur au client de la SNCF », in VIDELIN J.-Ch. (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques*, op. cit., p. 100.

¹⁴⁴³ LAROQUE P., *Les usagers des services publics industriels (Transports. Eau. Gaz. Électricité) : Droits. Obligations. Voies de recours. Études de textes de la jurisprudence*, thèse, Paris, Sirey, 1933, p. 15.

¹⁴⁴⁴ LACHAUME J.-F., *Adaptation dans le temps des tarifs voyageurs de la SNCF*, CJEG, 1990, p. 180.

¹⁴⁴⁵ PAULIAT H., « De l'utilisateur au client de la SNCF », art. cit., p. 100.

¹⁴⁴⁶ PARKER D., KIRKPATRICK C., *Privatisation in Developing countries : A review of the Evidence and Policy Lessons : The Journal of Development Studies*, mai 2005, vol. 41, n°4, p. 513 ; MARTIN S., « L'ouverture à la concurrence de l'activité ferroviaire : l'exemple allemand », in VIDELIN J.-Ch. (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques*, op. cit., p. 229.

¹⁴⁴⁷ RAPOPORT C., DE LA ROSA S., « Enjeux et réalités d'un espace ferroviaire unique européen », in RAPOPORT C. (dir.) *L'espace ferroviaire unique européen. Quelles réalités (s) ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 5.

¹⁴⁴⁸ C'est l'un des objectifs fixés par le Gouvernement lors de la présentation du Pacte ferroviaire. À cela s'ajoute trois autres : Mettre en place un nouveau cadre pour l'emploi des salariés du ferroviaire ; – Améliorer la performance de la SNCF, notamment à travers un nouveau projet stratégique d'entreprise ; – Réussir l'ouverture des services domestiques de transport ferroviaire de voyageurs à la concurrence. Cf. BAZEX M., LANNEAU R., « Commentaire de la Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire », *Contrats Concurrence Consommation*, n°3, mars 2019, étude 4.

conciliation fine et réaliste entre service public effectif et l'efficience de la prestation aux clients du réseau ferroviaire.

830. C'est aussi sous l'impulsion du droit communautaire que ce passage « *d'usager à client* » est en train de se réaliser. Il s'est avéré que « *progressivement s'est cependant imposée l'idée que ceux qui utilisent le service public fourni par la SNCF peuvent être considérés comme des clients, et ce sans doute au moment même où le droit européen ouvre à la concurrence certains services en réseaux au niveau régional* »¹⁴⁴⁹. Cette évolution n'est en réalité pas si nouvelle que cela car il y a eu, au 19^{ème} siècle, la « *concession à perpétuité* »¹⁴⁵⁰ de certaines lignes. Bien d'autres modes de libéralisation nous rappellent incessamment que le ferroviaire a toujours fait l'objet d'une certaine régulation. En conservant bien entendu plus solidement le contrôle de l'État. Sur ce sujet, Sébastien Bernard parle de « *domination croissante avec le temps* »¹⁴⁵¹ de l'État sur la SNCF. Mais en tous les cas, la spécificité du service public du transport ne doit en rien sacrifier, même pas au nom de l'efficience, le versant du service public qui, à des moments, est qualifié d'obligatoire. C'est d'ailleurs l'attachement à l'efficacité du service public ferroviaire qui a engendré l'ouverture à la concurrence à travers la succession des « *paquets ferroviaire* » depuis 1991.

d- L'impact d'un service public obligatoire sur la nature de la régulation ferroviaire

831. Le transport ferroviaire n'est pas un service public comme un autre¹⁴⁵². L'article 1er de la Loi du 4 août 2014, tel qu'inséré à l'article 2100-1 du Code des transports, dispose que « *le système de transport ferroviaire concourt au service public ferroviaire et à la solidarité nationale ainsi qu'au développement du transport ferroviaire, dans un souci de développement durable* ». Il participe également à la dynamique, à l'irrigation et à l'aménagement des

¹⁴⁴⁹ PAULIAT H., « De l'usager au client de la SNCF », in VIDELIN J.-Ch. (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques, op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁵⁰ Concernant la ligne concédée à Beaumier par l'ordonnance du 26 févr. 1823 qui stipulait que « *considérant que le commerce et l'industrie retireront de grands avantages de cet établissement, particulièrement pour le transport de la houille que fournissent en abondance les contrées qu'il doit traverser ; qu'un chemin de fer destinée au public est, comme un canal de navigation, d'utilité générale, qu'ainsi le Gouvernement peut conférer aux concessionnaires la faculté d'acquérir les terrains sur lesquelles il devra être établi, moyennant une indemnité préalable, et à charge de se conformer aux règles prescrites par la loi du 8 mars 1810* ». Cf. BEZANÇON X., « Histoire d'une ambition publique et d'une réalisation privée », in VIDELIN J.-Ch. (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques, op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁴⁵² On ne reviendra pas ici sur l'absence de définition légale de la notion de service public. La doctrine et la jurisprudence s'y sont largement attelées. On peut citer notamment des arrêts du Conseil d'État précisant la notion de service public et définissant les conditions dans lesquelles celui-ci est exploité par une personne privée pour le second. Cf. CE, 28 juin 1963 *Narcy*, *supra* ; CE, sect. du contentieux, 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.)*, *supra*.

territoires. Il concourt au maintien et au développement de la filière industrielle ferroviaire et des bassins d'emploi sur l'ensemble du territoire. Ainsi, le service public ferroviaire va au-delà d'un simple système de transport. C'est un service global dont la performance, par le biais entre autres d'une régulation effective et efficace, participe à l'épanouissement économique des acteurs et des territoires. La régulation du secteur ferroviaire restitue avec une certaine véhémence ce qui est communément appelé le « service public à la française » tant la conciliation des objectifs à la fois antagonistes et complémentaires est prégnante. Le Professeur Giles Guglielmi interpelle, en mettant en garde contre toute transformation de cette spécificité en un dogme. Il insiste sur l'importance de cette conciliation en affirmant que « *nous avons intérêt à ne pas perdre de vue que, même si nous disposons d'une belle notion de service public en termes juridiques et politiques, nous ne lui conserverons pas une véritable spécificité si nous ne portons pas attention à la qualité du contenu de la prestation* »¹⁴⁵³. La finalité de la spécificité du « service public à la française » ne doit donc pas être que philosophique et esthétique, il se soit d'être efficace. Ceci corrobore notamment l'affirmation d'une haute justesse d'un « service public à la française » qui n'est en réalité qu'un « *mythe français au prisme de l'Europe* »¹⁴⁵⁴. Un mythe découlant sans doute de la notion critiquée du « *service public virtuel* »¹⁴⁵⁵, justifiant certainement l'absence de véritable définition dudit service public. Même si la France a, tant bien que mal, entamé la libéralisation de certains secteurs de son économie dès l'après-guerre, l'accélération de ce processus a profondément été dictée par l'impulsion européenne.

832. De son côté, la jurisprudence considère que la spécificité de ce service fait de lui un service « *d'utilité publique* »¹⁴⁵⁶. C'est toute la difficulté liée à l'ouverture à la concurrence du réseau ferroviaire français. Au fond, ce n'est pas tant une difficulté qu'une particularité dans la mesure où le service public ferroviaire et le service public de transport en général demeurent un service qui se réalise sous un contrôle attentionné, quoique de plus en plus délégué, de l'État. Cette vigilance étatique est dictée par le fait que « *la libéralisation du rail ne se fait pas, loin de là, sans garde-fous. Si la mise en concurrence constitue désormais le principe, cette mise en*

¹⁴⁵³ GUGLIELMI G., « La conception du service public "à la française" », disponible à l'adresse suivante : <https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Conference.ServicePublic.pdf>. (Consulté le 04/12/2019).

¹⁴⁵⁴ BRILLET E., « Le service public "à la française" : un mythe national au prisme de l'Europe », « *L'économie politique* », avr. 2004, n° 24, p. 20 - 42.

¹⁴⁵⁵ ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, Paris, LGDJ, 2015, p. 96.

¹⁴⁵⁶ Les juges ont considéré dans cet arrêt que « *dès lors, et compte tenu des mesures de réduction prises et de la réduction future de la pollution, les atteintes à la propriété privée et le coût économique du projet et les impacts environnementaux ne sont pas de nature à retirer au projet son caractère d'utilité publique* ». Cf. CE, 9 nov. 2015, *L'Association France Nature Environnement et l'Union des fédérations Rhône-Alpes de protection de la nature*, n° 375322, 375672, 375673.

concurrence ne prendra effet que dans le temps, et jusqu'à un horizon porté au 31 décembre 2039 selon un calendrier pour le moins conservateur »¹⁴⁵⁷. C'est tout l'intérêt des directives qui ne peuvent être mise en œuvre que par le biais d'une transposition législative. Des garde-fous se sont avérés nécessaires eu égard au rôle spécifiquement particulier joué par le service public ferroviaire en France. Dans ce pays, « *l'idée voire l'esprit du service public est au cœur de l'État* »¹⁴⁵⁸. Il s'avère également que le service public est l'un des fondements les plus solides de l'intervention économique pour, entre autres et principalement, faire respecter le droit de la concurrence¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁷ À ce titre, Michel Bazex et Régis Lanneau indiquent dans leur commentaire de la Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire que La Directive 2016/2370 du 14 déc. 2016 prévoyait qu'« *à compter du 1er janv. 2019, les entreprises ferroviaires disposent d'un droit d'accès à l'infrastructure, y compris aux infrastructures reliant les installations de service, dans des conditions équitables, non discriminatoires et transparentes* ». La loi, plus conservatrice, indique que cette date « *concerne les demandes d'accès au réseau ferroviaire pour les services librement organisés de transport ferroviaire de voyageurs* » en vue de leur exploitation à compter du 12 déc. 2020 (soit près de 2 ans plus tard !). Cette date ne concerne par ailleurs que les services librement organisés. Pour les services conventionnés, les règles adoptées laissent plus de temps à la SNCF pour s'adapter. En effet, si l'article 14 de la loi pose lui aussi un principe d'attribution à la suite d'une procédure de mise en concurrence (« *Les contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs sont attribués après publicité et mise en concurrence, sous réserve des possibilités d'attribution directe prévues à l'article L. 2121-17* ». Ce principe n'entrera en application qu'au 25 déc. 2023. Ce principe est lui-même à relativiser et l'ouverture à la concurrence ne se fera que de façon progressive. Ainsi, l'article 18 de la loi prévoit que les conventions conclues entre l'État et SNCF Mobilité avant le 25 déc. 2023 « *se poursuivent jusqu'au terme qu'elles ont fixé, leur durée ne pouvant excéder 10 ans* », ce qui repousse la mise en concurrence effective jusqu'à 2033 pour les conventions qui pourraient être signées en 2023. Cette solution est également retenue pour les régions. La loi prévoit cependant la possibilité pour l'État ou pour les régions d'attribuer des contrats de service public relatifs à des services de transport ferroviaire de personnes après publicité et mise en concurrence. Il faut donc que les autorités organisatrices de transports le souhaitent – puisqu'il ne s'agit que d'une simple possibilité – et que les contrats en cours arrivent à leur terme puisque la loi prévoit que les conventions se poursuivent jusqu'à leur terme. Autrement dit, pendant une période qui s'étale du 3 déc. 2019 au 24 déc. 2023, les autorités organisatrices de transport peuvent conclure, hors de toute procédure concurrentielle, des contrats d'exploitation avec SNCF Mobilité. De même, des dispositions spécifiques sont prévues pour les contrats conclus par le Syndicat des transports d'Île de France. Pour les lignes hors RER, les contrats passés antérieurement au 3 déc. 2019 se poursuivent jusqu'à un terme fixé par le STIF compris entre le 1er janv. 2023 et le 31 déc. 2032. Pour les contrats passés relatifs aux seules lignes C et D du RER, le terme fixé par le STIF doit être compris entre le 1er janv. 2033 et le 31 déc. 2039. Le RER E fait l'objet d'une disposition spécifique puisque, pour les « *lignes [de RER] dont l'infrastructure a fait l'objet d'une extension mise en service à compter du 1er janv. 2018* », la date doit être comprise entre le 1er janv. 2025 et le 31 déc. 2039. Enfin concernant les RER A et B, le contrat court jusqu'au 31 déc. 2039, cette date étant stricte. Le 10 janv. 2019, le ministère des transports a annoncé le lancement de la mise en concurrence, en indiquant qu'il allait entamer des démarches afin de lancer, en 2020, un appel d'offres pour désigner l'exploitant, à partir de 2022, de deux lignes Intercités : Nantes Bordeaux et Nantes Lyon. Cet appel d'offres est à la fois symbolique et stratégique. Symbolique afin de marquer le début de la réforme ; stratégique car cet appel d'offres permettra de gagner en expérience (tant sur la procédure que sur l'étude des dossiers) en débutant par des lignes qui n'ont rien de stratégique pour la SNCF. Il reste cependant que la perte de ces marchés aurait des effets symboliques forts – plus que financiers – pour la SNCF et la perception de la mise en concurrence. Cf. BAZEX M., LANNEAU R., « Commentaire de la Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire », *Contrats Concurrence Consommation*, n°3, mars 2019, étude 4.

¹⁴⁵⁸ ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, op. cit., p. 13.

¹⁴⁵⁹ CLAOUR G., *Intérêt général et concurrence-essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris LGDJ, 2006 cité dans ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, op. cit., p. 197.

833. L'Autorité de régulation ferroviaire participe donc, en l'occurrence en étroite collaboration avec l'ADLC, non seulement à la mise en œuvre effective de l'ouverture à la concurrence, mais également dans un cadre lui appartenant plus spécialement à une régulation effective dudit domaine. Peut-on ainsi considérer qu'il y a une obligation de service public ferroviaire qui consiste en un « *acte juridique adopté par une autorité publique permettant l'investiture d'un tiers afin qu'il accomplisse, sous son contrôle, une mission d'intérêt général [à ceci près que le ferroviaire relève depuis toujours du public] impliquant des prestations distinctes de son activité habituelle, dont l'accès aux usagers doit demeurer universel* »¹⁴⁶⁰. C'est tout l'inverse de la jurisprudence *Narcy*¹⁴⁶¹ qui s'opère dans le domaine ferroviaire mais pour les mêmes objectifs sinon les mêmes conséquences dès lors que, s'agissant du ferroviaire, on passe de l'usager au client alors que dans l'affaire *Narcy* on a initié le passage du client à l'usager par l'obligation du service public.

2- Renforcement significatif de l'indépendance de l'ARAFER par l'érection en son sein d'une commission des sanctions

834. Avant de revenir sur le bien-fondé ou non de la libéralisation des secteurs ferroviaire et, dans une moindre mesure, routier (**d**), il est important de s'attarder sur la distinction entre les organes de poursuites et ceux chargés de la sanction au sein de l'ARAFER (**a**), l'apport déterminant de l'arrêt *Dubus* (**b**) ainsi que l'impulsion du droit communautaire dans cette libéralisation (**c**).

a- La distinction organique et fonctionnelle entre organe de poursuite et autorité de sanction comme gage d'une régulation effective et moins critiquable

835. Bien que composée, en tout cas pour l'instant, que de trois membres¹⁴⁶², la Commission des sanctions de l'ARAFER renvoie un signal fort quant à l'indépendance et l'envergure prise par cette autorité dans la régulation du secteur ferroviaire et routière. L'exigence de la séparation organique et fonctionnelle est désormais devenue la règle auprès de la quasi-totalité

¹⁴⁶⁰ Étant entendu, comme le souligne si bien cet auteur, « *l'obligation d'un service public implique en premier lieu l'existence d'un acte de puissance publique ou d'autorité publique et ensuite une dépendance fonctionnelle du prestataire à l'égard de l'autorité publique* ». En ce qui concerne la SNCF par exemple, s'agissant du domaine du service public de transport la question ne se pose même pas. Cf. ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, *op. cit.*, p. 393.

¹⁴⁶¹ CE, 28 juin 1963, *Narcy*, *supra* ; CE, sect. du contentieux, 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.)*, *supra*.

¹⁴⁶² Outre la présidente Paquita Morellet-Steiner, les autres membres de la Commission des sanctions sont Robert Parneix Francis Salsmann. Contrairement à la Commission des sanctions de l'AMF qui comprend au moins une quinzaine de membres.

des autorités de régulation. L'ARAFER n'en fait pas exception. La récente érection de la Commission des sanctions en organe distinct et détaché du collège¹⁴⁶³, comme c'est déjà le cas au sein d'autres homologues régulateurs, entérine la place primordiale de cette autorité dans la sphère des régulateurs cruciaux et répond par la même occasion aux craintes d'une probable influence de la personnalité du président des autorités indépendantes sur les activités de celles-ci ou sur la décision rendue par le Collège qu'il dirige et fait taire, par la même occasion, le postulat qui voudrait, à l'instar des assemblées politiques, que « *le président exerce sur les débats la plus certaine des influences* »¹⁴⁶⁴. S'agissant de l'ARAFER, étant donné que le président « *apparaît comme la clé de voûte de son organisation et le garant de son fonctionnement* »¹⁴⁶⁵, une telle séparation est plus que bienvenue. Elle garantit les droits de la défense et crédibilise davantage les décisions rendues par cette autorité publique indépendante.

836. L'indépendance devient « *le maître mot* »¹⁴⁶⁶, tant les enjeux sont énormes et la mutation de la régulation ferroviaire et routière est profonde. Cette indépendance est au centre de tout puisqu'elle est triplement requise. L'indépendance est nécessaire non seulement à l'égard du Gouvernement, défenseur du service public ferroviaire, mais également à l'égard de l'opérateur historique, obligé d'ouvrir ses infrastructures essentielles aux concurrents. Elle n'est pas moins nécessaire à l'égard de ces deniers qui ne peuvent exercer abusivement cette ouverture à la concurrence au détriment de l'opérateur historique. L'indépendance et l'impartialité sont tout autant, l'un et l'autre, requises pour une régulation effective et efficace. Si la première résulte d'un aspect objectif, lorsqu'elle est concrètement opposable aux acteurs en présence, la seconde découle davantage d'une certaine subjectivité dans la mesure où elle relève « *de données internes, dépendant de la personne du juge, de son travail de jugement, c'est-à-dire de l'opération intellectuelle* »¹⁴⁶⁷. En règle générale, l'indépendance est requise face à d'éventuelles pressions externes pendant que l'impartialité s'impose à l'égard de soi-même et à ses convictions personnelles. C'est dans cette parcimonie que réside tout le rôle du juge et du

¹⁴⁶³ Conformément à la réforme ferroviaire d'août 2014, la Commission des sanctions a été mise en place le 19 mai 2016. Cf. Loi du 4 août 2014, portant réforme ferroviaire, préc.

¹⁴⁶⁴ RIPERT H., *La présidence des assemblées politiques*, Paris, Arthur Rousseau, 1908, p. 5 ; PERRIN L., *Le président d'une autorité administrative indépendante de régulation*, Paris, La librairie numérique, 2014, p. 17.

¹⁴⁶⁵ VIEU P., « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *RFDA*, 2010, spéc. p. 49 in PERRIN L., *Le président d'une autorité administrative indépendante de régulation, op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁶⁶ GRARD L., « Le transport s'ouvre au concept d'Autorité indépendante de régulation avec l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) », *RD transp.*, n° 4, avr. 2010, comm. 80 (commentaire de la Loi n° 2009-1503, 8 déc. 2009). Cf. Loi n° 2009-1503 du 8 déc. 2009, relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, *JORF* n° 285 du 09 déc. 2009.

¹⁴⁶⁷ DE RAVEL D'ESCLAPON Th., « Impartialité et indépendance des autorités de régulation bancaire en droit français », *RLDA*, n° 61, Juin 2011, p. 2.

régulateur puisque tous les deux sont soumis à ces exigences d'indépendance et d'impartialité conformément à l'article 6 de la CESDH.

837. L'ARAFER va plus loin dans son rapport avec l'indépendance et dénote de ce fait tout le caractère exorbitant et donc indispensable de sa régulation en ceci qu'elle résulte notamment de l'article L. 1261 du Code des transports. Ce dernier dispose que dans le but d'éviter les conflits d'intérêts, « *au terme de leur mandat, [les régulateurs] ne peuvent occuper aucune position professionnelle ni exercer au sein d'aucune des entreprises ou entités entrant dans le champ de la régulation pendant une période minimale de trois ans* »¹⁴⁶⁸. Une avancée remarquable même si, en réalité « trois ans » demeurent à notre avis très court. Il serait plus judicieux d'aller au-delà, de sorte qu'à défaut d'une interdiction pendant dix ans, qu'on ait au moins une incompatibilité de cinq ans.

838. L'exorbitance de l'ARAFER se manifeste également dans ses attributions de diverses manières. Les dispositions législatives tant communautaires que nationales, et notamment celles résultant de la Loi Macron d'août 2016, ont eu pour conséquence le renforcement du pouvoir de l'Autorité. Elle peut ainsi « *rendre dix-sept catégories d'avis conformes*¹⁴⁶⁹ *ou bloquants, émettre trente types d'avis simples sur des projets qui lui sont soumis, rendre dix-sept catégories de décisions différentes, rédiger des rapports ou des recommandations dans treize cas. Elle dispose enfin d'un pouvoir d'information sur vingt-deux sujets* »¹⁴⁷⁰. L'Autorité dispose même de la faculté de s'opposer à la nomination d'un président de conseil d'administration pour, estime-t-elle, manque de garantie suffisante d'indépendance¹⁴⁷¹. Ceci dénote le rôle désormais incontournable et le pouvoir réel des autorités de régulation qui matérialisent le pouvoir administratif exorbitant dans le domaine économique. En dépit d'une mise en œuvre ferme de l'exorbitance pour la préservation de la concurrence et donc d'une certaine manière de l'ordre public économique positif, l'ARAFER, ne se prive pas d'autres mécanismes lui permettant d'atteindre le même but. Il ressort en outre de l'article L. 2132-7 du Code des transports, qui assure la transposition du § 8 de l'article 56 de la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012, que l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) peut demander la transmission régulière d'informations relatives à l'activité des

¹⁴⁶⁸ POUJOL M., « Les moyens de réalisation des objectifs de la régulation : l'exemple de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières », art. cit., p. 254.

¹⁴⁶⁹ Des avis qui, en raison de leur nature juridique constituent un véritable droit de véto. On le constate dans celui relatif à la nomination du président du conseil d'administration de SNCF réseaux.

¹⁴⁷⁰ POUJOL M., « Les moyens de réalisation des objectifs de la régulation : l'exemple de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières », art. cit., p. 246.

¹⁴⁷¹ ARAFER, avis n° avis 2016-031 du 30 mars 2016.

gestionnaires d'infrastructure, des exploitants d'infrastructures de service, des entreprises ferroviaires et de la SNCF, qu'elle estime utiles à l'exercice de ses missions, en ne faisant pas peser une charge excessive sur les opérateurs¹⁴⁷². Encore faudrait-il noter la proportion prise par la fonction répressive de l'ARAFER prévue par les dispositions des articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du Code des transports.

b- L'apport déterminant de l'arrêt *Dubus*

839. Dans cet arrêt rendu en 2009 sur le fondement de l'article 6 de la CESDH, la CEDH, estimait qu'il y a une « *absence de distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement* »¹⁴⁷³ de l'autorité bancaire française, qui avait sanctionné *Dubus*, une entreprise d'investissement dont l'activité consiste en la réception, la transmission et l'exécution d'ordres pour le compte de tiers et la négociation pour son propre compte. La Cour reprochait plus spécialement à la Commission bancaire l'absence de séparation de l'autorité de poursuite et celle qui est chargée de la sanction, le cas échéant. L'absence d'une telle séparation peut être un facteur déterminant de partialité et, partant, une atteinte aux droits de la défense protégés par l'article 6 susmentionné. Depuis, il y a eu des évolutions et cet arrêt a connu une autre confirmation jurisprudentielle¹⁴⁷⁴. La Commission bancaire qui avait été sujette de cette sanction n'existe plus. Sa fusion avec l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM) et le Comité des établissements de crédits et des entreprises d'investissement (CECEI) a, en 2010¹⁴⁷⁵, donné naissance à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). Cette dernière est tout naturellement composée d'un collège comprenant 16 membres et d'une commission des sanctions de composée de 6 membres¹⁴⁷⁶.

840. Renforcer l'indépendance et l'impartialité dans la prise des décisions de l'ARAFER est d'autant plus fondamental que cette dernière peut être amenée à invoquer ces deux principes face aux pouvoirs publics. Dans un arrêt du Conseil d'État du 30 janvier 2015¹⁴⁷⁷ la région PACA s'est vu refuser l'annulation de l'avis de l'ARAFER pour excès de pouvoir¹⁴⁷⁸. Le

¹⁴⁷² CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 16 févr. 2018, *Union des transports publics et ferroviaires (UTP)*, n° 403508.

¹⁴⁷³ CEDH, 11 juin 2009, *Dubus S. A. c./France*, n° 5242/04, non-publié au Rec.

¹⁴⁷⁴ CE, 8 nov. 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*, n° 329384 ; KOVAR J.-Ph., « L'arrêt Dubus : suite et fin ? », *L'essentiel du droit bancaire*, janv. 2011, n°1, p. 1.

¹⁴⁷⁵ L'ACPR résulte de l'Ordonnance du 21 janv. 2010, portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, préc.

¹⁴⁷⁶ Il est expressément mentionné sur le site de l'Autorité que le collège est « l'organe de poursuite » et que la Commission des sanctions, présidée par un conseiller d'État, est l'organe de sanction.

¹⁴⁷⁷ CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 30 janv. 2015, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, n°374022.

¹⁴⁷⁸ L'avis n° 2013-022 du 8 oct. 2013 de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), *relatif à l'impact du service de transport de voyageurs envisagé par l'entreprise ferroviaire Thello entre Milan, Gênes,*

Conseil estime en l'espèce que l'influence du service international sur l'équilibre économique et financier du contrat de service public entre la SNCF et la région PACA n'était pas prouvée. Cet arrêt donne une certaine envergure aux décisions de l'ARAFER dès lors que cette dernière s'était conformée à la procédure d'enquête avant de rendre son avis. Cet arrêt s'inscrit dans le même esprit que les lois successives portant réforme du secteur ferroviaire et transposition des directives européennes y afférentes en France¹⁴⁷⁹. Considérée comme plus « récente »¹⁴⁸⁰, le régulateur ferroviaire et routier, fait désormais office d'une autorité de régulation incontournable dans la sphère de régulation économique. Elle a surtout été instituée sous l'impulsion de l'Union européenne¹⁴⁸¹. Son rôle était auparavant joué par la Mission de contrôle des activités ferroviaires (MCAF). On passe donc, non sans tâtonnement et de nombreuses réformes, d'une mission à une autorité dotée de vrais pouvoirs, y compris celui de sanctionner.

c- L'impulsion significative du droit communautaire par le bais des successifs « paquets ferroviaires » européens

841. Sur le plan européen, l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire est considérée comme une nécessité dès lors que dans les pays membres « *la gestion de l'infrastructure et l'exploitation du transport ferroviaire sont réunies au sein de la même structure intégrée, les gestionnaires d'infrastructure peuvent être tentés de favoriser les intérêts commerciaux de la structure intégrée et de ses filiales de transport et, par là même, entraver la fourniture d'accès à l'infrastructure à des concurrents* »¹⁴⁸². Le législateur communautaire a donc jugé utile d'impulser l'ouverture à la concurrence par l'accès des entreprises concurrentes aux dites infrastructures essentielles. L'objectif étant, à terme, comme cela est actuellement amorcé, d'aboutir à un espace ferroviaire unique européen conformément aux ambitions affichées par le droit communautaire¹⁴⁸³. Le secteur ferroviaire fait partie des domaines régis par le « *droit*

Monaco, Nice et Marseille sur l'équilibre économique du contrat de service public de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, non-publié au *JORF*.

¹⁴⁷⁹ Cf. Loi n° 97-135 du 13 févr. 1997, portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire, *JORF* n° 39 du 15 févr. 1997 ; Décret n° 2003-194 du 07 mars 2003, relatif à l'utilisation du réseau ferré national par les entreprises ferroviaires européennes, *JORF* n° 58 du 09 mars 2003.

¹⁴⁸⁰ POUJOL M., « Les moyens de réalisation des objectifs de la régulation : l'exemple de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières », art. cit., p. 239.

¹⁴⁸¹ Cf. L'article 30 de la Directive n° 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2001, préc.

¹⁴⁸² SALQUE Ch., « L'impact du droit communautaire sur le système ferroviaire français : d'une indépendance proclamée à un changement de gouvernance », in RAPOPORT C., *L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalité(s) ?*, op. cit., p. 103.

¹⁴⁸³ Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 nov. 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, *JOUE*, n° L 343/32 du 14 déc. 2012.

des marchés régulés »¹⁴⁸⁴. La recherche de l'équilibre y est permanente. La conciliation des objectifs y est nécessaire. Concilier le client naissant et l'utilisateur exigeant. Concilier l'ouverture et le contrôle d'un secteur aussi indispensable que singulier du service public. C'est dans ce sens que, depuis 1991¹⁴⁸⁵, des « paquets législatifs » se sont multipliés afin d'aboutir à une telle ambition. Cette directive du 29 juillet 1991 initia la séparation des gestionnaires d'infrastructures des opérateurs historiques, dans le but de garantir une libre concurrence pour, *in fine*, aboutir à un service efficace à la portée des « usagers-clients ».

842. Depuis lors, un ensemble de directives successivement adoptées et connues sous le nom de « paquets ferroviaires » a été adopté. Le premier paquet date de 2001 et fut initié en 1998 et est composé d'un ensemble de directives dont la principale est la Directive 2001/12/CE. Outre la précision de notions indispensables telles que « *les infrastructures essentielles ainsi que les fonctions dites essentielles de leurs détenteurs* »¹⁴⁸⁶, cette directive impose aux États membres une adaptation législative permettant un accès à la partie nationale du réseau transeuropéen de fret. Ceci va dans le sens du renforcement de l'objectif initié en 1991. C'est-à-dire l'ouverture effective à la concurrence du ferroviaire et ainsi permettre, sans doute, l'accès aux entreprises des pays membres au nom de la non-discrimination fondée sur la nationalité de celles-ci et de la construction aboutie du marché commun. Parallèlement, la Commission a pu souligner dans un de ses livres blancs, l'importance « *que se développe dans les transports au niveau européen une nouvelle forme de régulation en faisant agir de façon coordonnée les autorités de régulations nationales* »¹⁴⁸⁷. L'on comprend donc que l'ouverture à la concurrence ne pouvait être effective sans l'apport du régulateur, qui s'est avéré indispensable, d'autant plus que les Directives et leur transposition ne peuvent que montrer la voie. La véritable conciliation entre les intérêts divergents ne peut être effectivement menée que par la régulation.

843. Ensuite, dans l'optique d'encadrer l'ouverture à la concurrence d'un secteur qui, pendant longtemps voire depuis toujours a été sous des monopoles, est intervenu, en 2004, le

¹⁴⁸⁴ JAMIN Ch., « Théories générales des contrats et droit des secteurs régulés », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2342 ; RAPOPORT C., DE LA ROSA S., « Enjeux et réalités d'un espace ferroviaire unique européen », art. cit., p. 5.

¹⁴⁸⁵ Directive 91/440/CEE, du Conseil du 29 juill. 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires, *JOCE*, n° L 237 du 24 août 1991.

¹⁴⁸⁶ Directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2001, modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, *JOCE*, n° L 075 du 15 mars 2001.

¹⁴⁸⁷ CEE, *La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure de choix*, Livre blanc n° COM (2001) 370 de la Commission, 2001, p. 105. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/themes/strategies/doc/2001_white_paper/lb_texte_complet_fr.pdf. (Consulté le 16/03/2017).

deuxième « paquet ferroviaire ». Il échelonne le processus de libéralisation en fixant à l'année 2006 l'amorce de l'ouverture du fret international et en 2007 pour le fret national. Ce « paquet », dont la principale directive connue sous le n° 2004/41/CE¹⁴⁸⁸ et considérée comme celle qui amorça vraiment l'ouverture du fret à la concurrence, envisageait une ouverture effective au 1^{er} janvier 2007. Ce « paquet » fut complété par un troisième¹⁴⁸⁹ dont le principal apport concerne l'ouverture à la concurrence du transport international en intégrant notamment le cabotage¹⁴⁹⁰. Le droit de cabotage consiste en la « *possibilité de desservir des gares étrangères situées sur le parcours du train, qui peut être exercé à la condition que l'objet principal du service soit le transport de voyageurs des gares situées dans des États membres différents* »¹⁴⁹¹.

844. La libéralisation du secteur ferroviaire a, quand bien même considérée à une certaine époque comme « *nécessaire mais inachevée* »¹⁴⁹², tout de même poursuivi son chemin dans la quête de cet achèvement. Il a donc fallu attendre 2013 pour qu'intervienne le quatrième « paquet » qui vise clairement, pour l'aboutissement des paquets antérieurs, la mise en place d'un espace ferroviaire unique européen. Ce paquet semble plus abouti dans l'optique de la libéralisation du secteur. Les impacts attendus semblent concerner à la fois les transports ferroviaires locaux et les conditions d'attributions des contrats de service public de transport. Comme cela a été souligné par l'ARAFER, « *les grands enjeux des textes portent sur le périmètre et le calendrier d'ouverture à la concurrence des marchés ferroviaires nationaux. Cela vise l'open access pour les lignes nationales non conventionnées (les LGV en France) et l'attribution par appel d'offres pour les contrats de service public de transport nationaux ou régionaux (TER et Trains d'équilibre du territoire). À partir du 3 décembre 2019, il n'y aura plus de monopole d'État et ces lignes pourront être ouvertes à d'autres opérateurs. Sur les*

¹⁴⁸⁸ Directive 2004/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avr. 2004 modifiant la Directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, *JOUE*, n° L 164 du 30 avr. 2004.

¹⁴⁸⁹ Directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 oct. 2007 modifiant la Directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, *JOUE*, n° L 315/44 du 31 déc. 2007 et Directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 av. 2004, concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *JORF*, n° L 164 du 30 avr. 2004.

¹⁴⁹⁰ La Directive du 23 oct. 2007 instaure la possibilité de faire du cabotage : commercialiser des dessertes ferroviaires nationales dans le cadre d'une liaison internationale. Sans pour autant « être utilisé pour réaliser l'ouverture du marché pour les services intérieurs de transport de voyageurs ».

¹⁴⁹¹ RAPOPORT C., DE LA ROSA S., « Enjeux et réalités d'un espace ferroviaire unique européen », art. cit., p. 7-8.

¹⁴⁹² SALQUE Ch., « Rapport de la Commission sur la mise en œuvre du premier paquet ferroviaire : une réforme nécessaire, mais inachevée (Vers la création d'un véritable espace ferroviaire européen) », *LPA*, 11 janv. 2007, n°9, p.8.

lignes nationales non conventionnées, ils pourront commercialiser des liaisons à partir de décembre 2019 pour l'horaire de service 2021, sous le contrôle du régulateur. Pour les contrats de service public, les autorités organisatrices pourront lancer des appels d'offres dès décembre 2019. À partir de 2023, l'attribution concurrentielle devient la règle »¹⁴⁹³. La question qui se pose désormais est celle de savoir si l'amélioration du service sera au rendez-vous après l'effectivité de la libéralisation du secteur ferroviaire.

d- Réticence injustifiée ou questionnement fondé sur la libéralisation totale du secteur ferroviaire ?

845. À la lecture du quatrième paquet ferroviaire, l'on constate que l'objectif d'un espace ferroviaire unique européen ne fait plus aucun doute. Mais il est légitime de se demander si l'efficacité va suivre dans la mesure où les justifications d'une telle libéralisation sont fondées sur cette notion d'efficacité. Ou alors sommes-nous face à « *l'impossible libéralisation ?* »¹⁴⁹⁴. L'ouverture à la concurrence s'est imposée au fil du temps comme une nécessité et étant entendu que le « quatrième paquet » constitue « *la dernière étape* »¹⁴⁹⁵ de ladite libéralisation, certains estiment que « *force était cependant de constater, début 2018, que le bilan de ces réformes successives était peu glorieux. La dette de la SNCF continuait de croître à un rythme d'1,5 milliards d'euros par an (le déficit structurel serait lui de 3 milliards d'euros par an) malgré le principe d'une règle d'or adoptée dans la loi d'août 2014 et mise en œuvre en 2017, et cumulait près de 55 milliards d'euros fin 2017* »¹⁴⁹⁶. L'on peut malgré tout se demander si cette ouverture n'a pas le mérite, nonobstant l'impossibilité de la SNCF d'apurer son passif, au moins de faciliter et de diversifier les moyens d'accès au service public ferroviaire.

¹⁴⁹³ ARAFER, « Le cadre juridique des paquets ferroviaires » accessible : <http://www.autorite-transport.fr/le-ferroviaire/le-cadre-juridique/les-paquets-ferroviaires/>. (Consulté le 05/06/2018).

¹⁴⁹⁴ PARIER A., « Le quatrième paquet ferroviaire : l'impossible libéralisation ? », *Bruges Political Research Papers / Cahiers de recherche politique de Bruges*, n°33, January 2014.

¹⁴⁹⁵ Assemblée nationale, « Résolution européenne sur le « quatrième paquet ferroviaire », 4 mai 2013, transposition n° 130, 16 p., accessible à l'adresse suivante : <https://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/ta/ta0130/index>. (Consulté le 01/01/2017).

¹⁴⁹⁶ Le décret instaurant cette règle interdit au gestionnaire d'investir au-delà d'un certain niveau d'endettement. Cf. BAZEX M., LANNEAU R., « Commentaire de la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire », art. cit.

C- La mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)

846. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel est la troisième et dernière autorité publique indépendante traitée dans cette étude. On pourrait bien la présenter comme une main de fer d'un conseil dans un gant de velours d'une autorité. Un « conseil » qui a tout le rôle et toutes les attributions d'une « autorité » en dit long sur l'évolution de l'accès à l'information en France¹⁴⁹⁷. Pendant que le CSA s'auto-qualifie de « *gendarme* »¹⁴⁹⁸, d'autres le considèrent comme la « *police de l'audiovisuel* »¹⁴⁹⁹. Cette dernière notion restitue mieux le fait que la régulation n'est qu'un « *mot habillant une réalité déjà connue – celle de la police—* »¹⁵⁰⁰. Dans une telle hypothèse, la verticalité voire l'exorbitance de la notion de régulation n'est qu'une extension de celle de police dès lors que cette dernière est « *selon le cas, une notion résiduelle, fragmentaire, difforme ou téléologique* »¹⁵⁰¹.

847. En 1964, l'Office de radiodiffusion-télévision française (ci-après ORTF), ancêtre du CSA, était placé sous la tutelle et non, comme ce fut le cas de la RTF en 1949, sous l'autorité du ministère de la communication¹⁵⁰². En 1974, l'ORTF est supprimée pour laisser la place à des sociétés nationales¹⁵⁰³. C'est seulement en 1982 que les monopoles furent abolis et fut créée la Haute autorité de la communication audiovisuelle¹⁵⁰⁴. Ce fut là une étape fondamentale car au-delà de la nomination des directeurs par cette instance, elle était également et surtout chargée de garantir l'indépendance du service public audiovisuel¹⁵⁰⁵. Le 30 septembre 1986, la Haute

¹⁴⁹⁷ Se souvient-on aussi, en 1960, du traitement réservé à Jean-Paul Sartre, Edouard. Glissant, Thierry Monod, Simone de Beauvoir et 116 autres auteurs suite au fameux manifeste intitulé « L'appel des 121 » sur la guerre d'Algérie. L'autorité publique de l'époque avait interdit leur accès à la seule radiodiffusion de l'époque (RDF). Mais la sanction est allée encore plus loin car n'avait-on pas le droit de les évoquer dans les informations télévisées encore moins dans un film ou téléfilm diffusé par ce canal.

¹⁴⁹⁸ CSA, « Les missions de la régulation audiovisuelle », accessible à l'adresse suivante : <https://www.csa.fr/Informer/Qu-est-ce-que-le-CSA/Les-missions-de-la-regulation-audiovisuelle>. (Consulté le 05/03/2019).

¹⁴⁹⁹ JONGEN F., *La police de l'audiovisuel. Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, Paris, LGDJ, 1994, p. 38.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*

¹⁵⁰¹ PICARD E., DRAGO R., *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, 1984, t. 1, p. 31 et s.

¹⁵⁰² L'une des conséquences d'une telle tutelle fut, jusqu'en mai 1968, que les journalistes, du moins les rédacteurs en chef, étaient non seulement nommés en Conseil de ministres mais surtout qu'ils se devaient de faire valider le contenu de leur JT chaque jour avant d'émettre.

¹⁵⁰³ Elles-mêmes scindées en trois catégories : TF1, A2 et F3 pour les programmes de télévisions, Radio France qui regroupe les 4 stations existantes et l'Institut national de l'audiovisuel (INA) pour les archives audiovisuelles.

¹⁵⁰⁴ Loi n° 82-652 du 29 juill. 1982 sur la communication audiovisuelle, version qui sera consolidée le 23 déc. 1985, *JORF* n° 175 du 30 juill. 1982.

¹⁵⁰⁵ La diversité des sources d'information devient une réalité. Les associations de radio, considérées comme clandestines et appelées « pirates » sont finalement autorisées. D'ailleurs NRJ, RFM ou Nostalgie sont issues de cette catégorie-là.

autorité disparaît au profit de la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL)¹⁵⁰⁶. Le CSA, tel qu'il a évolué jusqu'à son stade actuel découle de la loi 17 janvier 1989 portant création d'une « Organisation administrative indépendante du pouvoir exécutif »¹⁵⁰⁷. Sans doute devait-on cette formulation l'appartenance du CSA à la catégorie des API plutôt qu'aux AAI. Le CSA prendra effectivement l'appellation d'autorité publique indépendante dotée d'une personnalité morale par le biais de la Loi du 16 novembre 2013¹⁵⁰⁸, qui sonne comme une consécration attributive de ses pouvoirs y compris celui de sanctionner. Lequel pouvoir de sanction peut aller jusqu'au retrait d'une autorisation d'émettre à une chaîne. Le CSA joue ainsi à la fois un rôle permissif et restrictif concernant l'audiovisuel tout en préservant son pouvoir d'injonction et de sanction. Sans reléguer les avis qu'il peut émettre à l'endroit des acteurs du domaine et du Gouvernement.

848. Avant d'en fixer les limites, le principe de la liberté de la communication est posé par l'article premier de la Loi Léotard du 30 septembre 1986. Il y a néanmoins une conciliation subtile entre restriction et octroi dans le domaine de l'audiovisuel. L'exercice de cette liberté, comme le souligne le premier alinéa de cette loi, ne peut être limité que dans la mesure requise d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion. Cette liberté peut être limitée d'autre part, au nom de la protection de l'enfance et de l'adolescence¹⁵⁰⁹, la sauvegarde de l'ordre public, contenant les besoins de la défense nationale, les exigences de service public. S'y ajoutent les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication ainsi que la nécessité, pour le service, de développer la production audiovisuelle¹⁵¹⁰. En outre, l'article 28 de ladite loi exige des sociétés prétendant à l'obtention d'une autorisation la signature avec le régulateur les engagements relatifs au pluralisme, l'honnêteté de l'information et des programmes. Le pouvoir administratif exorbitant du CSA

¹⁵⁰⁶ Suite à la Loi Léotard. La CNCL tout comme son prédécesseur conserve la nomination des directeurs des directeurs des sociétés publiques et les contenus diffusés par les sociétés privées sont soumis à son autorisation. Par ailleurs, c'est à cette même époque que TF1 fut privatisée.

¹⁵⁰⁷ Loi n° 89-25 du 17 janv. 1989 modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986, relative à la liberté de communication, *JORF* n° 15 du 18 janv. 1989.

¹⁵⁰⁸ Loi n° 2013-1028 du 15 nov. 2013, relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, *JORF* n° 266 du 16 nov. 2013.

¹⁵⁰⁹ Le CSA reste très attentif à la vulnérabilité des enfants et veille au contenu diffusé par les médias. Il dispose du pouvoir d'imposer un filtrage du contenu.

¹⁵¹⁰ Article premier, al. 1 de la Loi 30 sept. 1986, (Loi Léotard), préc., telle que modifiée par Loi n°2004-669 du 9 juill. 2004 - article 109, en vigueur le 1er août 2004 Version consolidée au 02 mai 2019, *JORF* n° 159 du 10 juill. 2004.

s'exprime à chaque fois que « *l'équilibre* »¹⁵¹¹ entre la liberté d'expression et les principes contenus dans la loi de 86 (ordre public, enfance et dignité humaine...) est rompu. Le respect de l'ordre public « moral » peut en toute légitimité dicter une limite à ces droits considérés par ailleurs comme fondamentaux. La protection des enfants contre des images vulgaires, les adultes contre la diffamation et les *fake news* sont autant facilitées par l'accès, la création et la diffusion de l'information, dorénavant faciles, sont autant de phénomènes qui interpellent et qui lancent un défi à l'autorité de régulation de l'audiovisuel ; sans même compter la montée du populisme et du fondamentalisme.

849. Evoquer l'ordre public moral au sujet du CSA n'est pas dénué de sens dans la mesure où le renforcement de la « *déontologie des programmes* »¹⁵¹² occupe une place centrale dans la régulation de l'audiovisuel. D'autant plus que ce « conseil » exerce et dispose de tous les pouvoirs et attributions d'une « autorité » de régulation. En sus, il se présente, outre sa fonction de « *gendarme* »¹⁵¹³ de l'audiovisuel, comme une institution investie d'une régulation dont le but est la protection de « *l'intérêt général et la cohésion sociale* »¹⁵¹⁴. Le CSA remplit par là même une mission bien plus fondamentale que les seules prérogatives d'octroi et de retrait des fréquences de radio ou de télé. Par ailleurs, sa mission de régulation se déploie selon le principe de la liberté de communication et conformément aux principes fondamentaux tels que la dignité, humaine, le respect de la liberté et la propriété d'autrui, la protection de l'enfance ainsi que l'incontournable ordre public qu'il soit économique ou général.

850. Le pouvoir administratif exorbitant du CSA se manifeste en conséquence et à juste titre tant dans la procédure de prise de décision (**1**) que dans la sanction pécuniaire ou administrative qu'elle inflige, le cas échéant, aux acteurs qui violent le droit régissant ce domaine (**2**). Faudrait-

¹⁵¹¹ ELIET G., D'HOIR J., « Les moyens de la réalisation de la régulation : l'exemple de l'Autorité des marchés financiers », art. cit., p.232.

¹⁵¹² Le Sénat rappelle notamment l'article 3 du projet de loi du 30 oct. 1996 qui indique que « *dans les programmes diffusés par chaque service de communication audiovisuelle, le Conseil supérieur de l'audiovisuel veille à la déontologie applicable aux programmes, à la protection de l'enfance et de l'adolescence, au respect du pluralisme et de l'honnêteté de l'information, au respect de la vie privée et de la protection des consommateurs* ». Cf. SENAT, *Les instances de régulation de l'audiovisuel et de la déontologie des programmes*, Services des affaires européennes, Rapport n° LC 23, janv. 1997, p. 1 et s., disponible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/lc/lc23/lc23.html>. (Consulté le 20/02/2018).

¹⁵¹³ Pourtant, un des présidents du CSA, Olivier Schrameck, considérait qu'une telle qualification est « *malheureusement* » employée pour désigner les autorités de régulation. Malheureux puisque selon lui, et à juste titre, « *ce n'est qu'après d'insistants avertissements et, dans des cas déterminés, que peut être prise une mesure punitive* ». Cf. SCHRAMECK O., « Discours de clôture » du Colloque *La régulation*, Conseil d'État, Paris 20 nov.2017, (non publié), p. 1.

¹⁵¹⁴ CSA, « Les missions de la régulation audiovisuelle », art. cit.

il en outre noter la sensibilité de son rôle, en tant que régulateur des médias, pendant les périodes électorales (3).

1- Procédure de prise de décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel

851. Revenir sur la composition et la procédure de saisine du CSA (a) permettra de relever l'intérêt d'une double indépendance qui caractérise un régulateur assez singulier (b).

a- Composition et procédure de saisine du Conseil supérieur de l'audiovisuel

852. Le CSA est composé d'un Collège dont les membres sont nommés par décret présidentiel¹⁵¹⁵. Contrairement aux deux autres autorités publiques indépendantes, le CSA ne dispose pas d'une commission des sanctions. Ses décisions sont prises par le même Collège. Cet organe est donc chargé de prononcer les sanctions mais le dossier législatif de la Loi du 15 novembre 2013, relative à l'indépendance de l'audiovisuel public¹⁵¹⁶, mentionne désormais une distinction entre le Collège et le Rapporteur indépendant. Ainsi, le titulaire des fonctions de poursuite et d'instruction et le titulaire de la fonction de sanction ne se confondent plus¹⁵¹⁷. Le CSA ne peut s'autosaisir, il est saisi par le Rapporteur indépendant dont la nomination n'obéit pas aux mêmes modalités que les membres du Collège. Il est nommé par le vice-président du Conseil d'État pour un mandat de quatre ans et ce dernier, contrairement aux autres membres, n'est renouvelable qu'une fois. Des agents sont mis à la disposition du Rapporteur afin de lui assurer une indépendance et une certaine autorité, bien que relative, vis-à-vis de l'organe régulateur globalement pris. Même si elle est loin d'être une commission des sanctions, cette séparation constitue une avancée considérable.

853. Le CSA a, à titre d'exemple, pu considérer, dans une décision rendue en 2014, conformément à l'article 42-3 de la Loi de 1986 susmentionnée, que « *la modification de l'autorisation peut être agréée si les équilibres du marché publicitaire des services de télévision hertzienne terrestre sont pris en compte* ». Le Conseil considère notamment que l'impact sur

¹⁵¹⁵ Le président est choisi par le président de la République tandis que les six autres membres du collège sont choisis par les présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale après audition par les Commissions culturelles du Parlement. Aussi, après avoir été nommés ils transmettent au Parlement un rapport d'orientation sur le fondement duquel le cas échéant les parlementaires peuvent les auditionner à nouveau. Il faut être âgé au moins de 65 ans. La théorie de l'incompatibilité leur est applicable pendant l'exercice de leur mandat de six ans non renouvelables et trois ans après son expiration.

¹⁵¹⁶ Loi du 15 nov. 2013, relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, préc.

¹⁵¹⁷ L'article 3 modifie en profondeur l'actuel article 42-7 de la Loi du 30 sept. 1986, relative à la liberté de communication, pour instituer un rapporteur permanent auprès du Conseil supérieur de l'audiovisuel, qui sera chargé des fonctions de poursuites et d'instruction.

la publicité que les groupes auxquels ces chaînes (I>Télé et BFMTV) appartiennent disposent de capacités de résistance inégales dès lors que leurs régies publicitaires regroupent peu d'antennes, limitant très fortement les synergies commerciales et ce malgré les garanties concurrentielles apportées par TF1, qui se sont avérées par ailleurs insuffisantes, car n'étant pas susceptibles de compenser dans une mesure suffisante les effets liés à l'arrivée de La Chaîne Info (ci-après LCI) sur la TNT¹⁵¹⁸, qui est gratuite sur les chaînes précitées. Il en résulte que la modification des modalités de financement de LCI porterait atteinte à l'impératif fondamental de pluralisme et que, par suite, il y a lieu de refuser d'agréer la demande du groupe TF1 pour la diffusion du service de télévision hertzienne de LCI¹⁵¹⁹.

b- Sauvegarde de la double indépendance du Conseil supérieur de l'audiovisuel

854. Les autorités de régulation comme le CSA font doublement valoir leur indépendance aussi bien vis-à-vis des autorités hiérarchiques qu'à l'égard d'éventuelles pressions des acteurs économiques, même s'il lui arrive d'associer ces derniers dans la compréhension et la régulation du domaine concerné. Yves Gaudemet affirme en substance que ces autorités « *sont fonctionnellement placées en dehors du pouvoir hiérarchique des autorités classiques (ministres, Premier ministre) et puisent une part de leur légitimité dans une composition collégiale associant les opérateurs du marché* »¹⁵²⁰. Associer les acteurs n'insinue néanmoins en rien une quelconque complaisance dès lors que ces autorités ne peuvent pas être « indépendantes » vis-à-vis de l'État¹⁵²¹ et se soumettre aux acteurs, pas plus qu'elles ne peuvent s'assujettir à celui-ci au détriment de ceux-là. Leur indépendance ainsi que leur impartialité se doivent d'être universelles. Ceci se reflète d'abord sur la procédure mais aussi et surtout sur la sanction prononcée par lesdites autorités. Dans ce sens, le CSA ne fait pas exception. Son pouvoir de sanction s'opère dans le sillage d'une telle parcimonie. L'alinéa 2 de l'article 3 de la Loi Létard indique justement que le régulateur assure l'égalité de traitement ; il garantit l'indépendance et l'impartialité du secteur public de la communication audiovisuelle ; il veille à favoriser la libre la concurrence et l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services, quel que soit le réseau de communications

¹⁵¹⁸ Télévision numérique terrestre (ci-après TNT).

¹⁵¹⁹ CSA, décis. n° 2014-537 du 29 juill. 2014.

¹⁵²⁰ GAUDEMET Y., « Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès », in *Les mutations contemporaines du droit public : mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 187,

¹⁵²¹ La Cour a pu rétorquer à l'Allemagne que la nature du régime parlementaire ne s'oppose pas à l'existence d'AAI situées hiérarchiquement en dehors de l'administration et plus ou moins indépendantes du gouvernement. CJUE, gde. ch., 9 mars 2010, *Commission c./ Allemagne, supra* ; CANAC J.-M., « Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes. Visions française et monégasque », art. cit., p. 10.

électroniques utilisé par ces derniers, conformément au principe de neutralité technologique. L'instauration du comité relatif à l'honnêteté, l'indépendance et le pluralisme de l'information s'impose à toutes les radios et télévisions diffusant par voie hertzienne¹⁵²². Au-delà du droit de réponse¹⁵²³, en cas de fausses informations pouvant porter atteinte à l'honneur ou à la réputation, l'article 226-8 du Code pénal puni d'un an d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende le fait de porter atteinte à l'image ou à l'honneur d'une personne.

2- Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel

855. Le pouvoir de sanction du CSA se caractérise par une certaine évolution, non sans rester exorbitant (a). La mise en demeure reste certes obligatoire mais demeure soumise à des restrictions (b). Aussi, y a-t-il lieu de revenir sur une extension, qui n'en est pas vraiment une, du pouvoir de sanction de cette autorité. Le CSA s'avère être désormais dans une dynamique économique de la régulation de l'audiovisuel (c). Il est également confronté à ce vrai-faux nouveau phénomène que constituent les fausses informations (d).

a- Régime juridique et évolution du pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel

856. Si, dans les années 2000, le CSA préférait le « *dialogue et la prévention* »¹⁵²⁴, le pouvoir de sanction a désormais pris toute sa place dans cette autorité de régulation. Même si, dans le cadre de la mise en œuvre de celui-ci tel que le lui confère le législateur, plus précisément à l'article 42-1 de la Loi du 30 septembre 1986, le Conseil constitutionnel a estimé que le CSA ne peut en user qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation d'exploitation des services de communication audiovisuel et faute par eux de se conformer aux obligations indiquées dans celle-ci¹⁵²⁵. Cette mise en demeure ne constitue toutefois pas une sanction ayant le caractère de punition¹⁵²⁶. L'article susmentionné précise les types et les modalités de sanctions dont celles qui peuvent aller jusqu'au retrait ou la résiliation unilatérale de

¹⁵²² Le CSA peut dans ce sens mettre en demeure un acteur régulé sur l'honnêteté de l'information et même pour défaut de maîtrise de l'antenne. Cf. CSA, décis. n° 2020-975 du 16 déc. 2020, mettant en demeure la Sté Diversité TV France (RMC story), *JORF* n° 0005 du 6 janv. 2021.

¹⁵²³ Conformément à l'article 6 de la Loi du 29 juill. 1982 sur la communication audiovisuelle qui dispose que « Toute personne physique ou morale dispose d'un droit de réponse dans le cas où les imputations susceptibles de porter atteinte à son honneur ou à sa réputation auraient été diffusées dans le cadre d'une activité de communication audiovisuelle ». Il précise les conditions dans lesquelles la réparation s'opère le cas échéant.

¹⁵²⁴ DERIEUX E., « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *LPA*, n° 52, p. 1-3.

¹⁵²⁵ Cons. const., décis. n° 88-248 DC du 17 janv. 1989, relative à la loi modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* n° 0015 du 18 janv. 1989.

¹⁵²⁶ CE, 5^{ème} / 6^{ème} SSR, 18 juill. 2018, *M. B. A.*, n° 414527.

l'autorisation¹⁵²⁷. Ce qui est loin d'être négligeable en termes de pouvoirs conférés à une autorité indépendante de régulation.

b- Nécessité conditionnée de la mise en demeure

857. Toutes les sanctions du CSA doivent être précédées d'une mise en demeure. Ceci afin d'éviter des décisions arbitraires et le cas échéant permettre au prévenu de mieux se défendre. Cependant, conformément à l'article 42-3 de Loi Léotard, cette procédure n'est pas requise en cas de modification substantielle des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée. Il peut s'agir notamment de changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction et dans les modalités de financement d'une entreprise relevant de la compétence du CSA. Cette autre illustration de l'exorbitance des attributions du Conseil n'est pas tout à fait nouvelle car la possibilité de retrait ou la résiliation unilatérale d'une autorisation était déjà en vigueur en 2004¹⁵²⁸. Encore une fois, une décision aussi exorbitante ne n'est prise que sous le strict respect des droits de la défense conformément à la désormais indispensable séparation entre autorités de poursuite et de sanction. Dans la mesure où, comme l'a si bien souligné Martine Lombard, dorénavant « *le respect du principe constitutionnel d'impartialité impose une séparation, au sein des autorités de régulation* »¹⁵²⁹. L'impartialité est au cœur du fonctionnement des autorités de régulation et est inséparable de la légitimité des décisions par celles-ci rendues. C'est d'ailleurs au nom de ladite impartialité qu'on a pu reconnaître au CSA, quoique demeurant un aspect purement dérogatoire, un pouvoir de nomination¹⁵³⁰, lequel s'est

¹⁵²⁷ L'article 42-2 tel que modifié par la Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009, relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, *JORF* n° 0056 du 7 mars 2009. Son article 58 dispose que si la personne faisant l'objet de la mise en demeure ne se conforme pas à celle-ci, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut prononcer à son encontre, compte tenu de la gravité du manquement, une des sanctions suivantes : **1-** La suspension de l'édition, de la diffusion ou de la distribution du ou des services d'une catégorie de programme, d'une partie du programme, ou d'une ou plusieurs séquences publicitaires pour un mois au plus ; **2-** La réduction de la durée de l'autorisation ou de la convention dans la limite d'une année ; **3-** Une sanction pécuniaire assortie éventuellement d'une suspension de l'édition ou de la distribution du ou des services ou d'une partie du programme ; **4-** Le retrait de l'autorisation ou la résiliation unilatérale de la convention.

¹⁵²⁸ La Loi du 9 juill. 2004, relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (préc.) reprenait, à l'endroit des entreprises du secteur privé, les mêmes sanctions, que l'article 42-1 de la Loi de 1986 ; DERIEUX E., « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », art. cit., p. 4.

¹⁵²⁹ LOMBARD M., « Reconstruire le pouvoir de l'ARCEP et du CSA », cité dans « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2013, p. 1953.

¹⁵³⁰ Un pouvoir perdu en 2009 mais aussitôt retrouvé en 2013. Bien qu'une telle instabilité dans le choix des attributions soit soumise à l'alternance et aux sensibilités politiques, il permet néanmoins de comprendre la complexité ou du moins l'inévidance d'une méthode par rapport à une autre. L'importance demeure cependant l'impartialité de l'Autorité.

transformé de manière inédite en pouvoir de révocation¹⁵³¹. L'intérêt est d'éviter que l'exécutif n'influence ces directeurs dans l'exercice de leur fonction¹⁵³².

c- Dynamique du caractère économique de la régulation de l'audiovisuel

858. Il peut, *a priori*, paraître difficile de soutenir que le CSA est une autorité de régulation économique dans la mesure où les acteurs qu'il régule sont plus proches d'activités se présentant comme des sujets plus régaliens qu'économiques. Ou plus exactement des domaines qui sont d'abord régaliens avant d'être économiques. Pourtant, au-delà des enjeux économiques de la régulation des acteurs de l'audiovisuel, et par ricochet l'information compris comme droit fondamental, le CSA est amené à sanctionner des pratiques provenant de certains acteurs et pouvant nuire économiquement à d'autres acteurs. À ce sujet, le rôle par lui joué est proche de celui qu'exerce l'ADLC en cas de parasitisme ou de concurrence déloyale dus à une publicité mensongère¹⁵³³. Mais au-delà de l'information à travers l'audiovisuel, le CSA est un régulateur économique. En effet, il reste attentif au risque de concentration ainsi que les pratiques déloyales entre les acteurs concurrents du domaine. Ainsi, par exemple, « *une même personne ne peut contrôler plus de sept sociétés titulaires d'une autorisation pour l'exploitation de services de télévision à vocation nationale* »¹⁵³⁴. Il en va à la fois de la pluralité de l'information et de l'impartialité de celle-ci dans le respect de l'intérêt général et de l'ordre public. Il en va également et surtout de la nécessité d'éviter des monopoles dont les conséquences sur les aspects susmentionnés seront irréductibles. Les acteurs de l'audiovisuel sont en outre soumis à des responsabilités sociétales¹⁵³⁵.

¹⁵³¹ BOUGON F., PIQUART A., « Pourquoi le CSA a révoqué Mathieu GALLET de la présidence de radio France ? », *Le Monde*, janv. 2018, accessible à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/actualitemedias/article/2018/01/31/le-csa-demet-mathieu-gallet-de-lapresidence-de-radio-france_5249874_3236.html. (Consulté le 18/05/2018).

¹⁵³² DELZENGLÉS H., « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation », *AJDA*, 2014 p.1021.

¹⁵³³ Cf. à ce sujet CHAIEHLOUDJ W., « Fake news et droit de la concurrence : réflexions au prisme des cas Facebook et Google », *RIDE*, janv. 2018, t. XXXII, p. 17-40.

¹⁵³⁴ Le CSA rajoute qu'en ce qui concerne la radio, une seule personne ne peut détenir des autorisations de services desservant de manière cumulée plus de 150 millions de personnes. Par ailleurs, le cumul d'activités dans les métiers de la presse écrite, de la distribution et de l'édition de services de télévision ou de radio est limité. Cf. CSA, « Les missions de la régulation audiovisuelle », art. cit.

¹⁵³⁵ Ces responsabilités sont aussi variables que primordiales. C'est le cas du rôle éducatif des médias, du respect de la diversité, de la lutte contre toute sorte de discrimination, de la protection de l'enfance et de l'adolescence...

d- L'impérativité d'un pouvoir administratif exorbitant face à la prolifération des fausses informations dites « fake news »

859. Une fausse information n'est rien d'autre qu'une altération de la véracité d'un fait ou d'un événement. Elle peut également consister en un mensonge pur et simple dans le dessein de nuire ou d'atteindre un but maléfisant à l'endroit d'une personne, d'une entreprise ou d'une collectivité déterminée. C'est une pure invention qui ne se rattache à aucun fait. Selon le Sénat, les fausses informations ont toujours existé et elles « *forment un dégradé qui va de l'information purement forgée dans un but polémique aux erreurs involontaires, de la présentation polémique de faits avérés traités sous un angle unique à la parodie* »¹⁵³⁶. Le rôle du CSA en tant qu'organe de contrôle et de supervision des informations est d'autant plus fondamental que l'ère de post-vérité, qui est définie par la philosophe Myriam Revault d'Allonnes comme « *ce qui se rapporte aux circonstances dans lesquelles les faits objectifs ont moins d'influence sur le public que ceux qui font appel à l'émotion ou aux croyances personnelles* »¹⁵³⁷, le renforce et le solidifie sinon le légitime davantage. Une fausse information s'avère, comme l'indique la même auteure dans une publication, être « *plus problématique que le mensonge* »¹⁵³⁸, car ayant des impacts considérables sur des questions essentielles tel que le vivre ensemble¹⁵³⁹ ou la démocratie¹⁵⁴⁰.

3- Le rôle du CSA confronté à la sensibilité des périodes électorales

860. Dès lors que les périodes électorales constituent des enjeux démocratiques majeurs, il est utile de s'intéresser au rôle canalisateur du CSA face à la prolifération des fausses informations (a). La complexité d'un tel rôle est mise en exergue par la frontière assez tenue entre liberté d'expression et fausses informations (b).

¹⁵³⁶ MORIN-DESAILLY C., *Rapport fait au nom de la commission de la culture*, 2017-2018, n° 677, 170 p. ; FRASSA Ch.-A., *Rapport n° 668 sur la proposition de loi organique, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, Sénat, enregistré le 17 juill. 2018, S. E., de 2017-2018, disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/117-668/117-6681.pdf>. (Consulté le 02/07/2019).

¹⁵³⁷ REVAULT D'ALLONNES M., *La faiblesse du vrai. Ce que la post-vérité fait à notre monde commun*, Paris, Seuil, 2018, p. 144.

¹⁵³⁸ *Ibid.*

¹⁵³⁹ Dans la même interview la philosophe Myriam Revault d'Allonnes dont les propos sont recueillis par Claire Chartier pour *l'express*, elle pose des questions essentielles de savoir « *qu'est-ce qu'un monde dans lequel vivent des individus pour qui la distinction entre le vrai et le faux n'a plus aucune pertinence ? Comment faire encore "monde commun" ?* » Ceci révèle toute la sensibilité de la question des fausses informations mais aussi toute la lourdeur de la tâche des autorités, comme le CSA, chargées de réguler et des sanctionner le cas échéant les mensonges qui en émanent.

¹⁵⁴⁰ En ceci qu'une fausse information peut participer soit à exacerber des tensions électorales ou en propager des faux résultats. On a vu l'impact que cela peut avoir lors des élections américaines et françaises et respectivement en 2016 et en 2017 accusant les russes d'une manipulation de l'opinion et du processus électoral.

a- L'impact d'une vraie-fausse nouveauté sur les valeurs essentielles de la société

861. L'exigence de réguler et de sanctionner les fausses informations est singulièrement renforcée en période électorale (pré et post-électorale). Il résulte de l'article 6 de la Loi du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information¹⁵⁴¹, inséré à l'article 33-1 de la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986¹⁵⁴², devenant ainsi l'article 33-1-1, que pendant les trois mois précédant les élections présidentielles, générales, législatives, référendaires ou européennes, le CSA, s'il constate, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, que le service ayant fait l'objet d'une convention conclue avec une personne morale contrôlée par un État étranger ou placée sous l'influence de cet État, diffuse, de façon délibérée, de fausses informations de nature à altérer la sincérité du scrutin, peut, pour prévenir ou faire cesser ce trouble, ordonner la suspension de la diffusion de ce service par tout procédé de communication électronique jusqu'à la fin des opérations de vote. La décision du Conseil prise au terme de la procédure prévue au présent article est motivée et notifiée aux personnes mises en cause ainsi qu'aux distributeurs ou aux opérateurs satellitaires qui assurent la diffusion du service en France, qui se doivent d'assurer l'exécution de la mesure de suspension. L'article 10, tel qu'il est inséré à l'article 42-10 de la loi Léotard, justifie un tel pouvoir de sanction par la préservation des intérêts fondamentaux de la nation. Les plateformes en ligne ont, conformément à cette même loi, une obligation de coopération dans la lutte contre ces fausses informations. Son article 12 insiste sur le rôle du CSA dans la préservation de l'ordre public. L'inquiétude soulevée par la 11^{ème} assise des journalistes¹⁵⁴³ quant à l'éventuelle atteinte à la liberté d'expression par cette loi se trouve derechef limitée voire inexistante dès lors que ce sont des valeurs fondamentales qui y sont défendues et que le CSA ne peut y recourir qu'en vertu de fondements solides et des faits avérés sans même compter le contrôle juridictionnel de ses décisions.

862. L'encadrement de ce « nouveau » phénomène, profondément bouleversant eu égard à la facilité que lui octroie l'accès à internet, est si important que les tentatives de réponses proviennent de partout. Le législateur n'a par exemple pas hésité de parler de guerre pour désigner les moyens de lutte contre les faits alternatifs. Le rapport d'information déposé à

¹⁵⁴¹ Loi n° 2018-1202 du 22 déc. 2018, relative à la lutte contre la manipulation de l'information, *JORF* n°0297, déc. 2018.

¹⁵⁴² Loi du 30 sept. 1986, relative à la liberté de communication, préc.

¹⁵⁴³ Express/AFP, « Loi anti-''fakes news'', déontologie : la régulation des médias fait débat », 16 mars 2018, https://lexpansion.lexpress.fr/actualites/1/actualite-economique/loi-anti-fake-news-deontologie-la-regulation-des-medias-fait-debat_1992837.html. (Consulté le 25/04/2018).

l'Assemblée nationale par la Commission des affaires européennes portant proposition de loi sur les fausses informations indique clairement qu'il faut « *s'armer dans la guerre de la désinformation* »¹⁵⁴⁴. Il s'avère tout de même que si la responsabilité des plateformes numériques est au centre de la préoccupation relative aux fausses informations, il n'en demeure pas moins que « *seule une réponse coordonnée européenne serait à même de contrer efficacement la dissémination des fausses nouvelles, notamment dans le futur contexte des élections européennes de 2019* »¹⁵⁴⁵. D'autant plus que, comme l'indique Miryam Revault d'Allonnes, l'on ne peut « *légiférer sur la post-vérité* »¹⁵⁴⁶. Il semble subséquemment que la régulation est l'arme la mieux indiquée pour circonscrire un tel phénomène. Le cas de Roger Salengro semble assez édifiant lorsqu'il affirmait que « *s'ils n'ont pas réussi à me déshonorer, du moins ils porteront la responsabilité de ma mort. Je ne suis ni un traître ni un déserteur* »¹⁵⁴⁷. Pourtant, dès 1881 la loi sur la liberté de la presse sanctionne la diffamation qu'elle définit en son article 29 comme « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation* »¹⁵⁴⁸. Le défi semble aujourd'hui plus élevé à l'ère de « l'auto-journalisme » où chacun peut, quasiment sans aucune contrainte, diffuser ce qui lui est loisible de partager où et quand il veut.

863. Au-delà des périodes électorales, les citoyens peuvent régulièrement se confronter aux fausses informations et leurs effets. Elles sont susceptibles de proliférer chaque jour, soit par l'intermédiaire des médias traditionnels ou par le truchement des réseaux sociaux. Dans ce tohu-bohu caractérisant notre société où chacun est convaincu d'avoir le « monopole » de la vérité, veiller à la diffusion d'informations fidèles aux faits et non mensongères est plus que primordial. Une analyse d'un averti a pu aller plus loin en affirmant que « *le visage sans voile de la vérité ne doit être altéré par la presse ni dans les informations qu'elle donne, ni en raison des informations qu'elle ne donne pas, ni dans la présentation des faits. Les commentaires sont*

¹⁵⁴⁴ ANGLADE P.-A., Rapport d'information n^{os} 772 et 799, déposé par la commission des affaires européennes, portant observations sur la proposition de loi organique et proposition de loi relatives à la lutte contre les fausses informations, Assemblée nationale, mai 2018, p. 23, disponible à l'adresse suivante : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-cedu/115b0990_rapport-fond.. (Consulté le 15/06/2018).

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*

¹⁵⁴⁶ REVAULT D'ALLONNES M., *La faiblesse du vrai. Ce que la post-vérité fait à notre monde commun*, op. cit.

¹⁵⁴⁷ Ce sont les mots de Roger Salengro, ministre de l'intérieur de Léon Blum, qui mit fin à ses jours le 17 nov. 1937 suite à une diffamation médiatisée sur sa « désertion » pendant la première guerre. Cette campagne fut menée notamment par Charles Maurras et son journal *l'action française* (interdit en 44). Blum dira lors des obsèques, le 22 nov. 1937, qu'il « *n'y a pas d'antidote contre la calomnie* ».

¹⁵⁴⁸ Loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse, *JORF* n^o 0026 du 30juill. 1881. (Version consolidée au 07 mai 2019).

libres, mais les faits sont sacrés »¹⁵⁴⁹. Ce postulat défendu par le rédacteur en chef du *Manchester Guardian*, M. C. P. Scott, mérite d'être consolidé car le propre des fausses informations est d'altérer les faits ou du moins de les détourner dans un but qui favorise un objectif déterminé de leur auteur.

b- La liberté d'expression ébranlée par les fausses informations

864. Dans un contexte où la liberté d'expression est brandie à tort ou à raison au bon ou au mauvais endroit sur des sujets qui peuvent être banals ou sensibles, pouvant être parfois consubstantiel du vivre ensemble, la question de la conciliation d'une telle liberté et ses conséquences détournés se pose avec une acuité saisissante. D'où la cruciale équation de la fiabilité des informations diffusées et accessibles aux uns et aux autres, peu importe qu'elles proviennent des médias sociaux ou de la télévision classique. Puisque, comme le souligne le CSA, et ce nonobstant le flux d'informations et l'utilisation quotidienne des réseaux sociaux, la télévision reste encore un des « *premier[s] moyen[s] d'information* »¹⁵⁵⁰ pour les français. Ces chiffres montrent avec précision l'importance de la fiabilité de l'information diffusée au public. Le CSA joue, dans ce dispositif, un rôle central car « *les 27 868 plaintes adressées au CSA en 2016*¹⁵⁵¹ *en matière de respect des droits et libertés ont fait l'objet de 39 interventions du Conseil, dont environ un tiers concernait des manquements à l'obligation de rigueur dans la présentation et le traitement de l'information* »¹⁵⁵².

¹⁵⁴⁹ CAPELLO M., *Les reportages dans les médias : les faits rien que les faits ?*, L'observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, IRIS spécial janv. 2018, p. 5.

¹⁵⁵⁰ Selon le baromètre annuel sur « La confiance des Français dans les médias » réalisé par Kantar Sofres pour le quotidien *La Croix* en janv. 2018 316, 48 % des personnes interrogées ont utilisé la télévision, en 2017, comme premier moyen d'accès à l'information sur l'actualité nationale ou internationale. 26 % des sondés ont privilégié Internet (en hausse de 1% par rapport à 2016), 17% la radio (en recul de 3%) et 8% la presse écrite (en hausse de 2%). Les journaux télévisés des chaînes généralistes (TF1, France 2, France 3, M6) et les chaînes d'information en continu (BFMTV317, LCI, CNews et Franceinfo) constituent les deux moyens prioritairement utilisés, respectivement par 34 % et 18% des personnes interrogées, pour approfondir les sujets d'actualité. Sur Internet, les sites et applications mobiles des titres de la presse écrite demeurent la principale source d'information de 28 % des sondés et de 38 % des utilisateurs réguliers d'internet. Les réseaux sociaux, en baisse de 1% par rapport à 2016, sont encore privilégiés par 18 % des personnes interrogées et 23 % des utilisateurs réguliers d'internet. La méfiance des Français à l'égard de l'information diffusée en ligne, jugée fiable par seulement 25% des personnes interrogées, a encore progressé en 2017. La crédibilité des médias traditionnels a, au contraire, fortement augmenté, 56 % des sondés faisant confiance à la radio, 52 % à la presse imprimée et 48 % à la télévision. Cf. L'Observatoire européen de l'audiovisuel, « Les reportages dans les médias : des faits rien que des faits ? », art. cit., p. 67.

¹⁵⁵¹ Le CSA indique dans son Rapport annuel de 2016 qu'il a reçu 2146 saisines en 2014, un bon de +104% en 2015 avec 4739 saisines et +488% pour l'année 2016 avec 27868 saisines toutes relatives au respect des droits et des libertés à la télévision et à la radio, pour les années 2014 à 2016. Cf. CSA, *Rapport annuel 2016*, juin 2017, p. 22, disponible à l'adresse suivante : <https://www.csa.fr/Informer/Informations-publiques-et-ressources-humaines/Les-rapports-annuels-et-bilans-du-CSA/Le-rapport-annuel-2016-du-CSA>. (Consulté le 06/06/2019).

¹⁵⁵² Observatoire européen de l'audiovisuel, *Les reportages dans les médias : des faits rien que des faits ? op. cit.*, p. 69.

865. Sur le plan européen, la CEDH reste très attentive à ces faits alternatifs dans la mesure où ils ont un rapport étroit avec la liberté d'expression telle qu'elle est prévue par l'article 10 de la Convention. La Cour sanctionne les fausses informations, qu'elles portent sur des diffamations relatives à un prétendu détournement¹⁵⁵³ ou à un éventuel abus sexuel¹⁵⁵⁴. L'exactitude de l'information et la bonne foi sont des aspects cardinaux de la fiabilité des informations, ce peu important qu'il s'agisse des médias en ligne¹⁵⁵⁵ ou ceux dits traditionnels¹⁵⁵⁶. La Cour n'exclut cependant pas la possibilité de rectifier une fausse information et permet ainsi une publication dite rectificative¹⁵⁵⁷. Par ailleurs, les recommandations de la Direction générale des droits de l'Homme et de l'État de droit du Conseil de l'Europe publiées en 2016 insistent sur l'indépendance, l'exactitude ainsi que la fiabilité des informations traitées par les médias¹⁵⁵⁸. C'est par ailleurs sous l'impulsion du CSA que la Commission européenne a créé l'*European regulatory groupe for audiovisual Media Services* (ERGA) en 2014. L'ERGA est un réseau européen de régulateurs qui rassemble les autorités de régulation de l'Union européenne. En soutien à la Commission européenne, l'ERGA a joué un rôle prépondérant dans la redéfinition de la nouvelle directive SMA afin de renforcer la pertinence et l'efficacité de la régulation tout en réduisant les asymétries

¹⁵⁵³ En l'espace le requérant, Svavar Halldórsson, est né en 1970 et réside à Hafnarfjörður (Islande). À l'époque des faits, il était journaliste au Service national de radiodiffusion islandais. L'affaire portait sur la condamnation pour diffamation infligée à M. Halldórsson parce qu'il avait rendu compte dans trois émissions d'un prêt accordé par une entreprise islandaise à une société inactive enregistrée au Panama. M. Halldórsson avait signalé que ce prêt avait été intégralement passé en pertes et profits par l'entreprise islandaise, mais que les autorités islandaises soupçonnaient que le propriétaire de l'entreprise et deux de ses associés s'étaient partagé les fonds. L'un des associés mis en cause porta plainte en diffamation contre M. Halldórsson, obtenant en définitive gain de cause devant la Cour suprême. M. Halldórsson fut condamné à 300 000 couronnes islandaises de dommages et intérêts ainsi qu'aux dépens, qui s'élevaient à un million de couronnes. En outre, les allusions relatives au demandeur contenues dans les émissions de M. Halldórsson furent déclarées nulles et non avenues. Cf. CEDH, 04 juill. 2017, *Halldórsson c./ Islande* n° 44322/13, non-publié au *Rec.*

¹⁵⁵⁴ En l'espèce, le requérant, *Marcin Kaçki*, est un ressortissant polonais né en 1976 et résidant à Poznan (Pologne). Journaliste de profession, il avait été reconnu coupable de diffamation envers un homme politique. En déc. 2006, il publia une interview dans laquelle une femme membre d'un parti politique décrivait ses relations avec les responsables de son parti, indiquant notamment qu'elle s'était vu proposer un poste au secrétariat d'un membre du Parlement européen en échange de faveurs sexuelles, mais que ce poste avait été par la suite attribué à la fille du député en question. Celui-ci porta plainte contre M. Kaçki, réclamant sa condamnation pénale pour les accusations de népotisme qu'il avait formulées. Il obtint gain de cause devant les tribunaux, qui condamnèrent M. Kaçki à verser 1 000 zlotys à une association caritative et mirent les dépens à sa charge. M. Kaçki alléguait que les autorités n'avaient pas dûment tenu compte de ses droits au titre de l'article 10 (liberté d'expression) en lui infligeant une condamnation pénale pour avoir publié l'interview litigieuse. Cf. CEDH, 04 juill. 2017, *Kaçki c./ Pologne*, no 10947/11, non-publié au *Rec.*

¹⁵⁵⁵ CEDH, 19 oct. 2017, *Fuchsmann c./ Allemagne*, n° 71233/13, non-publié au *Rec.*

¹⁵⁵⁶ CEDH, 16 mars 2017, *Ólafsson c./ Islande*, n° 58493/13, non-publié au *Rec.*

¹⁵⁵⁷ CEDH, 3 avr. 2012, *Kaperzyński c./ Pologne*, n° 43206/07, non-publié au *Rec.*

¹⁵⁵⁸ Rapport du Conseil de l'Europe, Direction générale des droits de l'Homme et de l'État de droit, *Recommendations and resolutions adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe in the field of media and information society*, Strasbourg, 2016, 190 p.

réglementaires entre les différents types d'acteurs. Ceci dénote donc l'impact que peut avoir le CSA au-delà des frontières françaises.

4- L'action internationale du Conseil supérieur de l'audiovisuel

866. La mondialisation économique ayant un impact sur tous les domaines, ce qu'il convient d'appeler « *l'instabilité législative* »¹⁵⁵⁹, qui a souvent caractérisé le CSA au gré de diverses réformes, risque de se renforcer tant la mutation des acteurs à réguler paraît ondulatoire voire considérablement instable¹⁵⁶⁰. La régulation de l'audiovisuel dépasse les frontières du CSA. Son action s'inscrit tout naturellement dans un environnement européen et international. Le CSA suit avec une attention particulière l'évolution de la réglementation de l'Union européenne et s'intéresse plus particulièrement à la Directive SMA¹⁵⁶¹. Il participe ainsi activement à la définition de la position française dans les négociations européennes sur l'audiovisuel. À l'extérieur de l'Union européenne, le CSA multiplie les actions pour promouvoir un modèle de régulation audiovisuelle indépendante et forte. Ses équipes entretiennent des relations étroites à la fois de pays à pays et dans un cadre multilatéral au sein de réseaux internationaux. Trois de ces réseaux revêtent une importance particulière pour le CSA¹⁵⁶².

5- La régulation de l'audiovisuel sous l'emprise de la mondialisation

867. À l'instar des autres instances de régulation, le CSA ne peut faire fi à la mondialisation des acteurs économiques. Cette tendance qui cherche à ignorer les frontières finit par impacter et forger les attributions des organes de régulation. Pour se forger une telle assise, le CSA, à l'instar des autres autorités, n'aura d'autre choix que de rester ancré dans les principes essentiels de la régulation tout en restant ouvert et averti vis-à-vis de l'inconditionnelle ouverture mondiale des acteurs et du marché. Gérard Marcou nous rappelle que « *la régulation économique est une fonction de la puissance publique qui tient à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non-économiques, pouvant être antinomiques, dans*

¹⁵⁵⁹ L'auteur soulignait, en 2005, qu'il y avait eu pas moins de 33 réformes législatives et depuis il y a eu d'autres réformes dont les plus significatives datent de 2009 et 2013, toutes tendant au renforcement des attributions du CSA pour une meilleure régulation. Cf. DERIEUX E., « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », art. cit., p. 2 ; DERIEUX E., « Instabilité et incertitudes législatives dans le domaine des communications au public par voie électronique », *LPA* 2004, no 230, p. 3.

¹⁵⁶⁰ Cf. MONTSÉNY J.-P., *Contribution à l'étude du pouvoir normatif et à la notion de régulation : l'exemple du conseil supérieur de l'audiovisuel*, thèse, Université Paris Nanterre, 1999, 637 p.

¹⁵⁶¹ Directive n° 2010/13/UE du 10 mars 2010 sur les services de médias audiovisuels, *JOUE*, n° L 95/1 du 15 avr. 2010.

¹⁵⁶² Il s'agit des RIRM (Réseaux des instances de régulation méditerranéennes), du REFRAM (Réseau francophone des régulateurs des médias) et de l'EPRA (la Plateforme européenne des régulateurs audiovisuels).

le cadre d'un marché concurrentiel »¹⁵⁶³. La régulation est donc une sorte de conciliation des intérêts en présence. Mais Pascal Idoux rappelle que cette fonction « *n'exclut nullement le recours au droit dur* »¹⁵⁶⁴. En d'autres termes l'expression du pouvoir administratif exorbitant dans le but de préserver des intérêts transcendants.

§2- *Les autorités administratives indépendantes (AAI)*

868. Par distinction avec les autorités publiques indépendantes, les autorités administratives indépendantes constituent une part entière sinon la plus significative des instances de régulation. Pour la professeure Marie-Anne Frison-Roche, « *l'élément essentiel [des AAI] est dans le dernier adjectif : le caractère "indépendant" de l'organisme* »¹⁵⁶⁵. En sus de cet aspect d'indépendance, qui doit se refléter dans les modalités de désignation des dirigeants d'une autorité dite indépendante, l'autonomie budgétaire y est également fondamentale. D'où il ressort que « *le deuxième point concerne le second adjectif : à savoir qu'il s'agit d'un organe "administratif". Cela correspond à l'idée traditionnelle selon laquelle la régulation est le mécanisme par lequel l'État intervient dans l'économie* »¹⁵⁶⁶. Les AAI sont des organes administratifs qui, bien qu'indépendantes à l'égard du Gouvernement, agissent au nom de l'État. C'est ce second aspect qui conforte le troisième qualificatif, c'est-à-dire l'autorité qui signifie d'abord et avant tout qu'il s'agit « *d'une entité dont le pouvoir tient avant tout dans son "autorité"* »¹⁵⁶⁷. Une autorité qui rend des décisions susceptibles de recours soit auprès de la cour d'appel, soit auprès du Conseil d'État. Les AAI tout comme les API ne sont pas des tribunaux. L'absence du statut du tribunal n'exonère néanmoins en rien les AAI et les API du respect des principes relatifs au procès équitable, conformément à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

¹⁵⁶³ MARCOU G., « *La notion juridique de régulation* », *AJDA*, 2006, p. 347. Cf. aussi IDOUX P., « *La régulation des activités ferroviaires* », in VIDELIN J.-Ch. (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*

¹⁵⁶⁵ *Cela signifie*, dit l'auteur, *que cet organe qui n'est pourtant qu'administratif, donc ayant vocation à être placé dans la hiérarchie l'exécutif, n'obéit pas au Gouvernement. En cela, on a très souvent présenté les régulateurs comme des électrons libres, ce qui a posé le problème de leur légitimité, puisqu'ils ne pouvaient plus puiser en amont dans la légitimité du Gouvernement. Cette indépendance pose également la difficulté de leur responsabilité, de la responsabilité de l'État du fait de leurs agissements, et de la reddition de compte (accountability) quant à l'usage qu'ils font de leurs pouvoirs. Ce que nous pouvons ici qualifier les contradictions de l'indépendance des organes étatiques. Comment être indépendant d'un organe à partir duquel on tire sa légitimité ? Là est toute la nuance sur le concept même des autorités de régulation. Cf. FRISON-ROCHE M.-A., *Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance*, *op. cit.**

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*

869. Il paraît difficile de souscrire à l'idée selon laquelle les AAI et leur prolifération ces dernières décennies « *paraissent contredire le principe traditionnel de l'unité de l'État* »¹⁵⁶⁸. Ce que certains estiment comme un « *désordre* »¹⁵⁶⁹ dans leur mise en place et leur attribution, apparaît plutôt comme un renforcement de l'État dans sa conception unitaire et centralisé. Les autorités de régulation lui permettent de faire face à un monde sans frontières, à la fragilité de la souveraineté économique, à une économie sans véritable lisère et à des pouvoirs économiques privés de plus en plus forts et intrusifs. D'ailleurs certains auteurs temporisent cette fébrilité en soulignant que la multiplication des AR « *offre au premier regard une impression de désordre* »¹⁵⁷⁰. Mais seulement au *premier regard* car dans le fond il y a une certaine harmonie dans l'organisation et le fonctionnement desdites autorités. Ce qui signifie que le désordre, quoique pouvant exister par manque de coordination et parfois de détermination claire des attributions, résulte davantage d'une impression que de la réalité. Comment peut-on se cantonner à l'État unitaire dans un monde dont la profondeur de la mutation a bousculé jusque dans des notions aussi indispensables que la souveraineté, l'ordre public et l'intérêt général ? D'autant plus qu'il « *est à noter la volonté de grandes firmes multinationales d'assumer des fonctions collectives dévolues à l'État* »¹⁵⁷¹. La combinaison de ces deux facteurs déterminants ne laissait à l'État qu'une seule échappatoire : la décentralisation de sa puissance et de sa souveraineté par la mise en place d'autorités qui lui sont indépendantes mais tout aussi capables de remplir, sur attribution législative et sous le contrôle du juge, un certain nombre de ses missions.

870. La mise en place des autorités de régulation cherche tant bien que mal à répondre sinon à combler cet espace qui est en passe d'échapper à l'État. Étant plus nombreuses que les API, les AAI couvrent aussi bien des domaines économiques et non-économiques¹⁵⁷². Partant,

¹⁵⁶⁸ HANNOUN C., « Comment interpréter le désordre des autorités administratives indépendantes », in DECOOPMAN N. (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes : l'exemple du secteur économique et financier*, Paris, PUF, 2002, p. 7.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*

¹⁵⁷⁰ DECOOPMAN N., « Peut-on clarifier le désordre ? », in DECOOPMAN N. (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes : l'exemple du secteur économique et financier*, op. cit., p. 15.

¹⁵⁷¹ SAYAGE A., HILAIRE J. (dir.), *Quel droit des affaires pour demain ?*, Etude du CREDA, Paris, Litec, coll. « Etude du CREDA », 1984, p. 88.

¹⁵⁷² Outre les quatre AAI susmentionnées, il y a quinze autres instances indépendantes opérant dans des domaines aussi importants que variés mais dont le traitement ne nous a pas paru pertinent dans ce travail en raison notamment de la nécessité de circonscrire notre travail. Elles sont composées de l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL), l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (ACNUSA), de l'Autorité de régulation de la distribution de la presse (ARDP), de l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN), de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), du Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C), du Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES), de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), de la Commission du secret de la défense nationale (CSDN), de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), de la Commission nationale des comptes de

l'intégralité de ces dernières ne sera pas traitée ici. On se cantonnera à aborder les plus significatives d'entre elles. Ainsi, après avoir traité le rôle joué par l'Autorité de la concurrence, l'une des autorités des plus transversales de la régulation économique¹⁵⁷³, dans la restauration de l'ordre public économique (**A**), il serait utile de revenir sur le même aspect au sein des autres AAI. Il en sera ainsi de la Commission nationale informatique et liberté (**B**) ainsi que de la Commission de régulation de l'énergie (**C**) qui, dans leurs attributions et les modalités de leur fonctionnement, ont tout d'une autorité en dépit de la terminologie renvoyant à une simple commission. L'Autorité de régulation des télécommunications et des postes (**D**) sera, quant à elle, traitée en dernière position.

A- Le rôle de l'Autorité de la concurrence dans la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant

871. L'ADLC se singularise par son caractère transversal dans la régulation économique. Le parachèvement de son envergure et de son indépendance est davantage perceptible dans son désormais incontournable rôle dans le contrôle des concentrations (**1**). La fonction complémentaire de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression de la fraude, relevant pour sa part hiérarchiquement du ministre de l'économie (**2**), ne fait que, à juste titre, renforcer son pourvoir de sanction dans la régulation économique (**3**).

1- Singularité du rôle de l'Autorité de la concurrence dans la régulation économique

872. Initialement instaurée par la Loi du 19 juillet 1977 créant la Commission de concurrence¹⁵⁷⁴, à son tour modifiée par l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pour devenir le Conseil de la concurrence¹⁵⁷⁵, L'ADLC est issue de la Loi de modernisation de l'économie

campagne et des financements politiques (CCFP), de la Commission nationale du débat public (CNDP), du Comité d'indemnisation des victimes des essais nucléaires (CIVEN), du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) ainsi que du Défenseur des droits (DDD). Il est toutefois marquant de constater que l'ensemble de ces autorités donne une place importante à l'indépendance de leur travail via-avis de l'État dans le but de protéger les libertés tout en respectant l'ordre public tel qu'établi par celui-ci.

¹⁵⁷³ Dès lors que l'ADLC « *n'est pas un régulateur sectoriel* », Cf. PEZ Th., « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *RDP*, 1^{er} mars 2014., n°2, p. 358 ; NICINSKI S., « L'Autorité de la concurrence », *RFDA*, 2009, p. 1237.

¹⁵⁷⁴ Loi n° 77-806 du 19 juill. 1977, relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF* n° 0166 du 20 juill. 1977. Avec les précisions de son décret d'application : Décret n° 77-1189 du 25 oct. 1977, fixant les conditions d'application de la Loi n° 77-806 du 19 juill. 1977, relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF* n° 170 du 26 oct. 1977.

¹⁵⁷⁵ Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} déc. 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* n° 0285 du 8 et du 9 déc. 1986.

(LME) de 2008¹⁵⁷⁶ marquant, pour certains, la régulation de la concurrence¹⁵⁷⁷, si ce n'est le « *parachèvement* »¹⁵⁷⁸ de la régulation par la concurrence¹⁵⁷⁹. Cette évolution institutionnelle répond au « *besoin d'une expertise spécifique* »¹⁵⁸⁰ dans le domaine de la concurrence ainsi que la nécessité de réduire l'implication de l'État dans la gestion et le fonctionnement de ces institutions¹⁵⁸¹. On pourrait même qualifier l'Autorité de la concurrence comme le régulateur du noyau de l'économie, tant la consubstantialité entre l'ordre concurrentiel et l'ordre public économique est ancrée comme garant du bon fonctionnement du marché. D'où l'importance de son indépendance et tous les principes lui garantissant un fonctionnement effectif et optimal.

873. L'ADLC est une autorité administrative qui agit au nom de l'État, sans pour autant relever de l'autorité du Gouvernement dans l'exercice de ses pouvoirs. C'est donc une autorité administrative certes mais dont l'indépendance se veut *erga omnes* dès lors que, bien qu'agissant d'une certaine manière au nom de l'État et étant, pour certains, le « *relais du pouvoir exécutif dans le secteur régulé* »¹⁵⁸², elle est tenue par l'indépendance et l'impartialité dans ses prises de décision. Elle met en œuvre son pouvoir « *soit après avoir été saisie par un plaignant, soit après s'être autosaisie. Les décisions qu'elle rend en matière de pratiques anticoncurrentielles sont soumises au contrôle de la cour d'appel de Paris. Ses décisions en matière de concentrations relèvent du contrôle du Conseil d'État* »¹⁵⁸³. Son impartialité doit

¹⁵⁷⁶ Loi du 4 août 2008, portant de modernisation de l'économie (préc.) telle que complétée par l'Ordonnance n° 2008-1161 du 13 nov. 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence, *JORF* n° 0265 du 14 nov. 2008. La quasi-totalité des dispositions de cette Ordonnance sont désormais insérées soit dans le Code des postes et communications électroniques, soit dans et ce en grande partie dans le Code de commerce. Seuls les articles 5 et 6 organisant le statut transitoire des membres du Conseil et l'Autorité de la concurrence, subsistent. Le Premier ministre et les ministres concernées veillent à l'application des dispositions (article 6).

¹⁵⁷⁷ RAPP L., TERNEYRE Ph., « Existe-t-il un droit économique ? », *RLDA*, 2010, n° 6007.

¹⁵⁷⁸ OCDE, *Table ronde sur l'évolution institutionnelle des autorités de concurrence. Contribution de l'Autorité française de la concurrence*, 17-18 déc. 2014, p. 3, accessible à l'adresse suivante : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)104&doclangue=fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)104&doclangue=fr). (Consulté le 30/04/2017).

¹⁵⁷⁹ BOY L., « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence » Séminaire *EU Competition Law-Integration, Innovation, Cooperation and Modernisation in EUI Working Paper LAW*, n° 2004/9, European University Institute, Florence, 12 déc. 2003, 24 p.

¹⁵⁸⁰ OCDE, *Table ronde sur l'évolution institutionnelle des autorités de concurrence. Contribution de l'Autorité française de la concurrence*, Colloque, préc., p. 2.

¹⁵⁸¹ À titre d'exemple, la Commission de concurrence ne disposait que d'un avis sur les concentrations. Il appartenait au ministère de prendre les décisions d'autorisations, d'interdiction et de sanction au sujet de ces pratiques. La Loi du 1^{er} déc. 86 redonne cette compétence au nouveau Conseil de la concurrence. Ce dernier connaîtra un renforcement significatif de ses compétences par le biais notamment la Loi du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, préc. L'apposé est atteint en 2008 où le Conseil de concurrence fut remplacé par l'actuelle Autorité de la concurrence.

¹⁵⁸² TAIBI A., *Le pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique : témoin de la consécration d'un ordre répressif administratif*, op. cit., p. 63.

¹⁵⁸³ <https://www.inc-conso.fr/content/autorite-de-la-concurrence>.

être effective vis-à-vis des acteurs et à défaut d'une telle garantie, le contrôle *ex post* effectué par les juridictions peut remettre en cause son autorité ou, pour être précis, sa décision.

874. L'indépendance et l'impartialité constituent le reflet de l'organisation interne et le fonctionnement de l'ADLC. Bien que n'ayant pas formellement une commission des sanctions strictement et organiquement séparée du Collège, il y a une séparation entre les organes d'instruction et de sanction. Les services d'instruction s'occupent de l'instruction des dossiers sous la direction du Rapporteur général alors que la décision de sanction est prise par le Collège¹⁵⁸⁴. Le Conseil de la concurrence avait la possibilité de se saisir d'office, c'est désormais le rapporteur général qui en fait la proposition à l'Autorité. Le rapporteur général maîtrise le déroulement des enquêtes, gère les prorogations de délais impartis, déclenche la procédure simplifiée, assure la gestion du secret d'affaires¹⁵⁸⁵. Un membre non permanent de ce collège ne peut, dans le but de garantir l'indépendance et l'impartialité des décisions rendues par l'ADLC, siéger « *durant toute la période d'instruction du dossier, et ne pourrait pas participer au délibéré* »¹⁵⁸⁶. L'article L. 461-2 fixe les modalités dans lesquelles les agents garantissent leur indépendance en étant notamment obligés de déclarer tout éventuel conflit d'intérêts. Le Conseiller-auditeur est disponible pour recueillir les observations des parties sur le déroulement des procédures donnant lieu à une notification de griefs, avant de transmettre au président de l'Autorité un rapport évaluant ces observations et proposant, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice des droits des parties. Il a même été signalé que la Loi NRE de 2001 est allée dans ce sens aussi en « *important les principes du procès équitable dès le stade administratif – et non pas seulement lors du contrôle juridictionnel* »¹⁵⁸⁷ pour une meilleure garantie de l'indépendance et de l'impartialité dans le fonctionnement de l'ADLC.

875. Son indépendance est certes effective mais elle demeure encore perfectible. Eu égard au rôle plus que central joué par cette autorité de régulation et son caractère transversal dans le domaine économique, il serait néanmoins judicieux de parfaire cette indépendance et garantir

¹⁵⁸⁴ Les services d'instruction placés sous l'autorité de Stanislas Martin, nommé par arrêté du Ministre de l'économie en mars 2017 comme rapporteur général, comptait en 2015 90 personnes et sont constitués de 5 services concurrence (dédiés à l'instruction des pratiques anticoncurrentielles et à l'examen des demandes d'avis), d'un service chargé des professions réglementées, d'un service investigations, d'un service des concentrations et d'un service économique (site de l'autorité de la concurrence).

¹⁵⁸⁵ OCDE, *Table ronde sur l'évolution institutionnelle des autorités de concurrence. Contribution de l'Autorité française de la concurrence*, Colloque, préc., p. 11.

¹⁵⁸⁶ ADLC, *Réinventer l'économie*, Rapport de synthèse, 2014, juill. 2015, p. 81, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/2019-05/synthese2014.pdf>. (Consulté le 11/06/2017).

¹⁵⁸⁷ OCDE, *Table ronde sur l'évolution institutionnelle des autorités de concurrence. Contribution de l'Autorité française de la concurrence*, Colloque, préc., p. 10.

cette impartialité par la mise en place pure et simple d'une commission des sanctions au sein de l'ADLC. Même si dans une affaire, la cour d'appel a considéré que la présence de la présidente d'une confédération d'association ayant pour objet la défense des consommateurs n'était pas de nature à entraver l'impartialité de la décision dès lors qu'elle n'était pas partie et n'avait pas participé à la procédure ni n'a manifesté son intention d'introduire une action contre l'une des entreprises mises en cause¹⁵⁸⁸. Il faut rappeler qu'à l'instar du CSA, l'ADLC ne dispose pas d'une commission des sanctions mais d'un rapporteur général¹⁵⁸⁹. Il serait donc plus convenable d'instituer une commission des sanctions dont les membres se soumettraient au principe d'incompatibilité. Une telle avancée pourrait du moins renforcer, sinon parfaire les « mécanismes »¹⁵⁹⁰ prévus par le règlement intérieur et la charte de déontologie de l'Autorité de la concurrence. Une partie de la doctrine considère toujours que le fonctionnement actuel de l'Autorité n'exclut pas « de s'interroger sur la légitimité d'un processus dans lequel l'Administration est tout à la fois juge et partie »¹⁵⁹¹. On n'en est pas tout à fait à ce stade dans la mesure où l'indépendance des décisions prises par les AAI vis-à-vis du gouvernement est avérée mais renforcer cette indépendance en procédant à une séparation stricte et aboutie des fonctions d'instruction et de jugement, serait de nature à estomper de telles critiques.

876. Le fonctionnement organique de l'ADLC a fait l'objet de critiques et même de saisine du Conseil constitutionnel quant à la conformité de son pouvoir de sanction à l'article 16 de la DDHC. Les juges constitutionnels estiment alors qu'il n'est pas interdit à une AAI d'exercer un pouvoir de sanction dès lors que celui-ci « est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis »¹⁵⁹². L'évolution des attributions de l'Autorité de la concurrence est non seulement marquée par sa place désormais primordiale dans le contrôle des concentrations mais également et surtout par l'assise de son pouvoir vertical de sanction **(a)** et ce en dépit de la mise en œuvre des procédures dites négociées en droit de la concurrence **(b)**.

¹⁵⁸⁸ CA Paris, 27 oct. 2016, *Sté. L'Oréal*, n° 15/01673.

¹⁵⁸⁹ Dont la principale mission est la direction des services d'instructions.

¹⁵⁹⁰ ADLC, déc. n° 11-MC-1 du 12 mai 2012, *relative à la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Kiala France et Kiala SA dans le secteur de la livraison de colis*, non-publiée au *bocccRF*.

¹⁵⁹¹ WALINE J., *Droit administratif : Précis Dalloz*, 2010, n° 424 ; ECKERT G., « Autorités administratives indépendantes - Pour un régime commun des sanctions prononcées par les autorités de concurrence et de régulation sectorielle », *JCP*, 9 juill. 2012, n° 28, p. 813.

¹⁵⁹² Cons. const., décis. n° 2012-280 QPC, 12 oct. 2012, *Sté. Groupe Canal Plus e. a.*

a- Le contrôle des concentrations comme ancrage définitif de l'Autorité de la concurrence dans une régulation économique d'envergure

877. Le contrôle des concentrations par l'ADLC est à tel point significatif qu'il dénote sa transversalité et assoie son indépendance tant vis-à-vis des autorités publiques qu'à l'égard des acteurs régulés (a-1). C'est une prérogative qui lui donne un ancrage matériel consistant (a-2) en même temps qu'elle restitue sa mutation aussi bien organique qu'institutionnelle (a-3).

a-1- Le contrôle des concentrations comme parachèvement de l'indépendance et de la transversalité de l'Autorité de la concurrence

878. Le contrôle des concentrations sonne comme le parachèvement de l'indépendance et de la transversalité de l'Autorité de la concurrence. Le transfert des pouvoirs de police antérieurement détenus par le ministre chargé de l'économie en matière de concentrations à l'Autorité de la concurrence entérine la place prise par cette dernière dans l'ossature de la régulation économique¹⁵⁹³. Étant précisé que la concentration est une opération par laquelle deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ou lorsque l'une prend le contrôle d'une autre. Le contrôle d'une telle opération trouve son fondement dans le fait qu'il y a une potentialité d'une position dominante dont l'abus peut porter préjudice aux règles de la concurrence ou la suppression de l'un des acteurs du marché concerné¹⁵⁹⁴. D'où l'obligation de notification à l'ADLC imposée aux entreprises qui envisagent une telle concentration en vertu de l'article L. 430-2 et suivants du Code de commerce¹⁵⁹⁵. Certaines opérations de concentrations sont d'une telle envergure que leur notification doit être adressée à la

¹⁵⁹³ Le juge rajoute d'ailleurs qu'il en résulte que, quelle que soit la date à laquelle les mesures correctives assortissant une autorisation de concentration ont été adoptées, l'Autorité de la concurrence est compétente pour se saisir d'office en vue de vérifier l'exécution des injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans des décisions autorisant des opérations de concentration. Cf. CE, Ass., 21 déc. 2012, *Groupe Canal Plus*, n° 353856, cons. 5. Cf. aussi RENAUDIE O., « Que reste-t-il du pouvoir de police générale du gouvernement en matière économique ? », *LPA*, 22 janv. 2009, n° 16, p. 24-32.

¹⁵⁹⁴ Cass. civ., 26 oct. 2010, *Sté. Organon Biosciences*, n° 09-65.565.

¹⁵⁹⁵ L'article L. 430-2 dispose que « Est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes : -le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ; -le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ». On y ajoute toutes les concentrations relevant du Règlement européen de 2004.

Commission européenne¹⁵⁹⁶. Aussi, conformément à l'article L. 430-3 alinéa 2 une opération de concentration peut concerner des personnes physiques¹⁵⁹⁷.

879. En outre, le caractère obligatoire de la notification révèle en lui seul l'exorbitance bien heureuse des attributions de l'Autorité en matière de concentration. En vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 430-8, si les entreprises outrepassent, n'attendent pas une décision d'autorisation ou, après avoir pris des engagements, ne les respectent pas, l'Autorité peut non seulement retirer l'autorisation mais les entreprises s'exposent aussi à une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1, 5 million d'euros. L'examen de l'opération de concentration intervient en 25 jours à compter de la réception du dossier par l'ADLC avant de rendre sa décision. Mais si des doutes subsistent quant à la pertinence des engagements pris par les acteurs de la concentration, une deuxième phase de 65 jours s'ouvre. Le cas échéant et en fonction des effets positifs ou négatifs de la création ou de renforcement d'une position dominante ou d'une puissance d'achat pouvant mettre les fournisseurs en état de dépendance économique, l'Autorité autorise simplement, sous conditions ou interdit l'opération de concentration projetée.

a-2- Le contrôle des concentrations comme ancrage matériel significatif de l'ADLC

880. C'est en 2008, par l'intermédiaire de la Loi dite LME, que le législateur transfère la compétence du ministre de l'économie, qui autorisait ou interdisait les concentrations des entreprises, à la toute nouvelle autorité. Cette prérogative relève désormais exclusivement de l'Autorité de la concurrence. Le ministre ne conserve que la possibilité d'évoquer une autorisation de concentration prise par l'Autorité. Mais une telle évocation doit être justifiée par un intérêt stratégique pour le pays et fondée sur des considérations d'intérêt général extérieures à celle de la concurrence¹⁵⁹⁸. Ce transfert de compétences dévolues jadis au ministre de l'économie à l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations

¹⁵⁹⁶ La Commission européenne est compétente en vertu des seuils fixés par le Règlement du Conseil, du 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, préc.

¹⁵⁹⁷ Cet alinéa dispose que « L'obligation de notification incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement ».

¹⁵⁹⁸ Une telle solution demeure à la fois exceptionnelle et rare. Ces intérêts stratégiques peuvent, selon l'Autorité de la concurrence, porter sur le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou encore la création ou maintien de l'emploi.

économiques fut rapidement confirmé par la jurisprudence¹⁵⁹⁹. L'ADLC conserve ainsi toute la latitude nécessaire à la détection, l'autorisation ou l'interdiction des concentrations.

881. En dépit même de son pouvoir et son indépendance d'appréciation quant à la possibilité de permettre ou non des opérations de concentration, l'Autorité semble autoriser beaucoup plus qu'elle n'interdit. Elle peut autoriser purement et simplement après avoir vérifié que la fusion projetée ne porte pas atteinte à la concurrence notamment par la création d'une position dominante dans le marché concerné. Elle peut également purement et simplement autoriser quand, au regard de la pertinence des éléments du dossier et de l'absence d'une indication laissant paraître une menace à la concurrence, la concentration est conforme aux règles régissant la concentration. Dans le cas contraire, elle peut autoriser la concentration sous réserve du respect des engagements des entreprises concernées à respecter certaines limites¹⁶⁰⁰. Elle dispose d'ailleurs de la prérogative de l'auto-saisine soit pour exiger le respect des engagements pris dans le cadre d'une opération de concentration¹⁶⁰¹, soit, sur proposition du rapporteur général¹⁶⁰² et dans le but d'enclencher la sanction d'une opération déjà en cours et dont les effets contreviennent à la concurrence en vertu du III de l'article L. 462-5 du Code de commerce.

a-3- Un transfert de compétence restituant une mutation tant organique qu'institutionnelle

882. Au-delà de l'aspect organique, ce « *transfert de pouvoir du ministre au régulateur indépendant* »¹⁶⁰³ constitue une grande mutation et octroie certes une liberté au régulateur mais il lui assigne également une responsabilité : celle de l'efficacité dans l'indépendance et l'impartialité de ses décisions qui se doivent d'être effectives. Puisque ce transfert implique notamment que « *toute la chaîne de traitement des pratiques anticoncurrentielles* »¹⁶⁰⁴ revienne au régulateur de la concurrence. C'est sans doute pour cette considération que La loi LME peut être analysée comme celle qui opère la consécration de l'indépendance de l'ADLC en ceci qu'elle lui a permis d'acquérir de nouvelles compétences jusque-là exclusivement dévolues au

¹⁵⁹⁹ CE, Ass., 21 déc. 2012, *Groupe Canal Plus*, *supra*.

¹⁶⁰⁰ ADLC, décis. n° 19-DCC-36 du 28 févr. 2019, *relative à la prise de contrôle exclusif de la société Marie Brizard Wine & Spirits par la société Compagnie Financière Européenne de Prises de Participation*, non-publiée au BOCCRF.

¹⁶⁰¹ Le Conseil d'État a considéré que cela n'entrave en rien les principes d'un procès équitable tels que prévus par l'article 6 de la CESDH. Cf. CE, Ass., 21 déc. 2012, *Canal Plus*, *supra*.

¹⁶⁰² Cet alinéa dispose que « *Le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office des pratiques mentionnées aux I et II et à l'article L. 430-8 ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration intervenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 nov. 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence* ».

¹⁶⁰³ OCDE, *Table ronde sur l'évolution institutionnelle des autorités de concurrence. Contribution de l'Autorité française de la concurrence*, Colloque, préc., p. 4.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 4.

ministre. Il en découle surtout l'indépendance vis-à-vis de ce dernier même si c'est sans préjudice à la nécessaire coordination entre la politique économique ou, dans les rares sinon inexistantes cas où les « *intérêts stratégiques du pays venaient à être en jeu* »¹⁶⁰⁵. Ces intérêts généraux sont les seuls motifs valables permettant la substitution d'une décision de l'ADLC par celle du ministre et à condition qu'il n'y ait pas remise en cause des aspects concurrentiels de la décision de la première¹⁶⁰⁶.

b- Les procédures négociées comme mode alternatif de préservation de l'ordre public concurrentiel

883. L'exorbitance n'est pas allergique à l'usage intelligent et proportionné de la flexibilité. La prévue en est que dans la sauvegarde de l'ordre public concurrentiel, l'exorbitance est certes nécessaire mais elle n'est pas toujours exclusive (*b-1*). Elle est raisonnablement atténuée par le recours aux procédures dites négociées (*b-2*) dont la place est devenue de plus en plus indiscutable (*b-3*).

b-1- Une exorbitance nécessaire mais non exclusive

884. Si le contrôle des concentrations économiques restitue avec une certaine véhémence l'importance du pouvoir administratif exorbitant de l'Autorité de la concurrence dans la préservation de l'ordre public économique, il n'en demeure pas moins qu'elle porte un regard attentif, et ce depuis un certain temps, à d'autres mécanismes permettant de faire respecter la concurrence sans nécessairement passer par la sanction et la verticalité, du moins pas en premier lieu. En effet, certains auteurs considèrent que passer du pouvoir d'injonction et de sanction à l'engagement, un des mécanismes des procédures négociées, c'est mettre en œuvre, au nom d'une efficacité pas toujours avérée, « *deux moyens opposés si on examine du point de la vue de la volonté humaine* »¹⁶⁰⁷. Dès lors qu'il en résulte notamment que l'injonction est « *un ordre formel d'obéir sur le champ sous menace de sanction* »¹⁶⁰⁸, alors que l'engagement demeure « *au contraire, en principe, l'expression de la liberté humaine* »¹⁶⁰⁹. Il appartient en effet aux

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹⁶⁰⁶ Ce dispositif s'appelle le pouvoir d'évocation du ministre de l'économie. Il a fallu attendre 10 ans pour qu'il soit mise en œuvre car c'est seulement le 21 juin 2018 qu'il intervient par la décision relative à la prise de contrôle exclusive d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe *Agripole* par Financière *Cofigeo* prise par Bruno le Maire, Ministre de l'économie, sur le fondement de l'article L.430-7-1 remettant ainsi en cause la décision de l'ADLC (décis. n° 18-DDC-95 du 14 juin 2018, *supra.*) autorisant la concentration.

¹⁶⁰⁷ SOFIANATOS G. A., *Injonctions et engagements en droit de la concurrence. Etude de droit communautaire français grec*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 506, 2009, p. 1.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*

¹⁶⁰⁹ SARTRE J.-P., *La Nausée, l'Être et le Néant*, cité dans *Grand Larousse Universel*, « engagement », p. 1.

acteurs économiques de prendre des engagements même si, dans le fond, le résultat n'est fondamentalement pas différent, puisqu'*a posteriori* ceux-ci deviendront obligatoires une fois signés ou acceptés. Les engagements sonnent en droit de la concurrence comme les avis conformes en droit administratif puisque leur mise en œuvre demeure obligatoire et l'Autorité de la concurrence dispose notamment des moyens juridiques qui en sanctionnent tout manquement¹⁶¹⁰.

b-2- Les procédures négociées comme atténuation raisonnable du pouvoir administratif exorbitant de l'Autorité de la concurrence

885. Les procédures dites négociées mises en œuvre auprès de l'Autorité de la concurrence sont des mécanismes permettant aux entreprises, lorsque des préoccupations de concurrence sont constatées, de formuler des engagements, de solliciter une clémence ou de procéder à des transactions avec l'Autorité de régulation. Ceci entre dans le cadre d'une notion en vogue depuis un certain temps, la *soft law*¹⁶¹¹ que certains ont qualifié avec le triptyque de droit « *flou-doux-mou* » qui, pour Catherine Thibierge, renvoie littéralement à un droit « *sans obligation, sans précision [et] sans sanction* »¹⁶¹². Alors même que le droit de la concurrence est considéré comme « *une matière d'ordre public* »¹⁶¹³, les modes alternatifs de règlement des litiges, sollicités à la fois par les acteurs régulés et les régulateurs, commencent à y être incorporés. Le Conseil d'État a, quant à lui, insisté sur le fait que ces termes ne sont non seulement pas cumulatifs mais qu'ils ont surtout « *pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion* »¹⁶¹⁴. Il entérine ainsi la réalité et l'existence de ce droit si particulier. Tout l'enjeu est désormais celui de savoir si la verticalité est la seule manière d'imposer une norme ou une conduite aux acteurs économiques. Le Conseil d'État insiste davantage sur la complémentarité entre le droit dur et le droit dit souple. Ce dernier type étant « *plus aisé à faire évoluer, ne formulant pas de règles générales*

¹⁶¹⁰ Conformément aux articles L. 464-2 et s. et à l'article L. 470-1 et s. du Code de commerce portant injonctions et sanctions administratives.

¹⁶¹¹ Cf. THIBIERGE C., *Le droit souple, réflexion sur les textures du droit*, Paris, Dalloz, 2003, 599 p. ; PASCALE D., SOREL J.-M. (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, publication du séminaire de recherche du 15 juin 2017, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Contextes », 2018, 491 p. ; BENJAMIN L., *Recherche sur la soft law en droit public français*, Texte remanié de thèse, Presse de l'Université de Toulouse 1 capitole, 2013, 613 p.

¹⁶¹² THIBIERGE C., *Le droit souple, réflexion sur les textures du droit*, *op. cit.*, p. 610 et s. Cf. aussi EMERIC N., « Droit souple + plus droit fluide = droit liquide. Réflexion sur la mutation de la normativité juridique à l'ère des flux », *Rev. interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017, vol. 79, p. 10.

¹⁶¹³ LAROCHE M., « Modes alternatives de règlement des litiges et droit de la concurrence », *Gazettes du Palais*, 13 août, 2015, n°255, p. 34.

¹⁶¹⁴ Conseil d'État, *Le droit souple*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », Etude annuelle, sept. 2013, 298 p. 9.

*insusceptibles de dérogation, il s'avère souvent plus adapté que le droit dur pour traiter des phénomènes qui ne sont pas tout à fait bien cernés, tout en préparant le recours ultérieur à ce dernier [le droit dur] »¹⁶¹⁵. Le Concept « *The soft is the new strong* »¹⁶¹⁶ ne trouve pas son écho que dans la publicité et la vente, il raisonne aussi des dans domaines moins soumis au marketing comme la régulation économique avec sa kyrielle de complexité et de sanctions. À titre comparatif, il a été souligné que « *rien ici-bas n'est plus souple, moins résistant que l'eau, pourtant il n'est rien qui vienne mieux à bout du dur et du fort* »¹⁶¹⁷. Alors pourquoi le droit en général et le régulateur économique en particulier se priverait d'une flexibilité qui appelle le droit vers ce qui est en train de devenir un « *consensualisme* »¹⁶¹⁸ et qui s'avère de surcroît être d'une certaine efficacité ?*

b-3- La matérialisation des procédures négociées auprès de l'Autorité de la concurrence

886. Il faut d'ores et déjà souligner que ces procédures sont constituées de trois mécanismes à savoir les engagements, la non-contestation des griefs, devenue depuis la loi Macron la transaction et, en dernier lieu, la clémence. L'intégralité de ces procédures tient leur importance dans ce qu'elles apportent à la matérialisation de l'effectivité du droit de la concurrence une certaine rapidité. Aussi, sont-elles très opérantes lorsqu'il s'agit de responsabiliser les acteurs économiques et, pour ce qui est de la clémence, de faciliter la détection d'infractions sophistiqués et donc difficilement détectables par les autorités de régulation.

887. Pour ce qui est de l'engagement qui se formule dans la quasi-totalité des cas par écrit, il faut rappeler qu'il fut initié en 2004 et est défini par le Petit Larousse comme le fait de « *s'engager à faire quelque chose* »¹⁶¹⁹. Une telle interprétation ne perd pas toute sa pertinence en droit de la régulation car l'engagement se présente comme une action prise de façon si non volontaire ou du moins négociée. Il ne faut cependant pas occulter le caractère contraignant d'un tel procédé bien que n'intervenant *ex post*. La flexibilité qui en résulte d'un engagement n'est opérant qu'à la double condition qu'elle intervienne en amont et que l'acteur régulé s'y conforme. Une violation d'un engagement peut entraîner l'intervention de mesures

¹⁶¹⁵ CE, sect. du contentieux, 21 déc.-2012, *Groupe Canal Plus*, *supra*, p. 10.

¹⁶¹⁶ Slogan utilisé par Éric Bompard Paris dans la promotion du cachemire haut de gamme.

¹⁶¹⁷ Propos attribués à Lao Tseu, Ta-tö-King, cité par EMERIC N., « Droit souple + plus droit fluide=droit liquide. Réflexion sur la mutation de la normativité juridique à l'ère des flux », art. cit., p. 5, in KALTENMARK M., *Lao tseu et le taoïsme*, coll. Sagesses, Paris, Point, 2014.

¹⁶¹⁸ ANTOINE A., *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009, p. 83 ; CALMETTE J.-F., « Les moyens négociés alternatifs et complémentaires à la sanction devant l'Autorité de la concurrence », in CALMETTE J.-F. (dir.) *Sanctions en droit de la concurrence et concurrence des sanctions*, Paris, Mare & Martin, 2017, p. 127.

¹⁶¹⁹ LAROUSSE, *Le Petit Larousse illustré*, Paris, 2018, Édition Bicentenaire, p. 435 et 438, « Engagement ».

contraignantes *a posteriori*. Lorsqu'un engagement est pris par une entreprise, elle se doit de s'y conformer. L'Autorité dispose de moyens suffisamment effectifs pour en imposer *ex post* le respect et si nécessaire sous astreinte.

888. La clémence constitue une des composantes les plus déterminants de la flexibilisation de la régulation de la concurrence. Elle se présente aussi tout à la fois comme symbole de flexibilité et d'exorbitance. Mais elle implique dans le même moment de lourdes responsabilités pour les entreprises non sans souligner l'inconfort dans lequel il plonge la sophistication des procédés de montage des pratiques anticoncurrentielles. Elle résulte aussi de la loi du 15 mai 2001¹⁶²⁰. Son but est de « *faire évoluer les procédures applicables dans une optique de droit négocié selon les modèles anglo-saxons, et augmenter le nombre d'affaires traitées – au premier rang desquelles les cartels – tout en accélérant la durée de traitement des dossiers* »¹⁶²¹. La clémence est définie par le Petit Larousse comme une « *disposition qui porte à épargner un coupable ou à atténuer son châtement* »¹⁶²². Ainsi pourrait-on dire que tel a imploré la clémence du juge pour l'exclusion d'une considération qui aurait aggravé sa sanction. Le débat doctrinal qui a suivi l'instauration de la clémence dénote une confrontation philosophique entre différentes conceptions de la notion de culpabilité en cas d'infractions aux activités économiques. Malgré la reconnaissance de son apport pour les autorités de régulation dans la détection et le démantèlement de certains cartels, une partie de la doctrine la percevait plutôt comme une sorte d'encouragement à l'infraction et à la délation. La délimitation des frontières n'est pas si évidente mais, comme c'est souvent le cas dans les domaines économiques, l'argument du pragmatisme semble parler aux uns et aux autres. Bien plus encore, la clémence semble avoir significativement participé à l'effectivité du droit de la concurrence et donc à la sauvegarde de l'ordre public économique.

889. De cette notion de droit pénal désormais transposée en droit économique, Sénèque est celui qui en parle le mieux. De ce qu'elle doit être et de ce qu'elle n'est pas, de son fondement et de son idéal, de son envergure et de ses limites. Le philosophe souligne avec un passage qui pourrait avoir le mérite de mettre d'accord les défenseurs et les pourfendeurs de la clémence. Il affirme qu' « *il y a, je le sais, des philosophes qui regardent la Clémence comme le soutien*

¹⁶²⁰ Loi du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, préc.

¹⁶²¹ L'auteur souligne notamment le rôle incitatif de l'instauration de la transaction au niveau européen dès puisque « 56 entreprises sont condamnées sur le fondement de la procédure de clémence communautaire pour un montant total de 1,836 milliards d'€, dépassant le total des amendes cumulées depuis 1956 ». Cf DESBROSSE. P., « Les programmes de clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés », *RIDE*, 2010/2 t. XXIV, p. 211-240, spec. p. p. 223 et 225.

¹⁶²² LAROUSSE, *Le Petit Larousse illustré*, 2018, *op. cit.*, p. 260, « Clémence ».

des plus grands criminels, parce qu'elle est inutile s'il y a un crime et que seules parmi toutes, cette vertu chôme entre les honnêtes gens. Mais tout d'abord si la médecine a son utilité auprès des malades, elle n'est pas moins considérée chez les gens bien portants : ainsi la Clémence a beau être invoquée par ceux qui méritent châtement, elle est honorée par ceux-là même qui n'ont point péché. Ensuite elle est de mise même avec ceux-ci, car il arrive parfois que notre condition nous tient lieu de faute. Et ce n'est pas seulement à l'innocence que la clémence est secourable, elle l'est souvent aussi à la vertu car il y a par suite des circonstances tels incidents qui sont punissables s'ils sont accompagnés de marque d'approbation. Ajoute qu'une fraction importante de l'humanité est capable de retourner au bien si on lui pardonne. Toutefois, il ne convient pas de pardonner sans distinction ; car lorsque toute différence est abolie entre méchants et bons, la confusion s'ensuit et le déchainement des vices. Aussi faut-il user de pondération pour faire un départ judicieux entre les sujets guérissables et ceux dont l'état est désespéré. Il ne faut ni faire de la clémence un usage indifférent et banal, ni en retrancher l'usage, car pardonner à tous est cruauté aussi bien que refuser tout pardon. Nous devons nous tenir au juste milieu ; mais comme la mesure est difficile à observer, toutes les fois que la balance devra pencher d'un côté, que ce soit dans le sens de la mansuétude »¹⁶²³.

890. La clémence a ceci de spécifique et de « fascinant [qu'elle] se situe au carrefour de la politique, de la morale, de la psychologie et du droit »¹⁶²⁴, c'est peut-être pour cela qu'elle suscite autant de défenseurs que de détracteurs. L'on ne peut l'exclure tout comme l'on ne peut en user avec abus et imprudence. Pour Victor Hugo la clémence « porte le flambeau de toutes les autres vertus »¹⁶²⁵. Son rôle doit être équilibré, à équidistance, oserons-nous dire, entre le « pardon » et le « châtement ». Puisque la clémence ne peut être intéressée quand bien même au regard de ces objectifs rien ne prouve qu'elle soit totalement « désintéressée »¹⁶²⁶. Elle permet, en tout cas dans des domaines spécifiques comme l'économie, de peser entre l'effectivité immédiate de la sanction, quitte à prendre le risque d'ineffectivité, et le contournement de la punition par certains des auteurs pour mieux sanctionner certains autres. Il faut cependant souligner que si la clémence est ouverte à tous les acteurs, rien ne garantit que « l'absolution » s'en suive, puisqu'il relève du pléonasme que de souligner que cette dernière

¹⁶²³ SENEQUE, *De la Clémence*, Texte établi et traduit par François PRECHAC, Paris, Les Belles lettres, 1921, p. 5 et 6.

¹⁶²⁴ LEBRETON G., *Droit administratif général*, op. cit.; JUDE J.-M. (dir.), *La clémence et le droit*, Paris, Economica, 2011, « Propos introductifs », p. 7.

¹⁶²⁵ HUGO V., *Han d'Islande*, cité par BOTTINI F., « De la concorde à la discorde (ou du bon usage de la clémence en droit public) », in JUDE J.-M. (dir.), *La clémence et le droit*, *ibid.*, p. 147.

¹⁶²⁶ FOYER J., « La clémence, Rapport synthèse », in JUDE J.-M. (dir.), *La clémence et le droit*, *ibid.*, p. 168 à 171.

reste dans l'appréciation souveraine du régulateur, elle-même fondée sur la pertinence des informations fournies par le demandeur ainsi que sa capacité à ne pas compromettre le déroulement de la procédure.

891. Cette notion est désormais « *saisie* »¹⁶²⁷ par toutes les disciplines juridiques. En droit de la régulation, la clémence est un processus différent des engagements et est mise en œuvre notamment sinon spécialement dans le cadre de la détection et la sanction des cartels et plus globalement toutes les pratiques anticoncurrentielles. En dépit de la position défendue par certains économistes et, dans certains cas, par la cour d'appel de Paris¹⁶²⁸, plaçant la clémence dans les procédures négociées, certains estiment qu'elle y est « *improprement* »¹⁶²⁹ incluse dans la mesure où l'initiative ne vient pas de l'entreprise. En tout état de cause, la clémence permet aux entreprises qui dénoncent les opérations anticoncurrentielles de bénéficier d'un traitement favorable en contrepartie d'informations pertinentes qu'elles délivrent. La validité des informations fournies dans le cadre d'une transaction par une entreprise membre d'un cartel est subordonnée à sa pertinence. En d'autres termes, il faut qu'elle ne soit pas déjà à la disposition de l'Autorité de concurrence¹⁶³⁰.

892. La procédure de clémence permet donc de réduire les difficultés de détection des ententes qui sont montées avec des méthodes insoupçonnées, informelles voire pernicieuses. Son efficacité s'est très vite avérée. D'abord au niveau européen avec le cartel des *Vitamines*

¹⁶²⁷ RUIZ-FABRI H., DELLA MORTE G., LABERT ABDELGAWAD E. *et al.* (dir.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Paris, Société de législation comparée, 2007, 645 p.

¹⁶²⁸ En l'espèce, la Cour avait qualifié la clémence « d'accord » ce qui suscite la critique de ces auteurs car, considèrent-ils, le caractère négocié de la clémence n'est pas nécessairement prouvé dans tous les cas et que, de surcroît, l'initiative ne provient pas que des acteurs. Nous pensons néanmoins que le caractère négocié ne se détermine pas tant par l'initiative que par les concessions et les exemptions possibles dont profiteraient les acteurs économiques. Cf. CA Paris, 5^{ème} / 7^{ème} ch., 19 janv. 2010, *SAS AMD Sud-Ouest*, n° 2009/00334.

¹⁶²⁹ IDOT L., « Les procédures de clémence en droit de la concurrence », in JUDE J.-M. (dir.), *La clémence et le droit*, *op. cit.*, p. 113.

¹⁶³⁰ Le IV de l'article L. 464-2 mentionne que « Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. À la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, l'Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, l'Autorité peut, après avoir entendu le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné sans établissement préalable d'un rapport, et, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction ».

avec une amende 855 millions d'euros¹⁶³¹, considéré comme « *le plus nuisible jamais démantelé* »¹⁶³². Au niveau national, où les critiques de la clémence ont semblé être les plus virulentes, la question ne se pose quasiment plus dès lors que dorénavant celle-ci « *fait partie du dispositif* »¹⁶³³ du droit de la concurrence. Elle dispose d'ailleurs d'une procédure qui lui est spécifique permettant ou non d'aboutir à l'exemption des acteurs¹⁶³⁴. L'exonération de sanction dont avait bénéficié *Unilever* dans le cadre du cartel des *Lessives* démantelé et sanctionné par l'ADLC d'un montant de 367,9 millions d'euros en 2011 a été possible grâce à la clémence¹⁶³⁵. En outre et dans le but de préserver une certaine « autorité » dans les procédures négociées, qui se veulent flexibles et teintées de volontarisme, l'aspect exorbitant ne disparaît pas définitivement pour autant. La clémence répond également semble-t-il beaucoup plus efficacement aux préoccupations de la préservation de l'ordre public économique concurrentielle, davantage que ne le font les lanceurs d'alerte¹⁶³⁶.

893. La transaction renvoie quant à elle, à la notion de transiger, c'est-à-dire le fait de « *conclure un arrangement par des concessions réciproques* »¹⁶³⁷. Contrairement à son aïeul, la non-contestation des griefs qui disposait d'une plus grande marge autoritaire en vertu de la loi LME¹⁶³⁸, la transaction ainsi conçue a suscité de critiques de la part de ceux qui estiment que c'est là une véritable perte d'autorité de l'État et du régulateur¹⁶³⁹. En dépit du fait d'être présentée comme davantage compatible avec les pays anglo-saxons, la transaction a pu asseoir son mode opératoire dans la législation française. Elle résulte désormais de l'article L. 464-2-

¹⁶³¹ Pour ce cartel qui a duré de 1989 à 1999 la clémence a permis de sanctionner. Et le seuil d'un milliard fut vite franchi lorsque le cartel des Ascenseurs a été démantelé en 2007. Cf. CEE, décis. n° 2003/2/CE du 21 nov. 2001, relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (aff. COMP/E-1/37.512 *Vitamines*), *JOCE* n° L 6, 10 janv. 2003, p. 1-89 ; COMBE E., « La prohibition des cartels », in COMBE E., *La politique de la concurrence*, 3^e éd., Paris, La Découverte, 2016, p. 31-50, spéc. p. 5.

¹⁶³² MARCHAL F., « L'évolution des procédures de clémence », *Rev. française d'économie*, n° 3, 2013, p. 71-117, spéc. p. 71.

¹⁶³³ IDOT L., « Les procédures de clémence en droit de la concurrence », art. cit., p. 105.

¹⁶³⁴ RODA J.-Ch., PRIETO C., *La clémence en droit de la concurrence. Etude comparative des droits américain et européen*, Aix-en-Provence, PUF, coll. « Institut de droit des affaires », 2008, 573 p.

¹⁶³⁵ ADLC, décis. n° n°11-D-17 du 8 déc. 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives, non-publiée au *BOCCRF*.

¹⁶³⁶ CE, 31 mars 2017, *M. B. A.* n° 392316.

¹⁶³⁷ LAROUSSE, *Le Petit Larousse illustré*, 2018, *op. cit.*, p. 1164. « Transiger ».

¹⁶³⁸ Le III de l'article L. 464-2 dispose que « Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction ».

¹⁶³⁹ Comme on l'a souligné un peu plus haut.

III du Code de commerce introduit par la loi du 6 août 2015 relative à la croissance, à l'activité et à l'égalité des chances économiques. Elle est considérée par certains auteurs comme une « *incontestable avancée (...) puisqu'elle permet une plus grande prévisibilité de l'échelle de sanctions* »¹⁶⁴⁰. Il est clair que du point de l'entreprise bénéficiant d'une transaction, il s'avère plus facile sinon souhaitable d'anticiper les conséquences d'une négociation que celles d'une notification de griefs, de surcroît « incontestables ». Les entreprises doivent néanmoins impérativement répondre à la convocation des agents de l'Autorité et si, à l'instar d'un manquement à l'obligation de rendre public les injonctions, elles ne répondaient pas elles s'exposent ainsi à une astreinte dans les limites du II de l'article L.464-2, c'est-à-dire 5% du chiffre d'affaires.

894. Ces procédures dites négociées restituent toute la mutation du rôle de l'ADLC mais dans le même moment elles soulignent toute la prépondérance de l'exorbitance dans la sauvegarde de l'ordre concurrentiel. L'Autorité peut donc, selon les cas et en fonction de ce qui paraît répondre le mieux à l'impératif de la préservation de l'ordre public économique, recourir à l'un ou à l'autre des mécanismes. Ces procédures ne sont en réalité flexibles qu'en amont et à la seule condition que les acteurs qui s'en prévalent se conforment à leurs engagements. Dans le cas contraire, l'exorbitance du régulateur fait irruption soit pour s'appliquer *in extenso*, soit pour imposer le respect des engagements souscrits en *amont* par lesdits acteurs. On pourrait dire que la flexibilité est non seulement dérogatoire mais elle est également et surtout provisoire et conditionnelle.

c- Conciliation entre exorbitance et flexibilité au sein de l'Autorité de la concurrence

895. Outre sa faculté de rendre, de sa propre initiative ou sur saisine, des avis sur diverses questions, l'ADLC « *détient le pouvoir de prononcer des injonctions, d'infliger des sanctions pécuniaires, d'accepter des engagements et d'accorder le bénéfice de la clémence à certaines entreprises qui coopèrent en aidant à détecter ou à constater l'existence d'ententes. Elle réprime les ententes, les abus de position dominante et les prix abusivement bas* »¹⁶⁴¹. Au-delà, les procédures négociées en droit de la concurrence ne se contentent pas seulement d'être des procédés spécifiques de régulation économique, elles ont profondément bousculé, voire même

¹⁶⁴⁰ CALMETTE J.-F., « Les moyens négociés, alternatifs et complémentaires à la sanction devant l'Autorité de la concurrence », art. cit., p. 129.

¹⁶⁴¹ ADLC, « Autorité de la concurrence », 11 janv. 2017, accessible : <https://www.inc-conso.fr/content/autorite-de-la-concurrence>. (Consulté le 06/02/2018).

métamorphosé les modalités classiques du contentieux¹⁶⁴². Mais si législateur semble laisser une marge considérable mais non excessive aux régulateurs économiques, le juge, national et européen, quant à lui, veille à ce que cette procédure ne soit pas arbitraire dans l'encadrement des activités économiques. Une telle vigilance est d'autant plus importante qu'elle permet de veiller à la sauvegarde et au respect des droits fondamentaux des acteurs économiques et du principe de *non bis in idem*. Elle permet également d'éviter la « concurrence des sanctions »¹⁶⁴³ dans la régulation en étant sinon alternative ou du moins complémentaire à celles-ci.

896. En outre, eu égard aux mutations auxquelles le législateur et le juge français ont dû se confronter dans ce demi-siècle, on comprend mieux à quel point l'économie, bien que ne devant pas commander le droit, semble guider la transformation de ce dernier. Il est souligné, à titre d'exemple, que « lorsqu'un contractant dénonce une violation de l'ordre public économique à laquelle il a lui-même participé, et dont il est lui-même l'auteur principal, une certaine logique de l'adage interne amènerait à rejeter son intervention »¹⁶⁴⁴. Cela devrait, selon Carbonnier, être le cas « du vendeur à prix illicite »¹⁶⁴⁵. Observer que la loi entérine la dénonciation des pratiques anticoncurrentielles par ces mécanismes dits « négociés », c'est-à-dire que ceux qui violent la loi en deviennent les garants de son efficacité, c'est aussi prendre conscience de la lourdeur de la tâche du droit, non seulement sur ce point précis mais aussi sur tant d'autres, afin d'éviter que la violation efficace (*bridge efficient*) ne devienne la règle et que, par voie de conséquence, le respect du droit l'exception. Le droit n'est pas et ne devrait pas être immuable mais pour autant il ne doit pas non plus être conçu et appliqué au gré des humeurs des acteurs poursuivant des intérêts antagonistes à celui de la collectivité. C'est-à-dire l'intérêt général qui n'est pas à confondre avec l'intérêt collectif. Gérard Farjat lui-même concédait que « la règle est souvent le fruit d'un compromis entre forces opposés et non l'expression d'une volonté ferme et unique »¹⁶⁴⁶. Il doit simplement y avoir des gardes fous dont la tangibilité garantit une certaine sécurité juridique. En aucun cas l'exception ne doit, de manière indéfinie et avec indifférence, devenir la règle ; encore moins prendre le risque de transformer le contenant

¹⁶⁴² Cf. CRESPIY-DE CONINCK M., *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, *op cit.*, p. 587 et s.

¹⁶⁴³ CALMETTE J.-F. (dir.), *Sanctions en droit de la concurrence et concurrence des sanctions*, *op. cit.*, p. 107 et s.

¹⁶⁴⁴ FARJAT G., BERTHOLD G., *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p.342.

¹⁶⁴⁵ CARBONNIER J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2013, p. 396.

¹⁶⁴⁶ FARJAT G., BERTHOLD G., *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p. 480.

(Droit) en contenu (normes, économie), même si la prise en compte du second et ses préoccupations par le premier, relève de la normalité et de l'évidence.

2- Le rôle complémentaire de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression de la fraude

897. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression de la fraude, (ci-après DGCCRF), au-delà de la protection économique des consommateurs, se présente comme le bras armé du gouvernement dans la préservation de la concurrence, le respect de ses règles et donc la protection des consommateurs. Installée dans les départements et les régions¹⁶⁴⁷, elle « *veille à la régulation et au bon fonctionnement des marchés* »¹⁶⁴⁸ et est qualifiée de « *véritable police administrative de la consommation* »¹⁶⁴⁹. La DGCCRF est une institution de l'État car la jurisprudence a considéré qu'on peut engager la responsabilité de ce dernier du fait de la faute des agents de celle-là¹⁶⁵⁰. La preuve de la lourdeur de ladite faute demeure néanmoins requise dans certaines hypothèses¹⁶⁵¹. Si l'Autorité agit au nom de l'État, sans pour autant relever de l'autorité du Gouvernement dans l'exercice de ses pouvoirs, la Direction relève quant à elle du ministère de l'économie et donc du Gouvernement. Certains la considèrent comme une « *administration spécialisée* »¹⁶⁵² dans la régulation de la concurrence. Au sein de l'ADLC, la fonction de commissaire du gouvernement est exercée par le Directeur de la DGCCRF sauf en cas d'empêchement de celui-ci, le ministre de l'économie en désigne un autre par arrêté. Il ne prend pas part aux délibérations, mais il présente des observations sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi qu'une opinion sur les solutions possibles sur toutes les affaires dont l'ADLC est saisie. La jurisprudence estime que le Commissaire du gouvernement n'a « *aucun pouvoir sur le déroulement de la procédure autre que celui déposer des observations, qui constituent un simple avis consultatif, fut-il obligatoire, communiquées aux entreprises en cause qui ont la possibilité de faire valoir leurs*

¹⁶⁴⁷ Le Décret n° 2006-81 du 26 janv. 2006 a introduit une modification fondamentale dans l'organisation des services déconcentrés de la DGCCRF, en faisant de la direction régionale l'échelon de référence.

¹⁶⁴⁸ LAMY, « Attributions de la DGCCRF », n°180-105. Dernier mis à jour janv. 2020.

¹⁶⁴⁹ BERNHEIM-DESVAUX S., « L'ordonnance de recodification du Code de la consommation a été publiée ! », *Contrats, conc., consom.* 2016, alerte 38.

¹⁶⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1999, *Sté. Produits agro-alimentaires d'Aquitaine (PAA)*, n° 96-16.560, Bull. civ. I, no 84, *Contrats, conc., consom., comm.* 100.

¹⁶⁵¹ CA, Paris, 6 mars 2013, *SARL SOLGAR VITAMINS France* n°11/15478 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006, *Sté. Village de l'Anse Azérot (VAA) et Carenantilles*, n° 04-15.547.

¹⁶⁵² MANDIL C., « La régulation dans le cadre d'une politique sectorielle publique », *LPA*, n°82, p. 11.

propres observations en réponses. Il n'en résulte aucune atteinte au principe d'égalité des armes ni aucune violation du droit à un procès équitable »¹⁶⁵³.

898. En dépit du fait que la DGCCRF relève du ministère de l'économie, elle se révèle être un véritable partenaire complémentaire de l'ADLC dans la préservation de la concurrence et la protection des consommateurs. C'est ce qui ressort d'une décision de l'Autorité rendue en 2016, portant sur la sanction des ententes sur les transports scolaires du Bas Rhin¹⁶⁵⁴. Cette complémentarité n'empêche néanmoins en rien l'ADLC de se faire sa propre appréciation des faits et, en cas de nécessité, augmenter, diminuer ou confirmer la sanction proposée par la DGCCRF¹⁶⁵⁵.

899. L'ADLC peut par ailleurs se montrer plus sévère si la gravité des faits l'exige¹⁶⁵⁶. C'est en substance le cas dans la sanction des abus de position dominante¹⁶⁵⁷ pratiqués par le secteur des Pompes funèbres de l'Ain¹⁶⁵⁸. C'est en raison de ce rôle préliminaire et donc fondamental que joue la Direction générale qu'elle est tenue au respect de la vie privée des acteurs dans ses enquêtes lorsque, sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce, le juge lui en donne l'autorisation¹⁶⁵⁹. Les articles L.450-2 à L. 450-5 précisent les conditions dans lesquelles

¹⁶⁵³ Cons. conc., décis. n° 07-D-49 du 19 déc. 2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic et Saint Jude Medical à l'occasion de la passation d'un appel d'offres lancé par le CHU de Montpellier*, non-publiée au BOCCRF ; CA Paris, 8 avr. 2009, *Ela Médical*, n°01092. En l'espace, la Cour rejette le recours du Ministre de l'économie.

¹⁶⁵⁴ Après refus de la transaction (pour un montant de 75000 €) proposée par la DGCCRF, une partie des entreprises ont vu les faits transférés à l'ADLC qui les sanctionne (96000 €) avec publicité renforcée dans un journal local et un journal spécialisé du transport. Cf. ADLC, décis. n° 16-D-02, du 27 janv. 2016, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire par autocar dans le Bas-Rhin*, non-publiée au BOCCRF. Faisant appel de la décision, les entreprises se sont vu opposer une décision de rejet par la cour d'appel de Paris qui confirme et la pratiques et les sanctions prononcées par l'Autorité. Cf. CA Paris, 21 déc. 2017, *Sté. Royer Holding*, n° 16/06962.

¹⁶⁵⁵ Cass.com., 14 jan. 1992, *Sté. Gist-Brocades* n° 89-21.462, concernant l'entente dans la commercialisation de la levure fraîche.

¹⁶⁵⁶ La société corse *DARSI écope* d'une amende de 199 000 €. Cf. ADLC, décis. n° 18-D-17 du 20 sept. 2018, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux en Corse*, non-publiée au BOCCRF.

¹⁶⁵⁷ Bénéficiant d'une délégation de service public de la part de la Commune de Viriat, les pratiques reprochées à par l'entreprise *COMTET* consistait d'une part de louer la salle de cérémonie aux concurrents alors que le prix de celle-ci est compris dans le forfait global ; et de semer une confusion entre sa mission de service public de crémation et son activité concurrentielle de produits et services funéraires. L'ADLC va au-delà de la sanction suggérée lors de la transaction par la DGCCRF en infligeant un montant de 80 000 € à la société *COMTET*.

¹⁶⁵⁸ ADLC, décis. n° 17-D-13 du 27 juill. 2017, *relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres dans le département de l'Ain*, non-publiée au BOCCRF.

¹⁶⁵⁹ Cass., crim., 16 juin 2011, *Sté. Stereau et GTM environnement*, n° 10-80.016 ; Cass., crim., 7 sept. 2011, *Sté. Basf Agro et Basf Agri*, n° 10- 85.310 ; Cass., crim., 19 oct. 2011, *Sté. Sobeia Environnement*, n° 10-88.193 ; Cass., crim., 19 oct. 2011, *Sté. Monod et Colin*, n° 10- 88.194. Cf. dans le même sens DRAGO G., ALCARAZ H., VIDAL-NAQUET A. *et al.*, « Observatoire de jurisprudence constitutionnelle », chorn. n° 10, avr.-juin 2012, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°37, p. 181.

les visites et les saisies sont effectuées. La Cour de cassation a ainsi considéré que, dans le cadre d'une visite domiciliaire et des saisies dans des entreprises de téléphonies mobiles, dès lors que le juge des libertés n'a pas délivré une autorisation indéterminée et a respecté les prescriptions de l'article L. 450-4 dudit Code, celui-ci a souverainement apprécié l'existence des présomptions d'agissements frauduleux justifiant la mesure autorisée¹⁶⁶⁰. De même, elle est tenue, dans le cadre de ses enquêtes, au respect du principe de *non bis in idem* et de l'article 6 de la CESDH. Les juges ont pu considérer qu'en cas de détention de soixante-six produits alimentaires périmés par une entreprise, il y a autant d'infraction de détention que de produits détenus sans toutefois que la peine qui doit en découler soit en conséquence cumulative¹⁶⁶¹. La cour d'appel, dont l'arrêt a été approuvé par la Cour de cassation, avait en l'espèce considéré que « *l'infraction concerne la détention de denrées alimentaires présentant des écarts par rapport à la température de conservation mentionnée sur les étiquetages et non les conditions de l'équipement du magasin* ». D'où le rejet du pourvoi des requérants et la sanction « séparée » des infractions.

900. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression de la fraude est un véritable organe de terrain. Ses agents y sont quotidiennement déployés pour la poursuite d'actes répréhensibles qui portent ou qui pourraient porter atteinte à la concurrence ou causer un préjudice aux consommateurs. Certains considèrent qu'elle est avant tout une « *direction d'enquêtes* »¹⁶⁶² dont la « *complémentarité* »¹⁶⁶³ avec l'ADLC a abouti à des résultats concrets. Le démantèlement de l'entente dans le transport scolaire du Bas-Rhin¹⁶⁶⁴ et l'abus de position dominante dans le secteur des pompes funèbres de l'Ain¹⁶⁶⁵ s'inscrivent dans ce sens-là. Il en est également ainsi du secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux (DASRI) en Corse¹⁶⁶⁶ sur l'augmentation brutale, durable et significative des tarifs¹⁶⁶⁷ alors même que « *comme la Cour des comptes l'a relevé - et que ces sommes*

¹⁶⁶⁰ Cass. crim., 23 févr. 2005, *Sté. CELICE, BLANCPAIN et SOLTNER e. a.*, n° 03-85.574.

¹⁶⁶¹ Cass. crim., 18 juin 2013, *M. Abdelali X et sté. SAS Univ*, n° 12-86338 ; comm. DREYER E., « Coup de froid jeté par la DGCCRF », *Gazette du Palais*, 15 oct. 2013, n°288. p. 1-2.

¹⁶⁶² MARIE A., « Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles », *Lamy droit de la concurrence*, n°14, 1^{er} Janv. 2008, p. 1.

¹⁶⁶³ CHAGNY M. (dir.) « Illustrations des pouvoirs de sanction de la DGCCRF et de l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles locales », *Lamy droit économique*, n° 1643, p. 1 et 2.

¹⁶⁶⁴ ADLC, décis. du 27 janv. 2016, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire par autocar dans le Bas-Rhin, *supra*. Décision confirmée par la cour d'appel : CA Paris, 21 déc. 2017, *supra*.

¹⁶⁶⁵ ADLC, décis. du 27 juill. 2017, relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres dans le département de l'Ain, *supra*.

¹⁶⁶⁶ ADLC, décis. n°18-D-17 du 20 sept. 2018, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux en Corse.

¹⁶⁶⁷ À titre d'exemple comme mentionné dans le point 63 de la décision de l'Autorité le centre hospitalier de Castelluccio a connu une augmentation des tarifs de + 194 % en 2011, le Centre hospitalier de Sartène : + 19 %

auraient pu être utilisées pour améliorer la qualité du service public et privé de santé »¹⁶⁶⁸ sont autant de cas d'espèce prouvant, sans être exhaustifs, l'efficacité d'un travail harmonisé entre ces deux organes. L'ADLC appuie ses décisions sur les enquêtes de la DGCCRF non sans les analyser et les rejeter lorsqu'elles ne sont pas conformes aux règles de procédures requises.

901. À analyser les chiffres, on se rend compte à quel point le rôle joué par la DGCCRF est essentiel dans la mise en œuvre et la protection de la concurrence. À titre indicatif, rien qu'en 2017, elle a effectué 551 251 vérifications, contrôlé 112 585 établissements et 12 414 sites internet et a réalisé 315 000 analyses en laboratoire¹⁶⁶⁹. La tendance générale, bien qu'en baisse sur le nombre d'établissements contrôlés, fut en hausse durant l'année 2018 puisque 543 000 vérifications ont été effectuées (-2% par rapport à 2017), 111 600 établissements contrôlés (-1%), 12 600 sites internet contrôlés (+2%). Par contre, les résultats d'analyses en laboratoire s'élèvent à 330 000 (impliquant une hausse de +4,5 %), 128 500 manquements et infractions constatées (+ 2%)¹⁶⁷⁰. La DGCCRF est en définitive une véritable main forte permettant à l'Autorité de la concurrence, en sus de ses propres enquêtes, de veiller au respect des règles de la concurrence et, partout où besoin est, mettre en œuvre son pouvoir de sanction.

3- Le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence au service de la protection de l'ordre public économique

902. Le pouvoir de sanctions de l'ADLC remplit plusieurs missions. Renforcée dans certains cas par le rôle joué par le ministère public (**h**) et sa mission consultative (**g**), l'Autorité détient également le pouvoir de s'autosaisir (**f**). Aussi, il résulte de la dernière réforme du Titre IV du Code de commerce, un élargissement de ses pouvoirs (**e**), dont la finalité est de donner une lisibilité plus claire à la protection de la partie faible (**d**). Ses pouvoirs sont omniprésents certes, mais demeurent néanmoins appliqués avec parcimonie (**c**). Dès lors, bien avant d'aborder l'ensemble de ces aspects, il est important, avant d'insister sur le rôle de ce pouvoir de sanction

en 2011 et + 87 % en 2012 (soit + 123 % au total) et la polyclinique du Sud de la Corse : +135 % en 2012, le CHI de Corte-Tattone : + 65 % en 2012, puis à nouveau + 40 % en 2013(soit +131% au total).

¹⁶⁶⁸ ADLC, *Élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux (DASRI) : Sanicorse sanctionnée*, Communiqué de presse, 20 sept. 2018, disponible à l'adresse suivante :

<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/elimination-des-dechets-dactivites-de-soins-risque-infectieux-dasri-sanicorse>. (Consulté le 13/11/2018).

¹⁶⁶⁹ DGCCRF, *Résultats 2017 de la GDCCRF*, Rapport, mars 2018, p. 8, disponible à l'adresse suivante :https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/dgccrf/rapports_activite/2017/resultats-dgccrf-2017.pdf. (Consulté le 11/06/2018).

¹⁶⁷⁰ DGCCRF, « Bilan de l'action 2018 de la DGCCRF », 25 mars 2019, disponible à l'adresse suivante, <https://www.economie.gouv.fr/bilan-2018-dgccrf>. (Consulté le 10/10/2019).

dans le maintien de l'ordre public économique (b), de revenir sur le fondement aussi bien juridique que jurisprudentiel de son pouvoir de sanction (a).

a- Fondements juridique et jurisprudentiel du pouvoir de sanction de l'ADLC

903. Depuis la décision du Conseil constitutionnel en date du 17 janvier 1989 en vertu de laquelle le pouvoir de sanction des AAI ne porte pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs tel qu'il est prévu par l'article 16 de la DDHC¹⁶⁷¹, la jurisprudence renforçant ce pouvoir est désormais constante¹⁶⁷². Si le pouvoir de sanction est une attribution quasi systématique des autorités de régulation, il est rare qu'une autorité soit investie uniquement de ce pouvoir en dehors de toute autre attribution¹⁶⁷³. Une telle conception s'inscrit dans le sillage de ce que certains ont appelé « *fondements constitutionnels de la sanction non pénale* »¹⁶⁷⁴. Dès lors que les autorités de régulation ont pour rôle de contrôler le marché, le législateur leur reconnaît ce pouvoir de sanction¹⁶⁷⁵. Les sanctions administratives, qu'elles soient pécuniaires ou professionnelles, ont ainsi « *une légitimité réaffirmée* »¹⁶⁷⁶ dès lors qu'elles ont une base légale¹⁶⁷⁷ suffisamment clarifiée pour exclure l'arbitraire¹⁶⁷⁸ et sont soumises au contrôle, selon les cas, du juge judiciaire ou administratif.

904. Selon les explications de Pierre Delvolvé, rappelant une position largement adoptée au sein de la doctrine, en vertu desquelles « *la fonction de régulation* » justifie sinon étaye le cumul

¹⁶⁷¹ Cons. const., décis. du 17 janv. 1989, relative à la Loi modifiant la loi relative à la liberté de communication, *supra*.

¹⁶⁷² Cons. const., décis. n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, portant sur la Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier (COB), *JORF* du 1^{er} août 1989, p. 9676 ; Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-378 DC, relative à la Loi de réglementation des télécommunications, *JORF* n° 174 du 27 juill. 1996.

¹⁶⁷³ Avant son intégration dans l'AMF sous les articles L. 623-1 et s. du Code monétaire et financier, l'ancien Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF) avait pour vocation de sanctionner les professionnels d'épargne collective.

¹⁶⁷⁴ DEGOFFE M., *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000, p. 21.

¹⁶⁷⁵ La doctrine est prolifique concernant le pouvoir de sanction des AR dès lors qu'il y a, en cela, une imbrication de sanctions administratives et de sanctions pénales. D'où l'intérêt particulier de la jurisprudence pour la question. À ce sujet, le Rapport du Conseil d'État intitulé *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 8 déc. 1994, suivi du rapport du Rapport public, *Jurisprudence et avis de 2000 Les autorités administratives indépendantes*, 2001, souligne notamment dans qu'une reconnaissance jurisprudentielle d'un pouvoir de sanction aux AR « *pouvait emporter des conséquences pratiques non négligeables sur le rôle et le fonctionnement de telles institutions* ». Cf. RIBS J., SCHWARTZ R., « L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes », *Gazette du Palais*, 2000, no 210-211, p. 3 à 11.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 1.

¹⁶⁷⁷ En vertu du principe de légalité des délits et des peines découlant de l'article 8 de la DDHC et en conformité à la jurisprudence du Conseil d'État. Cf. CE, 24 nov. 1982, *ministre des Transports c./ Héritiers Malonda*, n° 32944 ; CE, 21 juin 1985, *Sté. Total Compagnie Française de Distribution*, n° 73425 p. 204.

¹⁶⁷⁸ Cons. const., décis. n° 2014-385 QPC du 28 mars 2014, relative à la Discipline des officiers publics ou ministériels - Interdiction temporaire d'exercer, (*M. Joël M.*), *JORF* du 30 mars 2014, p. 6202, texte n° 60.

au sein d'une même autorité administrative des pouvoirs qui devraient être séparés¹⁶⁷⁹. Le Conseil constitutionnel tempère néanmoins cette tendance par d'une part, l'interdiction de cumuler les sanctions pécuniaires et pénales¹⁶⁸⁰ et, d'autre part, par le fait que ce pouvoir ne s'exerce que sous réserve du contrôle du juge¹⁶⁸¹. Un tel pouvoir se justifie par la nature des objectifs poursuivis par les autorités qui les mettent en œuvre et « *s'expliquerait donc par la fonction même de régulation qui implique des mesures appropriées* »¹⁶⁸². À cet égard, « *le pouvoir de sanction apparaît comme un pouvoir de régulation parmi d'autres* »¹⁶⁸³. L'Autorité de la concurrence ne fait donc pas figure d'exception. « *À l'instar de la Commission européenne et de la Cour de justice, l'Autorité de la concurrence [estime à son tour que] le droit de la concurrence vise à protéger l'ordre public économique et non la situation de telle ou de telle entreprise* »¹⁶⁸⁴, même si cela n'empêche en rien la prise en compte de la nature juridique de l'acteur¹⁶⁸⁵. En effet, l'essentiel est que « *le montant des sanctions fixées par la loi soit suffisamment dissuasif pour remplir la fonction de prévention des infractions assignée à la punition* »¹⁶⁸⁶. Par ailleurs, l'article L. 464-2 établit une distinction, à travers des seuils, gage de proportionnalité¹⁶⁸⁷, selon qu'il s'agit d'une personne morale ou une personne physique.

¹⁶⁷⁹ Cf. FRISON-ROCHE M.-A., COHEN-TANUGI L. (dir.), « La régulation : monisme ou pluralisme ? Équilibres dans les secteurs des services publics concurrentiels », *LPA*, du 10 juill. 1998, n° spécial ; CHEVALLIER J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices*, 1995, no 1, p. 81 ; M.-A. FRISON- ROCHE, « Le droit de la régulation », *D. aff.*, 2001. 610 p ; DELVOLVE P., « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *LPA*, n°185, 17 sept. 2001, p. 18.

¹⁶⁸⁰ Cons. const., 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, *Sté. Groupe Canal Plus* ; Cons. const., décis. n° 2013-331 QPC du 5 juill. 2013, portant sur le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, (*Sté. Numéricable SAS*), *JORF* du 7 juill. 2013, p. 11356, texte n° 27.

¹⁶⁸¹ Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-333 DC, portant sur Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* du 24 janv. 1994.

¹⁶⁸² RAPP L., TERNEYRE Ph., « Pouvoir de sanction et principe de séparation des pouvoirs », *RLDA*, 2011, n° 6115.

¹⁶⁸³ *Ibid.*

¹⁶⁸⁴ ADLC, avis n° 10-A-29 du 14 déc. 2010, *sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne*, non-publiée au *BOCCRF*. Cf. aussi VAUTROT-SCHWARZ Ch.-A., « L'ordre public économique », in DEBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public, op. cit.*, p. 188.

¹⁶⁸⁵ En effet l'article L. 464-2 prend en compte la notion d'entreprise afin de permettre une appréciation plu large. Ainsi, une association d'expert-comptable considérée comme entité exerçant une activité économique et soumise à l'article 102 TFUE par la décision de l'Autorité de la concurrence n'a pas pu convaincre la Cour de cassation de l'impertinence des arguments de l'Autorité. Cf. ADLC, décis. n°13-D-06 du 28 févr. 2013, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le marché de la télétransmission de données fiscales et comptables sous format EDI à l'administration fiscale*, non-publiée au *BOCCRF*. La Cour a donc confirmé cette décision par l'arrêt Cass. com., 8 févr. 2017, no 15-15005. Cf. dans le même sens BERLAUD C., « Sanction de l'Autorité de la concurrence : entreprise ou non, chiffre d'affaire ou non », *Gazette du palais*, 21 févr. 2017, n° 08, p. 35.

¹⁶⁸⁶ LE BOT O., « Pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence », *Constitutions*, 2016, n°107. Décision commentée : Cons. const., décis. n° 2015-510 QPC du 7 janv. 2016, , Association Expert-comptable média association (*Sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence*), *JORF* n° 0008 du 10 janv. 2016, texte n° 18. S'inscrivant dans la même lancée que la décision : Cons. const., 14 oct. 2015, n° 2015-489 QPC, portant sur la Saisine d'office et sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence, (*Société Grands Moulins de Strasbourg SA e. a.*), *JORF* n° 0240 du 16 oct. 2015, p. 19325, texte n° 75.

¹⁶⁸⁷ L'Auteur rappelle notamment qu'en cas de cumul d'une sanction pénale et une sanction administrative, le Conseil constitutionnel a tranché en faveur d'une certaine proportionnalité. Dans les décis. : Cons. const., décis.

905. Le pouvoir de sanction de l’Autorité peut s’exercer avant même que la culpabilité ou l’innocence d’un acteur ne soit établie. En cas d’obstruction à l’enquête, elle peut prendre des sanctions à l’encontre des auteurs de l’obstruction. C’est ainsi que, le 22 mai 2019, elle a sanctionné le groupe *Akka* à hauteur de 900 000 euros pour obstruction aux opérations de visite et de saisie¹⁶⁸⁸. Le fondement juridique d’une telle mesure est similaire à ce que prévoit l’article L. 430-8 du Code de commerce lequel donne à l’ADLC le pouvoir de sanctionner tout manquement à l’obligation de notification d’une opération de concentration. En 2012, l’ADLC sanctionne le *Groupe Colruyt*¹⁶⁸⁹ pour un « *manquement grave à l’ordre public économique* »¹⁶⁹⁰, quand bien même cette entreprise fut de bonne foi et, en dépit de ses difficultés financières, avait informé l’Autorité de cette concentration ayant eu lieu dans les années 2000. Le Conseil estime que la gravité du manquement à l’obligation de notification est fondée par son obstruction au contrôle des concentrations¹⁶⁹¹.

906. Le renforcement progressif mais significatif du pouvoir de sanction de l’Autorité de la concurrence trouve son fondement dans la nature même de la régulation opérée par celle-ci. L’on ne peut confier une mission d’ordre public à une autorité sans lui conférer les mesures contraignantes appropriées en cas de non-respect dudit ordre. Il est évident que la régulation par la concurrence se réalise aussi par la sauvegarde de l’ordre public économique, même s’il n’en reste pas moins qu’il est indispensable de distinguer les finalités et les méthodes qui peuvent diverger sinon se diversifier en fonction de l’objectif à atteindre. Globalement la régulation implique à la fois la protection de la concurrence ou celle de l’intérêt général,

du 28 juill. 1989, portant sur la Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, cons. 22, *supra*, confirmé par Const. Const., décis. n^{os} 2015-513/514/526 QPC du 14 janv. 2016, portant sur le Cumul des poursuites pénales pour délit d’initié avec des poursuites devant la commission des sanctions de l’AMF pour manquement d’initié – II, (*M. Alain D. e. a.*), *JORF* n^o 0013 du 16 janv. 2016, texte n^o 54 ; Cons. const., décis. n^o 2014-418 QPC du 8 oct. 2014, relative à l’amende pour contribution à l’obtention, par un tiers, d’un avantage fiscal indu (*Sté. SGI*), cons. 10, *JORF* du 10 oct. 2014, p. 16484, texte n^o 75 ; Cons. const., décis. n^o 2016-546 QPC, 24 juin 2016, relative à des Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale, (*M. Jérôme C*), cons. 24, *JORF* n^o 0151 du 30 juin 2016, texte n^o 111; le Conseil constitutionnel souligne que « *le principe de proportionnalité implique qu’en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l’une des sanctions encourues ; qu’il appartiendra donc aux autorités administratives et judiciaires compétentes de veiller au respect de cette exigence* ». Cf. DEZEUZE E., « La proportionnalité des sanctions administratives en matière économique et financière », *Gazette du palais*, n^o36, p. 82.

¹⁶⁸⁸ ADLC, décis. n^o 19-D-09 du 22 mai 2019, *relative à des pratiques d’obstruction mises en œuvre par le groupe Akka*, non-publiée au *BOCCRF*.

¹⁶⁸⁹ ADLC, décis. n^o 12-D-12 du 11 mai 2012, *relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l’article L. 430-8 du Code de commerce*, non-publiée au *BOCCRF*, confirmée par CE, 24 juin 2013, *Sté. Colruyt France et Établissements Fr. Colruyt*, n^o 360949.

¹⁶⁹⁰ SCHRAMMECK S., « Le Conseil d’État conforte le pouvoir de sanction de l’Autorité de la concurrence pour défaut de notification d’une opération de concentration », *RLC*, 1^{er} oct. 2013, n^o 37.

¹⁶⁹¹ Allant ainsi dans le sens du Tribunal. Cf. Trib. UE, 12 déc. 2012, *Electrabel*, aff. T-332/09, *Réc. num.*, 2012, 672.

restituant ainsi la complexité qui découle de « *la diversité des objectifs qu'elle poursuit* »¹⁶⁹². C'est sans doute pour cette raison que Bruno Lasserre parlait de « *mariage de raison* »¹⁶⁹³ en évoquant la nécessité de concilier efficacité de la concurrence et protection de l'intérêt général. Au demeurant, seul un effectif pouvoir de sanction peut permettre la sauvegarde de l'ordre public économique quitte à engoncer les acteurs qui refuseraient de s'y conformer. Il en va des attributions et les prérogatives de toute autorité de régulation économique qui se veut efficace dans sa mission et effective dans la protection de l'ordre public. D'autant plus que le Conseil constitutionnel a estimé que la préservation de l'ordre public économique demeure opposable à la liberté d'entreprendre¹⁶⁹⁴ notamment lorsque cette dernière est brandie par un acteur économique pour éviter de se conformer aux injonctions de l'Autorité de la concurrence.

b- Un pouvoir de sanction au service de la protection de l'ordre public économique

907. Si la concurrence est fondée sur un fonctionnement idéal du marché, il ne serait pas étonnant qu'elle soit politiquement, d'un point de vue rousseauiste, liée à l'intérêt général et à sa finalité. C'est pourquoi aller au-delà de la dualité « *efficacité-équité* » en matière de concurrence « *c'est se situer au stade du choix fondateur, de nature politique, pour la collectivité, du mode de relation à instituer entre les agents qui la composent* »¹⁶⁹⁵. Cette logique qui continue de guider les autorités de régulation économique s'inscrit à l'antipode d'une autre conception du marché, laquelle voudrait que « *la logique de l'économie libérale passe par l'élimination des opérateurs les moins performants, [logique dont la mise en œuvre] ne manque pas de créer de nombreux problèmes individuels et sociaux* »¹⁶⁹⁶.

908. Dans la perspective de garantir un libre jeu de la concurrence, ne prendre en compte que l'innovation et la performance des entreprises, en omettant les aspects non-économiques, reviendrait à tuer la concurrence par la concurrence, car les petites entreprises auront du mal à survivre, entraînant avec elles l'éventuel choix des consommateurs. Le régulateur affirme d'ailleurs que « *l'Autorité de la concurrence, et le Conseil avant elle, est chargée de la défense*

¹⁶⁹² MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006. Cf. également MARCOU G., (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2005, 2005, t.1 « Comparaisons et commentaires », 310 p. ; COLSON J.-Ph., IDOUX P., *Droit économique*, 9^e éd., op. cit., p. 463.

¹⁶⁹³ LASSERRE B., « La culture de la concurrence : démonstration par la preuve », *Dalloz*, 2004, p. 714.

¹⁶⁹⁴ Cons. const., décis. du 13 mai 2011, *Sté. Système U central national e. a.*, supra, considérant 5 confirmée par Cons. const., 12 oct. 2012, *Sté. Groupe Canal Plus e. a.*, supra.

¹⁶⁹⁵ VIDAL L., « La concurrence : un paradigme acceptable ? Un paradigme rationnel ? » in BEHAR-TOUCHAIS M., N. CHARBIT, AMARO R. (dir.), *A quoi sert la concurrence ?*, Paris, Concurrences, 2014, p. 98.

¹⁶⁹⁶ FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, op. cit., p. 358. Cf. aussi DE LEYSSAC C. L., PARLEANI G., *Droit du marché*, Paris, Puf, Coll. « Thémis », 2002, p. 124 et s.

de l'ordre public économique »¹⁶⁹⁷. Dans cette affaire, l'ADLC avait considéré que « *la forte volatilité des prix est nuisible à l'efficacité économique du secteur parce qu'elle engendre une incertitude des recettes des éleveurs, ce qui pèse sur la viabilité des entreprises et donc sur l'ordre public économique général* »¹⁶⁹⁸. D'où la nécessité d'une politique de concurrence assez lucide pour concilier performance économique et dynamisme de l'économie. Autrement dit, des monopoles se créeraient et la concurrence aura été à la base de ses propres effets inverses et ses contradictions. C'est pourquoi, comme le soulignent Marie-Anne Frison Roche et Sébastien Bonfils, « *il est courant d'affirmer que le droit de la concurrence protège la concurrence mais pas les concurrents* »¹⁶⁹⁹. Les autorités de concurrence doivent donc disposer de tous les moyens nécessaires à la conciliation de ces objectifs et donc à la préservation de l'ordre public économique. Un réel et effectif pouvoir de sanction demeure l'un des plus audibles et les plus dissuasifs.

c- Un pouvoir de sanction omniprésent mais parcimonieusement appliqué

909. Ce pouvoir de sanction de l'ADLC intervient tout au long de la procédure visant à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Elle peut sanctionner pour la violation de l'obligation de notification¹⁷⁰⁰, mais également pour le non-respect des engagements pris auprès d'elle par les acteurs économiques¹⁷⁰¹. Tout comme elle peut retirer purement et simplement une autorisation de concentration s'il s'avère que les parties ne se conforment pas aux engagements nécessaires à la viabilité de ladite concentration¹⁷⁰². Il ne faudrait cependant pas assimiler l'existence et l'effectivité de ce pouvoir de sanction à un abus d'autorité de la part du régulateur.

¹⁶⁹⁷ Cons. conc., avis n° 98-MC- 08 du 18 sept. 1998, à propos de l'admission des preuves déloyales devant le Conseil de la concurrence, non-publiée au BOCCRF.

¹⁶⁹⁸ ADLC, avis n° 09-A-48 du 2 oct. 2009, relatif au fonctionnement du secteur laitier, non-publiée au BOCCRF.

¹⁶⁹⁹ FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents, op. cit.*, p. 358.

¹⁷⁰⁰ ADLC, décis. du 11 mai 2012, relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce, *supra* ; ADLC, décis. n° 13-D-01 du 31 janv. 2013, relative à la situation des groupes Réunica et Arpège au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce, non-publiée au BOCCRF ; ADLC, décis. n° 13-D-22 du 20 déc. 2013, relative à la situation du groupe Castel au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce, non-publiée au BOCCRF.

¹⁷⁰¹ En l'espèce, le caractère général de la préservation de l'ordre public économique par le respect du droit de la concurrence ressort fortement. Cf. ADLC, décis. n° 12-D-15 du 9 juill. 2012, relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard, non-publiée au BOCCRF ; ADLC, décis. n° 08-D-29 du 3 déc. 2008, relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie, non-publiée au BOCCRF.

¹⁷⁰² ADLC, décis. 12-DCC-100 du 23 juill. 2012, relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et Canal Satellite par Vivendi et Groupe Canal Plus, non-publiée au BOCCRF. Une décision similaire (Cf. ADLC, décis. n° 11-D-12 du 20 sept. 2011, relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, non-publiée au BOCCRF) a été confirmée par le Conseil d'État (Cf. CE, Ass., du 21 déc. 2012 Groupe Canal Plus, *supra.*), lequel avait réduit la sanction pécuniaire de 30 à 27 millions d'€ infligée à Canal mais n'a pas remis en cause la décision du retrait de l'autorisation.

D'où il ressort que l'oreille attentive et l'œil vigilant du juge sont des véritables aspects de légitimation sinon de renforcement de ce pouvoir¹⁷⁰³.

910. Les juridictions scrutent le respect de l'article 6 de la CESDH par l'ADLC dans l'application de son pouvoir de sanction. Ainsi, dans l'arrêt *Campenon Bernard et autres*, la Cour de cassation a pu affirmer que « *la participation du rapporteur au délibéré, même sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil de la Concurrence est saisi, est contraire à l'art. 6-1 CESDH. Il en est de même pour la présence à ce délibéré du rapporteur général, l'instruction du rapporteur étant accomplie sous son contrôle* »¹⁷⁰⁴. Cette jurisprudence, comme ce fut le cas plus récemment de celle de la commission des sanctions de l'AMF, constitua une impulsion pour plus d'indépendance organique au sein du Conseil de concurrence. Elle impulsa en outre et ce en grande partie la loi dite NRE. Le Conseil constitutionnel a pu considérer que « *le pouvoir de l'ADLC de retirer une autorisation de concentration ne porte pas une atteinte manifeste à la liberté d'entreprendre, ni son pouvoir de sanction à la séparation des pouvoirs* »¹⁷⁰⁵, dès lors que les entreprises concernées n'ont pas respecté les obligations assorties de l'autorisation de la concentration et que la mesure répond à l'impératif de la « *préservation de l'ordre public économique* »¹⁷⁰⁶.

d- Vers un élargissement conséquent des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence

911. Si pour de la doctrine, il s'avère que l'ADLC relève plutôt d'une AAI que d'une API et a, par conséquent, une certaine limite dans ses attributions en raison du domaine qu'elle couvre et qu'elle régule ; il n'en demeure pas moins que cette autorité touche des domaines spécialement attribués à d'autres autorités à l'instar de l'ARAFER, du CSA et même de l'AMF. C'est d'ailleurs en cela que réside la fébrilité d'une distinction matérielle entre les AAI des API sur le fondement de l'importance du domaine régulé ou de l'ampleur de celui-ci aux yeux de l'État. Parlant de cette transversalité, certains auteurs évoquent une « *décentralisation* »¹⁷⁰⁷ de l'application du droit français et européen de la concurrence.

¹⁷⁰³ Décret n° 2019-339 du 18 avr. 2019, portant simplification du dossier de notification d'une opération de concentration à l'Autorité de la concurrence, *JORF* n° 0094 du 20 avr. 2019.

¹⁷⁰⁴ Cass. com., 5 oct. 1999, *SNC Campenon Bernard SGE et a. c./ Min. économie*, aff. jntes. n° 97-15617 97-15626 97-15632 97-15673 97-15760 97-15777 97-15805 97-15826 97-15836 97-15852 97-15871 97-15932 97-16004 97-16330.

¹⁷⁰⁵ Cons. const., 12 oct. 2012, *Sté. Groupe Canal Plus e. a.*, Cf. aussi PIAZZON Th., « Des pouvoirs de sanction de l'Autorité de concurrence », *Gazette du Palais*, n°99, avr. 2013.

¹⁷⁰⁶ Cons. const., 13 mai 2011, *Sté. Système U central national e. a.*, *supra*, pt. 5.

¹⁷⁰⁷ MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 29.

912. Sur le plan européen, le législateur ne reste pas indifférent face à la mutation des enjeux d'une concurrence effective. La Directive 2019/1, dont la transposition devrait intervenir au plus tard en février 2021¹⁷⁰⁸, vient donc renforcer les pouvoirs de l'ADLC afin qu'elles soient plus à même de faire face aux violations des règles de concurrence. Parmi les innovations prévues par cette directive il y a la possibilité de rejeter des plaintes que l'Autorité aura considéré comme non prioritaires¹⁷⁰⁹, la capacité d'imposer « *d'office* »¹⁷¹⁰ des mesures correctives de nature structurelle et/ou comportementale, proportionnées à l'infraction commise et nécessaires pour la faire cesser¹⁷¹¹. Il lui sera également possible, concernant la recevabilité des preuves notamment dans le cadre des procédures négociées, de prendre en compte de tout autre élément, « *quel qu'en soit la forme et le support* », permettant de lutter efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles, y compris les preuves dissimulées¹⁷¹². Cette directive est complétée dans ce sens par des objectifs déjà initiés par le Règlement 1/2003¹⁷¹³.

913. La récente refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce va également dans le sens du renforcement du rôle de l'Autorité de la concurrence dans la sauvegarde de l'ordre public économique. L'ADLC ne dispose cependant pas d'un pouvoir réglementaire, d'autorisation ou d'agrément comme c'est le cas pour certaines autorités de régulation¹⁷¹⁴, mais elle met en œuvre son pouvoir d'injonction et de sanction¹⁷¹⁵ qui s'apparente d'ailleurs à une sanction « *quasi-pénale* »¹⁷¹⁶ car soumis aux dispositions de l'article 6 CESDH relatives au procès équitable¹⁷¹⁷.

¹⁷⁰⁸ Directive UE 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, *JOUE*, n° L 11/3 du 14 janv. 2019.

¹⁷⁰⁹ Considérant 23 de la Directive.

¹⁷¹⁰ LOYER-BOUEZ D., « Vers un renforcement des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence », 12 févr. 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.eff.fr/actualites/affaires/concurrence/>. (Consulté le 02/07/2019).

¹⁷¹¹ Considérant 37 de la Directive.

¹⁷¹² Article 32 de la Directive.

¹⁷¹³ Règlement CE 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité devenus articles 101 et 102 du TFUE, *JOCE*, n° L1/1 du 04 janv. 2003.

¹⁷¹⁴ C'est le cas de l'AMF et le CSA en vertu respectivement des articles l' article 22 de l'Ordonnance n°2017-1433 du 4 oct. 2017 inséré à l'article L. 621-7 du Code monétaire et financier, portant pouvoir réglementaire de l'AMF et les articles 16, 54 et 55 de la Loi Léotard n° 86-1067 du 30 sept. 1986, préc.

¹⁷¹⁵ En vertu des dispositions de l'article L. 464-1 et suivants du Code de commerce.

¹⁷¹⁶ CHANTREL E., DE NAVACELLE Ch. (dir.), *L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, sept. 2010, p. 32, disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/104000490.pdf>. (Consulté le 06/08/2017).

¹⁷¹⁷ Cour de Cass., plén., 5 févr. 1999, *COB c./Oury*, n° 97-16.440 ; Cass. com., 5 oct. 1999, *SNC Campenon Bernard SGE et a. c./ Min. économie*, *supra*.

e- Le Titre IV du Livre IV du Code de commerce réformée : lisibilité pour les acteurs économiques et protection de la partie faible

914. S’inscrivant dans une série d’ordonnances portant sur les relations commerciales, suite à l’adoption de la loi dite Egalim¹⁷¹⁸, les règles portant sur la transparence commerciale¹⁷¹⁹ ont été profondément modifiées par l’Ordonnance parue au Journal officiel le 24 avril 2019¹⁷²⁰. Le chapitre II du titre IV auparavant intitulé « *Des pratiques restrictives de concurrence* » est désormais dénommé « *Des pratiques commerciales déloyales entre entreprises* ». Les pratiques restrictives de concurrence sont ramenées à la section I suivie d’une section II intitulée « *Des autres pratiques prohibées* »¹⁷²¹. Le rapport au Président de la République qui accompagne l’Ordonnance indique que le but poursuivi par cette réforme est celui « *de simplifier et de rendre plus intelligible l’environnement légal pour les opérateurs économiques, (...) tout en apportant des modifications à leur champ d’application* »¹⁷²². En effet, le remplacement de la notion de « *partenaire commerciale* » par celle de « *l’autre partie* » n’est pas anodin puisque le déséquilibre significatif et les autres infractions prévues à cet article peuvent être mise en œuvre à l’encontre d’autres parties sans qu’elles soient nécessairement des partenaires commerciaux. Cette nouvelle formulation paraît plus globale et donc plus protectrice de la partie faible du contrat.

¹⁷¹⁸ Loi n° 2018-938 du 30 oct. 2018 pour l’équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, *JORF* n° 0253 du 1^{er} nov. 2018.

¹⁷¹⁹ Comme l’indiquent les sous alinéas 6 et 7 I de l’article 17 de cette loi le but est « de simplifier et de préciser les définitions des pratiques mentionnées à l’article L. 442-6, en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d’action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles », et d’interdire les prix abusivement bas « *en supprimant l’exigence tenant à l’existence d’une situation de crise conjoncturelle* ».

¹⁷²⁰ Ordonnance du 24 avr. 2019, portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, préc. ; Ordonnance prise à la suite de la Directive UE 2019/633 du Parlement et du Conseil du 17 avr. 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d’approvisionnement agricole et alimentaire, *JOUE*, n° L11/3 du 14 janv. 2019.

¹⁷²¹ Les dispositions du fameux article L. 442-6 sont désormais ainsi formulées « *-Est puni d’une amende de 15 000 € le fait par toute personne d’imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d’un produit ou d’un bien, au prix d’une prestation de service ou à une marge commerciale* ». Le déséquilibre significatif, la rupture brutale, même partiellement, des relations commerciales, l’avantage indu sont tous autant désormais mentionnés à l’article L. 442-1.

¹⁷²² Rapport parlementaire au Président de la République, portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, préc.

915. Cette réforme permet en outre de mettre fin à « *l'abus et aux dérives* »¹⁷²³ sur la durée du préavis concernant la rupture des relations commerciales¹⁷²⁴. L'action en nullité des clauses litigieuses auparavant prévue à l'article L. 442-6-III est reprécisée pour, selon le rapport susmentionné, mettre fin à l'ambiguïté qui consistait à laisser entendre que seul le ministre de l'économie et le procureur pouvaient s'en prévaloir. La nouvelle rédaction indique désormais à l'article L. 442-4-I que « *toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi* ». Le législateur précise tout de même que « *seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus* ».

916. Au-delà de cette réforme que certains qualifient de « *refonte d'ampleur et pédagogique* »¹⁷²⁵, il faut souligner l'atout de la clarté et de la simplification qui pourrait être salué par l'Autorité de la concurrence. L'élargissement sinon l'adaptation de la formulation, passant de la notion de « *partenaire commerciale* » à celle de « *l'autre partie* » lui permettra sans doute de mieux préserver l'ordre public économique dès lors que ce dernier se doit non seulement de permettre un épanouissement des acteurs économiques « puissants », mais il se doit tout autant de protéger les parties faibles contre les abus et les rétorsions de ceux-ci à l'égard de ceux-là. Il apparaît que la réforme de l'article L. 442-6 qui devient L. 442-1 répond à une telle parcimonie. Non sans noter l'apport d'une telle modification à la complémentarité entre l'Autorité de la concurrence et la DGCCRF.

¹⁷²³ Cf. VOGEL L., « La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies – Plaidoyer pour une réforme », in ANSAULT J.-J., D'AVOUT L., BINCTIN N. *et al.* (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, XXIII-874 p., spéc. p. 855 et s.; GILE N., « La rupture brutale d'une relation commerciale établie : les dégâts collatéraux causés aux entreprises françaises par une loi dévoyée », *Gazette du Palais*, 19-22 août 2015, n° 23h2, p. 6 et s. Cf. aussi CHAGNY M., « Quelle refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avr. 2019 ? » *Affaires concurrences*, 304. p. 3.

¹⁷²⁴ Pauline Fleury précise que « *dorénavant, l'auteur de la rupture ne peut voir sa responsabilité engagée « du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois* ». Cf. FLEURY P., « L'article L. 442-6 du Code de commerce réformé en profondeur ! », *Actualités du droit*, 02 mai 2019, accessible : <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/affaires/droit-economique/21446/l-article-l-442-6-du-code-de-commerce-reforme-en-profondeur>. (Consulté le 05/06/2019).

¹⁷²⁵ CHAGNY M., « Quelle refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avr. 2019 ? », art. cit., p. 1.

f- La possibilité de l'autosaisine de l'ADLC en vertu de l'article L. 462-5 du Code de commerce

917. Le Conseil d'État a estimé à plusieurs reprises que « *ni la possibilité d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence en tant que telle, ni la circonstance que l'acte d'auto-saisine a été adopté par le président et trois des vice-présidents du collège qui ont ensuite participé au délibéré de la sanction ne constituent des manquements à l'obligation d'impartialité* »¹⁷²⁶. Dans une autre affaire, le Conseil réitère que lorsque l'Autorité sanctionne des acteurs économiques par le retrait d'une autorisation d'acquisition ou de concentration, « *ni les conditions dans lesquelles l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office, ni la circonstance que plusieurs personnes ayant décidé de cette saisine aient participé au délibéré de la décision (...) ne peuvent être regardées comme ayant méconnu le principe d'impartialité rappelé par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹⁷²⁷.

g- Cohabitation entre exorbitance et fonction consultative de l'ADLC

918. La fonction consultative de cette autorité est tout aussi déterminante que celle de son exorbitance dans la mesure où tant de domaines qui *a priori* peuvent paraître loin de la concurrence, nécessitent une analyse concurrentielle. Ainsi, le caractère transversal de l'ADLC se manifeste ainsi de manière concrète¹⁷²⁸. Sa faculté d'émettre des avis est partie intégrante de la kyrielle des mécanismes de la régulation économique. De surcroît, la Loi LME lui permet de s'autosaisir. C'est en quelque sorte l'aboutissement de ce rôle d'antan de la Commission de concurrence qui conseillait le gouvernement en matière de concurrence. L'autosaisine permet en outre de mettre en avant des aspects qui, au regard de l'expertise de l'Autorité de la concurrence, s'avèrent primordiales pour la mise en œuvre et la sauvegarde de la concurrence.

h- Rôle déterminant du ministère public

919. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a également réitéré, dans un arrêt du 28 février 1995 relatif au recours contre les décisions d'ouverture des procédures collectives,

¹⁷²⁶ CE, Ass., 21 déc. 2012, *Groupe Canal Plus*, *supra*.

¹⁷²⁷ *Ibid.*, spécialement le volet portant l'acquisition de TPS et Canalsatellite.

¹⁷²⁸ ADLC, avis du 2 oct. 2009, *relatif au fonctionnement du secteur laitier*, préc. ; ADLC, avis n°10-A-08 du 17 mai 2010, *relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité*, non-publiée au BOCCRF ; ADLC, avis n° 12-A-02 du 17 janv. 2012, *relatif à une demande d'avis de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat concernant le cadre d'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit*, non-publiée au BOCCRF ; ou encore ADLC, avis n°14-A-13 du 17 sept. 2014, *relatif au secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires*, non-publiée au BOCCRF.

que le ministère public « est chargé d'assurer le respect de la légalité et de l'ordre public économique, ce qui justifie qu'il soit investi du pouvoir d'exercer des voies de recours même s'il n'a pas agi comme partie principale »¹⁷²⁹. C'est ce qui ressort de la jurisprudence dont celle de la Téléphonie (2005), du secteur des Lessives (2011), du travail temporaire¹⁷³⁰ (2009), des intrants de la filière chimique (2013), du cartel signalisation routière démantelé (2010), des cartels de restauration des monuments historiques (2011), de l'affaires des chèques¹⁷³¹ (2010), de l'entente entre Orange et SFR (2012), et de l'affaire de la SNCF (2012) pour avoir entravé l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché du fret ferroviaire, ou encore de Sanofi-Aventis pour dénigrement¹⁷³² (2013).

920. Au regard de ce qui précède, il est aisé de noter le caractère exorbitant du pouvoir de l'Autorité de la concurrence, mais il est surtout important de souligner son caractère transversal dans la régulation économique. Son domaine d'intervention, celui de la protection de la concurrence, la place *de facto* à un niveau stratégique dans la protection de l'ordre public économique. La Commission nationale informatique et libertés, pour l'instant considérée comme régulateur sectoriel, est également en passe elle aussi de devenir une autorité transversale en raison de l'implication de tous les acteurs économiques, quoiqu'à de proportions différentes, dans la gestion des données personnelles. L'envergure des compétences et des attributions de la CNIL ne fait que croître.

B- La mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant par la Commission nationale informatique et libertés

921. Considérée comme la toute première AAI créée en France, la CNIL résume à elle seule, à travers son ascension, toute la mutation des enjeux liés aux données personnelles. Initialement créée pour contrecarrer ce que certains désignèrent à l'époque comme la « *chasse aux*

¹⁷²⁹ VAUTROT-SCHWARZ Ch.-A., « L'ordre public économique », in DEBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, op. cit., p. 189.

¹⁷³⁰ « Surprofit de 40 millions d'euros et manque à gagner pour le travailleur lié à l'entente entre les agences 20 millions d'euros ».

¹⁷³¹ « Il avait été estimé que sur chaque centime de commission interbancaire les clients remettants avaient supporté la charge de 220 millions d'euros ».

¹⁷³² Une sanction de 40 millions d'€.

français »¹⁷³³, suite au projet SAFARI¹⁷³⁴ entrepris en 1973 par le ministère de l'intérieur¹⁷³⁵. Ce projet consistait en la création d'une fiche unique des données de chaque citoyen. Il avait pour but de permettre à l'État d'utiliser à bon escient les données de ceux-ci. Mais les détracteurs d'un tel projet gouvernemental craignaient surtout « *que le système de fichage serve d'abord et avant tout à la surveillance des citoyens* »¹⁷³⁶. Alors suite au tollé dans la société, une commission est mise en place pour réfléchir à la protection des citoyens tout en permettant l'usage de ce nouveau moyen qui « *facilite la vie* » : l'informatique¹⁷³⁷.

922. La CNIL naquit donc dans un contexte où « *l'ordinateur était perçu comme un instrument de renforcement de l'efficacité des organisations publiques dans leurs relations avec les administrés* »¹⁷³⁸. Cette conception initiale n'a pas véritablement changé mais elle s'est renforcée et est devenue plus déterminante en ceci que l'ordinateur et son inséparable utilité informatique peuvent tout aussi devenir un instrument d'intrusion dans la vie privée et un mécanisme de collecte de données sans au préalable obtenir le consentement clair, lucide et expressément exprimé des citoyens. La création d'une commission intervint alors mais non sans susciter remous, réserves et critiques, y compris chez les juristes, notamment chez les publicistes qui ne voyaient en elle qu'un simple « *objet juridique non identifié (OJNI)* »¹⁷³⁹. Aujourd'hui, la prolifération des autorités indépendantes de régulation permet de voir que l'OJNI est désormais non seulement identifiable, mais qu'il est surtout devenu un cas d'école.

923. La Commission nationale informatique et libertés, passant de la critique à l'approbation, a fini par s'installer sur un lourd confort de la sollicitation générale. Son rôle s'est

¹⁷³³ Le Monde, « SAFARI et la (nouvelle) chasse au français », 23 déc. 2010, disponible ici : <https://www.lemonde.fr/blog/bugbrother/2010/12/23/safari-et-la-nouvelle-chasse-aux-francais/>. (Consulté le 10/11/2017).

¹⁷³⁴ Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus.

¹⁷³⁵ Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus initié en 1973 sous le gouvernement de Pierre Mesmer.

¹⁷³⁶ Dane de Lyon, « Histoire de la protection des données en France », 27 oct. 2017, 4 p., disponible à l'adresse suivante : <https://dane.ac-lyon.fr/spip/Historique-de-la-protection-des>. (Consulté le 26/11/2017).

¹⁷³⁷ Tout le contraste de ce que peut imposer l'ordre public sanitaire. La CNIL s'est prononcée en faveur de la localisation des personnes éventuellement atteintes du virus. Mais les conditions relatives à la préservation de la vie privée des usages sont strictes. Comme quoi, à tout principe son exception. Cf. CNIL, avis n°2020-056 du 25 mai 2020, portant sur un projet de décret relatif à l'application mobile dénommée « StopCovid », non-publiée au JORF. Cette application sera remplacée dès octobre 2020 par « TousAntiCovid ».

¹⁷³⁸ BRAIBANT G., *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la Directive n° 95/46, mars 1998, p. 1, disponible à l'adresse suivante : <https://www.viepublique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/984000836.pdf>. (Consulté le 28/03/2019).

¹⁷³⁹ LOMBARD M., « La loi informatique et libertés (1978-2004) en questions » in *Informatique : servitudes ou libertés ?*, Colloque organisé par la Commission Nationale de l'Informatique et des libertés (CNIL) et l'Université Paris II Panthéon-Assas II - Sénat - 7 et 8 nov. 2005, accessible : https://www.senat.fr/colloques/colloque_cnil_senat/colloque_cnil_senat.html. (Consulté le 05/01/2017).

concomitamment et considérablement accru au fil des années. Elle en vient même à mettre en œuvre sa faculté de refus de certaines réclamations que lui octroie la loi dans des cas spécifiques. Quand bien même elle ne peut refuser les plaintes des citoyens sans examens préalables, elle dispose, et ce conformément à l'alinéa 2 de l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978, de la faculté, ouverte même sans texte, de rejeter, sous le contrôle du juge, les plaintes dont elle est saisie et qui présentent un caractère abusif¹⁷⁴⁰. En venir à distinguer des plaintes « régulières » des plaintes « abusives » prouve l'accroissement de la sollicitation d'une institution dont la naissance, par « césarienne », connut quelques complications.

924. Afin de mieux comprendre le cheminement d'une autorité d'antan critiquée mais aujourd'hui submergée de sollicitations, il convient de revenir sur les apports de la plus récente de ses réformes, la loi pour une République numérique (1), elle-même impulsée par le règlement européen sur la protection des données (2). Ainsi, sera-t-il plus aisé de comprendre comment s'est opéré un renforcement significatif mais non moins salubre du pouvoir de sanction de la CNIL (3). L'assise d'une telle autorité est loin d'être fortuite eu égard aux enjeux actuels et potentiels du numérique dans la vie quotidienne des citoyens et des acteurs économiques (4).

1- La CNIL renforcée par la Loi République numérique

925. Si l'informatique doit être au service de chaque citoyen, quid de l'effectivité du droit des personnes de décider et de contrôler les usages qui sont faits de leurs données à caractère personnel prévu l'alinéa 2 de l'article 1 de la Loi du 6 janvier 1978¹⁷⁴¹ ? Cette question est d'autant plus importante qu'une analyse empirique peut révéler une réalité mettant plutôt le citoyen au service de l'informatique même si, dans une moindre mesure, l'inverse est aussi vrai. Par l'intermédiaire du régulateur, la loi veille à ce que le numérique n'ait pas d'ascendance sur le citoyen. Le Législateur lui dote ainsi les moyens nécessaires pour y parvenir. L'article 8 de

¹⁷⁴⁰ CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR., 10 avr. 2015, M. C. A., n° 376575, *Comm.* GRAVELEAU Ph., « Traitements de données à caractère personnel : rejet par la CNIL des plaintes abusives », *Gazette du Palais*, n°131, p. 29.

¹⁷⁴¹ La version initiale de l'article premier de cette loi disposait que « l'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». Or, après avoir repris une partie de l'article 1 initial, l'alinéa 2 de l'article 1 dispose que « les droits des personnes de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel les concernant et les obligations incombant aux personnes qui traitent ces données s'exercent dans le cadre du règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016, de la directive UE 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016 et de la présente loi ». Reste à savoir dans quelle mesure et sur quels moyens une telle décision de prise de contrôle de ses données est susceptible de s'opérer.

la Loi du 6 janvier 1978 dispose que la CNIL est une autorité administrative indépendante dont la mission est de veiller à ce que les traitements de données à caractère personnel soient mis en œuvre conformément aux dispositions de la présente loi et aux autres dispositions relatives à la protection des données personnelles prévues par les textes législatifs et réglementaires, le droit de l'Union européenne et les engagements internationaux de la France. Modifiée en 2004, cette loi parle de données à caractère personnel¹⁷⁴², insistant ainsi sur la nécessité de l'ascendance de la liberté individuelle sur le marché des données. Même si une telle formulation ne change pas substantiellement l'esprit de la Loi de 1978, avec l'apport du Règlement 2016/679 et de la Loi République numérique, il s'avère que la protection de la personne et de sa liberté numérique devienne concrètement et significativement se renforcer. Une telle prétention tire sa justification du fait que la société devient, dans toutes ses interactions, de plus en plus fichée et numérisée. L'ARCEP évoquait déjà en 2015, l'importance de transformer les modes d'interventions des AAI dans « *une logique d'État-plateformes* »¹⁷⁴³. L'usage d'une telle notion valise pourrait renvoyer à la nécessité, pour l'État, de répondre aux enjeux du numérique dans la société par une certaine capacité d'anticipation au lieu de continuer à subir l'orientation du numérique dictée en permanence par les géants privés.

926. La loi République numérique, au-delà du concours de circonstance faisant du numérique un enjeu crucial, découle en grande partie des recommandations du Conseil national du numérique¹⁷⁴⁴. Cet organe consultatif composé de bénévoles, nommés par décret ministériel¹⁷⁴⁵, conseille le Gouvernement sur les enjeux du numérique¹⁷⁴⁶. Considérée comme porteuse d'un souffle de transparence, d'ouverture et d'innovation, elle découle d'une consultation lancée par le Gouvernement en 2015. L'ambition initiale du projet de Loi République numérique était élevée. Il incluait tout autant « *la création de nouveaux droits au bénéfice des personnes*

¹⁷⁴² Loi n° 2004-801 du 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* n° 182 du 07 août 2004.

¹⁷⁴³ Cette expression fut mentionnée en juin 2015, lorsque l'Autorité lançait sa revue stratégique nommée « l'ARCEP pivote ». Cf. ARCEP, « Point d'étape sur les douze chantiers de la feuille de route stratégique », 6 juill. 2018, accessible : https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/point-etape-douze-chantiers-feuille-route-strategique-juillet2019.pdf. (Consulté le 03/09/2018).

¹⁷⁴⁴ Décret n° 2011-476 du 29 avr. 2011, portant création du Conseil national du numérique, *JORF* n° 0101 du 30 avr. 2011.

¹⁷⁴⁵ L'organe est composé de bénévoles issus du monde économique (10), du monde académique (10) et du monde de la société civile (10). À ceux-là s'ajoutent, pour former un collège de 34 membres, conformément à l'article 33 de la loi n° 2018-699 du 3 août 2018, visant à garantir la présence des parlementaires dans certains organismes extérieurs au Parlement et à simplifier les modalités de leur nomination, quatre parlementaires dont deux sénateurs et deux députés, *JORF* n° 0179 du 04 août 2018.

¹⁷⁴⁶ Conseil national du numérique (CNNum), *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, Rapport au Premier ministre, juin 2015, 339 p. <https://cnnumerique.fr/nos-travaux/ambition-numerique>. (Consulté le 03/03/2019).

physiques (droits à la portabilité, à la libre disposition de ses données, à l'information sur la durée de conservation des données, et au déréférencement pour les mineurs, création d'une action de groupe en matière de protection des données »¹⁷⁴⁷. Même si l'action de groupe sera adoptée, bien d'autres aspects seront retoqués par le Conseil d'État¹⁷⁴⁸. Cette loi a toutefois consacré les DIG (données d'intérêt général)¹⁷⁴⁹ pour des raisons liées à la transparence et au gain de temps pour les entreprises et Institut nationale de la statistique et des études économiques, (ci-après l'INSEE), dans le cadre de la publication de ses statistiques¹⁷⁵⁰. Elle impose également aux opérateurs de plateforme en ligne, outre la transparence, des obligations de « *loyauté* »¹⁷⁵¹ vis-à-vis à la fois des consommateurs et des acteurs économiques.

927. L'autre innovation majeure de la loi République numérique réside dans la clarification de la destination des données. Les citoyens ont tout le droit d'exiger des gestionnaires des explications sur la finalité des données collectées. La loi va plus loin en exigeant même une protection posthume de leur propriétaire. Ainsi dispose l'article 63 modifiant l'article 40 de la Loi informatique et libertés. Il précise que toute personne peut définir des directives relatives à la conservation, à l'effacement et à la communication de ses données à caractère personnel après son décès. Ces directives peuvent être générales¹⁷⁵² ou particulières¹⁷⁵³ et peuvent en confier l'enregistrement à un tiers de confiance numérique certifié par la CNIL. Ce sera un registre unique dont les modalités et l'accès sont fixés par décret en Conseil d'État, pris après avis motivé et publié de la CNIL. La personne concernée peut tout aussi modifier ces données voire révoquer le tiers de confiance numérique, tout comme il peut, au moment du décès, désigner un tiers pour en prendre connaissance. Les héritiers peuvent aussi s'en prévaloir lorsqu'une

¹⁷⁴⁷ DAUTIEU Th., GABRIÉ É., *Données publiques - Analyse de l'apport de la loi pour une République numérique à la protection des données à caractère personnel (1^{ère} partie). L'ouverture de l'accès aux données publiques et sa conciliation avec la protection des données à caractère personnel*, Communication Commerce électronique, Rapport Déc. 2016, n° 12, étude 22. p. 1.

¹⁷⁴⁸ La raison tient au fait que l'action de groupe ne peut pas être transformée en une sorte chasse aux entreprises. Il fallait donc éviter les dérives éventuelles d'une telle procédure.

¹⁷⁴⁹ Elles concernent notamment les données issues d'une délégation de service public, les données essentielles sur les conventions de subvention ainsi que les données réclamées aux entreprises par l'INSEE.

¹⁷⁵⁰ Article 17 et s. de la Loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique, *JORF* n° 0235 du 08 oct. 2016. Cf. DUCHESNE C., CYTERMANN L., VACHEY L. et al *Rapport relatif aux données d'intérêt général* de l'Inspection des finances, Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, sept. 2015, p. 2, disponible à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/DIG-Rapport-final2015-09.pdf>. (Consulté le 06/03/2017).

¹⁷⁵¹ CHAGNY M., BAUDU I. (dir.), « Obligations propres des opérateurs de plateforme en ligne issues de la loi pour une République numérique », *Lamy droit économique*, 2016, n° 5781, p. 1-2.

¹⁷⁵² Les directives dites générales contiennent l'ensemble des données à caractère personnel se rapportant à la personne concernée et dont il peut confier la gestion à un tiers numérique certifié par la CNIL.

¹⁷⁵³ Les directives particulières sont relatives au traitement des données contenues dans les directives générales et elles nécessitent un consentement spécifique de la personne concernée auprès du tiers numérique gestionnaires desdites données.

personne n'a pas été désignée et « *toute clause contractuelle limitant ces prérogatives est réputée non écrite* »¹⁷⁵⁴.

928. La suppression posthume des données n'est pas la seule hypothèse de leur « disparition ». Le déréférencement s'y consacre également¹⁷⁵⁵. La Cour de justice a indiqué que les gestionnaires des données sont tenus de respecter la demande d'une personne physique tendant à la suppression de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, de liens menant vers des pages web et d'appliquer cette suppression sur toutes les extensions de nom de domaine de son moteur de recherche¹⁷⁵⁶. Une sanction à hauteur de 100 000 euros contre Google en raison de l'absence de réaction de sa part, suite à une mise en demeure de la CNIL, en est une autre illustration¹⁷⁵⁷. Quand bien même certains auteurs ont considéré que cette décision donne « *le sourire* »¹⁷⁵⁸ au regard de la puissance de ce géant et de sa place dans la gestion des données, il n'en reste pas moins qu'elle s'inscrit parfaitement dans l'esprit de la jurisprudence européenne dite *Google Spain*¹⁷⁵⁹.

929. La République numérique a, par ailleurs et de façon singulière, renforcé les attributions de la CNIL en ceci qu'elle réitère l'indépendance de celle-ci vis-à-vis de l'État. Désormais, elle doit être saisie pour avis sur tout projet de loi ou décret relatif à la protection ou au traitement des données personnelles et non uniquement sur les décrets ou projets de loi portant sur la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés. Ceci dénote une « *assise plus étroitement* »¹⁷⁶⁰ significative des compétences de la CNIL dans la protection des données personnelles. L'alinéa 1 de l'article 54 de la Loi République numérique, qui constitue aussi une innovation majeure, dispose que « *toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi* ». Une telle démarcation par rapport à toutes les modifications

¹⁷⁵⁴ DEFRENOIS F., « Les principales mesures de la loi pour une République numérique », *Lextenso*, 24 oct. 2016, n°42, p. 4.

¹⁷⁵⁵ La CNIL définit le droit au déréférencement comme « *le droit pour toute personne de demander, sous certaines conditions, à l'exploitant d'un moteur de recherche de supprimer de sa liste de résultats certains liens la concernant* ». CNIL, *Rapport d'activités, 2016*, p. 95.

¹⁷⁵⁶ CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. c./Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja Gonzalez, supra*. C'est sur le fondement de cet arrêt que la CNIL a sanctionné Google et sur cet arrêt également que le Conseil d'État a posé sa question préjudicielle à la CJUE et suite à la quelle il confirme la sanction infligée par la CNIL. Cf. CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 19 juill. 2017, *Sté. Google Inc.*, n° 399922.

¹⁷⁵⁷ CNIL, décis. n° 2016-054 du 10 mars 2016, *prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X*, non-publiée au *JORF*.

¹⁷⁵⁸ DUFOUR O., « Rapport annuel de la CNIL 2015 : l'année choc ! », *LPA*, 14 avr. 2016, n° 75, p. 4.

¹⁷⁵⁹ CNIL, décis. du 10 mars 2016, *prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X, supra*.

¹⁷⁶⁰ MAISNIER-BOCHÉ L., « Loi « pour une République numérique » : état des lieux en matière de protection des données personnelles », *RLDI*, 1er nov. 2016, n° 131, p. 1 et 2.

successives de la Loi de 1978 lui vaut la qualification « *d'auto-détermination informationnelle* »¹⁷⁶¹. Cette notion, lourd de sens, découle des propositions du Conseil d'État sur le numérique et les droits fondamentaux¹⁷⁶². Au sein de la doctrine, cherche-t-on encore à trouver l'équivalent de *l'empowerment* dont la transposition en français reste diffuse. Aux termes, « *capacitation* », « *autonomisation* », « *mise en pouvoir* » ou encore « *mise en puissance d'agir* », certains estiment que « *empouvoirement* », qui signifie qu' « *il ne suffit pas de conférer de nouveaux droits aux individus, il faut leur donner des pouvoirs, des moyens, des capacités* »¹⁷⁶³, répondrait mieux à l'acquisition par les personnes, en tout cas théoriquement, d'une capacité à « maîtriser » leurs données et si nécessaires, exiger des gestionnaires de les rectifier, de les actualiser voire de les supprimer purement et simplement.

930. Par le biais de cette loi, la personne dont les données sont collectées dispose non seulement du droit à une information renforcée, qui se matérialise par l'obligation de porter à sa connaissance la phase de collecte des données ainsi que la durée de leur conservation conformément à l'article 32 de la Loi informatique, fichiers et libertés¹⁷⁶⁴. C'est le prolongement du droit de maîtrise et de contrôle des données par chaque personne concernée. L'article 39 lui donne en outre la possibilité de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé de ses données. Il ressort également du RGPD, entériné par la Loi République numérique, que les consommateurs sont davantage juridiquement protégés avec notamment « *un droit à la portabilité de leurs données* »¹⁷⁶⁵. La portabilité est la possibilité offerte à une personne de demander au gestionnaire de ses données leur transfert en vue d'un stockage personnalisé. Elle se réalise sous le respect de trois conditions cumulatives. Les données soumises à la portabilité se limitent à celles fournies par la personne. Elles doivent découler de

¹⁷⁶¹ DAUTIEU Th., GABRIE E., « Analyse de l'apport de la loi pour une République numérique à la protection des données à caractère personnel (2e partie). Les droits des personnes et les missions et pouvoirs de la CNIL », *LexisNexis*, janv. 2017, p. 1.

¹⁷⁶² Le Conseil d'État souligne que ce concept dégagé par la Cour constitutionnelle allemande en 1983 « *est à la différence du droit de propriété un droit attaché à la personne, tendant à "garantir en principe la capacité de l'individu à décider de la communication et de l'utilisation de ses données à caractère personnel"* ». Ce droit, reprend le Conseil d'État, ne devrait pas être défini comme un droit supplémentaire s'ajoutant aux autres droits (droit d'information, droit d'accès...), mais comme un principe donnant sens à tous ces droits, ceux-ci devant être interprétés et mis en œuvre à la lumière de cette finalité ». Cf. Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Rapport, préc., p. 26.

¹⁷⁶³ BERTHET C., ZOLYNSKI C., « L''empouvoirement'' des citoyens de la République numérique : regards sur une réforme en construction », *RLDI*, n° 144, 1er janv. 2018, p. 1.

¹⁷⁶⁴ Il faut noter que la conservation des données, y compris par les États, doit respecter la protection des droits et des libertés fondamentaux, y compris dans le cadre de la lutte contre la criminalité ou la sauvegarde de la sécurité nationale. Cf. CJUE, 06 cot. 2020, *La Quadrature du Net c./Premier ministre e. a.*, aff. jntes., C-511/18, C-512/18 et C-520-18, *Réc. num.* 2020, 791.

¹⁷⁶⁵ CHAGNY M., BAUDU I., « La réforme de la loi Informatique et libertés et l'adoption de la loi pour une République numérique », *Lamy Droit économique. Concurrence, Distribution, Consommation*, 2016, n°4675.

fichiers automatisés excluant donc tout format papier. Les deux premières conditions ne doivent pas non plus porter atteinte aux droits d'un tiers.

2- L'apport significatif du Règlement général à la protection des données dans le renforcement des pouvoirs de la CNIL

931. Initialement publié le 4 mai 2016¹⁷⁶⁶ puis rectifié le 23 mai 2016¹⁷⁶⁷, le RGPD est entré en vigueur le 24 mai 2018¹⁷⁶⁸ et est devenu applicable dès le 25 mai 2018. Ce règlement est venu renforcer de façon substantielle les acquis de la Loi informatique, fichiers et libertés¹⁷⁶⁹. Il en consolide les principes, comble les insuffisances et octroie de nouvelles prérogatives. Parmi les acquis, considérés par ailleurs comme d'une « *robustesse intacte* »¹⁷⁷⁰, il y a l'article premier de la Loi de 1978 qui dispose que « *l'informatique doit être au service de chaque citoyen* ». Que le numérique soit au service du citoyen et non l'inverse demeure la plus haute des ambitions de la loi et des règlements européens. Car si jamais le législateur, le régulateur et le juge arrivaient à faiblir au point que le citoyen se retrouve au service exclusif du numérique, il y aurait un énorme risque que le « service » devienne servitude. La liberté, chère à l'être humain, spécialement à l'ère du numérique, ne serait plus que chimère.

932. Désormais, même le principe de l'opposabilité du secret professionnel est limité face au pouvoir d'investigation de la CNIL. En dehors de trois domaines retreints¹⁷⁷¹, le secret professionnel n'est plus opposable aux agents de la CNIL. Tel n'est cependant pas le cas pour les données relatives à la santé. Des auteurs soulignent à cet effet que, « *plus précisément, le secret médical sera opposable s'agissant des informations qui figurent dans un traitement nécessaire aux fins de la médecine préventive, de la recherche médicale, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de service de santé. Toutefois, la communication des données médicales individuelles incluses dans cette catégorie*

¹⁷⁶⁶ Publié au *JOUE*, n° L 119 du 4 mai 2016.

¹⁷⁶⁷ Rectificatif au règlement UE n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données., préc.

¹⁷⁶⁸ *JOUE*, n° L127 2 du 23 mai /2018

¹⁷⁶⁹ Cf. NAFTALSKI V. F., DESGENS-PASANAU G., « Projet de règlement européen sur la protection des données : ce qui va changer pour les professionnels », *RLDI*, mars 2012, n° 2693 ; BOURGEOIS M., MOINE M. « La nouvelle loi informatique et libertés. Une transposition du RGPD ? », *JCP*, 26 juill. 2018, n° 30, 19 p.

¹⁷⁷⁰ MAZARS M.-F. « La CNIL à l'ère du RGPD : la protection des données personnelles renforcée », *Les cahiers sociaux*, n°306, 1^{er} avr. 2018, p. 1.

¹⁷⁷¹ Les trois domaines couverts sont celui existant entre un avocat et son client, celui concernant es sources journalistiques et celui portant sur le secret médical.

de traitement pourra être faite sous l'autorité et en présence d'un médecin »¹⁷⁷². Ce qui laisse tout de même entendre que l'opposabilité des données médicales n'est pas non plus absolue. Elles peuvent donc être communiquées sous certaines conditions dont, entre autres, la présence d'un médecin et sous l'autorité de celui-ci. Mais même dans ce cas le secret professionnel s'impose au médecin.

933. L'alinéa 6 de l'article 8, issu de la Loi n°2018-493 du 20 juin 2018, modifiant la Loi du 6 janvier 1978, va dans le même sens et dispose que les traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé et mis en œuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne à laquelle s'impose, en raison de ses fonctions, l'obligation de secret professionnel prévu par l'article 226-13 du Code pénal. L'enjeu de la protection des données dans le domaine sanitaire s'est avéré être une préoccupation pour le régulateur et ce depuis notamment les années 2000. L'audit réalisé par la CNIL dans ce sens a pu relever que, sur 59 sites d'*e-santé* audités, dans 55 % d'entre eux « *les internautes ne sont donc pas informés de l'utilisation de leurs données* »¹⁷⁷³. La CNIL peut donc autoriser, pour un bref délai, l'utilisation des données de santé mais dans un cadre strictement encadré par la Loi du 6 janvier 1978, précisément, par le III de l'article 8. C'est ainsi qu'elle a, en 2017, délivré pas moins de 817 autorisations¹⁷⁷⁴, chiffres importants mais en nette baisse puisqu'en 2018¹⁷⁷⁵, il y en a eu que 360 autorisations de recherches médicales ou évaluations des pratiques de soins¹⁷⁷⁶.

934. Il y a un renforcement significatif de la responsabilité des gestionnaires des données. L'autre apport majeur RGPD est celui de responsabiliser plus strictement les gestionnaires des données. Désormais, ces derniers « *ne sont plus soumis à un système de formalités préalables mais à un contrôle continu de conformité tout au long de la vie de la donnée* »¹⁷⁷⁷. Avec des sanctions pécuniaires considérablement élevées et, espérons-le, dissuasif. Sous le régime du RGPD, la sanction peut aller jusqu'à 20 millions d'euros et atteindre jusqu'à 4% du chiffre d'affaires de l'entreprise. L'envergure des sanctions pécuniaires dénote l'enjeu pris par les données personnelles, mais elle révèle surtout le pouvoir sous-jacent de la maîtrise des données.

¹⁷⁷² NAFTALSKI V. F., DESGENS-PASANAU G., « Projet de règlement européen sur la protection des données : ce qui va changer pour les professionnels », art. cit., p. 1.

¹⁷⁷³ VULLIET-TAVERNIER S., « La CNIL et la e-santé », *Gazette du palais*, 26 mars 2002, n°085, p. 14.

¹⁷⁷⁴ CNIL, *Rapport d'activité*, 2017, p. 76.

¹⁷⁷⁵ CNIL, *Rapport d'activité*, 2018, Chiffres clés.

¹⁷⁷⁶ Nous imaginons que la donne devrait sensiblement changer après l'avènement de la crise sanitaire.

¹⁷⁷⁷ DUFOUR O., « La Cnil au défi du RGPD », *LPA*, 20 mai 2018, n° 087-088, p. 4.

La Convention 108 qui désigne le gestionnaire des données comme le « *maître du fichier* »¹⁷⁷⁸ semble restituer le mieux leur place dans la société et leur pouvoir sur celle-ci. Cette désignation dénote tout le pouvoir que détiennent les gestionnaires de ces données. D'où l'exigence de la même convention que toute personne puisse pouvoir connaître l'existence d'un fichier automatisé des données à caractère personnel la concernant, ses finalités principales, ainsi que l'identité et la résidence habituelle ou le principal établissement du maître de son fichier¹⁷⁷⁹.

935. Toutes les réformes de la Loi du 6 janvier 1978 réitèrent certes les droits des entreprises gestionnaires des données mais elles consacrent et réaffirment surtout les attributions de la CNIL. Le pouvoir de sanction de cette dernière demeure le domaine qui a connu, à juste titre, le renforcement le plus éloquent. Un tel renforcement prend en compte la place désormais cruciale des acteurs du numérique et la nécessité de leur fixer des limites dans la préservation de la personne humaine contre tout traitement inapproprié et non lucidement consentie de ses données. Il en a résulté le renforcement du pouvoir de sanction et de contrôle du régulateur.

3- Le pouvoir de sanction de la CNIL ou matérialisation de l'exorbitance dans le numérique

936. Le terme « commission » ne doit en rien amenuiser le pouvoir administratif exorbitant de la CNIL. L'article 8 de la Loi 78-17 dispose que « *la Commission nationale de l'informatique et des libertés est une autorité administrative indépendante* ». C'est une autorité indépendante dotée de pouvoirs importants car en sus du pouvoir d'enquête et de mise en demeure, il y a le pouvoir de sanction des responsables qui ne se conforment pas aux dispositions de la loi susmentionnée. Le pouvoir de sanction est dévolu à la CNIL et est appliqué par la Formation restreinte qui, au nom du principe de séparation de l'autorité de poursuite et celle de sanction, se distingue du Collège. L'article 16 de la loi susmentionnée précise que « *la formation restreinte prend les mesures et prononce les sanctions à l'encontre des responsables de traitements ou des sous-traitants qui ne respectent pas les obligations découlant du règlement UE 2016/679 et de la loi du 6 janvier 1978* ». Avec toutes les réformes, de 2004 à la Loi République numérique, on n'est loin de la situation où la CNIL paraissait être le parent pauvre des AAI quant à sa capacité de sanctionner les manquements des gestionnaires des données.

¹⁷⁷⁸ Conseil de l'Europe, Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, n°10 du 28 janv. 1981. Selon le *d* de l'article 2 de ladite convention est considéré comme maître de fichier « *la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui est compétent selon la loi nationale, pour décider quelle sera la finalité du fichier automatisé, quelles catégories de données à caractère personnel doivent être enregistrées et quelles opérations leur seront appliquées* ».

¹⁷⁷⁹ Article 2 et 8 de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

Aujourd'hui, l'exercice d'un véritable pouvoir de sanction, de surcroît renforcé par l'absence de notification préalable pour certaines infractions quoique sous certaines conditions, n'est plus « *une révolution* »¹⁷⁸⁰ pour la première des autorités indépendantes. Il faut cependant souligner que la CNIL, bien que n'étant pas une juridiction au regard du droit interne, demeure soumise au principe d'impartialité tel qu'il résulte de l'article 6 de la CESDH¹⁷⁸¹. D'où l'importance de l'indépendance fonctionnelle de la Formation restreinte vis-à-vis du reste de la CNIL et plus particulièrement du Collège.

937. Le commissaire du Gouvernement peut assister à toutes les délibérations de la CNIL ainsi qu'à la séance de la Formation restreinte. Mais dans le but d'assurer l'indépendance de cet organe, essentiel dans la mise en œuvre du pouvoir de sanction de la CNIL, il ne peut assister à la délibération de celle-ci¹⁷⁸². La Formation restreinte peut, après une procédure contradictoire, conformément à l'article 45 de la Loi de janvier 1978 telle que modifiée par l'article 7 de la Loi du 20 juin 2018¹⁷⁸³, prendre l'une des sanctions suivantes : un avertissement, une sanction pécuniaire, dans les conditions prévues à l'article 47, à l'exception des cas où le traitement est mis en œuvre par l'État ou encore une injonction de cesser le traitement, lorsque celui-ci relève de l'article 22¹⁷⁸⁴, ou un retrait de l'autorisation accordée en application de l'article 25. La sanction revêt un caractère particulier car même un avertissement peut faire l'objet de recours auprès du Conseil d'État¹⁷⁸⁵.

938. La Formation restreinte « *dont ni le président [de la CNIL] ni le rapporteur ne font partie* »¹⁷⁸⁶ exerce avec indépendance le pouvoir de sanction. Afin d'assurer le respect du principe séparant le pouvoir de sanction à celui des enquêtes, la Formation restreinte ne peut participer à l'exercice des attributions résultant des dispositions prévues aux § c, e et f de

¹⁷⁸⁰ DUFOUR O., « L'exercice du pouvoir de sanction est une révolution culturelle pour la CNIL », *LPA*, 29 sept. 2004, n° 195, p. 3. À l'époque la révolution résidait dans le fait que la CNIL pouvait sanctionner à hauteur de 150 000 pouvant aller jusqu'à 300 000 € en cas de récidive. Aujourd'hui, la réforme de la loi de 78 lui permet d'aller jusqu'à 2 millions et 4% du chiffre d'affaires.

¹⁷⁸¹ CE, 9^{ème}/10^{ème}, SSR, 12 mars 2014, *Sté. Pages Jaunes Groupe*, n° 353193.

¹⁷⁸² Article 15 de la Loi du 06 janv. 1978.

¹⁷⁸³ Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018, relative à la protection des données personnelles, *JORF* n° 0141 du 21 juin 2018.

¹⁷⁸⁴ Désormais ces dispositions sont prévues au I de l'article 8 de la loi informatique, fichiers et libertés, qui dispose qu'il « *est interdit de traiter des données à caractère personnel qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique ou de traiter des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique* »

¹⁷⁸⁵ CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 27 juill. 2012, *Sté. AIS 2*, n° 340026.

¹⁷⁸⁶ DAUTIEU Th., « Le pouvoir de mise en demeure des autorités administratives indépendantes : analyses comparées des pratiques du CSA et de la CNIL », *LexisNexis*, Janv. 2015, p. 2.

l'alinéa 2 de l'article 8 de la Loi du 06 janvier 1978. La Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits veille également au respect de certains principes. D'où il ressort, selon le Conseil d'État, qu'un recours arguant que le régime de poursuite et de sanction de la CNIL n'était pas conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution, ne présente pas un caractère sérieux¹⁷⁸⁷. La teneur du pouvoir de sanction tel qu'il est exercé par la Formation restreinte se manifeste aussi dans la révolution qu'a connue la procédure de mise en demeure.

939. Auparavant, la mise en demeure revêtait un « *caractère résolument solennel* » d'autant plus que la « *nécessité de son inscription à l'ordre du jour d'une séance de collège plénier après instruction dans la mesure du possible du dossier en groupe de travail*¹⁷⁸⁸, voire *recueil de l'avis de tiers, son adoption est soumise au vote de l'ensemble des conseillers présents* »¹⁷⁸⁹. La Cour de cassation a pu estimer que, sur le fondement de ce même article 45, la Formation restreinte a valablement pu, sans procéder à une mise en demeure préalable, enclencher une procédure de sanction à l'encontre de la société Optical Center¹⁷⁹⁰. Il résulte en espèce que la défaillance du système de sécurité de la société Optical Center, ayant conduit à un accès à des documents sensibles par des tiers, était telle qu'il ne nécessitait pas une mise en demeure avant de sanctionner l'absence de toutes les précautions utiles à la sécurité des données¹⁷⁹¹. Dans une autre affaire et pour les mêmes motifs, une sanction pécuniaire d'un montant de 250000 euros et une obligation de publication de la décision pendant une durée de 2 ans, ainsi que des injonctions immédiates aux fins de corriger le dysfonctionnement ont été infligées par la CNIL à une entreprise¹⁷⁹². Sanctionner sans mise en demeure « *n'est donc pas de nature comminatoire mais répressive* »¹⁷⁹³.

¹⁷⁸⁷ CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 26 mars 2012, *Sté. Pages Jaunes Groupe, supra*.

¹⁷⁸⁸ CSA, décis. n° 2014-165 du 9 avr. 2014, *fixant le règlement intérieur du Conseil supérieur de l'audiovisuel, JORF* n° 0110 du 13 mai 2014.

¹⁷⁸⁹ DAUTIEU Th., « La proposition de règlement européen en matière de protection des données personnelles et ses conséquences sur la future stratégie de contrôle de la CNIL », *LexisNexis*, déc. 2012, p. 2-3.

¹⁷⁹⁰ CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 17 avr. 2019, *Sté. Optical center*, n°422575.

¹⁷⁹¹ On peut donc en déduire que le caractère urgent justifié par la sensibilité des données peut légitimement conduire la CNIL à faire économie d'une mise en demeure.

¹⁷⁹² Outre la réduction du montant de la sanction à 200 000 €, la Cour confirme le reste de la décision de la CNIL dès lors qu'il était possible d'accéder librement, à partir des " URL " qui lui avaient été transmises, à des factures contenant les données à caractère personnel suivantes: le nom, le prénom, l'adresse postale, la correction ophtalmologique et, pour certaines d'entre elles, la date de naissance des clients ainsi que leur numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques (NIR). Cf. CNIL, décis. n° 2018-002 du 7 mai 2018, *prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Optical center*, non-publiée au *JORF*.

¹⁷⁹³ FRIEDRICH C., « Le pouvoir de sanction de la CNIL issu de la loi pour une République numérique », *LexisNexis*, 29 avr. 2017, n° 17, p. 824.

940. En conséquence, le principe juridique selon lequel toute sanction doit être précédée d'une mise en demeure semble être relégué, sous l'impulsion notamment de la RGPD, au point que les régulateurs peuvent désormais procéder au « *prononcé direct d'une sanction pécuniaire* »¹⁷⁹⁴. On peut y voir un renforcement significatif du pouvoir de sanction de la CNIL. On y voit également et surtout une volonté manifeste du juge, corroborant sur ce point la démarche du régulateur, de renforcer la protection des données personnelles qui ne cessent de devenir sensibles. Une sanction de la CNIL¹⁷⁹⁵, confirmée par le Conseil d'État¹⁷⁹⁶, fondée sur cette nouvelle interprétation a été infligée à l'Association pour le développement des foyers (ADF) pour négligence. Cette dernière résultait d'un défaut de sécurité ayant permis à des tiers non autorisés d'accéder aux données personnelles des personnes sollicitant les services fournis par ladite association.

941. Ce revirement jurisprudentiel est d'autant plus marquant qu'auparavant la CNIL ne pouvait, selon le Conseil d'État, faire usage des pouvoirs de sanction qui lui sont dévolus qu'après avoir mis en demeure le responsable du traitement de respecter les obligations qui lui sont imposées par les textes législatifs et réglementaires¹⁷⁹⁷. Il est toutefois important de noter que la procédure de mise en demeure ne disparaît pas définitivement car il est impératif pour la CNIL de se conformer aux principes relatifs au procès équitable et aux droits de la défense. Cette exception doit donc être le fruit d'une balance entre l'urgence de protéger les données dont l'exposition à la divulgation est suffisamment démontrée et dont la protection s'avère en conséquence indispensable et urgente et le respect de la procédure. L'article 47 de la Loi du 6 janvier 1978 tel qu'il résulte de la modification apportée par l'article 7 de la Loi République

¹⁷⁹⁴ DAUTIEU Th., « La proposition de règlement européen en matière de protection des données personnelles et ses conséquences sur la future stratégie de contrôle de la CNIL », art. cit., p. 2. Il en est ainsi également lorsque l'infraction a cessé ou qu'elle a fait l'objet de régularisation. Cf. CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 17 avr. 2019, *Optical center, supra*.

¹⁷⁹⁵ CNIL, déc. n° SAN-2018-003 du 21 juin 2018, *prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de l'Association pour le Développement des Foyers*, non-publiée au JORF.

¹⁷⁹⁶ Le Conseil d'État souligne notamment qu'il résulte de l'instruction que le manquement constaté par la Formation restreinte de la CNIL consistait en un défaut de sécurité du formulaire en ligne de demande de logement mis à la disposition des bénéficiaires des prestations offertes par l'ADEF, permettant à tout tiers non autorisé d'accéder, au moyen d'une simple modification des liens URL correspondant, aux documents téléchargés par les demandeurs de logement. Il apparaît que ces documents, bulletins de salaires, avis d'imposition, justificatifs d'identité, contiennent des données personnelles. Eu égard à la nature et à la gravité du manquement constaté, il aurait été possible de prévenir, par des mesures simples de sécurité, comme l'occultation des chemins d'accès aux dossiers enregistrés ou l'authentification des utilisateurs du traitement, aux moyens importants dont dispose l'association et au délai avec lequel elle a apporté les mesures correctrices de nature à remédier à ce manquement, que la Formation restreinte de la CNIL n'a pas infligé à l'ADEF une sanction disproportionnée, en prononçant à son encontre une amende d'un montant de 75 000 €. Cf. CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 17 avr. 2019, *Association pour le développement des foyers (ADEF)*, n° 423559.

¹⁷⁹⁷ CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 19 juin 2017, *Sté. Optical Center*, n°396050.

numérique réitère la nécessité de la mise en demeure et du débat contradictoire avant toute sanction. La jurisprudence du Conseil d'État abonde également dans ce sens¹⁷⁹⁸.

942. Ne pas procéder à la mise en demeure peut avoir une triple signification. Il dénote, sans violer l'article 6 de la CESDH, une prééminence de la Formation restreinte sur le Collège lorsqu'il faut infliger une sanction. En période normale, le Collège exerce ses prérogatives, dont les enquêtes et la mise en demeure, avant que la Formation restreinte ne prenne une sanction. Ensuite, l'absence de la mise en demeure montre que la juxtaposition entre la sensibilité des données personnelles et la nécessité de mettre fin de manière urgente à leur atteinte fait l'objet d'une analyse parcimonieuse. La non-généralisation de la mise en demeure sonne comme une renaissance de l'exorbitance. En fin, une telle innovation jurisprudentielle révèle surtout un renforcement significatif du pouvoir de sanction de la CNIL qui est tellement compréhensible que le pouvoir des gestionnaires des données le justifie amplement. Toutefois, dans les cas où elle est requise, il importe peu que la notification d'une mise en demeure soit faite par la CNIL elle-même ou son président¹⁷⁹⁹. Le Conseil d'État a ainsi considéré que le moyen selon lequel une société soutient que seulement la CNIL est compétente pour diligenter une mission de contrôle et non son président n'est pas fondé¹⁸⁰⁰. Si pour certaines autorités, comme le CSA¹⁸⁰¹, la mise en demeure est d'office publique, au sein de la CNIL, elle n'est rendue publique qu'après que le président, responsable de la mise en demeure, ait saisi le bureau. À cette condition doit s'ajouter un manquement grave¹⁸⁰² à la loi sur la protection des données. On peut y voir non seulement une certaine volonté de remédier aux anomalies, sans que les données ne soient exposées à plus de risque, mais aussi la nécessité de régler la situation avec la plus grande discrétion. Auparavant, il fallait à la CNIL, non seulement le respect de la mise en demeure mais également l'obligation d'attendre l'expiration du délai indiqué par celle-ci avant d'envisager une quelconque sanction. Le Conseil d'État estime que l'autorité investie du pouvoir de sanction doit donc apprécier, à la date à laquelle ce délai a expiré, si la personne à l'encontre de laquelle la mise en demeure a été prononcée s'y est, en tout ou partie,

¹⁷⁹⁸ CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 17 avr. 2019, *Association pour le développement des foyers (ADEF)*, supra.

¹⁷⁹⁹ Puisque l'article 20 de la Loi informatique, fichiers et libertés dispose que « le président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut avertir un responsable de traitement ou son sous-traitant du fait que les opérations de traitement envisagées sont susceptibles de violer les dispositions du règlement UE 2016/679 du 27 avr. 2016 ou de la présente loi ».

¹⁸⁰⁰ CE, Juge des référés, 19 févr. 2008, *Profil France*, n°311974.

¹⁸⁰¹ CSA, décis. n° 2018-493 du 28 juin 2018, portant mise en demeure de la société *RT France*, *JORF* n° 0141 du 21 juin 2018.

¹⁸⁰² CNIL, décis. n° 2012-013, 17 janv. 2012, *rendant publique la mise en demeure n° 2011-037 du 22 déc. 2011, prise à l'encontre de l'Office public de l'habitat Paris*, non-publiée au *JORF*.

conformée¹⁸⁰³. Une sanction complémentaire de la CNIL doit obéir aux mêmes principes que la sanction principale et toute diffusion de la sanction « *sans borne temporelle* »¹⁸⁰⁴ doit être regardée comme excessive. De la même manière, une sanction complémentaire de publication d'une décision de sanction, alors même que la loi ne le prévoit pas expressément, se trouve nécessairement soumise au principe de proportionnalité, temporelle notamment¹⁸⁰⁵. Le Conseil d'État indique que la CNIL demeure, conformément à l'article 17 de la Loi du 06 janvier 1978, seule compétente pour réexaminer les sanctions qu'elle a prononcées¹⁸⁰⁶.

943. Si la CNIL n'est pas une autorité répressive comme le sont ses homologues italienne et espagnole, car 90% de ses dossiers sont classés après régularisation suite à une mise en demeure, elle dispose néanmoins d'un procédé efficace que constitue le contrôle sur place. À titre d'exemple, et en conformité avec l'article 44 de la Loi du 6 janvier 1978, « *sur les vingt sanctions prononcées par la CNIL en 2011, dix-sept d'entre elles l'ont été sur la base de manquements constatés lors de contrôles sur place* »¹⁸⁰⁷. L'argument des gestionnaires selon lequel ces visites sur place ou ces enquêtes peuvent, d'un point de vue concurrentiel, leur être préjudiciable, est à prendre avec précaution car tous les acteurs ne sont pas forcément aussi vertueux qu'ils le clament.

944. Il faut sans conteste entériner que « *la protection des données devient elle-même un domaine de concurrence* »¹⁸⁰⁸. Toute la lucidité consiste donc, pour l'autorité régulatrice, à tout faire pour que cette concurrence ne s'exerce pas au détriment de la protection et du respect de la vie privée des citoyens suite à une manipulation de leurs données. Il a été souligné que « *le souci d'entretenir la concurrence entre les acteurs des marchés de l'économie numérique ne peut légitimer que ceux-ci soient affranchis du respect des règles de la protection des données ou même que ne soient pas pris en compte les effets d'une opération concurrentielle en termes*

¹⁸⁰³ CE, 19 juin 2017, *Sté. Optical Center*, *supra*.

¹⁸⁰⁴ C. E, 28 sept. 2016, *Théâtre national de Bretagne*, n° 38 9448. Commenté par ROUAULT M.-C., « Sanction de publication d'une sanction de la Cnil : soumission au principe de proportionnalité », *LPA*, 27 janv. 2017, n° 020, p. 12. Cf. aussi GRAVELEAU Ph., « Sanction complémentaire de publication d'une décision de la CNIL : principe de proportionnalité », *Gazette du Palais*, 11 oct. 2016, n°35, p. 40.

¹⁸⁰⁵ CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 28 sept. 2016, *Théâtre national de Bretagne*, n° 389448 ; CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 17 avr. 2019, *Association pour le développement des foyers (ADEF)*, *supra*.

¹⁸⁰⁶ CE, 11 mars 2015, *Sté. E*, n° 372884.

¹⁸⁰⁷ CNIL, décis. du 17 janv. 2012, *rendant publique la mise en demeure n° 2011-037 du 22 déc. 2011, prise à l'encontre de l'Office public de l'habitat Paris*, *supra*.

¹⁸⁰⁸ FALQUE-PIERROTIN I., « La concurrence sur internet, jusqu'où ? La question des données personnelles », in BEHAR-TOUCHAIS M., CHABART N., AMARO R. (dir.), *A quoi sert la concurrence ?*, Paris, Concurrences, 2014, p. 496.

de protection et d'accès aux données personnelles »¹⁸⁰⁹. Le traitement des données peut parfois faire l'objet d'une certaine collusion entre les gestionnaires de celles-ci. Il faut entendre par collusion, le transfert, la circulation ou l'échange dolosifs des données entre gestionnaires. Dans cette hypothèse si tant est qu'une telle soit légale et consentie, la jurisprudence prône sa prohibition¹⁸¹⁰.

945. Il serait improductif et contraire à la liberté d'entreprendre d'interdire toute concurrence dans la gestion des données par les acteurs privés. Une telle hypothèse étoufferait « *la créativité humaine* », même si cette dernière « *alliée aux compétences technologiques de la génération Y, mènerait en effet les utilisateurs à des voies de contournement, au développement des services parallèles, comme ceux de la communauté Tor (...)* Cette tendance assécherait la source des données jusqu'à mettre en péril les modèles économiques existants »¹⁸¹¹. D'où la nécessité impérieuse qu'elle puisse s'effectuer sous un certain contrôle. À ce titre, Isabelle Falque-Pierrotin souligne avec justesse que « *les autorités de protection des données doivent s'interroger sur l'impact concurrentielle de leur action (car autrement), elles pourraient pénaliser les acteurs nationaux au détriment de leurs concurrents d'autres régions du monde qui ne seraient pas tenues par des exigences similaires. C'est le « Level playing field » car « il faut que les entreprises trouvent le même niveau de compétitivité avec leurs concurrents étrangers dans le cadre de la mondialisation* »¹⁸¹². Les données revêtent un intérêt particulièrement croissant pour la régulation, notamment lorsque la concurrence s'y invite. Les implications humaines, économiques et mêmes spéculatives des données personnelles exigent un renforcement conséquent du pouvoir du régulateur pour que les premières ne soient sacrifiées ni au profit de la seule préoccupation économique encore moins soumises à la spéculation. On sait déjà qu'il y a un grand risque de connivence entre gestionnaires des données personnelles et entreprises d'assurances que le droit a du mal à encadrer efficacement. Alors qu'en serait-il lorsque Google et Facebook, pour ne citer que ces deux-là, se disputeront la possession des plus grandes réserves et stocks de données personnelles ?

946. Si la CNIL s'en sort de plus en plus renforcée par ces réformes, il n'en reste pas moins que les droits fondamentaux des responsables de la gestion des données doivent être protégés.

¹⁸⁰⁹ FALQUE-PIERROTIN I., « La concurrence sur internet, jusqu'où ? La question des données personnelles », art. cit., p.947.

¹⁸¹⁰ CE, 10^{ème} /9^{ème} SSR, 12 mars 2014, *Sté. Foncia Groupe*, n° 354629.

¹⁸¹¹ FALQUE-PIERROTIN I., « La concurrence sur internet, jusqu'où ? La question des données personnelles », art. cit., p. 498.

¹⁸¹² *Ibid.*, p. 499.

La notion de « *fait générateur* »¹⁸¹³ raisonne avec un écho particulier dans ce sens et la jurisprudence y tient avec rigueur. Les motifs d'un fait générateur ne doivent pas découler d'informations volées¹⁸¹⁴ et doivent s'opérer en vertu des conditions encadrant le droit d'accès aux locaux de l'entreprise¹⁸¹⁵. Le pouvoir de sanction et de contrôle de la CNIL s'effectue sous un effectif contrôle du juge¹⁸¹⁶. Lorsque les agents de la CNIL ou des personnes par elle mandatées opèrent un contrôle dans des locaux servant à la mise en œuvre et au traitement des données à caractère personnel, le procureur territorialement compétent en est informé, au plus tard 24 heures avant le contrôle. Néanmoins, si l'information a été communiquée à 15 heures pour un contrôle qui a débuté le lendemain à 9 heures 15, soit dans un délai inférieur à celui de 24 heures, cette circonstance, dont il n'est pas établi ni même soutenu qu'en raison de la brièveté de ces délais, aurait fait obstacle à l'exercice par le procureur de ses pouvoirs, et par suite à priver la requérante d'une des garanties légales dont elle pouvait se prévaloir, n'est pas de nature à affecter la légalité de la décision attaquée.

947. L'autre enjeu des données réside aussi dans leur double usage, positif ou négatif, sur le terrain du droit du travail. Les données personnelles qui sont collectées dans le cadre du travail doivent également respecter les exigences de la loi informatique fichiers et libertés. Conformément à ce qu'a souligné le Conseil d'État, l'utilisation de la biométrie aux fins de contrôle des horaires comme un moyen disproportionné d'atteindre cette finalité n'est pas admise¹⁸¹⁷. Il n'en reste pas moins que l'employeur qui y fait recours, qu'il soit privé ou public, se doit de se conformer à l'autorisation unique n° 7 du 27 avril 2006¹⁸¹⁸. Pour la jurisprudence, l'utilisation d'un système de contrôle biométrique du temps de présence des agents autorisée antérieurement, n'est pas telle qu'elle constituerait un motif légitime de s'opposer à ce que des données à caractère personnel les concernant fassent l'objet d'un traitement¹⁸¹⁹.

¹⁸¹³ Donnant la possibilité à la CNIL d'effectuer des visites ou de contrôler sur place ai à a condition non seulement que les manquements soient fondés sur des motifs raisonnables, mais aussi et surtout la procédure permettant d'ouvrir la procédure soit loyale.

¹⁸¹⁴ Cass. com., 31 janv. 2012, n° 11-13.097, *Directeur général des finances publiques c./ Simon* : JurisData n° 2012-001415.

¹⁸¹⁵ CE, 6 nov. 2009, *Sté. Interconfort*, n° 304300 ; CE, 6 nov. 2009, *Sté. Pro Décor*, n° 304301.

¹⁸¹⁶ GRAVELEAU Ph., « Traitement de données à caractère personnel : pouvoir de contrôle de la CNIL », *Gazette du Palais*, 27 mars 2014, n° 86, p. 1.

¹⁸¹⁷ CNIL, décis. n° 2012-322 du 20 sept. 2012, *portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès ainsi que la restauration sur les lieux de travail*, non-publiée au *JORF*.

¹⁸¹⁸ CNIL, décis. n° 2006-102 du 27 avr. 2006, *portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale exclusivement enregistrée sur un support individuel détenu par la personne concernée et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail*, *JORF* n° 138 du 16 juin 2006.

¹⁸¹⁹ CAA, Versailles, 5^{ème} ch., 15 mars 2018, n° 17VE00247.

948. Si l'article 2 de la Loi de 1978 rappelle que constitue un fichier de données à caractère personnel tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique, il s'avère que des entreprises nationales et européennes font parties des gestionnaires importants des données sur le marché. La lucidité exigerait donc du régulateur qu'il ne soit pas un frein, une source de faiblesse et un facteur pénalisant pour les acteurs régulés dans la compétition mondiale. C'est toute la nuance qu'on cherche à démontrer dans la complexité de ce qu'est le rôle régulateur. Car l'on ne peut pas non plus se permettre de constituer une épée de Damoclès pour les entreprises nationales et européennes de sorte qu'elles ne puissent pas s'épanouir et faire face à la concurrence mondiale¹⁸²⁰. Ce serait une sorte de suicide. Ni les entreprises, ni les consommateurs et encore moins l'État n'ont intérêt à ce qu'une telle éventualité se produise. Étant une autorité indispensable, au regard de la place qu'occupent les données personnelles dans la société, la CNIL devrait aller plus loin, en approfondissant son pouvoir de contrôle *ex ante* de contrôle de conformité. Renforcer ses organes en instituant une séparation organique en plus de la séparation fonctionnelle¹⁸²¹. Les pouvoirs d'une telle instance, séparée organiquement du Collège, devraient être étendus au-delà des compétences actuelles de la Formation restreinte.

4- Le renforcement des pouvoirs du CNIL justifié par les enjeux liés à la protection des données à caractère personnel

949. Si dans les années 90 et relativement jusque dans les années 2000, « *il n'y avait rien dans la loi de 1978* »¹⁸²² qui prenait en compte les enjeux de la mondialisation des données personnelles, la Directive 95/46/CE fut un début de réponse à cette inquiétude. Ses articles 25 et 26 indiquaient notamment l'interdiction de transférer des données hors des États membres de la Communauté sans vérifier le caractère « *adéquat* » de la protection de celles-ci. C'est

¹⁸²⁰ La CNIL a, en l'espèce, prononcé une sanction pécuniaire de 150 000 € à l'encontre de Google Inc. qui a fait appel de cette décision. Cf. CNIL, décis. n° 2013-420 du 3 janv. 2014, *prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google Inc.*, non-publée au *JORF*. La délibération de la CNIL a pour origine la décision de Google de fusionner en une seule politique les différentes règles de confidentialité applicables à une soixantaine de ses services.

¹⁸²¹ LIEBER S.-J., BOTTEGHI D., « Les pouvoirs de la CNIL et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2010.

¹⁸²² HUET J., « Exposé introductif : Le cadre juridique est-il adapté aux enjeux contemporains ? » in *Informatique : servitude ou libertés ?*, Colloque organisé par la CNIL et l'Université Paris II Panthéon-Assas – Sénat, 7 et 8 nov. 2005, 135 p., spéc. p. 43.

désormais chose faite avec le concours de la loi dite République numérique¹⁸²³ et du RGPD¹⁸²⁴ qui remplace la directive susmentionnée¹⁸²⁵. Au regard des chiffres de la CNIL on constate que ce transfert connaît une nette progression. Ce qui pousse les pays ayant une protection dite « adéquate » à renforcer la protection des données personnelles dans le sillage de la mondialisation numérique¹⁸²⁶. Les responsables du traitement des données ne peuvent en conséquence les transférer dans un État non membre de l'Union que sous le respect des conditions prévues par les articles 112 et suivants de la Loi de 1978. Il doit en résulter le caractère nécessaire de ce transfert lui-même conditionné par une protection adéquate desdites données dans ce pays tiers.

950. Partant, l'enjeu est de pouvoir conformer tout traitement d'un fichier qui entre dans le cadre de cette loi aux dispositions de l'article 3, notamment en son alinéa 1 qui dispose que les données doivent être « *traitées de manière licite, loyale et, pour les traitements relevant du titre II, transparente au regard de la personne concernée* ». L'alinéa 2 ajoute qu'elles doivent être « *collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités* ». C'est dans la vérification de l'effectivité du caractère loyal, légitime, licite¹⁸²⁷ et conforme aux finalités consenties par la personne concernée de leur traitement que réside toute la complexité du rôle des autorités de régulation comme la CNIL.

951. Considéré comme un potentiel et un gain de temps suffisamment important pour les entreprises et une facilité pour les individus, ce « *bien non viral* »¹⁸²⁸ que constituent les données personnelles ne manque pas de révéler un enjeu considérable. L'article 7 du Règlement 2016/679 pose les conditions de la licéité du traitement des données à caractère personnel.

¹⁸²³ Cf. § 921 et s., *supra*.

¹⁸²⁴ Règlement du Parlement Européen et du Conseil du 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), préc.

¹⁸²⁵ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹⁸²⁶ Rien qu'en 2017, la CNIL a autorisé le transfert de pas moins de 2 964 dossiers hors Union européenne. Néanmoins, cette autorisation est en nette baisse en 2018 avec seulement 3 22 en 2018.

¹⁸²⁷ La licéité s'apprécie selon les conditions prévues par l'article 5 de la Loi Informatique, fichiers et libertés ainsi qu'aux dispositions de l'alinéa 11 de l'article 4 et de l'article 7 du Règlement 2016/679, relatif au traitement des données caractère personnel, abrogeant la Directive 95/46 portant règlement général de la protection des données. Il en découle le consentement (libre, spécifique, univoque et éclairé) de la personne dont les données sont traitées, la nécessité de ce traitement, la possibilité de les modifier, actualiser voire même les supprimer. La seule exception sera celle de leur traitement conforme à un intérêt public. Même dans cette hypothèse aucun abus n'est tolérable.

¹⁸²⁸ DUCHESNE C., CYTERMANN L., VACHEY L. *et al.*, *Rapport relatif aux données d'intérêt général* de l'Inspection des finances, Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, sept. 2015, préc., p. 2.

Celle-ci est soumise au consentement de la personne concernée. La forme de ce consentement doit se manifester, indique l’alinéa 2 de l’article 7, « *sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples* ». À ce niveau, les législations ainsi que le régulateur devraient évoluer vers un système plus adapté. Car il y a un grand doute quant à l’effectivité d’un consentement réduit à l’acquiescement fait aux témoins de connexions appelés cookies. Le caractère succinct, clair et plus précis du consentement devrait faire l’objet d’une obligation pour les gestionnaires des données à caractère personnel, de sorte que les personnes puissent être en mesure, de façon plus adaptée, sinon plus simple, de savoir ce à quoi elles consentent.

952. C’est sans doute au nom des enjeux liés à la mondialisation que la loi République numérique et le Règlement européen¹⁸²⁹, ont considérablement renforcé les pouvoirs de la CNIL. Face à l’audacieuse, mais non moins pertinente, qualification, faite par ceux qui évoquent « *une révolution numérique* »¹⁸³⁰, un clin d’œil à la révolution culturelle, il était indispensable d’adapter la législation aux nouveaux enjeux que génèrent les données et leur gestion. D’autant plus que les acteurs économiques gèrent aujourd’hui plus données que les États. La jurisprudence semble déjà ouvrir la réflexion. Elle considère que le simple clic ou l’utilisation des témoins de connexion répondant aux caractéristiques définies au II de l’article 32 de la Loi du 6 janvier 1978 constitue un traitement des données qui doit, de ce fait, respecter les prescriptions de l’article 6¹⁸³¹ de cette même loi¹⁸³². Dans ce même arrêt, les juges considèrent les éditeurs responsables des cookies qu’ils déposent, au même titre que leurs sous-traitants le cas échéant, comme des responsables du traitement des données protégées par cette loi. Dans son rapport annuel de 2016, la CNIL formulait des recommandations pour une réforme de la Loi de 1978 afin qu’elle soit à hauteur des enjeux du numérique¹⁸³³.

¹⁸²⁹ UE, Règlement n° 2016/679, 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE : JOUE n° L 119, 4 mai 2016, p. 1.

¹⁸³⁰ OBERDORFF H., « La République numérique : un nouvel espace pour de nouveaux droits ? », *RDP*, 1er, mai 2018, n°3, p. 665.

¹⁸³¹ L’alinéa 1 de l’article 6 de la Loi du 06 janv. 1978 dispose, soulevant ainsi toute la sensibilité du traitement illégal des données, qu’il « *est interdit de traiter des données à caractère personnel qui révèlent la prétendue origine raciale ou l’origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l’appartenance syndicale d’une personne physique ou de traiter des données génétiques, des données biométriques aux fins d’identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l’orientation sexuelle d’une personne physique* ».

¹⁸³² CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 06 juin 2018, *Sté. Editions Croque Futur*, n°412589.

¹⁸³³ CNIL, *Rapport d’activité, Protéger les données personnelles, Accompagner l’innovation, Préserver les libertés individuelles*, Rapport d’activité 2019, La Documentation française, déc. 2019, 116 p.

953. Les citoyens ont tendance à oublier si ce n'est déjà le cas, que l'État peut aussi se servir des données personnelles à des fins de surveillance tellement la place de géants privés dans la gestion des données est devenue trop importante pour ne pas dire surdimensionnée. On est passé de la protection des données contre les éventuels abus de l'État à la nécessité de leur protection par l'État face aux gestionnaires privés. L'ampleur et l'inquiétude qui entourent le monopole de l'exploitation des données par des entreprises privées fait passer l'éventualité que l'État exploite abusivement celles-ci au second plan. Pourtant, la CNIL fut initialement créée pour cela¹⁸³⁴. La précision apportée par l'article 49 de la Loi République numérique, modifiant l'article 111-7 du Code de consommation qui définit les plateformes laisse pourtant comprendre que l'État est aussi un gestionnaire des données. Ledit article dispose qu'il « *est qualifié d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne* ». Donc la protection des données procède d'une certaine universalité car l'utilisation légitime des données prime sur la nature du gestionnaire¹⁸³⁵. L'État n'est pas du reste.

954. Il existe des dérogations légitimes à la protection stricte des données. Il s'agit principalement des questions d'intérêt public ou celles résultant de l'anonymisation des données pour un bref délai et dans le respect de la Loi du 6 janvier 1978. C'est ainsi qu'il a été considéré que les délibérations par lesquelles la CNIL, sur le fondement des dispositions du III de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978¹⁸³⁶, peut déroger à l'interdiction de principe posée au I du même article, compte tenu de leurs finalités, sont soumises à certaines catégories de traitement de données sensibles¹⁸³⁷. En l'espèce, la finalité était celle de la réalisation d'études épidémiologiques à partir des données issues des feuilles de soins électroniques anonymisées pour un bref délai¹⁸³⁸. Une telle décision demeure néanmoins soumise à l'obligation de motivation en vertu de l'article 2 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979. C'est dans le même sens que le ministère de l'enseignement supérieur a été mise en demeure afin de se conformer à la Loi du 6 janvier 78 dans le cadre du traitement des données qu'il recueille par le biais de la

¹⁸³⁴ L'introduction de ce travail, spéc. « Genèse de la CNIL ».

¹⁸³⁵ L'exemple de la Chine constitue un cas certes très improbable mais la vigilance des autorités de régulation ne doit pas pour autant être en berne dans les pays dits démocratiques.

¹⁸³⁶ L'article 8 de la Loi du 6 janv. 1978 dispose que « *de même, ne sont pas soumis à l'interdiction prévue au I les traitements, automatisés ou non, justifiés par l'intérêt public et autorisés dans les conditions prévues au II de l'article 26* ».

¹⁸³⁷ CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 26 avr. 2014, *Sté. IMS Health*, n° 354903.

¹⁸³⁸ Cf. GRAVELEAU Ph., « Motivation obligatoire de la délibération de la CNIL autorisant la mise en œuvre de traitements des données à caractère personnel », *Gazette du Palais*, n°163, 12 juin 2014, p. 29.

procédure dite post bac¹⁸³⁹. Les articles 31 et 32 définissent d'ailleurs les conditions dans lesquelles, prises par décret du Conseil d'État, et après avis motivé et publié de la CNIL, l'utilisation des données au compte de l'État est possible. Les traitements des données à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique et historique ou à des fins statistiques obéissent aux mêmes conditions, tel que cela est prévu par les dispositions de l'article 78 et suivant de la loi susmentionnée.

955. Le principe de la gestion des données pose que leur protection s'éteint par le décès¹⁸⁴⁰. Toutefois, il peut y avoir des « exceptions »¹⁸⁴¹ comme celui permettant aux successeurs ou à d'autres, par le biais d'un testament, de faire suivre de la gestion des données. L'article 84 indique ainsi que les droits mentionnés au chapitre relatif à la protection des données s'éteignent au décès de la personne concernée. Sauf en cas de directives, générales et/ou particulières, les concernant tel que cela est prévu par l'article 85. Ce dernier indique qu'il peut s'agir d'un tiers de confiance ou à défaut les héritiers. Cependant, mentionne l'article 86, les données d'une personne décédée peuvent faire l'objet d'un traitement à des fins de recherche, d'étude ou d'évaluation dans le domaine de la santé, sauf si l'intéressé a, de son vivant, exprimé son refus par écrit. L'enjeu fondamental est celui, sans nul doute, de la protection de l'humain à son vivant mais aussi à titre posthume.

956. Il n'est pas nécessaire de s'étaler sur les enjeux liés à la vidéosurveillance. La CNIL fournit dans ce domaine un travail colossal pour que les acteurs qui y opèrent se conforment au respect de la vie privée et notamment le consentement ou du moins l'information des personnes surveillées. L'intrusion de la surveillance dans les immeubles ou au travail¹⁸⁴² ainsi que le cas

¹⁸³⁹ La délégation désignée par la CNIL avait constaté quelques irrégularités. Elle constate notamment qu'aucune information relative au traitement de données à caractère personnel n'est présente sur le formulaire APB disponible sur le site <http://www.admission-postbac.fr>. Elle a en outre constaté que l'information relative notamment aux destinataires des données ne figure pas dans les mentions légales du site internet. Aussi, la convention conclue entre le ministère de l'Éducation Nationale et l'Institut national polytechnique de Toulouse ne prévoit pas de clauses relatives à la sécurité et à la confidentialité des données. Également, aucune information relative notamment à l'identité du responsable du traitement, à la finalité poursuivie par le traitement et aux droits dont disposent les personnes en vertu de la Loi Informatique et Libertés n'est fournie sur le formulaire. Cf. CNIL, décis. n° MED-2017-053 du 30 août 2017, *mettant en demeure le ministère de l'Enseignement Supérieur, de la Recherche et de l'Innovation*, non-publée au *JORF*.

¹⁸⁴⁰ CE, 8 juin 2016, *Mme B... D... et MM. C...et A...D*, n° 386525.

¹⁸⁴¹ DOUVILLE Th., « Amélioration de la protection des personnes en ligne par la loi pour une République numérique », *L'essentiel du droit de la famille et des personnes*, 30 nov. 2016, n°10, p. 2.

¹⁸⁴² Depuis 2010 les chiffres sur la vidéosurveillance ne font que grimper. Rien qu'en « 2011 plus de 360 relatives plaintes dont (60 %) concerne la vidéosurveillance au travail ». Cf. DUFOUR O., « La CNIL s'empare de la vidéosurveillance », *LPA*, 27 juin 2012, n° 128, p. 3. Cf. aussi les recommandations de la CNIL faites en 2018 pour le respect de la vie privée dans la surveillance des immeubles par caméra: CNIL, *Protéger les données personnelles, Accompagner l'innovation, Préserver les libertés individuelles*, Rapport d'activité, La

des drones¹⁸⁴³ seront, sans nul doute, les questions que doivent s'approprier le régulateur afin de protéger l'intimité des personnes dans notre environnement où rien ne semble échapper à la numérisation et où la confidentialité semble de plus en plus menacée. La CNIL s'ouvre également à l'international dès lors que les données se présentent par définition comme a-territoriales. Le I article 26 de la Loi Informatique, fichiers et libertés indique que « *les traitements relevant du titre III font l'objet d'une coopération entre la Commission nationale de l'informatique et des libertés et les autorités de contrôle des autres États membres de l'Union européenne dans les conditions prévues au présent article* ». Dans ce sens le rôle joué par le groupe G29, organe réunissant les autorités nationales de régulation du numérique, demeure d'une importance capitale non seulement pour le transfert des données vers des États tiers mais également pour les échanges d'informations entre autorités de régulation.

C- Le pouvoir administratif exorbitant de la Commission de régulation de l'énergie

957. Aborder le pouvoir administratif exorbitant tel qu'il est exercé par la Commission de régulation de l'énergie (ci-après CRE) nécessite une triple analyse. D'abord par ce que l'énergie est aujourd'hui soumise à la concurrence tout en demeurant un service public. La conciliation de ces deux impératifs fait de la régulation de l'énergie et donc du rôle de la CRE une fonction particulière (**1**). Ensuite, le rôle joué par la CRE dans la régulation est si spécifique qu'on lui a expressément attribué, ce qui n'est pas le cas de toutes les AAI, la compétence de règlement des différends, restituant ainsi toute la singularité de la régulation de l'électricité et du gaz (**2**). En fin, en véritable autorité de régulation indépendante, la CRE concilie parfaitement ce rôle de règlement des différends et son pouvoir administratif exorbitant (**3**). Ce dernier se matérialise, dans ce secteur à la fois sensible et singulier, par des astreintes, des mises en demeure et même des sanctions.

1- Singularité de la régulation d'un service public soumis à la compétitivité économique

958. La régulation du secteur de l'énergie a ceci de particulier qu'elle concerne un aspect somme toute particulier d'une certaine idée du service public. Même si cette singularité n'a pas

Documentation française, 2018, 104 p., disponible à l'adresse suivante : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil-39e_rapport_annuel_2018.pdf. (Consulté le 15/02/2019).

¹⁸⁴³ Qui donnent une toute autre lecture de la protection du caractère privatif des domiciles et des locaux des entreprises.

pu résister au vent de libéralisation qui souffle sur les autres secteurs économiques (a), il n'en reste pas moins qu'il aura fallu la combinaison de deux facteurs déterminants pour parvenir à libéraliser ce secteur. D'une part, le droit communautaire a dû jouer un singulier rôle d'impulsion (b) et d'autre part, sur le plan interne, l'Autorité de la concurrence, renforcée dans ce sens par le Conseil constitutionnel, y a fortement participé (c). La convergence de l'ensemble de ces facteurs aboutira à ce qu'il convient d'appeler la libéralisation à la française (d), laquelle n'hésite désormais plus à s'inspirer d'autres modèles (e). Mettre en œuvre une telle libéralisation repose sur les épaules de l'Autorité de régulation de l'énergie qui dispose d'un pouvoir règlementaire supplétif (f) et fonctionne en vertu de certains principes dont il convient de souligner le caractère cardinal (g).

a-Singularité d'un secteur public soumis à la libéralisation

959. L'emprise de l'analyse économique sur la conception des notions autrefois caractéristiques inséparables de la structure étatique a abouti à une redéfinition ou du moins à une adaptation de celles-ci aux réalités juridico-économiques de la mondialisation d'un libéralisme triomphant. Le service public est l'une des notions essentielles qui caractérisent le fonctionnement de l'administration. Certains auteurs vont d'ailleurs jusqu'à considérer que le service public est une « *partie intégrante de la culture française* »¹⁸⁴⁴. Toutefois, à la rencontre du libéralisme dominant, avec le quasi triomphe de l'économie du droit sur le droit économique, les choses se sont bouleversés et ce, en dépit des nobles résistances juridiques, politiques et philosophiques. Un auteur a pu souligner que « *le service public n'est donc certainement plus ce qu'il fut ou ce que l'on aurait voulu qu'il soit et sa mort éventuelle, proviendrait d'une dénaturation, d'une dilution ou d'une disparition de ce qui faisait sa spécificité* »¹⁸⁴⁵. L'époque d'aujourd'hui est à la conciliation des concepts opposés voire radicalement antagonistes. C'est ce qui au demeurant rend plus complexe voire impossible, et bien heureusement encore, la dilution totale de la notion de service public dans le libéralisme sans limites¹⁸⁴⁶.

960. La tendance de l'économie mondiale, combinée à la sensibilité du droit communautaire ainsi qu'à la nécessité de dépasser ne serait-ce que partiellement certaines conceptions, ont conduit à l'ouverture à la concurrence qui ne tarda pas à frapper aux portes de la France et sa conception si particulière du service public et le monopole étatique de certaines activités

¹⁸⁴⁴ BOROTRA F., *Faut-il défendre le service public ?*, A. N., 1995, issu du Rapport n°2260, 121 p. ; STIRN B., « La conception française du service public », *CJEG*, 1993, p. 299.

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹⁸⁴⁶ Cf. SIFFERT A., *Libéralisme et service public*, thèse, Université du Havre, 2015, 452 p.

économiques. Cette vague d'ouverture à la concurrence était telle que l'État se devait de réagir pour au moins dompter cette poussée concurrentialiste jusque dans les derniers retranchements de son identité à l'instar du caractère public du service de l'électricité. C'est de cette nécessité d'ouverture que découle alors la loi du 10 février 2000¹⁸⁴⁷ portant modernisation et développement du service public de l'électricité, qui en organise les modalités et institue par la même occasion la CRE. L'ouverture signifie concrètement que les « *réseaux de distribution deviennent des infrastructures dont l'accès doit être assuré dans les mêmes conditions que dans le transport* »¹⁸⁴⁸. En d'autres termes, les monopoles de production et de distribution de gaz et surtout de l'électricité seront abolis. Le but invoqué est celui de l'efficacité dans la fourniture de ces deux services au profit des citoyens, devenus consommateurs et clients.

961. La Loi du 10 février 2000 prévoit également l'organisation et le fonctionnement de la CRE et lui confie notamment la supervision et la conduite de ladite ouverture à la concurrence. Son article 4-2 dispose que « *chaque fournisseur d'électricité contribue, en fonction des caractéristiques de consommation de ses clients, en puissance et en énergie, sur le territoire métropolitain continental, à la sécurité d'approvisionnement en électricité* ». L'enjeu est bien celui de concilier l'ouverture à la concurrence et la sécurité d'approvisionnement. Dans ce secteur où « *les plus vulnérables doivent être protégés* »¹⁸⁴⁹, la loi va plus loin en le qualifiant de service de « *première nécessité* »¹⁸⁵⁰. Elle donne néanmoins une place singulière à l'ouverture à la concurrence en ouvrant des « *lignes directes d'électricité* »¹⁸⁵¹ qui permettent aux consommateurs d'être directement approvisionnés par les producteurs de l'énergie. Cette possibilité de refuser l'accès au réseau demeure tout de même un contournement basé sur l'exception car le principe est désormais l'ouverture des infrastructures ou facilités essentielles aux distributeurs autres que les monopoles traditionnels. Cet accès direct, le cas échéant, répond entre autres à la continuité du service public de l'électricité et permet donc aux opérateurs de

¹⁸⁴⁷ Loi n° 2000-108 du 10 févr. 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité. *JORF* n°35 du 11 févr. 2000.

¹⁸⁴⁸ CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité. Concurrence et accès aux réseaux*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 196.

¹⁸⁴⁹ CHABBERT C., VIDAL L., « Préface », in LE BRAS B., *La tarification différenciée de l'électricité*, L'Harmattan, coll. « Sorbonne-Défense », 2015, p. p. 12.

¹⁸⁵⁰ Initialement prévu par l'article 4 de la Loi du 10 févr. 2000, modifié par l'article 5 de l'Ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 et inséré à l'alinéa 4 de l'article L. 121-1 du Code l'énergie, pour matérialiser le droit de tous à l'électricité, produit de première nécessité ; le service public de l'électricité est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité et dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité, de coûts, de prix et d'efficacité économique, sociale et énergétique. Cf. Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011, portant codification de la partie législative du Code de l'énergie, *JORF* n° 0108 du 10 mai 2011

¹⁸⁵¹ CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité, op. cit.*, p. 339.

« *construire une ligne directe entre eux* »¹⁸⁵² et de s'approvisionner directement en l'absence de toute sous-traitance ou d'intermédiaire. Il faut noter que l'ouverture à la concurrence se focalise notamment sur les aspects de la distribution dans la mesure où tous les distributeurs n'ont pas, comme peut l'avoir EDF, opérateur historique, des infrastructures essentielles. Dès les prémisses de l'ouverture à la concurrence, il s'est avéré que « *la libéralisation des activités de production est une tâche réalisable, [alors que] celle des activités de transport et de distribution est plus complexe. Cette complexité est liée à la nature des réseaux électriques et commande au préalable de les définir afin de conclure qu'avec le déclassement des activités électriques, il est possible d'étudier leur régime juridique de manière autonome par rapport à d'autres activités électriques* »¹⁸⁵³. Désormais, le nouveau rôle de la CRE « *ne consisterait qu'à assurer un équilibre économique à travers l'imposition de 'règles du jeu'* »¹⁸⁵⁴. On passe donc, et ce en vertu de ce qu'est devenu le rôle restrictif de la première institution garante du service public, de l'État producteur à l'État régulateur de l'énergie.

962. L'alinéa 1 de l'article 121-1 du Code de l'énergie, tel qu'il résulte de l'Ordonnance du 9 mai 2011¹⁸⁵⁵, dispose que « *le service public de l'électricité a pour objet de garantir, dans le respect de l'intérêt général, l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national* ». Mais l'alinéa 2 du même article ajoute aussitôt que la maîtrise de la demande d'énergie, la compétitivité de l'activité économique et la maîtrise des choix technologiques d'avenir comme l'utilisation rationnelle de l'énergie doivent être assurées. Il en découle la conciliation entre l'objectif de la compétitivité économique et celui des principes généraux de tout service public, à savoir l'égalité et la continuité¹⁸⁵⁶, auxquelles vient s'ajouter le principe d'adaptabilité¹⁸⁵⁷. En France, ces principes bénéficient d'une assise jurisprudentielle très solide. Le principe de continuité du service public est consacré comme principe de droit par le Conseil d'État¹⁸⁵⁸ et considéré par les sages de Montpensier comme principe doté de valeur

¹⁸⁵² *Ibid.*, p. 355.

¹⁸⁵³ *Ibid.*, p. 26.

¹⁸⁵⁴ KURLAT AIMAR J. S., *Les autorités de régulation des services publics en réseaux. Une étude comparée : Argentine, France*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 39.

¹⁸⁵⁵ Ordonnance du 9 mai 2011, portant codification de la partie législative du Code de l'énergie, préc.

¹⁸⁵⁶ C'est au nom de ce principe que le Conseil d'État a pu décider que les instances dirigeantes ont la possibilité de recourir à la réquisition dans le silence de la loi et d'imposer un service minimum s'imposant à l'établissement public en toutes circonstances. Cf. CE, sect. du contentieux, 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière* et *Hotz*, n° 123912.

¹⁸⁵⁷ CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, n° 94511.

¹⁸⁵⁸ CE, Ass., 7 juill. 1950, *Dehaene*, n° 01645.

constitutionnelle¹⁸⁵⁹ avant d'être érigé en principe fondamental par la Haute juridiction administrative. Il est en conséquence impossible d'envisager une quelconque ouverture à la concurrence sans leur consécration ou du moins l'adaptation de la concurrence à leur esprit. S'agissant du principe d'égalité, il implique l'égal accès de tous à l'énergie et selon la situation de chacun. Toutefois, comme l'indique Martine Lombard, « *l'égalité d'accès au service public en droit français n'a jamais impliqué la gratuité* »¹⁸⁶⁰. Comme pour indiquer que le service public de l'électricité n'est pas un service comme un autre.

963. Intervenue avec un peu de retard, comparativement à d'autres pays membres, la Loi du 10 février 2000, bien qu'opérant « *une transformation plus formelle que réelle sur de nombreux points* », demeure tout de même, rassure un auteur, « *la plus grande réforme intervenue dans ce secteur depuis la nationalisation de 1946* »¹⁸⁶¹. Afin d'aider ces fournisseurs à remplir une telle mission, cette réforme confia alors à la CRE la mission non seulement de régulation et de règlements des différends mais également celle de sanction en cas de manquement à la loi dont les dispositions sont insérées dans le Code de l'énergie. Elle lui assigne la mission de veiller, comme l'indique l'article L. 131-1 de ce code, « *au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel au bénéfice des consommateurs finals et en cohérence avec les objectifs de la politique énergétique* ». En d'autres termes, comme le souligne le président de la CRE, Jean-François Carencio, le rôle du régulateur est « *de s'assurer que les gestionnaires de réseaux remplissent ces missions essentielles dans les meilleures conditions de coût et de qualité de service* »¹⁸⁶². On assiste donc à une ouverture à la concurrence étroitement mais raisonnablement surveillé par les pouvoirs publics. Une telle surveillance se justifie par la nature d'un service qui doit concilier efficacité et effectivité. Elle se justifie aussi par sa corrélation avec ce qu'on pourrait appeler la souveraineté énergétique. Cette souveraineté que l'on ne peut, en tout cas jusqu'à présent, sacrifier au profit de n'importe quel autre objectif, fut-il la construction de marché européen de l'énergie.

964. Par ailleurs, le titre IV du Code de l'énergie prévoit, par le biais de son article L. 141-1, que la programmation pluriannuelle de l'énergie, fixée par décret, établit les priorités d'action

¹⁸⁵⁹ Cons. const., décis. n° 79-105 DC du 25 juill. 1979, portant sur la Loi modifiant les dispositions de la Loi n° 74-696 du 7 août 1974, relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail (*Droit de grève à la radio et à la télévision*), *JORF* n° 0186 du 8 août 1974.

¹⁸⁶⁰ LOMBARD M., « Service postal communautaire », *AJDA*, sept. 1998, p. 718.

¹⁸⁶¹ COURIVAUD H., « La loi n° 2000-108 du 10 févr. 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité : Réalise-t-elle aussi une libéralisation conforme aux objectifs de la directive - électricité du 19 déc. 1996 ? », *JCP E*, 29 juin 2000, n° 26, p. 1029.

¹⁸⁶² CARENCO J.-F., « Bilan de 10 ans du tarif régulation applicable aux opérateurs d'infrastructures régulées en France » CRE, propos instructifs, 14 févr. 2019.

des pouvoirs publics pour la gestion de l'ensemble des formes d'énergie sur le territoire métropolitain continental, afin d'atteindre les objectifs de la politique énergétique conformément aux articles L. 100-1¹⁸⁶³ et L. 100-4¹⁸⁶⁴. L'énergie occupe une place si singulière dans la vie de la société et elle demeure un des facteurs les plus significatifs de la souveraineté. C'est sans doute pour cette raison que, contrairement aux autres domaines régulés, sa libéralisation s'est faite dans des conditions assez complexes et sous une forte pression du droit communautaire.

b- Le rôle d'impulsion du droit de l'Union européenne dans la libéralisation du secteur de l'énergie

965. Dans le but de finaliser l'intégration du marché européen, conformément aux articles 114 et 194 TFUE, le législateur européen n'a eu, depuis 1996, de cesse d'intervenir en se servant de directives et de règlements pour accompagner, inciter voire impulser au sein des États membres la libéralisation, bien que progressive du secteur dont le but ultime est de parvenir à la mise en œuvre de l'Union de l'énergie. La succession des directives européennes depuis la fin années 80 a permis de faire sauter le verrou des monopoles publics¹⁸⁶⁵ pour une libéralisation du secteur de l'énergie dans les États membres. La France fut particulièrement sous « *haute pression* »¹⁸⁶⁶, entraînant une « *véritable confrontation* »¹⁸⁶⁷ entre sa position et celle des instances européennes, soucieuses du parachèvement du marché intérieur de l'énergie. Quand bien même « *il est encore aujourd'hui illusoire de construire des dispositifs globalement européens* »¹⁸⁶⁸, il ne faudrait pas oublier que l'intégration européenne dans le domaine

¹⁸⁶³ L'article L. 1006-1, tel qu'il découle de la Loi n°2015-992 du 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte, *JORF* n° 189 du 18 août 2015, prévoit plusieurs objectifs de la politique énergétique tels que, entre autre, la compétitivité économique, l'énergie verte, réduction de l'usage du carbone, réduction de la dépendance extérieur en matière d'énergie, protéger la santé humaine, maîtriser la dépense énergétique des consommateurs.

¹⁸⁶⁴ Cet article, résultant aussi de la modification apportée par la loi relative à la transition écologique, fixe des objectifs ambitieux quant à la politique énergétique nationale dont la réduction de la consommation de gaz à effet de serre (40% entre 1990-2050) et de réduire la consommation énergétique finale de 50% en 2050 par rapport aux références de 2012.

¹⁸⁶⁵ Ces monopoles sont entérinés par la Loi n° 46-628 du 8 avr. 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *JORF* n°0084 du 09 avr. 1946.

¹⁸⁶⁶ BLOTTIN B., *Concurrence, régulation et énergie. Rôles des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle*, Bruxelles, Bruylant, 2016, Bruxelles, p. 118.

¹⁸⁶⁷ CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸⁶⁸ VIDAL L., « Une politique européenne de l'énergie pour une société plus décentralisée », in Colloque Europa : *Quelle(s) politique(s) de l'énergie en Europe pour quel modèle de société ?*, Présentation de la table ronde n° 2, Limoges, 24 nov. 2017, accessible : <https://www.europaong.org/actions/colloques-europa/2017-quelles-politiques-de-lenergie-en-europe-pour-quel-modele-de-societe/>. (Consulté le 19/03/2018). Le lien entre collectivités locales et énergies est d'autant plus étroit qu'en France « *ce sont les communes, notamment pour les besoins de l'éclairage public, qui ont été à l'origine de l'édification des réseaux locaux de distribution d'électricité* », compétence consacrée par le décret du 15 mai 1888 concernant les installations de conducteurs

énergétique remonte à 1951 avec la Communauté européenne du charbon et de l'acier (ci-après CECA)¹⁸⁶⁹.

966. Le Service d'intérêt économique général que prônait le droit communautaire n'avait pas convaincu les uns et les autres. Face aux critiques, la Commission publie, en mai 2003, un livre vert portant sur les Services d'intérêt général, services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public. Mais une partie de la doctrine française a, suite à l'adoption du livre blanc du 12 mai 2004, résultant d'une consultation publique, sans qu'il y ait véritable précision sur la définition de la SIG, considéré qu'il s'agit là d'une « *nouvelle illustration du manque d'intérêt des institutions communautaires* »¹⁸⁷⁰ à l'endroit du service public, tel qu'il est notamment perçu en France. Encore faudrait-il rappeler que l'acteur historique de l'électricité en France, EDF, était avant la libéralisation, sous le monopole de l'État. D'ailleurs l'ouverture à la concurrence n'a pas sensiblement modifié cette donnée. D'abord parce que la part de l'État dans le capital d'EDF reste encore trop élevée¹⁸⁷¹. Ensuite cette part est renforcée par l'existence des tarifs règlementés¹⁸⁷². On peut toutefois comprendre le caractère prégnant de la participation de l'État dans ce secteur. Il pourrait se justifier par la nature même de ce service, contrairement à d'autres domaines comme le ferroviaire ou la télécommunication, l'énergie semble demeurer un service public universel, certes ouvert à la concurrence, mais un service public avant tout. Cependant, même si la concurrence semble être le meilleur chemin vers l'efficacité du marché, dans les domaines dits « *défaillants* »¹⁸⁷³, à l'instar de celui de l'énergie, l'absence totale de l'État ne peut se concevoir que par sa présence, fusse-t-elle timorée.

électriques destinés au transport de la force ou à la production de la lumière, avant que la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie ne consacre la compétence communale en matière de distribution publique d'électricité, tout en encadrant la délivrance des concessions ». Cf. BODA J.-S., « Concessions de distribution publique d'électricité », *Jurisclasseur administratif*, 10 févr. 2017, n°511-10, p. 3.

¹⁸⁶⁹ Traité signé à Paris le 18 avr. 1951 instituant Communauté européenne sur le charbon et l'acier.

¹⁸⁷⁰ TOURBE M., « Service public versus service universel : une controverse infondée ? », *Presses de Sciences Po, Critique internationale*, mars 2004, n° 24, p. 21.

¹⁸⁷¹ Selon une infographie réalisée au 31 déc. 2018 par EDF, l'État est actionnaire majoritaire avec 83,7% sans oublier que 13,1% sont détenus par d'autres actionnaires institutionnels. <https://www.edf.fr/groupe-edf/espaces-dedies/investisseurs-actionnaires/l-action-edf/structure-du-capital>. (Consulté le 20/01/2019).

¹⁸⁷² Les tarifs règlementés ne sont pas non plus les moyens les plus favorables à la concurrence. Raison pour laquelle, la Commission européenne a, dans un communiqué de presse, souligné que « *ces tarifs artificiellement bas semblent procurer un avantage économique important à certaines entreprises et entraîner des distorsions de concurrence sur le marché unique de l'Union européenne* ». Communiqué de presse : Aides d'État : la Commission étend son enquête sur les tarifs règlementés de l'électricité en France, n° IP/09/376, Bruxelles, 10 mars 2009.

¹⁸⁷³ ANGELIER J.-P., « Electricité et gaz naturel : du monopole public à la concurrence réglementée. Une perspective historique » ; HAL, 2005, p. 8.

967. En conséquence, dès lors que l'ouverture à la concurrence est devenue la règle dans presque tous les domaines, il était difficile que le secteur de l'énergie puisse y échapper. La France est restée attachée à sa philosophie économique si singulière et si synthétique qui la caractérise. Elle semble ne pas se résigner à l'affirmation de Keynes selon laquelle « *nous sommes tous esclaves de quelques obscurs économistes* »¹⁸⁷⁴. La philosophie économique française semble y opposer un autre argument en estimant que quitte à être esclave de quelques obscurs économistes, mieux vaut l'être en gardant ses spécificités qu'en cédant aux sirènes suivistes d'une libéralisation à outrance. Les questions énergétiques demeurent en tous les cas liées à « *l'action des pouvoirs publics (...) même dans les pays les plus libérales* »¹⁸⁷⁵. Encore était-il temps que la France prenne en compte la mutation au regard de laquelle « *l'intérêt général concurrentiel s'est substitué à l'intérêt général d'une économie dirigée* »¹⁸⁷⁶ et ce, en dépit de l'existence voire de la résistance d'un « *terreau régalien* »¹⁸⁷⁷ dont l'indépendance énergétique est partie intégrante. La conception du service public telle qu'elle est dégagée par Duguit en 1928 et selon laquelle un acteur privé ne peut pas complètement assurer un service public¹⁸⁷⁸ semble encore produire ses effets tant est si bien que ses défenseurs ne semblent rien abandonner au profit du totalement libéral. Cette façon de voir le rôle et la place du service public constitue par ailleurs une conception assez partagée par le « service public à la française », si tant est qu'il en existe une.

968. La Commission européenne, ne se résignant pas « *devant la complexité de la tâche* »¹⁸⁷⁹, parvient tant bien que mal à inciter sinon imposer la libéralisation du secteur, tout en tenant compte de la spécificité des États membres dans leur conception du service public. La libéralisation du secteur de l'énergie résulte donc d'une longue, complexe et inachevée conciliation entre d'une part, la volonté européenne d'aller plus vite et parachever le marché intégré et d'autre part, la volonté des États membres d'y aller mais avec un rythme qui leur convient. Ce dernier leur est souvent dicté par l'appréhension d'être dépossédés d'une partie de

¹⁸⁷⁴ STOFFAËS Ch., « Servie publics : de la pratique à la théorie », in MARTINAND C., LORENZI J.-H., *La régulation des services publics. Concilier équité et efficacité*, ESKA, Paris, 1995, p. 7.

¹⁸⁷⁵ ANGELIER J.-P., « Electricité et gaz naturel : du monopole public à la concurrence réglementée. Une perspective historique », *HAL*, 2005, p. 4.

¹⁸⁷⁶ CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie du marché*, thèse, Université de Montpellier 1, 2004, Dalloz 2006, p. 733.

¹⁸⁷⁷ MASSOT J., « Les fondements des pouvoirs régaliens de l'État sur les marchés », in *La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché*, Colloque de l'Association Droit et Démocratie, LPA, 17 sept. 2001, n° 185, p. 6.

¹⁸⁷⁸ FLACHER D., « Ouverture à concurrence et service universel : avancées ou reculs du service public », *La Découverte Regards croisés sur l'économie*, févr. 2007, n°2, p. 76 à 85, spéc. p. 78 ; GUINARD D., « Réflexions actuelles sur la notion de service public », *Regards croisés sur l'économie*, févr. 2007, n° 2, p. 36-43.

¹⁸⁷⁹ CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité*, op. cit., p. 31.

leur souveraineté énergétique. Ceci explique certainement la lenteur avec laquelle la libéralisation totale de l'énergie tarde à s'effectuer. Les textes européens ont donc dû insister sur l'absence de préjudice sur le service public en cas de la libéralisation du secteur de l'énergie. La Directive 96/92/CE portant marché intérieur de l'électricité précise que « *les entreprises du secteur de l'électricité doivent pouvoir agir, sans préjudice du respect des obligations de service public, dans la perspective d'un marché de l'électricité qui soit concurrentiel et compétitif* »¹⁸⁸⁰. La France non plus n'avait pas à prôner indéfiniment le statu quo dès lors que confondre la « *prudence avec une stratégie défensive* »¹⁸⁸¹ aurait été contreproductif en ce sens que cela aurait privé les entreprises françaises du profit résultant de l'ouverture du marché européen de l'énergie. Même si certains n'hésitent pas à voir dans la régulation de l'énergie axée sur la libéralisation comme une « *transition [qui] vise à conduire ces marchés à la pleine concurrence et à l'application du droit commun de la concurrence* »¹⁸⁸². Il était donc important aux yeux du législateur français d'avoir des garanties que l'ouverture à la concurrence n'est pas synonyme de l'abandon du secteur à une concurrence absolue¹⁸⁸³.

969. Mais l'opiniâtreté et la persévérance du droit communautaire finirent par payer. Le triomphe du libéralisme aidant « *la théorie de la régulation a pris le pas sur la théorie du monopole naturel* »¹⁸⁸⁴. Le droit communautaire y a joué un rôle déterminant car la Commission est allée jusqu'à brandir ce qui semblait être une mise en demeure contre les États réticents¹⁸⁸⁵. La Directive 90/377/CEE¹⁸⁸⁶, considérée comme « *premier acte communautaire ouvrant la*

¹⁸⁸⁰ Considérant 9 de la Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 déc. 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *JOCE* n° L 27/20 du 30 janv. 1997.

¹⁸⁸¹ PONCELET Ch., REVOL H. (dir.), *Le marché européen de l'énergie. Enjeux et conséquences de l'ouverture*, Colloque, Sénat, 20 juin 2001, p. 7.

¹⁸⁸² L'auteur explique notamment que l'originalité du secteur énergétique réside dans le fait que « *C'est, d'abord, une industrie de réseaux physiques, reposant sur des infrastructures essentielles qui sont des monopoles naturels non duplicables, naguère exploités par des opérateurs historiques, aujourd'hui par des sociétés juridiquement distinctes mais dont ces opérateurs conservent l'essentiel du capital. Malgré l'ouverture des marchés, le réseau demeure unique, d'où, pour celui qui le détient, un pouvoir et des contraintes, telle l'obligation pour le gestionnaire de réseau, aujourd'hui filiale de l'opérateur historique et propriétaire du réseau de transport de gaz ou d'électricité, de l'ouvrir aux producteurs et aux vendeurs pour en permettre la livraison aux acheteurs à des conditions équitables, non discriminatoires et transparentes* ». Cf. RIFFAULT-SILK J., « La régulation de l'énergie : bilan et réformes », *RIDE*, janv. 2011, p. 5 -41, spéc. p. 10.

¹⁸⁸³ Marie-Anne Frison-Roche abonde dans le même sens en soulignant l'importance d'endiguer les risques juridiques notamment liées à la libéralisation de ce type de marché. Elle affirme que « *le risque juridique global pose le principe de gouvernement du système de la régulation du marché ouvert -et non abandonné- à la concurrence* ». Cf. FRISON-ROCHE M.-A., « Risque et opportunité d'un marché ouvert », cité par PONCELET Ch., REVOL H., *Le marché européen de l'énergie. Enjeux et conséquences de l'ouverture*, op. cit., p. 18.

¹⁸⁸⁴ STOFFAËS C., « Servie publics : de la pratique à la théorie », art. cit., p. 10.

¹⁸⁸⁵ CEE, *La Commission attaque les États membres n'ayant pas ouvert correctement leurs marchés de l'énergie*, Communiqué de presse n° IP/06/430, Bruxelles, 4 avr. 2006. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_06_430. (Consulté le 15/03/2018).

¹⁸⁸⁶ Directive 90/377/CEE du Conseil du 29 juin 1990 instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité, *JOCE*, n° L185/16 du 17 juill. 1990.

voie au processus de libéralisation »¹⁸⁸⁷, a au moins le mérite d'avoir ouvert la porte à tous les paquets européens portant sur l'énergie intervenus par la suite¹⁸⁸⁸. Au fond, cette convergence vers l'ouverture à la concurrence du secteur de gaz et de l'électricité avait pour but de « permettre une rationalisation de l'offre et de la demande énergétique sur le marché intérieur européen et donc une meilleure allocation des ressources énergétiques »¹⁸⁸⁹. D'autant plus que, du côté de l'Union européenne, on considère que le service public est celui pour lequel l'ouverture à la concurrence a été initié car répondant plus efficacement aux besoins des consommateurs. En ce sens, le service public, dans toute sa diversité¹⁸⁹⁰, « est perçu comme un facteur essentiel dans les processus d'ouverture de secteurs traditionnellement

¹⁸⁸⁷ BLOTTIN B., *Concurrence, régulation et énergie. Rôles des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle*, op. cit., p. 65.

¹⁸⁸⁸ **Le premier paquet énergie regroupe** : Directive du Parlement européen et du Conseil du 19 déc. 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, préc. ; Directive n° 98/30/CE, du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *JOCE*, n° L 204 du 21 juill. 1998. **Le deuxième paquet regroupe** : Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, concernant les opérations de déclassement et de gestion des déchets, *JOUE*, n° L176 du 15 juill. 2003, Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *JOUE*, n° L176 du 15 juill. 2003. **Le troisième paquet regroupe** : Directive CE du Parlement et du Conseil du 13 juill. 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la Directive 2003/54/CE, préc. ; Directive 2009/73/CE du 13 juill. 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *JOUE*, n° 49/112 L, 14 août 2009. **Le quatrième paquet regroupe** : Directive UE 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE, *JOUE*, n° 158 du 14 juin 2019 ; Règlement UE n° 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019, sur le marché intérieur de l'électricité, *JOUE*, n° 158 du 14 juin 2019 ; Règlement UE n° 2019/941 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019, sur la préparation aux risques dans le secteur de l'électricité et abrogeant la directive 2005/89/CE, *JOUE*, n° 158 du 14 juin 2019 ; Règlement UE n° 2019/942 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019, instituant une agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie, *JOUE*, n° 158 du 14 juin 2019. Cf. aussi Commission européenne, *Une énergie propre pour tous les européens*, Communication de la Commission n° 2016/860, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la banque européenne d'investissement, portant sur le quatrième paquet énergie, Bruxelles, 30 nov. 2016. Disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/COM-2016-860-F1-FR-MAIN.PDF>. (Consulté le 03/04/2018).

¹⁸⁸⁹ BENHASSINE W., *Le processus de libéralisation des industries électriques et gazières européennes à travers la stratégie de fusion acquisition et d'investissement des firmes : propositions pour une sécurité énergétique renforcée*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2009, p. 11.

¹⁸⁹⁰ Le service universel tel qu'il est défini par l'article 21 du livre vert sur l'intérêt général en 2003 explicite toute la diversité de l'intérêt général dans sa conception européenne. En effet cet article considère le service public comme « un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié, et compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable. La notion de service universel a été établie spécifiquement à l'intention de certaines industries de réseaux. Cette notion instaure le droit de chaque citoyen à avoir accès à certains services jugés essentiels et elle impose aux industries l'obligation de fournir un service défini à des conditions spécifiées qui incluent, entre autres, la fourniture du service sur l'ensemble du territoire. Dans un marché libéralisé, une obligation de service universel garantit que toute personne résidant dans l'Union européenne a accès au service à un prix abordable et que la qualité du service est maintenue et, si nécessaire, améliorée ».

monopolistiques, telles les industries de réseaux »¹⁸⁹¹. En outre, fallait-il donner une assise concrète au principe de solidarité énergétique posé par le Traité de Lisbonne et qui impliquait qu'un « *pays confronté à d'importantes difficultés d'approvisionnement en énergie pourra compter sur l'aide des autres États membres* »¹⁸⁹². On passe donc, sous l'impulsion du droit communautaire, de la « *régulation par le monopole nationale* »¹⁸⁹³ à la régulation par l'ouverture à la concurrence. Le principe du monopole étatique devient l'exception là où il fut pendant longtemps le principe. L'aboutissement d'un aussi rude combat de concession et de conciliation n'aurait pu être possible sans le concours, au niveau national, de la doctrine, d'autres régulateurs et même du juge constitutionnel.

c- Le rôle complémentaire de l'Autorité de la concurrence appuyé par le Conseil constitutionnel

970. L'ADLC, en tant que régulateur transversal, n'a pas été du reste pour le parachèvement de l'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie. L'affaire des ciseaux tarifaires de 2007 concernant Direct énergie en fut alors une démonstration¹⁸⁹⁴. Le législateur n'a d'ailleurs pas ignoré l'importance de la concurrence dans le secteur de l'énergie. Au contraire et à juste titre, la libéralisation de ce secteur a pour objectif de mettre fin aux monopoles considérés comme réfractaires à la libre concurrence. La place de la concurrence dans le secteur de l'énergie est telle que même dans des situations d'urgence la coopération entre les deux autorités se doit d'être effective conformément à l'article L. 134-16 du Code de l'énergie¹⁸⁹⁵.

¹⁸⁹¹ DE PALACIO L., « Le service public dans le marché européen de l'énergie », *Séminaire « Ouverture des marchés »*, Bruxelles, 9 juill. 2002, p. 2.

¹⁸⁹² DE LA DOUCETTE Ph., « Régulation de l'énergie en Europe. Méthode, enjeux, défis », *Géoéconomie*, mars 2013, n° 66, p. 65 -81, spéc. p. 68.

¹⁸⁹³ STOFFAËS Ch., *Entre monopole et concurrence. La régulation de l'énergie en perspective historique* », PAU, 1994, p. 226 et s.

¹⁸⁹⁴ Cons. conc., déc. n° 07-MC-04 du 28 juin 2007, relative à une demande de mesures conservatoires de la société *Direct Energie*, non-publiée au *BOCCRF* ; Cons. conc., déc. n° 07-D-43 du 10 déc. 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par *EDF*, non-publiée au *BOCCRF*.

¹⁸⁹⁵ L'article L. 134-16 du Code de l'énergie, tel que modifié par l'Ordonnance du 9 mai 2011 dispose « 1° « *Le président de Commission de régulation de l'énergie saisit l'Autorité de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il a connaissance dans les secteurs de l'électricité ou du gaz naturel, notamment lorsqu'il estime que ces pratiques sont prohibées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Cette saisine peut être introduite dans le cadre d'une procédure d'urgence, conformément à l'article L. 464-1 du Code de commerce. Il peut également la saisir, pour avis, de toute autre question relevant de sa compétence. -2° L'Autorité de la concurrence communique à la Commission de régulation de l'énergie toute saisine entrant dans le champ des compétences de celle-ci. Elle peut également saisir la commission, pour avis, de toute question relative aux secteurs de l'électricité ou du gaz naturel. Lorsqu'elle est consultée, en application du présent alinéa, par l'Autorité de la concurrence sur des pratiques dont cette dernière est saisie dans le secteur de l'électricité ou du gaz, la Commission de régulation de l'énergie joint à son avis, dans le délai imparti, tous les éléments utiles à l'instruction de l'affaire qui sont en sa possession ».*

971. L'ouverture à la concurrence d'un service public aussi déterminant que l'énergie peut secouer certains inconditionnels du service public. Mais l'inquiétude quant à la sauvegarde du service public ne date des années 2000, certains s'inquiétaient déjà de l'avenir qui lui sera réservé tant l'influence sinon la primauté des acteurs privés sur l'État dans ce domaine leur semblait inévitable. Henry Bonifacy indiquait ainsi, dans sa thèse soutenue en 1921, que l'État s'en est « *désintéressé et en a laissé l'organisation au jeu troublé des intérêts privés* »¹⁸⁹⁶. Mais le temps ayant fait primer sa raison libérale, même le Conseil constitutionnel, se fondant notamment sur les traités a, en 2006, considéré que dès lors que l'État français a librement consenti auxdits traités, il lui incombe d'en donner tout l'effet juridique, dont celui de la construction d'un marché unique par le biais de la libéralisation de certains secteurs et « *l'exercice commun de certaines compétences* »¹⁸⁹⁷. Certains arguent toutefois que malgré l'existence de cette dichotomie de principe de service public et d'exception de compétitivité, « *l'ouverture totale à la concurrence* »¹⁸⁹⁸ du secteur énergétique n'est plus à démontrer.

972. Durant les premières années qui ont suivi la création de la CRE, l'ADLC, alors Conseil de concurrence, avait dès le départ, fait savoir au Gouvernement ses préoccupations quant à la nécessité d'une « *clarification de l'articulation des compétences des deux types d'autorités* »¹⁸⁹⁹. Cette clarification est d'autant plus importante que l'Autorité peut donner des avis sur les questions de concurrence liées à l'énergie, tout comme la CRE peut, même d'office, la consulter¹⁹⁰⁰. Ce type d'avis, qualifiés « *d'essentiels* »¹⁹⁰¹, accompagnent la mutation de ce service public dont l'ouverture à la concurrence se construit chaque jour un peu plus. Le Gouvernement s'y pencha aussitôt avant d'intégrer cette répartition des compétences dans le Code de l'énergie. La coopération entre l'ADLC et la CRE constitue ainsi une véritable référence dans la mise en œuvre de la corégulation¹⁹⁰². Quand la libéralisation a paru

¹⁸⁹⁶ BONIFACY H., *Le service public de la distribution de l'énergie*, Édition de la vie universitaire, Paris, 1921, p. 6. Et dans ce sens préférerait-il d'ailleurs la formulation « Le service public de l'énergie » à celle de « Le service public de la distribution de l'énergie ».

¹⁸⁹⁷ Cons. const., déc. n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006, portant sur la Loi relative au secteur de l'énergie, *JORF* n° 284 du 8 déc. 2006, texte n° 2.

¹⁸⁹⁸ BERNARD J., « L'attribution obligatoire des concessions de distribution publique d'énergie aux opérateurs historiques est-elle conforme à la jurisprudence *Telaustria* ? », *JCP E*, 8 oct. 2009, n° 41, p. 1.

¹⁸⁹⁹ BLOTTIN B., *Concurrence, régulation et énergie. Rôles des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle*, *op. cit.*, p. 336.

¹⁹⁰⁰ CRE, avis n° 14-A-14 du 26 sept. 2014, *concernant un projet de décret modifiant le décret n° 2009-975 du 12 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité*, non-publiée au *JORF* ; CRE, avis n° 14-A-16 du 20 oct. 2014, *concernant un projet de décret portant modification du décret n° 2011-466 du 28 avr. 2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique*, non-publiée au *JORF*.

¹⁹⁰¹ CHABBERT C., VIDAL L., « Préface », in LE BRAS B., *La tarification différenciée de l'électricité*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁰² Cf. BLOTTIN B., *Concurrence, régulation et énergie. Rôles des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle* *op. cit.*, p. 336.

inéluçtable, le Gouvernement, par le biais des ministres de l'écologie et de l'économie, engage alors une commission¹⁹⁰³ dont la mission est de réfléchir à une libéralisation effective du secteur. Les objectifs de celle-ci n'étaient pas « *pleinement atteints* »¹⁹⁰⁴. C'est de cette mission que découle la Commission Champsaur dont les recommandations plaident en faveur d'une meilleure libéralisation et une réponse conforme aux exigences communautaires de la fin des monopoles dans les domaines de l'électricité et de gaz. Elle plaide notamment pour un « *dispositif d'accès régulé à la production d'électricité* »¹⁹⁰⁵. Tous les ingrédients psychologiques de la fin les monopoles semblaient donc être réunis.

d- Une libéralisation à la française d'un secteur marqué par sa singularité

973. Les réticences françaises n'étaient pas toutes dénuées de fondement. Elles ont suscité auprès d'une partie de la doctrine un certain soutien. Elle pouvait notamment compter sur des voix qui émettaient des réserves sur la libéralisation probablement « maitrisée ». En effet, Joseph Stiglitz indiquait, dans son manuel *Principes d'économie modernes*, que « *EDF et GDF sont les exemples mêmes d'entreprises publiques de monopole particulièrement efficaces* »¹⁹⁰⁶. Mais dès lors qu'il fallait atteindre l'objectif d'un marché unique européen de l'énergie, qu'on ne peut par ailleurs imaginer sans la France, il fallait partir sur le terrain de la nécessité de la libéralisation du secteur dans le but d'offrir plus de choix aux consommateurs de l'énergie. Il en a résulté une spécificité de libéralisation « bien française ». Celle qui s'ouvre mais qui garde en elle toute la saveur du service public. Cette « *notion faussement claire* »¹⁹⁰⁷, mais bien heureusement, indépassable quoique modelable. Tout le nœud du débat se trouvait là car pour la France, « *le principe selon lequel le secteur électrique est un service public fondé, en tant que tel, à déroger à une application exhaustive des règles de la concurrence* »¹⁹⁰⁸, doit primer sur la conception européenne de l'obligation de service public qui, selon l'esprit de la concurrence, met en avant la satisfaction dudit service public y compris par des acteurs privés.

¹⁹⁰³ CHAMPSAUR P., Rapport de la Commission *sur l'organisation du marché de l'électricité*, fait pour le Ministère de l'économie, de l'Industrie et de l'Emploi- Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, de l'Energie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, avr. 2009, 35 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/094000185.pdf>. (Consulté le 01/06/2018).

¹⁹⁰⁴ Cf. La lettre de mission de BORLOO J.-L. et de LAGARDE Ch., annexée au Rapport dirigé par CHAMPSAUR P. *sur l'organisation du marché de l'électricité*, préc., p. 19.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 17.

¹⁹⁰⁶ Cité par ANGELIER J.-P., « Electricité et gaz naturel: du monopole public à la concurrence réglementée. Une perspective historique », art. cit., p. 14.

¹⁹⁰⁷ MARTINAND C., LORENZI J.-H., *La régulation des services publics. Concilier équité et efficacité*, op. cit., p. 19 et s.

¹⁹⁰⁸ CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité*, op. cit., p. 19.

Au départ, malgré sa consécration par les textes¹⁹⁰⁹, aucune définition des obligations de service public n'était posée. Quand bien même le Règlement du 26 juin 1969 avait prévu, sans les définir, les principes communs relatifs à la suppression ou au maintien des obligations de services publics¹⁹¹⁰.

e- L'inspiration anglo-saxonne

974. À l'image de l'*Energy policy act* pris par La *Federal Energy Regulatory Commission*, confirmant le précédent du *Sherman Act* et renvoyant, encore une fois, à l'idée que tout semble devoir nous venir des États-Unis, un système basé sur la libéralisation est présenté comme plus efficace et efficient pour la construction d'un marché européen de l'énergie. En grande Bretagne déjà la *British Gaz* est « *privatisée* »¹⁹¹¹ depuis 1986, suivi de *Central Electricity Generating Board* quelques années plus tard. La comparaison laisse entendre que l'organisation du secteur de l'énergie par les pouvoirs publics n'est pas nécessairement des plus efficaces et des plus efficaces. En conséquence, les esprits furent donc préparés à la mutation. La libéralisation doit alors se matérialiser par l'intervention d'autres acteurs que les monopoles étatiques dans les différents circuits énergétiques. Ces circuits se répartissent entre la production, le transport, la distribution ainsi que la fourniture d'énergie aux consommateurs. L'ouverture à la concurrence, sous l'impulsion européenne, concerne donc à la fois la production et les réseaux, c'est-à-dire le réseau de transport et de distribution. Même si, selon la Cour des comptes, « *l'indépendance de gestion vis à vis de l'opérateur historique EDF reste à parachever* »¹⁹¹². Plus de dix ans

¹⁹⁰⁹ Entre autres la Loi n°2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales, *JORF* n° 190 du 14 août 2004.

¹⁹¹⁰ Section II article 3 et s. du Règlement CEE 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *JOCE*, n° L 156/ 1 du 26 juin 1969.

¹⁹¹¹ ANGELIER J.-P., « Electricité et gaz naturel : du monopole public à la concurrence réglementée. Une perspective historique », art. cit., p. 19.

¹⁹¹² Cour des comptes, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence : une construction inaboutie*, Rapport annuel 2015, févr. 2015, p. 1, disponible à l'adresse suivante : <https://www.territoire-energie.com/wp-content/uploads/2017/03/ouverture-marche-electricite-concurrence.pdf>. (Consulté le 29/05/2017).

après ladite ouverture, les sociétés ENEDIS, anciennement ERDF¹⁹¹³, et la RTE¹⁹¹⁴ sont les principaux distributeurs résultant de l'ouverture à la concurrence. Tout l'enjeu réside donc dans la nécessité de concilier la libéralisation et la sécurité d'approvisionnement¹⁹¹⁵.

975. Les pressions internes et européennes aidant, la comparaison avec les pays anglo-saxons soutenant, la France procéda alors à la libéralisation. Le temps était venu de combler ce que la Chambre de commerce et de l'industrie, (ci-après CCI), considérait, dans un rapport de 2001, comme « *le retard français à combler* »¹⁹¹⁶. Il est alors mis en place une véritable autorité indépendante de régulation de l'énergie, la CRE, devant accompagner sinon construire ou du moins accompagner cette libéralisation. En sus, le législateur lui dote un pouvoir réel y compris celui de règlementer le secteur de l'énergie.

f- Pouvoir règlementaire supplétif de la Commission de régulation de l'énergie

976. Le sénat a eu l'occasion de souligner que la CRE, à l'instar de l'AMF, du CSA et de l'ARCEP, dispose d'un pouvoir règlementaire¹⁹¹⁷. C'est-à-dire la faculté supplétive d'édicter des règles générales déterminant les conditions d'application des normes de nature législatives ou règlementaires dans les réseaux d'électricité et de gaz. En principe, le pouvoir règlementaire, tel qu'il est prévu par l'article 21 de la Constitution, relève du « *monopole législative de*

¹⁹¹³ Electricité réseau distribution France (ERDF) devenue en 2016 ENEDIS est, en ce qui la concerne, une entreprise de distributions. La société indique distribuer « *équitablement* » l'électricité sur l'ensemble du territoire dont il assure, à date, à 95% du territoire continental. Il faut préciser qu'ENEDIS est détenue à 100% par EDF et selon le rapport de suivi de la CRE 2015-2016, cette société « *dessert environ 35 825 000 points de livraison dont 14,1 % sont sous contrat avec un fournisseur alternatif* ». Cf. CRE, *État des lieux des marchés de détail français de l'électricité et du gaz naturel, Rapport de surveillance, 2015-2016*, p. 12, disponible à l'adresse suivante : <https://www.cre.fr/Documents/Publications/Rapports-thematiques/Etat-des-lieux-des-marches-de-detail-2015-et-2016>. (Consulté le 10/04/2018). La CRE relève le même monopole de GDF dans le secteur du gaz et souligne que Gaz réseau distribution France (GRDF) est « *détenu à 100 % par Engie, représentant 96 % des quantités de gaz naturel distribuées en France. Au 30 sept. 2016, il dessert environ 10 903 000 points de livraison dont 23,8 % sont sous contrat avec un fournisseur alternatif* ». Cf. CRE, *Respect des codes de bonne conduite et indépendance des gestionnaires de réseaux en 2015-2016*, Rapport de suivi, janv. 2017, p. 27, disponible à l'adresse suivante : <https://www.cre.fr/Documents/Publications/Rapports-thematiques/Respect-des-codes-de-bonne-conduite-et-independance-2015-et-2016>. (Consulté le 10/04/2018). Toutefois, le Rapport de la CRE de 2019 indique une légère hausse de point de livraison et de fournisseurs alternatifs. Ainsi pour GRDF, on passe à 10 949 000 points de livraison avec 30,2% de fournisseurs alternatifs (p. 47), pendant qu'ENEDIS passe à 36 565 000 points de livraison dont 21% de contrat avec fournisseur alternatif (p. 37.). Cf. CRE, *Le fonctionnement des marchés de détail français de l'électricité et du gaz naturel*, Rapport 2018-2019, 190 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.cre.fr/content/download/23003/289854>. (Consulté le 25/08/2020).

¹⁹¹⁴ Réseau de distribution d'électricité dont la mission d'acheminer l'électricité entre les fournisseurs et les consommateurs.

¹⁹¹⁵ Cf. STASIAKOWSKA A., *Le Marché Intérieur d'Electricité. Entre la libéralisation et la sécurité d'approvisionnement en électricité*, Mémoire, Institut européen de l'Université de Genève, 2008, 100 p.

¹⁹¹⁶ GAILLY P.-A., *La libéralisation des services publics de l'énergie en France et Europe : un retard français à combler*, Rapport fait au nom de la Commission économique et financière, CCI Paris, sept. 2001, 31 p.

¹⁹¹⁷ Cf. GÉLARD P. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport, préc.

l'État »¹⁹¹⁸ et exercé en effet par le Premier ministre. Il en résulte que si les AAI peuvent bénéficier de ce pouvoir, c'est dans une limite « étroite qui ne compromettrait pas la compétence principale du Gouvernement »¹⁹¹⁹. La CRE exerce donc ce pouvoir dans le cadre de ses prérogatives de régulateur sectoriel de l'électricité et de gaz. La jurisprudence a cependant pu considérer que l'interprétation des lois et règlements que cette autorité a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible de recours pour excès de pouvoir, étant dénuée de caractère impératif, il en va différemment des dispositions impératives à caractère général contenues dans une délibération¹⁹²⁰.

977. Conformément aux dispositions de l'article L.134-10 du Code de l'énergie, la CRE donne son avis sur les projets de dispositions à caractère réglementaire relatifs à l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, aux ouvrages de transport et de distribution de gaz naturel et aux installations de gaz naturel liquéfié et à leur utilisation, ainsi qu'à l'utilisation des installations de stockage souterrain de gaz naturel. Cette consultation peut revêtir un caractère obligatoire sous peine, pour la disposition prise sans avis de la CRE, d'être annulée¹⁹²¹. La CRE est également compétente, en vertu des dispositions de l'article L. 341-3, pour déterminer les méthodes utilisées pour fixer les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, ainsi que les tarifs des prestations annexes réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de ces réseaux. Ainsi, n'est pas sérieux le motif d'une société qui argue le caractère anticonstitutionnel de ces dispositions¹⁹²², ou leur méconnaissance de la

¹⁹¹⁸ L'auteur souligne tout de même que l'exception de l'exercice du pouvoir réglementaire par une instance autre que *l'État* est non seulement soumise à des conditions mais demeure aussi à relativiser : Il en résulte qu'un « principe non écrit préside au partage du pouvoir réglementaire dans l'État : tout règlement d'une autorité secondaire doit trouver sa source dans un texte supérieur l'habilitant en ce sens ; ce texte pouvant être une loi ou un règlement selon les incidences de la question à traiter sur le partage des compétences législative ou réglementaire. Cette solution réserve toutefois l'hypothèse de la jurisprudence *Jamart* (1936) reconnaissant à tout chef de service l'aptitude à prendre spontanément toute mesure nécessaire à la direction du personnel ou l'aménagement du service. Mais il ne faut pas exagérer la portée de cette jurisprudence tant en raison du fait que la vie intérieure du service est peu propice à révéler de véritables règlements (mesures d'ordre intérieur, circulaires, directives) que du fait que cette base jurisprudentielle semble finalement circonscrite au cas des ministres, les exécutifs locaux ou les chefs de services des établissements publics pouvant fonder une telle aptitude directement sur la loi ou les textes institutifs du service ». Cf. FAURE. B., « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19 (Dossier : Loi et règlements) - janv. 2006, p. 1 et 2.

¹⁹¹⁹ Cons. const., décis. n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, portant sur la Loi relative à la liberté de communication, *JORF* du 18 janv. 1986, p. 922. Cf. dans le même sens TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p. 153 ; FAURE B., « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », art. cit., p. 1.

¹⁹²⁰ CE, 3 mai 2011, *S. A. Voltalis*, n° 331858.

¹⁹²¹ CE, 9^{ème} / 10^{ème} SSR, 22 déc. 2017, *Groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) Ausset et le Groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) Rouches*, n° 400669.

¹⁹²² CE, 9^{ème} ch., 28 juill. 2017, n°411454 ; CE, 9^{ème} / 10^{ème} SSR, 28 nov. 2012, *Direct Energie et Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication*, n°330548.

liberté d'entreprendre voire de la liberté de commerce et d'industrie¹⁹²³. La jurisprudence entérine ainsi l'étendue du pouvoir règlementaire de la CRE.

g- L'indépendance et l'impartialité comme principes cardinaux du fonctionnement de la CRE

978. L'autre particularité de la régulation de l'énergie tient au fait que le principe d'impartialité s'impose non seulement à l'Autorité de régulation mais aussi aux acteurs régulés. Il s'impose aussi aux gestionnaires d'infrastructures des réseaux au point que certains évoquent une « *contrainte d'impartialité* »¹⁹²⁴ opposable à ces acteurs. Si un distributeur remplit toutes les conditions d'accès au réseau, les détenteurs d'infrastructures essentiels n'ont pas le droit de le lui refuser. Une autre particularité « *tient dans la relative difficulté pour le législateur français de concilier l'existence d'un régulateur indépendant avec la nécessité de la conduite, par les pouvoirs exécutif et législatif, d'une politique publique de l'énergie* »¹⁹²⁵. Au fond, cette caractéristique est plus proche d'une difficulté que d'une particularité. D'où l'importance de la parcimonie dans la régulation de l'énergie aussi bien de la part de la CRE que de l'État.

979. L'impartialité de l'Autorité de régulation de l'énergie est également opposable à l'État et au Gouvernement. Il faut alors une haute parcimonie et une profonde intégrité des régulateurs de l'énergie pour être impartial vis-à-vis de celui-ci quand bien même l'argument non moins pertinent de la défense du service public pourrait leur en dicter une autre conduite. La CRE veille aussi à assurer l'indépendance des distributeurs d'électricité et de gaz. En ce sens, elle « *approuve les règles comptables de séparation des activités entre production, transport et distribution d'électricité, et autres activités des opérateurs intégrés d'électricité et entre transport, distribution, stockage de gaz naturel et exploitation d'installation de gaz naturel liquéfié et autres activités des opérateurs intégrés de gaz naturel. Elle exerce une fonction de veille et de surveillance pouvant conduire à l'exercice de ses pouvoirs d'enquête et de sanction* »¹⁹²⁶. Il en découle une distinction majeure entre production, transport et distribution de l'électricité ou du gaz.

¹⁹²³ CE, 9^{ème} / 10^{ème} SSR, 25 sept. 2015, n° 386077.

¹⁹²⁴ ARLETTAZ J., « L'exigence d'impartialité dans la gestion des infrastructures de réseaux », *JCP A*, n° 52, 21 déc. 2009, p. 2307.

¹⁹²⁵ BEATRIX O., « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », *RFDA*, mars 2012, n° 143, p. 769-778, spéc. p. 769.

¹⁹²⁶ CRE, *L'organisation et les missions de la Commission de régulation de l'énergie*, Rapport d'activité 2017, mai 2018, p. 7, accessible à l'adresse suivante : <https://www.cre.fr/content/download/19191/231553>. (Consulté le 25/05/2019).

980. Concernant son organisation, la CRE obéit aux mêmes règles relatives au principe de parallélisme des formes¹⁹²⁷ et d'incompatibilité¹⁹²⁸ que les autres AAI. À ceci près qu'on peut constater une égalité entre hommes et femmes au sein de son Collège. Sur le plan organique, elle comprend un Collège et un Comité de règlement des différends et des sanctions (ci-après CoRDiS)¹⁹²⁹. Ce comité chargé de régler les différends et d'infliger des sanctions est composé de deux conseillers d'État et deux conseillers à la Cour de cassation. Faisant ainsi un comité de quatre membres. Les membres de la CRE ne sont révocables que sur des « exceptions »¹⁹³⁰ strictement encadrées, ce dans le but de garantir leur indépendance dans l'exercice de leur fonction. L'une des fonctions majeures de la CRE est celle du règlement des différends entre les acteurs de l'énergie.

2- Une autorité de règlement des différends

981. Après avoir rappelé le fondement juridique de cette attribution de règlement des différends à la CRE (a), verra-t-on comment cette fonction constitue un complément de l'exorbitance de la régulation de l'énergie (b). Ainsi combinées au déterminant rôle joué par le Médiateur national de l'énergie (c), on verra comment les attributions de la CRE se sont accrues au fil du temps (d).

a- Fondement juridique de la compétence de règlement des différends de la CRE

982. Le Décret du 24 février 2015 relatif au Comité de règlement des différends et des sanctions précise les conditions de saisine et les modalités d'exercice de ce processus¹⁹³¹. Le principe est initialement posé par l'article 38 de la Loi du 10 février 2000 qui attribue une

¹⁹²⁷ La répartition des postes obéit aux mêmes modalités qu'au sein des autres AAI, le président de la CRE est nommé par décret présidentiel et les autres membres par les présidents de l'AN et du Sénat.

¹⁹²⁸ L'incompatibilité est valable à tous les élus (communal, régional, national et européen) mais aussi à toute personne pouvant avoir des prises d'intérêts dans les sociétés régulées par la CRE.

¹⁹²⁹ L'article L. 132-1 du Code de l'énergie dispose que « 1° La Commission de régulation de l'énergie, autorité administrative indépendante, comprend un collège et un comité de règlement des différends et des sanctions. 2° Hormis les cas d'attributions confiées expressément au comité de règlements des différends et des sanctions, les attributions confiées à la Commission de régulation de l'énergie ou à son président sont respectivement exercées par le collège ou par son président. 3° Pour l'accomplissement des missions qui sont confiées à la Commission de régulation de l'énergie, le président de la commission et le président du comité ont respectivement qualité pour agir en justice au nom du collège et au nom du comité ». Cette séparation organique entre l'instruction et la sanction au sein de la CRE résulte notamment, au-delà des critiques de la doctrine et des arrêts de la CEDH, de la Loi n° 2006-1537 du 7 déc. 2006, relative au secteur de l'énergie, *JORF* n° 248 du 08 déc. 2006, qui instaure une séparation stricte entre les fonctions du Collège et du CoRDiS.

¹⁹³⁰ CRE, *L'organisation et les missions de la Commission de régulation de l'énergie*, Rapport d'activité 2017, préc., p. 4.

¹⁹³¹ Décret n° 2015-206 du 24 févr. 2015 relatif au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, *JORF* n° 0048 du 25 févr. 2015.

compétence de règlement des différends assez large à la CRE¹⁹³². Ce qui laisse apparaître l'importance de cette procédure dans la régulation du secteur de l'énergie. L'alinéa 1 de ce même article en donne la compétence au Comité de règlement des différends et des sanctions, qui dispose à cet effet « *de pouvoirs étendus* »¹⁹³³.

b- Le règlement des différends comme complément de l'exorbitance

983. L'existence organique et fonctionnelle d'un processus de règlement des différends au sein d'une autorité dotée d'un pouvoir administratif exorbitant s'explique, sans doute, par son domaine de compétence, l'énergie, qui demeure « *pour le moins complexe en raison, notamment, de la combinaison des éléments qui le structurent et qui, aussi bien juridiques, qu'économiques, physiques, géographiques ou encore sociaux-catégoriels, interagissent entre eux ou avec leur environnement* »¹⁹³⁴. Cette fonction si spécifique s'explique également par le rôle « *incitatif* »¹⁹³⁵ que joue la CRE en l'endroit des acteurs de l'énergie, lequel doit être au service des citoyens-consommateurs. Ce serait presque surprenant de parler de la *soft law* au sein d'une autorité chargée de préserver l'ordre public économique par le truchement de son pouvoir de sanction. En réalité, c'est tout à fait le rôle de la CRE que de se montrer flexible par l'utilisation du processus de règlement des différends avant toute procédure de sanction même si dans certains cas elle peut user de son autorité pour permettre l'accès aux facilités essentielles à des acteurs de la concurrence¹⁹³⁶.

¹⁹³² L'article 38 dispose ainsi que : « *En cas de différend entre les gestionnaires et les utilisateurs des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité, entre les opérateurs et les utilisateurs des ouvrages de transport et de distribution de gaz naturel, entre les exploitants et les utilisateurs des installations de stockage de gaz naturel ou entre les exploitants et les utilisateurs des installations de gaz naturel liquéfié, ou entre les exploitants et les utilisateurs des installations de transport et de stockage géologique de dioxyde de carbone, lié à l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations ou à leur utilisation, notamment en cas de refus d'accès ou de désaccord sur la conclusion, l'interprétation ou l'exécution des contrats et protocoles visés au III de l'article 15 et à l'article 23 de la présente loi ou des contrats et protocoles visés à l'article 2 de la Loi n° 2003-8 du 3 janv. 2003 précitée, ou, s'agissant des opérations de transport et de stockage géologique de dioxyde de carbone, des contrats visés à l'article L. 229-49 du Code de l'environnement, la Commission de régulation de l'énergie peut être saisie par l'une ou l'autre des parties. La demande de règlement de différend visée au présent alinéa ne peut concerner un client non éligible* ».

¹⁹³³ RIFFAULT-SILK J., « La régulation de l'énergie : bilan et réformes », art. cit., p. 17.

¹⁹³⁴ CHABBERT C., VIDAL L., « Préface », in LE BRAS B., *La tarification différenciée de l'électricité*, op. cit., p. 10.

¹⁹³⁵ *Ibid.*, p. 11.

¹⁹³⁶ Cf. PERROUD Th., « Les raisons de l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux AAI », LGDJ, 2016, *Droits des sociétés*, 2016, n° 2 p. 317-336.

c- L'apport déterminant du Médiateur national de l'énergie (MNE)

984. L'institutionnalisation d'un Médiateur national de l'énergie¹⁹³⁷ répond également à cette préoccupation de conciliation entre l'exigence du service public de l'énergie et la nécessité, au nom de la qualité du service, d'une compétitivité économique, matérialisée par l'ouverture à la concurrence. Cette cumulation institutionnelle, si on peut s'exprimer ainsi¹⁹³⁸, tout en mettant l'accent sur des procédures alternatives d'apaisement des litiges liés à la question énergétique, indique l'importance de la stabilité du secteur ainsi que la nécessité de concilier efficacité et sécurité d'approvisionnement dans un domaine aussi stratégique que sensible. L'article 7 de la Loi du 7 décembre 2006, instituant le MNE, indique que son rôle est de recommander des solutions aux litiges entre les consommateurs et les fournisseurs d'électricité ou de gaz naturel et de participer à l'information des consommateurs d'électricité ou de gaz naturel sur leurs droits. Selon le rapport d'activité du MNE, Rien qu'en 2018 pas moins de 5 086 litiges ont fait l'objet d'une médiation. Soit un peu plus de 37% par rapport à 2017¹⁹³⁹. Ces chiffres permettent entre autres de voir la place prise par cette institution au sein de la régulation de l'énergie, mais ils démontrent également l'apport colossal d'un règlement intermédiaire avant toute procédure judiciaire.

d- Accroissement significatif des attributions de la CRE

985. Au-delà de sa fonction médiatrice, la CRE assure un double objectif. Celui qui consiste d'une part, à « *assurer le développement économique du marché* », et d'autre part, à « *veiller à la cohésion sociale des marchés de détail, ce qu'elle fait en particulier grâce à ses pouvoirs relatifs aux éléments tarifaires notamment dans le domaine de l'électricité* »¹⁹⁴⁰. L'article L. 337-7 du Code de l'énergie abonde dans le même sens. L'évolution montre par ailleurs toute l'importance des prérogatives acquises par la CRE depuis sa création. En 2000, elle n'avait que

¹⁹³⁷ Une érection en tant qu'Autorité administrative indépendante à part entière instaurée par la Loi du 7 déc. 2006, relative au secteur de l'énergie, préc. Il règle, des litiges dans les conditions fixées par les articles R-122-1 et s. du Code de l'énergie, les litiges de consommation entre personnes physiques au sens des articles L. 621-1 et R-621-1 du Code de la consommation.

¹⁹³⁸ En plus de la CRE elle-même, il y a le médiateur national de l'énergie, sans compter les institutions administratives auprès du ministère qui s'occupent de la question énergétique. C'est dire la spécificité et peut être même la sensibilité de la question du service public énergétique ouvert à la concurrence. On n'a pas exemple pas un médiateur national de la concurrence.

¹⁹³⁹ Médiateur national de l'énergie, *Le Médiateur national de l'énergie*, Rapport d'activité 2018, mai 2019, p. 90. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.energie-mediateur.fr/wp-content/uploads/2019/05/RA-MNE-2018-interactif.pdf>. (Consulté le 05/07/2019).

¹⁹⁴⁰ DELZANGLES H., MARTIN S., « L'évolution des objectifs de la régulation en France », art. cit., p. 117.

la faculté de proposer les tarifs d'utilisation des réseaux, mais depuis 2011 elle les fixes¹⁹⁴¹. Elle certifie également depuis cette date les gestionnaires des réseaux de transport d'énergie. Depuis 2016, elle propose le montant des tarifs règlementés de l'électricité et depuis 2017, elle régule le stockage de gaz dans le cadre de la Loi du 30 décembre 2017 dite hydrocarbures¹⁹⁴².

986. Quid de la situation d'aujourd'hui où l'on reproche, non pas à l'État par ce qu'il ne gère plus, mais aux AAI d'être dotées de trop de pouvoir de contrôle et de sanctions vis-à-vis de ces acteurs privés ? Les articles L. 100-1 et L. 131-1 notamment du Code de l'énergie soulignent les prérogatives de la Commission d'une part et insistent sur les obligations des acteurs et le pouvoir de vérification de celle-ci sur ceux-là d'autre part. Ces dispositions tendent à la protection des droits individuels des consommateurs ou des usagers. À travers ses efforts de règlement des différends, la CRE semble montrer que réduire les autorités de régulation à des machines à sanctionner n'est pas tout à fait productif dans un domaine aussi indispensable que celui de l'énergie. D'où le véritable effort d'accompagnement des acteurs économiques. « *Je considère que l'activité de régulation doit d'abord faire s'exprimer toutes les opinions pour que se construise une société où l'énergie, un bien vital, devienne un sujet de partage et non de conflit* »¹⁹⁴³. C'est en ces termes que Jean-François Carenco présentait l'institution qu'il dirige même s'il la considère dans le même temps comme « *bras armé* »¹⁹⁴⁴ de la libéralisation du secteur de l'énergie sous l'égide des directives européennes.

3- Une mise en œuvre ex post du pouvoir de sanction

987. La jurisprudence considère que les décisions de la CRE sont exécutoires. En cas d'inexécution d'une de ses décisions de règlement de différend au terme d'un délai qu'elle a fixé, la CRE peut, sur le fondement du 2° de l'article 40 de la Loi du 10 février 2000, sanctionner le manquement, soit en prononçant une interdiction temporaire d'accès aux réseaux, soit en infligeant une sanction pécuniaire¹⁹⁴⁵. Mais cette prérogative, bien qu'il soit possible de l'exercer sans passer par le règlement des différends, n'est mise en œuvre, dans la plupart des

¹⁹⁴¹ Sur le fondement de la Loi n° 2010-1488 du 7 déc. 2010, portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, *JORF* n° 0284 du 08 déc. 2010.

¹⁹⁴² Loi n° 2017-1839 du 30 déc. 2017, mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement, *JORF* n° 0305 du 31 déc. 2017.

¹⁹⁴³ CARENCO J.-F., *Rapport d'activité CRE*, 2017, p. 3.

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 3.

¹⁹⁴⁵ SÉNAC DE MONSEMBERNARD M., « L'intervention de la CRE au titre de sa mission de règlement des différends », note sur CA Paris, 25 janv. 2005, *Sté. Cerestar c./ EDF*, D.A., avr. 2005, p. 29 ; Cf. aussi *Droit Administratif* avr. 2005, n° 4, comm. 58, Comm. sur CA Paris, 1^{ère} ch. H, 25 janv. 2005, *Sté. Cerestar c./ EDF*, n° 04/12111.

cas, qu'*a posteriori*. La reconnaissance du pouvoir de sanction aux AAI par le Conseil constitutionnel est valable pour la CRE¹⁹⁴⁶. Il n'en reste pas moins que la doctrine s'est, quant à elle, beaucoup attardée à la procédure que la sanction elle-même. Ce qui fait qu'il « *n'existe ainsi pas, au moins dans le champ de la doctrine juridique, d'études s'étant attachées de manière générale à la place de la sanction dans l'activité régulatoire* »¹⁹⁴⁷, mais seulement à une procédure et à un pouvoir de sanction encadrée *ex pot* dans la limite de ce qui est reconnu aux autorités indépendantes. Il y a également un encadrement *ex post* à travers le contrôle exercé par les juridictions judiciaires, administratives ou la Cour constitutionnelle ainsi que les juridictions européennes. Cependant, cette limite liée au contrôle du pouvoir de sanction des AAI n'annihile en rien l'existence de vraies sanctions¹⁹⁴⁸, d'autant plus que l'objectif est de constituer de garde-fous clairs contre toute tentation des acteurs régulés de remettre en cause ou de porter atteinte à l'ordre public économique.

988. La mise en œuvre du pouvoir de sanction de la CRE revêt un caractère particulier d'autant plus qu'elle n'y fait recours, dans la plupart des cas, qu'après l'échec de la procédure de règlement des différends. Cependant, ce n'est pas pour autant que l'exercice de son pouvoir de sanction soit diminué ou affaibli. La mise en œuvre de la procédure de règlement des différends peut par ailleurs contenir des injonctions (a) qui n'empêchent en rien la CRE d'infliger des sanctions (b). Ces sanctions se fondent généralement et avant tout sur le non-respect, par un acteur donné, des engagements pris dans le cadre du règlement des différends.

a- La sanction comme procédure complémentaire à celle du règlement des différends

989. L'action complémentaire qui consiste pour la CRE de procéder à une sanction après avoir épuisé la procédure de règlement des différends est d'autant plus aisée à établir que c'est le même organe en son sein qui a compétence pour à la fois régler les différends et sanctionner. Le Décret du 24 février 2015 relatif au Comité de règlement des différends et des sanctions de la CRE définit les compétences du CoRDiS pour les deux procédures¹⁹⁴⁹. Ce décret, complété

¹⁹⁴⁶ Cons. const., décis. du 17 janv. 1989, relative à la loi modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *supra* ; Cons. const., décis. du 28 juill. 1989, relative à la Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, *supra*.

¹⁹⁴⁷ LE BIHAN-GRAFE C., COURTADE P., « La place de la sanction dans la pratique des autorités de régulation économiques sectorielles », *Energie, Environnement, Infrastructures*, févr. 2018, n° 2, étude 3, p. 4.

¹⁹⁴⁸ TAIBI A., *Le pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique : témoin de la consécration d'un ordre répressif administratif*, *op. cit.*,

¹⁹⁴⁹ Créé par la Loi du 7 déc. 2006, relative au secteur de l'énergie, préc. Depuis la Loi n° 2013-312 du 15 avr. 2013, visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, *JORF* n° 0089 du 16 avr. 2013, ses membres sont nommés pour une durée de six ans non renouvelables. Le CoRDiS est ainsi composé de deux conseillers d'État et de deux conseillers auprès

par le règlement intérieur du CoRDIS¹⁹⁵⁰, insiste particulièrement sur la séparation des pouvoirs de poursuites et de sanctions au sein de la CRE. Il abroge l'essentiel des dispositions du décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 relatif aux procédures applicables devant le régulateur de l'énergie.

990. Cependant, malgré l'indépendance du CoRDIS vis-à-vis du Collège, certains craignent une prééminence du second sur le premier et donc par ricochet une domination du politique sur le juge dans un domaine où l'indépendance est plus que nécessaire. En 2007, un auteur indiquait dans ce sens que « *le mode de nomination des membres du Collège traduit une volonté de reprise en main du pouvoir politique sur l'institution* »¹⁹⁵¹. Il est vrai que désormais les nominations exercées par les présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale sont effectives, mais il reste tout de même une bonne partie des membres nommée par décret. Aussi, faut-il souligner que si une évolution n'est pas à exclure dans le sens du renforcement de l'indépendance du CoRDIS vis-à-vis du Collège, il n'en reste pas moins que le second peut ne pas donner suite à la demande de sanction du premier. Le Collège ne peut, le cas échéant, qu'intenter un recours pour excès de pouvoir auprès du Conseil d'État¹⁹⁵². Ces inquiétudes sur l'indépendance du CoRDIS peuvent donc être relativisées.

991. L'Ordonnance du 14 avril 2016 complète les dispositions du Code l'énergie et précise les pouvoirs de sanction du CoRDIS¹⁹⁵³. Ce pouvoir est prévu par les articles L. 134-19 et suivants du Code qui en fixent les modalités ainsi que l'étendue de la saisine¹⁹⁵⁴. Ces

de la Cour de cassation respectivement désignés par le Vice-président du Conseil d'État et le premier président de la Cour de cassation. Aussi, faudrait-il voir dans cette procédure de nomination une manifestation de l'indépendance du CoRDIS car contrairement au Collège où certains membres sont nommés par l'exécutif, ici le pouvoir de nomination est confié aux juges de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

¹⁹⁵⁰ CRE, décis. du 15 déc. 2017, portant adoption du règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, *JORF* n°0297 du 21 déc. 2017.

¹⁹⁵¹ BEATRIX O., « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », art. cit., p. 772.

¹⁹⁵² CE, 9^{ème} / 10^{ème} SSR, 07 févr. 2018, *CoRDIS/EDF*, n° 399683.

¹⁹⁵³ Ordonnance n° 2016-461 du 14 avr. 2016, précisant les compétences de la Commission de régulation de l'énergie en matière de recueil d'information, de sanction et de coopération, *JORF* n° 0089 du 15 avr. 2016.

¹⁹⁵⁴ Cet article dispose « **Al.1.** Le comité de règlement des différends et des sanctions peut être saisi en cas de différend : 1° Entre les gestionnaires et les utilisateurs des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité ou de réseaux fermés de distribution d'électricité ; 2° Entre les opérateurs et les utilisateurs des ouvrages de transport et de distribution de gaz naturel ; 3° Entre les exploitants et les utilisateurs des installations de stockage de gaz naturel ou entre les exploitants et les utilisateurs des installations de gaz naturel liquéfié ; 4° Entre les exploitants et les utilisateurs des installations de transport et de stockage géologique de dioxyde de carbone. **Al. 2.** Ces différends portent sur l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations ou à leur utilisation, notamment en cas de refus d'accès ou de désaccord sur la conclusion, l'interprétation ou l'exécution des contrats mentionnés aux articles L. 111-91 à L. 111-94, L. 111-97, L. 321-11 et L. 321-12, ou des contrats relatifs aux opérations de transport et de stockage géologique de dioxyde de carbone mentionnés à l'article L. 229-49 du Code de l'environnement. **Al. 3.** La saisine du comité est à l'initiative de l'une ou l'autre des parties. **Al. 4.** Le comité peut également être saisi en cas de différend, portant sur le respect des règles d'indépendance fixées à la section 2 du chapitre Ier du titre Ier du présent livre, intervenant entre les gestionnaires de réseaux de transport

dispositions encadrent à la fois le pouvoir de règlements des différends et celui de sanction. Même si l'article L. 134-33 indique que le CoRDiS ne peut être saisi des faits remontants d'il y a 3 ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, l'article L. 134-25 du Code détermine les conditions dans lesquelles le CoRDiS peut prononcer des sanctions. La CRE dispose également de compétences sur la régulation des prix. La jurisprudence a en effet estimé qu'elle peut, d'office ou à la demande d'un gestionnaire de réseau intéressé, modifier, au besoin en cours de période tarifaire, le niveau et la structure des tarifs d'utilisation des réseaux de transport de gaz naturel, si elle constate, en fonction des éléments dont elle dispose, qu'un écart significatif s'est produit ou est susceptible de se produire entre le revenu autorisé d'un gestionnaire et ses coûts¹⁹⁵⁵.

992. La particularité du CoRDiS découle du fait que, généralement, la sanction n'intervient que pour condamner le non-respect d'une décision de non-conformité à une décision antérieure portant sur le règlement des différends¹⁹⁵⁶. Ses décisions portant règlement des différends sont relatives en grande partie à l'accès au réseau par des concurrents dans la fourniture de l'énergie¹⁹⁵⁷. Transparence et ininteruption sont souvent les enjeux des contrats d'accès au réseau entre opérateurs énergétiques. La décision par laquelle la CRE estime que le dossier d'un candidat à un appel d'offres lancé en application des dispositions de l'article L. 311-10 du Code de l'énergie, faute d'être complet, ne sera pas instruit et ne peut être regardée, eu égard au fondement et à la teneur des fonctions que la CRE exerce au titre de l'organisation et du suivi de la procédure d'appel d'offres, comme prise au titre des missions de contrôle ou de régulation confiées à cette autorité¹⁹⁵⁸, ne peut faire l'objet d'un recours au titre d'un quelconque contrôle exercé par le juge sur le pouvoir de sanction de la CRE. Le véritable contrôle de celui-ci sur celle-là est toutefois requis lorsqu'il s'agit d'une sanction prise par le CoRDiS au titre du pouvoir à lui conféré par le législateur pour la régulation des acteurs de l'énergie.

d'électricité ou de gaz naturel et une des sociétés appartenant à l'entreprise verticalement intégrée, telle que définie à l'article L. 111-10, à laquelle les gestionnaires de réseaux appartiennent ».

¹⁹⁵⁵ CE, 9^{ème} / 10^{ème} SSR, 07 nov. 2013, *Sté. Transport et Infrastructures Gaz France (TIGF)*, n° 362092.

¹⁹⁵⁶ Le montant de la sanction pécuniaire s'élève à 3 millions d'€. Cf. CRE, décisis. n° 30-40-16 en date du 11 juin 2018, *portant sanction à l'encontre de la société Enedis en application de l'article L. 134-28 du Code de l'énergie*, *JORF* n° 0139 du 19 juin 2018.

¹⁹⁵⁷ CRE, décisis. n° 18-38-14 du 25 nov. 2015, *sur le différend qui oppose la société Parc Éolien Lislet 2 à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif à l'exécution d'un contrat d'accès au réseau public de distribution d'électricité d'une installation de production éolienne*, non-publiée au *JORF*.

¹⁹⁵⁸ CE, 9^{ème} / 10^{ème}, 10 juin 2013, *Sté. Bigben Interactive*, n° 363082.

b- Le recours *ex post* et effectif à la sanction au sein de la CRE

993. À l'instar des autres AAI dotées d'un pouvoir de sanction, la CRE est appelée à mettre en œuvre son pouvoir administratif exorbitant en sanctionnant ceux des acteurs économiques qui ne respectent pas les dispositions de la loi ou les engagements pris auprès d'elle pendant la procédure de règlement des différends. Mais la mise en œuvre d'une telle sanction, bien que tout aussi contraignante, ne s'entend plus dans son sens classique. Le pouvoir répressif des AAI semble avoir été profondément modelée, au point qu'il « *s'agit naturellement de réprimer mais de réprimer d'une certaine manière voire d'une tout autre manière que la sanction pénale* »¹⁹⁵⁹. C'est en raison de ce renforcement significatif de leur pouvoir que leur indépendance demeure la clé de voûte de leur fonctionnement. À la double question de savoir pourquoi réguler le secteur de l'énergie et pourquoi un régulateur qui soit indépendant ? Guy Block souligne que « *la réponse n'est pas qu'il faut un régulateur indépendant pour qu'il soit indépendant, mais qu'il faut un régulateur indépendant parce que, sans une telle indépendance, la protection du consommateur final ne sera pas pleinement atteinte* »¹⁹⁶⁰. Il en va donc de la protection du consommateur final, mais il en va surtout de la nécessité d'assurer doublement cette indépendance vis-à-vis des autorités publiques et des acteurs régulés.

994. Il est empiriquement connu que dans le cadre de la régulation économique « *le juge n'a jamais eu le monopôle de punir* »¹⁹⁶¹. Il est concurrencé sinon épaulé dans ce domaine d'abord par les prérogatives exceptionnelles de l'administration et le pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes. Toutefois, avant même que le contrôle *a posteriori* ne soit effectué par le juge, le pouvoir de sanction connaît une certaine autolimitation. Il n'appartient pas, à titre d'exemple, au CoRDIS de faire passer exclusivement sur le gestionnaire de réseau la charge d'éléments de preuve qui incombe au demandeur¹⁹⁶². Aussi, la Haute juridiction administrative veille à ce que les acteurs régulés soient protégés contre les éventuels abus même si cela ne dédouane en rien la vigilance qui leur incombe. Le Conseil d'État estime, s'agissant

¹⁹⁵⁹ GUYOMMAR M., *Les sanctions administratives*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 27.

¹⁹⁶⁰ BLOCK G., « L'enjeu du troisième paquet énergie n'est-il pas, en définitive, l'exercice d'une meilleure régulation au profit du consommateur ? », in RENDERS D. (dir.), *Actualités du droit de l'énergie. La transposition du « troisième paquet énergie » européen dans les lois « électricité » et « gaz »*, Bruxelles, Bruylant, 2013, Bruxelles, p. 440.

¹⁹⁶¹ DELMAS-MARTY M., TEITGEN-COLLY C., *Punir sans juger*, Paris, Economica, 1992, « avant-propos », p. 7.

¹⁹⁶² C'est à une répartition de la charge de la preuve que procède ainsi le CoRDIS : CRE, décis. n° 02-38-11 du 28 mars 2011, portant sur le différend qui oppose la société Voltalia Organabo Investissements à la société Électricité de France (EDF) relatif aux conditions de raccordement 'une installation de production photovoltaïque au réseau public de distribution d'électricité, non-publiée au JORF.

du délai de recours, que la mise en ligne d'une délibération de la CRE, dans l'espace consacré à la publication des délibérations de l'Autorité suffit à faire courir le délai de recours à l'égard d'un professionnel du secteur¹⁹⁶³. Donc la publication d'une décision dans l'espace dédié à cet effet sur le site internet entérine le caractère définitif de celle-ci mais fait également courir, pour l'acteur concerné, le délai de recours.

995. L'injonction constitue une des modalités de sanction. Le principe du pouvoir d'injonction est posé par la jurisprudence. La CRE peut, sur cette base, imposer aux gestionnaires et aux utilisateurs des réseaux des prescriptions propres à régler les différends qu'ils lui soumettent. Ces derniers en ayant donc une incidence sur la conclusion, le contenu ou l'exécution de leurs conventions, la CRE peut prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire¹⁹⁶⁴. Le CoRDIS peut enjoindre à un gestionnaire de délivrer une offre de contrat permettant au demandeur la mise en place d'une prestation en décompte dans un délai d'un mois¹⁹⁶⁵. Il en est de même d'une injonction portant obligation pour les gestionnaires de rendre accessible aux demandeurs potentiels toutes les informations nécessaires au raccordement¹⁹⁶⁶. Le Comité peut également enjoindre à un gestionnaire de proposer une nouvelle proposition technique et financière¹⁹⁶⁷. Tout ceci démontre la tonicité vigoureuse, l'étendue et la technicité du pouvoir d'injonction du CoRDIS.

996. En cas de saisine concurrente avec le juge du droit commun par un contribuable, rien n'empêche le CoRDIS de statuer sur sa compétence propre¹⁹⁶⁸. L'obligation de transparence qui incombe au gestionnaire entraîne celle de justifier, en se fondant sur des éléments objectifs, l'obligation pour lui de communiquer au demandeur les choix de raccordement qu'il a retenus

¹⁹⁶³ CE, 13 juill. 2016, *Sté. GDF Suez*, n°388150.

¹⁹⁶⁴ CA Paris, 22 mai 2007, *Sté. GDF*, n° 2006/16883.

¹⁹⁶⁵ CRE, décisis. n° 04-38-09 du 2 oct. 2009, *relatif au comptage de l'électricité injectée par les installations de production des sociétés Tembec Tarascon et Bioenerg*, non-publiée au JORF.

; CA Paris, 7 avr. 2011, *Sté. ERDF*, n° 2009/22783 ; CRE, décisis. n° 23-38-14 du 6 mai 2015, *portant sur le différend qui oppose la société Valsophia et la société Electricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif aux conditions de raccordement d'un projet immobilier*, JORF n° 0165 du 19 juill. 2015.

¹⁹⁶⁶ CRE, décisis. n° 01-38-11 du 29 avr. 2011, *portant sur le différend qui oppose la SICAE de la Somme et du Cambrasis à la société GRTgaz concernant l'application des contrats relatifs à l'interface entre les opérateurs de transport et de distribution, aux prestations de raccordement au réseau de transport et aux conditions de livraison du gaz naturel*, JORF n° 0120 du 24 mai 2011.

¹⁹⁶⁷ CRE, décisis. n°06-38-11 du 20 mai 2011, *portant sur le différend qui oppose la société Nouvelles Energies dynamiques (NED), la société Parc éolien de Rageade I (PER 1) et la société Bois + Biomasse Energie (BBE) à la société Electricité Réseau Distribution France (ERDF) et à la société RTE EDF Transport relatif aux conditions de raccordement de leurs installations de production éolienne au réseau public de distribution d'électricité*, JORF n° 0161 du 13 juill. 2011.

¹⁹⁶⁸ CRE, décisis. n° n°182-38-11 du 14 mai 2014, *portant sur le différend qui oppose le Groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) Tri Lann à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif aux conditions de raccordement d'une installation de production photovoltaïque au réseau public de distribution d'électricité*, non-publiée au JORF.

ainsi que les charges qui en découlent¹⁹⁶⁹ et en cas de délai de renforcement du réseau, le CoRDIS peut lui enjoindre d'apporter des éléments le justifiant¹⁹⁷⁰. Une réclamation formulée pour le remboursement d'une fraction de la Contribution au service public de l'électricité (CSPE) qui présente un caractère d'imposition, en conséquence de son plafonnement en fonction de la valeur ajoutée, bien qu'elle doive être précédée d'une réclamation préalable auprès de la CRE, ne peut être regardée comme un recours dirigé contre une décision prise par les instances de celle-ci au titre des missions de contrôle ou de régulation¹⁹⁷¹.

997. Le pouvoir de sanction du CoRDIS connaît des limites. La jurisprudence a pu considérer que les moyens soulevés d'office par la CRE doivent se soumettre au principe du contradictoire. C'est ainsi qu'il a été décidé que l'Autorité viole le principe du contradictoire lorsqu'elle fonde sa décision sur un moyen nouveau sans avoir, au préalable, invité les parties à présenter leurs observations¹⁹⁷². Tout comme il ne lui appartient pas, dans le cadre de son pouvoir de sanction, de prononcer des condamnations tendant à l'exécution d'obligations contractuelles ou à la réparation d'un préjudice né de leur inexécution, pas davantage d'enjoindre à la signature d'un contrat¹⁹⁷³. Mais ce dernier cas connaît quelques atténuations notamment si la demande d'injonction porte sur la carence dont le gestionnaire du réseau a fait preuve en ne communiquant aucune proposition technique et financière ou en ne tirant pas la conséquence de celle-ci en termes de réparation¹⁹⁷⁴. Il en est également ainsi d'éventuelles demandes indemnitaires formulées par le demandeur¹⁹⁷⁵, d'une demande de compensation financière ou d'une demande tendant à la réparation du préjudice subi¹⁹⁷⁶.

998. De même, le pouvoir d'injonction est limité par les circonscriptions des compétences de la CRE. En effet, si elle a la possibilité de constater qu'un producteur est redevable des sommes et pénalités que lui réclame un distributeur, il ne lui appartient pas d'enjoindre à ce dernier de payer cette somme sous peine de sanction¹⁹⁷⁷. Tout comme il n'appartient pas au CoRDIS de se prononcer, en lieu et place du juge commercial, sur une demande de paiement d'un solde de

¹⁹⁶⁹ CRE, déc. du 29 avr. 2011, *SICAE de la somme, supra*.

¹⁹⁷⁰ CRE, déc. du 20 mai 2011, *Nouvelles énergies dynamiques, supra*.

¹⁹⁷¹ CE, 5 mars 2012, *Sté. Ciment Calcia*, n° 346410.

¹⁹⁷² CA Paris, 24 févr. 2004, *Sté. Sinerg*, n° 2003/10671.

¹⁹⁷³ *Ibid.*

¹⁹⁷⁴ CA Paris 8 nov. 2012, *Sté. GAEC Saint Doué*, n° 2011/20368.

¹⁹⁷⁵ CA Paris, 7 nov. 2013, *Sté. V-Score*, n° 2012/10166.

¹⁹⁷⁶ CRE, déc. n° 19-38-13 du 22 oct. 2014, *portant sur le différend qui oppose la société Blandins Hydro Nature à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif au refus de conclusion d'un contrat d'accès au réseau public de distribution d'électricité*, non-publiée au *JORF*.

¹⁹⁷⁷ CA Paris, 25 janv. 2005, *Sté. Cerestar c./ EDF, supra*.

travaux de raccordement¹⁹⁷⁸. Pas plus qu'il ne lui appartient de condamner un producteur au paiement de pénalités de retard¹⁹⁷⁹. Répartition des compétences entre régulateur et juge oblige.

999. Au vu de ce qui précède, on peut être en mesure de comprendre à quel point le rôle de la Commission de régulation de l'énergie est à la fois complexe et indispensable à la matérialisation de l'ouverture à la concurrence d'un secteur demeuré pendant longtemps sous monopole étatique. Le nœud de cette complexité ne réside pas tant dans la capacité de cette autorité de rendre effectif ou non son pouvoir de sanction que dans la conciliation si fine entre un service public essentiel et sa soumission à des règles de fonctionnement d'ordre privé. Bien que s'opérant à des proportions différentes, cette conciliation entre des facteurs qui peuvent paraître *a priori* inconciliables demeure l'une de fonctions les plus harassantes des autorités de régulation. On l'observe également et plus particulièrement auprès de l'ARCEP.

D- L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes comme juxtaposition parfaite entre exorbitance et flexibilité

1000. L'ARCEP fut créée le 5 janvier 1997 sous le nom de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART). Le titre IV de la Loi du 26 juillet 1996¹⁹⁸⁰, intitulé « la régulation des télécommunications », indiquait dans son article 36 qu'il « *est créé, à compter du 1er janvier 1997, une autorité de régulation des télécommunications* ». C'est en 2005 qu'elle devient ARCEP par l'élargissement de ses compétences à la régulation des communications électroniques et celle des postes. Une montée en puissance sans doute dictée par l'accroissement de l'Internet. Cette autorité qui se présente comme celle qui régule « *au nom de l'État, mais en toute indépendance par rapport au pouvoir politique et aux acteurs économiques* »¹⁹⁸¹, résulte de la vague de libéralisation entamée dans les années 90 et dont le secteur des télécoms ne pouvait être du reste. On lui confie une mission ambitieuse. Outre l'accompagnement de cette ouverture à la concurrence, l'ARCEP, en tant que gardien et architecte des réseaux, au-delà d'en créer les conditions d'une organisation plurielle et décentralisée, « *veille à la fourniture du service universel, et accompagne les pouvoirs publics pour étendre la connectivité sur*

¹⁹⁷⁸ CRE, décis. du 20 mai 2011, *Sté. Nouvelles énergies dynamiques, supra*.

¹⁹⁷⁹ CA Paris, 4 oct. 2005, *CPCU*, n° 2005/05505.

¹⁹⁸⁰ Loi n° 96-659 du 26 juill. 1996, portant réglementation des télécommunications, *JORF* n° 174 du 27 juill. 1996.

¹⁹⁸¹ ARCEP, « A quoi sert l'ARCEP ? », accessible au lien suivant : <https://www.arcep.fr/larcep/nos-missions.html#:~:text=L'Arcep%20est%20une%20autorit%C3%A9,politique%20et%20aux%20acteurs%20%C3%A9conomiques>. (Consulté le 05/03/2017).

l'ensemble du territoire »¹⁹⁸². L'accès à ce bien commun aux plus lointains des territoires s'avère donc être une préoccupation tant pour le Gouvernement que pour le régulateur¹⁹⁸³.

1001. Depuis la création de cette autorité indépendante, il y a parallèlement eu un développement considérable des réseaux qui, au demeurant ont pris une place incontournable dans la société. Considérés par l'Autorité de régulation comme un « *bien commun, quel que soit leur régime et leur propriété* », les réseaux devaient en conséquence être soumis à une régulation indépendante. Au nom de cette dernière, « *les institutions démocratiques ont jugé qu'une intervention étatique indépendante était nécessaire pour veiller à ce qu'aucune force, qu'elle soit économique ou politique, ne soit en situation de contrôler ou de brider la capacité d'échange des utilisateurs* »¹⁹⁸⁴. Le défi de l'ouverture à la concurrence des télécommunications tient dans la conciliation entre des objectifs, *a priori*, contradictoires. Il fallait, en vertu de cette ouverture qui est devenue effective le 1^{er} janvier 1998, concilier entre un service considéré comme universel et les exigences de la concurrence. La notion de concurrence semble définitivement être consubstantielle à la régulation. C'est sans doute au nom de cette difficile conciliation et nécessairement pour assurer une meilleure transition que, pour un début, l'ARCEP, alors l'ART, corégulait le secteur avec le ministre en charge des télécommunications. Le monopole de l'opérateur historique, France télécom, devenu Orange, que la jurisprudence considère comme exerçant une influence significative sur le marché des télécoms¹⁹⁸⁵, devait être sinon cassé, du moins réduit par l'accès des concurrents à ses infrastructures essentielles. Là aussi, à l'instar de la CRE, l'ouverture de cette concurrence s'est également opérée sous « *la poussée* »¹⁹⁸⁶ du droit communautaire.

1002. Afin de mieux cerner en quoi l'ARCEP, dans son organisation et son fonctionnement (**1**), constitue une véritable juxtaposition entre exorbitance et flexibilité, il convient de s'intéresser au règlement des différends au sein de l'Autorité (**2**), à la mise en œuvre ainsi qu'à l'étendue et à la diversité de ses pouvoirs (**3**), avant de revenir sur l'apport d'autres autorités

¹⁹⁸² ARCEP, « Construire la régulation par la Data. L'ARCEP dans l'État plateforme », 17 oct. 2017, accessible au lien suivant : https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/regulation-par-la-data-161017-HD.pdf. (Consulté le 10/12/2017).

¹⁹⁸³ En atteste le dernier accord signé, le 14 janv. 2018, entre le Gouvernement, l'ARCEP et les opérateurs mobiles pour accélérer la couverture numérique des territoires. Dans le cadre de la politique de cohésion des territoires.

¹⁹⁸⁴ ARCEP, « Construire la régulation par la Data. L'ARCEP dans l'État plateforme », art. cit.

¹⁹⁸⁵ Cass. com., 05 juin 2019, n° 17-22.192.

¹⁹⁸⁶ BOY L., « La fonction de régulation de l'Autorité de régulation des télécommunications. Réflexions contributives à la notion de régulation », in BOY L. (dir.), *Les pouvoirs de l'Autorité de régulation des télécommunications*, Rapport, préc. p. 1.

indépendantes pour une régulation exhaustive des acteurs des communications électriques et des postes (4).

1- L'adaptation de l'organisation de l'ARCEP à la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant

1003. L'organisation de l'ARCEP a profondément changé suite à la censure de sa procédure de sanction par le Conseil constitutionnel en juillet 2013. La remise en cause de son indépendance et son impartialité a eu pour conséquence une séparation organique et fonctionnelle pour le moins originale. Il en a découlé, dès l'apparition du décret en août 2014¹⁹⁸⁷, une sorte de *triumvirat* composé d'organes distincts mais tout aussi complémentaires et harmonisés.

1004. L'ARCEP comprend désormais trois organes. Il y a d'abord la Formation plénière (FP) qui réunit l'ensemble des membres du Collège, à l'exception des membres de la Formation restreinte qui est chargée de la sanction. La Formation plénière, comprenant sept membres, délibère sur l'ensemble des décisions et avis à l'exception de celles que la loi attribue expressément à l'un des deux autres organes de l'ARCEP. Ensuite, vient la Formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction (FRDPI). Elle est composée de quatre des membres dont le Président. Sa mission est celle, comme son nom l'indique, de régler les différends ainsi que l'instruction et la poursuite des agissements qui violent les dispositions du Code des communications électroniques et des postes. En fin, vient la Formation restreinte dont la mission est de délibérer les décisions. Il lui appartient de sanctionner ou de ne pas sanctionner après la poursuite décidée par la FRDPI conformément aux dispositions des articles L. 5-3 et L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques (ci-après CPCE). La FR est composée de trois des membres les plus récemment nommés à l'exception du président. L'article L. 5-3 fixe les modalités de saisine et détermine les seuils de sanctions appliquées par l'Autorité¹⁹⁸⁸. La saisine peut être d'office ou à la demande du ministre chargé des postes et

¹⁹⁸⁷ Décret n° 2014-867 du 1er août 2014 relatif à la procédure de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *JORF* n° 0178 du 03 août 2014.

¹⁹⁸⁸ L'article L. 3, tel qu'il résulte de la Loi n° 2010-123 du 9 févr. 2010, relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, *JORF* n° 034 du 10 févr. 2010, dispose que « *Les services postaux portant sur les envois de correspondance intérieure et transfrontière sont offerts par tout prestataire de services postaux, sous réserve de l'obtention d'une autorisation délivrée par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes dans les conditions prévues à l'article L. 5-1. Cette autorisation n'est toutefois pas requise si ces services se limitent à la correspondance intérieure et n'incluent pas la distribution* ». L'ARCEP délivre donc les autorisations aux opérateurs des services postaux en vertu de cet article, calcul les coûts du service dit universel conformément à l'article L. 1. Elle exerce également le contrôle comptable et tarifaire au regard de l'article L. 5-2. Dans le domaine des services postaux, l'ARCEP dispose à la fois d'un pouvoir de conciliation au regard de

télécoms, d'une organisation professionnelle, d'une association agréée d'utilisateurs, d'une personne physique ou morale concernée, d'un prestataire du service universel postal ou d'un titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 3¹⁹⁸⁹. Il faut toutefois que la qualité pour saisir l'Autorité soit établie et que le dommage soit certain et direct. La jurisprudence considère à cet effet que le syndicat CFE-CGC France Télécom-Orange ne peut être regardé comme une « *organisation professionnelle* » au sens de l'article L. 36-11¹⁹⁹⁰. La sanction quant à elle peut, selon les cas, aller de l'avertissement, en passant par la suspension de l'autorisation pour un mois au plus, à la réduction d'une année de la durée de l'autorisation, voire son retrait pur et simple.

1005. Ce qu'il convient d'appeler un bousculement des pratiques de l'ARCEP par les juges constitutionnels, et sur lequel il est utile de revenir en détails dans la partie consacrée au pouvoir de sanction, a abouti à une sorte de stratification louable des organes du gendarme des télécoms. Cette séparation organique et fonctionnelle répond à un souci d'indépendance et d'impartialité. L'article 130 du Code des postes et des communications électroniques indique la procédure de prise de décision par l'ARCEP de sorte à éviter des interférences entre les membres de la formation plénière et ceux de la Formation restreinte. À cet effet, et en vertu de l'alinéa 5 de l'article précité, la Formation restreinte ne peut délibérer que si au moins deux de ses membres sont présents. Les personnes assistant les membres de la Formation restreinte ne peuvent être choisies parmi celles ayant participé à la préparation des actes de poursuite et d'instruction.

1006. Si les membres de la Formation restreinte sont ceux qui sont le plus récemment nommés au sein de l'institution, est-ce, en soi, une garantie supplémentaire de leur indépendance ? On peut douter du fondement pertinent d'un choix aussi curieux. La séparation fonctionnelle et organique aurait amplement suffi à octroyer toute l'impartialité dont cette institution a besoin. Il serait difficile de démontrer concrètement en quoi le caractère récent de leur nomination détermine l'impartialité des décisions par eux prises. Même si l'argument selon lequel

l'article L. 5-7 et d'un pouvoir de règlement des différends en vertu des articles L. 5-4 à L. 5-6 du Code des postes et des communications électroniques.

¹⁹⁸⁹ Cet article dispose que les services postaux portant sur les envois de correspondance intérieure et transfrontière sont offerts par tout prestataire de services postaux, sous réserve de l'obtention d'une autorisation délivrée par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse dans les conditions prévues à l'article L. 5-1.

¹⁹⁹⁰ Le juge souligne en effet qu'il n'est pas établi qu'un éventuel manquement de la société Free Mobile à ses obligations de couverture fixées par l'ARCEP soit de nature à léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts des personnes représentées par le syndicat, lequel ne peut être regardé, en l'espèce, comme une « personne morale concernée » au sens des dispositions du même article. Cf. CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 8 avr. 2013, *Syndicat CFE-CGC France Télécom-Orange*, n° 359789 ; GRAVELEAU Ph., « Qualité pour saisir l'ARCEP d'une décision de sanction », *Gazette du Palais*, 25 avr. 2013, n° 115.

l'ancienneté au sein d'une institution peut être facteur de complaisance à l'égard des acteurs régulés, les modalités et la durée du mandat, non renouvelable des membres de l'ARCEP, renforcées par le contrôle du juge devraient suffire, à notre avis, à garantir leur indépendance et leur impartialité¹⁹⁹¹. Néanmoins, ce surplus sémantique n'étonne guère car après la réforme intervenue suite à la censure du Conseil constitutionnel, on a même pu dire que la nouvelle organisation de l'ARCEP garantit mieux son « *impartialité objective* »¹⁹⁹². Il est compréhensible que l'indépendance et l'impartialité de l'ARCEP soient renforcées par sa dotation budgétaire consolidée et ce dans le but de la « *préservation de toute interférence* »¹⁹⁹³, conformément à la Loi du 20 janvier 2017 portant statut des AAI et des API¹⁹⁹⁴. Mais c'est assez étonnant que des qualités comme la compétence, l'intégrité et la nature même de leur fonction ne puissent pas suffire à garantir celles-ci et, au surplus, qu'il faille rajouter que seuls les membres récemment nommés peuvent siéger au sein de la FR. De surcroît, qu'il faille désormais, aux yeux de la doctrine, rajouter à l'indépendance un caractère objectif. En tout état de cause, il faudrait noter que la séparation fonctionnelle actuelle de l'ARCEP est des plus appréciables dès lors que, au-delà de l'exorbitance, une place primordiale est accordée à la procédure de règlement des différends.

2- La mise en œuvre ab initio de la procédure de règlement des différends

1007. Le législateur avait, dès le départ, compris l'importance de la place de la conciliation et du règlement des différends dans la régulation des télécommunications. L'article L. 36-9 du Code des Télécoms lui reconnaissait d'emblée la compétence en matière de conciliation. Bien que très peu pratiquée au départ¹⁹⁹⁵, le règlement des différends a pris toute sa place au sein de l'Autorité. L'article L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques lui donne la compétence pour trancher les litiges à l'issue de la procédure de règlements des différends. Son importance est telle que, contrairement à la CRE où le Comité qui règle les différends est

¹⁹⁹¹ Il est clairement indiqué sur le site de l'institution que les membres du collège ne sont pas révocables, leur mandat de six ans n'est pas renouvelable et leur fonction est incompatible avec toute autre activité professionnelle, tout mandat électif national ou tout autre emploi public. Une charte de déontologie a été adoptée en 2007 par l'ARCEP. Par ailleurs, depuis la loi relative à la transparence de la vie publique du 11 oct. 2013, les membres du collège sont soumis à des obligations de déclaration de situation patrimoniale et de déclaration d'intérêts.

¹⁹⁹² BOUL M., BIOY X., SIMONIAN H. *et al.*, « Autorités administratives indépendantes et libertés fondamentales », *LPA*, 26 juin 2015, n° 127, p. 11.

¹⁹⁹³ HENNION C., *Communication électronique et économie numérique*, Avis présenté au nom de la Commission des affaires économiques pour le projet de loi des finances 2019, Assemblée nationale, oct. 2018, n° 1255, t. IX, p. 10.

¹⁹⁹⁴ Loi du 20 janv. 2017, portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, préc.

¹⁹⁹⁵ Le Rapport d'activité de l'ART, publié en 1997, p. 126, indique que seulement 3 cas de conciliation lui furent soumis cette année-là.

celui-là même qui délibère, il y a, au sein de l'ARCEP, un organe distinct de la Formation restreinte et dont la mission est uniquement réservée audit règlement des différends.

1008. La place des mécanismes dits *softs* au sein de la régulation des réseaux est d'autant plus fulgurante que l'ARCEP envisage de s'inspirer de la CNIL en procédant à la notation des plateformes¹⁹⁹⁶. Le but est de les inciter à mieux respecter les règles. C'est-à-dire qu'à côté de la régulation de la data, on cultive aussi la régulation par la data car « *il n'y a en effet pas que du coercitif à envisager* »¹⁹⁹⁷ à l'endroit des acteurs régulés. Cette régulation par la data telle qu'elle est mise en œuvre par l'ARCEP est d'ailleurs qualifiée de « *méthodes innovantes* »¹⁹⁹⁸. La dissuasion que peut apporter l'atteinte à la réputation des entreprises va parfois au-delà de toute effectivité d'une quelconque sanction pécuniaire, aussi élevée soit-elle. C'est dans ce sens qu'il est envisagé de mettre en place la procédure anglo-saxonne dite *name and shame*. Elle consiste à porter à la connaissance du grand public les noms des entreprises qui ne se conforment pas aux règles. Aussi petite que puisse paraître une telle ambition, elle peut être efficace car aucune entreprise ne veut avoir l'opinion publique sur son dos. D'autant plus qu'il s'agit là d'une question devenue très sensible, c'est-à-dire les données. Il semble que le Gouvernement français envisage une telle possibilité pour la lutte contre l'évasion fiscale¹⁹⁹⁹. Si le régulateur économique veut se faire aider, d'une manière ou d'une autre, par l'opinion publique dans le but de rendre la régulation plus effective, cela va de soi. Dans le cadre de la régulation des télécommunications, la mise en œuvre de cette procédure de *name and shame* serait plus axée sur la dénonciation des comportements portant atteinte à l'ouverture à la concurrence ou des attitudes discriminatoires de certains acteurs. Par ailleurs et en vertu des

¹⁹⁹⁶ L'article 50 de la Loi République numérique, inséré dans l'article 111-7 du Code de la consommation indique, dans le but de renforcer la clarté et la loyauté des plateformes, qu'une « *autorité administrative indépendante* compétente peut procéder à des enquêtes dans les conditions prévues à l'article L. 511-6 afin d'évaluer et de comparer les pratiques des opérateurs de plateformes en ligne mentionnées au premier alinéa du présent article. Elle peut, à cette fin, recueillir auprès de ces opérateurs les informations utiles à l'exercice de cette mission. Elle diffuse périodiquement les résultats de ces évaluations et de ces comparaisons et rend publique la liste des plateformes en ligne qui ne respectent pas leurs obligations au titre de l'article L. 111-7 ». Ladite autorité sera, selon le président de l'ARCEP, la DGCCRF.

¹⁹⁹⁷ SORIANO S., « La mue de l'ARCEP vers le numérique », Entretien *RLC* 2016/56, n° 3091, p. 8.

¹⁹⁹⁸ LAMY, « Les données : nouvel instrument de régulation économique », *RLDA*, n° 6098, p. 1.

¹⁹⁹⁹ DUCHEMIN R., « La France est-elle prête pour le *name and shame* ? », *Europe 1*, 28 mars 2018, accessible : <https://www.europe1.fr/politique/la-france-est-elle-prete-pour-le-name-and-shame-3610826>. (Consulté le 18/04/2018) ; GARIN V., « '*Name and shame*' : qu'est-ce que cette nouvelle arme du Gouvernement ? », *RTL*, 11 juin 2019, accessible : <https://www.rtl.fr/actu/politique/name-and-shame-qu-est-ce-que-cette-nouvelle-arme-du-gouvernement-7797387468#>. (Consulté le 02/09/2019).

articles L. 2134-2²⁰⁰⁰ et 2134-3 du Code des transports, même la procédure dite flexible de règlement de litige peut être assortie d'astreintes et de mesures conservatoires.

3- Des prérogatives couronnées par un pouvoir de sanction effectif au parcours tumultueux

1009. L'ARCEP est dotée d'un certain nombre de pouvoirs qui lui permettent de rendre effective la régulation des télécommunications. Ceux-ci sont couronnés par l'ultime pouvoir de sanction qui, en réalité, ne se met en œuvre qu'après l'épuisement d'une kyrielle de pouvoirs et de procédures. Avant de revenir sur lesdits pouvoirs, il serait important d'aborder le pouvoir réglementaire de l'Autorité (a) qui n'a certes rien d'une sanction, mais l'importance de sa place ainsi que les critiques d'une partie de la doctrine à son égard ne peuvent laisser indifférent. Par la suite, serait-il indispensable d'aborder la mise en demeure (b) et le pouvoir de perquisition (c) avant d'entamer *stricto sensu* le pouvoir de sanction (d) qui peut, comme on l'a indiqué ci-haut, aller jusqu'à la très exorbitante prérogative de retrait de l'autorisation à un acteur.

a- La légitimité d'un pouvoir réglementaire contesté

1010. Le pouvoir réglementaire de l'ARCEP, dont la nature et la portée sont souvent contestées par une partie de la doctrine, joue pourtant un rôle essentiel dans la régulation. Certains auteurs estiment en effet que le pouvoir réglementaire accordé aux AAI n'est légitime qu'à la condition qu'elle soit « *subordonné, spécial et résiduel* »²⁰⁰¹ vis-à-vis du pouvoir réglementaire de l'exécutif. Arnaud Haquet souligne toutefois le caractère disproportionné de certaines critiques dans la mesure où le pouvoir réglementaire de ces autorités est préalablement défini et délimité par le législateur. Donc un conflit de compétence réglementaire ne risque pas vraiment de se poser dès lors que « *la question de la concurrence entre le pouvoir réglementaire des autorités indépendantes et celui du Premier ministre ne se pose pas* »²⁰⁰². C'est un pouvoir non seulement résiduel mais surtout interprétatif des objectifs fixés par le Droit et la réglementation en vigueur dans le domaine. Il touche divers aspects dont l'interconnexion,

²⁰⁰⁰ L'alinéa 3 de cet article indique que « *En cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant l'accès au réseau ou à son utilisation, l'autorité peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner, le cas échéant sous astreinte, les mesures conservatoires nécessaires. Ces mesures peuvent comporter la suspension des pratiques portant atteinte aux règles régissant l'accès au réseau concerné ou à son utilisation* ».

²⁰⁰¹ Cet auteur qualifie une telle manière de concevoir le pouvoir réglementaire des AAI de « *jacobin* ». L'auteur souligne notamment s'agissant du caractère résiduel que considéré ce « résidu » comme vidé de son contenu comme une interprétation qui a « *peu de sens parce qu'il est évident que leur compétence ne saurait être réduite par l'intervention du Premier ministre. Comment imaginer que le Premier ministre vide la compétence de l'AMF ou de l'ARCEP ?* ». Cf. HAQUET A., « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes », *RDP*, 1er mars 2008, n° 2, p. 3.

²⁰⁰² *Ibid.*, p. 7.

considérée comme « *la clé de la réussite de la concurrence* »²⁰⁰³, mais englobe également la mise en œuvre des décrets relatifs au service universel. En effet, dans le but de parachever sinon de pérenniser l'ouverture à la concurrence des monopoles traditionnels, ce pouvoir réglementaire, appelé aussi pouvoir « *d'analyse de marché* »²⁰⁰⁴, est considéré comme l'un des outils les plus efficaces permettant aux acteurs concurrents de Orange, opérateur historique, d'accéder aux infrastructures essentielles des réseaux²⁰⁰⁵. L'ARCEP fixe également les tarifs portant accès à la boucle locale cuivre²⁰⁰⁶.

1011. En outre, octroyer un pouvoir réglementaire à une autorité administrative disposant d'une expertise approfondie dans un domaine est la meilleure façon de participer à une régulation efficace du domaine concerné. Raison pour laquelle, il faut insister sur le caractère résiduel de ce pouvoir mais surtout sur sa subordination à la stricte interprétation du pouvoir réglementaire du Gouvernement et des règles fixées par le législateur. Comment « *peut-on confier un pouvoir réglementaire à une autorité irresponsable politiquement alors que l'exécutif exerce le pouvoir réglementaire parce qu'il est responsable devant le Parlement ?* »²⁰⁰⁷, persiste cet auteur. Il convient de réitérer que les caractères circonscrits de ce pouvoir réglementaire « *relèvent de l'évidence* »²⁰⁰⁸ et sont conformes à la logique des principes régissant la séparation des pouvoirs.

1012. Les autorités administratives ne sont pas des acteurs au-dessus du droit pas plus qu'elles ne peuvent se substituer ni au législateur, ni au Gouvernement, mais elles en complètent les insuffisances de ceux-ci sous le contrôle du juge. C'est pourquoi, à notre avis, on pourrait considérer le pouvoir normatif des autorités administratives comme un pouvoir réglementaire interprétatif et technique. Une telle précision permettrait de dissiper les malentendus. D'autant plus que parfois ce pouvoir réglementaire peut être au « *cœur des tensions entre les autorités administratives indépendantes et l'administration* »²⁰⁰⁹. Aussi, il ne faudrait pas généraliser et

²⁰⁰³ LAGET-ANNAMAYER A., *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité*, Paris, LGDJ, 2002, p. 355.

²⁰⁰⁴ CARON I., « 3 questions à la direction juridique de l'ARCEP », *JCP E*, 27 nov. 2014, n° 48, p. 891.

²⁰⁰⁵ Les infrastructures essentielles dans le domaine des télécommunications sont composées entre autres de la boucle locale et des infrastructures de génie civil.

²⁰⁰⁶ ARCEP, décis. n° 2017-1570 du 21 déc. 2017, *fixant un encadrement tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre pour les années 2018 à 2020*, *JORF* n° 0007 du janv. 2018.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 1.

²⁰⁰⁸ HAQUET A., « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 8.

²⁰⁰⁹ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public « Jurisprudence et avis de 2000 », Paris, La Documentation française, mars 2001, 473 p. p. 337. Cf. aussi A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 2.

donner une dimension démesurée au pouvoir réglementaire des autorités administratives²⁰¹⁰. D'autant plus que la régulation dite sectorielle comme celle exercée par l'ARCEP est « *fondamentalement distributive de subjectivité juridique* »²⁰¹¹. La complexité de la régulation confiée à l'ARCEP découle principalement de ce caractère « *subjectif* » du contentieux devant elle réglé. Car c'est « *principalement les droits subjectifs à l'interconnexion appartenant aux opérateurs qui sont en jeu* »²⁰¹². En tous les cas, toutes les procédures auxquelles elle est soumise avant de décider ainsi que le contrôle juridictionnel opéré *ex post* nous invitent à relativiser les critiques lui attribuant un pouvoir normatif disproportionné qu'il n'aurait pas.

b- L'impérativité de la mise en demeure avant la sanction

1013. La mise en demeure est une procédure judiciaire qui permet de notifier à l'acteur économique concerné de se conformer aux dispositions du Code des postes et des communications électroniques après que le régulateur ait constaté un manquement. Elle permet à l'acteur non seulement de se défendre si besoin est requis mais également de mettre fin à une pratique qui, sans être définitivement confirmée, peut lui valoir des sanctions. La Cour de cassation a estimé que l'ARCEP ne peut procéder à la sanction que seulement après avoir mis en demeure l'acteur concerné²⁰¹³. C'est pourquoi, chaque décision de sanction, à moins qu'il s'agisse d'une urgence absolue, est nécessairement précédée d'une mise en demeure qui n'a pas été respectée²⁰¹⁴. Le respect de cette phase est d'autant plus important qu'en cas de conformité de l'entreprise aux règles suite à la mise en demeure, la sanction n'aura plus lieu d'être. Selon le Conseil d'État, dans le cas où, au cours de l'instruction d'une procédure ouverte par l'Autorité, les manquements de l'exploitant ou du fournisseur à ses obligations cessent, que ce soit avant qu'une mise en demeure ait été adressée ou à la suite d'une telle mise en demeure,

²⁰¹⁰ Comme le mentionne Arnaud Haquet, les autorités disposant d'un pouvoir réglementaire sont limitées : En plus de l'ARCEP, il y a la CNIL, la CRE, le CSA, l'AMF et l'ASN sur une quarantaine d'autorités administratives indépendantes. Aussi, cette délégation de pouvoir réglementaire demeure, comme nous l'avons souligné, strictement encadré.

²⁰¹¹ BOY L., « La fonction de régulation de l'Autorité de régulation des télécommunications », art. cit., p. 2.

²⁰¹² RACINE J-B., « La procédure devant l'Autorité de régulation des télécommunications », in BOY L. (dir.), *Les pouvoirs de l'Autorité de régulation des télécommunications*, Rapport, préc., p. 53.

²⁰¹³ CE, 4 juill. 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, n^{os} 334062 et 347163.

²⁰¹⁴ C'est en application de l'article L.36-11 du Code des postes et communications électroniques ne s'est faite qu'à la suite, d'une part, d'une notification des griefs. Cf. ARCEP, décis. n° 2016-1016-FR date du 28 juill. 2016, *portant sanction à l'encontre de la société SFR*, non-publiée au *JORF*.; ARCEP, décis. n° 2016-0576-RDPI du 27 avr. 2016, *portant sanction de la société SFR*, non-publiée au *JORF*; ARCEP, décis. n° 2015-0937-RDPI du 22 juill. 2015, *portant mise en demeure de SFR de respecter ses obligations relatives à la couverture en 2G des zones identifiées dans le cadre des dispositions du 1 de la convention du 15 juillet 2003*, non-publiée au *JORF*; ARCEP, décis. n° 06-0140 du 31 janv. 2006, *autorisant la société SFR à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1 800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public*, non-publiée au *JORF*.

l'Autorité ne peut que mettre un terme à la procédure de sanction²⁰¹⁵. Il s'ensuit que l'ARCEP ne peut sanctionner des acteurs en conflit avec les dispositions du Code des postes et des communications électroniques que s'ils ne se conforment pas à la mise en demeure qui leur a été adressée au préalable, y compris si la conformité a lieu pendant l'ouverture de la procédure de sanction par le gendarme des télécoms.

1014. Si, conformément à l'article L. 36-11, seuls les acteurs ne s'étant pas conformés à une mise en demeure qui leur est adressée peuvent être sanctionnés, il s'ensuit qu'une réquisition tendant à la condamnation d'un opérateur s'étant conformé à la mise en demeure en cessant les pratiques prohibées ne peuvent donc faire l'objet d'une condamnation. C'est ainsi qu'une décision de l'ARCEP qui refuse de les condamner après conformité à la mise en demeure ne peut en conséquence être considérée comme abusive²⁰¹⁶. Dans le cadre de la couverture des zones dites de « *déploiement prioritaire* »²⁰¹⁷, l'ARCEP avait mis en demeure, en 2016, la société SFR de se conformer aux prescriptions définies par une décision de 2012²⁰¹⁸ autorisant cette société à utiliser des fréquences dans la bande 800 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public²⁰¹⁹. Pourtant, souligne l'Autorité, l'essentiel du déploiement nécessaire à la société SFR n'implique pas l'installation de nouveaux pylônes mais l'adaptation de sites existants, et les équipements utilisés pour l'implantation d'infrastructures de réseaux 4G sont largement disponibles. Ce cas illustre parfaitement la nécessité pour les autorités de régulation de disposer d'un pouvoir de contrainte suffisant. L'on ne peut contraindre l'opérateur historique, au nom de l'ouverture à la concurrence, d'ouvrir ses infrastructures essentielles aux acteurs concurrents sans se donner les moyens légitimes de contraindre ces derniers à respecter leurs obligations. L'ouverture à la concurrence, partout où elle est devenue effective, constitue un droit pour ces acteurs, mais ce

²⁰¹⁵ CE, 4 juill. 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, *supra*.

²⁰¹⁶ CE, 19 janv. 2009, *Sté. Saint Martin Câble TV FWI*, n° 301148, n° 301175 cité dans Lamy, « Précisions sur le pouvoir de sanction de l'ARCEP », *RLDI*, 1^{er} mars 2009, n° 47 et s.

²⁰¹⁷ Selon l'ARCEP la zone de déploiement prioritaire est définie par une liste de communes en annexe 3 aux décisions d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 800 MHz. Elle correspond à 18% de la population métropolitaine et 63% de la surface du territoire dans les zones les moins denses.

²⁰¹⁸ ARCEP, décis. n° 2012-0039 du 17 janv. 2012, *portant autorisation à la société SFR à utiliser des fréquences dans la bande 800 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public*, *JORF* n° 0036 du 11 févr. 2012.

²⁰¹⁹ Dans cette décision de 2012, SFR avait obligation de couvrir 40% de la population de ces zones au 17 janv. 2017 et 90 au 17 janv. 2022. Mais l'ARCEP s'est rendu compte que seulement 7,68% de la population est couverte. Donc soit un déficit de couverture à hauteur de 32,32%. Cf. ARCEP, décis. n° 2016-0244-RDPI du 18 févr. 2016, *portant mise en demeure de la société SFR de se conformer aux prescriptions définies par la décision*, non-publiée au *JORF*.

droit ne peut être considéré comme tel que lorsqu'il est accompagné du respect des obligations incombant auxdits acteurs.

1015. L'importance de la mise en demeure se manifeste tant en termes de procédure qu'en termes de preuve supplémentaire à l'égard de l'acteur prévenu. D'autant plus que le pouvoir de sanction attribué à l'ARCEP par l'article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques ne l'habilite pas à enjoindre à un exploitant ou à un fournisseur de réparer les conséquences des manquements lorsque ceux-ci ont été régularisés²⁰²⁰. À quoi bon de sanctionner si l'on peut rétablir l'ordre par une mise en demeure ?

1016. Toutefois, la jurisprudence judiciaire et administrative reconnaît conjointement son rôle parfois désagréable pour les concurrents de l'opérateur historique s'ils veulent le voir sanctionner rétroactivement. Il semblerait en effet que « *les opérateurs alternatifs seraient privés de toute possibilité raisonnable de faire constater les manquements délictuels passés auxquels l'opérateur historique a mis fin et d'obtenir l'indemnisation de leur préjudice devant un juge* »²⁰²¹. D'où la nécessité à la fois pour le régulateur et pour le juge de vérifier qu'il n'y ait pas, de la part des acteurs, le dessein de violer les règles dans le simple but d'instrumentaliser le caractère impératif de la mise en demeure. Par ailleurs, la jurisprudence a pu considérer qu'il résulte des dispositions de l'article L. 36-11 que l'ARCEP ne peut prononcer une sanction à l'encontre d'exploitants de réseaux ou de fournisseurs de services n'ayant pas respecté les dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité que si ceux-ci ne se sont pas conformés à la mise en demeure qui leur a été préalablement adressée par l'Autorité²⁰²². De ce fait, le directeur des services de l'ARCEP n'a pas commis d'erreur de droit en classant sans suite les plaintes dont il était saisi à leur encontre de la part des concurrents.

1017. Dans une telle configuration, une question se pose. Faudrait-il considérer la mise en demeure comme une sanction ? Une telle question n'est pas dénuée de sens car les acteurs peuvent la contester devant le Conseil d'État²⁰²³. Il n'en reste pas moins qu'elle est considérée

²⁰²⁰ CE, 4 juill. 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, *supra*.

²⁰²¹ Cass. com., 15 févr. 2018, *Sté. Verizon France*, n° 17-22.192, FS-D, cité dans Conseil d'État, *Cour de cassation Groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Rapport, mai 2018, p. 9, disponible à l'adresse suivante : <https://www.courdecassation.fr/IMG//Rapport%20QPC%20Conseil%20d%20Etat%20Cour%20de%20cassation%202018%20-.pdf>. (Consulté le 18/06/2017).

²⁰²² CE, 19 janv. 2009, *Sté. Saint Martin Câble TV FWI*, n° 301 1 48, Comm. F. FORSTER, « Postes et télécommunications », *Gazette du palais*, 24 avr. 2009, n° 113, p. 36.

²⁰²³ Recours de la société Free contre la décision de l'ARCEP du 25 nov. 2010, rendant publique la décision du Directeur général. Cf. ARCEP, déc. n° 2010-1295 du 25 nov. 2010, *rendant publique la décision du Directeur*

par la jurisprudence davantage comme une obligation intermédiaire qu'une sanction en tant que telle. L'article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques n'a pas pour effet d'interdire à la Formation restreinte de l'ARCEP de sanctionner un manquement à une obligation intermédiaire fixée dans une mise en demeure, et compte tenu notamment des circonstances de l'espèce et de la gravité du manquement, de prononcer sans attendre l'expiration de la dernière échéance prévue dans la mise en demeure initiale, la sanction de retrait des droits d'utilisation de fréquences²⁰²⁴.

c- Un pouvoir de perquisition renforcé

1018. À l'instar des autres AAI, l'ARCEP peut, dans l'accomplissement de sa mission de régulation, recourir à des perquisitions. Ce pouvoir a été renforcé par la Loi République numérique avec des dispositions que certains qualifient de « *charnières* »²⁰²⁵, confirmant ainsi la qualification qui fait de l'ARCEP le « *bras armé* » de la régulation des communications électroniques. En effet, l'article 20 bis de la loi susmentionnée modifiant l'article L. 32-4 du CPEC renforce significativement son pouvoir de perquisition dans les locaux des acteurs du secteur, personnes physiques ou morales. Mais cet article insiste aussitôt sur la proportionnalité qui doit accompagner une telle démarche. Cette dernière est d'autant plus importante que ce pouvoir est partagé avec le ministre en charge du numérique. Donc l'exécutif qui, comme nous le savons, n'est pas une autorité indépendante. C'est une garantie pour le respect des droits des acteurs dont les locaux seront perquisitionnés. Le II de l'article L. 32-4 dispose que « *les fonctionnaires et agents placés sous l'autorité du ministre chargé des communications électroniques et de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, habilités à cet effet par ledit ministre et assermentés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, peuvent, pour l'exercice de leurs missions, opérer sur la voie publique, pénétrer entre 8 heures et 20 heures dans tous lieux utilisés à des fins professionnelles par les personnes*

général en date du 23 nov. 2010 et portant mise en demeure de la société Free, non-publiée au JORF. Toutefois, il y aura par la suite une ordonnance donnant acte de désistement le 20 mai 2011.

²⁰²⁴ CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 15 avr. 2016, *Sté. Guadeloupe téléphonie mobile*, n° 390759 ; GRAVELEU Ph., « Pouvoir de sanction de l'ARCEP : manquement à une obligation intermédiaire », *Gazette du palais*, 17 mai 2016, n° 18, p. 39.

²⁰²⁵ NECIB D., « L'ARCEP, le bras armé de la nouvelle République numérique », *Lamy*, 1^{er} nov. 2016, n° 55.

mentionnées aux I²⁰²⁶, 2²⁰²⁷ et 2 bis²⁰²⁸ du I du présent article, à l'exclusion des parties de ceux-ci affectées au domicile privé, et accéder à tout moyen de transport à usage professionnel ». Le législateur rajoute que ces agents peuvent obtenir ou prendre copie de ces documents par tout moyen et sur tout support.

1019. On assiste ici à la manifestation de l'exorbitance dans toute sa profondeur même si elle s'avère justifiée par la complexité de la régulation du numérique. Le regard du juge doit être des plus vigilants afin d'éviter des abus car les droits des acteurs sont également protégés. C'est en soi une bonne chose que le législateur ait pris en compte la complexité qui gouverne certaines données des acteurs des télécoms. D'où la formulation « *tout moyen ou tout support* ». C'est d'ailleurs en vertu de cela que l'article L. 32-5 soumet les perquisitions, quoi que de manière non impérative, à l'autorisation du juge. Le même article donne au responsable du local professionnel ou du domicile privé, d'invoquer son droit d'opposition à la visite. Auquel cas la visite ne peut se dérouler qu'après l'autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance compétent. Les agents peuvent perquisitionner tous les lieux utilisés à des fins professionnelles par les acteurs mentionnés aux I de l'article L. 32-4. L'exorbitance, bien que moins souvent relevée par la doctrine, fut très tôt reconnue aux autorités de régulation. Par son biais, l'ARCEP peut non seulement fixer des tarifications, mais elle peut également recalculer des chiffres en cas de doute à l'égard d'un opérateur et ce même en cas de mise en avant du secret d'affaires²⁰²⁹. La Cour de cassation estime d'ailleurs que les opérateurs et prestataires de communications électroniques se doivent, en vertu de l'article L. 83 du livre des procédures fiscales, de transmettre leurs données à l'administration fiscale sans que l'argument de l'opposabilité du secret professionnel ne soit opérant²⁰³⁰.

²⁰²⁶ Les agents peuvent, sur décision motivée, effectuer des visites auprès des personnes physiques ou morales exploitant des réseaux de communications électroniques ou fournissant des services de communications électroniques les informations ou documents nécessaires pour s'assurer du respect par ces personnes des principes définis aux articles L. 32-1 et L. 32-3, ainsi que des obligations qui leur sont imposées par le présent code ou par les textes pris pour son application.

²⁰²⁷ Les agents peuvent également recueillir auprès des personnes fournissant des services de communication au public en ligne les informations ou documents concernant les conditions techniques et tarifaires d'acheminement du trafic, y compris de gestion, appliquées à leurs services, notamment en vue d'assurer le respect de la neutralité de l'Internet mentionnée au q du I de l'article L. 33-1.

²⁰²⁸ Il peuvent enfin recueillir auprès des gestionnaires d'infrastructure d'accueil les informations ou documents nécessaires pour s'assurer du respect par ces personnes des obligations prévues aux articles L. 34-8-2-1 et L. 34-8-2-2.

²⁰²⁹ ART, décis. n° 00-49 du 20 mai 2000, portant sur l'affaire opposant *France télécom* et *Télécom réseau*, non publiée au *JORF*. Cette décision avait été confirmée par : CA Paris 27 juin 2000, *Sté. France Telecom*, n° 2000/02659.

²⁰³⁰ Cass., civ., com., 7 avr. 2010, *M. S. X.*, n° 09-15.122. L'article L. 83 du livre des procédures fiscales dispose que « *Les administrations de l'État, des départements et des communes, les entreprises concédées ou contrôlées par l'État, les départements et les communes, ainsi que les établissements ou organismes de toute nature soumis*

d- Le parcours tumultueux pouvoir de sanction de l'ARCEP

1020. À l'instar du CSA et de la CRE, l'ARCEP ne dispose pas d'une commission des sanctions²⁰³¹ telle que celle existant auprès de l'AMF. C'est plutôt la Formation restreinte, ayant quasiment et en tout état de cause les mêmes attributions, qui inflige les sanctions. Les attributions de la Formation restreinte ainsi que la procédure qu'elle est tenue de suivre en matière de sanction sont posées par l'Article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques. Cet article, tel qu'il résulte des réformes de la Loi dite LME²⁰³² et celle du 23 novembre 2018²⁰³³, énumère les mécanismes de la mise en œuvre du pouvoir de sanction de l'ARCEP. Il en découle la faculté de l'Autorité de s'autosaisir en cas de manquement grave nécessitant des mesures d'urgences. L'autosaisine est en ce sens l'un des mécanismes de mise en œuvre de la régulation exorbitante du secteur. Elle peut également être saisie par le ministre en charge de la communication électronique ou les collectivités territoriales. Elle veille, par le biais de ce pouvoir de sanction, au respect des dispositions du Code susmentionné et des règlements européens²⁰³⁴. Ce pouvoir de sanction s'est exercé jusqu'en 2013 sous la trique d'un organe collectif agissant au nom de l'ARCEP, mais l'affaire Numéricâble va, à partir de cette date, bousculer cette pratique en soulevant l'inconstitutionnalité du cumul des prérogatives de poursuite et de sanction.

1021. Le tournant jurisprudentiel visant à garantir l'indépendance et l'impartialité des décisions de l'ARCEP s'est opéré en 2013. Suite à une question prioritaire de constitutionnalité²⁰³⁵, le Conseil constitutionnel avait considéré que certaines dispositions relatives au pouvoir de sanction de l'ARCEP n'étaient pas conformes à la Constitution²⁰³⁶. Cette jurisprudence fit alors couler beaucoup d'encre auprès de la doctrine et des acteurs du secteur.

au contrôle de l'autorité administrative, doivent communiquer à l'administration, sur sa demande, les documents de service qu'ils détiennent sans pouvoir opposer le secret professionnel ».

²⁰³¹ LOMBARD M., NICINSKI S., GLASER E., *AJDA*, comm. 14 oct. 201, n° 1953.

²⁰³² Article 112 de la loi de modernisation de l'économie.

²⁰³³ Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018, portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, *JORF* n° 0272 du 24 nov. 2018.

²⁰³⁴ Règlement UE n° 531/2012 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, *JOUE*, n° L 172/10 du 30 juin 2012. ; Règlement UE n° 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *JOUE*, n° L 310/1 du 26 nov. 2015.

²⁰³⁵ CE, 29 avr. 2013, *Sté. Numéricâble SAS et NC Numéricâble*, n° 356976 (sur saisine du Conseil d'État).

²⁰³⁶ En substance, le Conseil constitutionnel déclarait dans le dispositif de sa décision que « *les douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 du code des postes et communications électroniques, dans leur rédaction modifiée en dernier lieu par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, à l'exception des mots et phrases insérés dans l'article par ladite ordonnance, sont contraires à la Constitution* ». Cf. Cons. const., du 5 juill. 2013, *Sté. Numéricâble SAS*, *supra*.

Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel estime que dès lors que « *selon le premier alinéa de l'article L. 132 du Code des postes et des communications électroniques, les services de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sont placés sous l'autorité du président de l'Autorité ; que, selon l'article D. 292 du même code, le directeur général est nommé par le président de l'Autorité, est placé sous son autorité et assiste aux délibérations de l'Autorité ; que, par suite et alors même que la décision de mise en demeure relève du directeur général, les dispositions des douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques, qui n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité ; que celles de ces dispositions qui sont de nature législative doivent être déclarées contraires à la Constitution* »²⁰³⁷.

1022. Pascale Idoux semble être partie de l'appréciation la plus équilibrée de la remise en cause voire la censure de ce pouvoir de sanction par le Conseil constitutionnel. Elle souligne d'abord que la décision du Conseil est « *instructive* » avant de relever le motif d'une telle décision car trouve-t-elle que la séparation des pouvoirs de poursuite et de sanction était « *insuffisante* »²⁰³⁸. Dans le même sens, Florence Chaltiel Terral évoque, quant à elle, une occasion pour le Conseil constitutionnel de « *préciser les contours de l'application des principes d'indépendances et d'impartialité* »²⁰³⁹. À son tour, Olivia Dufour évoque tout simplement la nécessité pour l'ARCEP de séparer les fonctions de poursuite et de jugement²⁰⁴⁰, en rappelant au passage qu'une telle recommandation avait été déjà émise dans un rapport de 2012²⁰⁴¹. D'aucuns ont également pu évoquer « *l'inconstitutionnalité de la procédure* »²⁰⁴². Ces

²⁰³⁷ Considérant 12 de la décision précitée.

²⁰³⁸ IDOUX P., « L'inconstitutionnalité du pouvoir de sanction de l'ARCEP », *RLC*, 13 oct. 2013, n° 3. 6 p.

²⁰³⁹ CHALTIEL TERRAL F., « L'ARCEP devant le juge constitutionnel : à propos de la décision QPC du 05 juill. 2013 », *LPA*, 17 oct. 2013, n° 208, p. 6.

²⁰⁴⁰ DUFOUR O., « L'ARCEP doit séparer ses fonctions de poursuite et de jugement », *LPA*, 18 août 2013, n° 159, p. 4.

²⁰⁴¹ Le Club des juristes, *Des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives*, Rapport, coll. « Commission europe », mai 2012, 85 p., disponible à l'adresse suivante : https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2012/05/Rapport_Principes_communs_pour-les-autorit%C3%A9s-administratives-.pdf. (Consulté le 25/04/2017).

²⁰⁴² DALLOZ, « Pouvoir de sanction de l'ARCEP : inconstitutionnalité de la procédure », *Recueil Dalloz*, 5 juill. 2013, p. 1689.

qualificatifs mesurés sont en décalage avec ce que certains considéraient, notamment des journalistes et pas que²⁰⁴³, comme une « *perte* »²⁰⁴⁴ du pouvoir de sanction de l'ARCEP.

1023. Quoi qu'il en soit, ce pouvoir de sanction tel qu'il est reformé suite à cette censure est désormais acquis, effectif et même, bien heureusement, exorbitant. Mais une question demeure tout de même. Était-il vraiment nécessaire d'appliquer cette séparation de poursuite et de sanction *ab initio* alors même que les décisions des autorités administratives font l'objet de contrôle strict par les juridictions ? Pascale Idoux considère qu'une telle question n'est pas totalement insensée car cette séparation stricte de poursuite et de sanction résulte d'une « *exigence européenne incertaine* »²⁰⁴⁵. Même si elle reconnaît que c'est une exigence désormais établie sous l'impulsion du juge européen²⁰⁴⁶ et bénéficiant en outre d'une position explicite du Conseil constitutionnel. Elle ne manque pas non plus de souligner que vouloir aller au bout de la logique juridictionnelle transformerait les AAI en des juridictions. Bien que n'étant pas une juridiction à proprement parler, l'ARCEP remplit bien « *une mission juridictionnelle* »²⁰⁴⁷, rappelle néanmoins Jean-Baptiste Racine. Cette mission lui a d'ailleurs été très tôt reconnue par le juge dès lors qu'il lui est permis de rendre des décisions exécutoires. Mais au fond, ce qui est qualifiée par certains de « *juridictionnalisation accrue* »²⁰⁴⁸, semble à la fois nécessaire et complémentaire d'autant plus que le respect de l'article 6 de la CESDH par les AAI ne peut que faciliter l'irremplaçable contrôle exercé par le juge. C'est pourquoi, au lieu de parler de « *perte* » du pouvoir de sanction il semble plus adéquat d'évoquer une décision du moins à effet suspensif d'un cas d'espèce sinon de clarification du pouvoir de sanction de l'ARCEP.

1024. Raison pour laquelle, pour sa part, Martine Lombard préférerait parler de « *reconstruction du pouvoir de sanction de l'ARCEP* »²⁰⁴⁹. Donc cette reconstruction a permis de mettre fin à la

²⁰⁴³ Car même l'Autorité en est venue à parler de Rétablissement du pouvoir de sanction de l'ARCEP après l'adoption de l'Ordonnance de 2014 incluant les modifications demandées par les sages du Conseil constitutionnel.

²⁰⁴⁴ GALLET L., « L'Arcep perd son pouvoir de sanction : les opérateurs auront-ils tous les droits ? », *L'express*, 5 juill. 2013, accessible : https://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/l-arcep-perd-son-pouvoir-de-sanction-les-operateurs-aurent-ils-tous-les-droits_1331300.html. (Consulté le 19/03/2017).

²⁰⁴⁵ IDOUX P., « Rétablissement du pouvoir de sanction et réorganisation du collège de l'ARCEP », *RLC*, 1^{er} juill. 2014, n° 40, 1, 2 et 3.

²⁰⁴⁶ CEDH, plén., 8 juin 1976, *Engel et a. c./ Pays Bas*, n° 5100/71, série A, n° 22 ; CEDH, 21 févr. 1984, *Oztürk c./ Allemagne*, n° 8544/79, série A, n° 56.

²⁰⁴⁷ RACINE J-B., « La procédure devant l'Autorité de régulation des télécommunications », art. cit., p. 53.

²⁰⁴⁸ ISNARD N., « Contentieux de la régulation des communications électroniques. Pouvoir de sanction », *Juriclasser Communication*, 8 mai 2017, fasc. 1409, p. 5.

²⁰⁴⁹ LOMBART M., « Reconstruire le pouvoir de sanction de l'ARCEP (et du CSA) », *AJDA* 2013, n° 1953, comm. sous Cons. const., 5 juill. 2013, *Sté. Numéricable SAS*, *supra*.

suspension du pouvoir de sanction par la publication du décret du 1^{er} août 2014²⁰⁵⁰. Cette anomalie fut alors rectifiée par une l'Ordonnance relative à l'économie numérique publiée en 2014²⁰⁵¹ et complétée par le Décret relatif à la procédure de sanction de l'ARCEP²⁰⁵². Ce dernier revient plus en détails sur la procédure et la mise en œuvre du pouvoir de sanction. Ce qui fut en cause, c'était le cumul, par le directeur général des fonctions de poursuite et d'instruction qui relèvent désormais exclusivement de la Formation restreinte. Cette séparation fonctionnelle, spécifique à l'ARCEP, mais tout de même rigoureuse au regard des attentes en elle fixées, a eu pour conséquence l'attribution du pouvoir de sanction *stricto sensu* à la Formation restreinte une fois que l'instruction et la poursuite sont menées par la FRDPI. On retire donc à cette dernière le pouvoir de sanction.

1025. La surprise n'est pas tant que le Conseil constitutionnel censure les dispositions de l'article L. 36-11 mais leur maintien pendant une longue période en dépit d'une jurisprudence abondante prohibant la cumulation de ces deux fonctions tant au niveau national qu'euro péen. La Cour de cassation avait déjà, en 1997, sanctionné la Commission des opérations de bourse, (ci-après la COB), pour ce cumul de fonction de poursuite et de jugement²⁰⁵³ dont les « *grandes conséquences* »²⁰⁵⁴ sur l'ensemble des AAI furent immédiates, à l'exception de l'ADLC qui conserva une séparation originale par rapport aux autres puisqu'elle se contentait d'une « *séparation fonctionnelle* »²⁰⁵⁵. Une alternative validée par le Conseil constitutionnel qui avait considéré qu'une telle séparation n'est pas contraire à la Constitution et aux principes régissant le procès équitable²⁰⁵⁶.

1026. Ces autorités ont toutes eu à mettre en place des organes, certes internes, mais indépendants pour procéder à la sanction. Sur le plan européen, la CEDH a eu, depuis 1991 avec l'affaire *Borgers contre Belgique*²⁰⁵⁷, à condamner ce dernier pour violation de l'article 6 de la Convention des droits de l'Homme. Olivia Dufour précise par ailleurs que ces affaires

²⁰⁵⁰ Décret du 1er août 2014, relatif à la procédure de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, préc.

²⁰⁵¹ Ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014, relative à l'économie numérique, *JORF* n° 0062 du 14 mars 2014.

²⁰⁵² Décret du 1er août 2014 relatif à la procédure de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, préc.

²⁰⁵³ Cour de Cass., Ass. plén., 5 févr. 1999, *Oury*, *supra*, sanctionnant la COB pour impartialité. Cette jurisprudence sera très rapidement suivie de l'arrêt de la CA Paris, 7 mars 2000, *KPMG Fiduciaire de France*, n° 1999/15862.

²⁰⁵⁴ FRISON-ROCHE M.-A., « L'arrêt *Oury* est l'arrêt fondamental par lequel la Cour de cassation a contraint l'État français à repensé ce qu'est un régulateur », 5 févr. 1999, disponible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/cour-de-cassation-assemblee-pleniere-4/>. (Consulté le 10/03/2017).

²⁰⁵⁵ DUFOUR O., « L'ARCEP doit séparer ses fonctions de poursuite et de jugement », art. cit., p. 4.

²⁰⁵⁶ Cons. const., 12 oct. 2012, *Canal Plus e. a. supra* (suite à une QPC sur saisine du Conseil d'État, 17 juill. 2012 n° 353856, *Canal Plus e. a. supra*)

²⁰⁵⁷ CEDH, *Borgers c./ Belgique*, 30 oct. 1991, n° 12005/86, série A, n° 214-B.

devraient faire écho pour le CSA dont l'organisation est encore à parfaire sur le volet de la séparation organique et fonctionnelle²⁰⁵⁸. Cette séparation est plutôt normale au sein de toute autorité de régulation dotée de pouvoir administratif exorbitant dont celui de sanctionner. En tout état de cause, tout renforcement de l'indépendance et de l'impartialité des autorités de régulation y va de leur crédibilité et donc de leur légitimité tant aux yeux de l'État qu'à ceux des acteurs économiques, d'autant plus que ce pouvoir « *constitue un des moyens fondamentaux de l'action du régulateur sectoriel particulièrement efficace et dissuasif* »²⁰⁵⁹. Il fut d'ailleurs très tôt reconnu même par la Chambre commerciale de la Cour de cassation²⁰⁶⁰ et ne fait plus l'objet de remise en cause. L'enjeu reste simplement celui de son étendue de son effectivité ainsi que les modalités de sa mise en œuvre, surtout lorsqu'il implique des conséquences graves comme le retrait d'une autorisation d'utilisation de fréquence à un des acteurs régulés.

1027. Le retrait d'autorisation est non seulement un symbole de l'exorbitance des pouvoirs de la Formation restreinte mais c'est aussi et surtout une sanction ultime. Il pourrait même être qualifié de corolaire de l'exorbitance du pouvoir de sanction de l'ARCEP. En 2015, l'Autorité a eu à mettre en œuvre ce pouvoir dans trois cas similaires concernant les opérateurs de téléphonies mobiles en Guadeloupe, en Guyane et en Martinique. En l'espèce, la société Guadeloupe Téléphonie Mobile demandait l'annulation de la décision du 9 mai 2015, par laquelle la Formation restreinte de l'ARCEP lui a retiré l'ensemble des droits d'utilisation des fréquences qui lui avait été attribué en 2008²⁰⁶¹. Ces opérateurs reprochaient alors à l'Autorité une fausse application de l'article L. 36-11 en ce qu'elle leur prive la possibilité de se mettre en conformité avec la mise en demeure dont elles ont précédemment fait l'objet. Mais à décharge pour l'Autorité, ces reproches sont formulées alors même que la Formation restreinte avait constaté le non-respect par les trois sociétés d'une échéance allant jusqu'au 15 janvier 2015. Le Conseil d'État estime alors que ce moyen n'était simplement pas fondé. Au motif que le retrait décidé par la Formation restreinte était disproportionné, le juge des référés, statuant sur les requêtes similaires des sociétés *Guyane Téléphonie Mobile*²⁰⁶² et *Martinique Téléphonie*

²⁰⁵⁸ DUFOUR O., « L'ARCEP doit séparer ses fonctions de poursuite et de jugement », art. cit., p. 4.

²⁰⁵⁹ CARON I., « 3 questions à la direction juridique de l'ARCEP », art. cit., p. 891.

²⁰⁶⁰ Cass. com., 7 avr. 2010, *M. S. X*, *supra*.

²⁰⁶¹ ARCEP, déc. n° 2015-0592-FR du 19 mai 2015, *prononçant une sanction à l'encontre de la société Guadeloupe Téléphone Mobile en application de l'article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques*, non-publiée au *JORF*.

²⁰⁶² ARCEP, déc. n° 2015-0594-FR du 19 mai 2015, *prononçant une sanction à l'encontre de la société Guyane Téléphone Mobile en application de l'article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques*, non-publiée au *JORF*.

*mobile*²⁰⁶³, estime qu'il résulte de l'instruction que les intéressées n'ont pas apporté la preuve, tant dans les pièces du dossier qu'à l'audience, d'un commencement de déploiement des équipements nécessaires à l'exploitation des réseaux mobiles 2G et 3G²⁰⁶⁴. La sanction de l'ARCEP était donc doublement fondée. Ces sociétés n'avaient non seulement pas honoré les engagements souscrits lors de l'attribution de l'accès au réseau en 2008, mais elles s'étaient surtout rendues coupables du non-respect de la mise en demeure.

1028. Cette exorbitance de l'Autorité s'applique également lorsqu'un acteur des télécoms ne se déclare pas. Désormais, en vertu de l'article L. 33-1 du Code des postes et des communications électroniques, elle peut, d'office, déclarer un acteur non préalablement déclaré. Cette réforme a été introduite par la Loi Macron de 2015 et renforcée par la Loi République numérique du 7 octobre 2016. Ce pouvoir de déclaration vient donc se rajouter à celui du retrait d'autorisation formant ainsi une véritable exorbitance d'octroi et d'interdiction. Toutefois, le pouvoir de retrait n'est pas très nouveau au sein de l'ARCEP. Il fut mis en œuvre dès 2002. À l'époque, l'Autorité décidait de retirer, quoique partiellement, l'autorisation à des opérateurs qui n'ont pas rempli l'obligation de déploiement²⁰⁶⁵.

1029. L'influence déterminante de l'opérateur historique est, en tous les cas, consubstantielle à l'ouverture à la concurrence dans la mesure où il dispose d'infrastructures ou facilités essentielles. C'est un renforcement légitime de la responsabilité de l'opérateur réputé exercer une influence déterminante (L. 38 du Code des postes et des communications électroniques). D'où il suit que l'exorbitance de la régulation des télécoms ne s'applique pas uniquement qu'aux acteurs bénéficiant de l'ouverture de la concurrence. Elle s'applique également et avant tout à l'acteur historique détenant les infrastructures essentielles. Ce dernier ne peut refuser l'accès à l'interconnexion à des concurrents au risque de se heurter à une sanction de l'Autorité. Mais d'autres opérateurs ont également acquis une certaine influence, de nature à renforcer leur assise. Ce qui exige de leur part aussi une certaine responsabilité. C'est-à-dire le fait, et pour les uns et pour les autres, de ne pas obstruer la concurrence des autres acteurs pour ainsi assurer

²⁰⁶³ ARCEP, décis. n° 2015-0593, en date du 19 mai 2015, *prononçant une sanction à l'encontre de la société Martinique Téléphone Mobile en application de l'article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques*, non-publiée au JORF.

²⁰⁶⁴ CE, Juge des référés, 08 juill. 2015, *Sté. Guadeloupe, Guyane et Martinique Téléphone Mobile*, aff. jntes., n°s 390765, 390766 et n°390767.

²⁰⁶⁵ ART, décis. n° 02-507 du 27 juin 2002 *concernant les autorisations de boucle locale radio*, non-publiée au JORF ; ART, décis. n° 02-508 du 27 juin 2002, *prise au terme de la procédure engagée à l'encontre de la société Landtel France SAS en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications*, non-publiée au JORF.

l'effectivité de l'exercice de celle-ci et, *in fine*, apporter un choix tant qualitatif que quantitatif aux citoyens et aux consommateurs. Une telle prise en compte des différences d'influence des acteurs s'inscrit dans le cadre de ce qui est désigné ici par la régulation cruciale²⁰⁶⁶.

1030. La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer une décision de l'ARCEP en ceci qu'elle retenait que, sur le marché pertinent défini, la société UPC France, étant le seul offreur sur le marché retenu, exerçait de ce fait une influence déterminante sur le secteur²⁰⁶⁷. L'Autorité a, en conséquence, fait une exacte application des articles L. 37-1 et L. 38 du Code susmentionné. Ne pas obstruer cet accès est donc valable non seulement pour l'opérateur historique mais aussi pour tous les acteurs détenant une facilité essentielle. L'ARCEP a pu par exemple exiger de SFR, qui n'est pas un opérateur historique, « *d'offrir un accès effectif et diligent* »²⁰⁶⁸ à ses pylônes à Free, son concurrent, dans le cadre de la procédure de règlement des différends.

1031. L'ouverture à la concurrence impose à l'opérateur historique, titulaire d'infrastructures essentielles non duplicables, de faire droit à la demande d'interconnexions des opérateurs concurrents. La jurisprudence estime néanmoins qu'en aucun cas, ces opérateurs réputés exercer une influence significative ne sont obligés de justifier intégralement leurs tarifs, dès lors que les dispositions des articles D. 311 et D. 314 du Code des postes et des communications électroniques n'ont pas pour objet ou pour effet de contraindre ces opérateurs à communiquer leurs comptes réglementaires à leurs concurrents²⁰⁶⁹. C'est donc, en l'espèce, à bon droit que la cour d'appel a retenu que ces dispositions ne pouvaient être invoquées par la société SFR pour obtenir un accès aux comptes réglementaires de la société Orange. L'article L. 36-11 précise que la saisine est ouverte aux autres acteurs des télécoms. En ce sens, ils peuvent saisir l'ARCEP en cas de manquements de leurs concurrents ou de l'opérateur historique. Dans l'hypothèse où l'existence d'indices sérieux et précis des manquements sont avérés, la cour qui ne les prendrait pas en compte, prive sa décision de base légale²⁰⁷⁰.

²⁰⁶⁶ Cf. § 1229, 1398 et 1429 et s., *infra*.

²⁰⁶⁷ CE, 2^{ème} / 7^{ème}, 29 déc. 2006, *Sté. UPC France*, n° 288251.

²⁰⁶⁸ ARCEP, décis. n° 2015/1265-RDPI du 3 nov. 2015, *se prononçant sur une demande règlement des différends opposant, d'une part la société Free mobile et, d'autre part, la société SFR*, non-publiée au JORF.

²⁰⁶⁹ Cass., civ., com., 27 sept. 2017, *Sté. France Télécom*, n° 16-13.542.

²⁰⁷⁰ Cass. Com. du 05 juin 2019, n°17-22.192. En l'espèce, la société Verizon France reprochait à Orange une surfacturation de 2 % en 2006 et 15 % en 2007 mais que la cour d'appel, en dépit de l'avoir qualifié de commencement de preuve, n'a pas pris en compte dans sa décision.

4- Le rôle complémentaire de l'ADLC et de la CNIL dans la régulation effectuée par l'ARCEP

1032. Dès lors que le fondement même de la création de l'ARCEP est celui de l'ouverture des télécoms à la concurrence d'une part, et en raison de son lien indéfectible avec le numérique d'autre part, l'on ne peut être exhaustif sur les valeurs de la régulation par elle effectuée sans aborder l'apport et la complémentarité des autorités indépendantes comme l'ADLC ou la CNIL. Depuis 2016, avec la Loi République numérique, l'ARCEP fait également de la neutralité du net une de ses priorités, complétant ainsi tout le travail abattu par la Commission nationale informatique et libertés. Dans ce sens, l'ARCEP « *doit permettre aux utilisateurs finals d'accéder aux informations et aux contenus, de les diffuser, de les utiliser et de fournir les applications et les services sans discrimination ni censure, par l'intermédiaire de leurs fournisseurs d'accès à internet* »²⁰⁷¹. Une telle ambition s'étend sur tous les canaux permettant l'accès au net, qu'il s'agisse des smartphones, des tablettes ou encore des assistants vocaux. Le dispositif national est renforcé dans ce sens par le droit communautaire. Le règlement du 25 novembre 2015²⁰⁷² pose le principe d'universalité reconnu à tous les utilisateurs des réseaux et celui de « *la non-discrimination dans la gestion du trafic* »²⁰⁷³. Indiquant que la régulation des télécommunications « *ne se résume pas à la concurrence* », c'est-à-dire au contentement que le libre exercice de celle-ci suffirait à régler toute la complexité de la question, le Président de l'ARCEP, indique que dans le domaine justement de la gestion des trafics, les opérateurs « *n'ont pas le droit, en dehors de rares exceptions, de gérer le trafic internet de manière indifférenciée* ». D'où sa conclusion, dont la métaphore ne laisse aucun doute sur la place prise par l'accès au trafic, que « *tous les paquets IP naissent libres et égaux* »²⁰⁷⁴. Subtile clin d'œil à la DDHC.

1033. La neutralité du net cherche à pallier les insuffisances laissées par le contentement de la seule ouverture des télécoms à la concurrence. Les compétences de l'ARCEP sur l'importante

²⁰⁷¹ PALMA-ALMARIC V. (dir.), « Chroniques autorités administratives indépendantes et libertés », *LPA*, 11 déc. 2018, n° 12, p. 7.

²⁰⁷² Règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, préc. ; Règlement du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012, concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, préc.

²⁰⁷³ Le 3 de l'article du Règlement dispose que « *Dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet, les fournisseurs de services d'accès à l'internet traitent tout le trafic de façon égale et sans discrimination, restriction ou interférence, quels que soient l'expéditeur et le destinataire, les contenus consultés ou diffusés, les applications ou les services utilisés ou fournis ou les équipements terminaux utilisés* ».

²⁰⁷⁴ SORIANO S., « La mue de l'ARCEP vers le numérique », *Lamyline*, interview RLC, p. 3.

question de la neutralité du net entrent également dans le cadre de la prétention renforcée des régulateurs économiques. Le Rapport de septembre 2010 intitulé « *Neutralité de l'internet et des réseaux-Propositions et recommandations* », à la suite et sur l'inspiration duquel est intervenue la Loi de mars 2011²⁰⁷⁵, souligne avec acuité l'importance prise par la question de la neutralité du net, qui n'est pas sans lien avec les données personnelles et la vie privée. Ce rapport est épaulé par un autre rapport publié en 2018 sur la neutralité de l'Internet sous l'impulsion notamment du cas américain et dans le but de garantir cette neutralité dans le monde²⁰⁷⁶.

1034. En sus de la CNIL, le rôle de l'ADLC dans le domaine des télécommunications démontre sans conteste son caractère transversal²⁰⁷⁷. Le législateur a organisé les modalités d'une telle coordination par le biais de l'article L. 36-10 de Code des postes et des communications électroniques²⁰⁷⁸. Il en résulte qu'en cas d'urgence, l'ADLC statue dans les 30 jours sur les questions relevant de la concurrence. C'est ainsi qu'elle sanctionne les ciseaux tarifaires pratiqués par Orange et SFR pour abus de position dominante suite à la généralisation, dans leurs forfaits respectifs, de l'offre d'appels illimités dite « *on net illimité* »²⁰⁷⁹. La neutralité du net telle qu'elle est prônée par l'ARCEP et défendue par la CNIL se trouve donc imbriquée dans des questions de concurrence qui peuvent justifier la compétence sinon l'apport de l'ADLC. La neutralité implique, selon Sébastien Soriano, président de l'ARCEP, que « *quel que soit le nombre d'opérateurs sur un marché, quel que soit le degré de concurrence entre ces opérateurs, il faut garantir que ceux qui contrôlent techniquement l'accès à l'utilisateur final*

²⁰⁷⁵ Loi n° 2011-302 du 22 mars 2011, portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques, *JORF* n° 0069 du 23 mars 2011.

²⁰⁷⁶ ARCEP, *L'état d'internet en France*, Rapport d'activité 2018, t. 3, juin 2018, t. 3, p. 54, disponible à l'adresse suivante : https://archives.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapportactivitearceptome3edition2018.pdf. (Consulté le 30/06/2019).

²⁰⁷⁷ ADLC, décis. n° 14-D-10 du 25 sept. 2014, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des réseaux et des services de communications mobiles*, non-publée au *BOCCRF*.

²⁰⁷⁸ Le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes saisit l'Autorité de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il pourrait avoir connaissance dans le secteur des communications électroniques. Cette saisine peut être introduite dans le cadre d'une procédure d'urgence, auquel cas l'Autorité de la concurrence est appelée à se prononcer dans les trente jours ouvrables suivant la date de la saisine. Il peut également la saisir pour avis de toute autre question relevant de sa compétence. L'Autorité de la concurrence communique à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes toute saisine entrant dans le champ de compétence de celle-ci et recueille son avis sur les pratiques dont elle est saisie dans le secteur des communications électroniques. Cf. SORIANO S., « Vers une régulation "nouvelle génération" : la Loi République numérique passée au crible du Président de l'ARCEP », 13 déc. 2016, *Actualités du droit*, disponible à l'adresse suivante : <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/public/droit-public-des-affaires/3870/vers-une-regulation-nouvelle-generation-la-loi-republique-numerique-passee-au-crible-du-president-de-l-arcep>. (Consulté le 11/03/2017).

²⁰⁷⁹ Cass. civ., com., 6 oct. 2015, *Sté. Bouygues Telecom*, n°s 14-20.445, 14-21.291.

n'abusent pas de cet avantage pour mettre en avant certains services ou certaines applications »²⁰⁸⁰.

1035. Cette complémentarité d'autorités et de procédures répond à une seule préoccupation : lutter contre le contournement des règles par les acteurs du secteur et parvenir à une régulation « exhaustive ». Le décalage entre l'instrumentalisation des règles juridiques et les moyens de régulation dont disposent les autorités est si préoccupant au point que le régulateur en fait un des domaines où la régulation doit être effective. C'est à ce propos que Sébastien Soriano, indiquait que pour mieux « réguler les barbares, il faut barbariser la régulation »²⁰⁸¹. Pour ainsi dire que le régulateur n'est pas celui qui attend que les choses se passent, il lui appartient surtout de prendre une certaine avance afin de rendre la régulation des acteurs économiques effective. Le droit commun de la concurrence veut que la régulation soit seulement *ex post* afin de lui laisser une réelle effectivité mais le régulateur estime *in fine* que la régulation *ex ante* est tout aussi « nécessaire compte tenu de la situation initiale de monopole qui nécessitait des instruments adaptés et exorbitants pour sortir de cette structure de marché préexistante »²⁰⁸². Ceci renvoie la nécessité de ne pas se fier indéfiniment à la bonne volonté des acteurs régulés.

1036. En tout état de cause, les deux principes fondamentaux de la neutralité du net, que sont l'universalité d'accès et la non-discrimination dans la gestion du trafic, exigent une haute protection et sont désormais acquises. D'où la diversité des missions assignées à la régulation des réseaux dans le pays dès lors que, en sus de son ouverture à la concurrence, celle-ci doit, « se mettre au service des territoires connectés »²⁰⁸³. Au sein de l'ARCEP aussi, tout comme l'ARAFER et la CRE, la mission de cohésion sociale n'est pas reléguée au second plan. C'est ce qui ressort de l'article L 5-2 du CPCE. L'ensemble de ces innovations vont dans le sens de la réinvention de la régulation d'autant plus que celle de la technologie est devenue ce qu'il convient de désigner comme une « nouvelle gouvernance »²⁰⁸⁴.

²⁰⁸⁰ SORIANO S., « La mue de l'ARCEP vers le numérique », art. cit., p. 1.

²⁰⁸¹ *Id.*, « La régulation dans le secteur de l'audiovisuel », in *La régulation*, Colloque organisé par les sections du contentieux et du rapport et des études du Conseil d'État, en partenariat avec l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, 20 nov. 2017 (non publié). Cf. aussi S. SORIANO, « Les barbares attaquent la régulation », in Grand dossier de « La revue stratégique », Colloque ARCEP, *Les barbares attaquent la régulation !*, 5 nov. 2017, accessible : <https://www.arcep.fr/la-regulation/grands-dossiers-thematiques-transverses/la-revue-strategique-de-larcep/colloque-les-barbares-attaquent-la-regulation.html>.

²⁰⁸² *Ibid.*

²⁰⁸³ ARCEP, *La régulation au service de territoires connectés*, 2017, « Groupe d'échange entre l'ARCEP, les collectivités territoriales et les opérateurs », t. 2, avr. 2017, 84 p., disponible à l'adresse suivante : https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/CR-GRACO-travaux2016-010117.pdf. (Consulté le 05/03/2018).

²⁰⁸⁴ La conférence marquant les 20 ans de l'ARCEP organisé le 22 févr. 2017 avait pour thème *RegTech is The new GovTech : La régulation réinventée* », avec des intervenant comme celle de Jean Tirole, Nick Grossman ou

1037. Au-delà du concours de ses homologues, l'ARCEP dispose également de la faculté de saisir le procureur de la République en vertu de l'article L. 36-10²⁰⁸⁵. Cette faculté a récemment été mise en œuvre dans l'affaire opposant l'ARCEP à la société Skype qui, jusque-là se considérait davantage comme un éditeur de logiciel que comme un opérateur des télécommunications. Mais l'Autorité estime que l'activité consistant à fournir au public un service de communication électronique, dès lors qu'elle est soumise à l'article L. 33-1 obligeant une déclaration préalable, peut en conséquence relever de la communication électronique et soumise aux dispositions du Code des postes et des communications électroniques y afférentes. Même si certains y ont vu une certaine « *impuissance* » de l'ARCEP à ramener plus aisément Skype « *dans le chemin de la régulation électronique* »²⁰⁸⁶, il n'en reste pas moins que la saisine du procureur va dans le sens de cette reconnaissance, d'autant plus que cette société met en rapport, par le biais du numérique, des personnes partout dans le monde moyennant bien que « *gratuitement* » des retombées financières. En l'espèce, l'ARCEP traite Skype comme un opérateur mobile et dès lors que ce dernier n'avait pas procédé à la déclaration préalable imposée par l'article L. 33-11, l'Autorité était donc bien fondée de saisir le procureur de la République.

1038. Désormais, et grâce à la Loi du 6 août 2015, « *lorsqu'une personne exploite un réseau ou fournit au public un service de communications électroniques sans déclaration* »²⁰⁸⁷, elle est soumise aux dispositions susvisées. Dans le même sens, l'ARCEP continue l'extension de la qualité d'opérateur puisqu'elle « *poursuit ses travaux en vue de déterminer si elle doit déclarer d'office Skype, WhatsApp ou Google comme opérateurs* »²⁰⁸⁸. Pour certains, la question du statut de Skype ne se pose plus car ce dernier « *est un opérateur téléphonique* »²⁰⁸⁹ dès lors que le régulateur veut le considérer comme tel.

encore Cédric Villani cités dans ARCEP, « L'ARCEP et les marchés régulés », *Rapport d'activité*, 2018, t. I, 136 p.

²⁰⁸⁵ L'alinéa 2 de cet article indique que « *Le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes informe le procureur de la République des faits qui sont susceptibles de recevoir une qualification pénale* ».

²⁰⁸⁶ BENSOUSSAN A., « L'ARCEP saisit le procureur de la république d'un manquement de Skype », *Juristendance Informatique et Télécoms*, avr. 2013, n° 134, p. 1.

²⁰⁸⁷ ACHILLEAS P., « Synthèse Droit des communications électroniques », 1^{er} mai 2019, *Communication commerce électronique*, 2019, n° 5, p. 17-22.

²⁰⁸⁸ *Ibid.*

²⁰⁸⁹ JIBRAEL H., « Télécommunications – Téléphone – Opérateurs-définition juridique, voix sur internet », Question écrite sans réponse n° 22446, à Mme la ministre déléguée auprès du ministre du redressement productif, chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique, Assemblée nationale, 14^{ème} législature, 26 mars 2013, *JORF*, 30 mars 2013.

1039. S'agissant du contrôle juridictionnel, le Conseil d'État est compétent en premier dernier ressort pour connaître des demandes d'annulation des décisions de l'ARCEP²⁰⁹⁰. Seules les décisions portant sur le règlement des différends relèvent de la compétence de la cour d'appel de Paris²⁰⁹¹. Toutefois, même si l'ARCEP dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à la suite à donner à une plainte dont elle est saisie, il n'en reste pas moins que lorsqu'elle refuse d'y donner suite, une telle décision a le caractère d'une décision administrative que le juge de l'excès de pouvoir peut annuler en cas d'erreur de fait ou de droit, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir²⁰⁹². L'objectif est que son pouvoir de sanction ne s'exerce que dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

1040. Au regard de ce qui précède, l'on comprend toute la complexité du rôle des autorités de régulation, qu'elles soient publiques ou administratives. Aussi, réalise-t-on, eu égard à l'ampleur des secteurs régulés et la « crucialité » de acteurs qui y opèrent, toute la nécessité de ne pas les déposséder de la force juridique nécessaire à la préservation de l'ordre public économique. Ce pouvoir administratif exorbitant qui s'exerce de surcroît en vertu de la loi et sous le contrôle *ex post* du juge ne devrait susciter d'inquiétudes. Au contraire, il se doit d'être renforcé tant la préservation de la loyauté de la concurrence, la gestion saine des données personnelles ou encore la protection du choix éclairé et multiple des consommateurs, sont indispensables pour le bon fonctionnement de notre société économique. Mais toutes ces autorités ne peuvent, eu égard non seulement à l'intégration du marché européen mais également et surtout à la mondialisation économique, aboutir à une régulation exhaustive que dans un cadre de coopération et de complémentarité effectives avec la Commission européenne qui, grâce à sa préention, tant politique que juridique, semble être la mieux placée pour réguler une économie mondialisée dont la prolifération des acteurs cruciaux se renforce de jour en jour.

²⁰⁹⁰ CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 19 janv. 2009, *Sté. Saint Martin Câble TV FWI*, n° 301148.

²⁰⁹¹ ARCEP, décis. n°2018-0435-RDPI du 12 avr. 2018, *se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant, d'une part, la société Orange et, d'autre part, les sociétés Free et Free Mobile*, non-publiée au *JORF*. Le pourvoi de Free mobile contre cette décision fut rejeté par la cour d'appel de Paris : CA Paris, 06 juin 2019, *Free Mobile*, n°18/08987. Mais dans une autre décision c'est Orange qui fut condamné au profit de Free Dans cette décision la société Orange sera condamner à verser aux sociétés Free et Free Mobile la somme globale de 15 000 € en application de l'article 700 du Code de procédure civile. Cf. ARCEP, décis. n° 2015-0971-RDPI du 28 juill. 2015, *se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant, d'une part, les sociétés Free et Free Mobile et, d'autre part, la société Orange*, non-publiée au *JORF*. Confirmée par: CA Paris, 5^{ème} / 7^{ème} ch., Pôle 5, 29 juin 2017, *Sté. X*, n° 2015/17204.

²⁰⁹² CE, 04 juill. 2012, *Association française des operateurs de reseaux et services de telecommunications (AFORST)*, *supra* ; Conseil d'État, Rapport sur la *Jurisprudence des formations contentieuses du Conseil d'État*, juill.-août- sept. 2012, p. 498 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/174000512.pdf>. (Consulté le 25/03/2018).

§3- La prééminence de la Commission européenne dans une régulation prétentieuse en maturation

1041. La suprématie de la Commission européenne dans la régulation économique ne se manifeste pas tant par le fait que ses décisions puissent servir de jurisprudence aux autorités nationales que par la perspective de la construction d'une régulation européenne prétentieuse, pouvant être capable de circonscrire, avec effectivité, la puissance fulgurante des acteurs cruciaux de la mondialisation économique. On est en train de construire voire de parfaire la convergence des régulations nationales vers une régulation européenne plus ambitieuse et plus effective. L'hybridité qui fait de la Commission à la fois un organe exécutif de l'Union et une autorité de régulation ne facilite pas sa perception dans l'ossature de la régulation économique. Mais un organe exécutif aussi rapproché de la régulation, soumis à l'impartialité, ne souligne-t-il pas, au-delà de l'apparence, toute l'importance de sa prétention politique dans la régulation économique ?

1042. Dotée d'importants pouvoirs lui permettant de veiller aux intérêts de l'Union, la Commission européenne dispose, en tant que gardien des traités, d'une large panoplie de compétences. L'on se contentera de traiter une partie de celles-ci avec comme point focal le domaine de la concurrence²⁰⁹³. En effet, le respect du droit européen de la concurrence semble se confondre avec le respect de l'ordre public économique européen tant son effectivité est fondamentale à la fois dans la construction et l'aboutissement du marché unique que dans la volonté de parfaire une construction politique commune. Un projet somme-toute complexe. La régulation économique exercée par la Commission européenne fait de cette dernière un régulateur exorbitant par excellence (**A**). Bien que la cumulation de certaines prérogatives ne soit pas exempt de critiques (**B**), il n'en reste pas moins que sa puissance, en tant que régulateur économique, demeure des plus louables face à une économie mondialisée et dominée par des entreprises dont la puissance est en passe de rivaliser celle des États, y compris dans certaines de leurs attributions régaliennes (**C**).

²⁰⁹³ Dans la logique de la considération selon laquelle la concurrence demeure le cœur du droit économique et donc son maintien et sa sauvegarde sont consubstantielles à ceux de l'ordre public économique.

A- La singularité de la Commission européenne dans la régulation économique

1043. La Commission européenne demeure, en tant qu'organe exécutif, bien que complémentaire du Conseil et du Parlement, une institution indépendante. L'article 245 du TFUE précise que « *les membres de la Commission s'abstiennent de tout acte incompatible avec le caractère de leurs fonctions. Les États membres respectent leur indépendance et ne cherchent pas à les influencer dans l'exécution de leur tâche* ». Le même article impose aux membres de la Commission honnêteté et délicatesse quant à l'acceptation d'une fonction après la cessation de leurs activités de commissaires européens. Présentée comme institution politiquement indépendante, la Commission a pour rôle, principalement par le biais de son pouvoir d'initiative, de défendre les intérêts de l'Union en veillant au respect de certaines règles dont les plus emblématiques sinon les plus importantes sont les règles de concurrence. Cette indépendance vis-à-vis du Politique, quand bien même faisant partie des acteurs politiques majeurs de l'Union, lui permet alors, mieux que n'importe quelle autre institution européenne, de jouer pleinement son rôle de régulateur.

1044. Pour mieux étayer ces propos, il convient de revenir sur les attributions de la Commission européenne (1) qui, une fois analysées, font ressortir toute la singularité de sa double attribution d'organe exécutif et d'autorité régulatrice (2). Pour une autorité dotée d'un pouvoir de sanction, une telle singularité est de nature à interpeller les destinataires de ses sanctions (3), au point qu'il convient de s'interroger sur une possible évolution du statut juridique du régulateur économique européen (4).

1- Les attributions de la Commission européenne en matière de régulation économique

1045. En réalité, la Commission a trois principales attributions. Le pouvoir d'initiative législative, celle de veiller au respect des traités et celle de l'exécution des politiques et actes adoptés par le Conseil. De cette qualification de « *gardien*»²⁰⁹⁴ des traités découle sa mission de gardien aussi de l'ordre public économique tel qu'il est prévu par les règles communautaires. La Commission européenne est « *surtout pour ce qui concerne le droit public économique, chargée d'intervenir directement dans certains secteurs d'activité, comme la politique agricole*

²⁰⁹⁴ En vertu notamment des articles 4 et 119 TFUE ainsi que les articles, 13, 101 et 102.

commune, le commerce extérieur et, surtout, la politique de la concurrence »²⁰⁹⁵. Il a été souligné que « *dans ses fonctions régulatrices, l'exécutif européen bénéficie d'une plus ample liberté quant aux moyens mis en œuvre* »²⁰⁹⁶. La décision du Conseil, en date du 28 juin 1999, avait également procédé à l'élargissement de ses compétences en tant qu'organe exécutif de l'Union²⁰⁹⁷.

2- Singularité de la double attribution d'organe exécutif et d'autorité régulatrice

1046. Il va de soi que ce double rôle d'« exécutif-régulateur »²⁰⁹⁸ tel qu'il est cumulé par la Commission européenne peut prêter à confusion ou tout au moins susciter des interrogations. Ce couplage « exécutif-régulateur » est, au regard de certaines considérations, non seulement juste mais révèle surtout, si besoin était, la singularité de la Commission européenne dans la régulation économique. En droit national, cela aurait été inadmissible voire scandaleux de considérer une AAI comme organe exécutif et exerçant dans le même moment un rôle censé être indépendant. L'un des fondements les plus significatifs de toute autorité de régulation demeure son indépendance tant vis-à-vis des États, donc de l'exécutif, que des acteurs régulés.

1047. Soit cette double attribution n'est pas adaptée aux prérogatives du régulateur économique, dès lors que la Commission est appelée à rendre des décisions dont l'indépendance et l'impartialité ne doivent faire l'objet d'aucun doute. À ce moment-là, une évolution dans le sens de la séparation de ces deux fonctions doit être envisagée et pourrait même devenir nécessaire. Soit la Commission, dans ses fonctions exécutives et régulatrices de l'économie, illustre la parfaite harmonisation entre politique et régulation, dans la mesure où le Droit—duquel découle la régulation—est la manifestation d'une prétention politique, teintée d'une identité philosophique, et transposée dans les objectifs de la régulation économique. Si l'on entérine cette deuxième hypothèse, une telle ambivalence dans les compétences de la Commission n'est-elle pas celle qui répond au mieux aux préoccupations de la régulation d'une économie puissante, exponentielle, numérique et mondialisée ? A terme et en cas d'aboutissement de la construction d'une union politique européenne, la donne serait-elle amenée à changer ? Dans ce cas, la forme actuelle s'avèrerait-elle une construction provisoire ? Cela est-il dû au fait que la régulation est d'abord politique avant même d'être juridique et

²⁰⁹⁵ COLSON J.-Ph., IDOUX P., *L'ordre public économique*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 565.

²⁰⁹⁶ RODRIGUE L., *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 131.

²⁰⁹⁷ Conseil UE, déc. n° 1999/468/CE du 28 juin 1999, *JOCE*, L. 184/23 du 17 juill. 1999.

²⁰⁹⁸ Nous décrivons ainsi la Commission comme un organe « exécutif-régulateur ».

économique ? Puis qu'en droit national il y a une véritable distinction, qu'on pourrait même qualifier d'étanche, entre les organes exécutifs et le régulateur. En tout état de cause, la prétention politique de la régulation économique est nécessaire même si dans la procédure et dans la prise et l'exécution des décisions de régulation, tout doit être mis en œuvre pour que la régulation économique ne soit pas une régulation politique. Nuance. Une régulation qui puise ses prétentions dans la Politique mais qui obéit aux règles juridiques et respecte les droits de tous les acteurs régulés, fussent-ils puissants, cruciaux et étrangers. Quand bien même la régulation, quelle que soit sa philosophie ou sa provenance--anglo-saxonne ou européano-civiliste--, n'est rien d'autre que la préservation et la promotion d'une certaine conception de la politique économique. Donc cette particularité s'accroît par le fait que la Commission régule en même temps qu'elle incarne l'organe exécutif de l'Union.

1048. En tenant compte de la politique d'interrégulation, on réalise qu'il y a une tendance, au demeurant compréhensive, qui s'accroît au regard de la construction et de l'achèvement du marché unique. Elle consiste à placer les régulateurs nationaux « *sous l'autorité de la Commission européenne, alors qu'ils sont, notamment en France, indépendants des autorités exécutives* »²⁰⁹⁹. L'explication pourrait également provenir du fait que l'ordre public que la régulation économique cherche à défendre et à préserver est d'abord politique avant d'être juridique et économique. Dans la mesure où « *l'ordre public européen est avant tout un ordre public politique (...) et non-économique* »²¹⁰⁰, cette double qualification constitue peut-être la preuve que l'organisation des institutions européennes, qui n'est pas toujours celle qu'on retrouve au sein des États, ne s'oppose pas à ce que la Commission cumule un rôle exécutif et une fonction régulatrice. Le fait qu'elle soit gardienne des traités et du droit dérivé l'oblige d'ailleurs à saisir la CJUE en cas de non-respect de ceux-ci par un des États membres.

1049. Par ailleurs, la Commission n'échappe pas à la critique adressée aux AAI, en ceci qu'elles se « *présentent à la fois comme appartenant à l'Administration mais comme agissant en pleine indépendance par rapport à celle-ci* »²¹⁰¹. Cet auteur estime qu'un tel compromis semble porter « *atteinte à l'unicité de l'action administrative de l'État* » il n'en souligne pas moins qu'il s'agit là d'une « *hybridité maîtrisée* »²¹⁰². On peut tout de même se demander si

²⁰⁹⁹ COLSON J.-Ph., IDOUX P., *L'ordre public économique*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 570.

²¹⁰⁰ BAILLET O., « La notion d'ordre public dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LAGET-ANNAMAYER A., *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p. 207.

²¹⁰¹ DOMINGO M., DE CHARETTE H. (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Paris, Economica, 2002, Avant-propos, p. VII.

²¹⁰² TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *art. cit.*, p. 153.

l'extraterritorialité du droit américain combinée à la puissance des acteurs économiques mondiaux, majoritairement américains, ne justifient pas une proximité raisonnable entre prétention politique et régulation économique. En tout état de cause, le rôle régulateur de la Commission européenne est l'aspect qui nous intéresse le plus ici.

3- La Commission européenne comme autorité régulatrice à part entière

1050. Dès lors qu'elle édicte des normes techniques, prend des décisions exécutoires et surveille les acteurs économiques, Bertrand du Marais n'avait, pour sa part, pas hésité de qualifier la Commission de « régulateur à part entière »²¹⁰³. André Delion avait, quant à lui, considéré que la Commission est un « super régulateur »²¹⁰⁴. Comme pour synthétiser ces deux approches, la formulation de Stéphane Rodrigues semble restituer toute l'envergure de la Commission européenne dans l'ossature de la régulation économique. Il indique que celle-ci est « l'autorité suprême de la régulation à l'échelon européen »²¹⁰⁵.

4- Mise en œuvre du pouvoir d'enquête et de sanction de la Commission européenne

1051. S'agissant des enquêtes, le refus d'une entreprise de se soumettre à une inspection n'est pas systématiquement sanctionné tant que la Commission n'a pas adopté une décision dans ce sens et pouvant par conséquent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal. Toutefois, celle-ci peut adopter immédiatement une décision contraignante d'inspection sans passer par une quelconque invitation de l'entreprise à se soumettre à une quelconque inspection²¹⁰⁶. Le jeu est donc équilibré. D'un côté, le droit des entreprises contre les éventuels abus de la Commission se trouve respecté²¹⁰⁷, mais de l'autre côté, cette dernière n'est pas démunie devant une éventuelle instrumentalisation de ce droit par les entreprises. Il va de soi que l'entreprise est tenue de coopérer avec la Commission sous peine de voir sa sanction pécuniaire augmenter²¹⁰⁸. Outre la confirmation par la Cour d'une telle nécessité de collaboration de l'entreprise²¹⁰⁹, la

²¹⁰³ DU MARAIS B., *Droit public de la régulation économique, op. cit.*, p. 509-510. Cf. aussi RODRIGUE L., *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux, op. cit.*, 134.

²¹⁰⁴ DELION A., « Notion de régulation et droit de l'économie », in REVET Th., VIDAL L. (dir.), *Annales de la régulation 2009, op. cit.*, p. 15.

²¹⁰⁵ RODRIGUES S., « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », *AJDA*, n° 22/2004, p. 1181, in RODRIGUE L., *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux, op. cit.*, p. 135.

²¹⁰⁶ CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic c./Commission*, aff. C-136/79, *Rec.*, 1980, p. 2033.

²¹⁰⁷ Le Tribunal a, à plusieurs reprises, annulé des décisions d'inspection de la Commission au motif que cette dernière avait été imprécise : Trib. UE, 14 nov. 2012, *Nexans c./Commission*, aff. T-135/09, *Réc. num.* 2012, 596, pt. 94 ; Trib. UE, 14 nov. 2012, *Prysmian c./Commission*, aff. T-140/09, *Réc. num.* 2012, 597, pt. 92.

²¹⁰⁸ CEE, décis. n° 80/334 du 20 déc. 1979, *infligeant une amende au titre de l'article 15 du règlement n° 17, à l'entreprise Fabbrica Pisana*, à Pise, (*Fabbrica Pisana*), *JOCE* n° L 075 du 21 mars 1980 p. 0030-0034.

²¹⁰⁹ CJCE, 29 sept. 1989, *Hoechst AG c./Commission*, aff. jntes 46/87, 227/88, *Rec.* 1989, p. 2859.

Commission a eu, en 2007, à augmenter de 30% une sanction d'une entreprise qui refusait de collaborer dans le cadre des inspections²¹¹⁰. En cas de refus de collaboration, la Commission ne dispose pas d'action directe. Elle est tenue de passer par les autorités nationales de l'État concerné pour contraindre l'entreprise à se soumettre à l'inspection. Elle peut en conséquence, et conformément à l'article 8 du Règlement 1/2003 obtenir un mandat de perquisition délivrée par la juridiction nationale compétente²¹¹¹. L'harmonisation sinon la coordination entre les AR internes et la Commission européenne laisse entrevoir que l'on « *s'achemine lentement vers un modèle européen d'autorité de concurrence* »²¹¹². À cet effet, la Commission a « *le devoir de détecter et de poursuivre les infractions aux règles de concurrence* »²¹¹³. Elle y procède par des renseignements, des inspections et même des enquêtes sectorielles. Pour ces dernières, la procédure semble moins contraignante que lorsqu'il s'agit d'une enquête individuelle. C'est d'ailleurs en 2008 que, pour la première fois, elle fait recours à une enquête sectorielle avec l'aide « *d'inspections inopinées* »²¹¹⁴ dans le secteur pharmaceutique²¹¹⁵.

1052. En dépit des garanties juridiques et les contrôles effectués par le Tribunal et la Cour de justice, les attributions de la Commission en matière de régulation économique peuvent faire, encore une fois, l'objet d'une évolution. Le but est de tendre vers une séparation assez nette entre, non pas de sa double fonction d'« exécutif », qui semble être en phase avec l'avènement des acteurs cruciaux, mais celle de son cumul de pouvoir d'enquête et de sanction qui ne se conjugue pas convenablement avec le principe d'impartialité.

5- Vers un statut juridique évolutif de la Commission européenne en matière de régulation ?

1053. Même si, dans l'état actuel des choses, la suprématie de la Commission européenne dans la régulation économique ne se conçoit pas en termes de hiérarchie judiciaire dans le sens

²¹¹⁰ CEE, décis. n° 2008/C 57/08 du 20 nov. 2007, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/38.432 --*Bandes vidéos professionnelles*), pt. 219, à 227, 2008/C 57/08 du 20 nov. 2007.

²¹¹¹ Toutefois, ce mandat n'est pas requis dans tous les cas car le Tribunal, confirmé par la Cour, a eu à préciser que la Commission n'est pas nécessairement tenue d'obtenir un mandat pour inspecter les locaux d'une entreprise. La Cour estime que la procédure appliquée par la Commission offre des garanties suffisantes au respect des droits des entreprises. Cf. Trib. UE, 6 sept. 2013, *Deutsche Bahn c./Commission*, aff. jntes., T-289/11, T-290/11 et T-521/11 confirmée par la CJUE, 18 juin 2015, *Deutsche Bahn e. a. c./ Commission*, aff. C-583/13, *Réc. num. 2015*, 404 ; Cf. aussi BELLIS J.-F., *Droit européen de la concurrence*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 54.

²¹¹² ZIVY F., Quel schéma institutionnel pour la régulation de la concurrence ? », *Concurrences*, n° 4/2007, 14479, p. 50-63.

²¹¹³ BELLIS J.-F., *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 48.

²¹¹⁴ LAMY Droit économique, « Le déroulement des enquêtes sectorielles », n° 1175, p. 1.

²¹¹⁵ CEE, *Ententes et abus de position dominante : la Commission lance une enquête sectorielle dans l'industrie pharmaceutique et procédera dans ce cadre à des inspections surprises*, Communiqué de presse n° IP/08/49, 16 janv. 2008. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_08_49. (Consulté le 05/03/2018).

classique des mots, il ne serait pas étonnant, en cas d'aboutissement de la construction économique et politique communes, qu'elle puisse définitivement exercée ce rôle supérieur et superviser les régulateurs nationaux. Un marché unique et définitivement intégré tant politiquement qu'économiquement impliquerait un régulateur unique qui décentraliserait ses missions dans les États. Une telle hypothèse n'est d'ailleurs pas tout à fait absente dans l'ossature actuelle de la régulation économique. Le réseau européen des régulateurs joue un rôle important et qui semble être précurseur dans cette optique. Aussi, l'interdiction faite aux autorités nationales de rejurer voire de revenir sur des décisions déjà rendues par la Commission, s'inscrit, de toute évidence, dans le cadre d'une telle perspective. Une telle ambition demeure néanmoins subordonnée à la non moins délicate évolution de l'Union politique et la reconsidération des souverainetés politiques et juridiques des pays membres.

B - Un fonctionnement perfectible de la Commission européenne

1054. Si au regard de l'évolution des droits des entreprises régulées et du contrôle juridictionnel effectué par le juge, il est tout à fait justifié de critiquer la cumulation du pouvoir d'enquête et de sanction par la Commission européenne (**1**), il n'en demeure pas moins que l'imprescriptibilité des crimes économiques invite à une certaine lucidité (**2**). En effet, la récurrence des crimes économiques invite à concilier effectivité de la régulation et respect des droits des entreprises au point qu'on en arrive à une juxtaposition assez singulière des missions du régulateur européen (**3**).

1- Un cumul de pouvoir critiquable au regard de l'évolution des droits des entreprises régulées

1055. S'il faut entendre avec parcimonie les critiques émises à l'encontre de la Commission concernant le cumul des pouvoirs de poursuite et de sanction, il faut d'ores et déjà écarter l'idée d'un régulateur qui serait en croisade contre les grandes entreprises. Car en effet, celle-ci s'avère « moins méfiante à l'égard des entreprises puissantes »²¹¹⁶ qu'elle ne se révèle intraitable sur la protection de l'ordre public économique européen. Le respect de l'ordre public économique sur lequel veille la Commission n'a d'autre objectif que d'octroyer aux acteurs économiques, fussent-ils puissants, un environnement propice à la création de richesses et à l'innovation. Il est cependant de sa responsabilité en tant que premier gardien de l'ordre public

²¹¹⁶ MALURIE-VIGNAL M., *Droit interne et européen de la concurrence*, op. cit., p. 19.

économique européen de tout mettre en œuvre pour le respect du droit par les entreprises dans l'espace communautaire. Sauver l'ordre concurrentiel, c'est sauver les entreprises. Préserver l'ordre public économique, c'est veiller à ce que les entreprises s'épanouissent sans dominer abusivement leurs concurrents ou violer les droits des citoyens et des consommateurs.

1056. Le cumul du pouvoir d'enquête et de sanction par la Commission et critiqué à l'instar de ce qui fut la cas de certaines autorités de régulation en droit interne avant que le Conseil constitutionnel n'interdise cette pratique²¹¹⁷. L'on ne peut être insensible face à la nécessité pour la Commission d'être au plus près du marché pour mieux cerner ses évolutions et en conséquence, mieux encadrer ses dérives. La casquette de l'organe exécutif et défenseur de l'intérêt de l'Union est la position la mieux appropriée pour cela. Cependant, dès lors qu'il lui appartient concomitamment de poursuivre et de sanctionner les violations des règles de la concurrence, pour ne citer que ce domaine-là, il semble primordial de procéder à une dissociation de ces deux fonctions. L'existence de la Direction générale de concurrence répond de manière minimaliste à l'indépendance requise dans un domaine où les affaires et les acteurs ne font et ne feront que se multiplier. Il pourrait être envisagé, sans démunir la Commission des possibilités d'enquête au plus près des acteurs économiques, une séparation fonctionnelle et organique plus étanche entre les instances d'enquêtes et celle de sanctions. Ceci renforcerait non seulement la crédibilité de la Commission aux yeux des acteurs économiques mais ne lui empêcherait pas de disposer d'une totale exorbitance dans l'appréciation et la sanction des pratiques anticoncurrentielles.

1057. D'autres critiques, encore plus sévères, parviennent à la Commission sur son pouvoir de sanction et le cumul de certaines attributions dans la procédure. Il a été souligné que « *lorsque celle-ci lance des débats, prend des positions publiques ou use de la menace que constitue son pouvoir de sanction pour obtenir des engagements comportementaux d'entreprises sans se soumettre aux contraintes d'une procédure contentieuse et sans qualifier précisément les pratiques qu'elle veut faire cesser, échappant ainsi au risque d'une censure par le juge, elle peut être accusée d'instrumentaliser les procédures* »²¹¹⁸. Mais paradoxalement et contrairement à ce qu'on a pu observer au niveau national, notamment pour la COB et l'ARCEP, ce cumul n'est pas jugé contraire à l'article 6 de la CESDH, au motif que la

²¹¹⁷ BRETZNER J.-D., BENDAVID M., « Analyse critique des dispositions relations aux sanctions administratives », *AJCA*, 2014, n° 3249, p. 19.

²¹¹⁸ DAHAN Th., LEMAIRE Ch., « Portrait de l'Autorité en jeune fille », *RJEP*, 2011, n° 2, p. 3.

Commission n'est pas une « *juridiction* »²¹¹⁹. Or, les AAI en droit interne non plus ne sont pas des juridictions. Une telle subtilité, critiquable à notre entendement, semble confirmer la nature de la régulation exercée par la Commission : une régulation plus politique que juridique. Peut-être se justifie-t-elle par l'envergure de la Commission et ses attributions ainsi que son rôle de gardien-constructeur d'une « politique économique européenne ». Quoi qu'il en soit, la séparation du pouvoir d'instruction et de décision devrait être naturelle pour toute autorité chargée de la régulation économique. Il en va de la garantie d'impartialité due aux acteurs économiques relevant de sa compétence. Il est vrai que les décisions de la Commission sont soumises au contrôle des juridictions européennes, il n'en reste pas moins que la séparation entre les pouvoirs d'enquête et de sanction est primordiale en matière de justice économique.

2- Une étendue de pouvoir justifiée par la prescriptibilité des crimes économiques

1058. Afin de procéder à une application efficace des dispositions relatives au respect du droit de la concurrence, la Commission dispose de pouvoirs étendus et cumule les fonctions d'instruction et de sanction. Il est vrai que des critiques ont été formulées à l'endroit des modalités de calcul des amendes par la Commission. Elle applique généralement entre 15 et 20% du chiffre d'affaires y compris rétroactivement et couvrant les années pendant lesquelles les actes anticoncurrentiels ont été commis. Elle a même la possibilité de sanctionner des pratiques ayant cessé de nombreuses années avant l'ouverture de la procédure²¹²⁰. L'absence de dispositions encadrant la prescription ont conduit à son encadrement par les articles 25 et suivants du Règlement 1/2003 dans le but de résoudre ces difficultés et rendre les choses plus cohérentes. Même si dans le fond, l'imprescriptibilité des crimes économiques devrait sérieusement être envisagée par le droit économique européen. Une telle procédure répondrait au besoin pressant de dissuasion contre l'instrumentalisation du droit de la concurrence. La jurisprudence n'a d'ailleurs pas voulu donner suite aux critiques sur une telle efficacité²¹²¹.

3- Une régulation raisonnablement juxtaposée

1059. Quand bien même « *l'obscure clarté* »²¹²² des pouvoirs de sanction des AAI, dénoncé par le chef de la direction juridique de GDF SUEZ, raisonne avec une certaine acuité lorsqu'on

²¹¹⁹ VOGEL L., *Traité de droit économique*, op. cit., p. 361.

²¹²⁰ CJCE, 15 juill. 1970, *A. C. F. Chemiefarma c./Commission c./Commission*, aff. C-41/69, *Rec.* 1970, p. 661.

²¹²¹ Trib. UE, 16 juin 2011, *Team Relocations N. V. e. a. c./Commission*, aff. jntes. T-204/08, T-212/08, *Rec.* 2011, p. II-3569, pt. 107 et 110.

²¹²² HOYNCK S., « L'obscure clarté du régime des sanctions administratives prononcées par les autorités de régulation », *RJEP*, nov. 2014, n° 724, repère 10, 3 p.

aborde ceux de la Commission européenne, il paraît tout aussi indispensable que celle-ci soit au plus près des acteurs économiques afin de détecter et de sanctionner efficacement les pratiques qui nuisent à l'ordre public concurrentiel. La politique européenne de concurrence ne peut de toute évidence pas échapper aux critiques dans la mesure où elle est considérée par les uns comme un instrument au service d'un libéralisme sans nom, encourageant la destruction des services publics et affaiblissant la souveraineté économique des États ; et par les autres comme le meilleur mécanisme de régulation qui fait preuve d'efficacité face au marché et à la mondialisation. Toujours est-il que la vérité pourrait se trouver dans l'entre-deux. La politique européenne de concurrence semble être la synthèse entre la préservation d'un modèle d'ordre public économique qui veut se démarquer du libéralisme anglo-saxon. Mais dans le même moment, elle se veut aussi ouverte et attentive aux mutations du monde et aux exigences légitimes du marché. Certains ont, à juste titre, pu indiquer qu'elle n'est rien d'autre qu'une « *politique reposant sur un double fondement économique et juridique dont les objectifs, loin d'encourager le libéralisme et ses excès, consistent à promouvoir la protection des consommateurs et des contribuables* »²¹²³. On pourrait à cet effet parler d'un libéralisme à l'européenne.

1060. Le cumul des pouvoirs de poursuite et de sanction est critiquable au nom de l'indépendance et l'impartialité qui doivent prévaloir dans la régulation économique. Cependant, force est d'admettre que, eu égard à tous les risques liés d'une part à la remise en cause de l'ordre public économique, et d'autre part à la recherche permanente d'une prééminence de la puissance des entreprises sur celle des États, le renforcement des pouvoirs de l'autorité européenne de régulation semble, à plusieurs égards, fondé.

C- Une puissance régulatrice légitimement renouvelée face à la mondialisation économique

1061. C'est avant tout le Règlement du 6 février 1962 qui, pour la première fois, exposa la mission de la Commission pour l'application des articles relatifs au respect de la concurrence dans un marché européen alors en germe. Puis, quelques années plus tard et de manière assez exorbitante et significative, le Règlement 1/2003, prenant en compte l'évolution à la fois des acteurs économiques et leurs pratiques, vient renforcer le rôle de la Commission en lui octroyant

²¹²³ DENOIX M., KLARGAARD O., « La politique de la concurrence dans l'Union européenne », 19 févr. 2007, p. 1, disponible à l'adresse suivante : <https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0052-la-politique-de-la-concurrence-dans-l-union-europeenne>. (Consulté le 15/12/2016).

des pouvoirs effectifs dans la détection, la poursuite et la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Comme cela a été largement souligné par la doctrine, la mission qui consiste à « *veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs* »²¹²⁴, fut instaurée dès l'aube de la construction du marché européen. Les articles 85 et 86, devenus articles 81 et 82 TCE puis 101 et 102 du TFUE font foi de la place centrale occupée par la concurrence et sa préservation dans le droit économique communautaire. Dans la perspective de construction du marché commun, décidée dès le départ par les pères fondateurs, la politique de concurrence s'est imposée comme la résultante d'un « *choix de politique économique fondé sur l'idée que la liberté des offreurs conditionne le niveau d'excellence de la compétitivité de l'économie européenne* »²¹²⁵.

1062. La kyrielle d'attributions de la Commission a pu en conséquence connaître un renforcement progressif depuis 1962. Tout lui est accordé afin de détecter, dans la limite du respect des droits des entreprises, toutes les pratiques violant les règles européennes de la concurrence (**1**). L'objectif d'une telle puissance exorbitante n'est pas tant une volonté fortuite de nuire à l'épanouissement des entreprises que le respect de l'ordre public économique européen sans lequel aucun cadre d'épanouissement ne peut être envisagé (**2**).

²¹²⁴ Cf. DECOCQ A., « De l'application de la convention européenne aux procédures communautaires de concurrence pouvant aboutir à des amendes ou des astreintes » in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 289 ; IDOT L., « La transparence dans la procédure administrative : l'exemple du droit de la concurrence » cité dans RIDEAU J. *La transparence dans l'Union européenne*, Paris, LDGJ, 1999, p. 121 ; LENARTS K., MASELIS I., Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de contestation d'infraction aux articles 81 et 82, *journal du Tribunal*, 2000, p. 496 ; DELICOSTOPOULOS C. S., *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire*, thèse, LGDJ, 2002 ; PICOD F., RIDEAU J., *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, 2^e éd., Paris, Litec, 2002 ; MOURRE A. (dir.), *Le nouveau droit de la concurrence. Les droits de la défense face aux pouvoirs de la Commission européenne*, Bruxelles, FEC/Bruylant, 2004 ; HIRSH G., MONTAG F., SACKER F-J, *Competition Law : European community Practice and Procedure-Article-by-Article Commentary*, London, Sweet & Well, 2008 ; DE LA SERRE E. B., « Le Traité de Lisbonne, les droits fondamentaux et le droit procédural de la concurrence », *RLC*, janv./mars 2010 ; MUGUET-POULLENNEC G., « Vers la fin de la transparence dans les procédures administratives ? », *RLC*, 2010/25, 51 ; GIRGENSON I., GRELIER L.-A., « Le droit européen de la concurrence à l'épreuve de la transparence », *RLC*, 2011/29, 66 ; KERSE C. S., KAHN N., *EU Antitrust Procedure*, 6th éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, 654 p. ; MEYRING B., BAETEN M., « Le droit de la concurrence et la transparence : une quadrature du cercle ? », *JDE*, 2012, n° 10, 294 ; NAZZINI R., « Administrative enforcement, judicial review and fundamental rights in EU competition law : A comparative contextual-functionalist perspective », *CMLR*, 2012, vol. 47, n° 3, 971 ; ORTIZ BALNCO L., *EU Competition procedure*, 3^e éd., Oxford University Press, 2013, 1232 p. ; TRSTENJAK V., BEYSEN E., *The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJUE*, *ELR*, juin 2013, p. 293 ; VOGEL L., *traité de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, coll. « LawLex », 2015, p. 353.

²¹²⁵ SCHAUB A., « La politique de concurrence européenne : objectifs et règles », *LPA*, 5 nov. 2001, n° 220, p. 11.

1- Un renforcement des prérogatives subordonné au respect des règles relatives au procès équitable

1063. Les prérogatives de la Commission sont à la fois plurielles et renforcées **(a)**. Dans le cadre des enquêtes et, le cas échéant, des sanctions, elles se confrontent à la nécessaire protection des droits des entreprises. Ces derniers sont divers. Au-delà de l'extension de la notion de local **(b)**, ces droits couvrent la nature et la définition des documents recherchés par les enquêteurs **(c)**, la régularité de la procédure **(d)**, l'obstruction à l'enquête **(e)**, le sort du secret professionnel **(f)** ainsi que l'interdiction de l'autoincrimination **(g)**. Le respect de l'ensemble de ces droits demeure un principe fondamental **(h)**. Aussi verra-t-on d'une part, la distinction entre les demandes de renseignements et les explications orales **(i)**, et d'autre part, la diversité des décisions prises par la Commission **(j)**. Il faut enfin noter que l'accès aux documents d'enquête de cette dernière peut être permis sous réserve du respect de conditions assez strictes **(k)**. Et pour être complet, le rappel de certains principes généraux semble indispensable **(l)**.

a- Pluralité et renforcement des prérogatives de la Commission

1064. On passe d'une application « *équilibrée* »²¹²⁶, voulue par le Règlement de 1962, des articles 81 et 82 TCE à l'application « *efficace* »²¹²⁷ sur le fondement du Règlement de 2003. Si le Règlement de 62 a posé les bases de la première application et que, dans la foulée, après quelques années, le Règlement 1/2003 a renforcé les pouvoirs de la Commission, notamment dans la détection et la sanction des pratiques anticoncurrentielles, le Règlement 139/2004 quant à lui, prône la prise en compte des gains d'efficacité dans la sanction des concentrations. Une telle prise en compte est d'autant plus prégnante que certains la considèrent comme l'une des « *nouveautés les plus importantes* »²¹²⁸ de ce dernier règlement par rapport aux deux premiers. Le point commun de ces règlements tient naturellement à la recherche de l'effectivité, pour celui de 62, et de l'efficacité pour les deux autres ; voire la combinaison des deux à la fois : des règles de concurrence effectives et efficaces. Pour ce faire, la Commission, avec l'aide de ses enquêteurs, fait appel à des prérogatives importantes tant dans la détection que dans la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Celles-ci peuvent aller de l'accès aux locaux à l'apposition

²¹²⁶ Considérant 1 du premier règlement européen d'application des articles 81 et 82 TCE : Règlement CEE n° 17 du Conseil, du 6 févr. 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *JOCE*, n° 204/62 du 21 févr. 1962.

²¹²⁷ Considérant 1 du Règlement CE 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002, préc.

²¹²⁸ RAINELLI M., « À propos du règlement européen n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité », *RIDE*, 2006/1 t. XX, 1, p. 47-56, spéc. p. 47.

des scellées, en passant par la saisine de documents et la prise de mesures tendant à la protection et la préservation des preuves.

b- L'extension de la notion de local dans la phase d'enquête

1065. La Commission peut décider d'inspecter les locaux d'une société sœur à celle mentionnée dans la décision d'inspection²¹²⁹. Le Tribunal a pu confirmer le bienfondé d'une extension du local de l'entreprise à son gestionnaire commercial dès lors que « *ces locaux constituaient le centre d'activités commerciales de l'entreprise* »²¹³⁰. Le Tribunal reconnaît tout de même qu'il serait excessif et contraire aux principes fondamentaux de reconnaître à la Commission l'accès aux locaux d'une entité juridique au seul motif qu'elle soit étroitement liée à l'entreprise destinataire de la décision d'inspection²¹³¹. La Commission dispose tout de même de la possibilité d'étendre l'inspection à tous les locaux susceptibles d'abriter des informations pouvant aider à la manifestation de la vérité. Cela peut concerner tout à la fois des moyens de transport, des restaurants, des banques, ou le domicile personnel de salariés (...). Toutefois, le cas échéant, une telle décision d'inspection doit non seulement obéir aux conditions fixées par l'article 20 du Règlement 1/2003 mais surtout faire l'objet d'une autorisation de l'autorité judiciaire compétente de l'État membre. En l'occurrence, le juge des libertés se contente de contrôler la légalité de la décision d'inspection car le contrôle de fond est quant à lui exercé par la Cour de justice conformément à l'article 21 § 3 du même Règlement.

c- Nature et définition des documents recherchés dans la l'inspection

1066. Le Règlement 1/2003 précise que la Commission peut, en vertu de l'article 20 b, contrôler les livres ainsi que tout autre document professionnel, quel qu'en soit le support. Ceci est d'autant plus compréhensible que la nature des documents considérés comme sensibles au sein des entreprises a considérablement évolué eu particulièrement égard aux mutations engendré par le numérique. C'est pour cette raison que l'obligation de collaboration des entreprises permet « *aux enquêteurs d'obtenir dès leur arrivée, des précisions quant à l'architecture et au fonctionnement du système informatique, aux modalités de sauvegarde ainsi qu'aux mots de passe nécessaires pour accéder aux documents et en prendre copie* »²¹³². Les moyens de la Commission évoluent également en fonction de la sophistication et la

²¹²⁹ Cf. JALABERT-DOURY N., *Les inspections en droit de la concurrence*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 88.

²¹³⁰ TPICE, 11 déc. 2003, *Strintzis c./ Commission*, aff. T-65/99, *Rec.*, 2003, p. II-05433, pt. 53-60.

²¹³¹ TPICE, 11 déc. 2003, *Minon Lines c./ Commission*, aff. T-66/99, *Rec.* 2003 p. II-5515, pt. 88.

²¹³² CHAGNY M. (dir.), *Droit économique*, *op. cit.*, p. 444.

stratification des méthodes de dissimulation propres aux entreprises perquisitionnées. Elle s'est ainsi dotée des *forensics* qui permettent de restaurer des contenus effacés. Le Tribunal précise également que l'utilisation d'un document dans une affaire n'est pas en soi une protection absolue que celui-ci ne serait pas utilisé dans une autre affaire²¹³³. En outre, le lien devant exister entre les documents saisis et le but de l'inspection est d'autant plus important que la Cour le considère comme étant une exigence fondamentale de la procédure²¹³⁴. Si les enquêteurs ne peuvent forcer l'accès aux locaux ou aux meubles²¹³⁵, il leur est néanmoins permis d'accéder aux plus petits détails indiqués dans la décision d'inspection tel que la messagerie ou les enregistrements audios²¹³⁶.

1067. Dès lors, une définition d'un document professionnel s'avère nécessaire. Un document professionnel est défini comme celui ayant trait à l'activité de l'entreprise sur le marché²¹³⁷. Ce qui exclut les documents se trouvant dans les locaux inspectés mais n'ayant pas trait aux activités de l'entreprise et pour lesquels l'inspection a été décidée. L'inspection ne peut donc « *aléatoirement* »²¹³⁸ concerner des documents de l'entreprise. Mais une telle limite n'interdit pas à la Commission de rechercher des informations non encore connues ou clairement identifiées comme faisant partie de celles pouvant l'aider à établir la preuve de l'infraction²¹³⁹. Dans l'affaire *Dow Chemical*, l'avocat général Jean Mischo, indiquait à ce titre que « *l'on ne saurait obliger les agents de la Commission à fermer les yeux si au cours d'une vérification portant sur un produit donné, ils trouvent par hasard des indications au sujet d'une entente ou d'un abus de position dominante relatives à un autre produit* »²¹⁴⁰. Cet aspect a une double importance. Les agents de la Commission doivent, d'une part, strictement se conformer à leur mandat, mais d'autre part, la détection flagrante d'une infraction aux règles de concurrence peut faire l'objet d'une saisine quitte à en obtenir *a posteriori* l'autorisation du juge.

²¹³³ Trib. UE, 6 sept. 2013, *Deutch Bahn*, *supra*, pt. 27.

²¹³⁴ CJCE, 17 oct. 1989, *Dow Chemical Iberica c./Commission*, aff. C-97/87, *Rec.*, 1989, p. 3165.

²¹³⁵ La Cour précise néanmoins que la Commission peut rechercher, y compris en l'absence de collaboration de l'entreprise, tous les éléments nécessaires à la vérification. *Cf.* CJCE, 17 oct. 1989, *ibid.*

²¹³⁶ Tib. UE, 8 sept. 2016, *Goldfish BV e. a. c./Commission*, aff. T-54/14, *Réc. num.* 2016, 455, p. 17.

²¹³⁷ CJCE, 18 mai 1982, *AM & S EUROPE Limited* (venant au droit de Rio Tinto) *c./Commission*, aff. C-155/79, *Rec.*, 1982, p. 1575, pt. 16.

²¹³⁸ JALABERT-DOURY N., *Les inspections en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 93.

²¹³⁹ CJCE, 29 sept. 1989, *Hoechst AG c./ Commission*, *supra*.

²¹⁴⁰ *Cf.* MISCHO J. Conclusion avocat général sous CJCE, 17 oct. 1989, *Dow Chemical Iberica c./Commission*, aff. C-97/87.

d- Régularité de la procédure de l'inspection

1068. Le déroulement irrégulier d'une inspection est susceptible de remettre en cause la validité d'une décision ultérieure adoptée sur la base d'informations illégalement récoltées mais pas celle de la décision ayant autorisé la même inspection²¹⁴¹. Les juges examinent en ce sens l'authenticité ainsi que le caractère non arbitraire et non excessif de la décision d'inspection de la Commission européenne. En réponse à une question préjudicielle de la Cour de cassation, la CJUE, dans l'affaire *Rouette Frères SA*²¹⁴², a dans ce sens précisé qu'il « *convenait de parvenir à un équilibre entre la protection juridictionnelle devant être assurée aux entreprises inspectées et l'application effective du droit de la concurrence* »²¹⁴³. En vertu du paragraphe 8 de l'article 20 du Règlement 1/2003, dans l'hypothèse où une autorisation d'inspection est nécessaire, l'autorité judiciaire nationale ne peut ni mettre en cause la nécessité de l'inspection ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission. Elle se contente simplement de vérifier l'authenticité de la décision d'inspection de la Commission et vérifier que les mesures coercitives sont proportionnées et non arbitraires²¹⁴⁴. Elle peut, pour ce dernier cas, demander des explications détaillées soit directement à la Commission, soit par l'intermédiaire de l'autorité de la concurrence de l'État membre. En cas de difficulté, due à l'absence d'autorisation nationale, la Commission est tenue d'expliquer les obstructions auxquelles elle serait nécessairement confrontée dans le cadre d'une inspection préventive²¹⁴⁵.

e- Le sort réservé à l'obstruction à une inspection

1069. En vertu de l'article 23 du Règlement 1/2003, l'obstruction à l'inspection de la Commission peut donner lieu à une amende pouvant atteindre 1% du chiffre d'affaires de l'entreprise réalisé au cours de l'exercice précédent. Matériellement, cette obstruction peut être constituée par le fait de fournir une information inexacte ou dénaturée, l'absence de rectification des informations erronées, fournir des réponses incorrectes, le refus de se soumettre à une inspection émise par voie de décision ou encore le fait de briser des scellés dument établis par la Commission ou par des personnes par elle mandatées²¹⁴⁶. C'est sur ce fondement qu'elle avait sanctionné, en 2001, la société *Suez environnement*, d'un montant de 8 millions d'euros

²¹⁴¹ CJUE, 18 juin 2015, *Deutsche Bahn AG c./Commission*, *supra*.

²¹⁴² CJCE, 29 oct. 1980, *Heintz van Landewyk (SARL)*, *supra*.

²¹⁴³ CHAGNY M. (dir.), *Droit économique*, Paris, Le Lamy, 2019, p. 442.

²¹⁴⁴ Le motif d'une telle mesure opposée à l'autorité judiciaire d'un État membre est aisé à déduire. L'objectif est celui d'éviter toute obstruction au pouvoir d'inspection de la Commission.

²¹⁴⁵ Conformément à l'article 20 du R. 1/2003, § 7, préc. Cf. aussi CJUE, 22 oct. 2002, *Roquette Frères*, aff. 94/00, *Rec.*, 2002, p. I-09011.

²¹⁴⁶ CJUE, 22 nov. 2012, *E. ON c./Commission*, aff. C-89/11 P, au *Réc. num.* 2012, 738.

correspondant à 0,14% de son chiffre d'affaires pour bris de scellés²¹⁴⁷. Une telle sévérité se justifie par la nécessité de rendre les procédures de la Commission efficaces. Le but est de lui permettre, par exemple, de « réunir les preuves nécessaires à la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles »²¹⁴⁸. La Commission dispose à cet effet d'un large pouvoir d'appréciation. En 2010, l'entreprise *E. ON* avait été sanctionnée à hauteur d'un montant de 38 millions d'euros pour avoir brisé un scellé. Le Tribunal avait alors considéré qu'au regard à la fois de la nature particulièrement grave d'un bris de scellé, la taille de l'entreprise et la nécessité d'assurer à l'amende un effet suffisamment dissuasif, cette sanction ne saurait être considérée comme disproportionnée²¹⁴⁹. Le considérant 25 du Règlement 1/2003 indique que la durée du maintien des scellés ne peuvent dépasser les 72 heures. Les scellés doivent revêtir un caractère nécessaire et un procès-verbal est établi à la fois au moment de l'apposition du scellé et au moment de son retrait. Tout retrait non-autorisé de scellé par des salariés ou d'autres personnes non mandatées implique une sanction²¹⁵⁰.

f- Préservation et portée de la protection du secret professionnel dans les enquêtes de la Commission

1070. Le secret professionnel est quant à lui protégé sous certaines conditions, de diverses manières et à plusieurs niveaux. Ainsi en est-il de l'abstention exigée à la Commission de publier une décision individuelle au Journal officiel au nom du secret professionnel²¹⁵¹ ou en cas de traitement des données confidentielles en matière de lutte contre le dumping²¹⁵². Les informations dont la nature même exige la protection sont également protégées par le secret professionnel. Tel est le cas de celles qui sont relatives aux relations commerciales²¹⁵³. Même en cas de procédure administrative mettant en jeu l'intérêt général, il doit y avoir une mise en balance entre l'efficacité du droit communautaire et le respect dudit secret. L'intérêt général ne

²¹⁴⁷Commission européenne, déc. n° 251/4 du 24 mai 2011, relative à une procédure d'application de l'article 23 du règlement CE n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (COMP/39.796 — *Suez Environnement — Breach of seal*), *JOUE* n° L 106 du 27 avr. 2011, p. 9-10.

²¹⁴⁸ GAUER G., BANSARD K., CHRIST F., « The Suez Environnement Seal case-EUR 8 million fine for breaching a Commission seal during an inspection, *Competition Policy Newsletter*, n°3, 2011, p. 11.

²¹⁴⁹ Trib. UE, 15 déc. 2010, *E. ON*, aff. T-141/08, *Rec.* 2010 p. II-5761. Cf. aussi CHAGNY M. (dir.), *Droit économique, op. cit.*, p. 447.

²¹⁵⁰ CJUE, 22 nov. 2012, *E. ON Energie c./Commission*, aff. C-89/11, pts 8-11.

²¹⁵¹ CJCE, 13 mars 1985, *Pays-Bas et Leeuwar Papierwarenfabrik c./Commission*, aff. C-296 et 318/82, 1985, *Rec.*, p. 133-135.

²¹⁵² CJCE, 20 mars 1985, *Timex / Conseil et Commission*, aff. C-264/82, *Rec.*, 1985, p.00849.

²¹⁵³ CJCE, 7 nov.1985, *Adams c./ Commission*, aff. C-145/83, *Rec.*, 1985, p. 03539; CJCE, 15 mai 1997, *N c./ Commission*, aff. C-273/94, *Rec.*, 1997, p. I-A-97, II-289, pt. 81.

doit donc pas nuire au respect du secret professionnel et inversement²¹⁵⁴. En droit de la concurrence, certaines informations²¹⁵⁵ ne méritent aucune protection particulière compte tenu de l'intérêt du public à connaître le plus amplement possible les motifs de toute action de la Commission. Ce aspect peut résulter aussi de l'intérêt des opérateurs économiques à savoir quels sont les comportements susceptibles de les exposer à des sanctions et de l'intérêt des personnes lésées par l'infraction à en connaître les détails afin de pouvoir faire valoir, le cas échéant, leurs droits à l'encontre des entreprises sanctionnées et vu de la possibilité dont dispose cette entreprise de soumettre une telle décision à un contrôle juridictionnel²¹⁵⁶. Mais au nom du principe de la présomption d'innocence²¹⁵⁷, ces « détails » ne sont toutefois divulguables qu'en cas de confirmation de la condamnation de l'entreprise.

1071. La portée de la protection du secret professionnel a été précisée par la jurisprudence. Elle se révèle protectrice pour les entreprises dans la mesure où la Commission doit prendre toutes les dispositions appropriées en matière d'accès au dossier, en veillant à ce que les secrets d'affaires [...] et les autres informations confidentielles ne soient pas divulgués²¹⁵⁸. Juste est donc l'affirmation qui considère que « *pas de procès équitable sans secret professionnel* »²¹⁵⁹. C'est à ce titre que la protection de certaines communications entre l'avocat et son client sont protégées et peuvent même, selon la Cour de justice, être considérées comme des droits fondamentaux²¹⁶⁰. La CESDH protège les entretiens confidentiels pouvant s'opérer entre l'avocat et son client²¹⁶¹. La Cour a ainsi pu estimer qu'il y a violation du secret professionnel, l'un des aspects pourtant protégés par l'article 8 de la Convention, dès lors que l'entretien entre l'avocat et son client s'est déroulé dans un commissariat de police et sous surveillance²¹⁶². La protection est requise même lorsque l'avocat appartient au barreau d'un des États membres et que les informations échangées rentrent dans le cadre strict de l'enquête²¹⁶³. Tel n'est

²¹⁵⁴ TPICE, 30 mai 2006, *Bank Austria Creditanstalt / Commission*, aff. T-198/03, *Rec.* 2006, p. II-1429, pt. 70-72, 74.

²¹⁵⁵ Notamment celles relatives aux détails d'un comportement infractionnel d'une entreprise.

²¹⁵⁶ Trib. UE, 12 oct. 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse / Commission*, aff. T-474/04, *Rec.* 2007, p. II-4225, pt. 72-73.

²¹⁵⁷ *Ibid.*, pt. 78.

²¹⁵⁸ *Ibid.*, pt. 4.

²¹⁵⁹ Conseil des Barreaux européens, « Recommandations du CCBE sur la protection du secret professionnel dans le cadre des activités de surveillance », Bruxelles, 20 avr. 2016, p. 12. Accessible à l'adresse suivante : <https://www.ccbe.eu/fr/documents/publications/>. (Consulté le 1^{er}/06/2016).

²¹⁶⁰ CJCE, 18 mai 1982, *AM & S EUROPE Limited* (venant au droit de Rio Tinto) c./Commission, *supra*, pt. 16 et 18.

²¹⁶¹ CEDH, 28 nov. 1991, *S. c./Suisse*, n^{os} 12629/87 et 13965/88, série A, n^o 195-D, §48.

²¹⁶² CEDH, 25 oct. 2015, *R.E. c./Royaume-Uni*, n^o 62498/11, § 131, non-publié au *Rec.*

²¹⁶³ CJCE, 18 mai 1982, *AM & S EUROPE Limited* (venant au droit de Rio Tinto) c./Commission, *supra*, pt. 21 et s.

néanmoins pas le cas pour un juriste d'entreprise ou d'un avocat appartenant à un barreau non européen²¹⁶⁴. En vertu de l'article 28 du Règlement 1/2003, le secret professionnel s'impose et demeure donc opposable aux agents de la Commission et, le cas échéant, aux autorités nationales de régulation dans le cadre de leur mission d'investigation. L'alinéa 2 dudit article précise que « *sans préjudice à l'échange et à l'utilisation des informations prévus aux articles 11, 12, 14, 15 et 27, la Commission et les autorités de concurrence des États membres, leurs fonctionnaires, agents et les autres personnes travaillant sous la supervision de ces autorités, ainsi que les agents et fonctionnaires d'autres autorités des États membres, sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies ou échangées en application du présent règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel* ». Cette obligation s'applique également à tous les représentants et experts des États membres assistant aux réunions du comité consultatif en application de l'article 14 du règlement susmentionné²¹⁶⁵.

g- L'interdiction de l'autoincrimination comme point cardinal du respect des droits de la défense

1072. L'interdiction faite aux autorités de régulation de pousser les entreprises à s'autoincriminer est l'un des principes les plus déterminants du respect des droits de la défense. Elle constitue une « *véritable limite* »²¹⁶⁶ fixée à la Commission dans ses enquêtes. La jurisprudence considère que lorsque la Commission, en sus des questions purement factuelles et des demandes de production de documents préexistants, demande à une entreprise de décrire l'objet et le déroulement de plusieurs réunions, alors qu'il est clair que la Commission soupçonne que l'objet desdites réunions était de restreindre la concurrence, une telle demande est de nature à obliger l'entreprise questionnée à avouer sa participation à une infraction aux règles communautaires de la concurrence, d'où il ressort que cette entreprise n'est pas tenue de répondre à ce type de questions²¹⁶⁷. Pas plus que la Commission ne peut, à l'avance, préparer

²¹⁶⁴ En l'espèce, la Commission avait refusé de considérer des documents internes du service juridique d'Audi et ses avocats ne soient considérés comme un secret professionnel. Cf. CEE, décis. n° 98/273 du 28 janv. 1998, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité, CE (IV/35.733 – VW, *Volkswagen*), pt. 198 et 199, JOCE n° L 124 du 25 avr. 1998 p. 0060-0108. Cf. aussi CEE, décis. n° 85/79 du 14 déc. 1984, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/30.809 - *John Deere*), JOCE n° L 35 du 7 févr. 1985, p. 58-64 ; CJCE, 18 mai 1982, *AM & S EUROPE Limited* (venant au droit de Rio Tinto) c./Commission, *supra*, pt. 25.

²¹⁶⁵ Le premier alinéa de cet article dispose que la Commission consulte un comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes avant de prendre une décision en application des articles 7, 8, 9, 10 et 23, de l'article 24, paragraphe 2, et de l'article 29, paragraphe 1.

²¹⁶⁶ CHAGNY M. (dir.), *Droit économique*, op. cit., p. 450.

²¹⁶⁷ Trib. UE, 28 avr. 2010, *Amann & Söhne et Cousin filterie SAS c./Commission*, aff. T-446/05, *Rec.* 2010 p. II-1255, pt. 329.

la réponse à sa demande renseignements²¹⁶⁸. Elle est tenue de préciser les infractions reprochées dans sa demande de renseignements²¹⁶⁹. La Cour de justice a eu l'occasion, à travers les arrêts *Solvay*²¹⁷⁰ et *Orkem*²¹⁷¹, de fixer les modalités des demandes de renseignements faites par la Commission. Il en résulte notamment l'interdiction de pousser les entreprises à remettre en cause ce principe qui interdit, quoique partiellement reconnu par la Cour, car n'étant pas un principe partagé sur l'ensemble de l'Union, de témoigner contre soi-même. La Cour rappelait que le régulateur européen ne « *saurait imposer à une entreprise d'admettre l'existence d'une infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve* »²¹⁷². Le Tribunal abonde également dans le même sens²¹⁷³. Il faut néanmoins préciser que la Cour, dans ce même arrêt *Orkem*, n'a pas admis un « *droit général au silence* »²¹⁷⁴ pour les entreprises dès lors que ces dernières sont, en vertu de l'article 17 du Règlement de 1962, tenues de répondre aux demandes d'informations et de renseignements des enquêteurs et ne doivent en aucun cas obstruer le déroulement effectif de l'enquête.

h- Le respect des droits de la défense comme principe indépassable

1073. Le Règlement 773/2004 du 07 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission, en application des articles 81 et 82 du TCE, vient renforcer le Règlement 1/2003. Ni ce règlement ni celui de 2003 n'imposent une assistance juridique extérieure lors des enquêtes de la Commission même si en pratique les entreprises bénéficient d'une telle assistance sans que cela ne soit une condition nécessaire à la validité juridique des enquêtes²¹⁷⁵. Depuis l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, il est acquis et ce sous l'impulsion de la CEDH, que les droits de la défense doivent être respectés dès lors qu'il s'agit d'infliger une astreinte ou une amende²¹⁷⁶. C'est à un véritable jeu de subtilité et de parcimonie que se livrent la Commission et les juridictions de contrôle dans l'appréciation de la régularité de ces inspections. Tout doit être fait pour, d'une part, respecter le droit de l'entreprise²¹⁷⁷, et d'autre part, permettre une

²¹⁶⁸ Trib.UE, 14 mars 2014, *Cementos Portland Valderrivas c./Commission*, aff. T-296/11, *Réc. num.* 2014, 122, pt. 81.

²¹⁶⁹ CJUE, 10 mars 2016, *Heidelberg Cement AG c./ Commission*, aff. C-247/14 P, *Rec. num.*, 2016, 149.

²¹⁷⁰ CJCE, 18 oct. 1989, *Solvay & cie c./Commission*, aff. C-27/88, *Rec.*, 1989, p. 3355.

²¹⁷¹ CJUE, 18 oct. 1989, *Orkem c./Commission*, aff. C-374/87, *Rec.*, 1989, p. 3283.

²¹⁷² BELLIS J.-F., *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 50.

²¹⁷³ TPICE, 20 févr. 2001, *Mannesmannröhren-Werke AG c./Commission*, aff. T-112/98, *Rec.*, 2001, p. II-729.

²¹⁷⁴ DOUVRELEUR O., *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, Paris, LGDJ, 2000, p. 59.

²¹⁷⁵ Le juge le reconnaît explicitement dans l'arrêt CJCE, 29 oct. 1980, *Roquette et frères*, aff. C-138/79, *Rec. 1980*, p. 3333.

²¹⁷⁶ CJCE, 13 févr. 1979, *Hoffmann-La Roche c./Commission*, n° C-85/76, *Rec.*, 1979, p. 461.

²¹⁷⁷ L'entreprise dispose entre autres de la possibilité de se faire restituer des documents saisis par la Commission sans avoir de rapport avec l'enquête et l'inspection : CEE, déc. n° 92/500 du 7 oct. 1992, *infligeant une amende*

effectivité de l'inspection exercée par la Commission de sorte que tous les éléments liés à l'infraction soient saisis. En effet, toute la subtilité à laquelle s'adonne la jurisprudence, notamment celle de la Cour de justice, est celle « *de mettre en balance les principes fondamentaux du droit de l'Union relatifs au droit de la défense et l'effet utile du pouvoir d'enquête de la Commission, en prévenant la destruction ou la dissimulation possible de documents pertinents* »²¹⁷⁸. D'autant plus qu'avec la sophistication des données, la destruction d'une preuve peut se faire relativement rapidement.

i- Dissemblance légère entre renseignements et explications orales

1074. Les demandes de renseignements telles qu'elles découlent de l'article 18 ne sont pas à confondre avec la possibilité pour la Commission de demander des explications orales, conformément à l'article 20 § 2 du même règlement. Les explications orales ont ceci de spécifiques qu'elles permettent de recueillir des informations pratiques et ne sont pas, contrairement aux demandes de renseignements, susceptibles de recours²¹⁷⁹. Dans ce sens, le règlement 1/2003 a été considérablement renforcé par le règlement 139/2004, notamment en son article 11 § 1, qui précise que la Commission peut demander « *tous les renseignements nécessaires* » dans le cadre de la lutte contre les concentrations²¹⁸⁰. L'article 27 du règlement 1/2003 précise que la Commission ne fonde ses décisions que sur les griefs au sujet desquels les parties concernées ont pu faire valoir leurs observations.

j- Les limites fixées au droit d'accès aux documents de la Commission.

1075. La CJUE a eu à le rappeler dans l'arrêt *Agrofert Holding*. Elle souligne, s'agissant des documents internes de la Commission portant sur des délibérations, que l'accès à un document contenant des avis destinés à l'utilisation interne, dans le cadre des délibérations et de consultations préliminaires au sein de l'institution concernée, peut être refusée même après que la décision a été prise, dans le cas où la divulgation du document porterait gravement atteinte au processus décisionnel de l'institution, à moins qu'un « *intérêt public supérieur ne justifie la*

en vertu de l'article 15, paragraphe 1 du règlement n° 17 du Conseil à CSM NV (aff. IV/33.791 - CSM, ex-IV/33.638-Sucre), JOCE n° L 305 du 21 sept. 1992, p. 16-18. Plus récemment encore le Tribunal a rappelé l'interdiction d'utiliser des étrangères à l'inspection : Trib. UE, 14 nov. 2012, Nexans France, aff. T-135/09, Rec. num. 2012, 596, pt. 64.

²¹⁷⁸ Trib. UE, 27 sept. 2012, *Koninklijke Wegenbouw Stevin*, aff. T-357/06, *Réc. num. 2012*, 488, pt. 231.

²¹⁷⁹ CJCE, 9 juin 1997, *Elf Atochem SA, c./Commission*, aff. C-9/97, 1997, *Rec.*, 1997, p. II-909, pt. 23.

²¹⁸⁰ Article 11 du Règlement du Conseil du 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, préc. Cf. VILMART Ch., « Contrôle communautaire des concentrations sous le règlement n° 139/2004 », *Jurisqueur Sociétés Traité*, 7 mars 2013, n° 35-30.

divulgarion du document visé »²¹⁸¹. L'article 27 du règlement 1/2003 précise dans ce sens, tout en réitérant le respect des droits de la défense et l'association étroite des acteurs à la procédure, que le droit d'accès ne s'étend pas à la correspondance entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres ou entre ces dernières. La Commission peut procéder à autant d'inspections que nécessaire à la seule condition d'en avoir l'autorisation *a priori* ou, plus rarement, *a posteriori*, selon les cas. Le Tribunal a néanmoins pu estimer que des actes postérieurs à l'adoption d'une décision d'inspection ne peuvent pas affecter la validité de celles-ci dès lors que sa légalité doit être appréciée au regard des éléments de fait et de droit existant au moment où cette décision a été adoptée²¹⁸². La Commission est donc tenue de respecter le droit de la défense sans pour autant compromettre l'efficacité de ses enquêtes. Dans l'affaire *Solvay* de 2011, la CJUE avait, dans ce sens, estimé que le refus de la Commission de donner accès au dossier à des entreprises de sorte qu'elles puissent démontrer que les infractions qui leur étaient reprochées ne relevaient des pratiques prohibées par l'article 102 TFUE, est contraire au respect du droit de la défense dès lors que cet accès leur aurait permis de démontrer « *des éléments de nature à justifier le comportement qui leur était reproché* »²¹⁸³. Toutefois, un léger manquement dans ce sens ne peut porter préjudice à la pertinence du fond, c'est-à-dire à la réalité des infractions reprochées à des entreprises ayant recouru à des ententes²¹⁸⁴.

k- Nature et diversité des décisions prises par la Commission

1076. Qu'il s'agisse de mesures provisoires, rendant obligatoires des engagements ou celles constatant la violation des articles 101 et 102 TFUE, la Commission ouvre ou met fin, selon les cas, à une enquête par une décision motivée. En tous les cas, elle « *agit de manière quasi juridictionnelle* »²¹⁸⁵. C'est-à-dire qu'en dépit de sa double nature d'autorité de régulation et d'organe exécutif chargé de veiller sur la concurrence, elle est tenue de respecter la procédure juridictionnelle. Cette dernière comprend la notification, la mise en demeure ou encore le respect des autres droits de la défense dont celle notamment de permettre aux entreprises de se défendre sans s'autoincriminer.

²¹⁸¹ CJUE, 5 juill. 2012, *Agrofert Holding a. s. c./Commission*, aff. C-477/10 P, *Réc. num.* 2012, 394.

²¹⁸² Trib. UE, 10 avr. 2018, *Alcogroup c./Commission*, aff. T-274/15, *Rec. num.* 2018, 179.

²¹⁸³ CJUE, 25 oct. 2011, *Solvay c./Commission*, *Rec.*, 2011, p. I-10439.

²¹⁸⁴ Dans l'arrêt du 07 janv. 2004, la Cour estime en son point 101 que « *toutefois, comme le Tribunal l'a constaté au point 240 de l'arrêt attaqué, une annulation totale ou partielle de l'arrêt Ciment n'aurait pu être prononcée sur ce fondement que moyennant la constatation que l'accès irrégulier au dossier d'instruction accordé aux entreprises concernées au cours de la procédure administrative les a empêchées de prendre connaissance de documents qui étaient susceptibles d'être utiles à leur défense et a, de la sorte, violé leurs droits de la défense* ». Cf. CJCE, 7 janv. 2004, *Aalborg Portland e. a., supra*.

²¹⁸⁵ BELLIS J.-F., *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, p. 58.

1077. La possibilité pour la Commission d'adopter des mesures provisoires a pendant longtemps découlé de l'article 3 du Règlement 17/62 qui mentionnait qu'elle devait prendre des dispositions pour mettre fin à des infractions²¹⁸⁶. La jurisprudence a entériné une telle prérogative dans l'arrêt *Camera Care*²¹⁸⁷. Ces mesures provisoires ne sont toutefois requises qu'en l'absence d'urgence ou si une violation effective des règles de concurrence plus particulièrement n'est pas encore établie. Lesdites mesures doivent également se soumettre au respect des droits des parties²¹⁸⁸. C'est seulement par le biais du règlement 1/2003, précisément son article 8, qu'il a été expressément consacré l'adoption de mesures provisoires. Cet article dispose que dans les cas urgents, justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, la Commission, agissant d'office, peut, par voie de décision et sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction, ordonner des mesures provisoires. Tout en précisant dans l'alinéa 2 que ces mesures sont limitées dans le temps mais renouvelables autant que cela s'avère nécessaire.

1078. Lorsqu'elle constate une infraction aux articles 101 et 102, la Commission peut, par décision, obliger les auteurs à cesser les faits prohibés. Tout comme elle peut prendre une décision portant sur les engagements pris par ces acteurs. La jurisprudence de la Cour, dans l'affaire *Alrosa*, précise néanmoins que, dans le cadre de ces deux décisions, l'une prise en vertu de l'article 7 et l'autre sur la base de l'article 9 du Règlement 1/2003, le principe de la proportionnalité des mesures ne s'applique pas de la même manière²¹⁸⁹. L'article 7 met en avant le caractère urgent de la décision, d'autant plus que la Commission peut se saisir d'office et contraindre les entreprises à y mettre fin. En ce cas, la cessation des infractions s'avère plus urgente que dans le cadre de l'article 9 qui porte sur les engagements qui sont pris, sans doute, après cessation de l'infraction reprochée ou lorsque l'effet de celle-ci sur la concurrence n'est pas immédiat. Dans un cas comme dans un autre, la Commission, bien que n'étant pas obligée de discuter tous les points de droit et de fait, se doit de motiver sa décision sous peine d'annulation opérée par le juge²¹⁹⁰. Il lui suffit simplement, ce de façon claire et cohérente, de faire apparaître les éléments essentiels de son raisonnement dans sa décision²¹⁹¹. En cas de mise

²¹⁸⁶ Désormais consacré par l'article 8 du Règlement 1/2003, préc.

²¹⁸⁷ CJCE, 17 janv. 1980, *Camera Care c./Commission*, aff. C-729/79, *Rec.*, 1980, p. 119, pt. 18.

²¹⁸⁸ TPICE, 24 janv. 1992, *La Cinq S. A. c./Commission*, aff. T-44/90, *Rec.* 1992, p. II-1.

²¹⁸⁹ CJUE, 29 juin 2010, *Commission c./ Alrosa Company Ltd*, aff. C-441/07 P, *Rec.*, 2010, p. I-5949.

²¹⁹⁰ CJCE, 9 nov. 1983, *Michelin c./Commission (Michelin I)*, aff. C-322/81, 1983, *Rec.* p. 3461, pt. 14.

²¹⁹¹ CJCE, 15 juill. 1970, *A. C. F. Chemiefarma c./Commission*, aff. C-41/69, *Rec.* 1970, p. 661.

en œuvre des articles 7²¹⁹² et 9²¹⁹³ du Règlement 1/2003, la Commission ne prend pas que des décisions négatives consistant à imposer la cessation de l'infraction, elle peut aussi imposer aux entreprises des actions positives concrètes²¹⁹⁴. Elle a la compétence, en vertu de cet article 9, d'imposer toute mesure coercitive de nature structurelle ou comportementale. La seule limite demeure celle de la proportionnalité. Si le cas dans lequel elle impose la livraison d'une quantité de produits rentre dans le cadre de cette prérogative²¹⁹⁵, tel n'est cependant pas le cas d'une obligation faite à une entreprise de reprendre des produits déjà livrés²¹⁹⁶.

I- Rappel d'autres principes généraux encadrant les pouvoirs de la Commission

1079. Bien que l'application du principe *non bis in idem* tel qu'il est consacré par la Charte des droits fondamentaux ne soit pas systématiquement requise, en raison notamment du possible « *caractère distinct des marchés* »²¹⁹⁷, la Commission doit se conformer au Règlement 773/2004 relatif aux procédures de mise en œuvre du droit de la concurrence en application des dispositions du Traité²¹⁹⁸. Lorsque la Commission est confrontée à deux infractions portant l'une sur la procédure et l'autre sur le refus de coopérer, elle ne peut infliger, en ce cas, qu'une seule des deux amendes au nom du principe *non bis in idem*²¹⁹⁹. Le rôle joué par le Conseiller auditeur pour le respect des droits des entreprises n'est, dans ce sens, pas négligeable. Cette fonction créée en 1981, modifiée à deux reprises, en 1994 et en 2001, n'en reste pas moins, à nos yeux, insuffisante. Son indépendance vis-à-vis de la Direction générale de la concurrence n'est pas remise en cause, mais ce conseiller auditeur relève hiérarchiquement du Président de la Commission. Les critiques furent telles qu'en 2011, celui-ci a fini par renforcer

²¹⁹² Constatation et cessation d'une infraction.

²¹⁹³ Les dispositions relatives aux engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse.

²¹⁹⁴ En vertu de l'article 8 du Règlement 1/2003 relatif aux mesures provisoires et notamment en cas d'urgences la Commission, agissant d'office, peut, par voie de décision et sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction, ordonner des mesures provisoires.

²¹⁹⁵ CJCE, 6 mars 1974, *I. C. CI et Commercial Solvents c./Commission*, aff. jntes, C-6/73, 7/73, *Rec.* 1974, p. 223.

²¹⁹⁶ TPICE, 18 sept. 1992, *Automec Srl c./Commission (Automec II)*, aff. T-24/90, *Rec.*, 1992, p. II-2223. En l'espèce, le Tribunal avait entériné la position de la Commission selon laquelle elle n'était pas compétente pour adopter une décision ordonnant à BMW de reprendre ses livraisons à son distributeur Automec et de permettre à ce dernier d'utiliser certaines marques commerciales.

²¹⁹⁷ MALAURIE-VIGNAL M., *Droit interne et européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 29.

²¹⁹⁸ Règlement CE n° 773/2004 de la Commission du 7 avr. 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, *JOUE*, n° L 123/18 du 27 avr. 2004.

²¹⁹⁹ Trib. UE, 24 mars 2011, *I. B. P. Ltd International Building Products France S. A. c./Commission*, aff. T-388/06, *Rec.*, 2011, p. II-1177, pt. 109.

l'indépendance du conseiller auditeur à son égard²²⁰⁰. L'objectif de cette décision était de garantir la transparence des procédures d'enquête et de sanction ainsi que de mettre fin au « *grief de partialité* »²²⁰¹ dont était l'objet la Direction générale (DG comp.) de la Commission européenne.

2- Une puissance régulatrice légitimée par la préservation de l'ordre public économique européen

1080. L'indéfinition de l'ordre public économique peut s'avérer salutaire pour une meilleure préservation de la puissance régulatrice de la Commission **(a)**. On pourrait même, dans ce sens, s'inspirer du droit civil **(b)**. Ainsi, évoquera-t-on les sanctions pécuniaires élevées imposées aux acteurs cruciaux de la mondialisation **(c)**, qui peuvent par ailleurs légalement mettre en œuvre des contrats d'exclusivité **(d)**. Il faut noter que la lourdeur des sanctions pécuniaires n'exclut pas la prise en compte de certaines circonstances atténuantes **(e)**. D'où il ressort la nécessité d'une parcimonie dans l'utilisation de la puissance et l'exorbitance régulatrices de la Commission **(f)**. Force est en tous les cas de constater que des sanctions élevées ne sont pas forcément synonymes de l'efficacité de la régulation—absence de véritable dissuasion— **(g)**, au point qu'il est important, à notre avis, de questionner la méthode de sanction du régulateur européen **(h)** même s'il faut souligner l'utilité de sa copréservation de l'ordre public économique avec les régulateurs nationaux **(i)**.

a- Une indéfinition tendant à une meilleure préservation de l'ordre public économique

1081. Considéré comme un « *principe d'impulsion* »²²⁰², l'ordre public économique européen, tel qu'il est exercé et sauvegardé par la Commission semble, à quelques exceptions près²²⁰³, se confondre avec l'ordre public concurrentiel. L'essentiel des sanctions infligées par la Commission européenne portent sur le non-respect des règles de concurrence de la part des

²²⁰⁰ CEE, (prés.), décis. n° 2011/695 du 13 oct. 2001, relative à la fonction et au mandat du conseiller-auditeur dans certaines procédures de concurrence Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *JOCE* n° 20 oct. 2011, p. 29-37.

²²⁰¹ NOURISSAT C., DE CLAVIERE-BONNAMOUR B., *Droit de la concurrence. Libertés de circulation. Droit de l'Union-Droit interne*, 5^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Hypercours », 2016, p. 312.

²²⁰² CLAUSEN F., *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, Bruylant, 2010, p. 25.

²²⁰³ Les domaines agricole et douanier s'intéressent à cette notion d'ordre public économique depuis bien longtemps. Cf. CJCE, 13 juin 1972, *Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit SA et Grands Moulins de Paris SA/ Commission* 9 et 11/ 71, *Rec.*, 1972, p. 391 ; CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. C-41-74, *Rec.*, 1974, p. 1337). Mais son usage est beaucoup plus vif en droit de la concurrence qu'ailleurs. On le rencontre aussi dans le domaine financier. Cf. CJUE, 27 nov. 2012, *Pringle*, aff. C-370-12, *Rec. num.2012*, 756. Cf. aussi LAGET-ANNAMAYER A., (dir.), *L'ordre public économique*, LGDJ, 2018, p. 187.

entreprises d'une part, ou sur les distorsions possibles de celle-ci par les États, d'autre part. Certains ont d'ailleurs pu considérer que c'est « *l'objectif du droit de la concurrence* »²²⁰⁴ que de veiller à la sauvegarde de l'ordre public économique. Cette expression « *sporadiquement employée* » renferme ceci de spécifique en droit européen que « *son occurrence est cantonnée au domaine du droit de la concurrence* »²²⁰⁵, au point que d'aucuns ont estimé que « *la spécificité du droit de la concurrence provient de sa qualité de droit de marché tendant à la protection de l'ordre public économique* »²²⁰⁶. Qualifié par le doyen Carbonnier de « *boussole de l'ordre public libérale* », l'ordre public économique dévoile une certaine mutation de l'ordre public *lato sensu*. À cet égard, et comme l'indique Aurélien Camus, le doyen Carbonnier considère que « *l'ordre concurrentiel témoignerait de l'évolution de l'ordre public originellement politique vers un ordre public plus technique* »²²⁰⁷. Cette notion d'ordre public européen est d'autant plus singulière qu'elle renferme une polysémie de conceptions et de définitions. Certains n'hésitent pas à le qualifier de « *vague, complexe, changeante, quelque peu mystérieuse, en tout cas difficile et même dangereuse à définir car elle est relative à la circonstance, à l'époque et au lieu où elle est invoquée, et en même temps dépend d'un environnement politique, moral et religieux* »²²⁰⁸. Si la notion de « *religieux* » ne semble pas, contrairement à d'autres domaines du droit, être pertinente dans le cadre du droit économique, et donc de l'ordre public économique, les autres caractéristiques sont aussi fondamentales que déterminantes dans la consolidation et la mise en œuvre de l'ordre public économique aussi bien en droit national et qu'en droit européen.

1082. Si pour certains, l'ordre public « *brille surtout par son obscure clarté* »²²⁰⁹, on pourrait soutenir que la complexité, le flou voire même l'ambiguïté de la notion d'ordre public constituent sa véritable force tant le domaine économique qu'elle encadre est à la fois mouvant et tentaculaire. L'ordre public retrouve ainsi ce qui, éloquentement, le caractérise le mieux et renvoyant à « *un ensemble d'exigences fondamentales se concrétisant par des normes*

²²⁰⁴ CJCE, Conclusions de l'avocat général Bot, *Thyssenkrup Nirosta GmbH/Commission*, C-352/09 P. Cf. aussi MARTUCCI F., « Les "Mesures anti-crise" et le droit de la stabilité financière », art. cit., p. 188.

²²⁰⁵ *Ibid.*

²²⁰⁶ CJCE, 27 sept. 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e. a. c./ Commission*, aff. jntes, C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117, C-125, C-126, C-127, C-128 et C-129/85, 1988, *Rec.*, 1998, p. 5193.

²²⁰⁷ CARBONNIER J., *Droit civil. Les obligations*, 21^e éd., PUF, coll. Thémis, t. IV, 1998, p. 139 et s., CAMUS A., « L'ordre public concurrentiel », in LAGET-ANNAMAYER A., (dir.), *L'ordre public économique*, op. cit., p. 264.

²²⁰⁸ CLAUSEN F., *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 24-25.

²²⁰⁹ MEHDI R., « Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubois*, Paris, Dalloz 2002, p. 105-119.

impératives »²²¹⁰. L'ordre public, tout comme le droit, perd toute sa saveur s'il lui arrivait d'être dépossédé de son impérativité.

1083. Le lien entre droit de la concurrence et ordre public économique est si étroit que certains comme Antoine Pirovano en sont venus à utiliser directement « *l'ordre concurrentiel* »²²¹¹ pour désigner l'ordre public économique qui semble devenir aux yeux de Francesco Martucci, non sans une certaine surprise, une notion « *désuète* »²²¹², du moins dans sa conception classique. Mais pour l'instant, cet ordre concurrentiel répond, par le truchement des pouvoirs de la Commission européenne, aux besoins nécessaires à la préservation de l'ordre public économique européen et renvoie à une observation d'Yves Gaudemet qui qualifie l'ordre concurrentiel de « *lecture policière* »²²¹³ de la régulation économique.

b- L'inspiration fournie par le droit civil

1084. En droit civil, le droit d'accession implique par exemple que l'accessoire suit le principal²²¹⁴. En droit économique, et plus spécialement dans le cadre du maintien de l'ordre public économique, l'ordre concurrentiel, contenu de l'ordre public économique, semble entraîner, non sans le renforcer, son contenant. C'est sans doute pour cette raison que le législateur européen confie ce pouvoir administratif exorbitant à la Commission pour qu'elle veille au respect de la concurrence. D'où il ressort que l'ordre concurrentiel doit être compris dans un sens large. Ce qui permettrait de couvrir les aspects économiques et non-économiques de l'ordre public économique. D'autant plus que « *la régulation ne se confond pas avec la protection de la concurrence* »²²¹⁵, en tout cas pas nécessairement dans tous les cas. La première est non seulement plus grande que la seconde, mais elle ne doit surtout pas être au service de la concurrence uniquement. Les aspects non-économiques de la régulation sont tout aussi primordiaux. Dès lors que « *la libre concurrence est un principe fondamental de l'économie de marché, qui présuppose la liberté d'initiative des agents économiques et, en général, de toutes*

²²¹⁰ CLAUSEN F., *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 25.

²²¹¹ AZOULAY L., « L'ordre public concurrentiel et droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Antoine Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003, p. 277-309. Cf. aussi MARTUCCI F., « Les "Mesures anti-crise" et le droit de la stabilité financière », in CLEMENT-WILZ L., (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 472, p. 189.

²²¹² *Ibid.*, p. 188.

²²¹³ GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 2014, Coll. « Anthologie du droit », p. 41.

²²¹⁴ Article 546 du Code civil selon lequel « La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement ».

²²¹⁵ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, p. 347 ; MARCOU G., MODERNE F. (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, op. cit. ; COLSON J.-Ph., IDOUX P., *Droit public économique*, 7^e éd., op. cit., p. 481 et p. 447.

les personnes qui ont accès au marché »²²¹⁶, la préservation de la concurrence est consubstantielle à la sauvegarde de l'ordre public économique. C'est pourquoi certains l'envisagent comme un ordre public « *dynamique* »²²¹⁷.

1085. Aussi, retrouve-t-on souvent l'usage de l'expression dans des conclusions des avocats généraux. Frederic Martucci relève que dans « *la détermination du montant des amendes, la Commission, qui est ainsi chargée de défendre l'ordre public économique, doit veiller au caractère dissuasif de son action* »²²¹⁸. La CJUE a pu considérer que la mission dévolue au pouvoir répressif de la Commission procède de la « *nécessité de protéger l'ordre public économique sur le territoire de l'Union* »²²¹⁹. Pour cet auteur susmentionné « *ce qui caractérise essentiellement un ordre public économique est, de prime à bord, l'exercice d'un pouvoir répressif* »²²²⁰. Ce pouvoir tel qu'il est exercé par la Commission européenne renvoie, au regard des différentes communications et décisions afférentes à la régulation cruciale, à une telle coercition pour ne pas dire répression. Le fondement sinon les objectifs d'une telle exorbitance entretiennent un étroit rapport avec la protection des individus, des consommateurs et des acteurs économiques vulnérables contre les violations par les acteurs dits cruciaux des règles relatives à l'ordre public concurrentiel.

c- La prétention régulatrice de la Commission face aux acteurs économiques cruciaux mondialisés

1086. Le président de l'ARCEP a pu souligner que « *le sujet de la régulation des plateformes doit prioritairement être porté au niveau européen. Les plateformes sont de dimension mondiale et nous pensons qu'une intervention uniquement nationale peut avoir pour inconvénient de se retourner potentiellement contre les acteurs français* »²²²¹, *d'abord en termes de compétitivité de notre industrie numérique. Et puis, on le sait bien : les grands acteurs de*

²²¹⁶ Comité économique et social européen, *Régulation de la concurrence et consommateurs*, avis n° (2006/C 309/01), Bruxelles, 5 et 6 juill. 2006, p. 3, disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:309:0001:0009:FR:PDF>. (Consulté le 02/02/2017).

²²¹⁷ RACINE J.-B., « La contribution de l'ordre public européen à l'élaboration d'un ordre public transactionnel en droit de l'arbitrage », *RAE*, 2005, n° 2, p. 227-239, spéc. p. 232 ; CLAUSEN F., *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 26.

²²¹⁸ BOT Y., « Pourvoi - Concurrence - Entente - Amendes - Notion d'exercice social précédent' pour le calcul du plafond de l'amende », Conclusion sur CJUE, 7 juin 2007, n° C-76/06 P, *Britannia Alloys & Cheminads LTD*, 2007, disponible à l'adresse suivante : <https://www.doctrine.fr/d/CJUE/2007/CJUE62006CC0076>. (Consulté le 15/04/2017).

²²¹⁹ CJCE, 14, déc. 1972, *Bohringer Mannheim/ Commission*, aff. C-7/72, *Rec.*, 1972, p. 1281.

²²²⁰ MARTUCCI F., « Les 'Mesures anti-crise' et le droit de la stabilité financière », *art. cit.*, p. 195.

²²²¹ Cf. sur ce point précis : ARCEP, avis n° 2015-1316, 12 nov. 2015, *relatif au projet de Loi pour une République numérique*, *JORF* n° 0235 du 8 oct. 2016.

l'Internet ont des capacités de contournement du droit national beaucoup plus fortes (que les acteurs nationaux) dans la mesure où ils ne sont pas établis dans notre pays - ce qui d'ailleurs peut entraîner des débats de territorialité assez complexes à trancher »²²²². Dans cette perspective de soumettre les entreprises cruciales au droit, il y a quelques-unes des plus emblématiques qui se frottent régulièrement avec la Commission. Au premier rang desquels, Google.

1087. À titre d'illustration, en 2017, Google a été sanctionnée par la Commission européenne d'une amende conséquente de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche pour avoir favorisé son propre service de comparaison de prix²²²³. Dans cette affaire, la Commission indique que la sanction tient compte de la durée et de la gravité de l'infraction. L'amende a été calculée sur la base de la valeur des recettes que Google réalise grâce à son service de comparaison de prix déployé dans 13 pays de l'EEE (notamment l'Allemagne et le Royaume-Uni en janvier 2008, la France en octobre 2010, l'Italie, les Pays-Bas et l'Espagne en mai 2011, la République tchèque en février 2013 et l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Norvège, la Pologne et la Suède en novembre 2013). Mais un regard particulier doit être porté sur les mesures qui accompagnent l'effectivité d'une telle décision. En effet, Google doit non seulement s'abstenir de faits similaires, mais elle doit également appliquer le principe d'égalité dans le traitement des comparaisons de prix entre lui et ses concurrents. Faute de quoi, l'entreprise s'expose, en cas de violation ou de non-conformité à une telle décision, à une amende pouvant aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires moyen réalisé quotidiennement au niveau mondial par Alphabet, la société mère de Google. Cette sanction s'inscrit dans la suite des enquêtes ouvertes en 2010 sur le référencement et la publicité en ligne. La sanction du 20 mars 2019, pour un montant de 1,49 milliards d'euros, était due pour sa part au fait que, en raison d'un contrat d'exclusivité de publicité que le géant a fini par transformer en *premium placement*, mettant ainsi ses concurrents « dans l'impossibilité de placer leurs publicités contextuelles dans les zones les plus visibles et les plus visitées des pages de résultats de recherche des sites web »²²²⁴. La Commission estime alors qu'en procédant ainsi, Google « s'est prémunie contre la pression concurrentielle en imposant des restrictions contractuelles

²²²² SORIANO S., « La mue de l'ARCEP vers le numérique », art. cit., p. 8.

²²²³ Commission européenne, *La Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix*, Communiqué de la Commission n° IP-17-1787, Bruxelles, 27 juin 2017. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_17_1784. (Consulté le 23/07/2017).

²²²⁴ LAUSSON J., « Google se prend sa troisième amende européenne pour ses pratiques anticoncurrentielles », 20 mars, 2019, accessible : <https://www.numerama.com/politique/472551-vers-une-troisieme-amende-record-contre-google-pour-ses-pratiques-anticoncurrentielles.html>. (Consulté le 29/06/2017).

anticoncurrentielles aux sites web tiers »²²²⁵. En d'autres termes, cette entreprise a usé de sa position dominante face la concurrence.

1088. Des pratiques similaires ont été également reprochées à Amazon dans le domaine de la vente en ligne. Ces pratiques sont en l'espèce renforcées par l'exploitation des données personnelles des utilisateurs. Chose qui renforce l'inquiétude de la Commission européenne. En effet, Amazon, étant un intermédiaire tout le moins privilégié entre vendeur et acheteur, profite de sa position de marché pour favoriser et ce de manière « *hors norme* », ses propres produits au point que la Commission fut amenée le 18 septembre 2018 à « *s'interroger sur l'exploitation des données issues de sa place de marché par Amazon* »²²²⁶. Révélant les mêmes préoccupations, une plainte récemment déposée par Spotify contre Apple concernant le service de musique en ligne car Apple semble réclamer pas moins de 30% de commission pour l'utilisation de son interface d'Apple Store. C'est l'ensemble de ces pratiques qui avait conduit la Commission européenne, par l'intermédiaire de Margaret Vestager, Commissaire à la concurrence, à s'interroger sur « *l'adaptation* » de la politique européenne actuelle de concurrence face aux enjeux du numérique. Car, souligne-t-elle, l'on ne peut « *avoir une politique de la concurrence adaptée au futur si elle ne s'attaque pas aux menaces sur la concurrence découlant de la numérisation* »²²²⁷.

1089. Quid des affaires concernant Microsoft que certains ont même qualifié de « *marathon judiciaire* » ?²²²⁸ Ce ne serait pas excessif de qualifier cette lutte entre la Commission et Microsoft depuis 2004 de bataille judiciaire. Pour des pratiques anticoncurrentielles liées à l'interopérabilité de son interface Windows, Microsoft fut condamnée à une amende de 561 millions d'euros²²²⁹. Décision confirmée en 2007 par le Tribunal malgré les contestations de

²²²⁵Commission européenne, *La Commission inflige une amende de 1,49 milliards d'euros à Google pour pratiques abusives en matière de publicité en ligne*, Communiqué de presse du 20 mars 2019, préc.

²²²⁶ NEDELEC G., BERTRAND Ph., « Amazon dans le viseur de la Commission européenne », *Les Echos*, 20 sept. 2018 ; RENAUD N., « L'état européen se resserre sur Amazon », *Les Echos*, 30 nov. 2018, disponible à l'adresse suivante : <https://www.lesechos.fr/industrie-services/conso-distribution/letau-europeen-se-resserre-sur-amazon-163195>. (Consulté le 03/12/2018).

²²²⁷ MARCHAIS I., « Le combat de Bruxelles contre les abus de position dominante des Gafa », Bruxelles, 05 juin 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.lopinion.fr/edition/international/combat-bruxelles-contre-abus-position-dominante-gafa-188947>. (Consulté le 20/06/2019).

²²²⁸ PIQUARD A., « Antitrust et régulation : le marathon judiciaire et politique des GAFAs », 27 juin 2012, actualisé au 07 janv. 2021, accessible à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/01/07/antitrust-et-regulation-le-marathon-judiciaire-et-politique-des-gafa_6065448_3234.html. (Consulté le 30/05/2017).

²²²⁹Commission européenne, *Abus de position dominante : la Commission sanctionne Microsoft pour non-respect de ses engagements concernant le choix du navigateur*, Communiqué de presse n° IP/13/196, Bruxelles, 06 mars 2013. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_13_196. (Consulté le 10/03/2018).

l'entreprise²²³⁰. Ce montant paraissait énorme à l'époque. Les violations des règles de la concurrence ne s'arrêtent pas pour autant et ce malgré l'exorbitance des sanctions pécuniaires. En 2006, l'entreprise écopait déjà d'une amende de 280 millions d'euros pour avoir refusé de fournir la documentation nécessaire relative aux protocoles de communication de son système d'exploitation²²³¹. Puis en 2008, une sanction d'un montant de 889 millions d'euros pour avoir pratiqué des prix déraisonnables²²³².

d- L'admission des contrats d'exclusivité pour les acteurs cruciaux

1090. Le caractère crucial d'une entreprise ne lui interdit nullement de recourir à des contrats d'exclusivité. La jurisprudence a pu abonder dans ce sens. Elle a récemment admis qu'un fournisseur de produits de luxe peut interdire à ses distributeurs agréés de vendre les produits sur une plate-forme internet tierce telle qu'Amazon²²³³. Elle affirme en l'espèce qu'eu égard à leurs caractéristiques et à leur nature, les produits de luxe peuvent nécessiter la mise en œuvre d'un système de distribution sélective pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage²²³⁴. Toutefois, une telle appréciation demeure casuistique et exceptionnelle puisque le principe en vigueur est celui posé par l'arrêt *Fabre* qui réaffirme que l'objectif de préserver l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence²²³⁵.

e- L'admission de circonstances atténuantes soumise à l'appréciation du juge

1091. L'on peut néanmoins concevoir, dans la détection et la sanction des pratiques anticoncurrentielles, des circonstances atténuantes, ce en dépit du renforcement significatif des pouvoirs de la Commission. Il peut s'agir, entre autres de l'arrêt « *de l'infraction dès les premières interventions de l'autorité européenne de contrôle, la commission de l'infraction par négligence et non de propos délibéré, la participation réduite de l'entreprise à l'infraction, la coopération effective avec la Commission en dehors du champ d'application de la communication sur la clémence et au-delà de l'obligation juridique de coopérer* »²²³⁶, ainsi que

²²³⁰ TPICE, 17 sept. 2007, *Microsoft c./Commission*, *supra*.

²²³¹ CEE, décis. n° C-3/37.792 du 27 févr. 2008, *fixant le montant définitif de l'astreinte infligée à Microsoft Corporation par la décision finale* C (2005) 4420, *JOUE* n° C 166 du 18 juill. 2009, p. 20-23.

²²³² *Ibid.*

²²³³ CJUE, 6 déc. 2017, *Coty Germany GmbH c./Parfümerie Akzente GmbH*, aff. C-230/16, *Réc. num.* 2017, 941.

²²³⁴ CJUE, 23 avr. 2009, *Copad SA c./ Christian Dior couture SA e.a. et Commission*, aff. C-59/08, *Rec.*, 2009, p. I-03421, pt. 28.

²²³⁵ CJUE, 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c./Prés. de l'ADLC et Ministre de l'économie*, aff. C-439/09, *Rec.*, 2011, p. I-09419, pt. 46.

²²³⁶ GRYNFOGEL C., « Sanction du droit européen de la concurrence », *Jurisclasseur commercial*, 22 oct. 2013, fasc. n° 287, p. 10.

le fait d'avoir joué un rôle passif dans la commission de l'infraction²²³⁷. Cependant, le fait qu'une entreprise n'ait pas participé à tous les éléments constitutifs d'une entente ou qu'elle a joué un rôle mineur dans les aspects auxquels elle a participé n'est pas pertinent. Dans la mesure où s'il est établi qu'une entreprise connaissait les comportements infractionnels des autres participants, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque, elle est également tenue comme responsable²²³⁸.

1092. La différenciation de la sanction peut aussi découler, en plus de la coopération avec la Commission, du chiffre d'affaires de l'entreprise strictement apprécié par le juge²²³⁹. Il est par ailleurs arrivé à la Commission de réduire de 70 % l'amende d'une entreprise, dans l'affaire des déménageurs internationaux, en raison d'une incapacité de payer l'amende qui lui est infligée²²⁴⁰. Toutefois, une pratique anticoncurrentielle commise avec la corruption peut non seulement être sanctionnée mais de surcroît être retenue comme circonstance aggravante. La Commission a pu, dans ce sens, sanctionner l'entreprise américaine Qualcomm d'une amende de près d'un million d'euros²²⁴¹ pour avoir versé d'importantes sommes à son client Apple, en échange d'une exclusivité d'approvisionnement, évinçant ainsi illégalement ses concurrents du marché des chipsets de bande de base LTE pendant plus de cinq ans, et consolidant ainsi sa position dominante sur ce marché²²⁴². Cette amende, qui représente 4,9 % de son chiffre d'affaires de 2017, tient compte de la durée et de la gravité de l'infraction tout en visant à dissuader d'autres acteurs qui seraient tentés par le même procédé²²⁴³. Le recours de la société Qualcomm contre la décision de la Commission a été rejeté par le Tribunal²²⁴⁴.

²²³⁷ TPICE, 9 juill. 2003, *Cheil Jedang corp. c./ Commission*, aff. T-220/00, *Rec.*, 2003, p. II-03987, pt. 167 ; *Contrats, concurrence consommation* 2003, comm. 144.

²²³⁸ CJCE, 8 juill. 1999, *Commission c./ contre Anic Partecipazioni SpA*, *supra*, pt. 90.

²²³⁹ TPICE, 4 juill. 2006, *Hoek Loos NV v c./ Commission*, aff. T-304/02, *Rec.* 2006 p. II-1887: *Contrats, concurrence consommation*, 2006, comm. 193.

²²⁴⁰ CEE, *Antitrust : la Commission inflige aux prestataires de services de déménagements internationaux en Belgique une amende de plus de €32,7 millions en raison d'une entente complexe*, Communiqué de presse n° IP/08/415, Bruxelles, 11 mars 2008, p. 2. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_08_415. (Consulté le 02/03/2018) ; TPICE, 30 avr. 2009, *Itochu Corp*, aff. T-12/03, aff. T-12/03, *Rec.*, 2009, p. II-909 ; TPICE, 30 avr. 2009, *Nintendo*, aff. T-13/03, *Rec.*, 2009, p. II-975 ; TPICE, 30 avr. 2009, *CD-Contact Data / Commission* aff. T-18/03, *Rec.*, 2009, p. II-1021.

²²⁴¹ 997 439 000 plus précisément.

²²⁴² Communiqué de presse de la Commission n° I P/18/421, 24 janv. 2018. Les Chipsets signifient jeu de puce. Ce sont des composants électroniques inclus dans des circuits intégrés et dont la fonction est de gérer des flux de données entre le processeur et les mémoires périphériques. On les retrouve dans de nombreux appareils électroniques (ordinateur, PGS, appareil photo...). C'est dire l'ampleur et l'entendue du marché concerné.

²²⁴³ Commission européenne, *La Commission inflige une amende de 997 millions d'euros pour abus de position dominante sur le marché des chipsets de bande de base LTE*, Communiqué de presse n° IP/18/421, Bruxelles, 24 janv. 2018. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_421. (Consulté le 15/03/2018).

²²⁴⁴ Trib. UE, 9 avr. 2019, *Qualcomm et Qualcomm Europe/Commission*, aff. T-371/17, *Rec. num.* 2019, 732.

f- Parcimonie dans l'utilisation de la puissance et l'exorbitance régulatrices de la Commission

1093. L'exorbitance de la Commission européenne se manifeste dans la sanction des pratiques anticoncurrentielles dès lors que la concurrence demeure à la fois le noyau même de l'ordre public économique. Pour certains auteurs, la concurrence, dans la configuration de l'économie mondialisée, n'est pas uniquement un simple mécanisme entre entreprises, elle « *devient un critère de la légitimité de la régulation publique de l'économie* »²²⁴⁵. Laurence Idot, reprenant ainsi une formulation chère à Gérard Farjat, affirme, quant à elle, que l'appartenance du droit de la concurrence au droit économique ne peut être « *contestée* », pour la simple raison qu'elle en constitue « *le noyau dur* »²²⁴⁶. Il s'en suit alors que la Commission dispose à cet effet, à l'instar des autorités nationales, d'un véritable pouvoir de sanction. Elle sauvegarde l'ordre public économique européen par son pouvoir en veillant, quoiqu'avec parcimonie, au maintien d'une concurrence saine. D'où le caractère élevé de sanctions pécuniaires pour violation des règles de la concurrence²²⁴⁷.

g- Inefficacité constatée des sanctions strictement pécuniaires dans la régulation des acteurs cruciaux

1094. En 2007, la doctrine qualifiait cette possibilité pour la Commission d'infliger des amendes de « *victoire éclatante* »²²⁴⁸. Mais eu égard à la « *récidive* » quasi permanente des entreprises, l'on peut se demander si la consubstantialité entre amendes records et dissuasion n'est pas à revoir. C'est peut-être en cela que la compliance, sur son versant réputationnel, pourrait constituer une véritable parade dissuasive. Il est peut-être temps de renforcer la sanction réputationnelle et la sensibilisation de l'opinion publique (clients au passage) sur les conséquences des pratiques anticoncurrentielles sur sa vie quotidienne. Puisque si les entreprises ne se gênent pas de profiter de l'efficacité d'une violation des règles, en tant

²²⁴⁵ D'ALBERTI M., « La régulation économique en mutation », *RDP*, 1^{er} janv. 2006, n° 1, p. 231.

²²⁴⁶ IDOT L., « Le réseau européen de la concurrence : une forme de justice économique ? », *RLDA*, 1^{er} mai 2015, n° 104, p. 1.

²²⁴⁷ Rien que Google, en espace de deux ans a écopé, quand on les additionne, d'une amende de 8, 25 milliards d'euros pour diverses pratiques anticoncurrentielles. Le 20 mars 2019 la Commission inflige à Google une amende de 1, 49 milliards d'euros pour abus de position dominante dans le secteur de la publicité en ligne (pour avoir restreint indirectement les annonces de ses concurrents), alors même qu'elle venait, en 2018, de lui infliger, respectivement, en juill. 2018 une amende 4,34 milliards (pour avoir imposé l'utilisation de Google Search sur les terminaux Android) et en juin 2017 une amende de 2, 42 milliards d'euros pour avoir abusé de sa position dominante par la favorisation de son comparateur de prix « Google Shopping ». Alors la question de dissuasion des sanctions pécuniaires élevées reste entière.

²²⁴⁸ DUFOUR O., « Microsoft, une victoire éclatante pour la Commission européenne », *LPA*, 21 sept. 2007, n° 194, p. 3.

qu'agent économiquement rationnel, elles ne s'aventureront pas à se mettre à dos l'opinion publique et leur clientèle.

1095. Le caractère répétitif de ces sanctions montre tout de même que la dissuasion n'est pas totalement et intégralement acquise. On peut aisément poser la question de la limite de la dissuasion des sanctions pécuniaires, aussi élevées soient-elles. S'agissant par exemple de l'arrêt du 17 juin 2017 cité plus haut, Google avait introduit un recours selon plusieurs moyens reprochant à la Commission une erreur d'appréciation arguant que celle-ci n'aurait pas pris en compte le fait que l'entreprise avait lancé les résultats groupés par produit pour améliorer la qualité et non pas pour diriger le trafic vers un comparateur de prix Google²²⁴⁹. Bien que le recours ne soit pas systématiquement suspensif, puisque qu'il faut que les circonstances ayant un fondement de forme et de fond l'exigent, il n'en reste pas moins que les entreprises arrivent encore à passer entre les mailles du filet de la procédure et par voie de conséquence n'hésitent pas à violer les règles quitte à en payer pécuniairement la forfaiture, et ce bien après avoir empoché le « butin de l'infraction »²²⁵⁰. Dès lors que les entreprises sont conscientes que l'expiration du délai de recours rend la décision définitive²²⁵¹, elles ne lésinent pas sur les moyens de recours. Jouer concomitamment sur la procédure leur fait gagner du temps.

1096. La corrélation entre exorbitance des sanctions pécuniaires et l'absence de dissuasion réside sans doute dans le concept de *violation efficace*, lui-même renforcé par les procédures judiciaires permettant d'interjeter appel auprès des juridictions compétentes. À titre d'exemple, l'estimation de l'année fiscale 2010-2011 de Microsoft lui créditait un chiffre d'affaires de pas moins de 70 milliards d'euros. Si l'on fait la déduction, le résultat est sans ambiguïté. Mais ça ne s'arrête pas là puisqu'en dépit des sanctions pécuniaires de plus en plus élevées, les infractions continuent. En 2012, la même entreprise est condamnée pour quasiment les mêmes pratiques que celles d'il y a dix ans auparavant. Elle écope d'une sanction de 860 millions d'euros pour avoir refusé à ses concurrents des informations techniques et détaillées permettant de concevoir des logiciels compatibles avec Windows²²⁵². En juin 2013, la Commission, après avoir ouvert les enquêtes en 2012, sanctionne à nouveau Microsoft pour non-respect de ses engagements, lesquels consistaient à proposer aux utilisateurs un écran multichoix leur

²²⁴⁹ Recours introduit le 11 sept. 2017 — *Google et Alphabet/Commission*, (aff. T-612/17).

²²⁵⁰ Mentionné par nous.

²²⁵¹ TPICE, ord., 24 juin 1998, *Dalmine c./ Commission*, n° aff. T-596/97, *Rec.*, 1998, p. II-2383.

²²⁵² Trib. UE, 27 juin 2012, *Microsoft Corp. c./ Commission*, aff. T-167/08, non encore publié. Le seul gain de cause que Microsoft avait pu obtenir était la réduction de l'amende d'une somme de 39 millions faisant ainsi passer l'amende de 899 à 860 millions d'euros.

permettant de sélectionner facilement le navigateur web qu'ils souhaitent²²⁵³. Pourtant, la société s'y était engagée en 2009²²⁵⁴. Ces montants colossaux ne sont pas sans rappeler ceux infliger aux cartels des vitamines en 2001 pour un montant de 462 millions d'euros²²⁵⁵. À l'époque, une telle sanction fut considérée comme des plus sévères en raison du caractère élevé de l'amende. Mais depuis lors d'autres amendes ont été infligées et désormais le milliard est franchie dans bon nombre de décisions sans pour autant que les infractions ne cessent.

h- Remise en perspectives des méthodes de sanction du régulateur européen

1097. Le « *risque concurrentiel* »²²⁵⁶, entendu comme risque de l'application du droit de la concurrence par les autorités, n'est pas négligé par les cabinets des grandes entreprises. On se souvient du postulat de Gary Becker, développé dans son article *Crime and punishment*, selon lequel « *mal sanctionner favorise la récidive* »²²⁵⁷. Au regard de la multiplicité et de la sophistication mais surtout de la prolifération des pratiques violant, avec de plus en plus d'envergure, les règles de concurrence, nous pouvons être fondés à questionner les méthodes de sanction des pratiques anticoncurrentielles. « *Le crime concurrentiel paie en particulier en Europe où la sanction et les dommages ne coutent que 15 % du surprofit engendré par l'entente contre 86 % aux États-Unis* », grâce notamment aux actions privées. Il y a eu une certaine transposition de ces actions en Europe sous formes d'actions collectives mais le schéma ne semble pas tout à fait abouti, en raison notamment de l'appréhension liée à une éventuelle instrumentalisation desdites actions contre les entreprises. L'Europe opte alors pour une solution médiane dont la première préoccupation est d'éviter les « *inconvenients* »²²⁵⁸ engendrées par la pratique américaine des *class actions*.

²²⁵³ La Commission constate que Microsoft n'a pas intégré l'écran multichoix au Service Pack 1 de Windows 7 entre mai 2011 et juill. 2012. 15 millions d'utilisateurs de Windows dans l'Union européenne ont donc été privés de cet écran au cours de cette période. Microsoft a reconnu que cet écran ne s'était pas affiché pendant cette période. Cf. Commission européenne, *Abus de position dominante : la Commission sanctionne Microsoft pour non-respect de ses engagements concernant le choix du navigateur*, Communiqué de presse du 06 mars 2013, préc.

²²⁵⁴ Commission européenne, *Abus de position dominante : la Commission accepte les engagements proposés par Microsoft pour permettre aux utilisateurs de choisir leur navigateur web*, Communiqué de presse n° IP/09/1941, Bruxelles, 16 déc. 2009. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_09_1941. (Consulté le 12/03/2018).

²²⁵⁵ CEE, décis. du 21 nov. 2001, relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, *supra*.

²²⁵⁶ CHENEL B., « Public enforcement du droit de la concurrence – Actualité d'un risque concurrentiel grandissant », *RLC*, 1^{er} janv. 2010, n°22, 20 p.

²²⁵⁷ BENZONI L., « L'évaluation des dommages induits par les pratiques anticoncurrentielles : Approche économique », cité dans « Private enforcement. Évaluation du dommage concurrentiel », *Séminaires, Concurrences*, Paris 8 juin, 2015.

²²⁵⁸ GUERIN A., « Quelle doit être la place du *public enforcement* et du *private enforcement* en droit de la concurrence ? », *Mémoire*, Université Paris II Panthéon-Assas, 2016, p. 20.

i- Copréservation de l'ordre concurrentiel par la Commission et les autorités nationales

1098. L'on ne peut concevoir une régulation économique européenne parfaitement efficace sans le concours des autorités nationales dotées d'une telle compétence. C'est pourquoi, en attendant une harmonisation communautaire définitive, la coordination entre elles joue un rôle primordial dans la préservation de l'ordre public économique européen. L'autonomie procédurale telle qu'elle est prévue par l'article 16 §1 prévoit que les juridictions nationales ne sont pas tenues de sursoir à statuer en raison de saisine parallèle de la Commission. Il précise néanmoins que s'il existe un antécédent sur lequel celle-ci s'est déjà prononcée, les juridictions doivent se conformer à la coordination en ne rendant pas une décision contraire²²⁵⁹. Il est de jurisprudence constante que rien ne s'oppose à ce que les autorités nationales de concurrence procèdent à l'application des articles 101 et 102 TFUE²²⁶⁰. Pour l'identification de sa compétence, la Commission utilise trois critères pour déterminer, de « *manière quasi certaine* »²²⁶¹, sa compétence. D'abord, si la pratique anticoncurrentielle touche plus de trois pays de l'Union, ensuite lorsque l'affaire est étroitement liée à des dispositions dont l'application efficace ne peut se faire qu'à travers elle ; enfin, lorsque l'intérêt de l'Union exige que la Commission puisse adopter une décision. Le Règlement 1/2003 lui permet de dessaisir une autorité nationale lorsqu'elle constate l'inapplication des dispositions des 101 et 102. Elle peut dans ce cas s'autosaisir²²⁶². Le comité consultatif, d'abord prévu par le Règlement CEE n° 17/62, repris par le Règlement 1/2003, joue un rôle important dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles en ceci qu'il fait le lien entre les autorités nationales et la Commission. Il a plusieurs attributions dont celle entre autres de « *recommander* »²²⁶³ à la Commission de publier un avis sur une question concernant les ententes et les abus de position dominantes. La décentralisation de l'application du droit européen de la concurrence, par le biais notamment du Règlement 1/2003, et la coopération entre les autorités de concurrence nationales²²⁶⁴, concourent à la recherche d'une harmonisation dans l'application du droit européen de la concurrence, au sommet de la quelle harmonisation, l'on retrouve la Commission européenne.

²²⁵⁹ MALAURIE-VIGNAL M., *Droit interne et européen de la concurrence*, op. cit., p. 27.

²²⁶⁰ CJUE, 13 déc. 2012, *Expedia*, aff. C-226/11, *Réc. num.* 2012, 795, pt. 38 ; CJUE, 7 déc. 2010, *VEBIC*, aff. C-439/08, *Rec.*, 2010, p. I-12471, pt. 58, 64 ; CJUE, 18 juin 2013, *Schenker & Co.* e.a. aff. C-681/11, *Réc. num.* 2013, 404, pt. 50 ; Trib. UE, 21 janv. 2015, *easyJet Airline c./Commission*, aff. T-472/13, *Réc. num.* 2015, 36, pt. 60 ; Trib. UE, 8 sept. 2016, *Lundbeck / Commission*, aff. T-472/13, *Réc. num.* 2016, 449, pt. 761, 767 et 832.

²²⁶¹ VOGEL L., *Traité de droit économique*, op. cit., p. 362.

²²⁶² CJUE, 3 mai 2011, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów contre Tele2 Polska sp.*, aff. C-375-09, *Rec.*, 2011, p. I-03055.

²²⁶³ BELLIS J.-F., *Droit européen de la concurrence*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 38.

²²⁶⁴ VOGEL L., *Traité de droit économique*, op. cit., p. 357.

1099. C'est au nom de cette même coordination et en vertu de l'article 11 du Règlement 1/2003 que l'ouverture d'une procédure en droit de la concurrence par la Commission européenne dessaisit les autorités nationales²²⁶⁵. Dans le livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 101 et 102 du TFUE, la Commission considère que « *l'intervention des autorités de concurrence des États membres et de la Commission est fondée sur des motifs d'ordre public économique : elles n'ont pas pour mission, comme les juridictions nationales, de trancher des litiges entre parties, mais de garantir le maintien d'un régime de concurrence non faussée* »²²⁶⁶. S'il est permis aux États membres de déroger à cet ordre public économique tendant à la construction du marché en invoquant l'intérêt général, il leur est impossible d'y procéder en se basant sur des motifs purement économiques, c'est-à-dire des mesures protectionnistes²²⁶⁷. Cet argument a pu notamment prévaloir dans le domaine de l'énergie où la Cour de justice estime que l'entrave de nature économique peut se justifier si seulement elle se fonde sur la poursuite de l'intérêt général. Les États membres sont tenus de participer à la construction de ce marché et de sauvegarder l'ordre public économique européen. Ils sont, selon la Cour, tenus de prendre toutes les mesures nécessaires cet effet²²⁶⁸. Il est encore laissé aux États une marge dans la politique économique, mais s'agissant de l'ordre public « *macroéconomique* »²²⁶⁹, leur responsabilité est celle de participer à la construction européenne d'un ordre public transcendant.

²²⁶⁵ PRIETO C., « Google entre les feux de la Commission européenne et ceux de l'Autorité de la concurrence française », *Rev. droit des contrats*, 1^{er} avr. 2011, n°2, p. 484.

²²⁶⁶ VAUTROT-SCHWARZ Ch.-A., « L'ordre public économique » in DEBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, *op. cit.*, p. 188.

²²⁶⁷ CJCE, 10 juill. 1984, *Campus Oil Limited*, 72/83, *Rec.*, 1984, p. 2727; CJUE, 26 avr. 2012, *Annet*, aff. C-456/10, *Réc. num.* 2012, 241.

²²⁶⁸ CJCE, 9 déc. 1997, *Commission c./ France*, C-26595 (affaire dite des fraises espagnoles)

²²⁶⁹ MARTUCCI F., « les "Mesures anti-crise" et le droit de la stabilité financière », *art. cit.*, p. 194.

Conclusion du Titre I

1100. Il faut d'ores et déjà relever ici le risque dont il faut être conscient dans le traitement des autorités indépendantes dans une sous partie. Il est évident qu'une facette du fonctionnement d'une seule de ces autorités peut, en soi constituer un sujet entier de thèse, néanmoins, nous nous sommes entièrement concentrés sur le point commun à l'ensemble de ces autorités : le versant exorbitant de leur fonctionnement dans la régulation de leurs domaines respectifs.

1101. L'étendue du pouvoir administratif exorbitant demeure donc doublement voire triplement façonnée. Elle s'est d'abord métamorphosée par la mondialisation de l'économie sur laquelle il s'applique. Ensuite, par la profondeur de la sophistication des mécanismes économiques mais surtout financiers qui se trouvent renforcés par la numérisation et la fluctuation de celle-ci. En fin, et comme il fallait s'y attendre, pour prétendre à toute effectivité, les régulateurs doivent s'adapter aussi bien en termes de temps qu'en termes d'espace. Si le premier est de toute manière inéluctable, l'adaptation spatiale pour sa part ne peut prétendre à une longévité digne de ses ambitions que lorsqu'elle s'envisage non plus en termes étatique mais en termes communautaire voire mondiale. D'où l'importance et l'envergure du rôle de la Commission dans la régulation économique européenne et mondialisée.

1102. Il faut souscrire entièrement à la formulation selon laquelle « *la situation des régulateurs est très proche de celle d'une juridiction : tous deux s'appuient sur un pouvoir de juridiction et de jurisprudence* »²²⁷⁰. Mais il faut, dans le même sens, réitérer la nécessité que les uns ne soient pas confondus avec les autres. Une quelconque confusion de genre pourrait avoir comme conséquence une régulation non plus seulement exorbitante mais arbitraire. Il faut sans nul doute renforcer le pouvoir administratif exorbitant des régulateurs de sorte qu'aucune parcelle économique ne puisse évoluer en marge du droit et de l'ordre public économique. Dans le même moment et dès lors qu'il ne s'agit point d'une régulation vindicative à l'égard des acteurs économiques, fussent-ils les plus hostiles à la loi, il est fondamental que ce pouvoir administratif exorbitant soit à son tour conforme au droit et convenablement contrôlé par le juge. C'est à cette parcimonie harmonieuse et à elle seule que revient la lucidité de doter ce pouvoir la légitimité nécessaire à son effectivité.

²²⁷⁰ MASSON A., « La force juridique de la doctrine des autorités de régulation », *BJB*, n° 03, 01 mai 2006, p. 292 ; SEVERIN E., « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et société*, no 25, 1993, p. 339.

Titre II- Le contrôle juridictionnel de la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant

1103. Aussi fondamentale et légitime que puisse être la conservation d'un rôle étatique déterminant dans la conduite économique de la société, il est inconcevable de conspuer les libertés fondamentales des entreprises. Leur liberté d'innover, de conquérir et de créer de la richesse, doit bénéficier d'une protection solide pour ne pas dire absolue. Pas plus que l'on ne peut, dans la configuration actuelle de l'économie, envisager de restreindre leurs droits fondamentaux de prétendre et d'accéder à un procès équitable, de bénéficier, dans le cadre des enquêtes et, le cas échéant, des sanctions, du respect de la vie privée et du secret des affaires. Il serait tout autant inadmissible, eu égard au vieux principe de *non bis in idem*, de les sanctionner doublement pour les mêmes infractions ou de les pousser à s'autoincriminer.

1104. C'est en vertu de toutes ces considérations que les autorités de régulation se doivent de se livrer à un véritable équilibre entre fermeté dans le maintien de l'ordre public économique et respect des droits des entreprises dans la procédure et les décisions de sanction. En dépit de leurs pouvoirs d'astreinte et de contrôle *ex ante*, liés à la notification pour ce qui est plus spécialement par exemple du contrôle des concentrations, elles doivent « *tout à la fois respecter le droit des parties au traitement confidentiel de leurs secrets d'affaires* »²²⁷¹. Elles ne peuvent obliger les entreprises, et ce quelle que soit la gravité de la pratique suspectée, à témoigner contre elles-mêmes. Cette fine lucidité dans la régulation économique demeure aussi indispensable que la régulation elle-même. Il appartient au juge de veiller au respect de ces principes dont l'atteinte décrédibiliserait à la fois l'indépendance du régulateur, et donc la fiabilité de la régulation et la puissance que doivent incarner ces autorités dans une économie mondialisée, au sein de laquelle l'exorbitance s'avère de plus en plus indispensable si l'on veut conserver avec effectivité l'ordre public économique.

1105. Il est indéniable qu'un raisonnement qui inciterait l'État à remettre en cause la double liberté d'établissement et de commerce des entreprises serait un retour en arrière à la fois préjudiciable et inacceptable. Cependant, c'est avec la même vigueur qu'il adviene de défendre l'ordre public économique qui doit régner dans la société à travers le respect des principes favorisant tout autant la liberté des entreprises que les valeurs non-économiques. En

²²⁷¹ BERLIN D., « Contrôle des concentrations. Exercice du contrôle : procédure et substance », *Jurisclasseur*, 13 nov. 2018, n° 1490, p. 1 et 2.

cela, le cheminement légal et judiciaire demeure une garantie dont on peut se passer. C'est à ce travail que se consacre le juge national. Un contrôle qui, bien qu'enchevêtré entre juridictions administratives et juridictions judiciaires, et complété par celui du juge constitutionnel, s'avère déterminant (*Chapitre I*). Sur le plan européen, un tel contrôle est exercé de façon plus lisible mais non sans être renforcé (*Chapitre II*).

Chapitre I- Enchevêtrement du contrôle juridictionnel du pouvoir administratif exorbitant en droit national

1106. Sébastien Rials souligne que « *c'est lorsqu'on donne au juge un pouvoir qu'il l'exerce avec mesure et c'est lorsqu'on cherche à brider son pouvoir qu'il procède à des interprétations extensives* »²²⁷², dénotant ainsi toute l'envergure du rôle du juge dans le contrôle juridictionnel *lato sensu*, mais également tout le risque de son exclusion ou sa marginalisation. En droit de la régulation économique, le postulat qui agitait l'immunité juridictionnelle des autorités de régulation avait, à un certain moment, « *fait long feu* »²²⁷³, mais il s'est estompé par la tangibilité du contrôle exercé par les juridictions tant en droit nationale que communautaire. Il n'y a aucune raison pertinente d'opposer le juge au régulateur. Il faut plutôt réitérer que « *le régulateur est complémentaire du juge* »²²⁷⁴. Le régulateur n'est pas tout à fait un juge et ce dernier « *n'est pas un régulateur* »²²⁷⁵. Même s'il arrive à ce dernier de reprendre certains « *concepts, voire de manière plus précise et ponctuelle, des phrases des juges, des citations d'arrêts.* [Une telle reprise] *relève seulement d'une démarche de bonne administration et non d'une volonté de confusion des pouvoirs* »²²⁷⁶. La jurisprudence communautaire a précisé que dès lors que le régulateur ne fait pas office de juge, le droit à un procès équitable d'une entreprise n'est pas violé du fait qu'aucun des membres du Collège de la Commission n'ait assisté à l'audition de cette entreprise²²⁷⁷. Le régulateur demeure soumis au contrôle du juge, ce qui lui

²²⁷² RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard*, *op. cit.* ; ROUVIERE S., « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », art. cit., p. 12.

²²⁷³ AUTAIN J.-L., « Autorités administratives indépendantes », *Jurisclasseur adm.*, 1^{er} janv. 2019, art. cit., p. 48 ; CE, Ass., 10 juill. 1981, *M. Léon Retail*, n° 05130.

²²⁷⁴ ISRAEL J.-J., « La complémentarité face à la diversité des régulateurs et des juges », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 24.

²²⁷⁵ SAUVE J.-M., « Quelle régulation et quels leviers pour la finance internationale ? », Introduction des débats de la deuxième conférence du cycle « *Régulation de crise, régulation en crise* », 29 juin 2009, p. 4, accessible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/quelle-regulation-et-quels-leviers-dans-la-finance-internationale>. (Consulté le 16/06/2017).

²²⁷⁶ LEPETIT J.-F., « État, juge et régulateur », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 9.

²²⁷⁷ Trib. UE, 27 juin 2012, *Bolloré c. / Commission*, aff. n°T-372/10, *Réc. num.*, 325, pt. 56-60. Le juge précise que Cette solution, fondée sur la nature administrative - et non juridictionnelle - de la procédure devant la Commission, est valable dans le contexte du règlement n° 773/2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 101 TFUE et 102 TFUE, préc., spéc. article 14, paragraphe 1.

permet de parer les critiques sur sa légitimité et sa nature souvent dénoncée comme non démocratique. Jean Marc Sauvé souligne dans ce sens que le Conseil d'État, par son contrôle juridictionnel, « *veille à la légitimité de l'action des autorités de régulation* »²²⁷⁸ en s'assurant notamment de l'indépendance des décisions prises par celles-ci²²⁷⁹. L'on ne peut laisser entendre ne serait-ce qu'un tantinet que le pouvoir des autorités de régulation est incontrôlé voire illimité. L'on peut néanmoins toujours aspirer à ce que ce contrôle puisse concilier de la meilleure des manières effectivité du pouvoir du régulateur et liberté et droits des entreprises.

1107. Une partie de la doctrine fut, notamment dans les années 2000, très critique à l'égard de la « *fonction juridictionnelle* »²²⁸⁰ des autorités de régulation surtout concernant leur déficit de « *légitimité démocratique* »²²⁸¹. Le Conseil d'État acquiesça, en partie, à cette critique, en soulignant que le « *problème concerne moins le contrôle juridictionnel [que] les conditions dans lesquelles les autorités administratives indépendantes sont amenées à rendre compte devant le Parlement* »²²⁸², dès lors que celles-ci fonctionnent de « *manière autonome par rapport au pouvoir exécutif et n'ayant que peu de comptes à rendre au Parlement, échappent à tout autre contrôle que juridictionnel. [D'où il ressort que] le juge joue ainsi un rôle essentiel* »²²⁸³. Des affaires parfois retentissantes ont montré qu'une régulation, aussi sectorielle soit-elle, ne peut prétendre à l'efficacité sans pouvoir de sanction. Alors, avec l'évolution et de la pratique régulatoire et de la puissance des entreprises, les critiques ont fini par se déplacer. Désormais, l'on réclame le respect des principes d'un procès équitable pourtant très intimement liés à la fonction juridictionnelle qu'on a tant refusé, du moins sémantiquement, aux autorités de régulation. C'est pourquoi Danielle Labetoulle estime qu'il y a en l'occurrence « *une fraction du pouvoir juridictionnel* »²²⁸⁴. Ce qui peut sembler raisonnable dans la mesure où les AAI ne sont pas strictement et définitivement des juridictions. Elles incarnent, de par leur pouvoir de sanction et son corolaire de respect de la procédure y afférente, une portion du pouvoir juridictionnel traditionnellement dévolu au juge. À l'instar de la CJUE, le Conseil

²²⁷⁸ SAUVE J.-M., « Le rôle des Cours suprême en matière de régulation économique », art. cit., p. 4.

²²⁷⁹ CE, Ass., 7 juill. 1989, *Ordonneau*, n°56627.

²²⁸⁰ DAIGRE J.-J., « Ombres et lumières. Examen critique du fonctionnement des autorités administratives indépendantes », in DOMINGO M., DE CHARRETTE H. (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, op. cit., p. 11.

²²⁸¹ Au motif qu'elles ne bénéficient pas d'une légitimité populaire. L'article 21 de la Loi du 20 janv. 2017, portant statut de AAI (préc.) exige pourtant que les AAI et les API remettent un rapport d'activité à la fois au Gouvernement et Parlement avant le 1^{er} juin de chaque année.

²²⁸² Conseil d'État, « Les autorités administratives indépendantes », *Rapport public*, 2001, p. 366.

²²⁸³ NOGUELLOU R., « L'office du juge de la régulation économique », *RDP*, 1^{er} mars 2014, n° 2, p. 329.

²²⁸⁴ LABETOULLE D., « Le contrôle des autorités administratives indépendantes : le rôle du juge administratif », in DOMINGO M., DE CHARRETTE H. (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, op. cit., p. 15.

d'État réaffirme les principes qui gouvernent le modèle juridique classique tout en prônant l'ouverture sur les questions économiques²²⁸⁵.

1108. S'il est vrai que la relation entre le juge et l'économie est passée de la fameuse expression « *je t'aime moi non plus* » à celle de « *je t'aime plus qu'hier et bien moins que demain* »²²⁸⁶, il est indispensable de souligner l'irremplaçable rôle du juge dans le contrôle du pouvoir qu'exerce le régulateur sur les acteurs économiques à l'aune de la mondialisation économique. Le contrôle juridictionnel auquel sont soumises les autorités de régulation n'est rien d'autre que la conséquence « *du principe de légalité* »²²⁸⁷ en vertu duquel elles prennent leurs décisions. Si l'on s'était contenté du principe en vertu duquel le contrôle des actes des autorités administratives doit exclusivement relever du juge administratif, on aurait eu aucune difficulté à traiter l'intégralité du contrôle qui serait, *de facto*, effectué par ce dernier. Mais dans la mesure où le critère organique n'est pas le seul aspect déterminant dans la régulation économique et que dans certains domaines le critère matériel l'emporte et entraîne donc la compétence du juge judiciaire, une telle exclusivité n'était pas opérante. Cette dualité de contrôle, dictée par la bonne administration de la justice, se révèle tout de même rationalisée par une préséance du juge administratif (**Section I**). Même si ce partage de compétence entre deux ordres de juridictions semble afficher une prééminence pour ne pas dire prépotence du juge administratif, il en a toutefois découlé une compétence légitime du juge judiciaire, fondée cette fois, non pas sur le critère organique, mais sur le critère matériel et valablement exercé à l'endroit de certaines autorités indépendantes de régulation (**Section II**).

Section I- Une dualité de contrôle juridictionnel rationalisée par une prépondérance organique traditionnelle du juge administratif

1109. Dès lors que trancher efficacement les litiges économiques nécessite aussi de déterminer devant quel juge porter un tel litige, il s'est avéré indispensable de départager sinon circonscrire la compétence des juges judiciaire et administratif. La justification tient au fait que les officines des autorités de régulation sont « *devenues l'un des principaux lieux où se sont concentrées les*

²²⁸⁵ CE, sect. du contentieux, 26 mars 1999, *Sté. EDA et Sté. Herzt e. a.*, n° 202260.

²²⁸⁶ LABETOULLE D., « Le contrôle des autorités administratives indépendantes : le rôle du juge administratif », in DOMINGO M., DE CHARRETTE H. (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, op. cit., p. 16.

²²⁸⁷ *Ibid.*, p. 17.

interrogations relatives aux garanties procédurales devant l'administration »²²⁸⁸. Il se pose alors tout naturellement la question du contrôle de leur pouvoir.

1110. S'intéresser à la distinction entre juge judiciaire et juge administratif dans la régulation économique est d'autant plus important que les autorités de régulation semblent devenir un trait d'union entre deux institutions pour le moins singulières pour ne pas dire traditionnellement antagonistes. Ceci s'explique notamment par le fait que « *la France a donné une portée supérieure, confinant à l'ontologie, (...) la distinction entre le juge administratif et le juge judiciaire* »²²⁸⁹. L'entérinement d'un partage de compétences dans certains domaines entre les deux ordres de juridiction constitue sinon une reconstruction, du moins une double mutation du droit. Laquelle mutation touchant aussi bien les autorités de contrôle que les acteurs régulés. Cette « *hétérogénéité* »²²⁹⁰ de contrôle est telle que « *désormais il semble acquis que des branches du droit économique seront partagées entre le juge administratif et le juge judiciaire et qu'aucun ne pourra se réapproprier son contrôle* »²²⁹¹ exclusif d'antan. La jurisprudence du Tribunal des conflits a pu, par exemple, interpréter l'article L. 430-3 du Code de commerce, portant sur les opérations de concentration, en insistant sur la complémentarité des deux compétences juridictionnelles²²⁹². Cette dualité de contrôle juridictionnel s'explique notamment par l'absence d'un juge économique unique ou au moins d'un « *juge ad hoc de l'économie* »²²⁹³.

1111. Contrôler avec effectivité une autorité administrative indépendante implique l'intervention du juge administratif, tout comme contrôler sa compétence civile ou commerciale ne peut que relever des attributions du juge judiciaire. Sauf à disposer de juges transversaux, compétents dans les deux sphères. Tel n'est pas encore le cas. Mais si tel était le cas, le principe de bonne administration de justice ne serait-il pas malmené par la lourdeur des dossiers à

²²⁸⁸ IDOUX P., « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, p. 920.

²²⁸⁹ DRAGO R., FRISON-ROCHE M.-A., « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », in *Le privé et public*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1997, t. 41, p. 135-148, spéc. p. 135 ; FRISON-ROCHE M.-A., « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire », *RIDE*, 2001, p. 395-412, spéc. p. 398.

²²⁹⁰ GALLAND M., « AMF : recours contre les décisions de l'AMF », *Lextenso*, 02 juill. 2019, p. 1.

²²⁹¹ FRISON-ROCHE M.-A., « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire », art. cit., p. 399.

²²⁹² T. Confl., 6 juin 1989, *préfet Région Ile-de-France, préfet de Paris c./ Paris*, SAEDE c./ S.A. *Lyonnaise des eaux et ville de Pamiers*, n°2578.

²²⁹³ CALMETTE J.-F., « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique du juge administratif », 1^{er} juill. 2006, p. 1, accessible : <https://rgr-avocats.fr/levolution-de-la-prise-en-compte-de-lanalyse-economique-par-le-juge-administratif/>. (Consulté le 02/03/2016).

traiter ? Alors, la répartition du contrôle entre les deux ordres de juridiction répond, du moins provisoirement, à la fois à des préoccupations pratiques et à des considérations juridiques. Avant de se pencher sur les fondements du contrôle juridictionnel, qui semble d'ailleurs devenir non pas seulement un contrôle pour excès de pouvoir mais aussi un contrôle du pouvoir des excès (§3), et sur l'inévidence de la prépondérance du juge administratif dans le contrôle des autorités de régulation (§2) ; il paraît primordial, eu égard au rôle grandissant et à la place de la régulation économique dans l'arsenal juridique actuel, de réaffirmer la fondamentale différence entre le juge et le régulateur (§1).

§-1 Une fondamentale différence entre juge et régulateur

1112. Si le juge n'est pas un régulateur et que ce dernier n'est pas tout à fait un juge, comment distinguer deux institutions qui sont toutes chargées de « trancher » des litiges et de « dire le droit » ? Ces deux fonctions résument *in concreto* le rôle du juge et du régulateur. Mais est-ce pour autant une raison suffisante de les confondre ? Est-ce un motif convaincant de réduire le rôle du premier à celui du second ou d'étendre la fonction du second à celle du premier au risque de causer une élongation institutionnelle et juridique ? Le juge, qu'il soit administratif, judiciaire ou constitutionnel, veille au respect du principe de légalité des actes et des décisions des autorités de régulation. Il veille avec la même rigueur au respect des principes fondamentaux relatifs aux droits de la défense tels qu'ils résultent de la constance jurisprudentielle²²⁹⁴ dès lors que le pouvoir de certaines de ces autorités a été entendu à la sanction, les transformant ainsi en des quasi-juridictions²²⁹⁵. Il veille aussi sur le principe de la personnalité des peines²²⁹⁶, de rétroactivité *in mitius*²²⁹⁷ ou encore sur le principe de *non bis in idem*²²⁹⁸ ainsi que sur celui relatif aux lois pénales les plus sévères²²⁹⁹. Le régulateur n'est certes pas indifférent à tous ces principes mais s'il lui arrive de les omettre, de les négliger ou de mal les interpréter. Qui, en dehors du juge, possède, le cas échéant, la compétence nécessaire pour rétablir le droit et sa bonne interprétation ?

1113. Distinguer le juge du régulateur revêt un intérêt singulier tant dans la conception de la régulation et son efficacité que dans la matérialisation casuistique de celle-ci. Il y a plusieurs

²²⁹⁴ CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, n° 69751 ; CE, 26 oct. 1945, *Aramu*, n° 77726.

²²⁹⁵ CE, Ass., 10 juill. 1981, *M. Léon Retail*, *supra* ; Cons. const., décis. du 17 janv. 1989, relative à la loi modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *supra*.

²²⁹⁶ CE, sect. du contentieux, 22 nov. 2000, *Sté. Crédit agricole Indosuez Chevreux*, n° 207697.

²²⁹⁷ CE, Ass., 16 févr. 2009, *Sté. ATOM*, n° 274000.

²²⁹⁸ CE, 30 mai 2007, *M. Dubus et Sté. Dubus*, n° 283888.

²²⁹⁹ CE, sect. du contentieux, 17 nov. 2006, *Sté. CNP Assurances*, n° 276926.

aspects pouvant illustrer l'intérêt d'une telle distinction, mais on se contentera de deux cas. En sus d'autres considérations fondamentales appuyant une distinction qui plus est nécessaire entre la fonction de juger et celle de réguler, la fine délimitation entre efficacité de la régulation et respect des droits, y compris non fondamentaux, des entreprises n'admet pas de confusion entre juge et régulateur (A). Aussi, l'impartialité nécessaire pour trancher un litige ou rendre « un jugement » est d'une telle importance que, dans un domaine singulièrement lorgné par des conflits d'intérêt, distinguer le juge du régulateur permet de veiller à l'effectivité d'un tel principe (B).

A- La conciliation entre efficacité de la régulation et protection des droits des entreprises comme fondement de la distinction entre juge et régulateur

1114. Il est de jurisprudence établie, notoire et de portée générale, que le juge n'est aucunement lié par les interprétations et les qualifications qu'une administration adopte dans ses décisions²³⁰⁰. Cette garantie est d'autant plus fondamentale qu'elle devrait faire taire toutes les critiques et les appréhensions tendant à faire passer le régulateur pour un juge. *A contrario*, le juge peut s'attribuer certaines caractéristiques du régulateur sans que cela ne soit rédhibitoire. Certains ont d'ailleurs estimé que « *juger la régulation c'est encore réguler* »²³⁰¹. Pour certains autres, en comblant les « *angles morts du droit commun de la régulation [le juge] s'érige alors en régulateur du régulateur* »²³⁰². Il semble néanmoins davantage convenable de considérer que juger la régulation c'est encore juger. Puisque la régulation du juge n'est rien d'autre qu'un jugement. Considérer que le contrôle juridictionnel exercé sur les décisions des AAI revient à une régulation paraîtrait comme une réduction quasi-inacceptable du rôle du juge puisqu'au fond, une telle interprétation oblitère son rôle.

1115. Le juge ne se contente pas uniquement de concilier des intérêts en présence en ayant recours de temps à autres à des décisions contraignantes, il vérifie la légalité de ces décisions et impose, le cas échéant, aux régulateurs de revoir une partie ou l'intégralité d'une décision. Ceci est d'autant plus important à souligner que si la décision d'une AAI contient une sanction,

²³⁰⁰ CE, Ass., du 24 juin 1960, *Sté. Frampar*, n° 42289. En l'espèce, le Conseil d'État avait intimé à la juridiction administrative de se déclarer compétente, contrairement à son auto-dessaisissement initiale pour incompétence, dès lors que l'arrêté du préfet tendant au retrait du journal eu pour objet, non de constater des crimes ou délits contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, mais d'empêcher la diffusion dans le département d'écrits insérés dans le numéro saisi : l'arrêté préfectoral constitue en effet, dans ces conditions, une mesure administrative.

²³⁰¹ CE, 25 févr. 2005, *France Télécom*, n°247866 ; IDOUX P., « Juger la régulation, c'est encore réguler... », *RDP*, 2005, n° 6, p. 1643.

²³⁰² Rédaction Lextenso, « Communications numériques », *LPA*, 06 juin 2019, n° 113, p. 2.

pouvoir qui lui est prêté par le législateur, il doit impérativement y avoir un regard du juge permettant de savoir si celle-ci est conforme aux principes relatifs au procès équitable et donc au respect des droits de la défense²³⁰³. Il en résulte deux conséquences fondamentales. D'une part, le juge exerce une fonction qui transcende la régulation (1), et d'autre part, la fonction du régulateur demeure subsidiaire et par conséquent soumise au contrôle du juge (2).

1- Juger comme une fonction transcendant les compétences du régulateur

1116. Toute assimilation du juge au régulateur revient à engendrer une confusion inacceptable. Si « *l'entreprise devient juge, le régulateur devient l'entreprise et que le juge devient régulateur* »²³⁰⁴, le droit n'aurait ni le même fondement encore moins la même finalité dans la société. Car si une telle hypothèse parvenait à son terme, l'entreprise deviendrait juge. Ayant déjà toutes les difficultés à s'autoréguler avec effectivité, comment voudrait-on qu'elle s'auto-juge ? Voilà tout l'intérêt de distinguer le juge du régulateur et faire en sorte que l'entreprise ne devienne pas juge et que ce dernier ne devienne pas régulateur, du moins pas que. Autrement, la pyramide sur laquelle la société est basée serait inversée. La société marcherait ainsi par la tête. Il est d'autant plus important que le juge se distingue du régulateur que c'est « *auprès du juge que les entreprises veulent chercher refuge contre l'emprise du régulateur* »²³⁰⁵. Le contrôle des décisions des autorités de régulation répond donc à une préoccupation relative à la sauvegarde et au respect de leurs droits dans la procédure de prise de décision. Même s'il est rarement souligné que la jurisprudence s'est préoccupée du respect de tels principes bien avant l'avènement et la prolifération des autorités de régulation telles qu'elles se présentent aujourd'hui²³⁰⁶.

1117. Le souci du juge demeure l'exercice d'un contrôle effectif sans pour autant « *obérer l'efficacité* »²³⁰⁷ de la régulation. L'on ne peut réduire le rôle du juge à la régulation tout comme

²³⁰³ Sur ce point, la jurisprudence est à la fois constante et abondante. Cf. CE, 14 juin 1991, *Association Radio Solidarité*, n^{os} 107365 107859 110270 114646 (pour les sanctions du CSA) ; CE, 3 déc. 1999, *Caisse de crédit Mutuel de Bain-Tresbeuf*, 197060 197061. À propos des « avertissements » de la CNIL, dont la Loi du 6 août 2004 a accru le pouvoir de sanction : CE, sect., 6 nov. 2009, *Sté. Interconfort*, *supra* ; CE, 30 déc. 2009, *Sté. Expérian*, n^o 306173 ; CE, 7 déc. 2005, *Sté. Ryanair*, n^o 270424 (pour les sanctions de l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires) ; CE, 19 févr. 2009, *Ghanmouni*, n^o 315015 (pour les sanctions de l'AFLD).

²³⁰⁴ FRISON-ROCHE M.-A., « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », in BORGAN., MARTIN J.-C., RODA J.-Ch., (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, s./coll. « Régulations & Complince », 2018, p. 3.

²³⁰⁵ *Ibid.*, p. 5.

²³⁰⁶ CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, *supra* ; CE, 26 oct. 1945, *Aramu*, *supra*.

²³⁰⁷ SAUVE J.-M., « Autorités indépendante, droits fondamentaux et opérateurs économiques », Introduction au Colloque de la SLC, oct. 2012, art. cit., p. 5.

l'on ne peut se hasarder à étaler la fonction du régulateur au rôle du juge quand bien même ce dernier rend des décisions qui ont autorité de chose jugée et qui, de ce fait, s'imposent à tous. Renaud Denoix de Saint Marc a pu souligner que « *le régulateur n'est point un juge et que le juge ne saurait être un régulateur* »²³⁰⁸ puisque le juge à la fois contrôle et complète le régulateur. N'oublions d'ailleurs pas que la mise en place des autorités de régulation fut justifiée par la technicité reconnue au domaine économique et par la nécessité de désengorger le juge et non de le substituer. Ces autorités doivent donc « *servir le juge, en jouant le rôle de police judiciaire sectorielle* »²³⁰⁹. Dans cette répartition, il leur incombe de mettre en œuvre le pouvoir administratif exorbitant en vue de la préservation de l'ordre public économique. Le juge de son côté, et de manière *ex post*, veillera à la protection des libertés fondamentales, des libertés publiques²³¹⁰, tout en restant attentif à la prise en compte *ex ante* de tels principes par les autorités de régulation.

2- La régulation comme une fonction dérivée de celle du juge

1118. Le juge peut réguler en jugeant mais le régulateur ne peut « juger » sans réguler. Le rôle du juge ne peut se résumer à celui du régulateur pas plus que ce dernier ne peut se substituer au juge. La pertinence de ce débat est d'autant plus relativisée par la doctrine que certains estiment qu'il n'a pas lieu d'être. Car, vu sous un angle global, réguler est ce que « *fait depuis toujours le juge dont c'est la mission, une mission de régulation sociale* »²³¹¹. Jean-Marc Sauvé, s'inscrivant dans la même logique que Pierre Delvolvé, indiquait que même si la régulation « *est devenue une notion banale, presque galvaudée tant l'utilisation qui en est faite dépasse ce qu'elle signifiait initialement, il est intéressant de remarquer que l'idée d'une action régulatrice des juridictions suprêmes n'est pas une nouveauté et a, d'ailleurs, précédé l'émergence de son pendant économique* »²³¹². Mais la régulation à laquelle se livre le juge est celle « *d'assurer l'ordre* »²³¹³ des juridictions notamment. L'autre impératif qui conduit à une

²³⁰⁸ DE SAINT-MARC R. D., « Régulateurs et juges : introduction générale », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 6.

²³⁰⁹ TAIBI A. « La justification du pouvoir de sanction des AAI de régulation est-elle toujours pertinente ? », *RIDP*, mars 2013, vol. 84, p. 463-480, spéc. p. 463.

²³¹⁰ Cf. DUBITON S., AUTIN J.-L., IDOUX P., (dir.), *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2016, 447 p.

²³¹¹ ISRAEL J.-J., « La complémentarité face à la diversité des régulateurs et des juges », art. cit., p. 24.

²³¹² DELVOLVÉ P., « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », in DENOIX DE SAINT-MARC R. D., (dir.), *Juger l'administration, administrer la justice : mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 260. Cf. aussi SAUVE J.-M., « Discours introductif », *La fonction régulatrices des juridictions administratives*, Colloque de l'Association des juges administratifs français, italiens et allemands (AJAFIA), Conseil d'État, 30 sept. 2016, accessible : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-fonction-regulatrice-des-juridictions-administratives-supremes>. (Consulté le 18/08/2017).

²³¹³ SAUVE J.-M., « Autorités indépendante, droits fondamentaux et opérateurs économiques », art. cit., p. 2.

distinction entre le juge et le régulateur tient à la nécessaire préservation de l'impartialité des décisions des autorités de régulation, dont seul le juge peut en vérifier l'effectivité.

B- Le contrôle de l'impartialité des décisions des AR comme fondement de la distinction entre le juge et le régulateur

1119. Il est indéniable que le pouvoir administratif exorbitant, tel qu'il doit être mise en œuvre par les autorités de régulation, se doit d'être triplement impartial. Il provient certes du prolongement et de la décentralisation du pouvoir naturel de l'État. Mais aussi déconcertant que cela puisse paraître, les décisions des autorités de régulation se doivent d'être indépendantes et impartiales vis-à-vis de ce dernier ²³¹⁴ avant de l'être à l'égard des acteurs régulés et de de toute personne intéressée. On sait que « *l'impartialité de la décision publique se mesure à l'aune de sa capacité à dégager un intérêt général par-delà la diversité des intérêts particuliers, ou à concilier plusieurs conceptions de l'intérêt général* »²³¹⁵.

1120. Elonger la régulation à la fonction de juge reviendrait à laisser entendre qu'un autocontrôle suffirait à garantir l'impartialité nécessaire à la légitimité des décisions du régulateur. Pourtant, eu égard à la fréquence des cas dans lesquels le juge réforme ou annule les décisions du régulateur, on ne peut soutenir que l'impartialité serait effectivement assurée en cas de confusion entre la fonction de réguler et celle de juger. Il ressort alors qu'une distinction claire entre ces deux autorités est un gage de crédibilité de l'impartialité du régulateur (**1**). Aussi, verra-t-on que les critiques de la juridictionnalisation du régulateur sont quelque peu exagérées (**2**).

1- L'impartialité comme gage de crédibilité des décisions du régulateur

1121. L'impartialité du régulateur se présente tant comme un principe directeur de son fonctionnement et de ses attributions (**a**) qu'elle constitue un élément intrinsèque à l'effectivité de la régulation (**b**).

²³¹⁴ Parfois assimilé et parfois distingué du pouvoir politique. Quoi qu'il en soit l'indépendance des autorités de régulation, sans préjudice au Politique architecte de la régulation, se doivent d'être effective vis-à-vis et peut être même avant tout de l'État. Cf. HOYNCK S., « Indépendant de qui ? Les trois âges de l'indépendance des autorités des régulateurs des télécommunications en Europe », *RFAP*, mars 2012 n° 143, p. 791-801.

²³¹⁵ LOMBARD M., « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? Typologie de leurs missions », art. cit., p. 149.

a- L'impartialité comme principe directeur des attributions du régulateur

1122. L'impartialité est l'un de ces principes fondamentaux de la régulation qui « s'impose »²³¹⁶ aux autorités dotées d'un pouvoir d'enquête et de sanction. À ce titre, elles doivent s'abstenir de toute prise de position publique de nature à compromettre cette impartialité²³¹⁷. Le Conseil d'État a par exemple pu considérer que « *la circonstance qu'un membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel chargé d'examiner des demandes de conventionnement relatives à des services de télévision manifeste publiquement une opinion sur la suite à donner à ces demandes est de nature à mettre en cause la nécessaire garantie d'impartialité de l'intéressé et à entacher d'irrégularité la délibération du Conseil sur l'un de ces projets, à laquelle il avait participé* »²³¹⁸. Ce principe s'applique même s'il s'agit de simples mesures disciplinaires²³¹⁹. La Cour de cassation considère de son côté que toute décision d'un tribunal doit contenir l'indication du nom des juges qui en ont délibéré²³²⁰. Par deux arrêts, en date du 27 juin 2002, la cour d'appel de Paris avait annulé les décisions de sanction pécuniaire prononcées par la COB au motif que dans la mesure où aucune d'elles ne précisait le nom des membres ayant participé au délibéré, il était dès lors impossible de contrôler qu'elles avaient été rendues dans le respect du principe d'ordre public d'indépendance et d'impartialité institué par la CESDH²³²¹. Le défaut d'indication du nom des membres ayant délibéré ne peut être suppléé ni par l'approbation, lors d'une séance ultérieure, du procès-verbal de la séance à l'issue de laquelle avait été prise la décision, ni par l'attestation signée par les membres de la Commission des sanctions affirmant avoir siégé lors de cette séance. Cette indication des membres renforce l'indépendance et l'impartialité des décisions prises par les AR car cela permet d'éviter tout conflit d'intérêt²³²².

1123. La CEDH a également, à plusieurs reprises, fait prévaloir son regard attentif quant au respect de l'impartialité des autorités indépendantes de régulation²³²³. C'est dans le souci de préserver cette même impartialité que le juge demeure attentif à l'intrusion probable des conflits

²³¹⁶ CE, 14 juin 1991, *Association Radio Solidarité*, *supra*.

²³¹⁷ CE, sect. du contentieux, 30 déc. 2010, *Sté. Métropole Télévision*, n^{os} 338267 et 338273.

²³¹⁸ CE, 11 juill. 2012, *SARL Media Place Partners*, n^o 351159, T.

²³¹⁹ CE, Ass., 3 déc. 1999, *Jean Louis X*, n^o 20743 ; CE, 4 févr. 2005, *Sté. GSD gestions et Gautier*, n^o 269001.

²³²⁰ Cass. com., 23 juin 2004, *Sté. Groupe Pêcheiney*, n^o 02-17937.

²³²¹ CA Paris, 27 juin 2002, *Sté. Gerbelot-Barillon*, n^o 2001/19629.

²³²² CA Paris, 29 oct. 2008, *Sté. X supra* ; Cons. const., décis. n^o 84-173DC du 26 juill. 1984, portant sur la Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, *JORF* du 28 juill. 1984, p. 2496.

²³²³ CEDH, 3 déc. 2002, *Lilly c./ France*, n^o 53892/00, non publié au *Rec.* ; CEDH, 27 août 2002, *Didier c. France*, n^o 58188/00, *Rec.* 2002, V-II.

d'intérêts dans la procédure de prise de décision des autorités de régulation. Une décision de l'AMF a ainsi été annulée au motif que l'un des membres de la Commission des sanctions entretenait avec la personne mise en cause un lien de nature à faire obstacle à ce qu'il délibère de façon impartiale²³²⁴. Il en a été de même quand un rapporteur participant à la délibération, même sans voix délibérative, avait auparavant exercé les fonctions d'administrateur et de conseiller du président de la société mise en cause²³²⁵. Il en a également été ainsi lorsque l'un des membres de la Commission des sanctions de l'AMF avait délibéré dans une affaire concernant une personne avec laquelle elle avait créé l'entreprise une année auparavant²³²⁶. La même interprétation prévaut lorsque l'un des membres de ladite commission appartenait au comité exécutif du groupe bancaire mis en cause²³²⁷.

b- L'impartialité comme facteur intrinsèque à l'effectivité de la régulation

1124. Il est de la responsabilité du régulateur de veiller efficacement à la protection de l'ordre public économique par l'application effective des règles y afférentes. Il relève de la compétence du juge de vérifier la conformité au droit de la procédure suivie par le régulateur. Le juge est le protecteur ultime des droits des entreprises justiciables. C'est pourquoi, l'on ne peut le réduire encore une fois à un régulateur. Autant les entreprises se doivent de se rendre compte que la rigueur du droit et la sauvegarde des aspects non-économiques ne sont pas contre leur épanouissement et leur innovation, autant les défenseurs de l'effectivité du droit économique, doivent se rendre compte que le respect et la sauvegarde des droits des acteurs régulés, et plus particulièrement leurs droits à un procès équitable, ne sont pas « *les ennemis de l'efficacité* »²³²⁸. Il est donc indispensable de dépasser « *l'apparente antagonisme entre efficacité administrative et respect des droits de la défense* »²³²⁹. Le respect de l'impartialité ne s'oppose donc en rien à l'efficacité, bien au contraire. À ce titre, le contrôle juridictionnel des décisions des autorités de régulation devient de plus en plus, non seulement « *approfondi* » mais aussi « *rigoureux* »²³³⁰ voire « *exigeant* »²³³¹. L'on ne peut admettre une sorte de « mini-

²³²⁴ CE, sect. du contentieux, 27 oct. 2006, *Éric B*, n° 276069.

²³²⁵ CE, 6^{ème} /1^{ère} SSR, 26 juill. 2007, X, n°293908.

²³²⁶ CE, sect. du contentieux, 27 oct. 2006, *Éric B*, *supra*. ; MAGENDIE J.-C., « Le rôle du juge sur l'action sanctionnatrice de l'Autorité des marchés financiers », *BJB*, 1^{er} déc. 2009, n° spéc. p. 421, spéc. p. 422.

²³²⁷ CE, 6^{ème} /1^{ère} SSR, 30 mai 2007, *Sté. Europe Finance et Industrie*, aff. jntes. n° 293408, 288538.

²³²⁸ DUFOUR O., « Les droits de la défense ne sont pas les ennemis de l'efficacité », *LPA*, 30 oct. 2012, n° 217, p. 3.

²³²⁹ *Ibid.*

²³³⁰ Conseil d'État, *L'action économique des personnes publiques*, Etude annuelle, sept. 2015, p. 21 et p. 133, disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/164000405.pdf>. (Consulté le 15/04/2018).

²³³¹ MARIMBERT J., « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 41

protection » des droits des entreprises dans la régulation au seul motif d'un impératif de l'efficacité de cette dernière. Raison pour laquelle, l'on ne peut dissocier le rôle même du régulateur d'un « *contrôle juridictionnel effectif* »²³³².

1125. Pour Julien Marimbert, l'action du régulateur n'est légitimée que par l'existence de contrôle juridictionnel effectif. Ceci est d'autant plus vrai que « *personne ne peut soutenir que les autorités régulatrices navigueraient dans un océan d'impunité sur le plan procédural* »²³³³. Dans un arrêt rendu en 2012, la jurisprudence insiste sur le renforcement du principe d'impartialité au point qu'elle semble doubler les garanties édictées par la CESDH de celles découlant de la Déclaration de 1789²³³⁴. Autant dire que les droits fondamentaux prennent désormais une place de choix dans la procédure de la régulation économique. Une partie de la doctrine parle d'ailleurs de déplacement du débat sur l'impartialité dont la teneur est dictée par « *le souci du juge de concilier la protection des droits fondamentaux avec l'efficacité de la régulation et notamment de la répression administrative des infractions commises par les opérateurs des secteurs régulés* »²³³⁵.

1126. C'est une sorte de garantie constitutionnelle que de relier la tradition héritée de 1789 à la préservation des préoccupations relatives au respect des droits des entreprises en tant qu'acteurs économiques et justiciables. Dans une affaire opposant Canal-Plus et Vivendi à l'ADLC, le Conseil constitutionnel avait décidé que, dans l'hypothèse d'une disproportion de sanction, « *il appartient par ailleurs au juge saisi d'un recours à l'encontre d'une décision de l'Autorité de s'assurer du bien-fondé de la décision infligeant une sanction* »²³³⁶. Pour ce qui est de la notion de « garantie de droits » consacrée par la DDHC, le Conseil constitutionnel estime que, s'agissant des droits fondamentaux de l'entreprise, « *tout est déjà là-dedans* »²³³⁷. Denis de Bechillon souligne qu'il y a un pléonasme dans l'emploi de l'expression « procès équitable » dans la mesure où le juge est nécessairement un tiers impartial. Il en résulte donc que « *la possibilité qu'il puisse y avoir un procès (digne de ce nom) qui ne serait pas équitable défie l'entendement* »²³³⁸. Le Conseil constitutionnel a, à ce titre et à maintes reprises, affirmé

²³³² *Ibid.*, p. 41.

²³³³ *Ibid.*

²³³⁴ CE, 11 avr. 2012, *Banque Populaire Côte d'Azur*, n° 336839, in *JurisData* n° 2012-006977.

²³³⁵ ECKERT G., « Impartialité des juridictions et efficacité de la régulation », *RJEP*, Juill. 2012, n° 699, comm. 39, p. 3.

²³³⁶ Cons. const., 12 oct. 2012, *Sté. Groupe Canal Plus*, *supra*.

²³³⁷ DE BECHILLON D., « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, oct. 2012, n° 37 p. 1.

²³³⁸ L'auteur rajoute cependant que « *le bain européen de préoccupation pour le procès équitable était ab initio très peu favorable à une interrogation sur le monde de l'entreprise. Cela a été souvent dit dans le cadre de ce cycle*

l'impérative nécessité du respect des principes relatifs au procès équitable et des droits de la défense par les autorités de régulation²³³⁹, même si, au nom du respect de ce principe, l'assistance gratuite d'un avocat ne peut dans certains cas être utilement invoqué²³⁴⁰. On assiste donc à un renforcement de l'article 6 de la CESDH par l'article 16 de la DDHC²³⁴¹. Pour autant, la préservation de l'efficacité et l'effectivité de la régulation ne se trouve pas remise en cause, elle en ressort renforcée. Même si le régulateur²³⁴² ainsi que le juge d'appel²³⁴³ ont été recadrés par la Cour de cassation quant à la présence du rapporteur au libéré dans l'affaire des pratiques anticoncurrentielles sur la ligne TGV nord²³⁴⁴. En l'espèce, la Haute juridiction judiciaire casse l'arrêt de la cour d'appel mais seulement en ce que les dispositions de l'article 6 de la CESDH ont été violées puisque les amendes, quoique sensiblement réduites par la cour d'appel, furent « confirmées »²³⁴⁵. Une telle démarche jurisprudentielle dénote suffisamment qu'une régulation qui impose des sanctions et des conduites dissuasives n'est pas contradictoire avec le respect des règles et principes relatifs à la sauvegarde des droits des acteurs régulés.

1127. Une fois que l'importance de tels principes est soulignée et réitérée, on peut s'intéresser au contrôle juridictionnel tel qu'il s'opère, selon les cas, devant le juge judiciaire ou administratif. Ce dernier semble se prévaloir d'une certaine prééminence fondée sur la nature organique desdites autorités, même si le caractère absolu d'une telle exclusivité de compétence n'est que relativement probante.

de conférence : la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas été construite à cet effet. On pensait à Strasbourg, et pas forcément à tort, qu'il était plus important de se préoccuper des mauvais traitements dans les arrière-salles des commissariats de police, que du vécu subjectif d'une entreprise ». Cf. ibid.

²³³⁹ Cons. const., déc. du 17 janv. 1989, relative à la loi modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *supra*, consid. 28-32 et 35-42 ; Cons. const., déc. n° 96-378 DC du 23 juill. 1996, portant sur la Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, consid. 15 ; déc. n° 2000-433 DC, 27 juill. 2000, consid. 50, Cons. const., déc. du 28 juill. 1989, portant sur la Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, *supra*, consid. 6.

²³⁴⁰ CE, sect. du contentieux, 27 oct. 2006, *Éric B*, *supra*.

²³⁴¹ Les garanties relatives au procès équitable et aux droits de la défense telles qu'elles figurent dans l'article 6 du texte européen sont donc cumulées avec les dispositions selon lesquelles « toute société dans laquelle la garantie e droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». Malgré l'exorbitance attachée à la régulation complexe de l'économie, les droits de la défense se doivent d'être garantis.

²³⁴² Cons. conc., éc. n° 95-D-76, 29 nov. 1995, relative à des pratiques constatées à l'occasion des marchés de grands travaux dans le secteur du génie civil, non-publiée au *BOCCRF*.

²³⁴³ CA Paris, 6 mai 1997, *Sté. Bouygues SA et a.*, n° 96/5300.

²³⁴⁴ Cass. com., 5 oct. 1999, *SNC Campenon Bernard SGE c./Ministère de l'économie*, *supra*.

²³⁴⁵ Cass. com., 30 mai 2000, *Europe Sailing*, n° 98-15.549 ; CA Paris, 15 juin 1999, *Sté. Canal Plus*, n° 95-668 ; ECKERT G., « Impartialité des juridictions et efficacité de la régulation », art. cit., p. 6.

2- Une juridictionnalisation raisonnablement limitée des autorités de régulation

1128. Sous l'impulsion de l'article 6 de la CESDH, les autorités de régulation ont fini par se transformer en des quasi-juridictions dans le sens où elles doivent observer, parfois très strictement, les dispositions de cet article. Cette juridictionnalisation semble néanmoins encore limitée tant le contrôle du juge est opérant voire omniprésent. Le Conseil d'État semble avoir une interprétation plus poussée de l'article 6 de la CESDH que la CEDH dans la mesure où, par le biais de la jurisprudence *Didier*²³⁴⁶, il impose le respect des principes relatifs aux droits de la défense dès la phase administrative des décisions des autorités de régulation. Certains considèrent qu'à travers cet arrêt, il « impose une application plus précoce »²³⁴⁷ de ce principe. Or, de son côté, la CEDH semblait s'en tenir au respect de celui-ci dans la phase juridictionnelle de sorte que celle-ci corrige les lacunes de la première. La Haute juridiction administrative semble donner une importance à l'irréversibilité de l'atteinte aux principes du procès équitable dans la phase administrative de la sanction²³⁴⁸.

1129. Cependant, dans l'arrêt *Parent et autres*, le Conseil révèle les limites et le caractère non absolu du respect de l'article 6 par les autorités de régulation dès lors qu'en réalité le contrôle *ex post* du juge s'y attèle. La Haute juridiction administrative affirme que « compte tenu du fait que les décisions (...) sont soumises au contrôle de pleine juridiction du Conseil d'État, la circonstance que la procédure ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6 § 3 n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ». C'est en vertu d'une telle limite que le Conseil d'État considère de nouveau, statuant sur la requête tendant à l'annulation d'une décision d'une autorité au seul motif que le président de celle-ci a participé au délibéré, que « la participation du président au délibéré n'est pas, par elle-même, de nature à porter atteinte à l'exigence d'impartialité rappelée au premier paragraphe de la Convention »²³⁴⁹. Ceci signifie qu'on ne peut demander à un régulateur, qui n'est pas un juge, de jouer exhaustivement le rôle de ce dernier. Jean Marimbert souligne à cet effet que dans la mesure où après « le quasi juge, il y a un juge, et que lui est intégralement, de bout en bout, soumis à toutes les règles du procès équitable »²³⁵⁰, l'on ne peut reprocher au régulateur de n'avoir pas été en tous points et en toutes considérations

²³⁴⁶ CE, Ass., déc. 1999, *Didier* n° 2074343, CEDH, 27 août 2002, *Didier c./ France*, *supra*.

²³⁴⁷ *Ibid.*, pt. 38.

²³⁴⁸ CE, 26 mai 2008, *Sté. Norélec*, n° 288583.

²³⁴⁹ CE, sect. du contentieux, 17 nov. 2006, *Sté. CNP Assurances*, *supra*.

²³⁵⁰ MARIMBERT J., « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 41.

juge. La CEDH abonde dans ce sens²³⁵¹. Certains auteurs présentent le régulateur comme une « *pseudo-jurisdiction* »²³⁵², compte tenu de l'intervention du juge constituant une des limites des pouvoirs juridictionnels de celui-ci.

1130. L'exigence imposée aux AR de se conformer aux principes relatifs au procès équitable n'est pas sans conséquence sur la nature même de ces autorités. En effet, une telle exigence conduirait « *irrésistiblement à la juridictionnalisation de l'exercice de ce pouvoir, entraînant la mise en place au sein de l'autorité d'instances spécifiques chargées du prononcé des sanctions* »²³⁵³. Le Conseil d'État avait considéré, dans les affaires *Bank Limited* et *Crédit Nord*, que la Commission bancaire est assimilable à un tribunal au sens de l'article 6 de la CESDH, eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions²³⁵⁴. Un avertissement ne peut être considéré comme une sanction émanant d'un tribunal au sens de l'article 6-1 de la CESDH quand bien même la procédure menant à celui-ci se doit de respecter le principe d'impartialité²³⁵⁵. De la même manière, la mise en demeure ne peut avoir le caractère d'une accusation pénale²³⁵⁶. En effet, au regard de la jurisprudence, le strict respect de l'article 6 n'est pas nécessaire concernant certaines procédures. Les principes fondamentaux dont il est en l'occurrence question consistent en la prise en compte par les autorités de régulation des principes tels que « *l'impartialité, la séparation des fonctions, du droit à un procès équitable* »²³⁵⁷. Une telle interprétation jurisprudentielle n'est toutefois n'est pas synonyme d'arbitraire, elle indique simplement que d'autres dispositions législatives régissent mieux une telle procédure que l'article 6 de la CESDH. Et qu'en cas d'atteinte *ex ante* significativement rédhibitoire à ce principe par le régulateur, il sera rétabli *ex post* par le juge.

§2- La prépondérance organique du juge administratif

1131. La séparation entre autorités administratives et judiciaires fut posée pour la première fois par l'article 13 de la Loi des 16 et 24 août 1790 et par le Décret du 16 fructidor an III. Mais un peu plus tard, le Tribunal des conflits estima que ce principe attribuant exclusivement

²³⁵¹ CEDH, 23 oct. 1995, *Gradinger c./ Autriche*, n° 328 C.

²³⁵² DUPUIS-TOUBOL F., « Le juge en complémentarité du régulateur », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 17.

²³⁵³ CHEVALLIER J., « Autorités administratives indépendantes et État de droit », févr. 2016, n°37, p. 143-154, spéc. P. 152.

²³⁵⁴ CE, 20 oct. 2000, *Sté. Bank Limited*, n°180122 ; CE, 6^{ème} /1^{ère} SSR, 10 mai 2004, *Crédit nord*, n°241587.

²³⁵⁵ CE, Ass., 3 déc. 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, n° 197060, 197061.

²³⁵⁶ CE, 5^{ème} / 7^{ème} SSR, du 30 déc. 2002, *Sté. Vortex*, n° 236826.

²³⁵⁷ FAUVARQUE-COSSON B., « Propos introductifs », *Colloque Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques*, 12 oct. 2012, organisé par la Société de législation comparée, Paris, 2013, Société Législation Comparée, coll., « Colloques », 2013, p. 9 -12.

certaines domaines de compétence au juge administratif ne « *vaut que sous réserve des matières dévolues par des règles ou principe de valeur constitutionnelle* »²³⁵⁸. En vertu de l'article 32 de l'Ordonnance du 31 juillet 1945, le Conseil d'État « *statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives* »²³⁵⁹. Ce qui lui donne une attribution naturelle dans le contrôle de la plupart des autorités de régulation en raison de leur caractère administratif. Une telle délimitation trouve cependant des limites *rationae materiae* tenant à l'objet de la régulation opéré par lesdites autorités (A). En effet, la nature économique de la régulation rend difficile et non systématique le contrôle du juge administratif. Même s'il faut reconnaître que son dessaisissement au profit du juge judiciaire s'est révélé être l'exception puisque sa compétence, d'un point de vue organique, demeure de principe (B).

A- Prépondérance non-exclusive du juge administratif en matière de régulation économique

1132. La jurisprudence, tant constitutionnelle qu'administrative, s'accorde, en dépit des attributions matérielles des autorités de régulation, à maintenir leur caractère administratif²³⁶⁰. Le but étant sans doute d'éviter tout amalgame sur leur nature juridique. Il y a d'ailleurs une certaine évolution jurisprudentielle à noter dans ce sens car le Conseil constitutionnel fut un moment tenté de réduire la COB en une autorité devant fonctionner comme « *tout autre organe administratif* »²³⁶¹ sans insister sur son caractère indépendant. Mais les sages distinguent désormais les AR de l'Administration dans le sens classique du terme dès lors que leur indépendance vis-à-vis du gouvernement est requise dans une régulation qui se doit d'être impartiale à l'égard de tous les acteurs.

1133. Il y a un partage de compétences assez complexe entre les différents ordres de juridictions. La cour d'appel de Paris et le Conseil d'État ne relèvent pas du même ordre. Un tel

²³⁵⁸ T. Confl., 8 avr. 1935, *L'action française*, n° 00822 ; T. Confl., 17 juin 2013, *M. et M^{me} Bergeond c./ Sté. ERDF Anancy*, n° 3911 ; T. Confl., 9 déc. 2013, *M. et M^{me} Pannizon c./Commune de Saint-Palais-sur-mer*, n° 376 ; LACHAUME J.-F., PAULIAT H., BRACONNIER S. *et al.*, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 17^e éd., Paris, PUF, 2017, p. 635-636.

²³⁵⁹ Ordonnance n° 45-1708 du 31 juill. 1945, portant sur le Conseil d'État, *JORF* n° 0179 du 01 août 1945.

²³⁶⁰ Cons. const., décis. n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, portant sur la Loi organique relative au Défenseur des droits, *JORF* n° 0075 du 30 mars 2011, texte n° 3 ; C.E., Ass., 10 juill. 1981, *M. Léon Retail*, *supra*.

²³⁶¹ Cons. const., décis. du 28 juill. 1989, portant sur la Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, *supra* ; QUILICHINI P., « Réguler n'est pas juger. Réflexion sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA*, 2004, p. 1060. Cf. aussi GJIDARA M., « Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes », *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu (Actes de la faculté de droit de Split)*, vol. 50, n° 2, 2013, Paris II Panthéon-Assas, p. 5. 10.

partage reste, au demeurant, compréhensible au regard de la diversité de compétences des AR. Depuis la prolifération de ces dernières, certains auteurs n'hésitent plus à qualifier la cour d'appel de premier des juges administratifs²³⁶². Ainsi, « *si les sanctions pécuniaires, injonctions et mesures conservatoires prononcées par l'Autorité de la concurrence relèvent du contrôle juridictionnel de la cour d'appel de Paris, les recours contre les décisions prises par cette autorité en matière de concentrations sont portés devant le Conseil d'État* »²³⁶³. Mais s'agissant « *de la CRE, de l'ARCEP, de l'ARAFER, de l'HADOPI* »²³⁶⁴, la cour d'appel de Paris n'est compétente que pour connaître des décisions prises par ces autorités dans le cadre de leur mission de règlement de différends, le Conseil d'État conservant sa compétence à l'égard de toutes les autres décisions, y compris en matière de sanction »²³⁶⁵. Il en résulte, comme l'indique si justement Jean-David Dreyfus, que « *les autorités de régulation indépendante n'ont ainsi pas toutes les mêmes pouvoirs et l'ordre juridictionnel compétent pour connaître des recours contre leurs décisions peut être tantôt de l'ordre judiciaire tantôt de l'ordre administratif* »²³⁶⁶. Le moins que l'on puisse dire est que même si les autorités de régulation constituent une « *des grandes mutations de l'organisation administrative* »²³⁶⁷, elles n'ont pas, à y regarder de près, chamboulé l'ordre juridictionnel ; leur contrôle en constitue une spécificité à prendre en compte au regard de la nature de leur domaine de compétence et la nécessité de contrôler le pouvoir qu'elles y exercent.

1134. Il s'avère également que, dans la mesure où « *la liberté individuelle est placée sous la protection de l'autorité judiciaire* »²³⁶⁸, les perquisitions entamées par les AR ne peuvent être forcées, et ne peuvent être effectives que sous l'autorisation du juge judiciaire. Elles peuvent néanmoins perquisitionner avec un simple accord de l'acteur régulé. Mais dans cette hypothèse, l'autorité concernée s'expose à un refus éventuel de celui-ci et ne dispose pas de moyen de lui

²³⁶² Cf. DELVOLLE P., « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 47 ; DOUVRELEUR O., « Les objectifs de la régulation et le contrôle du juge judiciaire », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 260.

²³⁶³ DOUVRELEUR O., « Les objectifs de la régulation et le contrôle du juge judiciaire », art. cit., p. 261.

²³⁶⁴ Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.

²³⁶⁵ « *Il semble qu'il n'y a qu'en matière de la régulation de la distribution de la presse... que la cour d'appel de Paris ait une plénitude de compétence, exclusive de toute compétence du juge administratif* ». Cf. DOUVRELEUR O., *ibid.*, p. 262.

²³⁶⁶ DREYFUS J.-D., « Les autorités de régulation indépendantes au croisement des droits administratif, civil et pénal. Etude des règles de procédures, de contrôle juridictionnel et relatives au pouvoir de sanction », in MARCOU G., MASING J., *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit., p. 297.

²³⁶⁷ GJIDARA M., « Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 1.

²³⁶⁸ AUTIN J.-L., « Autorités administratives indépendantes », *Jurisclasseur administratif*, n° 410-24, 20 juill. 2010, mise à jour 1^{er} janv. 2019, p. 36.

contraindre à la visite sans autorisation du juge²³⁶⁹. La jurisprudence s'assure simplement que les visites inopinées ne portent pas une « atteinte irrémédiable aux droits de la défense »²³⁷⁰. Dans l'arrêt *Alternative Leaders France*, le Conseil d'État précise toutefois que même si le respect des principes relatifs aux droits de la défense n'est pas impératif en phase préalable d'enquête, il n'en reste pas moins que le juge doit s'assurer que le déroulement de la procédure d'enquête n'est pas de nature à entacher la procédure d'irrégularités, c'est-à-dire de nature à annuler la décision ultérieure de sanction.

1135. Dans cette dualité de contrôle, Marc Gjidara affirme clairement que, s'agissant du contrôle juridictionnel des autorités de régulation, la compétence du juge administratif demeure le « principe » et est « naturelle », alors que celle du juge judiciaire demeure « limitée »²³⁷¹. Mais dans le même moment, en matière de régulation économique, le juge judiciaire « demeure présent puisqu'il est le juge naturel des litiges commerciaux et que la loi lui conserve des compétences en matière de régulation de marché »²³⁷². Partant, il y a nécessité de concilier deux compétences « naturelles ». D'une part celle du juge administratif se fondant sur le critère organique des AR et d'autre part celle du juge judiciaire sur le fondement de la compétence matérielle des AAI, c'est-à-dire le domaine économique, donc commercial.

1136. La doctrine reconnaît qu'« il n'y a pas d'accord sur la dévolution exclusive du contentieux des AAI au juge administratif à raison de leur nature administrative »²³⁷³. Ce qui est primordial en matière de régulation économique, c'est de parvenir à une certaine harmonie entre les ordres de juridictions pour mieux atteindre l'efficacité si importante aux yeux du régulateur. Cette harmonie permet d'éviter ce qui, à une époque semblait relever « d'une guerre de religion autour de l'aptitude et de la légitimité respectives du juge administratif ou du juge judiciaire en matière économique »²³⁷⁴. C'est sans doute pour mettre fin à cette « guerre » que le Conseil constitutionnel valide, en 1987, une décision faisant relever le contrôle de certaines décisions du Conseil de la concurrence d'alors par le juge judiciaire. L'auteur évoque alors un

²³⁶⁹ CE, sect. du contentieux, 6 nov. 2009, *SARL Interconfort*, *supra* ; Cass. com., 30 mai 2007, *Robinson c./AMF*, n° 06-11.314.

²³⁷⁰ CE, 15 mai 2013, *Alternative Leaders France*, n° 356054.

²³⁷¹ GJIDARA M., « Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 4, 12, et 13.

²³⁷² FRISON-ROCHE M.-A., « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative », *RIDE*, art. cit., p. 399.

²³⁷³ GJIDARA M., « Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 15.

²³⁷⁴ FRISON-ROCHE M.-A., « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative », art. cit., p. 400.

« *transfert dérogatoire et partiel* »²³⁷⁵ de compétence. Il en est ainsi de l'ARCEP, de l'AMF ainsi que de la CRE surtout en ce qui concerne les mesures disciplinaires. La compétence du juge judiciaire dans ces domaines traditionnellement attribués au juge administratif demeure donc une exception soumise à autorisation législative.

1137. L'exercice de certaines prérogatives de puissance publique et donc du pouvoir administratif exorbitant par les AAI ainsi que leurs missions de défense de l'intérêt général les place *de facto* sous la compétence du juge administratif. Toutefois, seul le contrôle du CSA relève exclusivement du Conseil d'État²³⁷⁶. Ce dernier est en l'occurrence juge de plein contentieux. Pour toute autorité exerçant une prérogative de puissance publique, et s'agissant notamment du contrôle de légalité, le Conseil d'État demeure compétent²³⁷⁷. Le Conseil constitutionnel abonde dans ce sens²³⁷⁸ en indiquant que tel est le cas « *même en cas de silence de la loi* »²³⁷⁹. Le décret du 22 février 2010 portant fonctionnement des juridictions administratives délimite les compétences du Conseil d'État. Il en résulte que ce dernier statue en premier et dernier ressort sur les décisions de certaines AAI²³⁸⁰. Il ne faut néanmoins pas donner l'impression que le juge administratif a été totalement dépossédé de sa compétence naturelle, il reste et demeure le juge naturel des organes administratifs.

²³⁷⁵ GJIDARA M., « Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 12.

²³⁷⁶ Les décisions du CSA, de l'ARJEL, de l'ACPR ou encore de la CNIL, sont contrôlées par le juge administratif et non pas de la cour d'appel comme c'est le cas pour l'ARAFER ou l'AMF et ce conformément à l'article 6 de la CESDH. Cf. DOUVRELEUR O., « Les objectifs de la régulation et le contrôle du juge judiciaire », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 261.

²³⁷⁷ T.C., 6 juin 1989, *Société d'exploitation et de distribution d'eau* (Ville de Pamiers), n° 02578 ; T.C., 18 oct. 1999, *Aéroport de Paris*, n°99-03.174.

²³⁷⁸ Cons., Const., déc. du 18 sept. 1986, *CNIL* ; Cons. const., n° 96-378, déc. 23 juill. 1996, portant sur la Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence (*ART*) ; Cons. const., n° 86-224 DC du 23 janv. 1987, relative à la Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *JORF* du 25 janv. 1987, p. 924.

²³⁷⁹ GJIDARA M., « Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 16.

²³⁸⁰ Le décret établit une liste de 13 organismes, ramenés à 11 avec la fusion de trois d'entre eux (la Commission bancaire, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, l'Autorité de contrôle des Assurances et des Mutuelles) au sein de la nouvelle Autorité de contrôle prudentiel. Outre cette dernière, la liste comporte les autorités suivantes : l'Agence Française de Lutte contre le Dopage, l'Autorité de la Concurrence, l'Autorité des Marchés Financiers, l'Autorité des Communications Electroniques et des Postes, l'Autorité de Régulation des Transports Ferroviaires, l'Autorité de Sécurité nucléaire, la Commission de Régulation de l'Énergie, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, la Commission Nationale de l'informatique et des libertés, la Commission Nationale des Interceptions de sécurité. Sur ce décret, Cf. ARRIGHI DE CASANOVA J., STAHL J.-H., « Le décret n° 2010 – 164 du 22 févr. 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives », *R.F.D.A.*, 2010, n° 2, p. 389.

B- Une prépondérance difficilement reléguable du juge administratif

1138. L'article R. 311-1-4° du Code de justice administratif (CJA) liste les autorités pour les décisions desquelles le recours est porté en premier et dernier ressort devant le Conseil d'État²³⁸¹. Une telle formulation laisse entendre que le Conseil détient le monopole de ce contrôle même si pour certaines questions spécifiques, surtout celles relevant du droit civil et du droit commercial, la compétence du juge judiciaire prévaut. En réalité, ceci dénote surtout le fait que la régulation relève d'un « *paradigme administratif nouveau* »²³⁸². C'est sur ce fondement qu'il a été réaffirmé que, concernant un contrôle exercé sur la CNIL, le refus d'anonymisation d'une sanction prise par cette dernière relève du Conseil d'État²³⁸³. Tout ce qui ne relève pas de cette compétence directe du Conseil d'État est confié aux juridictions judiciaires. Il en est ainsi par exemple du refus d'instruire le dossier d'un candidat²³⁸⁴ ou encore le contentieux indemnitaire²³⁸⁵. Les « *vives disputes de compétence* »²³⁸⁶ entre juge administratif et juge judiciaire sur le contrôle des AR semblent désormais être aplanies et, du fait de la nécessité d'un contrôle exhaustif de la régulation des acteurs économiques, la complémentarité semble primée sur les considérations de compétence exclusive. D'autant plus que « *le résultat obtenu par la décision devenant le cœur de celle-ci, et non pas seulement la conformité à la loi ou le suivi d'un syllogisme juridictionnel* »²³⁸⁷. Ce consensus ou du moins ce compromis restitue la particularité du droit économique de façon générale et du droit de la régulation en particulier.

1139. Certains considèrent les autorités de régulation comme des « *structures originales [qui] n'entrent totalement dans aucune des catégories préexistantes d'institutions*

²³⁸¹ Le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort : « Des recours dirigés contre les décisions prises par les organes des autorités suivantes, au titre de leur mission de contrôle ou de régulation : - l'Agence française de lutte contre le dopage ; - l'Autorité de contrôle prudentiel ; - l'Autorité de la concurrence ; - l'Autorité des marchés financiers ; - l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ; - l'Autorité de régulation des jeux en ligne ; - l'Autorité de régulation des transports ferroviaires ; - l'Autorité de sûreté nucléaire ; - la Commission de régulation de l'énergie ; - le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; - la Commission nationale de l'informatique et des libertés ; - la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité et la commission nationale d'aménagement commercial ».

²³⁸² DU MARAIS B., « Le consentement du droit public à la "régulation" : une lecture du rapport 2001 du Conseil d'État », *Rev. générale du droit on line*, 2001, n° 1416, p. 10, disponible à l'adresse suivante : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/aj20011211dumara1.pdf>. (Consulté le 02/02/2018).

²³⁸³ CE, 11 mars 2015, *Sté. TUTO4PC*, n° 368624.

²³⁸⁴ CE, 10 juin 2013, *Sté. Bigben Interactive*, *supra*.

²³⁸⁵ CE, 18 déc. 2013, *Mme L. e. a.*, n° 365844, T.

²³⁸⁶ FRISON-ROCHE M.-A., « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative », art. cit., p. 395.

²³⁸⁷ *Ibid.*, p. 396.

administratives »²³⁸⁸. Ce qui fait d'elles « *ni des juridictions, ni des organismes consultatifs, ni des organismes de contrôle au sens traditionnel* »²³⁸⁹. Pour d'autres, il convient simplement de les considérer comme des organismes administratifs car un tel choix aura au moins le « *mérite de mettre un peu d'ordre dans un ensemble marqué par une grande hétérogénéité* »²³⁹⁰. C'est fut par exemple le positionnement de la jurisprudence administrative qui, pendant longtemps, a appréhendé les décisions des AAI comme des actes « *administratifs classiques* »²³⁹¹. Une telle interprétation, somme tout patriarcale, a très vite été limitée par la compétence *ratione materiae* de certaines de ces autorités.

1140. Aux yeux d'une partie de la doctrine, il semble que le curseur permettant de déceler la compétence directe du Conseil d'État repose sur l'attribution ou non de la « *mission de régulation* »²³⁹² ou du simple contrôle à l'autorité administrative concernée. Ce raisonnement, bien que répandu, semble assez léger pour ne pas dire flou. Quelle est la délimitation concrète entre le contrôle et la régulation ? Le contrôle n'est-il pas un mode de régulation ? S'agissant par exemple de l'AMF, le contrôle de ses décisions relève de la cour d'appel pour tous les recours concernant les particuliers alors que les professionnels doivent intenter leur recours auprès du Conseil d'État et ce peu importe, pour ceux-ci, que la sanction soit de nature administrative ou disciplinaire²³⁹³. Cette répartition obéit sans doute à une méthode traditionnelle attribuant au juge administratif la compétence relative aux droits objectifs et au juge judiciaire celle portant sur les droits subjectifs. La prise en compte de ces derniers est d'autant plus déterminante que « *l'atteinte aux droits subjectifs de la demanderesse est une condition de l'action* »²³⁹⁴ devant la juridiction judiciaire. En dehors de cette distinction fondée sur la *ratione personae*, les recours contre les décisions de l'AMF relèvent du Conseil d'État.

1141. Le contrôle juridictionnel des concentrations peut être considéré comme le triomphe de la compétence organique sur la compétence matérielle. Le contrôle juridictionnel des décisions de l'ADLC relative aux concentrations relève en effet de la compétence du juge administratif.

²³⁸⁸ MORAND-DEVILLERS J., *Droit administratif*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, p. 135. Cf. aussi GJIDARA M., « Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 5.

²³⁸⁹ *Ibid.*

²³⁹⁰ LARZUL T., « Droit constitutionnel de l'administration », *Jurisclasseur Administratif*, 2 févr. 2013, mise à jour 2 avr. 2019, n° 1452, p. 4.

²³⁹¹ IDOUX P., « Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européenisé », *Lextenso*, Droit des sociétés, 2016, n° 93, p. 275-283, spéc. p. 277.

²³⁹² RAMBAUD R., *L'institution juridique de la régulation*, op. cit., p. 732.

²³⁹³ Conformément aux dispositions de l'article L. 621-9 du Code monétaire et financier.

²³⁹⁴ FOSSIER Th., « Le contrôle de la régulation économique par la cour d'appel de Paris : droits de la défense et sanctions », *RLDA*, 1er mars 2010, n° 47, p. 2.

En l'occurrence, la compétence matérielle qui voudrait faire du juge judiciaire l'ordre juridictionnel compétent ne prévaut pas. Le critère organique a doublement prévalu. D'abord parce que les concentrations relevaient jusqu'à très récemment de la compétence du ministère de l'économie. Ensuite, même après le transfert de la compétence à l'ADLC, le législateur a jugé utile de ne pas dessaisir le juge administratif. Le caractère administratif de l'ADLC demeure certes un critère de délimitation de compétence, mais il semble moins déterminant que les deux premiers. Le recours contre les décisions à portée individuelle de l'ADLC porte souvent sur les opérations d'autorisation ou d'interdiction des concentrations. Il arrive que le Conseil d'État remette en cause les analyses de l'Autorité sur les effets anticoncurrentielles de telles opérations²³⁹⁵.

1142. Il appartient donc à l'ADLC, d'user de ses pouvoirs d'autorisation, d'interdiction, d'injonction, de prescription et même de subordination pour la réalisation des engagements pris par les acteurs. Ces pouvoirs se doivent toutefois d'être subordonnés à la proportion nécessaire au maintien d'une concurrence suffisante dans le secteur concerné. Dans certains cas, l'analyse de l'ADLC est confirmée par le Conseil d'État. Ce fut ainsi de sa décision de retrait d'autorisation de concentration attribuée en 2006 à Canal Plus et Vivendi pour non-respect des engagements et pour les effets anticoncurrentiels de l'opération qui, de ce fait, portait atteinte à l'ordre public économique²³⁹⁶. D'autres objectifs comme le maintien de « *l'impératif fondamental du pluralisme et l'intérêt public dans le secteur de l'audiovisuel* »²³⁹⁷ peut également relever d'un tel contrôle.

1143. En 2012, même si le Conseil d'État avait partiellement remis en cause l'analyse de l'ADLC, il avait tout de même confirmé sa décision de retrait d'autorisation à Canal Plus. En dépit même de son caractère punitif, au motif opérant que la décision allait dans le sens de la préservation de l'ordre public économique²³⁹⁸. Le Conseil reconnaît d'ailleurs, qu'en dépit des critiques, la décision de l'ADLC permettait de maintenir une concurrence suffisante dans le marché en cause puisque « *prises ensemble, les injonctions étaient de nature à prévenir les effets anticoncurrentiels de l'opération* ». Le Conseil d'État a pu, de façon assez inédite,

²³⁹⁵ CE, 5 nov. 2014, *Sté. Wienerberger*, n° 373065.

²³⁹⁶ Le dispositif de la décision précisait notamment que le retrait « *est proportionné à la gravité des manquements reprochés à la société Groupe Canal Plus et aux exigences de l'ordre public économique, par l'obligation faite aux parties de revenir à l'état antérieur à l'opération de concentration ou de solliciter une nouvelle autorisation pouvant, le cas échéant et après une nouvelle analyse concurrentielle, être subordonnée au respect de nouvelles mesures correctives* ». Cf. CE, Ass., 21 déc. 2012, *Groupe Canal Plus*, *supra*.

²³⁹⁷ CE, sect. du contentieux, 30 déc. 2010, *Sté. Métropole Télévision*, *supra*.

²³⁹⁸ CE, Ass., 21 déc. 2012, *Groupe Canal Plus*, *supra*.

prononcer une sorte de moratoire dans l'annulation d'une décision de concentration de l'ADLC en estimant que même si celle-ci venait à être annulée, une telle décision d'annulation ne prendra effet que plus tard afin d'éviter que les entreprises n'honorent pas leurs engagements. Puisque, souligne le Conseil, « *l'annulation immédiate de l'autorisation ôterait toute valeur contraignante aux engagements pris par les parties alors que l'opération de concentration avait eu lieu* »²³⁹⁹. Il en fut ainsi plus récemment encore lorsque le Conseil annule partiellement une décision de l'ADLC pour erreur d'appréciation dans l'analyse concurrentielle du marché²⁴⁰⁰.

1144. Le juge demeure très regardant quant à la proportionnalité des mesures prises par l'ADLC pour la protection de la concurrence²⁴⁰¹. La proportionnalité de la sanction implique parfois la prise en compte de la situation financière de l'entreprise. La cour d'appel a, dans ce sens, pu considérer qu'une demande tendant à surseoir à exécution une décision de la Commission des sanctions est dénuée de fondement dès lors que le paiement de la sanction infligée à la personne mise en cause est susceptible d'être entièrement assuré par des fonds préalablement séquestrés²⁴⁰². La sanction d'un manquement d'un émetteur de communiquer au public des informations précises, sincères et exactes est également soumise au principe de proportionnalité et de nécessité²⁴⁰³. De ce fait, le manquement d'un dirigeant de communiquer des informations exactes, précises et non trompeuses, peut constituer une circonstance

²³⁹⁹ Sur la rétroactivité des effets, le Conseil souligne que « *l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu. Toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation. Il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation, ou, lorsqu'il a décidé de surseoir à statuer sur cette question, dans sa décision relative aux effets de cette annulation, que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de sa décision prononçant l'annulation contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine* ». Cf. CE, Ass., 23 déc.2013, *Sté. Métropole télévision (M6) et Télévision Française 1 (TF1)*, n^{os} 363702 et 363719.

²⁴⁰⁰ CE, 6 juill. 2016, *compagnie des gaz de pétrole Primagaz Sté. Vitogaz France*, n^{os} , 390457,390774.

²⁴⁰¹ CE, Ass., 21 déc. 2012, *Sté. Groupe Canal Plus*, *supra*.

²⁴⁰² CA Paris, 19 sept. 2006, *Sté. X*, n^o 06/12938.

²⁴⁰³ CA Paris, 12 mai 2016, *Sté. X*, n^o 14/26120 ; BOUTHINON-DUMAS H., MARTY F., « Les barèmes des sanctions pécuniaires prononcées par l'AMF et l'Autorité de la concurrence. Le droit mis en barèmes », *Dalloz*, coll. « Thèmes et commentaires », 2014, n^o halshs-00957439, p. 131-148.

aggravante²⁴⁰⁴. Par ailleurs, prive sa décision de base légale, la cour d'appel qui retient que deux sociétés détiennent une position dominante collective sur un marché, sans rechercher si, en l'absence d'ententes anticoncurrentielles conclues entre elles et leurs clients, ces sociétés auraient disposé en commun de la possibilité de se comporter sur ce marché, dans une mesure appréciable, de façon indépendante vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs²⁴⁰⁵.

§3- Du contrôle classique pour excès de pouvoir au pouvoir de contrôle des excès

1145. L'évolution du régime juridique du contrôle de l'excès de pouvoir est considérable. Tout porte à croire qu'on est passé du simple contrôle de l'excès de pouvoir, d'abord des administrations et ensuite des autorités administratives indépendantes, à la question de savoir si le juge détient encore toute la force nécessaire à un contrôle effectif des excès aussi bien des autorités de régulation que les acteurs régulés. Traditionnellement, le contrôle pour excès de pouvoir existe même en l'absence de texte qui l'encadre ou le silence de celui-ci. C'est une garantie de principe permettant à toute personne sanctionnée de bénéficier d'un « *contrôle juridictionnel de la mesure qui les frappe* »²⁴⁰⁶. En dépit de toutes les tentatives d'assimilation des AR à des nouvelles formes de juridictions, il s'est avéré qu'elles ne « *sont pas des juridictions* »²⁴⁰⁷. Ce sont des autorités administratives ou publiques dont les décisions sont soumises à l'obligation de motivation, entraînant ainsi le contrôle de l'excès de pouvoir²⁴⁰⁸.

1146. Le juge de l'excès de pouvoir étant une « *machine inerte par nature* [dès lors qu'il] *ne peut juger que ce qu'on lui soumet à juger* »²⁴⁰⁹, il est indispensable que les requérants respectent la procédure et lui notifient toutes leurs requêtes. L'excès de pouvoir concerne à la fois le pouvoir réglementaire et les mesures disciplinaires prises par les autorités de régulation. Le Conseil d'État se présente en matière de régulation comme un juge de l'excès de pouvoir (A). Il a même pu admettre un tel recours contre les décisions ou mesures disciplinaires prises

²⁴⁰⁴ CA Paris, 19 avr. 2005, n° 04/22691 ; AMF, décis. n° SAN-2005-05 du 6 janv. 2005, à l'égard de *M. A et de la société X*, non-publié au *JORF* ; AMF, décis. n° SAN-2006-12 du 24 nov. 2005, à l'égard de la *société X et de la société Y, dépositaire central*, non-publié au *JORF* ; CA Paris, 30 mai 2006, *Sté. X*, n° 05/21197.

²⁴⁰⁵ Cass. com., 07 juill. 2009, *Sté. Vicat et Lafarge ciments*, n° 08-15.609, 08-16.094.

²⁴⁰⁶ GUYOMAR M., *Les sanctions administratives*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2014, p. 151.

²⁴⁰⁷ IDOT L., « Le réseau européen de la concurrence : une forme de justice économique ? », art. cit., p. 3.

²⁴⁰⁸ Cf. La Loi n° 79-587 du 11 juill. 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, *JORF* n° 160 du 12 juill. 1979.

²⁴⁰⁹ GUYOMAR M., « La jurisprudence du Conseil d'État sur les décisions de l'AMF : 15 ans de réflexions », *BJB*, 1^{er} déc. 2012, n° 12, p. 555.

en vertu du droit dit souple (**B**). Il faut cependant préciser que la Cour de justice administrative est notoirement absente de l'ossature du contrôle des autorités de régulation (**C**).

A- Le traditionnel contrôle pour excès de pouvoir

1147. Le contrôle juridictionnel des actes règlementaires et les sanctions à portée individuelle a été attribué au juge administratif (**2**). Cette compétence vient s'ajouter à celle qui lui est naturellement dévolue : le contrôle pour excès de pouvoir (**1**).

1- Le contrôle pour excès de pouvoir comme attribution naturelle du juge administratif

1148. Il est de jurisprudence établie que toute décision administrative peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir²⁴¹⁰ y compris en l'absence d'un texte le précisant²⁴¹¹. Le contrôle pour excès de pouvoir des AR est confié au Conseil d'État comme « *juge de premier et dernier ressort* ». Le recours pour excès de pouvoir découle du principe de droit à un recours effectif, désormais acquis²⁴¹² tant en droit national²⁴¹³ que communautaire²⁴¹⁴. Le contrôle juridictionnel des décisions des autorités de régulation s'inscrit dans le vaste et indispensable principe du « *droit au juge* »²⁴¹⁵. Il s'opère par le biais d'un recours ouvert non seulement aux autorités publiques, mais également et surtout aux entreprises et à toute autre personne dont l'intérêt justifie la saisine du juge. Ce volet vient compléter un autre droit tout aussi fondamental qu'est celui de l'interdiction du déni de justice²⁴¹⁶. L'effectivité du recours est donc telle que même en cas de silence des textes, le Conseil puisse connaître du recours contre certains actes des autorités relevant de sa compétence. Il en a été ainsi des « *mises en garde* » publiées par l'AMF mais qui n'étaient pas spécialement mentionnées par le Code monétaire et financier²⁴¹⁷. Ou encore d'une décision règlementaire de l'ARCEP tendant à la collecte périodique

²⁴¹⁰ CE, 17 févr. 1950, *Ministre de l'agriculture c./Dame Lamotte*, n° 86949.

²⁴¹¹ Le Conseil d'État précise qu'il existe un principe général du droit selon lequel toute décision administrative peut faire l'objet, même sans texte, d'un recours pour excès de pouvoir et que la disposition de la Loi du 23 mai 1943, faute de l'avoir précisé expressément, n'avait pas pu avoir pour effet d'exclure ce recours.

²⁴¹² En vertu de l'article 13 de la CESDH ainsi que de deux décisions du Conseil constitutionnel rattachant ce droit en particulier à l'article 16 de la DDHC et du bloc de constitutionnalité en général. Cf. Cons. const., 21 janv. 1994, portant sur Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986, relative à la liberté de communication, préc. ; Cons. const., décis. n° 96-373 DC du 9 avr. 1996, relative à la Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *JORF* n° 88 du 13 avr. 1996.

²⁴¹³ Le Conseil d'État indique que même le recours en cassation ne nécessite pas l'existence d'un texte. Cf. CE, Ass., 7 févr. 1947, *D'Aillières*, n° 79128.

²⁴¹⁴ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84, *Rec.*, 1986, p. 1651.

²⁴¹⁵ TERNEYRE Ph., « Le droit constitutionnel au juge », *LPA*, 4 déc. 1991, p. 4 ; DOUVRELEUR O., *Droit de la défense et pratiques anticoncurrentielles*, op. cit., p. 175.

²⁴¹⁶ Tel que consacré par l'article 4 du Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

²⁴¹⁷ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté. Fairvesta International GmbH e. a.*, n°s 368082, 368083 et 368084.

d'informations auprès des opérateurs de télécoms dès lors que de telles informations n'étaient pas nécessaires et indispensables à l'accomplissement de ses missions²⁴¹⁸. Le vice de procédure peut facilement faire annuler la requête et il se trouve qu'il est « *difficile voire impossible de reprendre l'instance disciplinaire* »²⁴¹⁹ en cas de décision de rejet. C'est ainsi qu'il a considéré que l'auteur d'une plainte pour vice de procédure peut déférer au juge de l'excès de pouvoir le refus de la CNIL d'en donner suite²⁴²⁰. De la même manière, le Conseil d'État peut connaître en premier et dernier ressort le recours pour excès de pouvoir et sanctionner, le cas échéant, le refus de la CNIL d'anonymiser le nom d'un tiers dans sa délibération dès lors que celui-ci n'est pas concerné par ladite décision²⁴²¹.

1149. Le juge de l'excès de pouvoir a ceci de particulier par rapport au juge de plein contentieux qu'il « *peut seulement annuler la décision contestée ou rejeter le recours mais ne peut pas modifier la décision en cause* »²⁴²². Le Conseil d'État se contente en conséquence d'annuler la décision car « *ne pouvant pas la modifier* »²⁴²³. C'est à ce titre qu'il s'est prononcé sur une décision du CSA portant répartition du temps d'actualité accordé au Gouvernement, à la majorité parlementaire et à l'opposition par les services de l'audiovisuel²⁴²⁴, mais aussi sur une décision de l'ARCEP portant sur les tarifs pratiqués par les opérateurs de téléphonie mobile²⁴²⁵. Les motifs sont souvent fondés sur une erreur manifeste d'appréciation²⁴²⁶. Néanmoins, lorsqu'une décision est assortie de conditions, l'annulation d'une d'entre elles ne remet pas systématiquement en cause l'intégralité de la décision²⁴²⁷. Le juge peut outre dans certaines circonstances aller au-delà du simple contrôle de la décision et se transformer en juge du contentieux. Il en est ainsi lorsqu'il modifie la sanction préalablement fixée par une autorité de régulation²⁴²⁸.

²⁴¹⁸ CE, 10 juill. 2013, *Sté. AT&T Global Network Services France SAS e. a.*, n° 360397.

²⁴¹⁹ CE, 30 déc. 2011, *Thannberger*, n° 335621.

²⁴²⁰ CE, 10^{ème}- 9^{ème}, SSR, 19 juin 2017, *M. A.*, n° 398442.

²⁴²¹ CE, 10^{ème}- 9^{ème}, SSR, du 11 mars 2015 *Sté. E, supra*, portant annulation de la décision de la CNIL du 11 avr. 2013, n° 2013-091 du en avr. 2013, *portant sanction de la société Total raffinage marketing*, non-publiée au *JORF*. En l'espèce, la CNIL sanctionne la société Total raffinage marketing en n'anonymisant pas le nom de la société Election Europe. Laquelle a attaqué la décision auprès du Conseil d'État pour excès de pouvoir.

²⁴²² Conseil d'État, « Le juge administratif et les autorités de régulation économique », *Le dossier thématique du Conseil d'État*, 13 oct. 2016, p. 12.

²⁴²³ LABETOULLE D., « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes : le rôle du juge administratif », art. cit., p. 16.

²⁴²⁴ CE, 7 juill. 1999, *Front national*, n° 198357.

²⁴²⁵ CE, 5 déc. 2005, *Fédération nationale UFC Que Choisir, e. a.*, n° 277441.

²⁴²⁶ CE, 19 mai 2008, *Fédération nationale UFC Que Choisir*, n° 311197, T.

²⁴²⁷ CE, Ass., 23 déc. 2013, *Sté. Métropole télévision (M6)*, *supra*.

²⁴²⁸ CE, Ass., 16 févr. 2009, *Sté. ATOM*, n° 274000 ; CE, 6 avr. 2016, *M. R.*, *supra*.

1150. Le recours pour excès de pouvoir se trouve tout de même limitée en matière de pratiques anticoncurrentielles dès lors que le juge se « *place à la date de l'acte pour apprécier les effets anticoncurrentiels qui ne sont avérés et démontrés souvent que bien plus tard* »²⁴²⁹. C'est sans doute en raison du temps nécessaire à la découverte des pratiques et du fait que celles-ci ne sont sanctionnées qu'*ex post*. Au nom de la préservation d'une concurrence effective et loyale, le Conseil d'État a ainsi annulé une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications (ci-après ART) relative au plan national de la numérotation avant que ce domaine ne soit libéralisé en novembre 2006²⁴³⁰. Le juge estima alors que le partage du n° "12" entre tous les opérateurs offrant des services de renseignements téléphoniques ne serait pas de nature à lever les obstacles ainsi créés au libre jeu de la concurrence dès lors que les exploitants de réseaux de télécommunications, dont le nombre est limité et qui détiennent les informations nécessaires à l'établissement des listes d'abonnés utilisées pour la fourniture de services de renseignements téléphoniques conserveraient, en tout état de cause, dans cette hypothèse, la maîtrise de l'accès aux services fournis par les opérateurs concurrents, via le mécanisme dit de « *pré-sélection* »²⁴³¹. Aussi, faudrait-il souligner qu'une autorité poursuivante ne peut, en matière de régulation économique, se contenter d'établir la vraisemblance des faits reprochés à la partie poursuivie, même si c'est à charge ensuite pour cette dernière d'apporter la preuve du contraire, si tant est qu'elle le puisse (*probatio diabolica*, bien souvent). Le Conseil d'État a opportunément rappelé qu'en matière répressive, la vraisemblance ne suffit pas à établir l'infraction, elle ne suffit pas non plus à établir le manquement en matière disciplinaire²⁴³².

1151. Le recours pour excès de pouvoir permet à juste titre à une personne physique ou morale d'obtenir du juge l'annulation, avec effet rétroactif²⁴³³, d'un acte administratif unilatéral méconnaissant les éléments du bloc de légalité s'imposant à son auteur²⁴³⁴. Mais encore faudrait-il qu'il s'agisse d'un motif sérieux et fondé. Le Conseil d'État pu rejeter le pourvoi d'un requérant contre un avis rendu par la CRE au motif que l'absence d'un des membres du Collège n'invalide en rien la décision prise par le régulateur dès lors que, en vertu de l'article

²⁴²⁹ DELAUNEY B., *Droit public de la concurrence*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2018, p. 276.

²⁴³⁰ Le Monde, « Renseignements téléphoniques : le 118 remplace le 12 », 02 nov. 2005, disponible à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/economie/article/2005/11/02/reenseignements-telephoniques-le-118-remplace-le-12_705627_3234. (Consulté le 10/11/2017).

²⁴³¹ CE, sect. du contentieux, 11 juin 2004, lecture du 25 juin 2004, *Sté. Scoot France et Fonecta*, n^{os} 249300-249722.

²⁴³² CE, 14 oct. 2015, 9^{ème} / 10^{ème} SSR, *Sté. Générale*, n^o 381173.

²⁴³³ L'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte soit réputé n'être jamais intervenu. Cf. CE, Ass., 11 avr. 2004, *Association AC*, n^o 255886.

²⁴³⁴ CE, 28 juill. 2000, *Emery, DA*, 2000, 238. Cf. aussi LACHAUME J.-F., PAULIAT H., BRACONNIER S. *et al.*, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 17^e éd., *op. cit.*, p. 647.

L. 133-1 du Code de l'énergie, « *le Collège et le Comité délibèrent à la majorité des membres présents* ». Le juge rajoute que, « *dans la mesure où il s'agissait d'un avis et non d'une sanction, les dispositions de l'article L. 132-2 relatives à la composition paritaire du Collège n'ont pas été violées* »²⁴³⁵. Il en a été de même du recours pour excès de pouvoir introduit par la Région PACA en 2015 contre l'avis relatif à l'impact du service de transport de voyageurs envisagé par l'entreprise ferroviaire Thello entre Milan, Gênes, Monaco, Nice et Marseille sur l'équilibre économique de l'ARAFER, alors ARAF. Le Conseil d'État estime alors que la Région PACA « *n'était pas fondée à demander l'annulation de la décision pour excès de pouvoir dans la mesure où l'Autorité n'avait pas à prendre en compte, dans son appréciation de l'impact sur l'équilibre économique du contrat de service public des dessertes intérieures du service international proposé par la société Thello, les coûts liés à la modification du cadencement des trains régionaux de la SNCF rendue nécessaire par la mise en place du service proposé par l'entreprise Thello, dès lors que ces coûts étaient la conséquence du droit d'accès accordé à la société Thello indépendamment du fait que ce service comporte ou non des dessertes intérieures* »²⁴³⁶.

2- Attribution du contrôle du pouvoir réglementaire et les sanctions à portée individuelle des AAI au juge administratif

1152. Les autorités de régulation rendent des décisions à portée soit réglementaire ou individuelle²⁴³⁷. Les premières concernent l'ensemble des acteurs de la régulation ou un secteur déterminé alors que les secondes concernent un ou des acteurs bien déterminés. Le recours contre ces décisions est porté devant le Conseil d'État. À ces deux types de recours s'ajoutent ceux intentés contre les actes décisifs, appelés « droit souple », et le recours contre les dommages causés par les autorités de régulation. Autrement dit, le contentieux indemnitaire est tributaire à la détention ou non par l'autorité concernée de la personnalité morale. Auquel cas, elle répond de ses actes en lieu et place de l'État. Le recours contre une décision n'est toutefois valable que lorsqu'elle est formulée de façon impérative et non générale²⁴³⁸. Le recours contre les décisions du CSA est porté devant le juge administratif lorsqu'il concerne une demande

²⁴³⁵ CE, 15 juin 2016, *Association nationale des opérateurs détaillant en énergie (ANODE)*, n° 386078.

²⁴³⁶ CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 30 janv. 2015, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, *supra*.

²⁴³⁷ Le pouvoir réglementaire tel qu'il fut reconnu aux autorités de régulation par le législateur a été considéré comme conforme à la Constitution, notamment son article 21. C'est une sorte de pouvoir réglementaire dérivé de celui du premier ministre, dès lors qu'il s'exerce dans la limite prévue par la loi et les règlements. Cons. Constit. décis. du 18 sept. 1986, portant sur la Loi relative à la liberté de communication, préc.

²⁴³⁸ CE, 18 déc. 2002, *Duvignères*, n°233618.

d'agrément, un vice de procédure²⁴³⁹ ou lorsqu'il porte sur la modification des conditions d'exploitation des ressources²⁴⁴⁰.

1153. Le recours pour excès de pouvoir trouve toute son importance lorsque des mesures individuelles ou règlementaires sont prises par les autorités de régulation. Son intérêt consiste à mettre fin à une irrégularité pouvant entraîner un abus de la part desdites autorités. Dans le cadre de la mise en œuvre de son pouvoir de contrôle et de sanction, la CNIL ne peut, en dépit du rôle crucial qu'elle joue dans la protection des données personnelles, opérer un contrôle, en vertu des dispositions de l'article 44 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 et de l'article 61 du Décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005, dans des locaux servant à la mise en œuvre d'un traitement desdites données. Le procureur territorialement compétent doit en être informé, au plus tard vingt-quatre heures avant le contrôle²⁴⁴¹.

1154. Cependant, dans une récente décision²⁴⁴², le Conseil d'État a pu valider une décision de la CNIL entérinant la validité « *transitoire* » du consentement à l'usage des données par le simple fait de l'acceptation des conditions générales. Alors même qu'un tel acte n'est pas suffisamment « *positif et clair* » comme l'exige l'article 4 du RGPD. Dans cette affaire dont le recours a été porté devant le Conseil d'État par les associations *La Quadrature du net* et *Caliopen*, la CNIL a donné aux entreprises une période transitoire d'adaptation de 12 mois qui court jusqu'à mi-2020 afin de leur permettre d'adapter leur mécanisme de consentement. La question était alors de savoir le sort réservé aux données traitées en vertu des recommandations de la CNIL datant de 2013. Mais le Conseil d'État, après avoir estimé que l'urgence alléguée par les associations susmentionnées n'est pas fondée et donc pas de nature à soulever un doute sérieux²⁴⁴³ sur la décision de la CNIL²⁴⁴⁴, rejette le pourvoi et a prévu d'examiner la requête lors de la séance du 30 septembre 2019. On peut tout de même s'interroger sur le sort des données, à la façon dont elles seront traitées d'ici la fin de la période nécessaire à l'entrée en vigueur des nouvelles mesures y afférentes. Alors même que la CNIL a été claire dans sa

²⁴³⁹ CE, 11 avr. 2014, *Syndicat des réseaux radiophoniques nationaux*, n° 348972.

²⁴⁴⁰ CE, Ass., 13 juill. 2016, *Sté. Métropole Télévision et Paris Première*, n° 396476.

²⁴⁴¹ CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 12 mars 2014, *Sté. Foncia Groupe, supra*.

²⁴⁴² CE, ord. 14 août 2019, *Associations « la Quadrature du net » et « Caliopen »*, n° 433070.

²⁴⁴³ Le référé suspensif contre les décisions du CSA auprès du Conseil d'État s'inscrit également dans ce cadre en vertu de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative.

²⁴⁴⁴ Le doute sérieux sur la légalité de l'acte est, avec l'existence d'une urgence qui atteint de manière suffisamment grave et immédiate un intérêt public comme la distorsion de la concurrence, font partie des critères d'appréciation du juge des référés : CE, or. 19 janv. 2004, *Sté. Techna SA e. a.*, n° 263012 ; CE, 2 juill. 2010, *Sté. Air France*, n° 340699 ; CE, Juge des référés, 19 févr. 2008, *Profil France, supra*.

délibération en rappelant que le consentement doit s'exprimer « *de manière libre, spécifique, éclairée et univoque par une déclaration ou par un acte positif/clair* »²⁴⁴⁵.

1155. Dès lors que des mesures présentent un caractère réglementaire pour un secteur donné²⁴⁴⁶, comme ce peut être le cas d'un communiqué du CSA relatif à la publicité sur internet²⁴⁴⁷, le Conseil d'État peut, dans certains cas, annuler ces mesures sur le fondement de ce pouvoir réglementaire même si *a priori* l'acte ne se présente pas comme tel. Il a ainsi jugé recevable un recours pour excès de pouvoir contre une décision de la CNC dont les termes revêtaient un caractère réglementaire²⁴⁴⁸. Il en va de même lorsqu'un avis où une recommandation revêt des prescriptions individuelles dont l'autorité peut *a posteriori* sanctionner la méconnaissance²⁴⁴⁹. Tout comme la Haute juridiction administrative peut juger recevable un recours contre une décision d'une autorité dotée de pouvoir réglementaire mais qui refuse de le mettre en œuvre dans un domaine déterminé²⁴⁵⁰. Le recours pour excès de pouvoir sur le fondement du pouvoir réglementaire peut donc revêtir à la fois une action négative ou positive. Dans ce cas d'espèce, le CSA avait refusé d'accéder à la requête d'une association qui lui demandait d'édicter des recommandations en vertu de son pouvoir réglementaire. Il en est également ainsi lorsqu'une autorité refuse de mettre en œuvre son pouvoir de sanction²⁴⁵¹. Le refus d'abrogation d'une autorisation d'exploitation de fréquences rentre également dans le cadre de ce recours²⁴⁵². Un acte d'autorisation, de refus²⁴⁵³ ou de sanctions, même s'il peut concerner dans certains cas plusieurs acteurs économiques, demeure un acte individuel dans le sens où ses conséquences sont assumées individuellement par chacune des entreprises.

²⁴⁴⁵ CNIL, déc. n° 2019-093 du 4 juill. 2019, *portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la Loi du 6 janv. 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur*, JORF n° 0166 du 19 juill. 2019.

²⁴⁴⁶ CE, 12 mars 1982, *CGT*, n° 25173.

²⁴⁴⁷ CE, 3 juill. 2000, *Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et a.*, n°s 218358, 218458, 219038 et 219262 ; GAUDEMET Y., « La régulation économique ou la dilution des normes », art. cit., p. 23.

²⁴⁴⁸ CE, 16 nov. 1990, *S.A. « La Cinq » c./CNC*, n° 97585.

²⁴⁴⁹ CE, 11 oct. 2012, *Sté. ITM Entreprises e. a.*, n°s 346378 et 346444 ; CE, 9^{ème} / 10^{ème} SSR, 11 oct. 2012, *Sté. Casino-Guichard-Perrachon*, n° 357193.

²⁴⁵⁰ CE, 18 déc. 2002, *Association Promouvoir*, n° 232273.

²⁴⁵¹ CE, 30 nov. 2007, *T. e. a.*, n° 293952.

²⁴⁵² CE, 30 juin 2006, *Sté. Neuf Télécom SA*, n° 289564.

²⁴⁵³ Le CSA se doit de motiver ses décisions de refus d'autant plus que le Conseil a déjà fixé les modalités dans lesquelles s'opère une telle mesure y compris en recourant à des études d'impact. Le Conseil d'État motive l'annulation de la décision du CSA en indiquant qu'il « ressort des pièces du dossier que l'étude d'impact réalisée sur la demande d'agrément d'une modification des conditions de financement du service LCI n'a été rendue publique que le 29 juill. 2014, date de la publication de la décision attaquée ; qu'il suit de là, comme le soutient la société LCI, que « la procédure suivie par le CSA est entachée d'irrégularité ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, cette société est fondée à demander l'annulation de la décision attaquée ». Cf. CE, Ass., 17 juin 2015, *Sté. La Chaîne Info*, n° 384826.

1156. Le recours pour excès de pouvoir doit naturellement se justifier par un intérêt à agir de l'entreprise²⁴⁵⁴. Il incombe donc au juge de référés de rechercher si l'entreprise qui le saisit a été lésée, même indirectement, par le comportement d'une autre entreprise. L'objectif est ici sans doute non seulement d'éviter les abus de saisine mais également de prévenir l'utilisation de la saisine comme stratégie de concurrence entre entreprises. Quant à la question de savoir si le cumul du pouvoir réglementaire et le pouvoir de sanction est contraire aux dispositions de l'article 6 de la CESDH, le Conseil d'État a répondu par la négative dès lors que le pouvoir de sanction est envisagé de sorte que soit assuré le respect des droits de la défense²⁴⁵⁵.

1157. Le contrôle exercé par le Conseil d'État est à la fois regardant et minutieux. De ce fait, au-delà du contrôle classique pour excès de pouvoir, il vérifie également tout détournement éventuel de pouvoir d'une autorité dont il est chargé d'assurer le contrôle. C'est ainsi qu'il affirme par exemple, l'interdiction faite aux autorités administratives d'exercer des attributions de police judiciaire pour saisir l'édition d'un journal, car cela relève de la compétence de la police administrative²⁴⁵⁶. Il en va de même de l'interdiction qui leur est faite d'user de leur pouvoir pour un objet autre que celui en vue duquel ils étaient conférés²⁴⁵⁷. La raison tient simplement, rappelle Yves Gaudemet, au fait que « *chaque compétence reconnue à une autorité administrative l'est avec une finalité bien précise et le Conseil d'État sanctionne le détournement de procédure* »²⁴⁵⁸. Ce contrôle de détournement de pouvoir vient compléter le contrôle traditionnel pour excès de pouvoir. Un fait heureux qui vient contredire encore une fois l'insinuation selon laquelle les autorités de régulation disposeraient de trop de pouvoirs, voire de pouvoirs incontrôlés. Le juge va même plus loin puisque désormais même les actes considérés comme souples peuvent faire l'objet de recours pour excès de pouvoir.

B- L'admission récente du recours contre les décisions prises en vertu du droit souple

1158. Pendant longtemps, les décisions prises en vertu du droit souple ne faisaient l'objet d'aucun recours pour excès de pouvoir. Il est désormais possible de contester de telles mesures devant le juge (*I*). Ce droit est d'ailleurs renforcé, toujours dans le but de garantir une réelle

²⁴⁵⁴ CE, 23 déc. 2011, *Département de la Guadeloupe*, n° 350231.

²⁴⁵⁵ CE, 30 juill.2003, *Banque d'escompte et Wormser frères réunis*, n° 238169.

²⁴⁵⁶ CE, 24 juin 1960, *Sté. Frampar*, *supra*.

²⁴⁵⁷ CE, 10 févr. 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables*, n° 86949.

²⁴⁵⁸ GAUDEMET Y., « La régulation économique ou la dilution des normes », art. cit., p. 23.

protection des droits des acteurs régulés, par la possibilité qui est leur est offerte d'engager la responsabilité du régulateur devant le juge en cas de manquement (2).

1- Une évolution symptomatique d'une protection effective des acteurs régulés

1159. Auparavant, les avis²⁴⁵⁹, les mises en garde²⁴⁶⁰ et le refus d'exercer une mission de médiation²⁴⁶¹ des autorités de régulation ne pouvaient faire l'objet d'aucun recours juridictionnel pour excès de pouvoir. Depuis le 21 mars 2016, et ce, dans le but sans doute de mieux garantir le respect des droits des entreprises à un procès équitable et de lever toute ambiguïté sur le supposé pouvoir illimité des autorités de régulation²⁴⁶², il est désormais possible d'intenter un recours, au-delà des décisions individuelles ou réglementaires, contre les décisions desdites autorités dont la portée est considérée comme « décisive ». Autrement dit, le droit souple est désormais susceptible de recours pour excès de pouvoir auprès du Conseil d'État. Ces actes décisifs peuvent être des avis, des recommandations ou encore des prises de positions sur une question donnée. Les acteurs régulés peuvent donc les attaquer devant le juge dès lors qu'ils impliquent une certaine impérativité ou qu'ils contiennent des amendements obligatoires pouvant intimider les acteurs à changer de comportement et qu'ils ne se limitent pas à l'incitation. C'est ainsi qu'en 2016, le Conseil d'État a jugé recevable un recours contre un communiqué de l'AMF, publié sur son site internet, mettant en garde les investisseurs contre les conditions dans lesquelles certains produits de placement étaient commercialisés²⁴⁶³. Une prise de position de l'ADLC reconnaissant à une société la possibilité d'acquérir des droits de distribution exclusives de chaînes de télé sur la plateforme d'une autre société avait également été reconnue comme susceptible de recours²⁴⁶⁴. Il en va de même des recommandations de l'ACPR sur des conventions conclues entre les entreprises d'assurance et des intermédiaires en assurance dont l'objet était d'inciter les signataires à modifier sensiblement leurs relations

²⁴⁵⁹ CE, 16 janv. 2006, *Fédération du crédit mutuel Centre Est Europe*, n° 274721 ; CE, 27 mai 1987, *SA Laboratoires Goupil*, n° 83292.

²⁴⁶⁰ CE, 4 oct. 1996, *Comité interprofessionnel du vin de Bordeaux*, n° 168.131.

²⁴⁶¹ CE, 18 oct. 2006, *Miller*, n° 277497.

²⁴⁶² « *Il existe des recours juridictionnels contre les décisions de la CNIL, mais n'assistons-nous pas une nouvelle fois, comme dans d'autres matières, au déclin du juge au profit d'une autorité administrative indépendante ?* », ainsi s'interrogeait un avocat sur le renforcement du pouvoir de la CNIL. Cf. GOOSSENS Ph., « La CNIL veut aller plus loin et plus fort », *JCP*, 29 janv. 2018, n° 5, p. 1.

²⁴⁶³ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté. Fairvesta International GmbH e. a.*, *supra*.

²⁴⁶⁴ CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté. NC Numéricâble*, n° 3900023.

réciproques²⁴⁶⁵. Il en est de même lorsque des recommandations de bonnes pratiques émises par cette autorité se présentent comme des règles impératives²⁴⁶⁶.

1160. Les actes décisifs des autorités de régulation autrement désignés comme du droit souple se distinguent de la procédure décisionnelle classique présentée comme du droit dur en ceci que les premiers ont pour « *objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires, mais sans créer par eux-mêmes de droits ou d'obligations* »²⁴⁶⁷. Le conseil d'État estime toutefois que, s'agissant du délai, ce type de recours ne déroge pas au droit commun. Il doit en conséquence intervenir dans les deux mois qui suivent la publication de l'avis, du communiqué ou de la prise de position²⁴⁶⁸.

1161. L'admission d'un tel recours dénote tout l'intérêt et toute la place du respect des droits des entreprises aux yeux du juge. La présomption de souplesse de certaines mesures des autorités de régulation n'exclut donc plus le contrôle juridictionnel. Il suffit simplement que de telles mesures revêtent un caractère de dispositions générales et impératives ou qu'elles « *énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance* »²⁴⁶⁹.

2- Une protection des droits des entreprises renforcée par l'action en responsabilité contre les autorités de régulation

1162. L'idée que les autorités de régulation non dotées de personnalité morale puissent voir l'État se substituer à elles a été qualifiée de « *situation assez curieuse* »²⁴⁷⁰ en raison de leur indépendance vis-à-vis de ce dernier. Mais pour Yves Gaudemet, il n'y a rien de paradoxale dans le fait d'engager la responsabilité de celui-ci pour des fautes commises par ces autorités puisqu'à juste titre, elles agissent en son nom mais elles lui sont « *indépendantes* »²⁴⁷¹. La jurisprudence du Conseil d'État s'avère être constante sur ce sujet dès lors qu'elles agissent au nom de l'État même en lui étant indépendantes²⁴⁷². Pour celles qui sont dotées de personnalité

²⁴⁶⁵ CE, 20 juin 2016, *Fédération française des sociétés d'assurances*, n° 384297.

²⁴⁶⁶ *Ibid.*

²⁴⁶⁷ VON COESTER S., DAUMAS V., « Recours contre les actes non décisifs des autorités de régulation – Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de "droit souple" », *Droit administratif*, avr. 2016, n° 4, comm. 20, p. 8.

²⁴⁶⁸ CE, Ass., 13 juill. 2016, *M. C.*, n° 387763.

²⁴⁶⁹ C. E, Ass., 21 mars 2016, *Sté. Numericable*, n°390023, *supra* ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté. Fairvesta International GmbH e. a.*, *supra*.

²⁴⁷⁰ DELAUNAY B., « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *RDP*, 1^{er} mars 2014, n°2, p. 276.

²⁴⁷¹ *Ibid.*

²⁴⁷² CE, 26 juill. 2006, *M. A.*, n° 285247 ; CE, 30 nov. 2001, *Kechichian*, *supra*.

morale le problème ne se pose pas. Le principe selon lequel nul n'est responsable que de son propre fait s'applique avec effectivité. La spécificité des missions confiées aux autorités de régulation n'est pas de nature à affecter la pertinence dudit principe²⁴⁷³.

1163. Le partage du recours juridictionnel entre le juge judiciaire et le juge administratif dans le contrôle des actes des autorités de régulation, ne s'oppose pas à ce que, sur certaines questions, l'action pour responsabilité contre ces dites autorités soit exclusivement portée devant le juge administratif²⁴⁷⁴. Il en va ainsi d'une défaillance de la COB²⁴⁷⁵ ou d'une carence de la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance des établissements de crédits²⁴⁷⁶. Le Conseil a même pu estimer qu'une responsabilité sans faute peut être engagée lorsque l'intervention de l'autorité de régulation a engendré un préjudice anormal et spécial. Ce fut le cas du CSA pour avoir refusé de procéder à des modifications de spécifications techniques dont était assortie une autorisation d'utilisation de fréquence qui, « *quoique légale, avait engendré un préjudice anormal et spécial* »²⁴⁷⁷. Olivier Douvreur affirme à ce sujet « *que les autorités de régulation relèvent de la catégorie des autorités administratives indépendantes ou, comme c'est plus rarement le cas, de la catégorie des "autorités publiques indépendantes" -dotées à ce titre de la personnalité morale, à l'instar de l'AMF ou de l'ARAFER, leurs décisions ont toujours la nature d'actes administratifs relevant par conséquent du contentieux administratif* »²⁴⁷⁸. En vertu des articles L. 621-30 et R. 621-45 du Code monétaire et financier, le contrôle juridictionnel de certaines décisions de l'AMF relève tout simplement de la compétence de la juridiction administrative. Cette répartition se fait au cas par cas et s'avère être très souvent inévidente. Le Tribunal des conflits est souvent amené à statuer sur ces questions de compétence²⁴⁷⁹. C'est pourquoi le Sénat fustige, dans un de ses rapports, cette « *complexité* » voire même cette « *interférence* »²⁴⁸⁰ imputable à la diversité des juridictions de recours.

²⁴⁷³ CE, 8 sept. 2005, *Commission de contrôle des assurances*, avis n° 371.558.

²⁴⁷⁴ T. Confl., 2 mai 2011, *Sté. Europe Finance et Industrie*, n° 3766.

²⁴⁷⁵ CE, 22 juin 1984, *Sté. « Pierre et Cristal » e. a. supra*.

²⁴⁷⁶ CE, Ass., 30 nov. 2001, *Ministre de l'économie c./ Kechichian e. a., supra*.

²⁴⁷⁷ CE, 13 juin 2001, *M. Pierre X*, n° 211403.

²⁴⁷⁸ DOUVREUR O., « Les objectifs de la régulation et le contrôle du juge judiciaire », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 260.

²⁴⁷⁹ T. Confl., 22 juin 1992, *Diamantaires d'Anvers*, n° 02671 ; T. Confl., 26 avr. 2004, *Powernext*, n° C3379.

²⁴⁸⁰ GÉLARD P., *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport, préc., p. 117.

C- Marginalisation factuelle de la cour d'appel administrative dans le contrôle des autorités de régulation

1164. Même si dans le principe « *tous les tribunaux administratifs, sans exception, sont compétents pour appliquer le droit de la concurrence* »²⁴⁸¹, il n'en demeure pas moins que certaines juridictions interviennent beaucoup plus que d'autres. La CAA ne joue quasiment aucun rôle dans le contrôle juridictionnel des autorités de régulation. S'il ne tenait qu'à leur caractère administratif, cette juridiction aurait été le juge de contrôle par excellence avant même toute intervention de la Haute juridiction administrative. Cette marginalisation peut trouver son fondement dans deux considérations. D'un côté, ces OJNI, mi-tribunaux, sur-autorités administratives si on croit à certaines critiques, ne peuvent que très difficilement entrer dans le moule d'une juridiction strictement administrative à l'instar de la CAA. De l'autre côté, la compétence de contrôle directement attribué, dans certains cas, au Conseil d'État ne laisse que peu de marge pour le juge administratif d'appel. À ces deux considérations s'ajoute la compétence matérielle de la plupart de ces autorités. Celles d'entre elles qui traitent les questions de concurrence, le contrôle est attribué aux juridictions judiciaires. On pourrait aussi voir dans cette exclusion de la CAA une primauté de l'analyse économique sur le respect de la hiérarchie judiciaire classique. L'objectif du recours étant de redresser un mal jugé ou « *plus exactement un mal décidé* »²⁴⁸² puisque les autorités de régulation ne sont pas tout à fait des juridictions. Dans cette optique, la CAA ne joue aucun rôle alors que la cour d'appel de Paris quant à elle assume un rôle plus que central dans le contrôle juridictionnel des autorités de régulation.

Section II- L'admission de la légitimité matérielle du contrôle effectué par le juge judiciaire

1165. Bien qu'empiriquement établie, la répartition du contrôle juridictionnel des actes et décisions des autorités de régulation entre le juge judiciaire et le juge administratif n'en demeure pas moins « *un sujet délicat* »²⁴⁸³. Ceci découle de la particularité des domaines contrôlés. On a toujours du mal à définitivement trancher la question de savoir si le contrôle des actes relevant du droit de la concurrence appartient exclusivement à l'une ou à l'autre des juridictions. Benoît Delauney estime tout de même que cette répartition de compétences a

²⁴⁸¹ DELAUNEY B., *Droit public de la concurrence, op. cit.*, p. 271-272.

²⁴⁸² DOUVRELEUR O., « Les objectifs de la régulation et le contrôle du juge judiciaire », art. cit., p. 178.

²⁴⁸³ DELAUNEY B., *Droit de la concurrence, op. cit.*, p. 284.

atteint « *une certaine maturité* »²⁴⁸⁴. En réalité, malgré quelques grelottements ponctuels, les choses fonctionnent plutôt bien entre les autorités de régulation, le juge administratif et le juge judiciaire. Un trio plus complémentaire qu'antagoniste. Il en résulte que l'avenir de cette répartition se présente plutôt comme stable dans la mesure où, en dehors des cas où le législateur en décide expressément autrement, le contrôle des mesures disciplinaires relève du juge administratif pendant que celui des décisions touchant le domaine commercial relève du juge judiciaire²⁴⁸⁵.

1166. En 1987, le Conseil constitutionnel entérina la compétence du juge judiciaire en matière de contrôle des actes des autorités administratives indépendantes. Le transfert de compétence au juge judiciaire a dû faire l'objet d'un « *aménagement précis et limité* » et est justifié par « *les nécessités d'une bonne administration de la justice* »²⁴⁸⁶. Cette position du juge constitutionnel, bien que fondamentale, n'est pas si neutre que cela dans la mesure où elle entérine les réformes « libérales » de 1986. C'est en vertu de cela que Nicole Decoopman souligne que « *la question d'une éventuelle compétence des tribunaux judiciaires ne s'est pas réellement posée avant 1986* »²⁴⁸⁷. Cette particularité faisant relever le contrôle des autorités dénommées « administratives » par une juridiction judiciaire « *n'est pas jugé(e) contraire à la Constitution* »²⁴⁸⁸. Elle peut légitimement s'expliquer par le volet économique de leur compétence.

1167. Au sein de cette répartition de compétences, fondée sur la bonne administration de la justice, le juge judiciaire conserve une place de choix dans la mesure où toutes les questions relatives au droit de la concurrence, exception faite de celles portant sur les concentrations, relèvent de sa compétence. Tout comme celles relatives au contrôle des actes des autorités de régulation relevant du droit souple. À cet effet, la cour d'appel joue un rôle central. En sus de toutes ces considérations, la répartition ayant permis de faire échapper, quoique partiellement,

²⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 297.

²⁴⁸⁵ CE, 16 juin 2004, *Mutuelle générale des services publics*, n°235176 ; CE, 15 déc. 2006, *Corsica Ferries*, n°298618 ; Cons. conc., décis. n° 06-MC-03 du 11 déc. 2006, relative à des demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent (*Corsica ferries*), non-publiée au *BOCCRF*.

²⁴⁸⁶ Cons. const., décis. du 23 janv. 1987, relative à la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *supra*. Cf. COHEN-BRANCHE M., « La problématique de la répartition du contentieux entre les deux ordres, au travers de l'exemple de l'Autorité des Marchés financiers », *RFDA.*, n° 5/2010, p. 912 et s. ; RIBS J., « Le Conseil d'État et les marchés financiers », *LPA*, 1995, n° 118, p. 4 ; COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, thèse, Université Paris II, LGDJ, 2003, 233 et s.

²⁴⁸⁷ DECOOPMAN N., « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », in Centre universitaire de recherches sur l'action publique et le politique, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 213.

²⁴⁸⁸ DOUVRELEUR O., *Droits de la défense et pratique anticoncurrentielles en droit français*, op. cit., p. 177.

le contrôle des autorités de régulation du ressort du juge administratif, l'intrusion de l'économie dans le contrôle juridictionnel en constitue la justification déterminante (§1). Alors si la métamorphose du rôle du juge administratif et judiciaire au contact de l'économie, a fait couler beaucoup d'encre, tant de la part de la doctrine que de la jurisprudence, ne serait-il pas légitime de se demander si ce contrôle ne serait pas plus lisible avec une juridiction spécialisée dans la régulation économique (§2) ? En outre, son frottement avec la mondialisation économique n'exige-t-il pas qu'on s'intéresse au possible voire très probable rôle politique du juge (§3) ?

§1- La place centrale de la cour d'appel dans le contrôle juridictionnel de la régulation économique

1168. Le contrôle juridictionnel effectué par le juge judiciaire s'inscrit à l'inverse de ce qui se passe auprès du juge administratif puisqu'en l'occurrence la cour d'appel n'intervient pas « *en premier et dernier ressort* »²⁴⁸⁹. Le principe de double degré de juridiction est donc pleinement opérant dans le contrôle effectué par le juge judiciaire. La Cour de cassation se contente de vérifier la conformité des arrêts de la cour d'appel au droit. En cas de cassation, elle renvoie l'affaire à la cour autrement composée et remet les parties dans la situation antérieure à la décision de la juridiction d'appel.

1169. En matière de contrôle des décisions des autorités de régulation, le rôle de la cour d'appel est central pour deux raisons. D'une part, la grande partie du contrôle s'exerce sur les questions relatives au droit de la concurrence (A). D'autre part, relève de sa compétence le contrôle des recours intentés contre les décisions de règlements des différends des autorités disposant d'une telle compétence (B) à l'unique exception du CSA dont la totalité du recours relève de la compétence du Conseil d'État. Ce dernier se transforme en l'espèce en juge de pleine juridiction.

A- Une prédominance de la cour d'appel dictée par la nature économique des domaines régulés

1170. Le décret du 30 décembre 2005 liste huit tribunaux²⁴⁹⁰ compétents en matière de concurrence tout en indiquant que la cour d'appel de Paris, spécialement sa chambre 5-7 en

²⁴⁸⁹ RIFFAULT-SILK J., « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes : le rôle de la juridiction judiciaire », art. cit., p. 25.

²⁴⁹⁰ Il s'agit de Paris, Rennes, Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nancy et Fort-de-France.

charge de la régulation économique, est compétente en appel dans le domaine susvisé²⁴⁹¹. Le droit de la concurrence se révèle être le chantre d'une imbrication entre les deux ordres de juridiction. En effet, le contrôle de toutes les autres pratiques anticoncurrentielles relève de la compétence du juge judiciaire tandis que celui des concentrations demeure sous la compétence de la plus Haute juridiction administrative.

1171. L'imbrication naturelle que certains qualifient de « *proximité* »²⁴⁹² entre droit commercial, relevant tout en toute logique de la compétence du juge judiciaire, et droit de la concurrence, a pu justifier la prédominance de la cour d'appel pour le contrôle des décisions de l'ADLC. Cette prédominance découle de la répartition du contrôle entre juge judiciaire et administratif (**1**) mais elle est renforcée par le caractère transversal du contrôle juridictionnel effectué par la cour d'appel (**2**).

1- La prégnance du juge judiciaire comme conséquence de la répartition de compétence entre les deux ordres juridiques

1172. « *Le juge administratif a la volonté d'être présent sur le terrain du droit des entreprises. Mais a-t-il les moyens de cette ambition ? Est-il compétent dans les deux sens du terme ?* »²⁴⁹³. C'est en ces termes que Jacques-Henri Stahl s'interrogeait dans les conclusions de l'affaire *Millions et Marais*. La question de la capacité du juge administratif, juge de l'excès de pouvoir, à trancher les questions économiques est désormais récurrente²⁴⁹⁴. Quand bien même Laurent Richer, citant Christine Brechon-Moulènes, indique que la difficulté, s'il en était une, résulte du fait que « *le juge administratif, notamment de l'excès de pouvoir, saisit des actes et non des comportements, alors que le droit économique, notamment le droit de la concurrence, doit s'intéresser aux comportements* »²⁴⁹⁵. Le Conseil d'État s'est néanmoins servi, de manière régulière, d'un raisonnement économique pour appuyer des motifs juridiques²⁴⁹⁶. Cet effort du

²⁴⁹¹ Décret n° 2005-1756 du 30 déc. 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises, *JORF* n° 34 du 31 déc. 2005.

²⁴⁹² GUILLAUME E., COUDRAY L., « Le contentieux des décisions de règlement de différends des autorités de régulation devant le juge judiciaire », *RJEP*, nov. 2011, n° 691, étude 6, p. 2.

²⁴⁹³ RICHER L., « Le juge économiste ? », *AJDA*, 2000, n° 703, p. 1.

²⁴⁹⁴ Il est néanmoins plus prudent de ne pas nier à celui-ci tout rôle dans le contrôle des activités économiques.

²⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 2.

²⁴⁹⁶ Cass., com. 12 juin 1996, n° 115937 ; CE, 3^{ème} / 5^{ème} SSR, du 12 juin 1996, *Sté. Christ et Fils*, n°115937 ; CE, 22 nov. 1991, *Association des centres distributeurs Edouard-Leclerc*, n°70946 ; CE, 7 déc. 1992, *Syndicat du commerce moderne de l'équipement de la maison*, n° 134961 ; CE, 29 juill. 1994, *S.A. Coopérative d'achat mutualiste des instituteurs de France*, n° 130503. Cf. aussi BAZEX M., « L'analyse économique, nouvel instrument du contrôle juridictionnel des interventions économiques des personnes publiques », *LPA*, 04 avr. 1997, n° 41, p. 10.

juge administratif, bien que louable, n'a cependant pas suffi à lui donner l'exclusivité du contrôle des questions relevant de la concurrence. La doctrine justifie une telle « mise à l'écart », bien que non absolue, par le fait que le juge administratif « *s'attache aux motifs des actes, à leurs 'antécédents', alors que dans le droit économique, notamment de la concurrence, les effets sont primordiaux. Le juge administratif n'a pas les moyens d'enquêter, il ne peut appréhender pleinement les faits, comme en témoigne, par exemple, la faible importance pratique de la sanction du détournement de pouvoir* »²⁴⁹⁷. La solution doit provenir de la capacité du juge à se dépasser sans « *se transformer en économiste* »²⁴⁹⁸. Certains soulignent même que « *les magistrats se sont mis aux matières techniques et en particulier à la matière économique et financière, de la même façon qu'ils ont parfois dû apprendre l'anglais en méthode accélérée* »²⁴⁹⁹. Cette sorte de contrôle « prêt à porter », « clé à main » s'est avérée plus judicieuse quand il est effectué par le juge judiciaire.

1173. La nature économique de la régulation emporte ici sur la nature administrative de ces autorités d'où le rôle central joué à la fois par la cour d'appel et la Cour de cassation. C'est pour cela d'ailleurs que la multiplication des études intitulées « *regards croisés* »²⁵⁰⁰ sous la houlette de deux ordres de juridiction, restitue toute l'importance de la coordination du contrôle des autorités indépendantes de régulation. On transforme le juge judiciaire en juge administratif et on attribue au juge administratif une portion de contrôle jadis relevant du juge judiciaire. Ainsi, ce dernier intervient, comme l'indique Jacqueline Riffault-Silk, « *comme juge administratif au titre d'une compétence d'attribution spécifique qui déroge à la règle de séparation des autorités administratives et judiciaires* »²⁵⁰¹. Thomas Perroud n'hésite pas, au sujet de cette place prise par le juge judiciaire dans le contrôle des autorités de régulation, à parler d'une « *privatisation du contrôle de l'administration* »²⁵⁰². Privatisation peut-être, mais les autorités de régulation se sont révélées être des « administrations » pour le moins singulières.

²⁴⁹⁷ RICHER L., « Le juge économiste ? », art. cit., p. 2.

²⁴⁹⁸ *Ibid.*

²⁴⁹⁹ TREVIDIC M., « Les juges spécialisés. Pourquoi les juges spécialisés sont de plus en plus nécessaires », *Après demain*, juill. 2010 n° 15, p. 48-50, spéc. p. 49.

²⁵⁰⁰ Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de Cassation*, Colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, 13 déc. 2013, Broché, disponible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/la-sanction-regards-croises-du-conseil-d-etat-et-de-la-cour-de-cassation>. (Consulté le 08/07/2017) ; Conseil d'État, *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Colloque, préc.

²⁵⁰¹ RIFFAULT-SILK J., « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes : le rôle de la juridiction judiciaire », in DOMINGO M., DE CHARRETTE H. (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, op. cit., p. 23.

²⁵⁰² PERROUD Th., « La cour d'appel de Paris est-elle vraiment un juge administratif ? », *Droit administratif*, mai 2017, n° 5, étude 9, p. 2.

1174. La transversalité des autorités administratives exige sans doute, au-delà même de la bonne administration de la justice, une imbrication des deux ordres dans le but de rendre le contrôle à la fois exhaustif et effectif. Ce double contrôle, parfois concomitant, s'explique notamment par le « *souci d'unification de l'ensemble des contentieux spécifiques au domaine concerné* »²⁵⁰³. C'est-à-dire la régulation d'un secteur dont la technicité économique implique tout autant la compétence du juge judiciaire et du juge administratif²⁵⁰⁴. De son côté, le Conseil constitutionnel a pu relever que la distinction des autorités administratives et judiciaires n'a pas une assise constitutionnelle²⁵⁰⁵. Donc elle est de nature factuelle et répond à des besoins pratiques, organisationnelles et d'harmonie. Toutefois, le principe demeure que les AR relèvent par principe du contrôle du juge administratif dès lors que le « *caractère dérogatoire de la compétence du juge judiciaire* »²⁵⁰⁶ a été souligné.

1175. Étant amené à connaître d'un domaine qui, au départ, lui était étranger et relevait en conséquence de la compétence du juge administratif, le juge judiciaire se retrouve « *à la croisée du droit privé et du droit public* »²⁵⁰⁷. Étant tout à la fois juge d'annulation et de réformation, la cour d'appel se présente en juge de pleine juridiction puisqu'elle peut réévaluer le fond de la décision. Elle peut se prononcer sur les pratiques dont l'ADLC a été saisie²⁵⁰⁸. La Cour de cassation a pu estimer que la cour d'appel était tenue par ce pouvoir d'évocation ou de substitution²⁵⁰⁹. Elle peut toutefois renvoyer le dossier pour une nouvelle instruction à l'ADLC lorsqu'elle estime ne pas avoir les moyens ou le pouvoir de l'instruire. Elle conserve une compétence exclusive sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles. La procédure obéit aux dispositions du Code de commerce et à défaut, à celles du Code de procédure civile.

1176. « *L'attribution de compétence à la cour d'appel de Paris plutôt qu'au Conseil d'État présente l'avantage de faire bénéficier le justiciable non pas réellement d'un double degré de*

²⁵⁰³ RIFFAULT-SILK J., « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes : le rôle de la juridiction judiciaire », art. cit., p. 24.

²⁵⁰⁴ C'est d'ailleurs au nom de cette même technicité que le juge peut aussi, au-delà du recours à des expertises en vertu des articles R 621-1 et 623-1 et s. du Code de justice administrative, recourir à des *amicus curae*. Cf. CE, Section, 25 juin 2004, *Sté. Scoot France et Fonecta*, *supra* ; CE, 28 mars 2012, *Sté. Direct Energie e. a.*, n^{os} 330548.

²⁵⁰⁵ Cons. const., décis. du 23 janv. 1987, relative à la Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *supra*.

²⁵⁰⁶ RIFFAULT-SILK J., « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes : le rôle de la juridiction judiciaire », art. cit., p. 26.

²⁵⁰⁷ GUILLAUME E., COUDRAY. L., « Le contentieux des décisions de règlement de différends des autorités de régulation devant le juge judiciaire », art. cit., p. 1.

²⁵⁰⁸ CA Paris, 15 juin 1999, *Canal Plus*, *supra*.

²⁵⁰⁹ Cass. Com. 27 sept. 2005 *Béton prêt à l'emploi*, n^o 04-16.677.

juridiction puisque la Cour de cassation n'est juge que du droit, mais d'un double contrôle »²⁵¹⁰. En tout état de cause, l'analyse économique n'est plus si étrangère que cela pour le juge et même pour le juge administratif qui semble l'avoir intégré dans ses raisonnements. Il effectue en effet, « *un contrôle à bien des égards complet* »²⁵¹¹ de l'action économique des autorités de régulation et de l'Administration notamment sur les questions relatives au droit de la concurrence.

2- Transversalité du juge judiciaire dans le contrôle juridictionnel des autorités de régulation

1177. Si porter le recours juridictionnel contre les décisions de l'Autorité de la concurrence devant le juge judiciaire relève, à quelques minimes exceptions près, de la compétence juge judiciaire (a), tel n'est pas le cas pour d'autres autorités de régulation. Pourtant, le contrôle juridictionnel du juge judiciaire dans la régulation économique est si transversal que c'est quasiment naturellement que sa compétence s'est étendue à des autorités dont la compétence matérielle ne renvoie pas illico à son contrôle (b).

a- Logique contrôle juridictionnel des décisions de l'ADLC par le juge judiciaire

1178. Le législateur donne compétence au juge judiciaire pour examiner le recours intenté contre les décisions de l'ADLC en vertu des articles L. 464-8 et L. 464-9 du Code de commerce²⁵¹². L'alinéa 1 de l'article L. 464-8 liste un certain nombre de décisions dont le recours en annulation ou en réformation doit être porté devant la cour d'appel de Paris. Ces décisions peuvent porter sur l'irrecevabilité de la saisine²⁵¹³, les mesures et sanctions nécessaires pour mettre fin à une pratique anticoncurrentielles²⁵¹⁴, y compris les sanctions pécuniaires²⁵¹⁵. Les décisions prises en vertu de la procédure simplifiée, à la condition que la sanction pécuniaire ne puisse excéder 750 000 euros pour chacun des auteurs des pratiques

²⁵¹⁰ DECOOPMAN N., « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 215.

²⁵¹¹ CE, sect. du contentieux, 9 avr. 1999, *The Coca-Cola Company*, n°201853 ; CE, sect. du contentieux, 6 oct. 2000, *Sté. Pernod-Ricard*, n°216645 ; CE, 13 févr. 2006, *Sté. Fiducial informatique et Fiducial expertise*, n°27980 ; SAUVE J.-M., « Pouvoir publics et concurrence », *Entretiens du Conseil d'État en droit public économique*, 7 mai 2010, p. 4.

²⁵¹² L. 464-8 al. 1 dispose que les décisions de l'ADLC « *sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'économie, qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris* ». L'article L. 464-8-1 rajoute que les décisions du rapporteur général de l'ADLC « *de refuser la protection du secret des affaires ou de lever la protection accordée peuvent faire l'objet d'un recours en réformation ou en annulation devant le premier président de la cour d'appel de Paris ou son délégué* ».

²⁵¹³ Sur le fondement de l'article L. 462-8 du Code de commerce,

²⁵¹⁴ En vertu de l'article L. 464-2 ces mesures vont de la mise en demeure aux sanctions pécuniaires en passant des astreintes ou des injonctions.

²⁵¹⁵ L. 464-3 que « *si les mesures, injonctions ou engagements prévus aux articles L. 464-1 et L. 464-2 ne sont pas respectés, l'Autorité peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2* ».

prohibées²⁵¹⁶. La majoration des sanctions pécuniaires dans la limite de 10 % de leur montant, mise à la charge de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée et destinée à financer l'aide aux victimes²⁵¹⁷. La décision par laquelle l'ADLC décide, après consultation du dossier par l'auteur de la saisine et le Commissaire du Gouvernement, de ne pas poursuivre la procédure, est également susceptible de recours auprès de la cour d'appel dans les mêmes conditions²⁵¹⁸. Les pratiques anticoncurrentielles ne visent pas des contrats conclus en vertu du Code des marchés publics, l'ADLC peut décider de ne pas poursuivre la procédure si le marché affecté par ces pratiques ne dépasse pas, selon les cas, 10 ou 15 % dès lors que les entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause²⁵¹⁹. Une telle décision est également insusceptible de recours selon les mêmes conditions. Tout comme les décisions par lesquelles elle décide d'adresser un rapport sur les atteintes à la concurrence dans certains territoires géographiques détachés de la métropole²⁵²⁰.

1179. Le juge constitutionnel reste tout de même très attentif à la légalité et à la proportionnalité des sanctions pécuniaires infligées par les AR. Lorsque ces dernières sont dotées de prérogatives d'infliger de telles sanctions, elles ne peuvent y recourir qu'à l'unique condition que soit préservé l'exercice des voies de recours devant le juge compétent²⁵²¹. Le Conseil constitutionnel a estimé que dès lors que les AR exercent des prérogatives relevant de la puissance publique et dans une certaine mesure du juge, une telle prérogative ne peut en conséquence être valable qu'à la condition d'avoir « *une portée limitée tant par le champ*

²⁵¹⁶ Sur le fondement de l'article L. 464-5 en vertu de la procédure simplifiée telle qu'elle est prévue par l'article L. 463-3 du Code de commerce.

²⁵¹⁷ Conformément à l'article L. 464-5-1 du Code de commerce.

²⁵¹⁸ En vertu de l'article L. 464-6 du Code de commerce.

²⁵¹⁹ Conformément à l'article L. 464-6-1 du Code de commerce.

²⁵²⁰ L'article L. 752. 27 du Code de commerce dispose que « Dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Wallis-et-Futuna et de Saint-Pierre-et-Miquelon, en cas d'existence d'une position dominante, détenue par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail, l'Autorité de la concurrence peut, eu égard aux contraintes particulières de ces territoires découlant notamment de leurs caractéristiques géographiques et économiques, adresser un rapport motivé à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause pour mettre fin à une concentration excessive portant atteinte à la concurrence ou des prix ou marges élevés au-delà de la moyenne habituelle dans une telle zone géographique.

²⁵²¹ Cons. const., décis. du 17 janv. 1989, relative à la loi modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *supra* ; RENOUX Th., « Le droit au recours juridictionnel », *JCP*, 1993, n° 7, I, 3675 ; MODERNE F., ROBERT J., « Les sanctions prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel », *LPA*, 17 janv. 1990, n° 8 ; GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 215. MODERNE F., « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : leçons du droit comparé », in *Mélanges Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, VII-707 p., spéc. p. 411 ; DOUVRELEUR O., *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, *op. cit.*, p. 175.

d'application que par le contenu, sauf à être déclaré non conforme à la Constitution »²⁵²². Détenir de telles compétences exige en conséquence un contrôle strict du juge et les autorités de régulation sont tenues d'agir dans la limite des compétences à elles dévolues par le législateur.

1180. Le recours n'est cependant suspensif qu'à la condition qu'il soit ordonné par le premier président de la cour d'appel de Paris et que la décision concernée soit susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité. En définitive, relèvent du contrôle de la cour d'appel les décisions relatives aux comportements anticoncurrentiels, les pouvoirs répressifs des autorités de régulation ainsi que les mesures conservatoires²⁵²³. Il en est de même du recours portant sur les visites domiciliaires, les sursis à exécution de la Commission des sanctions de l'AMF notamment²⁵²⁴. Il résulte également de la combinaison des articles R. 621-44 et R. 621-46 du Code monétaire et financier que les demandes de sursis à exécution sont portées devant la cour d'appel de Paris. Elles doivent être présentées dans le même délai que celui prévu pour le recours. Pour la personne sanctionnée, ce délai est de deux mois à compter de la notification de la décision contestée²⁵²⁵.

b- Elargissement de la compétence de la cour d'appel aux autres autorités de régulation

1181. Au-delà de sa compétence exclusive dans le contrôle des décisions de l'ADLC, hormis celles relatives aux concentrations, la cour d'appel bénéficie d'une extension pour contrôler les décisions des autres autorités de régulation. Il en est ainsi de la CRE²⁵²⁶, de l'ARCEP²⁵²⁷, de

²⁵²² Cons. const., décis. du 17 janv. 1989, relative à la loi modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *supra*.

²⁵²³ La Chambre 5-7 de la cour d'appel est compétente pour connaître des recours contre les décisions et mesures conservatoires de l'ADLC, de l'AMF, de la CRE, de l'ARCEP, de l'ARAFER ainsi que celles de l'Autorité de distribution de la presse (ARDP).

²⁵²⁴ La Chambre 5-15 de la cour d'appel demeure compétente pour tout ce qui concerne les contestations des visites et saisies des Autorités administratives indépendantes (AMF, ADLC notamment), ainsi que le sursis à exécution des décisions de la commission des sanctions de l'AMF ou le secret des affaires

²⁵²⁵ CA Paris, 24 avr. 2007, *Sté. X et Y*, n° 07/03266.

²⁵²⁶ L'article L. 134-24 du Code de l'énergie dispose que « les recours contre les décisions et mesures conservatoires prises par le comité de règlement des différends et des sanctions en application de la présente section sont de la compétence de la cour d'appel de Paris ».

²⁵²⁷ L'article L. 36-8-IV du Code des postes et des communications électroniques indique que « les recours contre les décisions et mesures conservatoires prises par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application du présent article sont de la compétence de la cour d'appel de Paris ».

l'ARAER²⁵²⁸, de l'AMF²⁵²⁹ ainsi que la HADOPI²⁵³⁰. Comme l'ADLC s'occupe naturellement des questions de concurrence, et donc du commerce, le juge judiciaire se trouve mieux placé pour en connaître le recours. Alors que la liberté d'information étant intimement liée aux libertés publiques, le juge administratif s'est révélé être le mieux indiqué pour en connaître le recours. En d'autres termes, la répartition de compétence « *suit la distinction entre sanction du droit objectif, pour lequel le juge administratif est compétent, et des droits subjectifs, pour lesquels le juge judiciaire est compétent—même si cette logique a pour exception la compétence du Conseil d'État s'agissant du pouvoir de règlement des différends du CSA et l'attribution totale du contentieux de l'Autorité de la concurrence au juge judiciaire* »²⁵³¹. Il faut tout de même nuancer ce caractère « *total* » du contrôle qu'exerce le juge judiciaire sur les décisions de l'ADLC dans la mesure où le Conseil d'État a « *le monopole du contrôle juridictionnel des concentrations* »²⁵³². Ce monopole est notamment dû au fait que le contrôle des concentrations implique, beaucoup plus que d'autres aspects de la régulation de la concurrence, une intervention de la puissance publique. Il n'est pas dénié d'intérêt de rappeler que cette compétence fut l'une des dernières à échapper, sur intervention de la Loi dite LME²⁵³³, à la compétence du ministre de l'économie, qui y dispose d'ailleurs toujours du pouvoir d'évocation²⁵³⁴. Il reste qu'en dépit de ces spécificités, le contrôle demeure très imbriqué.

B- L'imbrication du contrôle juridictionnel entre le juge judiciaire et le juge administratif

1182. Nonobstant les attributions exclusives à chacune des ordres de juridictions, il n'en reste pas moins que le recours contre les décisions des autorités de régulation demeure une procédure

²⁵²⁸ Article L. 2134-3-II du Code des transports : « *Les décisions prises par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières au titre de l'article L. 2134-2 sont susceptibles de recours en annulation ou en réformation dans un délai d'un mois à compter de leur notification. Un recours incident peut être formé alors même que son auteur serait forcloso pour agir à titre principal. Ces recours relèvent de la compétence de la cour d'appel de Paris et ne sont pas suspensifs* ».

²⁵²⁹ L'article L. 621-30 dispose que « *l'examen des recours formés contre les décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers autres que celles, y compris les sanctions prononcées à leur encontre, relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 est de la compétence du juge judiciaire* ».

²⁵³⁰ Qu'il s'agisse de la décision de conciliation ou celle portant injonction ou rejet, une demande, au besoin sous astreinte, « *ces décisions ainsi que le procès-verbal de conciliation sont rendus publics dans le respect des secrets protégés par la loi. Elles sont notifiées aux parties qui peuvent introduire un recours devant la cour d'appel de Paris* ». Cf. L'article L331-35 al. 1 à 3 du Code de la propriété intellectuelle.

²⁵³¹ RAMBAUD R., *L'institution juridique de la régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 730.

²⁵³² FOISSIER Th., « *Le contrôle de la régulation économique par la cour d'appel de Paris : droits de la défense et sanctions* », art. cit., p. 1.

²⁵³³ Loi du 4 août 2008, portant de modernisation de l'économie (préc.) et transformant au passage le Conseil en Autorité de concurrence.

²⁵³⁴ Conformément à l'article L. 430-8 du Code de commerce.

profondément imbriquée. En dépit d'une présence foncière du juge administratif, le juge judiciaire détient une compétence transversale touchant la presque totalité des autorités de régulation (1). Il n'en demeure pas moins que le Conseil d'État détient à l'égard de certaines autorités, la compétence sur le règlement des différends traditionnellement attribués au juge judiciaire (2). Faudrait-il en outre noter, et ce, que l'on soit devant le juge judiciaire ou le juge administratif, ou que l'on soit devant une procédure considérée comme *soft* ou obéissant à la procédure classique, que le respect du principe du contradictoire demeure le dénominateur commun d'un recours juridictionnel à la fois complexe et enchevêtré (3).

1 - La compétence quasi exclusive du juge judiciaire en matière de règlement des différends

1183. Bien que moins souvent traité par la doctrine, contrairement au pouvoir de sanction, le règlement des différends, demeure pour certains « *l'un des instruments les plus caractéristiques* »²⁵³⁵ de la régulation économique. Il se présente comme « *un instrument moteur* »²⁵³⁶ de l'ouverture de certains secteurs à la concurrence. Le principe a toujours voulu que le recours en réformation ou en annulation de tous les actes pris en vertu de la prérogative de la puissance publique soit porté auprès du juge administratif. Mais avec l'apparition des autorités de régulation, ce principe cède, quoique partiellement, au profit de la « *bonne administration de la justice* »²⁵³⁷, plaçant ainsi le juge judiciaire dans une position transversale. Jean-Louis Autin qualifie cette répartition de « *curieux Yalta* »²⁵³⁸. La cour d'appel est ainsi compétente pour les recours contre les décisions de règlements des différends alors que le Conseil d'État examine le recours contre les décisions de sanctions issues d'un règlement des différends. Toutes les autorités de régulation ne sont pas dotées d'un pouvoir de règlement des différends. Cette compétence demeure une prérogative de celles qui sont « *en charge de l'accès des opérateurs à une infrastructure essentielle, tel un réseau de transports, comme en matière de communications électroniques ou d'énergie* »²⁵³⁹. Le règlement des différends semble être un corollaire de la démonopolisation des infrastructures essentielles. C'est pourquoi, dès son apparition, cette procédure fut instituée dans les domaines de la communication électronique, de l'énergie ou du transport ferroviaire. C'est ce qui justifie sans doute son absence parmi les prérogatives de l'ADLC. C'est d'ailleurs la caractéristique commune des autorités dotées de ce

²⁵³⁵ LE BIHAN-GRAF C., CREUX E., « Le règlement des différends, instrument moteur de la régulation Sectorielle », Environnement - Infrastructures n° 6, juin 2016, étude 13, p. 9.

²⁵³⁶ *Ibid.*, p. 9.

²⁵³⁷ AUTIN J.-L., « Autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 51.

²⁵³⁸ *Ibid.*

²⁵³⁹ GÉLARD P., *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport, préc., p. 120.

pouvoir dont l'objectif est celui d'assurer, avec plus ou moins de flexibilité, l'entière ouverture à la concurrence et ainsi éviter l'abus des opérateurs historique de leur facilité essentielle.

1184. Le juge judiciaire conserve la presque totalité du contrôle juridictionnel des recours exercés contre les règlements des différends. Il en est ainsi du domaine des télécommunications (a), de l'énergie (b), de la régulation ferroviaire et routière (c). À ces domaines s'ajoutent l'action des tiers intéressés (d). L'ensemble de ces actions est couronné par l'ultime recours porté devant la Cour de cassation (e).

a- Les télécommunications

1185. L'ARCEP s'est vu très tôt doter de la compétence de règlement des différends. La procédure est posée par l'article L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques qui dispose qu'en cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques, l'ARCEP peut être saisie du différend par l'une des parties. L'accès aux infrastructures essentielles de la télécommunication justifie amplement un tel choix tant pour l'extension à la dimension tarifaire que pour les négociations portant sur des accords litigieux entre opérateurs régulés²⁵⁴⁰. En principe, le statut d'opérateur suffit pour se prévaloir de la procédure, mais l'ARCEP a pu le limiter aux seuls opérateurs ayant pour objet la fourniture de la communication électronique au public. Ces derniers en bénéficient du fait de l'interconnexion qui y est liée²⁵⁴¹. Le simple refus de l'accès suffit à déterminer la compétence de l'ARCEP²⁵⁴². « *Ce mécanisme quasi juridictionnel relève ainsi du domaine de la régulation ex post, aux côtés du pouvoir de sanction (...) Il s'agit en effet pour le régulateur d'apporter une solution à une situation de blocage, relativement à des sujets circonscrits et cruciaux pour le secteur, à l'image de l'interconnexion et de l'accès* »²⁵⁴³. En vertu du IV de ce même article, le recours contre ces décisions est porté devant la cour d'appel de Paris. Même si cette dernière peut rendre un sursis à exécution lorsque la décision de l'Autorité est susceptible d'avoir des conséquences manifestement excessives ou

²⁵⁴⁰ ART, décis. n° 2000-974 du 20 sept. 2000, *se prononçant sur un différend entre Bouygues Télécom et France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic international à destination du réseau radioélectrique de France Télécom*, JORF n° 253 du 31 oct. 2000.

²⁵⁴¹ ARCEP, décis. n° 06-1015 du 10 oct. 2006, *se prononçant sur un différend opposant les sociétés 118 218 Le Numéro et Orange*, non-publiée au JORF.

²⁵⁴² ARCEP, décis. n° 06-0406 du 4 avr. 2006, *se prononçant sur un différend opposant la société Afone et la Société Française du Radiotéléphone (SFR)*, non-publiée au JORF.

²⁵⁴³ ISNARD N., « Contentieux de la régulation des communications électroniques. Pouvoir de règlement des différends », art. cit., p. 1.

en cas d'intervention de faits nouveaux, le recours n'est pas suspensif²⁵⁴⁴. Il est néanmoins utile de préciser qu'une demande tendant à la suspension d'une décision d'une autorité de régulation de ne pas faire suite à une demande de règlement des différends est irrecevable dès lors qu'il n'existe aucune mesure d'exécution dans une telle décision²⁵⁴⁵.

1186. « *Bien que la décision rendue dans ce cadre soit une décision de nature administrative, le législateur a néanmoins choisi d'aménager le dualisme juridictionnel pour ce cas spécifique* »²⁵⁴⁶. C'est la conséquence de la répartition et donc de l'imbrication des compétences judiciaires en matière de contrôle juridictionnel des décisions des autorités de régulation. Pour le Sénat, « *c'est par le biais du règlement des différends que l'Autorité indépendante peut palier une insuffisance de pouvoirs par ailleurs, ou bien interférer dans ce qui est l'instrument juridique ordinaire d'un système libéral, à savoir les contrats, Enfin, on peut mettre fin à un différend autrement qu'en le tranchant, ce qui permet la voie d'aggravation du rapport entre les parties, mais en cherchant à les concilier* »²⁵⁴⁷.

1187. Le procédé de règlement des différends demeure certes une procédure *soft* dans la mesure où il s'agit de concilier amiablement des acteurs régulés. Il n'en reste pas moins qu'il est soumis au principe du contradictoire et peut faire l'objet d'un recours auprès de la cour d'appel de Paris et même, le cas échéant, faire l'objet d'une cassation. C'est ainsi que la cour d'appel a pu estimer que le principe du contradictoire n'est pas suffisamment respecté lorsque l'autre partie n'a eu accès à la transmission d'observations relatives à des questions de concurrence faites par l'ADLC seulement à la veille de la décision de l'ARCEP²⁵⁴⁸. Cependant, même si cela paraît critiquable, des observations orales peuvent valoir respect du principe du contradictoire²⁵⁴⁹. La jurisprudence estime tout de même qu'au nom de l'effectivité du contradictoire, elle peut admettre un complément d'informations écrites²⁵⁵⁰. La jurisprudence semble donc être plus attentive à l'effectivité de ce principe en matière de règlement des

²⁵⁴⁴ CA Paris, 3 févr. 2011, *Sté. Numéricable*, n° 2010/24436.

²⁵⁴⁵ ART, décis. n° 98-506 du 24 juin 1998, *Copper Communications et France Télécom*, JORF n° 208 du 9 sept. 1998.

²⁵⁴⁶ ISNARD N., « Contentieux de la régulation des communications électroniques. Pouvoir de règlement des différends », art. cit., p. 1.

²⁵⁴⁷ GÉLARD P. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport, préc., p. 123.

²⁵⁴⁸ CA Paris, 6 avr. 2004, *France Télécom c./ Iliad*, n° 2003/18407.

²⁵⁴⁹ CA Paris, 27 juin 2000, *France Télécom c./ Télécom Développement*, *supra*.

²⁵⁵⁰ CA Paris, 30 mai 2006, *EDF et RTE c./ Cie du Vent*, n° 2005/21057 ; CA Paris, 29 sept. 2011, *ERDF c./ Direct Énergie*, n° 2010/24020.

différents que dans d'autres cas. Il s'avère que, concernant l'ADLC, les documents et les communications non visés à la déclaration du recours ne peuvent être pris en considération²⁵⁵¹.

b- L'énergie

1188. Pour sa part, la CRE demeure l'autorité de règlement des différends par excellence. L'institution d'un comité spécialement compétent dans le règlement des différends dénote toute la place occupée par celui dans la régulation des acteurs de l'énergie. Le fait que le CoRDIS puisse faire des observations auprès de la Cour de cassation n'est pas contraire au respect des principes relatifs au procès équitable²⁵⁵² dès lors que celles-ci proviennent « *sans ambiguïté de ce Comité qui fait partie de la CRE et non pas du collègue* »²⁵⁵³.

c- La régulation transport ferroviaire et routière

1189. En ce qui concerne l'ARAFER, le principe est posé par l'article L. 1263-2 du Code de l'énergie et concerne notamment la discrimination relative au contenu du document de référence du réseau (DRR). Il concerne également l'accès au réseau et la mise en œuvre des redevances d'infrastructure à acquitter pour l'utilisation du réseau en application du système de tarification ferroviaire. Ce principe couvre en outre l'accès aux installations de service, y compris la fourniture et la mise en œuvre de la tarification des services de base fournis dans ces installations et des prestations complémentaires ou connexes²⁵⁵⁴.

d- L'action des tiers intéressés

1190. Les tiers qui ont intérêt à agir peuvent également intervenir auprès de la cour d'appel²⁵⁵⁵. C'est au nom de cet intérêt à agir que, en 2016, la société *Beaugrenelle Patrimoine* saisissait le Conseil d'État d'un recours pour excès de pouvoir de l'ADLC à la suite de son autorisation d'une prise de contrôle exclusif de *Darty* par la *Fnac* au motif que celle-ci comporte l'engagement de l'entité issue de l'opération de concentration de céder le magasin *Fnac*

²⁵⁵¹ CA Paris, 4 mai 2004, *Sté. Honda Motor e. a.*, n° 2003/14830.

²⁵⁵² CA Paris, 29 sept. 2011, *ERDF c./ Direct Énergie, supra* ; CA Paris, 6 avr. 2004, *SA France Télécom c./ Iliad., supra*.

²⁵⁵³ CA Paris, 29 sept. 2011, *ERDF c./ Direct Énergie, supra*.

²⁵⁵⁴ Sur le fondement de l'article L. 1263-2 du Code de l'énergie tel qu'il résulte de l'article 14 de la Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, *JORF* n° 0147 du 28 juin 2018 et de l'article 1 de l'Ordonnance n° 2018-1135 du 12 déc. 2018, portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs, *JORF* n° 0288 du 13 déc. 2018.

²⁵⁵⁵ CA Paris, 7 déc. 2004, *Mobius c./ France Télécom*, n° 2004/10272, CA Paris, 26 mai 2009, *Neuf Cegetel c./ France Télécom*, n° 2008/16665.

Beaugrenelle lequel est exploité sous l'enseigne de la Fnac²⁵⁵⁶. Le Conseil d'État rejette tout de même le pourvoi dans la mesure où la société *Beaugrenelle Patrimoine*, qui est le bailleur du magasin *Fnac Beaugrenelle*, n'exerce son activité sur aucun des marchés concernés par l'opération de concentration entre les sociétés *Fnac* et *Darty*. Dès lors, la société *Beaugrenelle Patrimoine* ne justifie pas, en sa qualité de bailleur, d'un intérêt à agir pour attaquer la décision de l'ADLC, le pourvoi ne peut être que rejeté²⁵⁵⁷. Encore faudrait-il préciser que la procédure de règlement des différends demeure « facultative » dans la mesure où elle laisse « toute la latitude aux parties pour se tourner vers les juridictions civiles ou commerciales »²⁵⁵⁸. Mais la technicité des demandes ainsi que le gain de temps par rapport à la procédure judiciaire font que les acteurs régulés ont un intérêt singulier à y faire recours.

e- L'ultime recours à la Cour de cassation

1191. A chaque fois que la cour d'appel est appelée à trancher un litige, qu'il s'agisse de ses compétences en matière de concurrence ou celles touchant au règlement des différends, le recours ultime s'opère auprès de la Cour de cassation. Le pourvoi en cassation formé le cas échéant contre l'arrêt de la cour d'appel est intenté dans le délai d'un mois suivant la notification de cet arrêt.

2- La compétence du Conseil d'État élargie à certains domaines mais limitée à certaines autorités en matière de règlement des différends

1192. En dépit des effets d'une répartition impliquant fortement le juge judiciaire, le juge administratif conserve une réserve de compétence, y compris dans le cadre du règlement des différends **(a)**. Cependant, même si le Conseil d'État détient une telle réserve concernant notamment le CSA, il n'en reste pas moins que ce dernier fait l'objet d'une singularité dans la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction **(b)**. Aussi, esquissera-t-on d'autres autorités dont le recours contre les décisions est porté devant le Conseil d'État **(c)**.

a- Quelques réserves de compétence du Conseil d'État

1193. L'article R. 311-1 du Code de justice administrative liste toutes les autorités de régulation dont le contrôle relève de la compétence du Conseil d'État. Près d'une quinzaine au

²⁵⁵⁶ ADLC, déc. n° 16-DCC-111 du 27 juill. 2016, relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac, non-publiée au *BOCCRF*.

²⁵⁵⁷ CE, 4 avr. 2018, *Beaugrenelle Patrimoine*, n° 405343.

²⁵⁵⁸ ISNARD N., « Contentieux de la régulation des communications électroniques. Pouvoir de règlement des différends », art. cit., p. 2.

total²⁵⁵⁹. Pour l'intégralité de ces autorités, le Conseil connaît, en premier et dernier ressort, les recours qui lui sont légalement attribués²⁵⁶⁰. Il se transforme à cet effet en juridiction de fond dans la mesure où le recours est de pleine juridiction. C'est-à-dire que dans ces conditions, le Conseil joue non pas le rôle du juge de cassation mais celui du juge unique et de fond.

1194. Le Conseil d'État fait valoir sa réserve de compétence, selon la question faisant l'objet de recours, dans le contrôle de l'ARCEP (a-1), de l'ADLC (a-2), de l'AMF (a-3), de l'ARAFER (a-4), de la CRE (a-5) et de la CNIL (a-6).

a-1- Le Conseil d'État juge des référés et de fond de l'ARCEP

1195. Les décisions de l'ARCEP peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction ou d'une demande de suspension de ses décisions devant le Conseil d'État sur le double fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, du V de l'article L. 5-3 et du VI de l'article. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques, y compris pour le référé prévu par l'article L. 521-1 du même code. Ce dernier indique que quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision²⁵⁶¹.

a-2- Prédominance du Conseil d'État dans le contrôle de l'AMF

1196. Le recours contre les décisions de l'AMF auprès du Conseil d'État est prévu par les dispositions de l'article L. 612-16 du Code monétaire et financier qui dispose en son III que les décisions prononcées par la commission des sanctions peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État. Il en est de même du recours contre les décisions de sanction prises par l'AMF à l'encontre des prestataires de service d'investissement agréés en vertu de l'article 71 de la Loi du 2 juillet 1996²⁵⁶². Il résulte toutefois des dispositions des articles L. 621-30 et R. 621-45 du Code monétaire et financier que les recours contre les

²⁵⁵⁹ L'AFAD, l'ACPR, l'ADLC, l'AMF, l'ARCEP, l'ARJEL, l'ARAFER, l'ASN, la CRE, le CSA, la CNIL, la HATVP et la Commission nationale de contrôle des inspections de sécurité (CNCIS).

²⁵⁶⁰ L'article 42-8 de Loi de 86 dispose que « *Les éditeurs et les distributeurs de services de communication audiovisuelle peuvent former un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État contre les décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel prises en application des articles 17-1, 42-1, 42-3 et 42-4* ».

²⁵⁶¹ L'alinéa 2 de cet article rajoute que lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision.

²⁵⁶² Loi n° 96-597 du 2 juill. 1996 de modernisation des activités financières.

décisions de sanctions frappant les prestataires de services d'investissement qui ne sont pas agréés en France sont portés devant la cour d'appel de Paris²⁵⁶³. Aussi, l'article L. 621-30 du Code monétaire et financier précise que les décisions relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 relève de la compétence du juge judiciaire²⁵⁶⁴. Le Conseil d'État veille notamment au respect de l'indispensable principe des délits et des peines. Il est de jurisprudence constante qu'il y veille même s'il ne s'oppose pas à ce que la Commission des sanctions puisse sanctionner des manquements aux règlements communautaires et à ceux auxquels l'AMF a souscrit²⁵⁶⁵. L'alinéa 3 de l'article L. 623-3 du même code donne également compétence au Conseil qui agit en pleine juridiction pour connaître les recours contre les décisions prises par la COB.

a-3- Compétence du Conseil d'État sur le contrôle des concentrations relatives aux décisions de l'ADLC

1197. Les recours contre les décisions prises par l'ADLC, sur le fondement du Titre III contenant les dispositions des articles L. 430-1 à L. 430-10, ainsi que les dispositions contenues dans les articles R. 430-2 à R. 430-10 du Code de commerce portant sur les concentrations économiques, sont portés devant le Conseil d'État. Dans cette répartition de compétences, le critère organique semble avoir prévalu en matière de contrôle de concentration puisque cette prérogative échappe au juge judiciaire. En dehors de ce cas, le juge judiciaire demeure largement compétent pour contrôler les décisions de l'ADLC. Aussi, en cas de mise en œuvre du pouvoir d'évocation par le ministre de l'économie, conformément à l'article L. 430-8, le recours contre une telle décision est porté auprès du Conseil d'État.

a-4- Le contrôle de l'ARAFER : compétence du juge administratif sauf pour le règlement des différends

1198. Le recours contre les décisions de l'ARAFER, en dehors de celles qui portent sur le règlement des différends, relevant du juge judiciaire, est porté devant Conseil d'État. Ce dernier a ainsi validé, en 2016, deux décisions de l'ARAFER à travers lesquelles le régulateur estimait que les liaisons par autocar déclarées par FlixBus entre Limoges et Brive-la-Gaillarde et entre Niort et Poitiers ne portaient pas une atteinte substantielle à l'équilibre économique des lignes

²⁵⁶³ CA Paris, 26 nov. 2008, *Sté. X*, n° 07/14613.

²⁵⁶⁴ Selon le 21° dudit article le contrôle des décisions concernant les personnes physiques placées agissant pour leur compte relève de la compétence du juge judiciaire.

²⁵⁶⁵ Cf. CE, 28 mars 2011, n° 319327 ; CE, 12 juin 2013, *Sté. Générale*, n° 349185, n° 350064, n° 359245 et n° 359477 ; CE, 29 oct. 2013, *SAS EIM France*, n° 356108 ; CE, 25 févr. 2015, *Sté. Générale*, n° 372613 ; CE, 27 juill. 2016, *M. N...C*, n° 381019.

TER en Région Nouvelle Aquitaine et, par conséquent, ne justifiaient pas des mesures d'interdiction²⁵⁶⁶.

a-5- Le recours contre les décisions de la CRE

1199. L'article 40 de la Loi du 10 février 2000 portant modernisation du secteur public de l'électricité²⁵⁶⁷, tel qu'il résulte des modifications apportées par la Loi du 7 décembre 2010²⁵⁶⁸ et par l'Ordonnance du 9 mai 2011²⁵⁶⁹, pose les modalités en vertu desquelles le recours contre les décisions de sanction prises par la CRE est porté devant le Conseil d'État. Le § 7 de l'alinéa 3 de cet article indique que les décisions sont motivées, notifiées à l'intéressé et publiées au Journal officiel de la République française. Elles peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction et d'une demande de sursis à exécution devant le Conseil d'État. À noter que lorsqu'elles concernent des sanctions pécuniaires, les demandes de sursis ont un caractère suspensif.

a-6- La Commission nationale informatique et libertés

1200. À l'instar des autorités de régulation susmentionnées, le recours contre les décisions de la CNIL sont portés devant le Conseil d'État qui statue en premier et en dernier ressort. Le Conseil a ainsi pu estimer que le fait de prononcer simultanément un avertissement et une mise en demeure pour des faits postérieurs à l'avertissement ne constitue pas une irrégularité procédurale²⁵⁷⁰. Il arrive rarement que le juge annule les décisions des autorités pour irrégularité de la procédure même s'il y reste tout de même très attentif. C'est ainsi qu'il a annulé une décision de la CNIL au motif que la procédure est irrégulière dans la mesure où le responsable des locaux n'a pas été informé de son droit d'opposition à la visite²⁵⁷¹. En revanche, ce droit n'est pas recevable lorsqu'un tel responsable a signé un procès-verbal contenant une mention manuscrite de son accord, même s'il allègue le contraire²⁵⁷².

²⁵⁶⁶ Cf. ARAFER, n° 2016-019 du 17 févr. 2016, *relatif au projet de décision de la Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes de limitation du service déclaré par la société FlixBus France sur la liaison entre Limoges et Brive-la-Gaillarde*, non-publié au JORF.

ARAFER, avis n° 2016-023 du 8 mars 2016, *relatif au projet de décision de la Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes d'interdiction du service déclaré par la société FlixBus France sur la liaison entre Niort et Poitiers*, non-publié au JORF.

²⁵⁶⁷ Loi du 10 févr. 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, préc.

²⁵⁶⁸ Loi du 7 déc. 2010, portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, préc.

²⁵⁶⁹ Ordonnance du 9 mai 2011, portant codification de la partie législative du Code de l'énergie, préc.

²⁵⁷⁰ CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 27 juill. 2012, *AIS 2*, *supra*.

²⁵⁷¹ CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 7 juill. 2010, *Profil France*, n° 309721.

²⁵⁷² CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 27 juill. 2012, *AIS 2*, *supra*.

b- Particularité du contrôle juridictionnel du CSA dans la répartition de compétence entre les deux ordres de juridiction

1201. La particularité du CSA dans ce contrôle juridictionnel enchevêtré résulte du fait que le Conseil d'État en conserve le monopole (*b-1*) dès lors que l'exception faite à cette compétence exclusive fait l'objet d'une telle limite qu'elle ne remet pas profondément en cause ladite exclusivité de contrôle (*b-2*).

b-1- Le Contrôle juridictionnel des décisions du CSA monopolisé par le Conseil d'État

1202. L'alinéa 5 de l'article 311-4 du Code de la justice administrative indique que le Conseil d'État est compétent en premier dernier ressort pour connaître du recours contre toutes les décisions prises par le CSA sur le fondement de l'article 42-8 de la Loi du 30 septembre 1986²⁵⁷³. Ce sont toutes les décisions que le régulateur de l'audiovisuel et appelé à prendre en vertu des 42-1, 42-3 et 42-4 de la Loi Léoard. Le CSA peut, sur le fondement de l'article 42-1, prendre des mesures allant de la mise en demeure jusqu'au retrait définitif d'une autorisation, en passant par la suspension, la réduction de la durée d'une autorisation ainsi qu'une sanction pécuniaire. Cette dernière est toutefois fixée à 3% du chiffre d'affaires et ramenée à 5% en cas de nouvelle violation de la même obligation. Autrement dit, une majoration de sanction en cas de récidive de l'acteur régulé. En outre, le CSA peut retirer l'autorisation, sans mise en demeure préalable, en cas de modification substantielle des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée. Tel est notamment le cas des changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction et dans les modalités de financement. Le Conseil d'État toutefois a pu décider que le CSA ne pouvait engager une procédure de sanction que seulement après avoir satisfait à l'exigence antérieure de la mise en demeure²⁵⁷⁴. Le CSA peut également, en conformité avec l'article 42-4 susvisé, ordonner l'insertion dans les programmes d'un communiqué dont il fixe les termes et les conditions de diffusion. L'acteur régulé dispose de deux jours francs pour présenter ses observations, mais son refus peut entraîner une sanction pécuniaire dont le recours auprès du Conseil d'État est exercé dans les mêmes conditions.

1203. Le contrôle des décisions prises par le CSA, y compris en matière de règlement des différends, relève donc de la compétence exclusive du Conseil d'État. Dans le domaine de l'audiovisuel, le juge judiciaire dispose d'une ascendance totale. Statuant sur un recours de

²⁵⁷³ Loi du 30 sept. 1986, relative à la liberté de communication, préc.

²⁵⁷⁴ CE, 6 janv. 2006, *Sté. Lebanese Communication Group*, n° 279596.

pleine juridiction à l'encontre d'une décision du CSA, elle-même prise sur le fondement de l'article 17-1 de la Loi Léotard, le Conseil d'État estime qu'en faisant reposer l'attribution des numéros revendiqués par plusieurs éditeurs de service, au premier chef, sur une contribution financière ou en nature consentie par l'éditeur au distributeur à l'issue d'une négociation dont les termes, couverts par le secret des affaires, demeureraient inconnus des autres éditeurs, la société Numéricâble n'a pas satisfait à l'exigence de transparence mentionnée à l'article 3-1 de ladite loi et ne s'est pas fondée sur un critère présentant un caractère vérifiable au sens de la délibération du 24 juillet 2007 précitée²⁵⁷⁵; que, par suite, sans qu'il y ait besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, la société France Télévisions est fondée à soutenir que le CSA a méconnu ces règles en admettant la licéité du sous-critère du financement et pour ce motif il est fondé d'annuler la décision de règlement des différends²⁵⁷⁶. Le Conseil d'État peut toutefois refuser, dans le cadre de cette procédure, d'enjoindre à une société d'accepter une offre commerciale et de conclure de bonne foi le contrat qui lui a été proposé ou de lui adresser une offre de contrat pour la distribution des chaînes et de leurs services associés, dès lors que leur diffusion ou distribution gratuite emprunte la voie hertzienne terrestre, la voie satellitaire et les réseaux établis par les collectivités territoriales et leurs groupements²⁵⁷⁷.

b-2- L'exception au monopole du Conseil d'État sur le contrôle des décisions du CSA

1204. L'article R. 311-2 du Code de justice administrative prévoit toutefois que la cour d'appel de Paris est compétente en premier et dernier ressort pour connaître le recours contre les décisions du CSA prises sur le fondement des articles 28-1, 28-3 et 29 à 30-7 de la Loi Léotard, relatives à l'attribution d'autorisation d'exploitation du faisceau hertzien ainsi qu'aux dérogations possibles à l'obligation d'appel d'offres pendant un temps limité. En revanche, les autorisations concernant les services de télévision à vocation nationale relèvent *de facto* de la compétence du Conseil d'État.

c- Esquisse d'autres contrôles relevant du Conseil d'État

1205. En outre, le Conseil d'État connaît en premier et dernier ressort le recours contre les décisions d'autres autorités non spécialement traitées ici. Il en est ainsi de l'Autorité de contrôle

²⁵⁷⁵ CSA, décis. n° 2011-1294 du 9 nov. 2011, *relative à un différend opposant les sociétés France Télévisions et Numericable*, *JORF* n° 0002 du 3 janv. 2012.

²⁵⁷⁶ CE, 5^{ème} / 4^{ème} SSR, 31 mars 2014, *Sté. France Télévisions*, n° 356893.

Le CSA estimait que la société Free peut librement refuser de reprendre les chaînes BFM TV, RMC Découverte et RMC Story et leurs services associés. Par conséquent, le CSA ne prononce pas d'injonction à l'encontre de la société Free.

des assurances et des mutuelles sur le fondement de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative et en vertu des dispositions de l'article L. 310-18 du Code des assurances. Même si le Conseil d'État peut prononcer l'annulation de la décision des autorités relevant de son contrôle, sa modification ou encore son remplacement, il n'en demeure pas moins que « *le recours devant le Conseil d'État est toutefois une procédure longue et qui n'est pas suspensive* »²⁵⁷⁸. Contrôler la légalité de l'intervention des pouvoirs publics dans le domaine économique n'est pas un phénomène tout à fait nouveau pour le Conseil d'État. Dans le célèbre arrêt du 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détails du Nevers*, le Conseil d'État avait subordonné la légalité des interventions économiques des communes favorisées par des décrets-lois de 1926 à « *l'existence de circonstance particulière de temps et de lieu qui au demeurant constituent la manifestation de la carence de l'initiative privé* »²⁵⁷⁹. Donc au-delà de la légalité de l'intervention des autorités, le Conseil veille à ce que cela soit doublement et principalement justifié par la satisfaction d'un intérêt non pas financier mais public pour la collectivité et subsidiairement éviter la carence de l'initiative privée dans l'élaboration et la mise en œuvre d'un besoin précis. Les mêmes arguments ont prévalu lorsque la commune de Draguignan avait « *organisé et concédé un cinéma* ». Le Conseil d'État avait alors estimé qu'il « *n'existait aucune circonstance particulière pouvant faire regarder l'exploitation d'un cinématographe comme ayant un caractère d'intérêt public municipal* »²⁵⁸⁰.

3- Le respect du débat contradictoire comme dénominateur commun d'un recours juridictionnel enchevêtré

1206. La protection des droits des entreprises dans la régulation économique a pris une telle place que le respect du contradictoire est requis presque partout, y compris dans les procédures dites non juridictionnelles. Après avoir abordé le cadre de la mise en œuvre du contradictoire (a), il serait important de relever qu'en dépit de l'exorbitance de la régulation, il arrive que la situation personnelle d'un acteur régulé soit prise en compte par le juge (b). Il faut toutefois noter que le recours contre les décisions du régulateur n'est point systématique (c).

²⁵⁷⁸ GRIGUER M., SCHWARTZ J., « Recours contre une décision de la CNIL : faut-il saisir l'opportunité ? Les éléments à prendre en compte », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai 2019, n° 3, prat. 15, p. 3.

²⁵⁷⁹ CE, sect. du contentieux, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détails de Nevers*, n° 06781 ; LONG M., WEIL P., BREBANT G. *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2009, VII-980 p., spéc. p. 276-286.

²⁵⁸⁰ CE, 27 févr. 1931, *Giaccardi*, rec. p. 225.

a- Cadre général de la mise en œuvre du principe du contradictoire dans le contrôle juridictionnel de la régulation économique

1207. Dans la prise des décisions par le régulateur, il est admis et constamment rappelé qu'il doit quasi scrupuleusement prendre en compte le principe d'un procès équitable que Guy Canivet définit comme « *un mécanisme décisionnel qui contraint le juge à ne jamais arrêter une position tant qu'il n'a pas entendu et examiné la thèse contraire* »²⁵⁸¹. S'agissant par exemple de l'AMF, le principe du contradictoire est respecté lorsque tous les mis en cause ont, en sus de la communication du dossier, été entendus par le rapporteur et ont pu produire les documents qu'ils estimaient utiles à leur défense²⁵⁸². De ce fait, dès lors que les mis en cause ont pu présenter durant la phase contradictoire, tant devant le rapporteur, à la suite de son rapport, que lors de la séance de la Commission des sanctions, des observations relatives aux manquements qui leur étaient reprochés, leur demande de nullité de la procédure pour violation des droits de la défense doit être rejetée²⁵⁸³.

1208. La frontière entre le respect des droits de la défense et l'effectivité des pouvoirs conférés aux autorités de régulation est poreuse²⁵⁸⁴. La jurisprudence y veille, mais ce n'est pas pour autant qu'elle n'est pas attentive à la bonne foi des acteurs et à la technicité des activités régulées. Ainsi, le fait que le rapporteur d'une autorité n'ait pas entendu un témoin comme l'aurait voulu une partie, n'entrave pas une décision dès lors que l'absence d'une telle audition ne porte pas atteinte aux droits de la défense²⁵⁸⁵. En revanche, le juge a pu estimer que dans certains cas on peut porter atteinte au secret d'affaires si tel est la seule condition d'assurer l'effectivité du respect des droits de la défense. Quitte à y procéder au moyen de versions non confidentielles des documents ou par le biais de résumés suffisamment explicites pour permettre à la défense d'exercer ses droits²⁵⁸⁶. Le législateur précise néanmoins, par le biais de la Loi portant modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle²⁵⁸⁷ et le décret relatif aux recours

²⁵⁸¹ CANIVET G., « Régulateurs et juges : conclusions générales », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 50.

²⁵⁸² AMF, décis. n° SAN-2004-16 du 3 nov. 2004, à l'égard de *MM. A, B et la société X*, non-publié au *JORF*.

²⁵⁸³ AMF décis. n° SAN-2011-13 du 4 juill. 2011, statuant sur les griefs notifiés à *MM. A, B, C et la société X*, non-publié au *JORF*.

²⁵⁸⁴ Même si le Conseil d'État réaffirme le respect des droits de la défense. Cf. CE, sect. du contentieux, 20 oct. 2000, *Sté. Habib Bank Limited*, *supra* ; CE, Ass., 21 déc. 2012, *Sté. Groupe Canal Plus et Vivendi Universal*, *supra*.

²⁵⁸⁵ DOUVRELEUR O., *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, *op. cit.*, p. 59.

²⁵⁸⁶ CE, Ass., 21 déc. 2012, *Sté. Groupe Canal Plus e. a.*, n° 353856.

²⁵⁸⁷ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, portant modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* n° 0269 du 19 nov. 2016.

devant la cour d'appel en matière de concurrence²⁵⁸⁸, que la cour d'appel peut « *ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision du rapporteur général de l'ADLC qui refuse la protection du secret des affaires ou qui lève la protection accordée, si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives* »²⁵⁸⁹. Le Conseil de concurrence d'alors, approuvé dans ce sens par la cour d'appel de Paris, « *sanctionne tout versement au dossier des pièces saisies au mépris du secret professionnel* »²⁵⁹⁰. Le juge, tant national que communautaire, veille également à ce que « *l'ingérence* » dans la vie privée et au domicile des acteurs régulés puisse être non seulement préalablement autorisée par le juge mais également proportionnée à la nécessité des enquêtes²⁵⁹¹.

1209. Le principe du contradictoire n'est pas seulement affirmé, le juge s'assure de son effectivité. Il s'assure aussi qu'il n'y ait pas d'abus ou de mauvaise foi de la part de l'acteur régulé. Dans une affaire opposant *Canal 9* à la cour d'appel de Paris qui avait estimé que cette société n'avait pas donné suite à la faculté qui lui avait été offerte d'obtenir communication d'un rapport d'enquête, elle ne saurait dès lors se plaindre d'une atteinte qu'elle a elle-même contribué à entretenir. La Cour de cassation casse partiellement l'arrêt de la cour d'appel mais le confirme en ce qu'il avait estimé qu'aucun des éléments avancés par celle-ci ne permet d'affirmer que la communication du rapport administratif d'enquête, de l'avis du CSA et de ses annexes auraient conduit à une décision différente du Conseil sur les engagements pour le respect effectif de la concurrence²⁵⁹².

1210. Aussi, le respect du principe de contradictoire n'est pas requis dans la phase d'enquête précédant la notification des griefs et ne peut concerner un seul requérant²⁵⁹³. Un justiciable ne

²⁵⁸⁸ Décret n° 2017-823 du 5 mai 2017, relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence et aux recours exercés devant le premier président de la cour d'appel de Paris contre certaines décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, *JORF* n° 0108 du 06 mai 2017.

²⁵⁸⁹ DANNA S., « La procédure de recours contre certaines décisions de l'Autorité de la concurrence est modifiée », 9 mai 2017, 3 p., disponible à l'adresse suivante: <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/la-procedure-de-recours-contre-certaines-decisions-de-l-autorite-de-la-concurrence-est-modifiee>. (Consulté le 13/07/2017).

²⁵⁹⁰ Cons. conc., déc. n° 87-D-159 du juin 1987, *Distribution en pharmacie de certains produits cosmétiques et d'hygiène corporelle*, *BOCCRF*, 17 juin 1987, p. 177 ; Cons. conc., 27 nov. 1990, *syndicats de producteurs de films publicitaires*, n° 90-D-47, *BOCCRF*, 29 déc. 1990, p. 448 ; DOUVRELEUR O., *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, *op. cit.*, p. 55.

²⁵⁹¹ CEDH, 25 févr. 1993, *Funke c./France*, n° 10588/83, série A, n° 249-C ; CEDH, 16 avr. 2002, *Sté. Colas Est e. a. c./France*, n° 37971/97, *Rec.* 2002, III ; CE, 20 janv. 2016, *Caisse d'épargne et de prévoyance*, n° 374950.

²⁵⁹² Cass. com., civ., 4 nov. 2008, *Sté. Canal 9*, n° 07-21.275, cassation partielle suite à laquelle la cour d'appel rejette définitivement le pourvoir de la société canal 9 ; C. A, Paris, Pôle 5, 5^{ème} / 7^{ème} ch., 1^{er} juin 2010, *Sté. Canal 9*, n° 2008/21057.

²⁵⁹³ CA Paris, 5^{ème} / 7^{ème} ch., Pôle 5, 18 févr. 2016, *Sté. CELTIPHARM*, n° 2014/23387.

peut prétendre avoir été privé du contradictoire s'il est le seul entendu devant l'Autorité de la concurrence qui lui notifie son incompétence de se saisir d'une requête²⁵⁹⁴. La cour d'appel a pu estimer que « *dès lors que les sociétés requérantes ont été mises en mesure, devant la Commission des sanctions comme devant la cour d'appel de Paris, dans le cadre d'un débat contradictoire, de contester la réalité des indices retenus et d'en discuter la force probante, pris individuellement ou réunis en faisceau, le moyen tiré de l'atteinte aux droits de la défense doit être écarté* »²⁵⁹⁵. Le caractère « *intimiste* »²⁵⁹⁶ de l'enquête dans sa phase initiale, n'enlève en rien la pertinence et l'effectivité du contrôle exercé par les juridictions. Intimiste puisque les parties concernées ne peuvent, *in limine litis*, faire valoir leur droit au contradictoire. Ce dernier n'intervient qu'à un stade ultérieur bien déterminé de la procédure.

1211. Dans les cas où les AR ne sont pas partie dans la procédure devant la cour d'appel mais que, pour des motifs liés à la nature des affaires pendantes devant elle, celles-ci sont amenées à participer à l'instance, elles ne peuvent donc invoquer cette faculté comme contraire au procès équitable. En substance, c'est ce qu'a considéré, à plusieurs reprises, la cour d'appel de Paris concernant l'ARCEP et la CRE. Il a été en effet précisé qu'en application des articles R. 11-2 et R. 11-5 du Code des postes et des communications électroniques, la première peut présenter des observations écrites et que l'exercice de cette faculté ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable dès lors que les parties disposent de la possibilité de répliquer par écrit et par voie orale aux observations de l'autorité administrative²⁵⁹⁷. La cour d'appel a rendu un jugement similaire s'agissant de la deuxième autorité qu'est la CRE²⁵⁹⁸. L'article 3 du décret de 2006 portant application de l'article 17-1 de la loi Léotard impose le contradictoire dans la procédure de règlement des différends²⁵⁹⁹. En revanche, il aura fallu attendre la Loi Macron réformant l'article L. 36-8 pour permettre à l'ARCEP de présenter ses observations en cas de procédure de cassation contre une décision de règlement des différends²⁶⁰⁰.

²⁵⁹⁴ ADLC, décis. n° 14-D-12 du 10 oct. 2014, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de données de santé par la *Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés* et le *GIE SESAM-Vitale*, non-publiée au *BOCCRF*.

²⁵⁹⁵ CA Paris, 26 nov. 2008, *Sté. X*, *supra*.

²⁵⁹⁶ DOUVRELEUR O., *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, *op. cit.*, p. 35, cf. Cass. com., 27 nov. 1991, *Mme X*, n° 89-20.356.

²⁵⁹⁷ JEANNENEY P.-A., MACAIRE A. « Communications électroniques. Rôle de l'ARCEP dans la procédure », févr. 2007, actualisation : oct. 2014.

²⁵⁹⁸ CA Paris, 24 févr. 2004, n° CTt0175.

²⁵⁹⁹ Décret n° 2006-1084 du 29 août 2006, pris pour l'application de l'article 17-1 de la Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 et relatif à la procédure de règlement de différends par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, *JORF* n° 200 du 30 août 2006.

²⁶⁰⁰ Article 124 de la Loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, préc.

b- Prise en compte exceptionnelle de la situation personnelle de l'acteur régulé

1212. La cour d'appel reste très attentive aux éventuelles conséquences manifestement excessives des décisions rendues par les autorités de régulation. Le juge a ainsi pu considérer qu'une situation financière manifestement obérée ne peut que retarder l'exécution de la décision en ayant comme conséquence la modification de l'ordre des priorités entre les créanciers, sans que l'exécution de la sanction ne soit considérée comme manifestement excessive²⁶⁰¹. Le caractère excessif d'une décision se vérifie au regard de la situation de la personne sanctionnée²⁶⁰². Le sursis à exécution de la décision demeure tout de même justifié lorsque le paiement immédiat de la sanction est de nature à mettre en péril la pérennité de l'activité de la société²⁶⁰³.

1213. Certains auteurs ont pu considérer que « *la conception française du droit économique est à la fois faible en ce que, n'étant pas libérale, elle ne reconnaît effectivement que peu de place à la liberté des opérateurs dans leur organisation* »²⁶⁰⁴. Mais les choses ont depuis très largement évolué. La question de l'efficacité du droit ne se pose plus désormais uniquement en termes d'effectivité, elle repose largement aussi sur une double efficience. D'une part pour l'État qui l'applique, et d'autre part pour les acteurs économiques destinataires de la règle pour lesquels cette dernière doit avant tout aider à la réalisation des bénéfices même si on ne lui dénie pas la prise en compte de certains aspects non-économiques. Même dans la perspective du respect du droit de la concurrence, chantre du droit des économique, la régulation cherche à « *concilier entre eux plusieurs principes, au nombre desquels [voire au sein desquels] la libre concurrence n'occupe pas nécessairement le premier rang* »²⁶⁰⁵. De ce point de vue, il est souvent considéré que le rapport entre dynamique économique et complexité des règles juridiques est étroit²⁶⁰⁶. Une telle mutation en dit long sur la percée de la pensée libérale dans des pays jusque-là considérés comme gardiens d'une certaine idée de l'économie.

²⁶⁰¹ CA Paris, 4 avr. 2007, *Sté. X*, n° 07/03058.

²⁶⁰² CE, 13 juill. 2011, *Sté. Edelweiss gestion*, n° 327980. En l'espèce, le juge avait considéré que compte tenues des « *situations comptables certifiées de la société versées au dossier par les requérants, à la date de la présente décision, la situation financière de la société s'est dégradée dans des proportions, telles que l'infliction, d'une sanction pécuniaire d'un montant supérieur à 80 000 euros l'empêcherait de respecter le ratio prudentiel exigé par l'article 312-3 du règlement général de l'AMF, et pourrait de ce fait, conduire au retrait d'agrément de cette société et emporter des conséquences disproportionnées sur la situation de la société* ».

²⁶⁰³ CA Paris, 31 mars 2008, *Sté. X*, n° 08/02370.

²⁶⁰⁴ FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », art. cit., p. 121.

²⁶⁰⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », art. cit., p. 55.

²⁶⁰⁶ CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 11 mars 2015, *Sté. TUTO4PC, supra*.

c- Absence notoire de systématique du recours juridictionnel contre les décisions des AAI

1214. Il n'est plus systématique de considérer que le contrôle de tel ou de tel autre acte des AR relève exclusivement de la compétence du juge administratif puisque, avec une certaine légitimité, le juge judiciaire s'y est aussi invité. Vouloir cantonner le contrôle juridictionnel de la régulation économique à la compétence exclusive du juge judiciaire ou administratif équivaut à revenir à l'interminable débat de l'appartenance ou non de la régulation au droit public ou au droit privé. « *Je me garderai de discuter du domaine public ou privé de la régulation et de l'ordre juridictionnel dont relèvent naturellement les recours contre les décisions des régulateurs* »²⁶⁰⁷. C'est ainsi que Guy Canivet soulignait judicieusement la portée relative d'un tel débat. Confier le contrôle juridictionnel des autorités de régulation aux deux ordres de juridictions ne peut que dénoter la volonté d'aboutir à une meilleure coordination des contrôles dans la mesure où l'enchevêtrement des deux systèmes n'a jamais été aussi bien illustré ailleurs qu'en matière de régulation économique. Enchevêtrement louable à plusieurs égards mais perfectible pour plusieurs raisons. D'où la non moins pertinente question d'une juridiction spécialisée dans le contrôle juridictionnel de la régulation économique.

§2- *Quid d'une juridiction spécialisée en régulation économique ?*

1215. Le projet de fusion de l'ARCEP et du CSA laisse entendre la nécessité d'harmonisation qui plane sur cette foison d'autorités de régulation (C). Naturellement, cette multitude d'autorités de régulation ne favorise pas une intelligibilité de leur contrôle juridictionnel. Ce, en dépit de la justification désormais palpable de la mise en place d'une juridiction spécialisée en régulation économique (A) dont les conditions de viabilité et les objectifs devront tout naturellement être clarifiés (B).

A- Justification d'une juridiction spécialisée dans le contrôle de la régulation économique

1216. Face à l'enchevêtrement du contrôle juridictionnel de la régulation économique²⁶⁰⁸, la mise en place d'une juridiction spécialisée pourrait, comme cela fut récemment suggéré par une partie de la doctrine²⁶⁰⁹, répondre au besoin d'harmonisation et octroyer une lisibilité beaucoup plus accessible tant pour le justiciable que pour le régulateur. Pour ce dernier, ce serait une

²⁶⁰⁷ CANIVET G., « Régulateurs et juges : conclusions générales », art. cit., p. 50.

²⁶⁰⁸ Cf. Titre II, Chapitre I, § 1102, *supra*.

²⁶⁰⁹ PERROUD Th., « Faut-il un tribunal de régulation ? », *HAL*, Aix-en-Provence, 2016, 23 p.

hiérarchisation beaucoup plus harmonieuse tandis que pour le justiciable ce serait là une manière de rendre l'accès au juge, et donc le respect de ses droits, plus effectif. Dans une telle perspective, un arbitrage définitif devrait être opéré par le Tribunal des conflits pour savoir qui du Conseil d'État ou de la Cour de cassation connaîtra le recours contre les décisions dudit tribunal de régulation. À la limite, si le législateur jugeait cela utile, le recours en troisième degré pourrait être repartit entre les deux hautes juridictions selon que l'on mette en avant l'aspect organique ou matériel des décisions rendues par telle ou telle autorité de régulation. Dans les deux cas, un tel tribunal permettrait non seulement de désengorger les juridictions de fond mais aussi de fournir une lecture plus claire du contrôle juridictionnel de la régulation économique. Il s'avère en effet quelque peu contradictoire de justifier la création des autorités de régulation par un allègement du travail du juge et une lecture harmonieuse de l'action administrative et dans le même moment laisser perdurer un contrôle juridictionnel aussi enchevêtré. D'autant plus qu'il est difficile, dans l'état actuel des choses et au regard de la proportion prise par la régulation, de prédire la délimitation du nombre d'autorités indépendantes de régulation pouvant en venir au bout de la mutation économique.

B- Clarification des conditions de viabilité et les objectifs d'une juridiction spécialisée en régulation économique

1217. Une juridiction spécialisée de la régulation que certains appellent « *tribunal économique* »²⁶¹⁰, paraît pertinent à plus d'un titre, mais à la seule condition qu'elle aboutisse à une harmonisation et une lecture plus claire de ce panorama si dense d'autorités de régulation. Quelques conditions semblent pour cela nécessaires. D'abord, ce serait une juridiction dont les compétences sont clairement définies de sorte qu'il n'y ait ni confusion avec les juridictions judiciaires ni enchevêtrement avec les juridictions administratives. Ensuite, si le contrôle des autorités de régulation devait relever d'une telle instance, il serait plus loisible et plus intelligible de lui attribuer deux compétences : contrôles judiciaires et administratifs. Ainsi, sera-t-il plus aisé de déterminer le juge compétent pour trancher selon que l'on soit en présence d'un contrôle administratif ou judiciaire. Il serait tout aussi important de présenter une telle juridiction comme un renfort et non un dessaisissement des juridictions traditionnellement compétentes. Une telle proposition n'est pas nouvelle car le Sénat, dans son rapport susmentionné, plaidait déjà pour une telle perspective. En la qualifiant par ailleurs de « *radicale* », le Conseil souligne qu'elle consisterait « *dans la création par le Parlement d'une*

²⁶¹⁰ FAGES F., « Les droits de la défense ne sont pas les ennemis de l'efficacité », art. cit., p. 4.

juridiction absolument autonome, c'est-à-dire qui ne soit insérée ni dans l'ordre des juridictions judiciaires ni dans l'ordre des juridictions administratives, et compétente pour tout type de recours contre tout type de décision, prise par tout type d'Autorité administrative en charge d'une régulation économique »²⁶¹¹.

1218. Une juridiction de régulation économique répondrait au besoin d'harmonisation, somme toute nécessaire, des autorités de régulation²⁶¹². Rien qu'en France, on dénombre aujourd'hui une quarantaine d'autorités administratives indépendantes dont le quart dispose d'un pouvoir de sanction. Pendant que le Conseil d'État en dénombrait entre 25 et 35 en 2001²⁶¹³, le Rapport de Jacques Mezard évoque une « cinquantaine » en 2015²⁶¹⁴. Or, l'idée même de la création de ces AR devait répondre à la complexité et la lenteur des juridictions classiques²⁶¹⁵. Il s'avère donc incompréhensible voire un peu loufoque de répondre à la complexité par une autre complexité²⁶¹⁶. Si, dans le but de simplifier on finit par complexifier, il serait important d'envisager une harmonisation sinon des autorités de régulation par la création d'une « maga autorité de régulation » qui leur serait transcendant. Il faudrait donc harmoniser leur contrôle juridictionnel par la création d'un tribunal de régulation agissant sous le contrôle d'abord et avant tout du Conseil d'État et ensuite, sur certaines questions, sous celui de la Cour de cassation pour ce qui est des questions devant relever du juge judiciaire.

1219. Une partie de la doctrine estime d'ailleurs que si l'on tient tant à la technicisation du juge dans la régulation économique, « *on peut éventuellement adopter la solution anglaise, en créant une juridiction spéciale* »²⁶¹⁷ chargé de contrôler les autorités indépendantes de régulation. D'aucuns ont pu estimer que « *la seule réponse satisfaisante à la problématique du ne bis in idem est effectivement la création d'une juridiction spécialisée, le tribunal des marchés*

²⁶¹¹ GÉLARD P., *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objectif juridique non identifié*, Rapport, préc.

²⁶¹² Même si Fabrice Fages dit préférer, en lieu et place de l'harmonisation à tout prix, « une approche de type ‘benchmarking’ », art. cit., p. 4. Ce terme renvoie à une technique de marketing et de gestion dont le but est d'analyser les techniques de gestion et d'organisation pour en tirer le meilleur.

²⁶¹³ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public « Jurisprudence et avis de 2000 », Paris, La Documentation française, mars 2001, p. 257. Cf. aussi LASSERRE B., « L'État régulateur », Rencontre avec les élèves de la nouvelle promotion de l'ENA, 25 janv. 2019, p. 7.

²⁶¹⁴ MEZARD J., *Le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes*, Rapport fait au nom de la Commission CE AAI du Sénat, oct. 2015, p. 14, disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/r15-126-1/r15-126-1.html>. (Consulté le 25/04/2019).

²⁶¹⁵ Cf. DELVEL V., *Recherche sur un modèle d'autorité de régulation dans l'Union européenne dans les secteurs économiques et financiers*, thèse, Université de Lille II, 2016, 851 p.

²⁶¹⁶ La Loi du 20 janv. 2017, portant statut des autorités administratives indépendantes (préc.) n'en liste, pour sa part, que 29.

²⁶¹⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « Régulateurs et juges : discussion générale », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 44.

financiers (TMF) »²⁶¹⁸. D'autres estiment qu'on n'en est pas loin dès lors qu'une stricte séparation des fonctions de poursuites et de sanctions au sein des AR revient d'une certaine façon à laisser entendre une telle possibilité. Ainsi comme le suggérait Alain Lacabarats après l'instauration de la Commission des sanctions, il faut envisager « *la création d'une véritable juridiction* »²⁶¹⁹ de régulation.

C- Vers la fusion entre l'ARCEP et le CSA ou la volonté d'une régulation alliant puissance et intelligibilité

1220. Le projet du ministère de la culture de créer un grand régulateur des « médias », devant fusionner le CSA et l'ARCEP, en dit long sur le besoin d'harmonisation réclamé par la régulation économique²⁶²⁰. Il est important de souligner que l'idée de limiter le nombre des autorités de régulation serait une bonne perspective, qui pourrait répondre à la « bonne administration » de la régulation économique. Laisser proliférer, à chaque fois qu'un domaine nouveau nécessite une régulation spécifique, d'autres autorités qui en auront la charge, reviendrait à produire l'effet inverse de ce qu'on est en droit d'attendre desdites autorités : l'efficacité et la simplification. Elles affaibliraient par leur dispersion l'harmonie et l'unicité de l'action économique de l'État. On pourrait trouver la parade dans le renforcement de la compétence des autorités existantes. Ou alors, devrait-on créer de nouvelles compétences en transformant certaines d'entre elles, qui sont sectorielles, en autorités transversales de régulation. On pense notamment à la CNIL qui pourrait bénéficier du même statut que l'ADLC, quasiment seule autorité à ce stade véritablement transversale. « *Dans cette perspective, il serait même possible de concevoir un véritable Code des autorités administratives indépendantes qui redonnerait à l'ensemble une cohérence permettant de recomposer un véritable Ordre juridique global et unitaire, les autorités administratives indépendantes n'étant que des éléments de cette nouvelle organisation, un peu comme les ministères qui ne remettent pas en cause l'unité de l'État. C'est dire cependant d'une autre manière, et par déduction, qu'il s'agirait d'un moment de transition entre deux situations d'équilibre. L'État serait en cours de*

²⁶¹⁸ LE FUR A. V., « Droit financier : « ne bis in idem » et décision du conseil constitutionnel », *Rev. Droits & Affaires*, oct. 2015, n° 12, p. 1 ; CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens e. a. c./Italie*, n° 18640/10, non-publié au *Rec.*, Demandant le parquet Italien d'abandonner les poursuites contre un investisseur financier en Italie. L'auteur estime que tel aurait été le cas si cette affaire s'était déroulée en France.

²⁶¹⁹ LACABARATS A., « Le rôle du juge », *LPA*, 31 juill. 2003, n° 152, p. 43.

²⁶²⁰ CASSINI S., « Une fusion entre l'Arcep et le CSA à nouveau sur la table », 25 juill. 2019, disponible à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/07/25/une-fusion-entre-l-arcep-et-le-csa-a-nouveau-sur-la-table_5493435_3234.html. (Consulté le 03/12/2019).

balkanisation, de féodalisation, de réorganisation ou de " modernisation " selon la connotation négative ou positive que l'on veut prêter à cette évolution »²⁶²¹.

1221. Tout l'enjeu du contrôle exercé par le juge sur le pouvoir régulateur des autorités indépendantes, tant en droit national que communautaire, réside dans le fait de pouvoir tendre vers un « meilleur équilibre »²⁶²² entre l'efficacité de la régulation économique et le respect des droits fondamentaux des acteurs, pris en ce cas, comme des « opérateurs-justiciables »²⁶²³. L'efficacité est une notion indissociable de la régulation économique d'autant plus que les acteurs économiques ne sont pas, s'agissant du respect des règles juridiques qui régissent leurs activités, d'une obéissance systématique. C'est seulement une régulation efficace, en ce sens qu'elle est en mesure d'imposer une certaine coercition, bien que proportionnée et justifiée, qui pourrait permettre une meilleure conciliation entre exorbitance du régulateur et liberté économique des acteurs. Jean-Marc Sauvé n'hésite pas à parler de « phénomène de juridictionnalisation »²⁶²⁴ lorsqu'il évoque ce qui est devenue comme impérative : la stricte observation des principes relatifs au procès équitable par les autorités de régulation. En faisant cela, le juge ne joue-t-il pas, ne serait-ce qu'indirectement, un rôle économiquement politique ?

§3- Le juge de la régulation économique comme un juge politique ?

1222. Si le juge administratif est considéré comme un « facteur de résistance aux changements »²⁶²⁵, il ne doit être d'un quelconque dogmatisme, il devrait au contraire et surtout être celui qui trouve les moyens de circonscrire ces changements. De toutes les manières, les changements sont inéluctables. La régulation économique est souvent présentée, à raison mais souvent aussi avec outrance, comme une conséquence du libéralisme à l'américaine. Face aux contradictions que peuvent engendrer la polysémie de la conception et de l'économie et du droit, le juge se retrouve à devoir « décider » de ce qui est conforme à sa philosophie de l'ordre public, de l'intérêt général et de la protection effective des droits des acteurs économiques, y compris les plus cruciaux d'entre eux.

²⁶²¹ HANNOUN C., « Comment interpréter le désordre des autorités administratives indépendantes ? » in DECOOPMAN N. (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes : l'exemple du secteur économique et financier*, op. cit., p. 9.

²⁶²² SAUVE J.-M., « Propos introductifs » du Colloque *Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques*, art. cit., p. 15.

²⁶²³ *Ibid.*, p. 18.

²⁶²⁴ *Ibid.*, p. 16.

²⁶²⁵ LOCHAK D., *Traité des sciences administratives*, op. cit., p. 297.

1223. Pour remplir un rôle à la fois sensible et fondamental, la conciliation d'objectifs est si prégnante qu'on ne peut s'empêcher d'y voir un certain rôle politique du juge de la régulation économique. Le versant politique de son rôle ne doit cependant en aucun cas laisser entendre qu'il rend des décisions politiques. Car la politique partisane et même la politique administrative ne peuvent ni ne doivent guider le Droit et encore moins le juge (**A**). Ce rôle est davantage dû au fait qu'il fasse constamment appel, dans la préservation de l'ordre public économique, à l'interprétation téléologique (**B**). Bien évidemment, une telle interprétation se fait dans les limites que lui fixe le législateur quand bien même le juge peut-être un acteur incontournable de l'évolution de la législation vers tel ou tel conception conservatrice ou progressiste du Droit.

A- Sens et délimitation du rôle « politique » du juge de la régulation économique

1224. Aborder le rôle politique du juge dans la régulation économique implique de s'intéresser à son interprétation pragmatique (**I**) quoiqu'avec raison gardée (**2**). Le juge de la régulation économique a une fonction qui demeure d'abord et avant tout juridique mais qui, dans sa téléologie, peut être objectivement politique (**3**). Ce qui le place à équidistance entre le juridique et la politique (**4**), eu égard aux finalités de sa mission (**5**).

1- Interprétation pragmatique du rôle politique du juge de la régulation économique

1225. La notion politique, telle qu'elle est entendue dans ce travail, renvoie à l'influence des juges sur l'élaboration et la mise en œuvre des règles de conduite de la société non en tant qu'organe exécutif, ce qui le cas échéant, serait par nature aux antipodes du rôle qu'ils incarnent. Les juges participent à l'exercice du pouvoir « *entendu au sens politique du terme* »²⁶²⁶ en ceci qu'ils imposent « *des injonctions socialement légitimes* »²⁶²⁷ voire même « *étatiquement légitimes* »²⁶²⁸. Les propos de Lucien François et de Nicolas Thirion raisonnent ici avec une certaine pertinence puisqu'ils considèrent que le rôle du juge dans la politique renvoie à cet

²⁶²⁶ G. GRANDJEAN, « Les fonctions politiques des juges. Propos introductifs sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction », in GRANDJEAN G., WILDEMEERSCH J. (dir.), *Les juges : décideurs politiques ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 18.

²⁶²⁷ Ph. BRAUD, « u pouvoir en général au pouvoir politique », in GRAWITZ G., LECA J. (dir.), *Traité de science politique. La science politique, science sociale. L'ordre politique*, Paris, PUF, 1985, t. 1, p. 372. Cf. aussi G. GRANDJEAN, « Les fonctions politiques des juges. Propos introductifs sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction », art. cit., p. 18.

²⁶²⁸ FRANCOIS L., THIRION N., « Les juges dans la politique », in GRANDJEAN G., WILDEMEERSCH J. (dir.), *Les juges : décideurs politiques ?*, op. cit., p. 53 et s.

« *art de conduire des conduites* »²⁶²⁹. Le juge s’y adonne très bien et pour notre part, cela n’est rien d’autre qu’un rôle éminemment politique. En édictant, du moins en imposant des règles de conduite à partir de l’interprétation de la loi, les juges imposent une démarche, donc une injonction dont l’irrespect et l’inobservation sont suivis de sanctions y compris pécuniaires pour les acteurs économiques. Mais bien au-delà, dans un monde où les notions de « guerre du droit » et d’extraterritorialité font désormais partie d’un langage habituel, il est indéniable que le juge, en défendant un idéal face à un autre, en interprétant les textes en fonction d’une telle ou d’une telle autre considération, fait de la politique. Ou plus exactement il fait « sa politique » dans le sens où il impose une conduite tant aux autorités qu’aux acteurs. Pour d’autres, cette fonction politique des juges se manifeste surtout « *à travers les fonctions de régulation* »²⁶³⁰. Mais une parcimonie dans l’interprétation d’un tel rôle est primordiale. Il faut néanmoins tempérer un tel rôle ou tout le moins le préciser.

2- Raison gardée dans l’interprétation du rôle politique du juge

1226. L’on ne peut néanmoins aller jusqu’à présenter le juge et son rôle « politique » dans les termes américains de *judicial policy making* qui l’envisagent « *comme un acteur politique, c’est-à-dire comme un acteur capable de prendre des décisions ayant la même portée, le même effet que celles prises par les organes de décisions classiques que sont les organes exécutifs ou législatifs* »²⁶³¹. Le Conseil d’État a, par exemple, « *minimisé la portée des décrets lois de 1926 relatifs à la création des services publics par les collectivités locales, et fait prévaloir ainsi le dogme du libéralisme économique sur la volonté manifeste des auteurs de ce texte* »²⁶³². Replacé dans son contexte des années 30, lendemain d’un jeudi 1929, on peut aisément comprendre la position du juge et son « hostilité » à une interprétation trop libérale. Ceci semble être de mise aujourd’hui, une dizaine d’années après une autre crise, celle des *subprimes*, et 80 ans après 1929 et au moment même où se déroule une crise sanitaire aux répercussions économiques colossales. Daniel Lochak considère toutefois, au regard de tous ces aspects, que

²⁶²⁹ *Ibid.*

²⁶³⁰ DUMOULIN L., « Les juges sont-ils des décideurs politique ? Libres propos sur ce qui apparaît comme un oxymore mais n’en est peut-être pas un... », in GRANDJEAN G., WILDEMEERSCH J. (dir.), *Les juges : décideurs politiques ?*, op. cit., p. 79 et s.

²⁶³¹ L’auteur insiste ici dans les caractéristiques de ce *judicial policy making* sur le fait que les juges cherchent à rendre des décisions les moins impopulaires possible, ils recherchent un soutien social favorable à leurs décisions, au même titre que les administrations. Cf. Sulpice O., « Le juge administratif dans l’analyse juridiques des politiques publiques », Université de Grenoble, 2017, 6 au 7 juill. 2017, p. 3, accessible à l’adresse suivante : https://ddd.uab.cat/pub/poncom/2017/176354/Intervention_Oriane_Sulpice.pdf. (Consulté le 15/07/2018).

²⁶³² C’est du moins, selon cet auteur, ce qui ressort de la lecture de l’arrêt CE, sect. du contentieux, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détails de Nevers*, supra. Cf. aussi LOCHAK D., *Traité des sciences administratives*, op. cit., p. 313.

le dirigisme s'accroît mais que le Conseil d'État résiste en maintenant le principe de la liberté de commerce et de l'industrie comme la base.

3- Une fonction juridique objectivement politique

1227. Si l'on se fie à la mission du Conseil d'État en tant que juge de l'administration, on ne peut que partager l'affirmation selon laquelle « *le juge administratif, parce qu'il est le juge de l'exécutif, donc du pouvoir, est amené, par la force des choses, à jouer un rôle politique, qui s'exprime autant par la diffusion de certaines valeurs que par des interventions plus directes dans la vie politique* »²⁶³³. Tout comme lorsqu'on prend en compte la téléologie de sa mission dans la régulation économique, on ne peut que souscrire au postulat en vertu duquel « *le juge a également participé à la consolidation d'un ordre libéral conciliant la protection des droits des individus avec les prérogatives reconnues à l'État pour maintenir la paix civile et faire prévaloir l'intérêt général* »²⁶³⁴. Alors, en jugeant la régulation, le juge ne le fait que dans la stricte mesure que sa conception de l'ordre public économique soit préservée, que l'intérêt général ne soit pas sacrifié au profit d'un quelconque autre intérêt particulier mais qu'il lui soit transcendant. Tout doit tendre vers la protection d'un ordre libéral, désormais bien ancré, mais qui doit en contrepartie participer à la promotion et à la protection des valeurs non-économiques contemporaines.

4- D'incontournables interrogations sur le rôle politique du juge de la régulation

1228. On pourrait même être plus audacieux en s'interrogeant en formulant autrement. Quel juge politique ou alors quelle politique du juge dans la mondialisation économique ? Quel rôle doit-il jouer pour la préservation d'un ordre public économique qui n'est pas nécessairement celui auquel croient des acteurs appartenant, ne serait-ce qu'en partie mais de manière prépondérante, à une ou d'autres conceptions d'un tel ordre ? Le juge ne peut répondre à ces questions que par le biais de la politique et non du droit *stricto sensu*. Il ne devrait pas y avoir un tabou entre la notion politique et les juges quand bien même ces derniers sont tenus d'être indépendants du politique. Ce dernier étant l'homme ou la femme politique qui défend un projet de société au nom d'une idée ou d'une formation politique. Le rôle politique du juge, tel qu'il l'exerce au nom de l'État, s'avère plus large et plus transcendant que celui d'une personne

²⁶³³ LOCHAK D., « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, avr. 2007, n°123, p. 19-32, spéc. p. 19.

²⁶³⁴ *Ibid.*, p. 19-20.

appartenant à un gouvernement donné et dont il défend la politique²⁶³⁵. D'ailleurs, le fait de pouvoir jouer un rôle politique n'est pas tout à fait nouveau pour le juge, car même en cas de conflits des lois, l'exclusion d'une loi au profit d'une autre est souvent plus proche d'un choix politique que juridique. Pour Danièle Lochak, « *en cas de conflit entre deux normes de même valeur, il arrive que le juge fasse un choix entre elles. Dans ce choix, il garde un pouvoir discrétionnaire (...) Le choix qu'il effectue fait place à des considérations politiques qui l'emportent sur les considérations juridiques* »²⁶³⁶. S'il est vrai qu'il ne faut pas aller jusqu'à entériner « *l'emprise croissante des juges dans la société* »²⁶³⁷, il n'en reste pas moins que ceux-ci jouent un rôle déterminant dans la défense de l'ordre public économique et l'orientation, ne serait qu'indirectement, de la politique économique d'un État.

5- Equidistance entre fonction juridique et finalité politique

1229. Même si l'on ne peut, eu égard à la polysémie du mot politique, vertement affirmer que le juge de la régulation économique est un juge politique en ce sens qu'on n'est pas en présence de ce que certains avaient surnommé « *le gouvernement des juges* »²⁶³⁸, notion « *antienne* »²⁶³⁹ ; il n'en demeure pas moins que le juge-régulateur se trouve à équidistance entre la politique et le droit. Or le droit de la régulation, comme l'a souligné Guy Canivet, est indéniablement caractérisé par sa « *finalité politique* »²⁶⁴⁰. L'aboutissement à cette finalité se manifeste de différentes manières. Le régulateur « *visé à modifier un marché, à l'ouvrir à la concurrence ou à privatiser, libéraliser, déréguler un service public. Il a, par conséquent, une finalité propre, spécifique, expresse* »²⁶⁴¹. En conséquence, dans son contrôle de l'action et des décisions du régulateur « *le juge intervient dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique de régulation* »²⁶⁴². Laquelle politique de régulation demeure un inévitable corolaire de la politique économique telle qu'elle est encadrée par la politique juridique définie par l'État.

²⁶³⁵ Toutefois, le pouvoir politique dans le sens étatique du terme demeure plus large et incorpore tous les autres pouvoirs (militaire, administratif, judiciaire...). C'est le « *pouvoir politique prééminent dans l'État* », Cf. LOCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 2015, p. 21.

²⁶³⁶ LOCHAK D., *Traité des sciences administratives, op. cit.*, p. 126.

²⁶³⁷ GRANDJEAN G., « Les fonctions politiques des juges. Propos introductifs sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction », art. cit., p. 21.

²⁶³⁸ TROPER M., *Le gouvernement des juges. Mode d'emploi*, Dalloz, 2006, 52 p. ; LAMBERT E., MODERNE F., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005, XIX-276 p. ; TERRE D., « Le gouvernement des juges », in TERRE D. (dir.), *Les questions morales de droit*, Paris, PUF, coll. « Ethique et philosophie morale », 2007, 167-191.

²⁶³⁹ MARTUCCI F., « Les 'Mesures anti-crise' et le droit de la stabilité financière », art. cit., p. 261.

²⁶⁴⁰ CANIVET G., « Régulateurs et juges : conclusions générales », art. cit., p. 50 et s., spéc. p. 54

²⁶⁴¹ *Ibid.*

²⁶⁴² *Ibid.*, p. 50 et s., spéc. p. 54.

B- L'interprétation téléologique comme politique de préservation de l'ordre public économique

1230. Au point où en est la mondialisation économique, il n'y a rien de rédhibitoire à évoquer une politique de régulation économique, d'autant plus que le juge s'inscrit dans une logique de préservation d'un ordre public économique dont la prétention n'a rien d'étranger à la politique économique. Cette dernière étant elle-même inspirée d'une conciliation entre, d'une part l'ouverture dictée par la mondialisation économique et, d'autre part par la conservation jalouse des principes acquis depuis les siècles des lumières et conservés dans des textes aussi fondamentaux que la Constitution ou la CESDH. Cette interprétation téléologique participe de plusieurs manières à l'ancrage et à la préservation du rôle politique du juge économique.

1231. L'interprétation téléologique du juge n'a jamais eu autant de signification qu'en matière de régulation économique. Son rôle politique se manifeste avant tout dans sa participation à la production des normes (1), se révélant ainsi comme la « bouche » d'une régulation profondément politique (2). Cependant, il faut d'emblée écarter l'idée d'une quelconque transformation de son rôle en une politique partisane. Tel un rempart infranchissable, il garde sa souveraineté *erga omnes* (3), tant sur le plan national (4) que communautaire (5). Le rôle politique du juge de l'Union est d'ailleurs si intense qu'il s'impose de le nuancer (6).

1- Manifestation du rôle politique par la production jurisprudentielle des normes

1232. Il faut souscrire à la considération selon laquelle « *l'allocation autoritaire des valeurs* »²⁶⁴³. Autrement dit, la production des normes, à travers des décisions et des actes, se présente comme « *la première fonction politique des juges* »²⁶⁴⁴. On peut même dire que la démarche qui consiste à opposer un ordre public à un autre demeure un processus hautement politique dans la mesure où la fonction du juge ne se limite pas à « *une application mécanique de la règle de droit à un fait brut, [elle] implique des choix de politique juridique* »²⁶⁴⁵. Qu'il s'agisse de

²⁶⁴³ EASTON D., *A Systems Analysis of Political Life*, New York, John Wiley & Sons, 1965, p. 21 cité par GRANDJEAN G., « Les fonctions politiques des juges. Propos introductifs sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction », art. cit., p. 24.

²⁶⁴⁴ *Ibid.*

²⁶⁴⁵ THUNIS X., « La sagesse du juge : le devoir avant la vertu », in MIES F., *Toute la sagesse du monde, Hommage à Maurice Gilbert*, s.j. pour le 65^e anniversaire de l'exégète et du recteur, Namur, Lessius - Presses universitaires de Namur, coll., « Connaître et croire », vol. 4, 1999, p. 229 et s. ; PAQUES M., « L'action politique du juge. En particulier celle du juge de l'administration », in GRANDJEAN G., WILDEMEERSCH J. (dir.), *Les juges : décideurs politiques ?*, op. cit., p. 134.

« *comblar les lacunes de la loi* »²⁶⁴⁶ ou d'interpréter des textes « *obscuras ou imprecisas* »²⁶⁴⁷, le juge participe à l'élaboration des normes. En faisant cela, il joue un rôle tout aussi fondamental que celui de juger et cela revient *in fine* à jouer un rôle politique dans le sens où il réorganise les comportements des acteurs concernés par son interprétation souveraine. Mais si, selon Danièle Lochak, l'on ne peut affirmer avec netteté que le juge administratif, à la tête duquel se trouve le Conseil d'État, est « *une institution libérale* », il n'en reste pas moins qu'il n'exclut pas l'idée et préfère qualifier sa position de « *libéralisme républicain* »²⁶⁴⁸. C'est-à-dire celui qui concilie le libéralisme et les principes issus de 1789. Et contrairement à ce qu'on pourrait attendre, cet auteur estime que le Conseil d'État fait preuve « *d'un conservatisme libéral* » qui se manifeste par sa « *résistance aux changements économiques et sociaux* »²⁶⁴⁹. Il estime que le Conseil d'État manifeste souvent son hostilité à l'interventionnisme économique de l'État. Or, il n'en reste pas moins que la Haute juridiction administrative fait preuve de parcimonie et ne sacrifie pas l'ordre public économique, de surcroît lorsque l'intervention de l'État est nécessaire, au profit du laisser faire. La justice demeure politique par « *sa fonction normative* »²⁶⁵⁰. D'autant plus que le fondement libéral de l'union économique fait que désormais l'évidente évocation du rôle politique du juge, en ceci qu'il opère des choix d'orientation et de conception par rapport à d'autres philosophies économiques, politiques et juridiques, relève à la fois d'un « *pléonasm* » et de « *la plus grande des banalités* »²⁶⁵¹.

2- Le juge comme la « bouche » d'une certaine politique de régulation

1233. Le juge est d'une certaine façon l'interprète d'un système politique. C'est dans ce sens que David Easton indique que son rôle consiste « *à garantir la continuité, voire la persistance, d'un système politique* »²⁶⁵². Il se pourrait que cet auteur ait affirmé ceci sous l'influence empirique du système politique et judiciaire américain lequel, à certains égards, est très différent du système européen et notamment français. Toutefois, que l'on soit dans un système ou dans

²⁶⁴⁶ Danièle Lochak précise tout de même que la notion de « *lacune dans l'ordre juridique est essentiellement relative et subjective* » car souvent brandit en fonction des « *propres conceptions politico-morales* » du juge. Chaque juge semble l'évoquer en fonction de ses convictions personnelles. Cf. LOCHAK D., *Traité des sciences administratives*, op. cit., p. 83.

²⁶⁴⁷ LOCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif français*, op. cit., p. 83.

²⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 158.

²⁶⁴⁹ L'auteur souligne par exemple que le Conseil a « *minimisé la portée des décrets-lois de 1926 relatifs à la création de services publics par les collectivités, et ait prévaloir ainsi le dogme du libéralisme économique sur la volonté manifeste des auteurs de ce texte* ». Cf.: *ibid.*, p. 313.

²⁶⁵⁰ POIMEUR Y., « *Comprendre la « justice politique » au niveau européen* », in CLEMENT-WILZ L. (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 67 et s.

²⁶⁵¹ DUBOUT E., « *Le libéralisme politique de la Cour de justice-Le cas de la liberté d'entreprise* », in CLEMENT-WILZ L. (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, *ibid.*, p. 145.

²⁶⁵² EASTON D., *A Systems Analysis of Political Life*, op. cit., p. 38.

un autre, exception faite de quelques revirements ou évolutions jurisprudentiels, le juge, via ses décisions et ses avis, sans faire de la politique dans le sens de la conquête du pouvoir, se fait légitimement le porte-parole d'un système politique. « *Les juridictions contribuent à l'établissement et au maintien d'un ordre politique, c'est-à-dire d'un ensemble structuré de valeurs, de principes et d'intérêts par lesquels s'exerce la domination politique, ce mélange de contrainte et d'acceptation de la contrainte* »²⁶⁵³. Dans le domaine économique et ce pendant longtemps, le juge administratif n'appréhendait les activités économiques que par un « *travail discret d'annexion* »²⁶⁵⁴. Mais les choses ont changé puisque depuis lors, il semble avoir fait « *une entrée en force dans la matière de régulation économique* »²⁶⁵⁵. En matière de concurrence économique par exemple, le rôle politique du juge ressort avec un certain intérêt dans la mesure où ses décisions « *répartissent les ressources à l'intérieur des collectivités humaines et opèrent donc des fonctions de régulation* »²⁶⁵⁶, voire des choix politiques.

3- L'impérissable souveraineté du juge dans son rôle politique comme singulier rempart

1234. Si juger c'est « *agir selon l'esprit des lois en demeurant conscient que la loi n'est pas la seule source de sagesse à laquelle le juge peut puiser les solutions qui répondent au besoin d'équité des justiciables* »²⁶⁵⁷, la reconnaissance de l'existence d'une certaine subjectivité objective, au demeurant acceptable pourvu qu'elle soit justifiée pour et par le Politique, n'enlève en rien l'objectivité indispensable à toute autorité de jugement, qu'elle soit juge ou régulateur. C'est ainsi que pour certains auteurs, juger consiste alors et surtout « *dans l'exercice, par une autorité saisie d'un conflit, d'un ensemble de capacités dont aucune ne peut faire défaut : savoir écouter et chercher à comprendre, savoir s'astreindre à s'incliner devant une règle qu'on n'eût pas voulu faire et imaginer toutes les possibilités laissées par les règles*

²⁶⁵³ Cette référence à la contrainte n'est pas sans rappeler « *le monopole de la violence légitime* » tel que Hobbes l'avait décrit. Qui pourrait être mieux placé que les juges pour incarner une telle violence légitime au nom de l'État ? La réponse est sans équivoque. Cf. DUMOULIN L., « Les juges sont-ils des décideurs politique ? », art. cit., p. 79.

²⁶⁵⁴ BRECHON-MOULENES Ch., « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », in *Le juge administratif et le contentieux économique*, AJDA, sept. 2000, p. 679-686. Cf. aussi FRISON-ROCHE M.-A., « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative », art. cit., p. 408.

²⁶⁵⁵ *Ibid.*

²⁶⁵⁶ DUMOULIN L., « Les juges sont-ils des décideurs politique ? », art. cit., p. 91.

²⁶⁵⁷ SLACHMUYLDER L., « Juger c'est pacifier », *Juger*, n° 1, printemps 1991, p. 18, in JONGIN F., *La police de l'audiovisuel : analyse comparée de la régulation radio et de la télévision en Europe*, thèse, Université de Louvain, 1993, p. 100.

à observer, savoir hésiter avant de choisir, savoir résister aux pressions venant de l'opinion publique ou d'ailleurs et savoir enfin se garder de ses propres préventions »²⁶⁵⁸.

1235. Sans qu'il soit nécessaire de s'orienter vers des « nouvelles loyautés »²⁶⁵⁹, la vocation doit demeurer la même : réguler, juger et impulser l'évolution de la législation et de la jurisprudence vers davantage de protection de l'humain par le Politique et par le Droit. Dans ce sens, une certaine dose de « politique » des juges pourrait être la bienvenue. « Lorsque le juge administratif se comporte comme auxiliaire des autorités politiques en cas de crise grave, son attitude est dictée en partie par le souci de préserver les fondements du régime ou l'existence des institutions. De même lorsqu'il refuse de céder à des mouvements éphémères de l'opinion, c'est par fidélité à une certaine tradition modérée qu'il entend maintenir »²⁶⁶⁰. De toute les façons, face à un modèle politique, une régulation juridique partant d'une idéologie politique ne doit pas poser de débats particuliers dès lors que la mondialisation, triomphe du libéralisme sur les autres modèles économiques, entériné entre autres par la chute du mur de Berlin, « n'était pas [seulement] économique, mais encore politique et idéologique »²⁶⁶¹. Il ne faudrait cependant pas céder à une conception économiste du droit en réduisant le juge en un « bras armé d'une politique économique qui vise à réduire les coûts, désengorger les tribunaux, bref à gouverner et penser par la loi des chiffres et des nombres »²⁶⁶².

1236. Sur le paradoxe que pose la question de savoir si le juge devrait avoir un rôle politique, puisqu'il n'est pas une autorité élue, n'ayant donc pas de rôle exécutif, pour prétendre à une telle fonction, Danièle Lochak lève un peu plus le voile en affirmant que « le juge administratif français n'est pas un juge comme les autres »²⁶⁶³. L'une des manifestations les plus éloquents du rôle politique du Conseil d'État ou même de la Cour de cassation se constate dans sa fonction de gardien de l'intérêt général qui est « éminemment une construction politique progressive dont il ne peut pas être indépendant »²⁶⁶⁴. Pour Eisenmann, « il est évident que la justice, qui est un service public destiné à trancher des litiges, et qui contribue à l'établissement de l'ordre

²⁶⁵⁸ FRANÇOIS L., « Le rôle du juge », *Juger*, n° 1, printemps 1991, p. 8.

²⁶⁵⁹ OST F., « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », in Institut d'études sur la justice, *Le rôle du juge dans la cité : actes du Colloque, 12 oct. 2001*, Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, coll., « Cahiers de l'Institut d'Études sur la Justice », 2002, 186 p., spéc. p. 15-45.

²⁶⁶⁰ LOCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif français*, op. cit., p. 297.

²⁶⁶¹ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, op. cit., p. 160.

²⁶⁶² ROUVIERE F., « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », art. cit., p. 9.

²⁶⁶³ LOCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972, p. 9.

²⁶⁶⁴ ALLIER H., HEIDSIECK Ch.-B., LAVIGNE L., *Intérêt général : nouveaux enjeux, nouvelles alliances, nouvelle gouvernance*, Rapport, préc., p. 14.

juridique dans l'État, est une activité d'intérêt politique »²⁶⁶⁵. Une autre auteure renchérit : « *étant juge des rapports entre le pouvoir et les citoyens, entre le gouvernants et les gouvernés, il est amené par la force des choses à rendre des sentences dont la répercussion se fera sentir sur le plan politique* »²⁶⁶⁶. Ce serait donc un nihilisme quelque peu risible que de s'en excuser.

4- Lucidité du juge économique national dans la mise en œuvre de son rôle politique

1237. En ce qui la concerne, la Haute juridiction judiciaire n'hésite pas, dans l'encadrement de la mondialisation économique, à écarter des lois étrangères qui heurteraient l'ordre public du droit français. Elle procède également, par le biais de la loi de police, à « *la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique* »²⁶⁶⁷. Cette opposition entre diverses conceptions de l'ordre public et l'interprétation de ce qui relève du fondamental ou non a également pu, dans l'emblématique affaire *Erika*, être mise en œuvre par la Cour de cassation. Dans cette affaire, la Cour « *impose la compétence du juge français [...] pour englober dans la répression des comportements d'imprudence en apparence délaissés par les instruments internationaux [...] pour indemniser les victimes* »²⁶⁶⁸. Un auteur a d'ailleurs pu affirmer que « *la relation du juge au pouvoir politique est de nature dialectique : le pouvoir a besoin du juge pour consacrer sa légitimité—car l'existence du juge atteste que les citoyens ne vivent pas sous l'arbitraire ; mais il craint en même temps les empiètements éventuels de ce dernier sur un domaine qu'il considère comme le sien propre* »²⁶⁶⁹. Il en découle que, en dépit de la nécessité de ne pas confondre le juge et le politique, le fait que le premier puisse remplir ne serait-ce que partiellement le rôle du second est beaucoup moins intolérable voire plus souhaitable²⁶⁷⁰, que le second ne soit amené à jouer ne serait qu'une petite portion du rôle du premier.

5- Quid du rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne ?

1238. La doctrine prend moins de pincette quand il s'agit de reconnaître le rôle politique du juge communautaire. Certains estiment que considérer la CJUE « *comme un acteur politique* »

²⁶⁶⁵ Ch. EISENMANN, « La justice dans l'État », in Centre des sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, *La justice*, p. 26. Cf. aussi LOCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif français*, op. cit., p. 9.

²⁶⁶⁶ WEIL P., « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? » *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1959, p. 281.

²⁶⁶⁷ Cour de cassation, *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Etude annuelle, Paris, La Documentation française, 2017, p. 13.

²⁶⁶⁸ Cass. crim., 25 sept. 2012, *Sté. Rina, Total e. a.*, n°10-82.938, pt. 14.

²⁶⁶⁹ LAVAU G., « Le juge et le pouvoir politique » in Centre des sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, *La justice*, op. cit., p. 62.

²⁶⁷⁰ Pour peu qu'on ne tombe pas dans un indésirable gouvernement des juges.

est non seulement « *pas nouveau* » mais que c'est surtout « *extrêmement banal* »²⁶⁷¹. Selon Laure Clément-Wilz, cette vision envisage la Cour soit comme « *un acteur politique rationnel, au même titre que les autres acteurs politiques* »²⁶⁷², soit comme « *un acteur différent des autres, en raison spécialement du contexte juridique, qui encadre et limite le rôle du juge* »²⁶⁷³. Qualifier la fonction du juge de l'Union de « *'politique'* » n'implique pas qu'elle est en dehors du droit. Bien au contraire, le rôle politique du juge repose avant tout sur sa fonction normative ». Même si ce rôle politique « *cherche aussi à dépasser l'analyse de sa fonction normative et en cela s'en distingue* »²⁶⁷⁴. Il est cependant indéniable que le juge conserve trois rôles politiques fondamentaux. Celui portant sur une « *politique d'orientation* », un autre considéré comme « *politique critique* » et un troisième désigné comme « *politique-choix* »²⁶⁷⁵. Tout comme le Conseil d'État, la CJUE est amenée, « *par la force des choses* »²⁶⁷⁶, à exercer un rôle politique. Tout jugement peut s'avérer politique dans la mesure où il opère des choix entre deux conceptions juridiques d'un fait précis. On peut même partager l'affirmation selon laquelle « *tout acte de juger, qu'il soit interprétatif ou plus franchement 'légiférant', est toujours et fondamentalement politique* »²⁶⁷⁷.

6- Une interprétation nuancée du rôle politique du juge communautaire

1239. À l'instar du juge national, on peut reconnaître un rôle « politique » au juge de la CJUE, mais sans le confondre avec le Politique ou le gouvernement des juges. Ceci est d'autant plus important que toute interprétation sans nuance ni délimitation de ce qu'on entend par rôle politique du juge risque de porter atteinte non pas seulement à l'institution judiciaire mais aussi et surtout à la crédibilité de ses décisions, au demeurant liées par son indépendance et son

²⁶⁷¹ CLEMENT-WILZ L., « Introduction : Analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne », in CLEMENT-WILZ L., (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 13-14.

²⁶⁷² ALTER K.-J., HELFER R.-L., « Nature ou Nurture ? Judicial lawmaking in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice », *International Organisation*, 2010, vol. 64, n° 4, p. 563-592.

²⁶⁷³ DEHOUSSE R., *The european Court of Justice : the politics of judicial intégration*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 1998, 228 p.; GRIMMEL A., « Judicial interpretation of judicial activism-The legacy of rationalism in the studies of the European Court of justice », *European Law Journal*, vol. 18, n° 4, 2012, p. 518-535 ; VAUCHEZ A., « The transnational politics of judicialization. Van Ged en Loos and the making of UE polity », *European Law Journal*, vol. 16, n° 1, p. 1-28, in CLEMENT-WILZ L., *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 14.

²⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 16.

²⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 17, 18 et 19.

²⁶⁷⁶ BOULOUIS J., « A propos de la fonction normative de la jurisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, p. 149-162, spéc. p. 152.

²⁶⁷⁷ DE BECHILLON D., « Le gouvernement des juges, une question à dissoudre », in BRONDEL S., FOULQUIER N., HEUSCHLING L. et al. (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « Série science politique », 2001, p. 349. Exclure et/ou choisir une vision de société au détriment ou au profit d'une autre, c'est politique (mentionné par nous).

impartialité. Antoine Vauchez souligne à cet effet que « *dire d'une cour qu'elle est 'politique', ce n'est pas en effet simplement donner une définition abstraite de son rôle, c'est aussi toucher l'un des éléments clés de sa légitimité ou, pour le dire autrement, de sa capacité à convaincre de la qualité proprement judiciaire (et non pas politique) de ses actes et de la qualité proprement juridictionnelle de l'institution elle-même* »²⁶⁷⁸. La valeur d'une telle nuance réside dans le fait que toute tentative hasardeuse de requalification de la Cour, et du juge de la régulation de manière globale, en « *en acteur politique (...) risquerait immanquablement d'apparaître comme une opération de disqualification* »²⁶⁷⁹ du juge et de son rôle dans la société. Ceci tient au fait que son impartialité doit être *erga omnes*. La régulation économique restitue avec véhémence l'importance d'une telle impartialité dans la mesure où les décisions du juge doivent être triplement indépendantes : à l'égard des acteurs régulés, des autorités publiques et du régulateur lorsque ce dernier agit auprès de lui en tant que partie. La capacité et la multiplication des remises en cause des décisions du régulateur par le juge en font foi. Par ailleurs, le rôle politique du juge prend encore davantage d'ampleur lorsqu'on s'intéresse aux mesures dites « anti-crise » qu'il est amené à prendre dans le domaine économique et financière. Pour Francesco Martucci, dès lors que « *crise et politique* » entretiennent d'étroites relations, la jurisprudence de la Cour de justice ne demeure-t-elle pas en conséquence « *nécessairement politique ?* »²⁶⁸⁰.

1240. S'agissant de son rôle politique tel qu'il est défini et circonscrit plus haut, aussi bien sur le plan national que communautaire, il s'avère indispensable d'un autre point de vue, au regard de la proportion prise par la mondialisation économique, que ce rôle se renforce avec vigueur mais sans que le juge ne devienne un politique dans le sens courant du terme. Cette parcimonie ressort d'ailleurs de façon approfondie dans le contrôle juridictionnel opéré par la CJUE en matière de régulation économique.

1241. Aussi complexe que cela puisse paraître, l'ordre public économique, pour le maintien duquel le pouvoir administratif exorbitant est mis en œuvre, est « *lié consubstantiellement à une certaine liberté de la liberté* »²⁶⁸¹. Il se trouve que l'exercice effectif d'une telle liberté se mesure aussi par la lisibilité du recours juridictionnel offerte aux acteurs économiques. Le

²⁶⁷⁸ VAUCHEZ A., « Le travail politique du droit ou comment réfléchir au 'rôle politique' de la Cour ? », in CLEMENT-WILZ L. (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 39.

²⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 43.

²⁶⁸⁰ MARTUCCI F., « Les 'Mesures anti-crise' et le droit de la stabilité financière », art. cit., p. 259.

²⁶⁸¹ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », art. cit., p. 95. Cf. aussi BAILLET O., « La notion d'ordre public économique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », art. cit., p. 201.

recours contre les décisions des autorités de régulation demeure totalement ouvert aux acteurs régulés mais il se doit tout de même d'être « *organisé et respecté* »²⁶⁸². C'est-à-dire que les motifs de saisines doivent être valables et soutenus par des arguments fondés. Pour qu'une telle organisation harmonieuse puisse demeurer, il est temps, eu égard à la prolifération des régulateurs indépendants, que le contrôle juridictionnel en droit interne devienne plus intelligible. Il va de son effectivité, de son efficacité ainsi que de sa crédibilité et de sa simplicité aux yeux des acteurs économiques, surtout les plus faibles d'entre eux.

²⁶⁸² Cons. const., décis. du 9 avr. 1996, relative à la Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *supra*. Cf. DELVOLVE P., « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *LPA*, 17 sept. 2001, n° 185, p. 18.

Chapitre II- Un contrôle juridictionnel plus intelligible du pouvoir administratif exorbitant en droit de l'Union européenne

1242. Le contrôle juridictionnel de la régulation économique en droit communautaire a ceci de distinctif par rapport au droit national qu'il est plus lisible et moins imbriqué. Une telle intelligibilité résulte à la fois du simple double degré de juridiction tel qu'il s'opère entre la Cour de justice, comprenant le Tribunal, et de l'harmonie dudit contrôle résultant de l'unicité du régulateur européens, en l'occurrence la Commission. Il résulte de ce double degré de juridiction que le justiciable saisit en premier recours le Tribunal et, le cas échéant, la Cour de justice en ultime recours. Il en découle un contrôle moins enchevêtré qu'en droit national²⁶⁸³. L'alinéa 4 de l'article 263 du TFUE dispose que « *toute personne physique ou morale peut former (...) un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* »²⁶⁸⁴. La jurisprudence pose quant à elle clairement, et ce de façon constante, que le principe selon lequel toutes les décisions des institutions, y compris et surtout celles qui sont concernées ici--celles de la Commission--sont attaques devant le juge, en vertu du principe de la protection juridictionnelle effective, dès lors qu'elles produisent des effets juridiques²⁶⁸⁵. Ce qui implique, en vertu de cette protection juridictionnelle effective, l'irrecevabilité du recours en annulation à l'encontre de mesures ne produisant pas d'effets juridiques obligatoires. Ces dernières sont néanmoins attaques sur le fondement du recours en responsabilité non contractuelle de l'Union²⁶⁸⁶.

1243. Le contrôle juridictionnel des actes et décisions de la Commission effectué par le juge européen se justifie doublement. D'une part, il faut préserver le droit des entreprises à être

²⁶⁸³ Cf. Le Chapitre précédent.

²⁶⁸⁴ Le sixième et dernier alinéa du même article 263 fixe le délai à partir duquel le recours doit être exercé et dispose que « *Les recours prévus au présent article doivent être formés dans un délai de deux mois à compter, suivant le cas, de la publication de l'acte, de sa notification au requérant ou, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance* ». Les délais de recours sont identiques lorsqu'il s'agit d'intenter un recours contre les arrêts du Tribunal devant la Cour sur le fondement de l'article 56 portant statut de la CJUE et en application de 225 du Traité CE. Ce délai est néanmoins prorogé, sous le régime du délai de distance, de deux mois supplémentaires à partir de la notification de la décision attaquée. La jurisprudence prend en compte la date de la notification postale déposée au greffe et non l'accusé de réception. Cf. TPI, 29 mai 1991, *Bayer c./ Commission*, aff. T-12/90, *Rec.* 1991, p. II-219.

²⁶⁸⁵ Trib. UE, 2 mars 2010, *Evropaïki Dynamiki c./ EMSA*, aff. T-70/05, *Rec.*, 2010 p. II-313, pt. 64, 67 et 75 ; Trib. UE, 8 juill. 2010, *Evropaïki Dynamiki / AEE*, aff. T-331/06, *Rec.*, 2010 p. II-136, pt. 33 et 37. Rappelant la jurisprudence du Tribunal : TPICE, 8 oct. 2008, *Sogelma c./AER*, aff. T-411/06, *Rec.*, 2008 p. II-2771, pt. 36, CJCE, 23 avr. 1986, *Parti écologiste c./Parlement européen*, dit « Les Verts », aff. 294/83, *Rec.*, 1986, p. 1339, pt. 23 à 25.

²⁶⁸⁶ CJUE, Ord. 28 juin 2011, *Verein Deutsche Sprache / Conseil*, aff. C-93/11 P, *Rec.*, 2011, p. I-00092, pt. 30-31 ; Ord. Trib. UE, 12 mars 2012, *Universal c./ Commission*, aff. T-42/11, *Réc. num.* 2012, 122, pt. 43-45.

équitablement jugées en vertu de principes régissant le procès équitable. Les acteurs économiques ne sont pas moins des justiciables que les autres. Ainsi évoque-t-on leurs droits fondamentaux, formule pourtant réservée pendant très longtemps aux personnes physiques²⁶⁸⁷. D'autre part, il est tout aussi impératif de préserver l'efficacité de la régulation économique et par ricochet l'ordre public économique et donc l'intérêt général. D'autant plus que « *les règles du droit de la concurrence relèvent de l'ordre public économique communautaire* »²⁶⁸⁸. Pour ce faire, le juge se livre à un véritable exercice de conciliation entre exorbitance et respect des droits des entreprises, sans céder aux instrumentalisation possibles des règles de droit, qui sont pourtant nombreuses. Le procès équitable est en l'occurrence un aspect fondamental et conserve sa vigueur tant dans la procédure d'enquête que dans la décision finale de l'autorité de régulation, c'est-à-dire la Commission européenne. Celui-ci peut être « *influencé non seulement par ce qui se déroule au cours de l'instance, mais aussi par ce qui se passe au stade des procédures pré-contentieuses* »²⁶⁸⁹. La Commission ne peut en conséquence faire économie du respect des règles relatives au droit des parties régulées dans sa procédure administrative et ce en dépit même du renforcement de ses pouvoirs par le Règlement 1/2003. La Cour a pu considérer que le respect des garanties procédurales fait non seulement partie de l'ordre juridique communautaire mais que leur respect revêt un caractère fondamental²⁶⁹⁰.

1244. En vertu de l'article 278 du TFUE, le recours devant le juge de l'Union n'a pas un effet suspensif. Ceci s'explique notamment par la présomption de légalité dont bénéficient les actes et décisions des institutions européennes. Cette présomption n'empêche néanmoins pas le juge, lorsqu'il l'estime nécessaire au regard des circonstances, de décider de sursoir à l'exécution d'une décision. Il peut de surcroît et ce en vertu de l'article 279 TFUE, prendre toutes les mesures supplémentaires nécessaires y compris des mesures provisoires tendant à assurer l'effectivité de son contrôle. Le juge a ainsi pu interdire à un État membre d'octroyer une aide d'État envisagée jusqu'à ce qu'il soit statué sur la décision attaquée²⁶⁹¹.

²⁶⁸⁷ La formulation selon laquelle les personnes morales disposent de droits fondamentaux n'est désormais plus considéré comme inévidente.

²⁶⁸⁸ VAUTROT-SCHWARZ Ch.-A., « L'ordre public économique » art. cit., p. 188.

²⁶⁸⁹ BARRINGTON D., « The portion of the right to a fair hearing and the scope of judicial review in the sphere of competition », in Communauté européenne, TPICE, *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations*, Actes du séminaire organisé par le TPICE, les 22 et 23 nov. 1993, Luxembourg, OPOCE, 1994, p. 12. Cf. aussi FAURE V., *L'apport du Tribunal de première instance des communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, p. 27.

²⁶⁹⁰ CJCE, 12 nov. 1991, *Technische Universität München/Hauptzollamt*, aff. T-269/90, *Rec.* 1991, p. I-5469, pt. 14.

²⁶⁹¹ CJCE, ord. 20 sept. 1983, *Commission c./ France*, aff. C-171/83 R, *Rec.*, 1983, p. 2621.

1245. Bien avant d’aller plus loin dans les détails de ce contrôle juridictionnel et voir comment, dans un contexte de globalisation économique, le juge de l’Union concilie, avec plus ou moins de succès, le respect des droits des entreprises et la préservation de la plus que nécessaire efficacité du régulateur (Section **II**) ; il semble judicieux de s’intéresser de prime à bord à un contrôle juridictionnel sinon largement opéré ou du moins profondément influencé par le respect des règles de concurrence (**Section I**).

Section I- Un contrôle de l’exorbitance effectué sous le prisme de l’ordre public concurrentiel

1246. Il est certain que l’ordre public économique européen, à l’instar de celui qui prévaut en droit national, ne peut être réduit à l’ordre concurrentiel. Il n’en reste pas moins que ce dernier demeure l’une des composantes majeures sinon la plus déterminante de celui-là. Cette consubstantialité fait que le contrôle du respect de l’ordre public concurrentiel entraîne, presque de *facto*, celui de l’ordre public économique. Cette fonction ressort assez vite lorsque les questions relatives à l’ordre public économique, notamment celles afférentes au respect des règles de la concurrence, sont abordées²⁶⁹².

1247. La configuration institutionnelle du contrôle juridictionnel de la régulation économique au niveau communautaire a ceci de plus intelligible qu’elle s’opère entre le Tribunal et la Cour de justice de l’Union européenne, offrant ainsi une lecture plus ou moins claire tant à la procédure de la Commission que le recours juridictionnel. Ce double degré de juridiction, naturellement complémentaire, fonctionne avec une répartition de compétences établie de sorte que l’observation de l’ordre public concurrentiel se présente comme un tangible trait d’union entre les institutions (§1). La répartition des compétences entre la CJUE et le Tribunal n’est pas d’une étanchéité impliquant que l’une s’occupe d’un tel contrôle et que l’autre s’occupe d’un tel autre. Dans le fond, il y a d’abord et avant tout, de part et d’autre, un contrôle de légalité, puis de manière assez limitée, un contrôle de pleine juridiction (§2). Cette limite ressort encore plus singulièrement lorsqu’on analyse la compétence de pleine juridiction de la Cour de justice (§3).

²⁶⁹² CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd, Benetton International NV*, aff. C-126/97, 1999, *Rec.*, p. I-3055, pts 39-40 ; CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, aff. jntes, C-295/04 à C-298/04, *Rec.*, 2006, p. I-6619, pt. 31, CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands, BV, KPN Mobile NV, e. a.*, aff. C-08/08, *Rec.*, 2009, p. I-4529, pt. 49. Cf. aussi CLAUSEN F., *Les moyens d’ordre public devant la Cour de justice de l’Union européenne*, *op. cit.*, p. 27.

§1- Un contrôle juridictionnel axé sur le respect de l'ordre public concurrentiel

1248. L'organisation institutionnelle des juridictions européennes, centrée autour d'un double degré de juridiction, s'avère être beaucoup plus accessible et facilite la compréhension du contrôle juridictionnel en matière de régulation économique. L'ancien article 230 TCE, devenu article 263 TFUE, cite un certain nombre d'actes de diverses institutions dont le contrôle relève de la Cour de justice entendue dans un sens large. Autrement dit, comprenant le Tribunal. Il dispose, dans le même entendement que « *la Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission [...] destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers* ». La Cour précise, s'agissant de l'intérêt à agir, qu'il faut démontrer, en sus de ne laisser aucun pouvoir d'appréciation à d'autres destinataires, en quoi l'acte attaqué affecte la situation juridique du particulier²⁶⁹³. Sur le fondement des dispositions susmentionnées, les acteurs régulés directement concernés par une mesure ou une décision émanant du régulateur européen, la Commission, se réservent le droit de saisir le juge communautaire. Ils peuvent également être attirés devant la CJUE, entendue au sens strict, lorsque le régulateur, après avoir estimé que, conformément au double degré de juridiction, le Tribunal a, par erreur d'appréciation légale, favorablement disculpé un acteur préalablement sanctionné par la Commission. Dans ces conditions, le régulateur est soumis aux mêmes conditions de jugement que l'acteur régulé.

1249. Le régulateur européen a pour mission de veiller au respect de la concurrence entre les acteurs économique. La mondialisation économique, entraînant *de facto* la mondialisation des acteurs et la globalisation du marché, a considérablement renforcé cette mission. Cette dernière s'inscrit dans un objectif global qui est celui de la construction européenne. Or, cette construction « *vieille depuis plus de 50 ans a façonné un mode de pensée et de fonctionnement fondamentalement libéral, faisant de la libre concurrence la base essentielle de son développement* »²⁶⁹⁴. La jurisprudence abonde également dans ce sens, sans nécessairement imposer la concurrence et en impulsant un « *workable competition, c'est-à-dire une dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du Traité* »²⁶⁹⁵. Elle a ainsi réaffirmé le caractère fondamental des articles 101 et 102 TFUE sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles dès lors que leur violation porte atteinte à

²⁶⁹³ CJCE, 13 mars 2008, *Commission c./Infront WM*, aff. C-125/06 P, *Rec.*, 2008, p. I-01451, pt. 47.

²⁶⁹⁴ SERVOIN F., *droit administratif de l'économie*, op. cit., p. 9.

²⁶⁹⁵ C'est ce qui ressort de l'arrêt de la CJUE, 25 oct. 1977, *Metro SB Rossmärkte GmbH & Co. KG, Schlüterstraße c./Commission*, aff. C-26/76, pt. 20.

la concurrence et, en conséquence, à la construction et la consolidation du marché intérieur²⁶⁹⁶. Plus récemment, le Tribunal de l'Union est allé plus loin en affirmant clairement que les dispositions de l'article 101 sont « *d'ordre public* »²⁶⁹⁷. Le respect de la concurrence au niveau communautaire revêt la même importance que son respect en droit national. La sauvegarde de l'ordre public économique globale implique donc le respect en amont de l'ordre public concurrentiel. Dans l'affaire *T. Mobile*, le juge de l'Union a eu à réaffirmer l'importance sinon la transversalité dynamique et la consubstantialité du respect de la concurrence dans la construction du marché intérieur. La Cour affirme qu'en « *tout état de cause* [le respect des règles de concurrence] *visé non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle* »²⁶⁹⁸. La seule inobservation du droit de la concurrence, en dehors de tout autre motif, suffit à sanctionner ces pratiques dans la mesure où la construction du marché intérieur en est tributaire. Partant, au nom de ce seul motif, la Commission peut ouvrir des enquêtes et, le cas échéant, sanctionner les entreprises qui seraient coupables de la violation desdites règles. La concurrence semble donc, à elle seule, tenir l'ordre public économique européen. En tout cas, son respect en constitue l'un des piliers indispensables et essentiels à l'ensemble juridique, politique et économique sur lequel veillent les institutions de l'Union européenne.

1250. Les questions d'ordre public ne sont pas étrangères pour la CJUE. Elle s'en est très tôt saisie car dès 1954, elle a pu considérer que l'ordre public européen est de nature à s'imposer *erga omnes*²⁶⁹⁹. Bien que l'expression « moyen d'ordre public » n'y soit pas explicitement employée, le fond de l'affaire y renvoie au point que certains considèrent cet arrêt comme les « jalons du moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne et du pouvoir corrélatif du juge de l'examiner d'office »²⁷⁰⁰. Même si dans l'état actuel de la jurisprudence, le Tribunal ne peut enjoindre aux institutions, dont il peut constater la carence, il n'en reste pas moins qu'il conserve la compétence de statuer sur les recours en carence contre toutes les institutions communautaires, y compris donc la Commission²⁷⁰¹. S'agissant des entreprises

²⁶⁹⁶ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd, Benetton International NV*, *supra*, pt. 36; TPICE, 27 sept. 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c./Commission*, aff. T-168/01, *Rec.*, 2006, p. II-2969, pt. 118.

²⁶⁹⁷ Trib. UE, 3 mars 2011, *Areva, Alstom e. a. c./Commission*, aff. : T-117/07 et T-121/07, *Rec.*, 2011, p. II-00633, pt. 229.

²⁶⁹⁸ CJCE, 4 juin 2009, *T. Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, e. a.*, *supra*, pt. 38 et 58.

²⁶⁹⁹ CJCE, 21 déc. 1954, *France c./ Haute autorité*, aff. 1/54, *Rec.*, 1957, p. 7.

²⁷⁰⁰ CLAUSEN F., Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 2.

²⁷⁰¹ L'alinéa 2 de l'article 263 TFUE précise que « *la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, ou détournement de pouvoir, formés par un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission* ». Cf. TPI, 9 sept. 1999, *UPS Europe SA*, aff. T-127/98, *Rec.*, 1999, p. II-2633.

ayant intérêt à agir, la Commission a seulement l'obligation d'examiner la plainte²⁷⁰² car la décision d'ouverture d'une enquête suite à une telle plainte relève de son appréciation souveraine.

§2- Un contrôle juridictionnel foncièrement axé sur le contrôle de légalité

1251. Le contrôle juridictionnel tel qu'il s'opère en droit de l'Union se caractérise par une répartition assez fine des rôles entre le Tribunal, qui contrôle au premier degré, et la Cour de justice, qui statue sur la légalité en dernier recours (A). Il faut tout de même noter un accroissement de la vigilance du juge de l'Union qui se justifie entre autres par le renforcement, quoique légitime, de l'intensité de ses missions (B).

A- Fine répartition des rôles entre le Tribunal et la CJUE

1252. L'article 31 du Règlement 1/2003 donne compétence exclusive à la Cour de justice pour le contrôle des décisions de la Commission relatives aux amendes et aux astreintes. Mais cette formulation bien que laissée comme telle même après la création du Tribunal, englobe ce dernier et fait donc de la Cour un juge de second degré « *dans la mesure où les dispositions du Traité relatives à la Cour de justice sont applicables au Tribunal de première instance, à moins que le statut de la Cour de justice n'en dispose autrement* »²⁷⁰³. Une partie de la doctrine²⁷⁰⁴, « *suivie par la jurisprudence* »²⁷⁰⁵, avait ainsi interprété les rôles respectifs des deux juridictions communautaires. Le Tribunal statue en premier ressort et la CJUE apprécie les recours portés soit par la Commission, soit par les acteurs régulés. Le Tribunal conserve donc à la fois la compétence en annulation mais il officie également comme juge de pleine juridiction. La lecture de l'article 31 du 1/2003 semble néanmoins restreindre la compétence de pleine juridiction au juge qu'en ce qui concerne les sanctions pécuniaires infligées par la Commission. En vertu de l'article 33 du même règlement, le Tribunal connaît le recours de « *toutes* » les décisions de la Commission relatives à la régulation économique et plus singulièrement celles portant sur le respect des règles régissant la concurrence dans l'Union. Toutefois, si les décisions constatant les infractions aux règles de concurrence ne font en principe pas l'objet de recours, à l'instar

²⁷⁰² Dans un délai de deux mois renouvelables une fois en cas de silence de la Commission et en cas d'un deuxième silence la personne physique ou morale dont l'intérêt à agir est justifié peut directement introduire un recours en carence devant le Tribunal.

²⁷⁰³ COLLIN R., MARCINKOWSKI M., LAJNEF N., « Concurrence : procédure devant la Commission », *Dalloz*, sept. 2009, actualisé avr. 2016, p. 498.

²⁷⁰⁴ BLAISE J.-B., « Contrôle des opérations de concentration », *BT/J eur.*, 1990, n° 71 p. 743 ; VOGEL L., « Le nouveau droit européen de la concentration », *JCP E*, 1990. II. 15914, n° 40.

²⁷⁰⁵ COLLIN R., MARCINKOWSKI M., LAJNEF N., « Concurrence : procédure devant la Commission », art. cit., pt. 517.

d'une décision d'engagement de procédure ou d'une communication de griefs²⁷⁰⁶, il n'en va pas ainsi d'une décision portant demande de renseignements²⁷⁰⁷. La jurisprudence a pu cependant admettre un recours contre les effets d'une communication de la Commission²⁷⁰⁸.

1253. L'article 58 du texte portant statut de la Cour de justice précise que « *le pourvoi devant la Cour de justice est limité aux questions de droit. Il peut être fondé sur des moyens tirés de l'incompétence du Tribunal, d'irrégularités de procédure devant le Tribunal portant atteinte aux intérêts de la partie requérante ainsi que de la violation du droit de l'Union par le Tribunal* ». L'article 225 du TCE dispose à son tour que le Tribunal est compétent pour connaître en première instance les recours visés aux articles 230 al. 4²⁷⁰⁹, 232 al. 3²⁷¹⁰, 235²⁷¹¹, 236²⁷¹² et 238²⁷¹³, à l'exception de ceux qui sont attribués à une chambre juridictionnelle et de ceux que le statut réserve à la Cour de justice.

1254. Les décisions de la Commission ne seront sanctionnées par le Tribunal que lorsqu'il y a une erreur manifeste de droit ou lorsqu'elles reposent sur des éléments inexacts d'appréciation²⁷¹⁴. La Commission ne doit pas seulement se contenter de constater l'infraction et de procéder à la sanction de cette dernière. Encore faudrait-il démontrer en quoi une telle infraction doit, juridiquement, être sanctionnée en raison de la violation des dispositions de la concurrence. Le Tribunal a eu à annuler une décision de la Commission pour insuffisance de motivation juridique de la sanction²⁷¹⁵. Le Tribunal a pu considérer qu'une demande de réformation d'une amende englobe nécessairement une demande en annulation de la décision ayant imposé ladite sanction²⁷¹⁶. En l'occurrence, le fond prime sur la forme. Il arrive cependant

²⁷⁰⁶ CJCE, 11 nov. 1981, *IBM c./Commission*, Rec., 1981, p. 2639; CJCE, 6 févr. 1973, *Brasserie de Haecht c./Wilkin-Janssen [Haecht II]*, aff. 48/72, Rec., 1973, p. 77.

²⁷⁰⁷ TPI, 9 nov. 1994, *Scottish Football c./ Commission*, aff. T-46/92, Rec., 1994, p. II. 1039. En conformité avec l'alinéa 3 de l'article 18 du Règlement 1/2003, préc.

²⁷⁰⁸ CJCE, 5 déc. 1963, *Usines Émile Henricot c./ Haute Autorité de la CECA*, aff. jntes., 23/24 et 52/63, Rec., 1963, p. 441. Recours portant sur une communication prise sur le fondement du § 6 de l'article 15 du Règlement 17/62.

²⁷⁰⁹ Renvoyant aux articles 265 al. 3 et 266 TFUE et portant recours contre les actes des institutions de l'Union.

²⁷¹⁰ Recours en carence.

²⁷¹¹ Réparation des dommages résultant d'un acte d'une institution de l'Union.

²⁷¹² Sur les litiges entre la Communauté et ses agents.

²⁷¹³ Les litiges portant sur une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par la Communauté ou pour son compte.

²⁷¹⁴ TPICE, 18 sept. 1992, *Automec Sarl c./ Commission (Automec II)*, aff. T-24/90, Rec., 1992, p. II-2223.

²⁷¹⁵ Trib. UE, 12 avr. 2013, *International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) c./Commission*, aff. T-442/08, *Réc. num. 2013*, 726, pt. 182.

²⁷¹⁶ Trib. UE, 12 juill. 2011, *Fuji Electric Co Ltd c./Commission*, aff. T-132/07, Rec., 2011, p. II-4091, pt. 207.

régulièrement que le juge de l'Union réforme des sanctions pécuniaires sans pour autant revenir sur l'intégralité des décisions attaquées²⁷¹⁷.

B- Vigilance accrue du juge et renforcement légitime du rôle de la Commission.

1255. Le Tribunal s'est très tôt montré ferme lorsque la Commission dépassait ses limites. Celle dont le veto sur le contrôle des concentrations était de nature à « *mettre en lumière la puissance jusque-là* »²⁷¹⁸, s'est confrontée au contrôle effectif exercé par les juridictions européennes. Pour certains auteurs, la Cour de justice constitue, quant à elle, « *une juridiction économique lorsqu'elle tranche notamment les litiges en matière de concurrence et d'aides d'États, ou encore de propriété intellectuelle* »²⁷¹⁹. Ensemble, la Cour et le Tribunal, participent, particulièrement par le biais de la sauvegarde d'un ordre public concurrentiel et donc d'un ordre public économique spécifique à l'Europe, dans cette mondialisation économique dont tout porte à croire qu'elle est uni-sens, à la construction et à l'aboutissement de la construction d'une union européenne à la fois économiquement plus juste, juridiquement plus aboutie et davantage protectrice des valeurs transcendant la simple et très réductrice question de la recherche du profit.

1256. Pour aboutir à un objectif aussi ambitieux que difficile, le juge de l'Union ne peut se permettre d'affaiblir la Commission, gardienne d'un tel ordre public économique. La jurisprudence rappelle régulièrement que la répartition des compétences entre la Commission et les juridictions européennes ont, en vertu des dispositions des TUE et TFUE, pour conséquence qu'il appartient à la Commission, sous le contrôle du Tribunal et de la Cour, de veiller à l'application des principes fixés par les articles 81 et 82 CE²⁷²⁰. Il arrive même que le droit communautaire réclame voire impose aux États de recourir à l'exorbitance dans le but de donner plus de substance à un tel rôle de la Commission. « *Les directives communautaires en matière de marchés publics édictent, par exemple, un régime juridique spécifique applicable à tous contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs soumis à ces directives. L'existence de ce régime juridique spécifique oblige ainsi des États qui, comme l'Allemagne, à les sortir du droit*

²⁷¹⁷ TPICE, 6 mai 2009, *KME Germany c./Commission*, aff. T-127/04, *Rec.*, 2009 p. II-1167 ; Trib. UE, 17 déc. 2015, *Orange Polska c./Commission*, aff. 486/11, pt. 66.

²⁷¹⁸ DUFOUR O., « La Commission européenne confrontée au contrôle juridictionnel des Concentrations », *LPA*, 06 nov. 2002, n° 222, p. 4.

²⁷¹⁹ RAEPENBUSCH S. V., *Le contrôle juridictionnel dans l'union européenne*, Bruxelles, Les Éditions. de l'Université de Bruxelles, 2018, p. 11-12.

²⁷²⁰ CJCE, 14 déc. 2000, *Masterfoods et HB*, C-344/98, *Rec.*, 2000, p. I-11369, pt. 46 ; CJUE, 11 sept. 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) c./Commission*, aff. C-67/13 P, *Réc. num.* 2014, 2204, pt. 42.

commun pour leur appliquer des règles dérogatoires »²⁷²¹. Si une telle procédure est donc possible pourquoi la réticence de l'Union à exiger le retour de l'exorbitance dans la régulation économique serait-elle justifiée ? Cette exorbitance est devenue tellement nécessaire vis-à-vis des acteurs puissants et cruciaux de l'économie qu'aucune tergiversation ne devrait prévaloir.

1257. Le contrôle juridictionnel tel qu'il s'exerce au sein des juridictions communautaires n'épuise pas, au regard de certaines limites, toutes les questions englobant le renforcement significatif, quoique nécessaire, des pouvoirs de la Commission. Autant cette dernière doit être en mesure de réguler efficacement les acteurs économiques et préserver l'ordre concurrentiel dans le marché commun, autant ceux-ci sont en droit de réclamer et même d'obtenir un contrôle juridictionnel exhaustif. Les exceptions posées par les analyses complexes, qui ne bénéficient que d'un contrôle limité sinon inabouti, devrait, à terme, ne plus se poser.

§3- Le juge de l'Union confronté aux limites matérielles fixées au contrôle de pleine juridiction

1258. Aussi abouti et intelligible que puisse être le contrôle juridictionnel communautaire, il n'en reste pas moins que le juge européen de la régulation économique est confronté à la question de la juste appréciation matérielle des analyses de la Commission. Cette difficulté résulte avant tout de la technicité des domaines économiques régulés (**A**). Elle est aussi due à la limitation de la compétence du juge au contrôle de pleine juridiction (**B**). S'il faut noter une nette évolution des rapports entre le juge et la Commission et un renforcement significatif de son contrôle juridictionnel (**C**), il n'en demeure pas moins que ce contrôle de pleine juridiction se limite à un contrôle de légalité (**D**). Il en résulte la mise en œuvre d'une approche considérée sur certains points par la doctrine comme subjective (**E**).

A- Le juge européen face à la technicité de la régulation économique

1259. L'article 261 du TFUE dispose que les règlements arrêtés conjointement par le Parlement européen et le Conseil en vertu des dispositions des traités peuvent attribuer à la Cour de justice de l'Union européenne une compétence de pleine juridiction en ce qui concerne les sanctions prévues dans ces règlements. Sur ce fondement, l'article 33 du Règlement 1/2003 dispose que « *la Cour de justice statue avec compétence de pleine juridiction sur les recours formés contre les décisions par lesquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte.*

²⁷²¹ BRACONNIER S., « Exorbitance du droit administratif et droit européen », art. cit., p. 103.

Elle peut supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée ». Au regard de cet article et contrairement au contrôle de légalité qui se limite à un contrôle de forme sur les erreurs d'interprétation ou d'application d'une disposition du droit communautaire, le contrôle de pleine juridiction suppose que le juge puisse, au-delà de l'annulation, procéder à la réformation de la décision du régulateur. Toutefois, la technicité des certaines décisions, notamment dans le domaine de l'analyse du marché, a fini par amener le juge à annuler là où, il aurait dû convenablement réformer. Il est vrai que des avancées considérables ont été enregistrées depuis la création du marché commun et même si la jurisprudence a précisé que le pouvoir discrétionnaire de la Commission « *n'est pas sans limite* »²⁷²², encore est-il indispensable que toutes les questions techniques du marché ne renferment plus aucune zone d'ombre pour le juge. Il en va doublement de l'exhaustivité du contrôle juridictionnel et de la préservation effective des droits des entreprises. Puisque se contenter de l'analyse exclusive de la Commission, eu égard à son statut et ses pouvoirs, n'est pas nécessairement de nature à concilier intégralement un contrôle juridictionnel abouti et le respect désormais incontournable des droits fondamentaux des entreprises.

1260. Il faut souligner que le juge de l'Union « *n'est pas un juge d'opportunité, mais en premier lieu, un juge de l'égalité* »²⁷²³, surtout en matière d'infliction des amendes. Ce d'autant plus que « *le contrôle effectué par le juge de l'Union des sanctions de la Commission en matière de concurrence est un facteur de légitimation de l'action de l'Union européenne dans ce domaine sensible* »²⁷²⁴. Or, la CJUE peut, dans le cadre de sa compétence de pleine juridiction, tout comme le Tribunal, réduire, réformer voire même majorer l'astreinte ou l'amende infligée à un acteur économique ayant contrevenu aux règles de concurrence. Raison pour laquelle, le contrôle de pleine juridiction d'une sanction pécuniaire ne s'effectue que quand le juge en est saisi. Il ne contrôle une amende infligée que si et seulement « *ce moyen lui est soumis par le requérant* »²⁷²⁵. Ce qui n'est pas le cas du contrôle de légalité qu'il peut relever d'office. Ceci d'autant plus que, comme l'affirme la Cour elle-même dans l'affaire *Limburgse Vinyl*, la seule

²⁷²² Trib. UE, 15 déc. 2010, *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) c./Commission*, aff. T-427/08, *Rec.*, 2010, p. II-5865, pt. 28 ; Trib. UE, 30 mai 2013, *Omnis Group SARL c./Commission*, aff. T-74/11, *Réc. num.* 2013, 283, pt. 45.

²⁷²³ BOSCO D., « La compétence de pleine juridiction du juge de l'Union européenne quant aux amendes prononcées par la Commission en matière de concurrence », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne-questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 244. Cf. dans le même sens LE SOUDEER M., *Droit antitrust de l'Union européenne et droits fondamentaux des entreprises*, Bruylant, 2019, p. 577.

²⁷²⁴ VALLINDAS G., « Sanctions, juges de l'Union, juges nationaux et CEDH : Nouvelles perspectives du contentieux européen de la concurrence », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 214.

²⁷²⁵ CJUE, 8 déc. 2011, *Chalkor c./Commission*, aff. C-386/10, *Rec.*, 2011, p. 00000, pt. 67 et 85.

introduction d'un recours contentieux n'emporte pas transfert définitif, au juge communautaire, du pouvoir d'infliger des sanctions²⁷²⁶. Puisque « *l'intensité* » de son contrôle se limite, s'agissant de la compétence de pleine juridiction dont il dispose et au-delà du simple contrôle de légalité, qui ne permet que de rejeter le recours en annulation ou d'annuler l'acte attaqué, à réformer l'acte attaqué, même en l'absence d'annulation, en tenant compte de toutes les circonstances de faits et de droit, afin de modifier, par exemple, le montant de l'amende infligée²⁷²⁷. D'où, pour certains, les « *limites [...] liées tant au principe du dispositif qu'au caractère inter partes* »²⁷²⁸ invocables en matière de compétence de pleine juridiction du juge de l'Union en matière de concurrence. Il est néanmoins de jurisprudence constante qu'aucune des deux juridictions ne peut se substituer à la Commission pour infliger une amende ou une astreinte là où celle-ci ne l'a pas décidé²⁷²⁹. Le Règlement 1/2003, dont l'importance pour la politique européenne de la concurrence a été réaffirmée²⁷³⁰, a ceci de particulier qu'il a, selon les termes de la Commission elle-même, « *transformé le paysage de la mise en œuvre du droit de la concurrence* »²⁷³¹. Partant, le contrôle juridictionnel, corolaire de l'État de droit, participe de la légitimité, voire de « *l'acceptabilité de la procédure menée par cette institution* »²⁷³².

B- Limite de la compétence de pleine juridiction du juge communautaire

1261. La compétence de pleine juridiction du juge européen prévue à l'article 261 TFUE serait-elle un abus de langage ?²⁷³³ La compétence de pleine juridiction du juge européen ne pose *a priori* aucun problème. Mais après analyse, l'on se rend compte qu'elle est limitée car même si le juge peut modifier une sanction pécuniaire infligée par la Commission, il n'en demeure pas moins qu'il « *ne saurait substituer sa propre évaluation de circonstance*

²⁷²⁶ CJCE, 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) c./Commission*, *supra*, pt. 693.

²⁷²⁷ *Ibid.*, pt. 692.

²⁷²⁸ EXPERT H., POULLET C., « La compétence de pleine juridiction conféré au juge de l'Union en matière de concurrence : complément ou accessoire du contrôle de légalité », in GIACCOBBO-PEYRONNEL V., VERDURE Ch., *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2017, p. 568 et s.

²⁷²⁹ TPI, 14 juill. 1995, *CB c./ Commission*, aff. T-275/94, Rec., 1995, p. II-2169.

²⁷³⁰ BONNECARRÈRE Ph., « Habilitier les autorités nationales de concurrence à appliquer les règles européennes de concurrence plus efficacement », *Rapport d'information*, Sénat, sess. ordinaire 2015-2016, n° 396, p. 33.

²⁷³¹ Communication de la Commission, n°453, préc., p. 13.

²⁷³² VOGEL L., « Droits de l'homme et droit de la concurrence », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux-Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Paris, Dalloz, 2006, p. 443-453, spéc. p. 447, in LE SOUDEER M., *Droit antitrust de l'Union européenne et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 78.

²⁷³³ Cet article dispose que « *les règlements arrêtés conjointement par le Parlement européen et le Conseil, et par le Conseil en vertu des dispositions des traités peuvent attribuer à la Cour de justice de l'Union européenne une compétence de pleine juridiction en ce qui concerne les sanctions prévues dans ces règlements* ». Ces dispositions sont renforcées par celles des articles 256 §1, 263 et 264 TFUE, ainsi que toutes les dispositions y afférentes et contenues dans le règlement 1/2003, constituant ainsi un fondement juridique abouti du contrôle juridictionnel tant s'agissant du contrôle de légalité que celui de pleine juridiction.

économiques complexes à celle de la Commission »²⁷³⁴. D'où il ressort que, regardées de plus près, « *les choses deviennent moins claires* »²⁷³⁵ dans la mesure où, s'agissant des appréciations économiques complexes²⁷³⁶, le juge se limite à une simple vérification du respect de la procédure par la Commission ainsi que l'exactitude matérielle des faits et la motivation globale de la décision²⁷³⁷.

1262. Toutefois, en sus de son rôle de gardien de la légalité des actes de la Commission, sur le fondement de l'article 263 TFUE, le juge « *apprécie personnellement, de manière indépendante, l'adéquation entre l'infraction commise et le montant de la sanction approprié* »²⁷³⁸. En cela, il effectue un contrôle de pleine juridiction. Aussi, ne pas substituer son analyse à celle de la Commission n'implique en rien que le juge soit tenu d'entériner sans regard approfondi les analyses économiques dites complexes. Il s'avère que la jurisprudence est constante sur le fait que le juge doit notamment vérifier « *l'exactitude matérielle des éléments de preuves invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées* »²⁷³⁹. Il n'en reste pas moins que certaines technicités lui échappent encore.

C- Évolution des rapports entre la Commission et le juge

1263. L'évolution des rapports entre la Commission et le juge européen se manifeste par un contrôle juridictionnel renforcé (1). Il reste tout de même que des axes d'amélioration subsistent encore quant à la portée de l'appréciation du juge sur les analyses de la Commission (2). Laquelle portée pose à son tour la question du pouvoir de modification du juge sur les décisions prises par le régulateur européen (3), d'autant plus que les amendes relèvent d'une compétence exclusives de ce dernier (4).

²⁷³⁴ CJUE, 24 oct. 2013, *Kone e. a. c./Commission*, aff. C-510/11, *Réc. num. 2013*, 696, pt. 27. La Cour réaffirme ainsi une position qu'elle avait déjà prise dans l'arrêt CJCE, 11 juill. 1985, *Remia BV e. a. c./Commission*, aff. C-42/84, *Rec.*, 1985, p. 2545.

²⁷³⁵ BOSCO D., « La compétence de pleine juridiction du juge de l'Union européenne quant aux amendes prononcées par la Commission en matière de concurrence », art. cit., p. 239.

²⁷³⁶ Trib. UE, 26 sept. 2018, *EAEPC c./ Commission*, aff. T-574/14, *Rec. num. 2018*, 605, pt. 77-78.

²⁷³⁷ Trib. UE, 12 mai 2010, *EMC Development c./ Commission*, aff. T-432/05, *Rec.*, 2010, p. II-1629, pt. 60 ; Trib. UE, 16 oct. 2013, *Vivendi c./Commission*, aff. T-432/10, *Réc. num. 2013*, 538, pts 66-70.

²⁷³⁸ BOSCO D., « La compétence de pleine juridiction du juge de l'Union européenne quant aux amendes prononcées par la Commission en matière de concurrence », art. cit., p. 241.

²⁷³⁹ CJUE, 8 déc. 2011, *Chalkor c./Commission*, *supra*, pt. 54 ; CJCE, 15 févr. 2005, *Commission/Tetra Laval*, aff. C-12/03 P, *Rec.*, 2005, p. I-987, pt. 39, CJCE, 22 nov. 2007, *Espagne/Lenzing*, aff. C-525/04 P, *Rec.*, 2007, p. I-9947, pts 56 et 57.

1- Un contrôle juridictionnel renforcé

1264. Auparavant, la Commission disposait d'une certaine marge d'appréciation qui échappait au contrôle restreint du juge. Ce fut le cas notamment de la quantification de la coopération d'une entreprise dont seul l'excès manifeste de la marge était susceptible d'être contrôlé²⁷⁴⁰. Mais très vite le juge a affirmé qu'il ne saurait désormais s'appuyer sur la marge d'appréciation dont dispose la Commission²⁷⁴¹. Désormais, et ce de plus en plus, la Cour contrôle plus étroitement les pouvoirs d'appréciation de celle-ci. C'est ainsi qu'elle a pu indiquer, dans la jurisprudence *KME* et *Chelkor*, que le contrôle de légalité est complété par la compétence de pleine juridiction²⁷⁴². La Cour affirme que celui-ci est complété par la compétence de pleine juridiction qui était reconnue au juge de l'Union par l'article 17 du règlement n° 17/62 et qui l'est maintenant par l'article 31 du règlement n° 1/2003, conformément à l'article 261 TFUE. Cette compétence habilite le juge, au-delà du simple contrôle de légalité de la sanction, à substituer son appréciation à celle de la Commission et, en conséquence, à supprimer, à réduire ou à majorer l'amende ou l'astreinte infligée²⁷⁴³.

1265. Quand on observe certaines considérations jurisprudentielles, on se rend aisément compte que le lien entre le contrôle de légalité et celui de la pleine juridiction est tellement étroit que le second semble être sinon la résultante ou du moins le complément du premier. Puisque le juge, en décidant de procéder à un contrôle de pleine juridiction pour modifier une amende infligée par la Commission, apprécie d'abord les considérations, dont celles de la légalité sur lesquelles le régulateur s'est fondé pour en arriver à sa conclusion. C'est en substance ce qui ressort d'une série de jurisprudence rendue par le Tribunal le 29 février 2016 sur le fondement de sa compétence de pleine juridiction²⁷⁴⁴.

²⁷⁴⁰ Trib. UE, 13 juill. 2011, *Schindler Holding c./Commission*, aff. T-138/07, *Réc. num. 2013*, pt. 300.

²⁷⁴¹ Cf. CJUE, 8 déc. 2011, *Chalkor*, *supra*, pt. 62 qui en fut le tourant ainsi que CJUE, 24 oct. 2013, *Kone e. a. c./Commission*, *supra*, pt. 24 et 54 ; Trib. UE, 16 sept. 2013, *Roca c./Commission*, aff. T-412/10, *Réc. num. 2013*, 444, pt. 188. Une telle position jurisprudentielle fut également récemment réitérée par le Tribunal dans l'arrêt Trib. UE, 29 févr. 2016, *EGL e.a. c./ Commission*, aff. T-251/12, *Réc. num. 2016*, 114, pt. 146.

²⁷⁴² Respectivement dans les points 103 et 63.

²⁷⁴³ Elle rappelle ainsi une position jurisprudentielle déjà connue en renvoyant notamment à l'arrêt CJCE, 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, *supra*, pt. 692.

²⁷⁴⁴ Trib. UE, 29 févr. 2016, *Schenker c./ Commission*, *Réc. num. 2016*, 111, pt. 31-34 ; Trib. UE, 29 févr. 2016, *Kühne + Nagel International e.a. c./ Commission*, aff. T-254/12, *Réc. num. 2016*, 113, pt. 30-33 ; Trib. UE, 29 févr. 2016, *UTi Worldwide e.a. c./ Commission*, aff. T-264/12, *Réc. num. 2016*, 112, pt. 231-233 ; Trib. UE, 29 févr. 2016, *Deutsche Bahn e.a. c./ Commission*, aff. T-267/12, *Réc. num. 2016*, 110, pt. 34-37 ; Trib. UE, 29 févr. 2016, *Panalpina World Transport (Holding) e.a. c./Commission*, aff. T-270/12, *Réc. num. 2016*, 109, pt. 26-29.

2- La portée de l'appréciation du juge sur les analyses de la Commission

1266. Le juge européen, disposant de la compétence de pleine juridiction en vertu des articles 261 TFUE et du Règlement 1/2003, peut substituer son analyse à celle de la Commission en modifiant, réduisant ou supprimant une amende que celle-ci a infligée²⁷⁴⁵. C'est-à-dire qu'il est habilité, au-delà du simple contrôle de légalité de la sanction, à substituer sa propre appréciation pour la détermination du montant de cette sanction à celle de la Commission, auteur de l'acte dans lequel ce montant a été initialement fixé²⁷⁴⁶. Cependant, dans l'affaire *Galp Energia España*, le juge précise que la portée de cette compétence de pleine juridiction est strictement limitée à la détermination du montant de l'amende, à la différence du contrôle de légalité prévu à l'article 263 TFUE²⁷⁴⁷. Et d'ajouter dans le même arrêt qu'il en découle que la compétence de pleine juridiction dont dispose le Tribunal, sur le fondement de l'article 31 du Règlement 1/2003 concerne la seule appréciation faite par celui-ci de l'amende infligée par la Commission, à l'exclusion de toute modification des éléments constitutifs de l'infraction légalement constatée par le régulateur dans la décision dont le Tribunal est saisi²⁷⁴⁸.

3- Fondement du pouvoir de modification du juge

1267. Les motifs pouvant amener le juge à réduire, modifier voire éventuellement supprimer une sanction notamment pécuniaire infligée par la Commission, peuvent être fondés sur la recherche de la juste sanction²⁷⁴⁹ ou de l'équité²⁷⁵⁰. La réduction d'une amende obéit cependant de la part du juge à une extrême prudence tant si bien qu'il ne faut pas renvoyer aux acteurs sanctionnés une quelconque ambiguïté qui pourrait laisser entrevoir une possibilité de

²⁷⁴⁵ CJUE, 8 déc. 2011, *Chalkor c./Commission*, *supra*, pt. 63 à 67 ; Trib. UE, 27 févr. 2014, *InnoLux c./Commission*, aff. T-91/11, *Réc. num.* 2014, 92, pt. 156.

²⁷⁴⁶ CJCE, 8 févr. 2007, *Groupe Danone/Commission*, C-3/06 P, pt. 61. Dans la célèbre affaire *Alrosa*, c'est d'ailleurs pour ce motif que la Cour avait annulé l'arrêt du Tribunal. Cf. CJUE, 29 juin 2010, *Commission européenne c./Alrosa*, aff. C-441/07 P. En l'espèce, la Cour précisait que le Tribunal avait excédé les limites de son contrôle juridictionnel en substituant son analyse à celle de la Commission.

²⁷⁴⁷ CJUE, 21 janv. 2016, *Galp Energia España c./Commission*, aff. C-603/13 P, *Réc. num.* 2015, 38, pt. 76. Le juge avait eu l'occasion de rappeler le même principe dans les arrêts : CJUE, 29 sept. 2013, *Alliance One International c./Commission*, aff. C-679/11 P, *Réc. num.* 2013, 606, pt. 105 ; CJUE, 10 avr. 2014, *Commission e.a./Siemens Österreich e.a.*, aff. jntes. C-231/11 P à C-233/11 P, *Réc. num.* 2014., 256, pt.126 et CJUE, 10 juill. 2014, *Telefónica et Telefónica de España c./Commission*, aff. C-295/12 P, *Réc. num.* 2014, 2062, pt. 45.

²⁷⁴⁸ CJUE, 21 janv. 2016, *Galp Energia España c./Commission*, aff. C-603/13, pt. 77 ; CJUE, 22 oct. 2015, *AC-Treuhand c./ Commission*, aff. C-194/14 P, *Réc. num.* 2015, 717, pt. 74-76 ; CJUE, 19 déc. 2013, *Siemens c./ Commission*, aff. C-239/11, *Réc. num.* 2013, 866, pt. 333-337 ; CJUE, 1^{er} févr. 2018, *Kühne + Nagel International e.a. c./ Commission*, aff. C-261/16 P, *Réc. num.* 2018, 56, pt. 89 ; CJUE, 1^{er} févr. 2018, *Schenker c./ Commission*, aff. C-263/16 P, *Réc. num.* 2018, 58, pt. 63 ; CJUE, 1^{er} févr. 2018, *Deutsche Bahn e.a. / Commission*, aff. C-264/16, *Réc. num.* 2018, 60, pt. 56.

²⁷⁴⁹ TPICE, 13 juill. 2006, *Romana Tabacchi c./Commission*, aff. T-11/06, *Rec.*, 2006, p. II-2491, pt. 285.

²⁷⁵⁰ CJCE, 28 mars 1984, *Officine Bertoli c./Commission*, aff. C-8/83, pt. 29.

spéculation ou d'instrumentalisation du recours juridictionnel. C'est à dire celle qui consisterait à violer la règle *en amont* pour espérer voir l'amende réduite par le juge *en aval*. C'est pourquoi ce dernier a, dans l'affaire *Scandinavian Airlines*, affirmé avec force la « grande circonspection » avec laquelle une amende est susceptible d'être minorée. Clairement, il faut éviter que la réduction d'une amende n'apparaisse comme une incitation à commettre d'autres infractions²⁷⁵¹. Qu'il s'agisse d'une réduction, d'une modification ou d'une suppression pure et simple d'une sanction infligée par la Commission, le juge ne peut y procéder si, en faisant cela, il confère un avantage concurrentiel indu à l'entreprise²⁷⁵².

4- L'infliction des amendes comme compétence exclusive de la Commission

1268. Selon l'article 38 du Règlement 1/2003, la Cour de justice statue avec compétence de pleine juridiction sur les recours formés contre les décisions par lesquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte. Elle peut maintenir, réduire, majorer ou encore annuler l'amende ou l'astreinte infligée²⁷⁵³. Le juge de l'Union met régulièrement en œuvre son pouvoir d'appréciation pour réduire des amendes infligées par la Commission y compris parfois lorsqu'elles sont confirmées par le Tribunal²⁷⁵⁴. La même appréciation avait prévalu dans deux affaires, l'une opposant *Microsoft* à la Commission²⁷⁵⁵ et l'autre opposant *E. ON Energie* et *GDF Suez* à celle-ci²⁷⁵⁶. Il est important d'insister sur la réduction ou la suppression de

²⁷⁵¹ Il « ne ressort pas de la jurisprudence qu'une amende puisse être réduite en considération du comportement adopté postérieurement à l'édition de la décision infligeant une amende. Une telle réduction, pour autant qu'elle fût possible, ne pourrait, en tout état de cause, être opérée par le juge communautaire qu'avec grande circonspection et dans des circonstances tout à fait particulières, au motif, notamment, qu'une telle pratique pourrait être perçue comme une incitation à commettre des infractions en spéculant sur une possible réduction de l'amende en raison de la modification du comportement de l'entreprise postérieurement à la décision ». Cf. TPICE, 18 juill. 2005, *Scandinavian Airlines c./Commission*, aff. T-241/01, *Rec.*, 2005 p. II-2917, pt. 228 ; TPICE, 8 juill. 2008, *Lafarge SA c./Commission*, aff. T-54/03, *Rec.*, 2008, p. II-120.

²⁷⁵² Trib. UE, 28 juin 2016, *Portugal Telecom c./ Commission*, aff. T-208/13, *Réc. num.* 2016, 368, pt. 245, 275-277 ; CJUE, ord. 7 juill. 2016, *Westfälische Drahtindustrie e.a. / Commission*, aff. C-523/15 P, *Réc. num.* 2016, 541, pt. 44-46 ; CJUE, 16 févr. 2017, *Hansen & Rosenthal et H&R Wax Company Vertrieb / Commission*, aff. C-90/15 P, *Réc. num.* 2017, 678, pt. 24 et 27.

²⁷⁵³ C'est l'hypothèse la plus fréquente, à titre d'exemple La Cour confirme l'amende de 357 millions d'euros infligée par la Commission au groupe *Pilkington* pour sa participation à l'entente du « verre automobile ». Cf. CJUE, 7 sept. 2016, *Pilkington Group Ltd e.a. c./Commission*, aff. C-101/15P, *Réc. num.* 2016, 631.

²⁷⁵⁴ CJUE, 26 mars 2015, *Total SA c./Commission*, aff. C-597/13 P, *Réc. num.* 2014, 613 ; Trib. UE, 12 déc. 2018, *Biogaran « périmopril » c./Commission*, aff. T-677/14, *Rec. num.* 2018, 910, pt. 288.

²⁷⁵⁵ En l'espèce, la Commission avait sanctionné *Microsoft* d'une amende de 899 millions d'euros pour abus de position dominante mais le Tribunal réduisit l'amende et ne retient qu'un montant de 860 millions eu égard au fait que la Commission avait autorisé l'entreprise à mettre en œuvre certaines pratiques. Cf. Trib. UE, 27 juin 2012, *Microsoft c./Commission*, aff. T-167/08.

²⁷⁵⁶ En l'espèce, le Tribunal avait approuvé 'intégralité des analyses de la Commission sauf en ce qu'elle avait indument rallongé d'une année la durée de la pratique anticoncurrentielle poursuivie, ce qui avait valu la réduction de l'amende passant ainsi de 533 millions à 320 millions d'euros. Dans un arrêt similaire le Tribunal avait également partiellement annulé la décision de la commission au motif que celle-ci n'avait pas reparti la part qui revenait à chacune des entreprises concernées. Cf. Trib. UE, 29 juin 2012, *E. ON Energie, GDF Suez*

l'amende initialement infligée par la Commission puisque, comme l'a reconnu la jurisprudence, il n'appartient pas au juge d'infliger une quelconque sanction pécuniaire. Cette compétence est dévolue à la Commission et non au juge. Dans l'arrêt *CB c./Commission* de 1995, le juge soulignait qu'il y a lieu de conclure que le juge de l'Union n'est pas compétent, dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 261 TFUE et réitérés plus tard par l'article 31 du Règlement n° 1/2003, pour substituer à l'amende infligée par la Commission une amende nouvelle, juridiquement distincte de celle-ci²⁷⁵⁷. Cependant, dans le cadre de sa compétence de pleine juridiction, il n'est pas interdit au juge, afin d'apprécier la proportionnalité de l'amende et le cas échéant, procéder à sa réduction, de prendre en considération d'éléments complémentaires d'information qui n'étaient pas mentionnés dans la décision attaquée²⁷⁵⁸. C'est d'ailleurs pour toutes ces raisons que le contrôle de pleine de juridiction ne s'opère pas d'office²⁷⁵⁹.

D- Le contrôle de pleine juridiction comme compétence complémentaire au contrôle de légalité

1269. La compétence de pleine juridiction demeure un complément du contrôle de la légalité des décisions de la Commission en matière d'infliction des amendes. D'autant plus que le juge ne statue pas *ultra petita*²⁷⁶⁰ en matière de concurrence même s'il lui est loisible de relever d'office certains éléments qui lui paraissent fondamentaux pour le respect de la procédure et la sauvegarde des droits des parties. C'est le cas des moyens d'ordre public. Ces limites de l'appréciation du juge ne doivent toutefois et en aucun cas laisser entendre que la Commission, dans le domaine des cas considérés comme complexes, disposerait « *d'une marge d'appréciation illimitée* »²⁷⁶¹. Le contrôle de pleine juridiction se doit d'être effectif dès lors qu'on est en présence d'une sanction pécuniaire, mais pour autant ce contrôle n'est pas d'office. Le juge a eu à rappeler que l'exercice de cette compétence de pleine juridiction n'équivaut pas

c./Commission, aff. T-360/09, T-370/09, *Réc. num.* 2012, 332. Cf. aussi Trib. UE, 3 mars 2011, *Siemens Österreich c. Commission*, aff. T-122/07 à T-124/07, *Rec.*, 2011, p. II-793.

²⁷⁵⁷ Cette jurisprudence demeure constante et elle a été régulièrement rappelée par le juge communautaire. Cf. TPICE, 14 juill. 1995, *CB c./Commission*, aff. T-275/94, *Rec.* 1995, p. II-2169, pt. 57 et pt. 60 ; Trib. UE, 12 mai 2016, *Trioplast Industrier AB c./Commission*, aff. T-669/14, *Rec. num.* 2016, 286, pt. 57-59.

²⁷⁵⁸ Trib. UE, 28 juin 2016, *Telefónica c./ Commission*, aff. T-216/13, *Réc. num.* 2016, 369, pt. 89. Une telle interprétation jurisprudentielle de la compétence de pleine juridiction du juge est en réalité constante : CJCE, 16 nov. 2000, *SCA Holding/Commission*, aff. C-297/98 P, *Rec.*, 2000, p. I-10101, pt. 53-55, TPICE, 9 juill. 2003, *Cheil Jedang c./Commission*, aff. T-220/00, pt. 100.

²⁷⁵⁹ CJUE, 26 janv. 2017, *Roca Sanitario c./ Commission*, aff. C-636/13 P, *Réc. num.* 2017, 56, pt. 32-34.

²⁷⁶⁰ CJUE, 14 nov. 2017, *British Airways c./ Commission*, aff. C-122/16 P, *Réc. num.* 2017, 861, pt. 81, 87 et 90 ; CJUE, 22 nov. 2012, *E. ON Energie AG c./Commission*, *supra*.

²⁷⁶¹ Trib. UE, du 28 avr. 2010, *Amann & Söhne et Cousin Filterie c./ Commission*, *supra*, pt. 130-131.

à un contrôle d'office et que la procédure demeure contradictoire. Dans le principe, c'est à la partie requérante qu'il appartient de soulever les moyens à l'encontre de la décision attaquée et d'apporter des éléments de preuve à l'appui de ses moyens²⁷⁶². Il en est d'autant ainsi que l'absence de contrôle d'office de l'ensemble de la décision attaquée ne viole pas le principe de protection juridictionnelle effective²⁷⁶³. Il n'est d'ailleurs pas contraire au principe de la protection juridictionnelle effective que le contrôle effectué par le juge soit limité par les demandes des parties telles qu'elles figurent dans les conclusions de leurs écrits de procédure²⁷⁶⁴.

E- L'approche subjective du contrôle juridictionnel communautaire

1270. Pour certains, « dans la mesure où la question posée ne concerne pas la conformité d'un acte à la légalité, la compétence de pleine juridiction conférée au juge de l'Union en matière de concurrence n'a donc pas la nature d'un contrôle objectif »²⁷⁶⁵. Le contrôle de pleine juridiction « implique une approche éminemment subjective »²⁷⁶⁶, à l'inverse du contrôle de la légalité, qui lui est objectif, comme le rappelle une partie de doctrine. Ainsi que l'a rappelé le considérant 33 du règlement 1/2003, la CJUE dispose d'une compétence de pleine juridiction en ce qui concerne les décisions par lesquelles la Commission inflige des amendes ou des astreintes. « Les arrêts rendus par le Tribunal de première instance dans le cadre de recours en annulation, en carence et de pleine juridiction peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice »²⁷⁶⁷. Cependant, les décisions d'engager une procédure contre une entreprise ne peut faire l'objet d'un quelconque recours puisqu'il s'agit d'un acte préparatoire et ne constitue pas le terme ultime de ladite procédure²⁷⁶⁸. Il résulte de l'analyse ci-dessus que le contrôle juridictionnel communautaire semble en permanence concilier la protection des droits

²⁷⁶² CJUE, 26 janv. 2017, *Villeroy & Boch c./ Commission*, aff. C-625/13 P, *Réc. num.* 2016, 52, pt. 178-182; CJUE, 18 déc. 2014, *Commission c./Parker Hannifin Manufacturing et Parker-Hannifin*, C-434/13 P, *Réc. num.* 2014, 2456, pt. 76.

²⁷⁶³ *Ibid.*, pt. 182.

²⁷⁶⁴ CJUE, 14 nov. 2017, *British Airways c./ Commission*, *supra*, pt. 104 et 105.

²⁷⁶⁵ EXPERT H., POULLET C., « La compétence de pleine juridiction conférée au juge de l'Union en matière de concurrence : complément ou accessoire du contrôle de l'égalité ? », in V. GIACCOBBO-PEYRONNEL, Ch. VERDURE *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 553.

²⁷⁶⁶ N. WAHL, « Enjeu et limites actuels de la jurisprudence relative à la compétence de pleine juridiction conférée au juge de l'Union européenne en matière de concurrence », in TIZZANO A., ROSAS A., SILVA DE LAPUERTA R. *et al.* (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilis Skouris 2003-2015 : liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 735.

²⁷⁶⁷ COLLIN R. ; MARCINKOWSKI M. ; LAJNEF N., « Concurrence : procédure devant la Commission », art. *cit.*, pt. 498.

²⁷⁶⁸ CJCE, 11 nov. 1981, *I. B. M. c./ Commission*, aff. C-60/81, *Rec.*, 1981, p. 2639.

des entreprises et l'efficacité de la régulation économique, laquelle ne doit ni déposséder ni affaiblir les pouvoirs de la Commission européenne.

Section II- Un contrôle juridictionnel conciliant respect des droits des entreprises et efficacité de la régulation économique

1271. Les pouvoirs dont dispose légitimement la Commission européenne pour veiller à l'effectivité de la régulation économique ne doivent ni ne peuvent sacrifier le respect des droits garantis aux entreprises. Cette lucidité participe avec ferveur de la construction de ce qu'il convient d'appeler le libéralisme à l'européenne mis en œuvre sous le regard à la fois attentif et complémentaire de la CEDH (§3). Le rôle de cette dernière est devenu incontournable en matière de régulation économique. Construire un marché intégré, effectif et efficient ne doit souffrir d'un libéralisme à outrance dans le sens où la protection des citoyens et des consommateurs est consubstantielle à la sauvegarde des valeurs non-économiques. Avant de revenir à la Cour européenne des droits de l'Homme, il est primordial, dans le but de relever la teneur de la conciliation entre exorbitance de la régulation et respect des droits entreprises, de voir de quelle manière les juridictions communautaires, bien qu'admettant d'autres mécanismes plus flexibles de régulation, réaffirment avec ferveur la nécessité d'une régulation efficace (§2). Tout d'abord, intéressons-nous aux principes fondamentaux régissant le procès équitable, sans lesquels aucun contrôle juridictionnel ne peut se targuer d'une quelconque utilité (§1).

§1- Une réaffirmation jurisprudentielle des principes régissant le procès économique équitable

1272. La jurisprudence reste particulièrement attentive aux principes relatifs au procès équitable. Cela est d'autant plus indispensable que les autorités de régulation se révèlent de plus en plus renforcées dans leur exorbitance. Quand bien même ce renforcement s'avère être le plus légitime qui soit eu égard à la mutation des acteurs économiques et leur impact dans la société, il n'en reste pas moins que rien, pas même l'exorbitance du régulateur tant défendue dans cette recherche, ne peut justifier l'inobservation des principes régissant le procès équitable tels qu'ils découlent notamment de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

1273. Il s'ensuit alors qu'un recours raisonnable aux modes alternatifs à l'exorbitance ne fait que, contrairement à ce qu'on pourrait croire, renforcer celle-ci. En d'autres termes, un usage

parcimonieux des procédures négociées dans la régulation économique est nécessaire (A). Même si en regardant de près, ces procédures renferment également une part non négligeable d'exorbitance puisque, en guise d'exemple, tout engagement pris en vertu de ceux-ci est soumis à des règles qui peuvent très rapidement devenir contraignantes et entraîner dans la plupart des cas des astreintes voire des amendes conséquentes. Raison pour laquelle, il ne serait pas erroné de relever que les procédures négociées ne sont rien d'autres que des exceptions qui confirment le principe de l'exorbitance nécessaire de la régulation économique (B).

A- Mise en œuvre raisonnable des modes alternatifs à l'exorbitance dans la régulation économique

1274. Leur instauration avait suscité, il faut s'en souvenir, certaines préoccupations quant à ce qui pourrait rester au juge dans la mesure où la négociation et la « délation » ne sont pas foncièrement favorables à l'exorbitance du droit et à son application en matière économique. Yves Chaput soulignait à cet effet qu'on « *entre ainsi [avec les procédures négociées] de plain-pied dans une analyse économique du droit qui considère qu'après tout, une décision de justice n'est qu'un élément parmi d'autres qui peut toujours être renégocié et que les meilleures solutions ne sont pas celles qui sont imposées par des normes, a priori, mais qui naissent d'une négociation permanente* »²⁷⁶⁹. Si toutes les préoccupations ne sont pas résolues, force est aujourd'hui d'admettre que les procédures négociées sont devenues indissociables de la régulation économique au même titre qu'elles le sont pour la performance et le maintien d'une concurrence effective. C'est un développement pondéré des procédures négociées.

1275. En dépit de la réaffirmation sans ambiguïté d'une régulation économique effective, le juge économique européen ne manque pas de rappeler, à chaque fois que besoin s'avère nécessaire, l'impérieuse importance, non seulement du respect des droits des entreprises à être jugées convenablement, mais également la primordiale place des procédures négociées dans la détection et la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Une telle complémentarité entre exorbitance et recours à d'autres modes, *a priori* moins contraignants, se manifeste tant en matière d'engagement (1), ou de clémence (2) que de la transaction (3).

²⁷⁶⁹ CHAPUT Y., « Pour une justice économique efficiente en Europe - Le développement en Europe des solutions négociées : engagements, clémence, non contestation des griefs. Que va-t-il rester aux juges ? », *Gazette du Palais*, 26 août 2008, n°239, p. 3.

1- Le recours fréquent aux engagements dans la régulation économique européenne

1276. Les engagements que peuvent prendre les entreprises devant les instances de régulation sont d'une importance particulière dans la préservation de la concurrence. Ils renvoient doublement à l'esprit de parcimonie et de conciliation entre mesures coercitives et nécessité d'associer les acteurs régulés aux respects des règles de concurrence. Mais l'inobservation et le contournement des engagements pris en vertu de l'article 9 du règlement 1/2003 peuvent par la suite entraîner des sanctions à l'égard des entreprises. Les décisions de sanction des ententes ou d'interdiction des concentrations qui nuisent à la concurrence résultent pour la plupart des cas d'inobservation des engagements pris par les entreprises et constituent, selon un communiqué de la Commission, le « *moyen le plus important pour faire respecter les règles de concurrence de l'UE* »²⁷⁷⁰. Certains ont tout de même dénoncé une certaine « *opacité* » de ce processus. Elle serait corolaire des engagements dans la mesure où « *les tiers potentiellement affectés par les pratiques examinées n'étaient pas associés à la procédure* »²⁷⁷¹. C'est pourquoi le juge reste attentif aux dits engagement et ne s'empêche pas en cas de nécessité d'y apporter une certaine limite²⁷⁷².

1277. Il arrive que la Commission prenne directement une décision d'interdiction sans passer par les engagements et sans que la décision ne contienne une quelconque sanction pécuniaire, c'est-à-dire une amende²⁷⁷³. Toutefois, le contrôle juridictionnel des décisions rendant l'engagement obligatoire n'est pas suffisamment circonscrit. C'est pourquoi, dans une récente affaire d'aide d'État, l'avocat général Maciej Szpunar proposait à la Cour de « *préciser l'étendue du contrôle juridictionnel des décisions rendant contraignants les engagements* »²⁷⁷⁴.

2- L'intérêt indéniable de la clémence pour la détection et la sanction des pratiques anticoncurrentielles

1278. Si le fondement doctrinal de la clémence ne fait pas l'objet d'une unanimité selon que l'on soit du point de vue des économistes ou des juristes (a), il n'en demeure pas moins qu'elle

²⁷⁷⁰ Commission européenne, *Dix ans de mise en œuvre des règles concernant les pratiques anticoncurrentielles sous le régime du règlement n° 1/2003 : bilan et perspectives*, Communication de la Commission n° COM (2014) 453 final, au Parlement européen et au Conseil, Bruxelles, 9 juill. 2014, p. 7. Disponible à l'adresse suivante : https://www.senat.fr/europe/textes_europeens/ue0110.pdf. (Consulté le 10/03/2018).

²⁷⁷¹ LE SOUDEER M., *Droit antitrust de l'Union européenne et droits fondamentaux des entreprises*, op. cit., p.40.

²⁷⁷² TPICE, 11 juill. 2007, *Alrosa c./Commission*, sur la limite pouvant être portée aux engagements.

²⁷⁷³ Commission européenne, décis. 2008/3435 du 16 juill. 2008 relative à l'application de l'article 81 CE et de l'article 53 EEE, COMP/C2/38.698-CISAC, *JOUE* n° C 323 du 18 déc. 2008, p. 12-13.

²⁷⁷⁴ CJUE, 27 oct. 2016, *Stichting Woonlinie e.a. c./ Commission*, aff. C-414/15 P, *Réc. num.* 2015, 215 ; CJUE, 27 oct. 2016, *Stichting Woonpunt e.a. c./ Commission*, n° 415/15 P, spéc. concl. Avocat gén.

a fait preuve d'efficacité dans la détection et la sanction des pratiques anticoncurrentielles (b), notamment les plus complexes d'entre elles.

a- Fondement doctrinale de la clémence

1279. Adams Smith écrivit que « *des gens du même métier se rencontrent rarement, même pour se distraire et s'amuser, sans que la conversation se termine par une conspiration contre la société ou par quelque manigance pour faire monter les prix* »²⁷⁷⁵. Il s'est avéré que démontrer ces manigances et les sanctionner quand elles portent atteinte aux intérêts de la société constitue un véritable casse-tête pour les autorités de régulation. C'est ainsi que, à l'instar du droit américain, la clémence fut instaurée en droit européen de la concurrence. Elle est définie comme cette procédure qui « *permet à l'entreprise qui a participé à une entente et qui la dénonce auprès de l'autorité de contrôle d'obtenir, selon la qualité des renseignements apportés à la Commission, soit une immunité de l'amende qui lui aurait été autrement infligée, soit une réduction significative de son montant (cette dernière résultant aussi, pour partie, de la rapidité à laquelle l'entreprise délatrice a apporté son concours à l'autorité de contrôle)* »²⁷⁷⁶. Pour que la clémence soit efficace, au regard de la procédure prévue dans la communication de la Commission de 2006²⁷⁷⁷, il est nécessaire que certaines conditions soient réunies. À savoir que « *le risque de détection doit être élevé, les sanctions doivent être lourdes et le programme doit allier transparence et prévisibilité* »²⁷⁷⁸. Cette procédure constitue l'exception au principe selon lequel toute entreprise qui viole les règles de concurrence doit être sanctionnée en conséquence et ne bénéficier d'une circonstance atténuante qu'en vertu des conditions strictes et limitativement énumérées²⁷⁷⁹.

b- Utilité de la clémence dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

1280. L'intérêt de la clémence réside dans sa capacité à mettre à la connaissance et à la disposition de la Commission des faits anticoncurrentiels autrement difficilement détectables.

²⁷⁷⁵ SMITH A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris Economica, 1776, trad. coordonnée par JAUDEL Ph., Livres I et II, 2000, Liv. 1, p. 140. Cf. aussi GIACOBLO-PEYRONNEL V., Ch. VERDURE (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, op. cit., p. 126.

²⁷⁷⁶ C. GRYNFOGEL, « Sanctions en droit européen de la concurrence », art. cit., n° 287, p. 23.

²⁷⁷⁷ Commission européenne, *L'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes*, Communication de la Commission n° 2006/C 298/11, Bruxelles, 08 déc. 2006. Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:FR:PDF>. (Consulté le 15/06/2017).

²⁷⁷⁸ OCDE, « Défis et coordination des programmes de clémence », *Rapport*, DAF/COMP/WP3(2018), 1^{er} juin 2018, p. 7.

²⁷⁷⁹ Trib. UE, 23 mai 2019, *Recylex SA c./ Commission*, aff. T-222/17, *Rec. num.* 2019, 356.

L'adoption de la clémence comme une des méthodes de détection et de sanction des pratiques anticoncurrentielles ne signifie nullement, pour le régulateur, une caution de la violation des règles de concurrence. L'hostilité d'une partie des agents de la DG concurrence, liée à l'octroi d'une sorte de pardon voire de protection aux « *délateurs économiques* »²⁷⁸⁰, fut rapidement aplanie même si une partie de cette préoccupation fut partagée par certains régulateurs²⁷⁸¹. À contrario, les défenseurs de la clémence ont pu soutenir que cette « course à la délation » instaurée entre les entreprises peut tout à fait désengorger le régulateur et servir la concurrence. Il faut apporter des informations pertinentes, nouvelles et non transmises par une autre entreprise pour pouvoir prétendre aux fruits de la clémence et donc d'échapper à la sanction ou voir celle-ci favorablement amoindrie. La prise en compte ou non de ces informations demeure soumise à l'appréciation discrétionnaire de la Commission. Elle a ainsi pu refuser d'accorder la clémence à la société *Timab* pour transmission tardive d'informations dont avait besoin l'autorité pour sanctionner une pratique anticoncurrentielle. Le Tribunal n'a pas remis en cause une telle interprétation de la Commission²⁷⁸². Pour certains, l'intérêt de la clémence réside dans le fait qu'elle « *permet un allègement probatoire pour les autorités de concurrence* »²⁷⁸³. Le concours de l'entreprise doit en effet « *faciliter la tâche* »²⁷⁸⁴ à la Commission.

1281. Au-delà même des conditions liées à la pertinence et la valeur ajoutée des informations apportées par l'entreprise se prévalant de la clémence²⁷⁸⁵, la Commission a, dans sa communication de 2006, indiqué que l'entreprise doit avoir mis fin à sa participation à l'entente présumée sans délai après le dépôt de sa demande de clémence, sauf pour ce qui est, de l'avis de la Commission, raisonnablement nécessaire à la préservation de l'intégrité des inspections²⁷⁸⁶. La coopération doit être totale et l'entreprise ne doit procéder à aucune

²⁷⁸⁰ DESBROSSE P., « Les programmes de clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés », *RIDE*, févr. 2010, t. XXIV, p.211-240, spéc. p. 13.

²⁷⁸¹ Certains avaient considéré que la clémence est assimilable à un renoncement du droit. Même certaines autorités de régulation semblaient y être réfractaires. En France, affirme Pierre Debrosse, la CNIL « *s'était d'abord élevée contre ce mécanisme qui pouvait « conduire à un système organisé de délation professionnelle », avant de donner son feu vert, à la satisfaction de l'Autorité de la concurrence. Cf. CNIL, décisis. n° 2005-305, 8 déc. 2005, portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en oeuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle, JORF n° 3 du 04 janv. 2006.*

²⁷⁸² Trib. UE, 20 mai 2015, *Timab et CFPR c./Commission*, aff. T-456/10, *Réc. num. 2015*, 996, pt. 64 et s.

²⁷⁸³ MALET-VIGNEAUX J., « La preuve des ententes et la clémence », in GIACOBOLO-PEYRONNEL V., VERDURE Ch. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne, op. cit.*, p. 143.

²⁷⁸⁴ TPICE, 8 juin 2004, *Corus UK c./Commission*, aff. T-48/00, *Rec. 2004* p. II-2325, pt. 193.

²⁷⁸⁵ La Commission a même pu employer la formule de « valeur ajoutée significative ». La jurisprudence a elle aussi abondé dans le même sens. Cf. Trib. UE, 12 juill. 2011, *Fuji Electric Co. Ltd c./Commission*, *supra*, pt. 205, 226 et 550.

²⁷⁸⁶ Commission européenne, *L'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes*, Communication de la Commission, préc. pt. 12, b.

divulgaration d'informations ou révélation à ses co-cartellistes afin de préserver l'enquête²⁷⁸⁷. Pour autant, elle est tenue de ne détruire aucune preuve de la pratique sous peine de ne plus pouvoir se prévaloir de la clémence. La collaboration doit donc être effective mais aussi, et c'est rarement souligné, la clémence implique pour les entreprises une « *renonciation à leurs droits de défense* »²⁷⁸⁸. En tout cas une partie substantielle de ceux-ci.

1282. Il est vrai que la clémence pourrait ressembler *a priori* à un contournement du juge, mais *a posteriori* elle n'en reste pas moins contraignante pour les entreprises. Donc le risque de l'existence d'un « *corps alternatif de jurisprudence couvert d'un voile mystérieux* »²⁷⁸⁹ semble pour le moins définitivement dissipé. En cas de pluralité des demandeurs de la clémence, le régulateur peut procéder à une sorte d'hierarchisation des demandes et donc des immunités qui pourraient en découler²⁷⁹⁰. En cas d'ouverture d'une procédure parallèle sur les mêmes infractions, la Commission peut décider de refuser d'accorder la clémence, même s'il lui est loisible de procéder à une réduction du montant de la sanction sous le régime cette fois de la communication de 2002²⁷⁹¹. La jurisprudence a pu considérer qu'une ancienne société mère ne peut se prévaloir d'une clémence demandée par une filiale²⁷⁹², pas plus qu'une ancienne filiale ne peut se prévaloir de celle d'une société mère²⁷⁹³. Le Tribunal a par ailleurs reconnu que le programme de clémence contribue directement à la pleine effectivité voire l'efficacité de la politique de poursuite des infractions aux règles de concurrence de l'Union européenne²⁷⁹⁴.

²⁷⁸⁷ Trib. UE, 9 sept. 2011, *Deltafina c./Commission*, aff. T-12/06, *Rec.*, 2011, p. II-5639, pt. 97 et 166 ; CJUE, 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce c./Commission*, aff. jntes., C-293/13 P et C-294 P, *Réc. num.* 2015, 416.

²⁷⁸⁸ L'auteur rajoute par ailleurs qu'il est légitime de « *s'interroger toutefois sur les limites d'une telle approche de traitement des dossiers qui aboutit en définitive à « court-circuiter » largement les droits de la défense et au juge* ». Cf. WAELBROECK D., « Pour une justice économique efficiente en Europe - Le développement en Europe des solutions négociées : engagements, clémence, non contestation des griefs. Que va-t-il rester aux juges ? », art. cit., p. 1.

²⁷⁸⁹ VAN BAEL I., « Comments on the EEC Commission's Antitrust Settlement Practice, Swiss Review of International Competition Law Act », oct. 1984, p. 67.

²⁷⁹⁰ Trib. UE, 16 juin 2011, *Solvay c./Commission*, aff. T-186/06, *Rec.*, 2011, p. II-2839, pt. 252 et 266.

²⁷⁹¹ Trib. UE, 27 nov. 2014, *Alstom Grid c./Commission*, aff. T-517/09, 2015, comm. 21. Et en vertu du point 37 de la Communication 2006/C 298/11 qui indique que dès la date de sa publication au Journal officiel, la présente communication remplace la communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, datant de 2002, pour toutes les affaires dans lesquelles aucune entreprise ne s'est prévaluée de cette dernière. Toutefois, les points (31) à (35) de la présente communication seront applicables à partir de sa publication à toutes les demandes pendantes et les nouvelles demandes d'immunité d'amendes ou de réduction de leur montant. Cf. Commission européenne, *L'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes*, Communication de la Commission, préc.

²⁷⁹² Trib. UE, 15 juill. 2015, *Hit Gorep c./Commission*, aff. T-436/10, *Réc. num.* 2015, 514, pt. 266

²⁷⁹³ Trib. UE, 15 juill. 2015, *Eesa Trefileria, Industrias Galycas c./Commission*, aff. T-406/10, aff. T-406/10, *Réc. num.* 2015, 499, pt. 93.

²⁷⁹⁴ Trib. UE, 06 oct. 2015, *Corporación Empresarial de Materiales de Construcción SA c./Commission*, aff. T-250/12, *Réc. num.* 2015 749, pt. 93 et 96.

3- *Autonomie tempérée de la transaction dans la régulation économique*

1283. En droit communautaire de la concurrence, la transaction obéit aux règles prévues par le Règlement 622/2008²⁷⁹⁵. Elle correspondait à ce qui prévalait en droit interne sous la dénomination de la non-contestation de griefs²⁷⁹⁶. La transaction est « *une procédure intermédiaire par laquelle l'entreprise renonce volontairement à contester les griefs qui lui sont adressés pour faciliter le règlement de l'affaire, en échange d'une réduction de l'amende encourue* »²⁷⁹⁷. La transaction se rapproche de la clémence en ceci qu'elle implique pour l'entreprise une renonciation à certains de ses droits dans la procédure classiquement mise en œuvre. La relative capacité de l'entreprise à pouvoir réellement transiger dans le cadre de la transaction a pu attirer l'attention d'une partie de la doctrine qui estime que l'inégalité des armes entre la Commission et l'entreprise conduit à l'inappropriation de l'usage du terme transaction dans la mesure où cette dernière implique une certaine capacité à négocier, à transiger.

1284. La critique émise notamment par Mehdi Mezaguer²⁷⁹⁸ est partagée par d'autres auteurs qui considèrent à leur tour qu'en matière de transaction, « *en effet, la Commission ne négocie pas l'utilisation des preuves, les griefs ou la sanction appropriée ; elle adopte une décision démontrant l'existence d'une infraction et imposant des amendes, conformément aux dispositions des articles 7 et 23 du règlement n° 1/2003* »²⁷⁹⁹. Il faut cependant souligner que même si cette critique doctrinale peut ne pas être totalement exclue, il n'en demeure pas moins qu'une transaction, qui aurait mis l'entreprise et le régulateur sur la même estrade, aurait eu pour effet de vider l'exorbitance du second de tout son sens. Toute la rigueur à laquelle doit se soumettre la Commission est celle du respect des autres droits de l'entreprise et de ne pas abuser de son ascendance. À notre avis, les critiques sont dans ce sens d'une portée limitée et ne sont que les exceptions qui confirment la règle de l'exorbitance de la régulation d'une économie mondialisée et regorgeant de plus en plus d'entreprises cruciales.

²⁷⁹⁵ Règlement CE 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement CE no 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, *JOUE*, n° L 171/3 du 1^{er} juill. 2008, modifiant le règlement CE n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, préc.

²⁷⁹⁶ En France cette procédure fut instaurée par la Loi NRE de 2001, préc. Mais le terme transaction fut finalement instauré par la Loi dite Macron, préc.

²⁷⁹⁷ GRYNFOGEL C., « Sanctions en droit européen de la concurrence », art. cit., p. 18.

²⁷⁹⁸ Cf. MEZAGUER M., « Le contrôle du juge sur les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne », art. cit., p. 599-600.

²⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 19.

B- Les procédures négociées comme exception confirmant la règle de l'exorbitance

1285. Si la doctrine regarde les procédures négociées avec une certaine vigilance, craignant qu'elle ne soient dévoyées (*1*), il faut tout de même noter que malgré leur nature flexible, lesdites procédures renferment *a posteriori* un versant non négligeable d'exorbitance (*2*).

1- Mise en garde contre le risque de détournement des procédures négociées par les acteurs régulés

1286. Bruno Lasserre affirme avec justesse que « *le droit de la concurrence ne peut pas et surtout ne doit pas devenir un droit entièrement négocié ; cela ne serait du reste pas dans l'intérêt des entreprises elles-mêmes. C'est la dialectique de la contradiction qui fonde la richesse et la solidité de nos raisonnements et de nos analyses* »²⁸⁰⁰. Le caractère sinon exceptionnel du moins complémentaire des procédures négociées résulte principalement de trois considérations. D'abord, elles ne sont pas destinées à remplacer la procédure classique, ni avant ni maintenant et, espérons-le, encore moins à l'avenir. Ensuite, le caractère exceptionnel et complémentaire fait qu'elles constituent un excellent moyen complémentaire de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. En fin, aspect non moins important, ces procédures ne sont pas instaurées pour court-circuiter l'exorbitance de la régulation économique, mais à l'inverse pour renforcer celle-ci *ex post*. Les contraintes identifiables dans l'exécution et la mise en œuvre de ces procédures en disent long sur l'utilité d'un pouvoir administratif exorbitant *a posteriori* dans leur application.

2- L'exorbitance propres aux procédures négociées

1287. Les procédures négociées offrent certes une rapidité et un « contournement raisonnable » de la procédure classique qui, à certains égards, peut s'avérer rigide voire lourde. Certains ont tout de même réclamé un contrôle plus restreint de la mise en œuvre desdites procédures dès lors que leur encadrement juridictionnel leur semble « faible »²⁸⁰¹. Un tel plaidoyer a un double intérêt. D'un côté, il reconnaît toute l'exorbitance desdites procédures avant d'estimer, de l'autre côté, que du fait de cette exorbitance, un contrôle juridictionnel

²⁸⁰⁰ LASSERRE B., « La non-contestation des griefs en droit français de la concurrence », *Concurrences*, févr. 2008, p. 93-100 ; SELENSKY V., « Procédures négociées et stratégies des entreprises », in BOY L., MARTY F., REIS P. (dir.), *Les procédures négociées en droit de la concurrence*, Bruxelles, De Boeck, coll. « Les dossiers de la RIDE », 2011, 59-81, spéc. p. 62.

²⁸⁰¹ LE SOUDEER M., *Droit antitrust de l'Union européenne et droits fondamentaux des entreprises*, op. cit., p. 291 et s.

renforcé serait plus convenable. Cet auteur affirme que le Règlement 1/2003 « *n'offre que trop peu de développement pour identifier le niveau de garantie des droits fondamentaux des parties dont une conduite controversée peut conduire à la négociation des engagements* »²⁸⁰². Ces procédures que certains désignent comme « *procédures transactionnelles* »²⁸⁰³ comprennent tour à tour les engagements, la clémence et la non-contestation des griefs ou transaction, s'inscrivant toutes dans la logique sinon de négociation du moins de « *coopération* »²⁸⁰⁴. Puisque, à juste titre, la question de l'égalité des armes, consubstantielle à un procès équitable, se pose avec ferveur²⁸⁰⁵. Le pouvoir administratif exorbitant est propre au régulateur et non aux acteurs régulés. Et c'est tant mieux. La jurisprudence a, dans cette logique, dans un récent arrêt, reconnu à la Commission le pouvoir de mettre un terme à une transaction sans devoir motiver sa décision²⁸⁰⁶. Le pouvoir discrétionnaire des autorités de régulation ne doit pas, en tout point de vue, être supplanté par le strict respect des droits des entreprises dans une procédure qui au demeurant est exceptionnelle. Le cas échéant, on viderait toute la substance du pouvoir administratif exorbitant du régulateur. Le contrôle juridictionnel sanctionne les abus en cas de nécessité, mais le régulateur se doit d'être effectivement armé pour faire face aux enjeux de la régulation économique.

§2- L'impérative préservation de l'efficacité de la régulation économique

1288. A rester attentif aux principes relatifs au procès équitable ainsi qu'à l'émergence et au désormais caractère incontournable des procédures négociées, l'on peut croire sinon à l'affaiblissement du moins à une limitation considérable de l'efficacité des mécanismes de régulation. En réalité, et les uns et les autres ne font que renforcer, bien que souvent de manière assez subtile, l'exorbitance dévolue au régulateur économique. Les juridictions européennes veillent à la protection des droits des entreprises sans sacrifier ni « *paralyser l'action*

²⁸⁰² *Ibid.*, p. 293.

²⁸⁰³ MEZAGEUR M., *Les procédures transactionnelles en droit Antitrust de l'Union européenne. Un exercice transactionnel de l'autorité publique*, thèse, Université de Toulouse 1, Bryulant, 2015, 565 p.

²⁸⁰⁴ MEZAGEUR M., « Le contrôle du juge sur les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne », in GIACOBBO-PEYRONNEL V., VERDURE Ch. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 594.

²⁸⁰⁵ La jurisprudence estime que le principe d'égalité des armes, qui est un corollaire de la notion même de procès équitable, implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. Cf. Trib. UE, 12 déc. 2018, *Servier e.a. c./ Commission*, aff. T-691/14, *Rec. num.*, 2018, 922, pt. 170-174 ; CJUE, 6 nov. 2012, *Otis e.a.*, aff. C-199/11, *Otis e.a.*, *Réc. num.* 2012, 684, pt.71, CJUE, 12 nov. 2014, *Guardian Industries et Guardian Europe/Commission*, C- 580/12 P, *Réc. num.* 2014, 2363, pt. 31 ; CEDH, 6 déc. 2011, *Anastasakis c./Grèce*, n° 41959/08, non-publié au *Rec.*, pt. 24.

²⁸⁰⁶ Trib. UE, 15 déc. 2016, *Koninklijke Philips NC c./Commission*, aff. T-762/14, *Rec. num.* 2016, 733.

administrative [de la Commission] *et partant, son efficacité* »²⁸⁰⁷. Tout le travail de la jurisprudence est donc de concilier l'efficacité des prérogatives octroyées à la Commission tout en sanctionnant les éventuels abus de pouvoir de celle-ci. Face à des pratiques anticoncurrentielles dont les méthodes astucieuses se multiplient, le respect du « *méta-principe* »²⁸⁰⁸ que constitue l'effectivité des règles de concurrence demeure non négociable.

1289. Ainsi apparaît-il important de rappeler, bien qu'une prise en compte des droits des entreprises y soit effective et incontestable, la teneur d'un tel renforcement tel qu'il découle des dispositions du Règlement 1/2003 (**B**). Ce règlement fut une véritable anticipation de la mutation de la mondialisation économique. Les prérogatives de la Commission y sont réellement renforcées même si la question du cumul des pouvoirs d'enquête et de sanction demeure toujours et suscite légitimement un certain nombre de critiques (**A**).

A- Les prérogatives de la Commission renforcées par le Règlement 1/2003

1290. Une analyse du cadre général de ce règlement permet de constater la nature du renforcement qu'il fait bénéficier à la Commission européenne (**1**). Cette dernière peut, dans ce sens, imposer aux acteurs régulés des changements tant structurels que comportementaux (**2**). Il en résulte une exorbitance aussi bien dans les mesures qu'elle peut adopter que dans la procédure aboutissant à la prise de ces mesures (**3**). Le renforcement de certaines de ces prérogatives est d'autant plus significatif que le formalisme y afférent est très relatif (**4**), y compris dans le cadre des inspections (**5**). Parmi ces mesures, les astreintes semblent, à elles seules, incarner toute la profondeur de l'exorbitance de la Commission (**6**), d'autant plus que le contrôle juridictionnel effectué dans ce sens paraît davantage comme un facteur de légitimation (**7**). Reste cependant à savoir si la prolifération des entreprises cruciales ne dicte pas, presque vingt ans après l'adoption de ce règlement, un autre renforcement des prérogatives du régulateur européen (**8**).

²⁸⁰⁷ FAURE V., *L'apport du Tribunal de première instance des communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, *op. cit.*, p. 27.

²⁸⁰⁸ ORTINO M., « A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness », *CDE*, 2016, n° 1, p. 91 et s.

1- Cadre général du renforcement des prérogatives de la Commission par le Règlement 1/2003

1291. Le renforcement des prérogatives de la Commission par le règlement de 2003 est principalement justifié par deux facteurs. Il résulte d'une part de la complexe détection des pratiques anticoncurrentielles, elle-même découlant de la sophistication des procédés utilisés par les acteurs régulés²⁸⁰⁹. D'autre part, ce renforcement est dicté par la nécessité de préserver l'efficacité de la protection de la concurrence. La Commission a, dans un de ses communiqués, pu souligner l'apport de ce règlement dans la détection des « *formes moins conventionnelles de comportement anticoncurrentiel observées dans les nouveaux secteurs* »²⁸¹⁰. Elle décrit elle-même les ententes comme des pratiques « *pernicieuse* »²⁸¹¹ et donc plus difficile à détecter²⁸¹². Le deuxième facteur est largement tributaire du premier dans la mesure où la non détection des pratiques anticoncurrentielles conduirait inéluctablement à l'inefficacité de la préservation de l'ordre public concurrentiel et donc de l'ordre public économique. C'est à ce titre que la Commission dispose, dans le cadre des inspections, de la prérogative d'interroger toute personne susceptible de disposer d'informations utiles et pouvoir enregistrer ses déclarations²⁸¹³. Ses agents peuvent également, en dehors des interrogations impératives et en vertu de l'article 19, recueillir les déclarations de toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. Cette extension de prérogatives de la Commission se justifie par la nécessité de mobiliser toutes les informations utiles et nécessaires à une effective application des dispositions de la concurrence. Quand bien même toute la procédure de la Commission est soumise aux exigences d'efficacité qui vont de l'ouverture de la procédure jusqu'à la sanction, le cas échéant²⁸¹⁴. D'autant plus que « *les larges pouvoirs [de la Commission] en matière de concurrence se caractérisent par la*

²⁸⁰⁹ Il s'est avéré que les techniques de montage de certaines ententes sont tellement informelles qu'il faut une véritable marge de manœuvre aux agents de la Commission pour les détecter.

²⁸¹⁰ Commission européenne, *Dix ans de mise en œuvre des règles concernant les pratiques anticoncurrentielles sous le régime du règlement n° 1/2003 : bilan et perspectives*, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 9 juill. 2014, préc., p. 3.

²⁸¹¹ *Ibid.*, p. 5. Cela n'a cependant pas empêché la Commission, grâce notamment aux pouvoirs que lui confère le règlement 1/2003 d'être efficace. En effet, selon ce même document, entre 2003 et 2014, elle a pu détecter et sanctionner pas moins de 59 affaires d'entente. Chiffre largement au-dessus de celui des abus de position dominante qui lui est de 23.

²⁸¹² Cf. Règlement CE 622/28 de la Commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement CE 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, préc.

²⁸¹³ Considérant 25 du Règlement 1/2003, préc.

²⁸¹⁴ TPICE, 18 sept. 1992, *Automec SARL c./Commission*, *supra*.

concentration des pouvoirs d'enquête, d'instruction et de jugement »²⁸¹⁵. Dans ce sens, les prérogatives du régulateur européen n'en restent pas moins exorbitantes et tangibles.

1292. Le juge européen étant conscient de la complexité de certaines affaires que la Commission peut être amenée à traiter, il lui arrive de limiter le contrôle juridictionnel au simple respect des règles de procédures et à l'exactitude matérielle des faits ainsi qu'à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir²⁸¹⁶. Ceci dénote toute l'exorbitance du régulateur européen. Certains auteurs ont même pu affirmer que « *ces Autorités de régulation disposent aujourd'hui d'une palette de pouvoirs dont aucun autre organe de l'État ne bénéficie* »²⁸¹⁷. A juste titre, afin d'atteindre plus d'efficacité de la régulation économique, il faut à chaque fois que cela est nécessaire, renforcer le pouvoir des autorités de régulation. La CJUE ne remet d'ailleurs pas en cause un tel renforcement du pouvoir du régulateur, elle consolide en réalité « *une part non négligeable de l'exorbitance* »²⁸¹⁸. La concentration des pouvoirs entre les mains de la Commission ne fait en conséquence l'objet d'aucun doute. Un tel constat est souvent mis en avant pour justifier l'efficacité de la régulation économique mais dans le même temps, il concentre pour l'essentiel les critiques émises par les entreprises à l'endroit de celle-ci. Naturellement, ce renforcement implique chaque fois et toujours la nécessité d'indépendance du régulateur et un contrôle effectif du juge afin de lever tout équivoque quant à l'existence d'un pouvoir illimité et incontrôlé. À l'indépendance des régulateurs, il faut donc naturellement ajouter le contrôle exercé dans un cas ou dans l'autre par le juge communautaire.

1293. La consécration de cette exorbitance est telle que l'ouverture d'une procédure ou la décision d'une poursuite, même pouvant aboutir à une sanction, peut être fondée sur ce que certains ont qualifié de « *fameux doute raisonnable* »²⁸¹⁹. Principe néanmoins maintenu par la

²⁸¹⁵ BELLIS J.-F., « La charge de la preuve en matière de concurrence devant les juridictions de l'Union européenne », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies, op. cit.*, p. 218.

²⁸¹⁶ CJCE, 13 juill. 1966, *Consten et Grunding c./Commission*, aff. jntes., 56 et 58I/64, *Rec.*, 1966, p. 559; CJCE, 7 janv. 2004, *Aalborg Portland c./Commission*, *supra*, pt. 279; Trib. UE, 7 juin 2013, *Spar Osterreichische Warenhandels AG c./Commission*, aff. T-405/08, *Réc. num. 2013*, 306, pt. 51; Trib. UE, 29 nov. 2012, *Groupement des cartes bancaires CB c./Commission*, aff. T-491/07, *Réc. num. 2012*, 597, pt. 64.

²⁸¹⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « Ambition et efficacité de la régulation économique », art. cit., p. 64.

²⁸¹⁸ BRACONNIER S., « Exorbitance du droit administratif et droit européen », art. cit., p. 102. Cf. aussi CJCE, 22 nov. 2001, *Ferring*, aff. C-53/00, CJCE, 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.*, 2003, p. I-07747; CJCE, 20 nov. 2003, *GEMO*, aff. C-126/01, *Rec.*, 2003, p. I-13769; CJCE, 3 juill. 2003, *Chronopost SA*, aff. C-83/01, P, C-93/01 P et C-94/01 P, *Rec.*, 2003, p. I-6993.

²⁸¹⁹ Jean-François Bellis conclut ses propos en indiquant que « *afin de mettre un terme à l'incertitude persistante en matière de degré de preuve, il serait opportun que les juges exigent systématiquement que les preuves fournies par la Commission ne laissent subsister aucun doute raisonnable quant à l'existence d'une infraction* ». Cf. BELLIS J.-F., « La charge de la preuve en matière de concurrence devant les juridictions de l'Union européenne », art. cit., p. 233.

jurisprudence, laquelle a par ailleurs souligné, dans l'affaire *BPB*, que l'affirmation de la requérante selon laquelle « *la Commission doit apporter une preuve allant au-delà du doute raisonnable (beyond reasonable doubt) de l'existence de l'infraction dans le cas où elle inflige des amendes sévères doit être écartée* »²⁸²⁰. Comme le souligne Jean-François Bellis, dans un domaine comme celui de la concurrence où la Commission ne va pas plus loin que l'existence de « *faisceaux d'indices* »²⁸²¹ pour engager une procédure voire même sanctionner, le contrôle juridictionnel se doit en conséquence d'être effectif. D'autant plus qu'il suffit que ces faisceaux soient simplement « *sérieux, précis et concordants* »²⁸²² ; « *convergers et convaincants* »²⁸²³ ; « *précis et concordants* »²⁸²⁴ ou même simplement « *convaincants* »²⁸²⁵. L'efficacité de la régulation ainsi que son adaptation aux « *défis* »²⁸²⁶ qu'impose le marché intégré sont les premières justifications du remplacement du Règlement 17/62 par le Règlement 1/2003. C'est ainsi qu'on a assisté à un renforcement significatif des prérogatives de la Commission dont l'une des missions prioritaires demeurent de veiller à la protection d'une concurrence effective et non faussée dans l'Union. Autrement dit, elle doit veiller au respect des dispositions relatives à la concurrence notamment sinon particulièrement les articles 81 et 82 CE, devenus 101 et 102 du TFUE.

2- Les changements comportementaux et structurels imposables aux acteurs régulés comme facteur significatif de renforcement des prérogatives de la Commission

1294. Le considérant 12 du Règlement 1/2003 permet à la Commission d'imposer des changements non seulement comportementaux mais aussi structurels dans le but de faire respecter la concurrence. L'alinéa 1 de l'article 7 précise néanmoins qu'une mesure structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, la première s'avérait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la seconde²⁸²⁷. En vertu de l'article 7 du Règlement 1/2003, si la Commission, agissant d'office

²⁸²⁰ TPICE, 8 juill. 2008, *BPB c./Commission*, T-53/03, Rec., p. II-1333, pt. 64.

²⁸²¹ BELLIS J.-F., « La charge de la preuve en matière de concurrence devant les juridictions de l'Union européenne », art. cit., p. 220.

²⁸²² TPICE, 6 avr. 1995, *Baustahlgewebe GmbH c./Commission*, T-145/89, Rec., 1995, p. II-987, pt. 74, CJCE, 31 mars 1993, *A. Ahlstrom Osakayhtio e. a. c./Commission*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec., 1993, p. 5193, pt. 127.

²⁸²³ TPICE, 27 sept. 2006, *Avebe c./Commission*, aff. T-314/01, Rec., 2006, p. II-3085, pt. 97.

²⁸²⁴ Trib. UE, 16 sept. 2013, *Wabco Europe, e. a. c./Commission*, aff. T-380/10, pt. 47 et 48.

²⁸²⁵ CJCE, 21 sept. 2006, *Technisch Unie BV c./Commission*, aff. C-113/04, Rec., 2006, p. I-8831, pt. 69.

²⁸²⁶ Considérant 1 du Règlement 1/2003, préc.

²⁸²⁷ Une mesure structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle.

ou est saisie d'une plainte, constate l'existence d'une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 TUE, elle peut, par voie de décision, obliger les entreprises ou associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. À cette fin, elle peut leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale. En toute hypothèse, la mesure doit être proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour effectivement la faire cesser.

3- L'exorbitance de certaines mesures prises par la Commission

1295. Même si celles-ci sont conditionnées par l'urgence et un risque d'atteinte irréparable à la concurrence et limitées dans le temps, la Commission peut prendre des mesures provisoires pour faire cesser des agissements portant atteinte aux dispositions des articles 101 et 102 TFUE en vertu de l'article 8 du règlement 1/2003. Elle peut à cet effet adopter une décision rendant obligatoires les engagements pris par les entreprises. Dans cette hypothèse, les décisions fondées sur l'article 9 du règlement n° 1/2003 ont pour seul objectif de rendre les engagements obligatoires pour les entreprises concernées²⁸²⁸. Qu'il s'agisse de l'adoption de mesures provisoires ou de l'ouverture d'une procédure normale, la Commission peut non seulement agir sur saisine mais aussi et surtout de sa propre initiative.

1296. Le considérant 12 du Règlement 1/2003 indique que « *la Commission doit disposer dans toute la Communauté du pouvoir d'exiger les renseignements qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions et pratiques concertées interdits par l'article 81 du traité ainsi que l'exploitation abusive d'une position dominante interdite par l'article 82 du traité* »²⁸²⁹. Ce considérant est appuyé par les dispositions de l'article 17 et suivants du règlement qui réaffirment que dans le cadre de ses enquêtes, qu'elles soient sectorielles ou qu'elles concernent un type d'accords entre entreprises, la Commission peut demander tous « *les renseignements nécessaires* »²⁸³⁰ à l'application des articles 101 et 102. Cette demande de renseignement peut s'effectuer par simple demande ou par voie de décision. La jurisprudence indique simplement que « *les bases juridiques et le but de la demande de renseignements constituent une exigence fondamentale* »²⁸³¹. Il est donc de la responsabilité de la Commission de préciser les informations demandées ainsi que le délai²⁸³². Ceci implique qu'elle dispose de la prérogative

²⁸²⁸ CJUE, 24 nov. 2017, *Gasorba SL c./Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*, aff. C-547/16, 891.

²⁸²⁹ Considérant 23 du Règlement 1/2003, préc.

²⁸³⁰ Article 17 du Règlement 1/2003, préc.

²⁸³¹ TPICE, 8 mars 1995, *Sté. Générale c./ Commission*, aff. T-34/93, *Rec.*, 1995, p. II-545, pt. 40.

²⁸³² La Cour a précisé dans un arrêt que lorsque la Commission demande par décision aux entreprises et associations d'entreprises de fournir des renseignements, elle indique la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis. Elle indique également les sanctions prévues à l'article 23 et indique ou inflige les sanctions prévues à l'article 24. Elle indique encore le

de sanctionner toute entreprise qui fournirait d'informations inexactes ou hors délai²⁸³³. En vertu de ces dispositions, ce n'est pas seulement le fait de fournir des informations erronées qui est réprimé. Le règlement va au-delà pour sanctionner le fait « *d'omettre* » de fournir une information nécessaire à l'aboutissement de l'enquête. Cela signifie que la négligence et l'omission délibérée ou non sont sanctionnées de la même manière. On peut aisément comprendre l'esprit d'une telle contrainte pour les entreprises de la part du régulateur. Car traiter l'omission avec indulgence reviendrait à ouvrir une boîte à pandore qui annihilerait toute efficacité de la régulation. Ce ne serait pas non plus rendre service à l'effectivité de la régulation que de réduire le rôle du juge à vérifier si une entreprise a délibérément ou non omis de fournir une information demandée par les agents de la Commission.

4- Formalisme relatif de la forme de demande de renseignement

1297. Dans la longue affaire *Intel* et sur les entretiens « formels » ou « informels » organisés par les agents de la Commission, l'avocat général Nils Wahl soulignait que le Tribunal « *aurait commis une erreur de droit en jugeant que la Commission n'avait pas enfreint l'article 19 du règlement n° 1/2003 en n'organisant pas l'entretien litigieux comme un entretien au sens de cette disposition et en omettant d'en assurer convenablement l'enregistrement* »²⁸³⁴. Le juge n'ayant pas suivi ces conclusions, on peut donc estimer que le formalisme voire les modalités de recueil d'informations peuvent être allégées. Il va cependant de soi que le juge vérifie que cet allègement formel ne porte pas atteinte à un droit substantiel de l'entreprise fournissant les renseignements. Les prérogatives de la Commission dans la demande et l'obtention des renseignements ne doivent par exemple pas porter atteinte à la protection du secret de

droit de recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision. Cf. CJUE, 20 mai 2014, *Heidelberg Cement AG c./Commission*, *supra*, pt. 3.

²⁸³³ Les points a, b et c de l'alinéa 1 de l'article 23 du règlement précise que la Commission peut à cet effet infliger des amendes à concurrence de 1% du chiffre d'affaires lorsque les entreprises fournissent un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 17 ou de l'article 18, paragraphe 2; incomplet ou dans un délai prescrit en vertu de l'article 18 §3 ou lorsqu'elles présentent de façon incomplète, lors des inspections les livres ou autres documents professionnels en vertu de l'article 20 § 4. Bien au-delà et en vertu du d de ce même article, les mêmes sanctions s'imposent en cas de dénaturation des renseignements, le fait de ne pas se rectifier les erreurs dans le délai prescrit par la Commission ou encore le fait de refuser ou d'omettre de fournir, lors des inspections, des éléments en rapport avec celle-ci. Le fait de briser des scellés apposés par les agents de la commission expose les entreprises aux mêmes sanctions conformément au e du même article.

²⁸³⁴ ARHEL P., « *Activité des juridictions de l'Union européenne en droit de la concurrence (oct.-nov.2016)* », *LPA*, 30 août 2017, n° 154, p. 7 spéc. p. 6. (pt. 242 de la conclusion de l'avocat général).

correspondance entre les entreprises et leurs avocats²⁸³⁵ ou conseils juridiques²⁸³⁶. Mais dans le but de préserver la mission régulatrice de la Commission, le juge estime que la protection de ces correspondances ne peut ni ne doit constituer un frein à l'efficacité du rôle de la Commission, notamment quant à l'accès à des informations pertinentes²⁸³⁷.

5- Renforcement significatif des prérogatives de la Commission en matière d'inspection

1298. Dès lors que l'efficacité de la détection des pratiques contraires aux dispositions des articles 101 et 102 TFUE est indissociable de l'efficacité des inspections²⁸³⁸, elles-mêmes indispensables pour la plupart sinon toutes les enquêtes de ce type, le législateur européen estime alors qu'il était convenable de permettre aux agents de la Commission et aux autres personnes par elle mandatées d'accéder à tous les locaux et documents professionnels qui sont susceptibles d'être conservés, y compris les domiciles privés²⁸³⁹, et qui sont en rapport avec l'enquête. La notion de local revêtant ici un caractère très large, se justifie par la nécessité d'accéder à des informations exhaustives du moins suffisantes permettant l'aboutissement de l'enquête. C'est ainsi que l'article 19 évoque tous les documents quel qu'en soit le support, les terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises. L'article 21 innove et va plus loin en indiquant que les inspections peuvent s'étendre à tous les locaux y compris au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées.

1299. La différence entre mesure simple²⁸⁴⁰ et décision réside dans le fait que dans la deuxième approche, les entreprises sont obligées de se soumettre immédiatement et impérativement à ladite décision alors que la mesure simple implique l'accord de l'entreprise et dans le cas contraire, le régulateur doit prendre le temps de passer par la procédure décisionnelle. Il en est ainsi par exemple de la décision d'inspection²⁸⁴¹ dont le refus d'obtempérer de la part d'une

²⁸³⁵ Le juge semble interpréter avec extension la notion de protection des avocats puisqu'il inclut des notes internes entre avocats et clients. Cf. Ordonnance du Président du TPICE, 04 avr. 1990, *Hilti c./Commission*, aff. T-30/89, *Rec.*, 1990 p. II-163,

²⁸³⁶ CJCE, 18 mai 1982, *AM & S EUROPE Limited* (venant au droit de Rio Tinto) *c./Commission*, *supra*, pt. 24 ; TPICE, 17 sept. 2007, *Ako Nobel et Ako Chemicals c./Commission*, , aff. jntes. T-125/03 et T-253/03, *Rec.*, 2007 p. II-3523, pt. 77.

²⁸³⁷ CJCE, 18 mai 1982, *AM & S EUROPE Limited* (venant au droit de Rio Tinto) *c./Commission*, *supra*, pt. 15.

²⁸³⁸ Dont les principes ont été rappelés par l'arrêt CJCE, 18 oct. 1989, *Orkem*, *supra*, pt. 27, 35, 42.

²⁸³⁹ Considérant 26 du Règlement 1/2003, préc.

²⁸⁴⁰ Dont les principes sont rappelés par les arrêts CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic*, aff. C-136/79, *Rec.*, 1980, p. 2033, pt. 28 à 30 ; CJCE, 29 oct. 1980, *Roquette et frères*, *supra*, pt. 77 et Trib. UE, *Deutsche Bahn*, *supra*, pt. 193 et s.

²⁸⁴¹ Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux inspections que la Commission a ordonnées par voie de décision en vertu du 4 de l'article 20 du Règlement 1/2003, préc.

entreprise peut entraîner le recours à la force publique, avec autorisation du juge le cas échéant²⁸⁴². Cette proportionnalité est observée de près par le juge de l'Union surtout lorsqu'il s'agit de protéger le domicile²⁸⁴³.

6- Les astreintes comme modalités d'expression de l'exorbitance du régulateur européen

1300. Pour assurer l'effectivité des mesures conservatoires et des sanctions qu'elle inflige aux acteurs qui contreviennent aux règles de la concurrence, la Commission dispose également, comme le lui permet l'article 24 du Règlement du 16 décembre 2002, de la prérogative d'infliger des astreintes en cas d'inexécution par une entreprise des engagements ou des décisions. Le §2 de l'article 24 du Règlement 1/2003 précise néanmoins que le montant définitif des astreintes peut être revu à la baisse lorsque les entreprises ou les associations d'entreprises ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte a été infligée. Ces astreintes peuvent s'élever jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision.

1301. L'exorbitance est telle que le Tribunal n'a pas voulu, et à juste titre d'ailleurs, retenir une circonstance atténuante à l'entreprise de conseil *AC-Treuhand* qui, dans une infraction à l'article 102 TFUE, s'était contentée de « rassembler des documents et des données neutres »²⁸⁴⁴ ayant servi à la commission d'une infraction anticoncurrentielle, une entente en l'occurrence. L'intention infractionnelle est regardée par la jurisprudence avec d'autant plus de rigueur qu'il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée²⁸⁴⁵. La jurisprudence, aussi bien celle de la CJUE que celle de la CEDH, ne reste pas pour autant « naïve » face aux éventuelles

²⁸⁴² L'autorité judiciaire nationale contrôle, lorsque son intervention est requise, que la décision de la Commission est authentique et que les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives par rapport à l'objet de l'inspection ; en vertu du 8 de l'article 20 du même Règlement. Toutefois, une telle décision n'est pas soumise à autorisation du juge national sur le territoire duquel l'inspection est conduite, il se contente simplement d'en contrôler la proportionnalité (article 21). Ceci dénote encore une fois toute la marge de manœuvre de la Commission dans l'application des dispositions des articles 101 et 102 TFUE.

²⁸⁴³ CJCE, 2 avr. 1998, *Commission c./Sytraval et Brink's France SARL*, aff. C-367/95, *Rec.*, 1998, p. I-01719 ; Trib. UE, 14 nov. 2012, *Nexans c./Commission*, *supra*, pt. 38

²⁸⁴⁴ TPICE, 8 juill. 2008, *AC-Treuhand*, aff. T-99/04, *Rec.*, 2008, p. II-1501. Le juge estime que la sanction est requise dès lors qu'en ne pouvant ignorer le caractère anticoncurrentiel des comportements en cause et en apportant ainsi un soutien non négligeable à la commission de l'infraction, peu important qu'elle n'exerce pas d'activité économique sur le marché affecté par la restriction de concurrence. Cf. GRYNFOGEL C., « Sanctions du droit européen de la concurrence », art. cit., p. 5.

²⁸⁴⁵ Trib. UE, 12 juill. 2018, *Nexans France SAS c./Commission*, aff. T-449/14, *Rec. num.* 2018, 456, pt. 132 ; Pour la concordance des volontés. Cf. Trib. UE, 16 juin 2011, *Solvay/Commission*, *supra*, pt. 85 et 86 ; CJCE, 8 juill. 1999, *Commission c./ contre Anic Partecipazioni SpA*, *supra*, pt. 195 ; Dans l'affaire dite des « endives », la Cour retient également le critère de concertation pour retenir la pratique anticoncurrentielle : CJUE, 14 nov. 2017, *Pdt de l'ADLC c./ Association des producteurs vendeurs d'endives (APVA) a. e.*, aff. C-671/15, *Réc. num.* 2017, 860.

instrumentalisations des règles puisque dans certaines situations, elle ne se contente pas uniquement de sanctionner les comportements explicites, elle sanctionne également les réunions dont « *l'intention est anticoncurrentielle* »²⁸⁴⁶. Une interprétation aussi extensive restitue à la fois l'importance de l'intention dans la commission d'une pratique anticoncurrentielle mais également l'exorbitance qui sous-tend la sanction desdites pratiques et le caractère dissuasif à l'égard de ceux des acteurs régulés qui seraient tentés par l'instrumentalisation d'une participation indirecte voire passive à une telle pratique.

7- Le contrôle juridictionnel effectif comme facteur de légitimation de l'exorbitance des prérogatives de la Commission

1302. L'importance et l'effectivité du contrôle juridictionnel des décisions de la Commission est d'autant plus indispensable à la légitimité des actes du régulateur que, selon Henri Gaudin, « *sur la période allant de 1990 au mois d'octobre 2013, [le juge européen a] ramené les amendes prononcées par la Commission à l'encontre des cartels à un peu plus de 17,4 milliards d'euros, soit une réduction de 1,8 milliards d'euros* ». Un contrôle juridictionnel renforcé, au même titre que la décentralisation de l'application du droit communautaire de la concurrence, participe activement à la « *légitimation des normes de concurrence* »²⁸⁴⁷ tant aux yeux de l'opinion qu'à ceux des acteurs régulés. Une illustration faisant de ce contrôle un mécanisme « *indiscutablement effectif* »²⁸⁴⁸. L'intensité et l'importance de telles sanctions pécuniaires constituent entre autres les raisons pour lesquelles certains auteurs ont pu estimer que le contrôle juridictionnel et l'effectivité de la régulation constituent « *un couple infernal* »²⁸⁴⁹ en ce sens que la légitimité de la seconde est intrinsèquement liée à l'effectivité du premier. Le contrôle juridictionnel du pouvoir des régulateurs est « *une composante essentielle de l'État de droit, mais ce contrôle est également nécessaire à la légitimité des règles juridiques qui s'immiscent dans la sphère économique* »²⁸⁵⁰. D'autant plus que la CJUE « *traite principalement de*

²⁸⁴⁶ CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands, BV, KPN Mobile NV, e. a.*, *supra*, pt. 27.

²⁸⁴⁷ GAUDIN H., *Le parlement européen devant la Cour de justice des communautés européennes-Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de justice*, thèse, Université Bordeaux I, 1994, p. 486 et s. Cf. dans le même sens VALLINDAS G., « Sanctions, juges de l'Union, juges nationaux ; CEDH : Nouvelles perspectives du contentieux européen de la concurrence », *op. cit.*, p. 214.

²⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 193. L'auteur précise que le montant des sanctions pécuniaires pendant cette période considérée s'élève à plus de 19, 2 milliards d'euros.

²⁸⁴⁹ SIMON D., « Une théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel est-elle possible ? Brefs propos sur une tentative avortée du Tribunal de première instance », commentaire de l'affaire TPICE, 30 janv. 2002, *Max mobil*, aff. T-54/99, *Rec.*, 2002, p. II-00313, *Europe*, avr. 2002, p. 3, in GIACOBBO-PEYRONNEL V., VERDURE Ch. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 212.

²⁸⁵⁰ VALLINDAS G., « Sanctions, juges de l'Union, juges nationaux et CEDH : Nouvelles perspectives du contentieux européen de la concurrence », *art. cit.*, p. 192.

questions relatives à l'intervention économique »²⁸⁵¹, et que par-dessus tout, un contrôleur juridictionnel effectif, ferme et impartial participe inéluctablement à « *l'idée de l'État de droit [qui] est un facteur incontournable de légitimité* »²⁸⁵² de la mise en œuvre exorbitante des règles de concurrence.

8- *Quid d'une réforme du règlement 1/2003 eu égard à l'expansion des entreprises cruciales ?*

1303. On peut légitimement poser la question de savoir s'il n'y a pas lieu, au regard de l'expansion des entreprises cruciales et leurs effets extraterritoriaux, de renforcer davantage les prérogatives de la Commission. Il faudrait tout de même spécifier que cela devrait se concentrer sur une régulation cruciale. Il s'agirait de doter la Commission d'un pouvoir effectif lui permettant d'avoir des exigences spécifiques à l'endroit des entreprises cruciales dès lors qu'elles ont, eu égard à leur position dominante dans leurs secteurs respectifs, un impact significatif sur l'ensemble du système économique. La jurisprudence semble avoir confirmé, par le biais de l'arrêt *Intel* de 2017, l'emprise sinon la consécration de la compétence extraterritoriale de la Commission et légitimant donc un tel renforcement. La Cour, bien qu'ayant donné une suite favorable à la requête d'*Intel* sur la capacité des rabais en cause, tels qu'ils sont appliqués par cette société à certains de ses clients, à restreindre la concurrence²⁸⁵³, elle a néanmoins rejeté le moyen du requérant portant sur la compétence territoriale de la Commission. La Cour rappelle alors que le fait pour une entreprise participant à un accord d'être située dans un État tiers ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition dès lors qu'un tel accord produit ses effets sur le territoire du marché intérieur²⁸⁵⁴. La Cour considère donc, rappelant ainsi une interprétation pas si nouvelle²⁸⁵⁵, que le critère « *d'effets qualifiés* » peut servir de fondement à la compétence de la Commission pour appliquer le droit de la

²⁸⁵¹ LAUBADERE A. DE, DELVOLVE P., *Droit public économique*, Précis Dalloz, Paris, 1986, p. 84.

²⁸⁵² PESCATORE P., « Une révolution juridique-Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne », *comm.*, n° 59, automne 1992, p. 569 et s.

²⁸⁵³ Annulant ainsi l'arrêt du Turbinal : Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel/Commission*, aff. T-286/09, *Réc. num.* 2014, 160, 547.

²⁸⁵⁴ Le juge souligne que le fait pour une entreprise participant à un accord d'être située dans un État tiers ne fait pas obstacle à l'application de [l'article 101 TFUE] dès lors qu'un tel accord produit ses effets sur le territoire du marché intérieur. Pour ce faire, la Cour estime qu'il suffit de tenir compte des effets probables d'un comportement sur la concurrence pour que la condition tenant à l'exigence de prévisibilité soit remplie, ce qui était le cas en l'espèce. Nonobstant le fait que les CPU étaient destinés à être livrés en Chine, la Cour a constaté que le comportement d'*Intel* faisait partie d'une stratégie anticoncurrentielle globale visant à barrer l'accès de son seul concurrent aux canaux de vente les plus importants du marché et souligné que la vente des ordinateurs équipés de ces CPU était notamment envisagée dans l'Espace économique européen. Cf. CJUE, 06 sept. 2017, *Intel Corp. Inc. c./Commission*, *supra* ; CJUE, *Activité judiciaire*, Rapport annuel 2017, Luxembourg, févr. 2018, p. 59-60, disponible à l'adresse suivante : https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-04/ra_2018_fr.pdf. (Consulté le 13/06/2019).

²⁸⁵⁵ CJCE, 27 sept. 1998, *A. Ahlström Osakeyhtiö e. a. « pâtes de bois » c./Commission*, *supra*, pt. 14.

concurrence de l'Union au regard du droit international public, lorsqu'il est prévisible que le comportement en cause produit un effet immédiat et substantiel sur le marché de l'Union²⁸⁵⁶.

1304. La nécessité de l'exorbitance dans la régulation d'une économie puissante et mondialisée ne fait donc raisonnable. Mais dans le même moment, les contraintes pouvant être légitimement imposées par la Commission se posent avec d'autant plus d'acuité que le règlement renforçant les prérogatives de celle-ci n'a pas ignoré la préservation des droits des entreprises.

B- Les droits des entreprises préservés dans la mise en œuvre du Règlement 1/2003

1305. Le cadre juridique de la mise en œuvre de règlement (1) veille à ce que les prérogatives de la Commission soient limitées par le respect de certains droits. Tel est notamment le cas dans le cadre de l'inspection (2). Il y également une subtile protection du secret professionnel (3). Le principe du contradictoire, cœur des droits de la défense (4), est, quant à lui renforcé par l'interdiction de l'autoincrimination (5). Cette dernière est désormais requise dans certaines procédures (6). Aussi, faudra-t-il noter une prise en compte parcimonieuse de la situation économique difficile des acteurs régulés (7).

1- Un cadre juridique respectueux des droits des entreprises

1306. Le considérant 37 du Règlement 1/2003 affirme en substance que le présent règlement respecte les droits fondamentaux et en particulier les principes reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En conséquence, il doit être interprété et appliqué dans le respect de ces droits et principes. Une affirmation aussi expresse souligne l'importance substantielle du respect des droits des acteurs régulés et indique dans le même temps que le renforcement des prérogatives de la Commission ne signifie point une carte blanche donnée à celle-ci pour commettre un quelconque abus de pouvoir. D'autant plus qu'il faut offrir une

²⁸⁵⁶ À travers cette affaire, on peut noter qu'il y a un recul notable de la sanction *per se* dans le maintien de l'ordre public économique. L'analyse des effets sur l'ordre concurrentiel semble être privilégiée. Ce recul est dicté par une double voire triple évolution (politique, doctrinale et désormais jurisprudentielle). C'est du moins ce qui ressort de la lecture de certaines positions de la jurisprudence (sur les rabais d'exclusivités qui ne sont plus sanctionnées *per se* en tant que pratique anticoncurrentielles). Depuis sept. 2017, une démonstration d'absence ou de présence d'une distorsion de la concurrence et un préjudice pour les concurrents. L'interdiction générale de tout rabais d'exclusivité au motif qu'il porterait atteinte à la concurrence risque, selon l'avocat général Nils Wahl, « d'appréhender et de sanctionner un comportement favorable à la concurrence ». Cf. point 78 de la conclusion de l'avocat Général Nils Wahl dans l'affaire *Intel c./Commission* du 12 juin 2014, n° T-286/09. C'est pourquoi propose-t-il d'accueillir le pourvoi d'Intel contre l'arrêt du tribunal réprimant le rabais d'exclusivité, le rabais fondé sur le volume d'achat, étant quant à lui, fondé. Cf. Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel c./ Commission, supra*.

certaine sécurité juridique aux entreprises tout en promouvant l'innovation et l'investissement²⁸⁵⁷. Cette parcimonie révèle tout le sens d'une régulation qui se veut effective, efficace voire attentive pour ne pas dire bienveillante dans son exorbitance.

1307. Le considérant 5 du Règlement 1/2003 précise d'ailleurs que la conciliation entre l'efficacité au nom de laquelle ledit règlement intervient et le respect des droits fondamentaux demeure un impératif. Il l'est d'autant plus que la charge de la preuve incombe à l'autorité poursuivante. Celle-ci n'est mise à la charge de l'entreprise que lorsqu'elle invoque un moyen de preuve. Elle doit dans ce cas démontrer que les conditions d'application d'un tel moyen de preuve sont remplies²⁸⁵⁸. Le considérant 23 du Règlement 1/2003 réitère que les entreprises ne peuvent être contraintes d'admettre qu'elles ont commis une infraction. Il s'agit là de l'interdiction de l'autoincrimination. Cela n'excuse toutefois en aucune manière leur obligation de répondre aux questions des enquêteurs y compris lorsque les informations pouvant en découler sont de nature à prouver une infraction des entreprises auditionnées ou auxquelles il est demandé de fournir des documents.

1308. C'est ainsi que le règlement tient compte, dans le recouvrement des amendes infligées aux entreprises ayant commis des infractions, de la fragilité de certaines d'entre-elles. Le Règlement souligne que la Commission doit tenir compte de la taille relative des entreprises appartenant à l'association dans le cadre d'une entente, et notamment de la situation des petites et moyennes entreprises²⁸⁵⁹. Le considérant 32 du règlement susmentionné insiste aussi sur la nécessité de protéger le secret d'affaires et de la confidentialité des informations échangées lorsque l'accès au dossier est permis à des tiers dont l'intérêt à agir est justifié²⁸⁶⁰. Toutefois,

²⁸⁵⁷ Considérant 38 du Règlement 1/2003, préc.

²⁸⁵⁸ Considérant 5 du Règlement 1/2003, *ibid.* Cf. également MORGAN DE RIVERY E., CHASSING E., « Le respect des droits fondamentaux dans les procédures de concurrence : le point de vue d'un avocat », *Rev. des affaires européennes*, 1^{er} janv. 2011, n° 1, p. 181-190.

²⁸⁵⁹ Considérant 30 du Règlement 1/2003, préc.

²⁸⁶⁰ Sachant que l'article 230 TFUE subordonne l'intérêt à agir à certaines conditions dont celle de l'affectation directe et individuelle. Cf. dans ce sens CJCE, 23 avr. 2009, *Sahlstedt c./Commission*, aff. C-362/06, *Rec.*, 2009, p. I-2903, pt. 30, CJCE, 22 juin 2006, *Belgique et Forum 187 c./Commission*, aff. jntes., C-182/03 et C-217/03, *Rec.*, 2006, p. I-5479, pt. 60. Cf. ICARD Ph., « L'accès au juge de l'Union européenne », in *L'accès au juge, recherche sur l'efficacité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 712 et s. spéc. p. 722 à 726 ; WILDEMEERCH J., « L'article 263, alinéa 4 du TFUE : Une modification des conditions de recevabilité du recours en annulation sans (véritables) conséquences », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies, op. cit.*, p. 156 et 157 ; CJUE, 13 sept. 2018, *UBS Europe e.a.*, aff. C-358/16, *Réc. num.* 2018, 715, pt. 66-69.

la notion de tiers ne fait pas l'objet d'une profusion auprès de la jurisprudence qui l'interprète de manière stricte voire restrictive²⁸⁶¹.

2- Les prérogatives de l'inspection limitées par le respect de certains droits des entreprises

1309. L'inspection est cette prérogative mise à la disposition de la Commission pour accéder à des documents ou tout autre moyen de preuve, à charge ou à décharge, dans les locaux d'une entreprise suspectée de violer les règles de concurrence. Dans ce cadre, le régulateur a l'obligation de mentionner l'objet de l'inspection²⁸⁶² même s'il ne lui incombe pas de qualifier juridiquement les faits présumés²⁸⁶³. Il est impératif que la décision d'inspection soit précise et pas vague²⁸⁶⁴. La jurisprudence a tout de même pu admettre que s'il incombe à la Commission d'indiquer, avec autant de précision que possible, ce qui est recherché et les éléments sur lesquels doit porter la vérification. Il n'est en revanche pas indispensable de faire apparaître dans une décision d'inspection une délimitation précise du marché en cause²⁸⁶⁵, ni la qualification juridique exacte des infractions présumées ou l'indication de la période au cours de laquelle ces infractions auraient été commises²⁸⁶⁶. Pour autant, il ne saurait être pertinent, de part de la Commission, de se contenter d'une mention vague et imprécise²⁸⁶⁷.

3- Une subtile protection du secret professionnel

1310. Le respect du secret professionnel est l'un des aspects dont la protection est nécessaire dans le cadre des enquêtes et des sanctions des pratiques anticoncurrentielles. Comme on l'a vu ci-haut, l'obligation de répondre aux enquêteurs qui est imposée aux entreprises suspectées de violation des dispositions relatives à la concurrence est très stricte. Elles doivent à cet effet

²⁸⁶¹ CJUE, 29 juin 2010, *Commission c./Alrosa*, aff. C-441/07 P, *Rec.*, 2010, p. 5949, *op. cit.*, pt. 119. La Cour écarte (au point 91 de l'arrêt d'espèce) la prémisse en vertu de laquelle Alrosa estimait devoir bénéficier de droits procéduraux plus étendus que ceux accordés habituellement aux tiers intéressés.

²⁸⁶² Trib. UE, 29 nov. 2012, *Groupement des cartes bancaires CB c./Commission*, *supra*, pt. 71.

²⁸⁶³ CJCE, 17 oct. 1989, *Dow Chemical*, *supra*, pt. 45.

²⁸⁶⁴ Trib. UE, 14 nov. 2012, *Nexans*, *supra*. C'est également ce qui ressort de la jurisprudence CJCE, 29 juin 2006, *SGL Carbon c./ Commission*, aff. C-301/04, *Rec.*, 2006, p. I-5915.

²⁸⁶⁵ Cf. CJUE, 25 juin 2014, *Nexans et Nexans France c./Commission*, C-37/13 P, *Rec. num.* 2014, 2030, pt. 36 et 37.

²⁸⁶⁶ CJUE, 10 mars 2016, *Heidelberg Cement AG c./Commission*, *supra.*, pt. 38.

²⁸⁶⁷ Au point 39 de ce même arrêt, la Cour estime cependant qu'une motivation excessivement succincte, vague et générique et, à certains égards, ambiguë, ne saurait satisfaire aux exigences de motivation fixées par l'article 18, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003, pour justifier une demande de renseignements qui, comme dans la présente affaire, est intervenue plus de deux années après les premières inspections, alors que la Commission avait déjà adressé plusieurs demandes de renseignements à des entreprises soupçonnées d'avoir participé à une infraction et plusieurs mois après la décision d'ouverture de la procédure. Compte tenu de ces éléments, il y a lieu de constater que la décision litigieuse a été adoptée à une date où la Commission disposait déjà d'informations qui lui aurait permis d'exposer avec davantage de précision les soupçons d'infraction qui pesaient sur les entreprises en cause. Raison pour laquelle, la Cour souligne que le Tribunal, en jugeant que la décision litigieuse de la Commission était motivée à suffisance de droit, a commis une erreur de droit.

communiquer à ceux-ci toute information que la Commission estime nécessaire à l'établissement ou de l'infraction. Le risque lié à une telle obligation est celui de voir des informations confidentielles (secret d'affaires ou professionnels) tombées entre les mains de la concurrence ou d'autres personnes pouvant nuire à l'entreprise. C'est pourquoi le Règlement 1/2003 précise en son article 27 que les informations « *ne peuvent être utilisées qu'aux fins auxquelles elles ont été recueillies* »²⁸⁶⁸. Autrement dit, les informations recueillies dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ne peuvent en aucun cas être utilisées à des finalités autres que celles pour lesquelles elles ont été obtenues. Tout détournement d'un tel objet peut légitimement faire l'objet d'un recours et d'une éventuelle sanction contre le régulateur qui aurait abusivement outrepassé son pouvoir.

1311. Le secret d'affaires demeure aussi garanti y compris dans le cadre des procédures négociées. Aussi, en application de l'article 9 portant sur les engagements, si la Commission décide les rendre obligatoires et que, au nom d'un intérêt justifié, les tiers agissent, ils fournissent leurs observations avec les mentions « secrets d'affaires » ou « confidentiel » sur toutes les questions couvertes par la confidentialité²⁸⁶⁹. La jurisprudence a pu admettre dans ce sens que l'accès au dossier d'une entreprise peut se matérialiser par une transmission d'un résumé²⁸⁷⁰. Une telle limitation répond sans doute à la nécessité tout aussi fondamentale de la protection des aspects confidentiels de l'enquête, notamment ceux liés au secret d'affaires. Il appartient au Conseiller-auditeur de déterminer le degré de confidentialité des informations couvertes par une telle protection.

4- Le principe du contradictoire cœur des droits de la défense

1312. Le principe selon lequel aucun justiciable ne peut être sanctionné sans avoir fait entendre son point de vue est aussi valable en droit de la régulation. Il est le cœur du droit de la défense et en est une partie intégrante. Avant d'émettre les décisions de sanctions, la Commission est

²⁸⁶⁸ Ainsi que l'indique le § 1 de l'article 27 du règlement qui rajoute en son § 2 que la Commission et les autorités de concurrence des États membres, leurs fonctionnaires, agents et les autres personnes travaillant sous la supervision de ces autorités, ainsi que les agents et fonctionnaires d'autres autorités des États membres sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies ou échangées en application du présent règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel. Cette obligation s'applique également à tous les représentants et experts des États membres assistant aux réunions du comité consultatif en application de l'article 14.

²⁸⁶⁹ Commission européenne, Communication publiée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement CE 1/2003 du Conseil dans l'affaire *Google* n° AT. 39740, Bruxelles, 26 avr. 2013, disponible à l'adresse suivante : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0426\(02\)&from=SK](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0426(02)&from=SK). (Consulté le 15/03/2018).

²⁸⁷⁰ Trib. UE, 11 juill. 2013, *Diamanthandel A. Spira BVBA c./Commission*, aff. jntes., T-108/07 – T354/08, *Réc. num.* 2013, 367, pt. 71.

tenue d'entendre les parties. En vertu de l'article 27 du Règlement 1/2003, elle ne fonde ses décisions que sur les griefs au sujet desquels les parties concernées ont pu faire valoir leurs observations. Toutes les décisions et mesures prises obéissent à une procédure qui doit impérativement permettre aux acteurs régulés de se défendre et le cas échéant contredire certains voire tous les éléments d'enquête de celles-ci. La communication de griefs doit contenir « *des éléments de fait essentiels sur lesquels sont fondés les griefs* »²⁸⁷¹. Qu'il s'agisse des décisions tendant à la constatation d'une infraction aux articles 101 et 102 exigeant sa cessation²⁸⁷², de mesures conservatoires²⁸⁷³, ou qu'il s'agisse d'amendes²⁸⁷⁴ ou de décisions tendant à vérifier l'exécution des astreintes et le cas échéant de leur revue à la baisse²⁸⁷⁵ ; la Commission est tenue au respect du principe du contradictoire. L'article 27 indique pour cette raison que les plaignants sont étroitement associés à la procédure. Le paragraphe 2 de ce même article insiste sur la nécessité du respect des droits de la défense tout au long de la procédure. L'accès au dossier pour mieux pouvoir se défendre est l'un d'entre eux. Les limites fixées à un tel accès sont celles qui seraient dictées par l'intérêt légitime d'une entreprise de préserver ses secrets d'affaires ou l'obligation faite à la Commission de ne pas divulguer aux entreprises ses échanges avec une autorité nationale de concurrence ou celles entre deux autorités nationales de concurrence. Le règlement s'empresse toute de même de préciser qu'aucune disposition du présent paragraphe n'empêche la Commission de divulguer et d'utiliser des informations nécessaires pour apporter la preuve d'une infraction.

1313. Le principe du contradictoire exige que les parties puissent être en mesure de faire connaître utilement leur point de vue sur la réalité de la pertinence de tous les éléments sur lesquels la Commission entend fonder sa décision²⁸⁷⁶. C'est pourquoi la CJUE a pu conclure à la violation des droits de la défense d'un acteur régulé dès lors que « *l'autorité de contrôle ne l'ayant pas mis en mesure de faire valoir ses droits à l'égard des faits sur lesquels elle s'était fondée pour le qualifier de meneur de l'entente* »²⁸⁷⁷. Dans cette perspective, l'entreprise a le droit d'accéder aux éléments essentiels la concernant dès l'ouverture de la phase administrative

²⁸⁷¹ CJCE, 14 juill. 1972, *Impérial Chemical Industries Ltd c./Commission*, *supra*.

²⁸⁷² Prévues à l'article 7 du Règlement 1/2003, *préc.*

²⁸⁷³ Prévues à l'article 8 du Règlement 1/2003, *ibid.*

²⁸⁷⁴ Prévues à l'article 23 du Règlement 1/2003, *ibid.*

²⁸⁷⁵ Prévues à l'article 24 §2 du Règlement 1/2003, *ibid.*

²⁸⁷⁶ CJUE, 16 janv. 2019, *Commission c./United Parcel*, aff. C-265/17, *Réc. num.* 2019, 23, confirmant que la décision de la Commission interdisant l'acquisition de TNT Express par UPS doit être annulée pour vice de procédure. ; CJCE, 9 juill. 2009, *Archer Daniels Midland c./Commission*, aff. C-511/06, *Rec.*, 2009 p. I-5843. *Cf.* dans le même sens GRYNFOGEL C., « Sanctions du droit européen de la concurrence », *LexisNexis*, 22 oct. 2013, n° 287, p. 5.

²⁸⁷⁷ CJCE, 9 juill. 2009, *ibid.*

par la Commission²⁸⁷⁸. Cette procédure s'ouvre par la notification des griefs et en conséquence, l'entreprise fera valoir ses droits découlant du principe du contradictoire²⁸⁷⁹. Quelles que soient les modalités de communication des griefs, les parties doivent être en mesure de se prononcer sur l'ensemble des éléments essentiels les concernant²⁸⁸⁰.

1314. La jurisprudence est venue préciser, par l'intermédiaire de l'arrêt *OHMI*, l'étendue du principe de contradictoire. Elle estime que celui-ci ne confère pas seulement à chaque partie à un procès le droit de prendre connaissance des pièces et des observations soumises au juge par la partie adverse et de les discuter, il implique également le droit pour les parties de prendre connaissance des éléments soulevés d'office par le juge, sur lesquels celui-ci entend fonder sa décision, et de les discuter. Pour satisfaire aux exigences relatives au droit à un procès équitable, il importe en conséquence que les parties aient connaissance et puissent débattre contradictoirement des éléments, tant de fait que de droit, qui sont décisifs pour l'issue de la procédure²⁸⁸¹. D'autant plus que le principe du contradictoire, au même titre que celui de l'égalité des armes, n'est qu'un corolaire naturel du procès équitable²⁸⁸².

5- L'exhaustivité des prérogatives de la Commission subordonnée à l'interdiction de l'autoincrimination

1315. Le droit de ne pas s'autoincriminer corrobore parfaitement le droit de ne pas s'accuser, celui de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même, celui de ne pas s'avouer coupable. Pour la doctrine, c'est « *une garantie essentielle* » dans la mise en œuvre de la régulation économique octroyée aux entreprises et qui consiste à « *ne pas témoigner contre soi-*

²⁸⁷⁸ CJCE, 25 janv. 2007, *Dalmine c./Commission*, aff. C-407/04 P, *Rec.*, 2007, p. I-00829, pt. 59 ; Réaffirmé un peu plus tard par l'arrêt Trib. UE, 27 juin 2012, *Bolloré c./Commission*, *supra*, pt. 143.

²⁸⁷⁹ CJUE, 29 sept. 2011, *Elf Aquitaine c./Commission*, aff. C-521/09, *Rec.*, 2011, p. I-08947, pt. 115.

²⁸⁸⁰ CJCE, 29 oct. 1980, *Heintz Van Landewyck, e. a. c./Commission*, aff. jntes., C-209 à 215 et C-218/78, *Rec.*, 1980, p. 3125, pt. 74.

²⁸⁸¹ CJUE, 27 mars 2014, *OHMI c./ National Lottery Commission*, aff. C-530/12 P, *Réc. num. 2014*, 71, pt. 53, 54 rappelant ainsi une position jurisprudentielle déjà affirmée dans les arrêts CJUE, 2 déc. 2009, *Commission c./Irlande e.a.*, aff. C-89/08, *Rec.*, 2009, p. II-172, pt. 55 et 56 et CJUE, 21 févr. 2013, *Banif Plus Bank c./Csaba Csipai et Viktória Csipai*, aff. C-472/11, *Réc. num. 2013*, 88, pt. 30 ; CJUE, 17 déc. 2009, *Réexamen M/EMEA*, aff. C-197/09, *Rec.*, 2009, p. I-12033, pt. 41 et 42 ;

²⁸⁸² La Cour affirme qu'il ressort de la jurisprudence constante de la Cour que le principe de l'égalité des armes, tout comme, notamment, celui du contradictoire, n'est qu'un corolaire de la notion même de procès équitable qui implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. Cf. CJUE, 17 juill. 2014, *Sánchez Morcillo et Abril García*, aff. C-169/14, *Réc. num. 2014*, 2099, pt. 49 ; CJUE, 21 sept. 2010, *Suède e.a./API et Commission*, aff. jntes., C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.*, 2010, p. I-08533, pt. 88.

même sans qu'il en soit tirée une conséquence »²⁸⁸³. C'est un droit reconnu d'abord aux entreprises des pays du Common Law renvoyant à l'interdiction du *self incrimination*. Ensuite, est intervenue l'impulsion du droit communautaire, par le biais de l'affaire *Okrem*²⁸⁸⁴, qui fut salué par la doctrine de l'époque, notamment les praticiens du droit économique, comme « *l'une des avancées les plus remarquable du droit communautaire* »²⁸⁸⁵. La jurisprudence communautaire sera finalement suivie au niveau national. La cour d'appel de Paris indique alors dans un arrêt que les auditions des entreprises ne doivent ni aboutir à « *compromettre irrémédiablement* » les droits de la défense, ni à mettre en œuvre des procédés « *déloyaux* » dont la conséquence est de « *susciter des personnes entendues des déclarations qui les amèneraient à avouer l'existence de pratiques illicites dont il appartient au Conseil de concurrence de rapporter la preuve* »²⁸⁸⁶. Le Conseil de concurrence d'alors reprendra les mêmes considérations plus tard afin de vérifier si des procédés déloyaux ont été entrepris par les enquêteurs dans le but de pousser les entreprises à avouer l'existence de pratiques illicites²⁸⁸⁷. Le principe de ne pas s'autoincriminer renvoie à un autre principe aussi déterminant que constitue le principe de la loyauté de la preuve²⁸⁸⁸. C'est en vertu de ce dernier que les agents enquêteurs se doivent de s'identifier et de mentionner aux personnes concernées par l'objet de leur enquête²⁸⁸⁹. Puisque, précise la jurisprudence, les personnes auditionnées ne doivent pas être victimes de leur ignorance de l'objet de l'enquête au risque de se méprendre en avouant contre elles-mêmes des pratiques répréhensibles.

1316. Les arrêts *Orkem* et *Carbon*²⁸⁹⁰ posent les modalités de la mise en œuvre de l'interdiction pour une entreprise de participer à sa propre incrimination. Dans le cadre d'une demande de renseignement, la jurisprudence a pu reconnaître et réaffirmer le droit non seulement de s'abstenir des réponses pouvant se traduire comme une reconnaissance d'une

²⁸⁸³ BULLIER A.-J., PANSIER J.-F., « De la religion de l'aveu au droit au silence, ou faut-il introduire en France le droit au silence des pays du common law ? », *Gazette du Palais*, 1997, 1 doct. 208, in DOUVRELEUR O., *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, op. cit., p. 59.

²⁸⁸⁴ CJCE, 18 oct. 1989, *Okrem c./Commission*, supra, pt. 31 et s.

²⁸⁸⁵ SAINT-ESTEBEN R., « Les droits de la défense dans l'application aux entreprises du droit communautaire de la concurrence », *Rev. affaire européenne*, 1994, n° 4 et 18, p. 53 ; DOUVRELEUR O., *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, op. cit., p. 59.

²⁸⁸⁶ Cons. conc., décis. n° 94-D-19 du 15 mars 1994, *Secteur du déménagement à Bordeaux*, non-publiée au *BOCCRF*.

²⁸⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸⁸ Cons. conc., décis. n° 93-D-24 du 15 juin 1993, *Distribution des carburants dans le département d'Eure-et-Loir*, non-publiée au *BOCCRF*.

²⁸⁸⁹ Cf. HAGELSTEEN M.-D., « Le regard du Conseil de la concurrence sur la mise en œuvre du principe de loyauté », *École nationale de la Magistrature*, 7 oct. 2003, 21 p.

²⁸⁹⁰ CJUE, 18 oct. 1989, *Orkem c./Commission*, supra ; CJCE, 29 juin 2006, *SGL Carbon c./ Commission*, supra.

infraction mais elle affirme surtout que le droit au silence est un droit absolu²⁸⁹¹. Dans l'affaire *Heidelberg Cement c./Commission*, en dépit de l'annulation de la décision par la Cour, en raison du manque de précision de certains des éléments contenus dans les renseignements demandés par la Commission, l'avocat général avait pu, à juste titre, rappeler, reprenant ainsi la position du Tribunal, qui soulignait que la nécessité pour l'entreprise de fournir des réponses exhaustives aux demandes de renseignements de la Commission est limitée par le principe de proportionnalité et le droit de celle-ci de ne pas contribuer à sa propre incrimination²⁸⁹².

6- Subtile mise en œuvre de l'interdiction de l'autoincrimination dans les procédures

1317. La proportionnalité des renseignements demandés par la Commission et requise mais ceux-ci n'en sont pas moins nécessaires et se doivent d'être complets voire exhaustifs en vue de vérifier la réalité ou non d'une pratique contraire aux dispositions de règles de concurrence, plus spécialement aux articles 101 et 102 TFUE. Le droit de ne pas s'autoincriminer demeure tout de même quelque peu ambivalent. En effet, la conciliation entre l'effectivité des demandes de renseignements, avec toutes ses exigences liées à l'exhaustivité et la pertinence des informations, peut laisser une certaine perplexité quant au strict respect du droit de ne pas s'autoincriminer. Dans l'arrêt *Viega GmbH*, la Cour rejette le pourvoi contre l'arrêt du 24 mars 2011, par lequel le Tribunal avait rejeté le recours de *Viega* tendant à obtenir l'annulation partielle de la décision de la Commission qui l'a condamnant pour sa participation au cartel des raccords en cuivre. Ce faisant, elle rejette une série de moyens tirés notamment d'une violation des principes régissant l'administration et l'appréciation des preuves, du droit d'être entendu, de l'obligation de motivation et du principe de proportionnalité²⁸⁹³.

1318. Encore faudrait-il préciser que, autant l'autoincrimination est interdite, autant, dans le cadre des procédures négociées par le biais desquelles les entreprises coopèrent et « avouent » certaines infractions, elles ne peuvent revenir, par le biais d'un quelconque contrôle juridictionnel, sur ces aveux. Ce en vertu du principe dit d'*Estoppel* (*Venire contra factum proprium*)²⁸⁹⁴. Même si pour certains auteurs, c'est à ce niveau que réside toute la difficulté du contrôle juridictionnel qui se doit d'être effectif sans pour autant remettre en cause l'efficacité

²⁸⁹¹ Trib. UE, 14 mars 2014, *Buzzi Unicem c./ Commission*, aff. T-297/11, *Rec. num.*, 2014, 121, pt. 60-62 ; Trib. UE, 14 mars 2014, *Heidelberg Cement c./ Commission*, aff. T-302/11., *Réc. num.* 2014, 128, pt. 118-120.

²⁸⁹² CJUE, 15 oct. 2015, *Heidelberg Cement c./Commission*, *supra*, pt. 113.

²⁸⁹³ CJUE, 14 mars 2013, *Viega GmbH Co. KG c./ Commission*, aff. C-276/11 P, *Réc. num.* 2013, 163.

²⁸⁹⁴ Ce principe interdit de se contredire au détriment d'autrui. La jurisprudence admet qu'une entreprise puisse passer aux aveux mais reste attentive aux modalités d'un tel aveu. Elle vérifie notamment si l'aveu a été obtenu sous la contrainte de l'autorité publique : CJCE, 20 sept. 2001, *Courage c./Crehan*, aff. C-453/99, pt. 36.

de la procédure car dans certaines hypothèses il pourrait « *remettre en cause les gains d'efficacité acquis au cours de la procédure devant la Commission* »²⁸⁹⁵. C'est ainsi que la jurisprudence a pu considérer que la reconnaissance d'une infraction dans le cadre de la clémence ne peut être analysée comme une contribution par une entreprise à sa propre incrimination²⁸⁹⁶. Elle demeure tout de même perméable à une telle interprétation lorsque l'entreprise concernée cherche à accabler des concurrents²⁸⁹⁷. Quand bien même le principe propre à la clémence demeure celui de détecter des pratiques anticoncurrentielles difficiles sinon impossibles à démanteler autrement.

1319. La conciliation d'un tel principe avec l'efficacité inhérente à la clémence demeure alors quelque peu difficile d'autant plus que la pertinence des informations transmises dans ce cadre sont appréciées au regard non seulement de leur exhaustivité mais aussi et surtout au regard de leur caractère compromettant pour la pratique poursuivie²⁸⁹⁸. S'agissant de la confidentialité des informations considérées comme secrètes ou confidentielles et fournies dans le cadre de la clémence, la Cour a considéré qu'elles ne peuvent néanmoins pas bénéficier d'une protection rigoureuse au regard de la jurisprudence si elles datent de cinq ans ou plus, puisqu'elles « *doivent, du fait de l'écoulement du temps, être considérées en principe comme historiques et comme perdant, de ce fait, leur caractère secret ou confidentiel* »²⁸⁹⁹. Cependant, certains regrettent la disparité et l'autonomie des procédures de clémence et appellent à la mise en place d'un guichet unique de la clémence en droit communautaire, ce sans doute, afin d'éviter l'instrumentalisation voire un éventuel *forum shopping* dans le cadre de ladite procédure de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles²⁹⁰⁰.

²⁸⁹⁵ MEZAGUER M., « Le contrôle du juge sur les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne », art. cit., p. 599-600.

²⁸⁹⁶ TPICE, 14 mai 1998, *BPB de Eendracht c./Commission*, aff. T-311/94, *Rec.*, 1998, p. II-01129, pt. 324 ; CJCE, 14 juill. 2005, *Acerinox c./Commission*, aff. C-57/02, *Rec.*, 2005, p. I-6689, pts 87-89 ; CJCE, 14 juill. 2005, *Thyssen Krupp c./Commission*, C-65/02, *Rec.*, 2005, p. I-6773.

²⁸⁹⁷ TPICE, 14 mai 1998, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c./Commission*, aff. T-354/94, *Rec.* 1998 p. II-2111.

²⁸⁹⁸ Trib. UE, 16 juin 2011, *FMC Foret SA c./Commission*, aff. T-191/06, *Rec.*, 2011 p. II-2959, pt. 116-119.

²⁸⁹⁹ CJUE, 14 mars 2017, *Evonik Degussa c./Commission*, aff. C-162/15 P, *Réc. num.* 2017, 314, 205.

²⁹⁰⁰ ROKIS D., MACÉ DE GASTINES C., « Autonomie des programmes de clémence de l'Union européenne et des États membres : toujours pas de guichet unique », *RLC*, n° 50, 1er mai 2016, 8 p., suite à l'arrêt de la Cour CJUE, 20 janv. 2016, *DHL Express*, aff. C-428/14, *Réc. num.* 2016, 27, qui réaffirmait l'autonomie des procédures de la clémence au sein des États membres.

7- Prise en compte casuistique et discrétionnaire de la situation économique difficile d'un acteur régulé

1320. Il est admis que le régulateur ou le juge peut prendre en compte, sans que cela ne soit une obligation, la situation personnelle de l'entreprise dans l'infliction d'une sanction pécuniaire. Cette subtilité est d'autant plus importante qu'une indulgence à l'égard d'une entreprise économiquement en difficulté ne doit en aucun cas constituer un appel d'air pour la violation des règles de concurrence. En tous les cas, cela doit être soumis à l'appréciation du juge car pour la jurisprudence, approuvant à cet effet une position de la Commission, « *la reconnaissance de pareille obligation reviendrait en effet à procurer un avantage concurrentiel injustifié aux entreprises les moins adaptées aux conditions du marché* »²⁹⁰¹. D'autant plus que « *le fait qu'une mesure prise par une autorité de l'UE [et qui] provoque la faillite ou la liquidation d'une entreprise n'est pas interdit en tant que tel par le droit de l'UE* »²⁹⁰². Il relève en conséquence de l'appréciation casuistique et souveraine du régulateur, et ultérieurement le cas échéant de celle du juge, de considérer si, au regard des difficultés économiques d'une entreprise, cette dernière peut ou non bénéficier d'une indulgence. En tous les cas et en toute hypothèse, le régulateur et le juge doivent à tout prix éviter tout appel d'air.

1321. Le contrôle juridictionnel de la régulation économique effectué par la Cour et le Tribunal se voit compléter par le regard attentif désormais dévolu à la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de régulation économique.

§3- Le rôle essentiel de la CEDH dans le contrôle juridictionnel de la régulation économique

1322. On est bien loin de l'époque où la CEDH ne garantissait « *qu'un certain nombre, limité, de droits et libertés en [se contentant] essentiellement des droits et libertés de caractère civil et politique* »²⁹⁰³. C'est en ces termes que Jean-Philippe Costa parlait, en 2001, de la mutation du rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette dernière s'est, au fil du temps, imposée comme non pas seulement le juge des droits fondamentaux des personnes physiques, mais elle

²⁹⁰¹ CJCE, 8 nov. 1983, *NV IAZ International Belgium et a. c./ Commission*, aff. C-96-102, 105, 108 et 110-82, *Rec.*, 1983, p. 3369, pt. 55 ; TPICE, 20 mars 2002, *HFB et a. c./ Commission*, aff. T-9/99, *Rec.*, 2002, p. II, 1487, pts 596 et 597 ; CJCE 28 juin 2005, *Dansk Rorindustri et a. c./ Commission*, aff. C-189, 202, 205, 208, 213/02 P, *Rec.*, 2005, 2005 p. I-05425, pt. 327.

²⁹⁰² Trib. UE, 12 déc. 2012, *Novacke chemicke zavody*, aff. T-452/05, *Rec.*, 2009 p. II-208. Cf. aussi GRYNFOGEL C., « Sanctions du droit européen de la concurrence », art. cit., p. 4.

²⁹⁰³ COSTA J.-P., « Le point de la Cour européenne des droits de l'homme », 17 sept. 2001, *LPA*, n° 185, p. 29.

a fini par prendre toute sa place dans l'ossature européen de protection des droits dits « fondamentaux » des acteurs économiques. L'intégration économique et la multiplication des autorités de régulation tant matériellement que territorialement a conduit à faire de la Cour un acteur incontournable dans l'effectivité du contrôle juridictionnel de la régulation économique.

1323. Le rôle de la CEDH dans le recours juridictionnel contre les décisions des autorités de régulation a fini par revêtir une telle importance que désormais il ne serait pas exagéré de la considérer, en plus du Tribunal et de la Cour de justice, comme le troisième pilier du contrôle juridictionnel de la régulation économique. Ce rôle devenu si central et en conséquence si incontournable en matière de régulation a fini par impliquer non seulement une extension quasi systématique de l'article 6 de la CESDH à toutes les décisions des autorités de régulation (A), mais également un recours indéniable à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux (B).

A- L'extension de l'application de l'article 6 de la Convention aux autorités de régulation

1324. Le principe du procès équitable et de façon générale du respect des droits de la défense fut posé dès 1979 comme un principe fondamental. Dans l'affaire *Hoffman La Roche*, la Cour indique que « *le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions notamment des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé même s'il s'agit d'une procédure administrative* »²⁹⁰⁴. Bien que les autorités de régulation ne soient pas soumises à toutes les exigences du procès équitable résultant de l'article 6 CESDH en raison de leur nature et de l'existence *a posteriori* d'un contrôle juridictionnel effectif²⁹⁰⁵, il n'en reste pas moins que désormais la tendance d'une observation stricte de l'article 6 susvisé semble devenir de rigueur. En matière de régulation économique, il est de jurisprudence constante qu'imposer le respect des droits de la défense est requis dès lors qu'on est en présence d'une sanctionnant impliquant une astreinte ou une amende²⁹⁰⁶.

1325. L'intérêt de la jurisprudence pour le procès équitable dans la régulation économique s'est considérablement renforcé tant les pouvoirs d'enquête et de sanction de la Commission se

²⁹⁰⁴ CJCE, 13 févr. 1979, *Hoffman-La-Roche c./Commission*, aff. C-85/76, *Rec.*, 1979, p. 511, considérant 9. Cf. aussi GOFFIN L., « La jurisprudence de la Cour de justice sur les droits de la défense », *CDE*, 1980, n° 16, p. 127.

²⁹⁰⁵ CE, 31 mars 1995, *Ministre du budget c./SARL Auto-industrie*, n° 164008.

²⁹⁰⁶ CJCE, 8 févr. 2007, *Groupe Danone*, aff. C-3 :06 P, *Rec.*, 2007, p. I-0133, pt. 68 ; CJCE, 2 oct. 2003, *Thyssen Stahl/Commission*, C-194/99 P, *Rec.*, 2003, p. I-10821, pt. 30.

sont affermis²⁹⁰⁷. Dès lors que cette dernière joue un rôle « *essentiellement répressif* »²⁹⁰⁸ notamment dans la recherche et la sanction des pratiques anticoncurrentielles, le juge reste attentif au respect des principes gouvernant la procédure aussi bien en phase d'enquête qu'en phase de sanction. La CEDH est attachée à l'article 6 au point qu'elle n'a pas hésité de considérer que les amendes infligées en droit de la concurrence sont assimilables à des sanctions pénales et que de ce fait, il est indispensable que leur soient appliquées les garanties d'un procès équitable²⁹⁰⁹. La jurisprudence de la Cour précise tout de même que la compétence d'infliction des amendes octroyée à la Commission, dès lors qu'elle obéit à un contrôle de pleine juridiction, n'est pas contraire à l'article 6 de la CESDH ainsi qu'aux dispositions de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux²⁹¹⁰. Néanmoins, l'absence de communication des documents auxquels le requérant peut avoir accès par d'autres moyens, dont notamment par sa connaissance desdits documents, n'est pas contraire aux dispositions de l'article 6 de la CESDH²⁹¹¹.

1326. C'est également au nom du respect des dispositions de l'article 6 que la CEDH veille, dans le cadre de la clémence, à ce qu'il n'y ait pas de collusion entre l'entreprise qui en sollicite et la Commission de telle sorte que la première incrimine d'autres entreprises à leur insu dans le seul but de satisfaire les exigences d'information complètes de la seconde²⁹¹². L'article 6 a pour but principal d'assurer un procès équitable devant un « tribunal » compétent pour décider « du bien-fondé de l'accusation », mais il ne se désintéresse pas pour autant aux phases antérieures à la procédure de jugement²⁹¹³. Le respect des principes édictés par l'article 6 CESDH en constitue une des bases essentielles²⁹¹⁴. L'on ne pouvait donc envisager l'octroi de prérogatives jadis dévolues au juge à des autorités indépendantes de régulation sans

²⁹⁰⁷ Trib. UE, 13 déc. 2012, *Commission et Strack / Strack et Commission*, aff. jntes. T-197/11 P et T-198/11 P, *Réc. num.* 2012, 690, pt. 111-113 ; Trib. UE, 1er déc. 2016, *Z / Cour de justice de l'Union européenne*, aff. T-532/15 P, *Réc. num.* 2016, 697, pt. 26 et 27.

²⁹⁰⁸ BELLIS J.-F., « La politique de concurrence-trente ans après », in DE WALSCHE A., LAURE L. (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden-Porménades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 435 ; LE SOUDEER M., *Droit antitrust de l'Union européenne et droits fondamentaux des entreprises*, p. 30.

²⁹⁰⁹ CEDH, 3 déc. 2002, *Lilly c./France*, *supra* ; CEDH, 27 sept. 2011, *A. Menarini Diagnostics, c./Italie*, n° 43509/08, non-publié au *Rec.*

²⁹¹⁰ CJUE, 18 juill. 2013, *Schindler Holding e.a. c./Commission*, aff. C-501/11, 522, pts 33, 36, 38 ; Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel c./Commission*, *supra*, pt. 1609-1612 et 1643 ; Trib. UE, 15 juill. 2015, *Emesa-Trefilería et Industrias Galycas c./ Commission*, *supra*, pt. 114, 115, 123, 124 et 127.

²⁹¹¹ CEDH, 21 févr. 1994, *Benedoun c./ France*, n° 12547/86, série A, n° 73, pt. 53.

²⁹¹² CEDH, 5 nov. 2005, *Allan c./Royaume-Uni*, n° 48539/99, non-publié au *Rec.*, pt. 52 et 53.

²⁹¹³ CEDH, Arrêt *Imbrioscia c./Suisse*, 24 nov.1993, n° 13972/88.

²⁹¹⁴ Cf. CORNU J., *Droit au procès équitable et autorité administrative*, Université Paris II Panthéon-Assas, thèse, 2014, 442 p. ; ZARATE-PEREZ A. R., *L'indépendance des autorités de concurrence. Analyse comparative Colombie, France, États-Unis*, Université Paris II Panthéon-Assas, thèse, 2011, 525 p.

accompagner ce « *pseudo-droit pénal* »²⁹¹⁵, comme l'appelait Marcel Waline, des garanties nécessaires au respect du procès équitable.

1327. En principe, et ce depuis un certain temps, la doctrine dominante voudrait que la séparation stricte entre autorité chargée de poursuite soit définitivement distinguée de celle chargée de la sanction. Cependant, certains auteurs à l'instar de Daniel Labetoulle estiment, s'agissant du rapporteur par exemple, que tout n'est pas systématique puisque les autorités d'investigation ne devraient pas être « *désinvesti (es) au moment du délibéré sous le seul prétexte qu'elle (s) connaissent le dossier un peu mieux que les autres* »²⁹¹⁶. Il ne manque toutefois pas de relever que si dans une telle hypothèse, le rapporteur joue le double rôle de « *parquet et de juge d'instruction (...) il est bien naturel qu'il ne siège pas au fond* »²⁹¹⁷. Il en résulte qu'une lucidité et une parcimonie s'imposent dans l'interprétation de la séparation des fonctions d'investigation et de sanction. Une séparation desdites fonctions ne doit en aucun cas produire l'inverse de ce qu'elles étaient censées engendrer. C'est-à-dire que l'efficacité de la procédure ne doit pas être sacrifiée au nom d'une exclusion stérile et contreproductive de toute autorité impliquée dans les enquêtes. Néanmoins, il est tout à fait soutenable de considérer que la délibération se doit d'être réservée à des organes neutres et impartiaux. Tout en affirmant d'une part que cette séparation ne doit en aucun cas être un prétexte devant sous-tendre la méconnaissance du dossier, et d'autre part, si la préservation de l'efficacité de l'enquête l'exige, une autorité poursuivante peut participer au délibéré mais sans voix délibérative.

1328. Si la CEDH semble flexible sur le respect de l'article 6 dans la phase administrative, il n'en demeure pas moins qu'elle attache une importance particulière au respect des principes énoncés par celui-ci dans la phase judiciaire²⁹¹⁸. On peut tout de même être en droit de s'inquiéter sur l'interprétation qui consiste à prôner moins d'exigence dans la phase d'enquête

²⁹¹⁵ WALINE M., *Droit administratif*, 9^e éd., *op. cit.*, Cf. aussi BLAIS B., « Les AAI et l'émergence du droit au procès équitable dans la procédure de sanction d'objets juridiques non-identifiés », in LAVERGNE B., MEZAGUER M. (dir.), *Regards sur le droit au procès équitable*, Toulouse, LGDJ, coll. « Hors coll. », 2012, p. 117-136, spéc. p. p. 123.

²⁹¹⁶ LABETOULLE D., « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes : le rôle du juge administratif », art. cit., p. 19-20.

²⁹¹⁷ *Ibid.*

²⁹¹⁸ La CEDH a, à maintes reprises, opté pour la distinction entre la phase administrative et la phase juridictionnelle quant à l'application des dispositions de l'article 6, cf. CEDH, 21 févr. 1984, *Öztürk c./RFA*, *supra*, § 58. ; CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber*, n° 9186/80, série A, n° 85, § 31 ; CEDH, 25 août 1987, *Lütz c./Allemagne (RFA)*, n° 9912/82, série A, n° 5, § 57 ; CEDH, 26 sept. 1995, *Diennet c./France*, n° 26.9.1995, série A n° 27, § 34 ; CEDH, 23 oct. 1995, *Umlauf c./Autriche*, 15523/89, série A, n° 328-A, § 38 ; CEDH, 23 oct. 1995, *S, CHMAUTZER*, n° 15523/89 § 36 ; CEDH, 23 oct. 1995, *Gradinger c./Autriche*, n° 15963/90, série A, n° 266-B, § 44 ; CEDH, 23 oct. 1995, *Pramstaller c./Autriche*, 15523/89, § 41 ; CEDH, 23 oct. 1995, *Palaoro c./Autriche*, 15523/89, § 43 ; CEDH, 23 oct. 1995, *Pfarrmeier c./Autriche*, 16841/90, série A, n° 261-C, § 40.

administrative telle qu'elle est opérée par les autorités de régulation. Qu'en serait-il si, pour une raison ou une autre, l'acteur régulé ne saisit pas le juge. C'est raison pour laquelle, le Conseil d'État, dans l'arrêt *Didier* susmentionné, opta pour l'indifférence de la phase concernée quant au respect des principes liés aux procès. Il en a fait une exigence à tous les stades de la procédure. Le Conseil d'État ne nie pas le renforcement des pouvoirs des régulateurs et la nécessité de l'efficacité des enquêtes puisqu'il souscrit à la position de la CEDH indiquant que dans la régulation économique une telle interprétation n'est pas contraire à l'article 7 de la Convention²⁹¹⁹. Le Conseil a lui-même eu à acquiescer l'AMF qui indiquait dans ce sens que « *le droit doit s'adapter au changement* »²⁹²⁰ sans sacrifier le pouvoir des régulateurs et tout en protégeant les droits des acteurs régulés.

1329. Dans l'affaire *Airy* de 1979, la Cour jugeait qu'il n'y a « *nulle cloison étanche* » entre le domaine des droits économiques et les le domaine de compétence de la Convention²⁹²¹. En d'autres termes, l'on ne peut dissocier les droits de l'Homme des droits économiques au point de priver la CEDH d'en avoir la compétence. La Cour a d'ailleurs étendu sa compétence dans des domaines jusque-là davantage rependus en droit national que communautaire. C'est le cas de la protection du domicile ou du siège social²⁹²². Elle a même estimé que la protection de la réputation d'une entreprise peut entrer dans le cadre de sa compétence²⁹²³. Elle rajoute par ailleurs que peu importe que l'entreprise soit d'envergure nationale, internationale ou qu'elle soit une multinationale, la protection de sa réputation est, en tous les cas, requise²⁹²⁴. D'autant plus que « *le préjudice d'image peut être mortel* »²⁹²⁵. La « *régulation par la réputation* »²⁹²⁶ autrement appelée *sunshine regulation* est l'un des moyens les plus efficaces dont dispose les autorités, il n'en reste pas moins que celle-ci se doit d'être proportionnée et donc soumise au

²⁹¹⁹ CEDH, 1^{er} sept. 2016, *X et Y c./ France*, n° 48158/11, non-publié au *Rec.*

²⁹²⁰ AMF, Communication de la Commission des sanctions, *Marchés financiers : principes directeurs issus de la jurisprudence 2003-2018*, préc., p. 15.

²⁹²¹ CEDH, 9 oct. 1979, *Airy c./ Irlande*, n° 6289/73, série A, n° 27..

²⁹²² CEHD, 16 avr. 2002, *Stés Colas e. a. c./France*, *supra*.

²⁹²³ CEDH, 20 nov. 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klausss Bermann c./Allemagne*, n° 10572/83, série A, n° 165.

²⁹²⁴ CEDH, 15 févr. 2005, *Steel Morris c./Royaume-Uni*, n° 68416/01, série A, n° 59.

²⁹²⁵ FOURVEL J., « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », art. cit., p. 3. L'auteur rappelle le cas de l'entreprise Kléber Colombes qui, il y a quarante ans, avait été accusée par des organisations de consommateurs américains de vendre des pneus dangereux. Les procès ont duré dix ans et au bout de dix ans, on s'est aperçu que les pneus n'étaient absolument pas dangereux, mais l'entreprise avait quasiment disparu sur ce marché.

²⁹²⁶ VON COESTER S., DAUMAS V., « Recours contre les actes non décisives des autorités de régulation – Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de "droit souple" », art. cit., p. 9.

contrôle du juge. Cependant, lorsqu'il n'est pas démontré une « *atteinte irréversible* » à la réputation de la personne qui intente un recours devant le juge, celui-ci est rejeté²⁹²⁷.

1330. La CEDH a néanmoins pu estimer que, si dans les exigences de l'article 6, il n'y a pas de violation manifeste de ce dernier, le recours juridictionnel permet justement de rétablir ce respect dès lors que les régulateurs ne sont pas des juridictions²⁹²⁸. Il en est ainsi de la conformité de l'autosaisine en vertu de l'article susmentionné²⁹²⁹. Plus récemment, le Conseil d'État aussi a réitéré la position selon laquelle l'autosaisine des autorités de régulation n'est pas contraire à l'article 6 de la CESDH. Il fixe simplement à la formation disciplinaire la condition en vertu de laquelle cette dernière ne doit pas tenir les faits visés comme systématiquement établis ou leur caractère répréhensible comme d'ores et déjà reconnu²⁹³⁰. En d'autres termes, l'autosaisine ne doit pas s'interpréter comme « *une sorte de pré-décision* »²⁹³¹, c'est une procédure à part entière²⁹³².

B- Le recours quasi systématique à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux dans la régulation économique

1331. Après avoir précisé certains aspects généraux relatifs au recours à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux (1), il semble primordial d'insister sur deux autres aspects, et non des moindres, concourant à l'effectivité des droits des entreprises régulées. Le premier porte sur le principe de délai raisonnable et la rapidité des affaires (2), tandis que le second touche au principe relatif à la protection juridictionnelle effective (3).

1- Aspects généraux relatifs à l'application de l'article 47 de la Charte

1332. L'article 47 de la Charte vient renforcer l'assise de l'article 6 de la CESDH en disposant que toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute

²⁹²⁷ CE, Juge des référés, 7 févr. 2014, *Google Inc*, n° 374595.

²⁹²⁸ CEDH, 19 déc. 1997, *Helle c./Finlande*, n° 157/1996/776/977, série A, n° 303-A.

²⁹²⁹ L'autre importante et indispensable prérogative des autorités de régulation tel la leur reconnaît la jurisprudence : CE, 20 oct. 2000, *Sté. Habib Bank Limited*, n° 180122.

²⁹³⁰ CE, 22 déc. 2011, *Union mutualiste générale de prévoyance*, n° 323612.

²⁹³¹ NOGUELLOU R., « L'office du juge de la régulation économique », art. cit., p. 329.

²⁹³² CEDH, 11 juin 2009, *Sté. Dubus c./ France*, *supra* ; Cons. const., décis. du 12 oct. 2012, QPC, *Canal Plus e. a.*, *supra* ; CE, 20 oct. 2000, *Sté. Habib Bank Ltd*, *supra* ; CE, Ass. 21 déc. 2012, *Sté. Groupe Canal Plus*, *supra*.

personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. C'est un article dont les principes jurisprudentiels d'application ont été rappelés par l'arrêt *Åkerberg Fransson* et considérés comme incontournables dans la mise en œuvre de la régulation économique²⁹³³. Que l'on soit en présence du principe de « *protection juridictionnelle effective* »²⁹³⁴ ou de celui du « *droit à un contrôle juridictionnel effectif* »²⁹³⁵, tels qu'ils sont consacrés par la Cour de justice, l'aspect fondamental demeure l'effectivité du principe selon lequel le droit pour le justiciable, personne physique ou morale, à ce que sa cause soit entendue devant un juge, dont il paraît superfétatoire de préciser l'impartialité, demeure sacré et s'inscrit dans l'esprit des dispositions de l'article 6 et suivants de la CESDH. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de réaffirmer cette « *fondamentalité* » en soulignant que « *le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective [...] constitue un principe général du droit de l'Union* »²⁹³⁶. Une telle consécration s'ajoutant à une jurisprudence davantage attentive à la protection du recours effectif a pu amener certains à parler, y compris pour le recours effectif des personnes morales²⁹³⁷, de « *prépondérance* »²⁹³⁸ de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

2- Le principe de délai raisonnable face l'exigence de rapidité des affaires économiques

1333. Le droit à ce que la cause du justiciable soit entendue dans un délai raisonnable est l'un des principes fondamentaux défendus par les dispositions de cet article 47²⁹³⁹. Défendre sa cause à temps demeure important aux yeux de tout justiciable mais il semble être encore plus déterminant chez les personnes morales, entendez-ici les entreprises. Cette « *exigence*

²⁹³³ CJUE, 26 févr. 2013, *Åkerberg Fransson*, n° C-617/10 *Réc. num.* 2013, 105.

²⁹³⁴ CJCE, 25 juill. 2002, *Union de Pequeños Agricultores c./Conseil et Commission*, C-50/00, *Rec.*, 2002, p. I-6677, pt. 39, 41 ; CJCE, 13 juill. 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.*, 2007, p. I-02271, pt. 37.

²⁹³⁵ CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi & Al Barakaat International Foundation c./Commission*, C-404/05 P, C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351, pt. 333-334.

²⁹³⁶ CJUE, 18 juin 2015, *Deutsch Bahn AG c./Commission*, *supra*, pt. 46-47.

²⁹³⁷ CJUE, 22 déc. 2010, *DEB*, aff. C-279/09, *Réc.*, 2010, p. I-13849, pt. 59-62 ; Trib. UE, 15 mai 2012, *Nijs c./Cour des comptes*, aff. T-184/11 P, pt. 84 ; Trib. UE, 27 mars 2014, *Saint-Gobain Glass France e.a. c./Commission*, aff. T-56/09 et T-73/09, *Réc. num.* 2014, 121, pt. 80-86.

²⁹³⁸ WILDMEERSCH J., *Contentieux de la légalité des actes e l'Union européenne. Le mythe du droit à un recours effectif*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 69. Reprenant à l'occasion les considérants de l'arrêt CJUE, 6 nov. 2012, *Otis*, *supra*, pt. 46-47.

²⁹³⁹ Dans l'affaire *Magiera*, le Conseil avait justement fait suite aux interprétations de la CAA de Paris condamnant le garde des sceaux, ministre de la justice, à verser au plaignant un montant de 30 000 F, en sus de l'indemnité 78 264 F, pour « *la réparation des troubles de toute nature subis par lui du aît e la longueur de la procédure* ». La lenteur de la procédure fut donc considérée par le juge comme contraire aux dispositions de l'article 6 de la CESDH qui exigent un « *délai raisonnable* ». Cf. CE, 28 juin 2002, *Garde des sceaux, ministre de la justice c./Magiera*, n° 239575 ; CJUE, 26 nov.2013, *Groupe Gascogne c./ Commission*, aff. C-58/12 P, *Réc. num.* 2013, 770 ; BONICHOT J.-C., CASSIA P., POUJADE B., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 115.

d'efficacité, de rapidité, de souplesse et de contrôle »²⁹⁴⁰ est à la fois une alternative à la lenteur juridictionnelle classique et un des motifs fondamentaux de la création des autorités indépendantes de régulation, dotées de pouvoirs similaires à ceux du juge. Les affaires économiques et plus spécialement les affaires de concurrence en pâtissent énormément puisque « *les délais de jugement au Tribunal étaient, en 2014, de 45,8 mois en moyenne en matière de concurrence, de 32,5 en matière d'aides d'État, de 18,7 mois en matière de propriété intellectuelle et de 22,1 mois s'agissant des recours directs. De plus, les affaires pendantes représentaient presque deux ans d'activité du Tribunal* »²⁹⁴¹. Les préoccupations liées à l'accumulation des affaires et le délai de leur traitement ont poussé le Conseil de l'Europe à augmenter le nombre de juges au sein du Tribunal dans le but de pallier la lenteur du traitement des affaires.

1334. Cette rapidité est d'autant plus importante que certains n'hésitent pas de comparer la quête de celle-ci par les acteurs économiques « *à la recherche du temps perdu* » et relèvent que « *le temps apparaît comme une donnée majeure et incontournable de la fonction judiciaire* »²⁹⁴². La jurisprudence a, dans un arrêt récent condamné l'Union européenne pour la lenteur de la procédure en estimant que 46 mois étaient déraisonnables pour un recours. Ce qui amène la doctrine a affirmé que de ce point de vue le respect des droits des entreprises est encore « *perfectible* »²⁹⁴³. Mais au regard de la lourdeur de la procédure auprès des juridictions et du régulateur, due tant à la nécessité d'aller au fond des investigations qu'à celle d'entendre toutes les parties pour décider en toute connaissance de cause, le jugement des affaires de concurrence ne sont pas les plus rapides. La jurisprudence a tout de même précisé que « *la période durant laquelle le juge communautaire examine la légalité de la décision [...] ne peut être comptée lors de la détermination de la durée de la procédure devant la Commission au sens de la procédure portant sur le délai raisonnable* »²⁹⁴⁴. La rapidité que l'on exige des

²⁹⁴⁰ BLAIS B., « Les AAI et l'émergence du droit au procès équitable dans la procédure de sanction d'objets juridiques non-identifiés », art. cit., p. 120.

²⁹⁴¹ RAEPENBUSCH S. V., *Le contrôle juridictionnel dans l'union européenne*, op. cit., p. 15.

²⁹⁴² DOMENUCCI D.-P., MUGUET-POULLENNEC G., « À la recherche du temps perdu : du droit de voir sa cause jugée dans un délai raisonnable ou des difficultés de passer de la prévention à la guérison », in GIACOBBO-PEYRONNEL V., VERDURE Ch. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, op. cit., p. 623-665.

²⁹⁴³ Trib. UE, 10 janv. 2017, *Gascogne Sack Deutschland GmbH c./Union européenne*, aff. T-577/14, *Réc. num.* 2017, 1. Cf. aussi VOGEL J., « Panorama de la jurisprudence européenne en matière de concurrence », in *3^{ème} journée luxembourgeoise du droit de la concurrence*, Vogel & Vogel, 3 oct. 2017, 50 p., spéc. p. 10. accessible à l'adresse suivante : <https://www.vogel-vogel.com/wp-content/uploads/2018/01/Panorama-de-la-jurisprudence-europ%C3%A9enne-Conf%C3%A9rence-03.10.2017.pdf>. (Consulté le 15/03/218).

²⁹⁴⁴ Trib. UE, 25 juin 2010, *Imperial Chemical Industries c./ Commission*, aff. T-66/01, *Rec.*, 2010 p. II-2631. pt. 102.

autorités de régulation semble même s'étendre au juge à qui l'on exige non seulement une connaissance approfondie de la technicité économique²⁹⁴⁵, mais aussi une certaine efficacité voire une rapidité dans le contrôle des décisions du régulateur. À ce titre, des auteurs ont pu souligner que « *le juge, mieux que l'administration, est le véritable garant des libertés publiques, à charge pour lui d'être rapide et efficace* »²⁹⁴⁶. Un peu plus récemment, la Cour a dans le même sens réaffirmé la conformité de la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE à la Charte des droits fondamentaux en ce qu'elle exige une protection juridictionnelle effective, comprenant donc ce traitement dans un délai dit raisonnable²⁹⁴⁷.

1335. Cependant, la jurisprudence a eu et ce après avoir circonscrit le délai raisonnable²⁹⁴⁸, à rappeler que le dépassement de ce dernier, à le supposer établi, ne justifie pas nécessairement l'annulation d'une décision du régulateur²⁹⁴⁹. L'arrêt d'espèce indique qu'il convient tout d'abord de rappeler que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure administrative s'apprécie en fonction du contexte dans lequel elle s'inscrit et des différentes étapes procédurales qui ont été suivies. La seule prise en compte du délai de quatorze ans, relevé par la requérante, abstraction faite du contexte et des différentes étapes de l'affaire, ne saurait permettre de répondre à la question de savoir si la Commission a respecté l'exigence du délai raisonnable²⁹⁵⁰. Il ressort donc de la jurisprudence de l'Union, que le délai raisonnable

²⁹⁴⁵ Cf. SIBONY A.-L., BO V., CANIVET G., *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, coll. Droit et Économie, Paris, LGDJ, 2008, vol. 1, 883 p.

²⁹⁴⁶ MUGUET-POULLENNEC G., DOMENICUCCI D.-P., « Amende infligée par une autorité de concurrence et droit de protection juridictionnelle effective : les enseignements de l'arrêt *Menarini* de la CEDH », *Droit, Économie, Régulation, RLC*, janv.-mars 2012, n° 30, p. 59

²⁹⁴⁷ CJUE, 18 juill. 2013, *Schindler Holding e.a. c./ Commission*, *supra* ; CJUE, 10^{ème} ch., 24 oct. 2013, *Kone e. a. c./ Commission*, *supra* ; Trib. UE, 9 sept ; 2010, *Andreasen c./ Commission*, aff. T-17/08 P, *Rec. num.*, 2010, 374, pt. 141, 141, 145 et 146. En l'espèce, le juge insiste sur le fait que la protection juridictionnelle effective doit s'exercer de sorte qu'il permet de remédier, en tout état de cause, aux insuffisances et défaillances s'agissant d'une procédure disciplinaire ayant précédé la saisine du Tribunal de la fonction publique. La même position fut réitérée en 2018 dans l'arrêt Trib. UE, 13 mars 2018, *Alouminion tis Ellados c / Commission*, aff. T-542/11, *Rec. num.* 2018, 132, pt. 67. Cf. aussi IDOT L., « Politiques et actions de l'Union. Cartels et protection juridictionnelle effective », *jurisclasseur LexisNexis*, déc. 2013, n° 533, p. 1.

²⁹⁴⁸ Le Tribunal précise au point 104 qu'il est jurisprudence constante que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure administrative s'apprécie en fonction des circonstances propres à chaque affaire et, notamment, du contexte dans lequel elle s'inscrit, des différentes étapes procédurales qui ont été suivies, de la complexité de l'affaire ainsi que de son enjeu pour les différentes parties intéressées. Cf. CJCE, 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c./ Commission*, *supra*, pt. 74 et 187 ; TPICE, 16 sept. 1999, *Partex c./ Commission*, aff. T-182/96, *Rec.*, 1999, p. II-02673, pt. 177 ; TPICE, 30 sept. 2003, *Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis/ Commission*, aff. T-196/01, *Rec.*, 2003, p. II-03987, pt. 103 et 230.

²⁹⁴⁹ Trib. UE, 27 juin 2012, *Bolloré c./ Commission*, *supra*, pt. 103, 105, 107 et 111. Ce fut l'occasion de rappeler la jurisprudence antérieure qui confirme une telle considération : CJCE, 17 déc. 1998, *Baustahlgewebe c./ Commission*, aff. C-185/98, *Rec.*, 1998, p. I-8417 pt. 49 ; CJCE, 21 sept. 2006, *Technische Unie c./ Commission*, C-113/04 P, *Rec.*, 2006, p. I-8831, pt. 47 et 48 ; Trib. UE, 18 juin 2008, *Hoechst c./ Commission*, aff. T-410/03, *Rec.*, 2008 p. II-881, pt. 227. Cf., également, conclusions de l'avocat général Mme Kokott sous l'arrêt de la Cour du 25 oct. 2011, *Solvay c./ Commission*, aff. C-110/10 P, *Rec.*, 2011, p. I-10439, pt. 95 à 106.

²⁹⁵⁰ CJUE, 13 déc. 2018, *Union européenne c./ Kendrion*, aff. C-150/17, *Réc. num.* 2018, 1014, pt. 27, 34 et 35.

s'apprécie *in concreto* et au cas par cas²⁹⁵¹. Raison pour laquelle, un délai peut paraître raisonnable pour une affaire et ne pas nécessairement l'être pour une autre. D'autant plus que l'appréciation dudit délai se fait au regard de plusieurs critères disparates et tributaires des conditions propres à chaque affaire dont le volume du dossier, la nécessité d'effectuer une appréciation détaillée de faits nombreux et complexes, souvent étendus dans le temps et dans l'espace²⁹⁵². La Cour a, à plusieurs reprises, jugé qu'une demande tendant à obtenir réparation du préjudice causé par le non-respect, par le Tribunal, d'un délai raisonnable de jugement devait être introduite devant le Tribunal lui-même, et qu'il appartenait à ce dernier d'apprécier tant la matérialité du dommage invoqué que le lien de causalité de celui-ci²⁹⁵³ avec la durée excessive de la procédure juridictionnelle litigieuse en procédant à un examen des éléments de preuve fournis à cet effet²⁹⁵⁴.

3- Le principe de protection juridictionnelle effective

1336. La CJUE confirme, dans le sillage de l'arrêt *Menarini* de la CEDH, que le contrôle de légalité prévu à l'article 263 TFUE, complété par la compétence de pleine juridiction relative au montant de l'amende prévue à l'article 31 du Règlement n° 1/2003, répond aux exigences du principe de protection juridictionnelle effective figurant à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union²⁹⁵⁵. La CEDH est rejointe dans ce sens par la jurisprudence du Tribunal de l'Union²⁹⁵⁶. Le même arrêt *Menarini* reconnaît la légitimité du pouvoir de sanction conféré aux autorités de régulation²⁹⁵⁷. Dans un arrêt de 2011, relatif à une enquête sur la

²⁹⁵¹ CJUE, 28 févr. 2013, *Arango Jaramillo e.a. c./ BEI*, aff. C-334/12 RX-II, *Réc. num. 2013*, 134, pt. 25, 28-29, 33, 39, 44-45 ; Trib. UE, 21 janv. 2015, *Makhlouf c./ Conseil*, aff. T-509/11, *Rec. num. 2015*, 33, pt. 28-31 et 93.

²⁹⁵² Trib. UE, 10 janv. 2017, *Gascogne Sack Deutschland et Gascogne c./ Union européenne*, *supra*, pt. 61, 64, 66, 67, 69, 70, 74-76 et 78 ; Trib. UE, 16 févr. 2017, *Kendrion / Union européenne*, aff. T-479/14, *Réc. num. 2017*, 48, pt. 48, 49, 51, 52, 54, 55, 59-61 et 63 ; Trib. UE, 17 févr. 2017, *ASPLA et Armando Álvarez c./ Union européenne*, aff. T-40/15, *Rec. num.*, 105, pt. 62, 63, 66, 68, 69, 71, 72, 76-78, 80, 81 et 83 ; Trib. UE, 7 juin 2017, *Guardian Europe / Union européenne*, aff. T-673/15, *Rec. num. 2017*, 377, pt. 133-137 et 139.

²⁹⁵³ CJUE, 26 nov. 2013, *Kendrion c./ Commission*, aff. C-50/12 P, *Réc. num. 2013*, 771, pt. 99-101 ; CJUE, 26 nov. 2013, *Groupe Gascogne c./ Commission*, *supra*, pt. 88-90, 103.

²⁹⁵⁴ CJUE, 13 déc. 2018, *Union européenne / Gascogne Sack Deutschland et Gascogne*, aff. C-138/17 P, et C-146/17 P, *Réc. num. 2018*, 1013, pt. 35, CJUE, 26 nov. 2013, *Gascogne Sack Deutschland c./ Commission*, aff. C-40/12 P, *Réc. num. 2013*, 620, pt. 90 et 94 ; CJUE, 26 nov. 2013, *Groupe Gascogne/ Commission*, *supra*, pt. 84 et 88 ; CJUE, 9 oct. 2014, *ICF c./ Commission*, aff. C-467/13 P, pt. 59-60 ; Trib. UE, 8 nov. 2017, *De Nicola c./ Conseil et Cour de justice de l'Union européenne*, aff. T-42/16, *Rec. num. 2017*, 791, pt. 53, 56 et 62-65.

²⁹⁵⁵ CJUE, 8 déc. 2011, *Chalkor c./ Commission*, *supra*.

²⁹⁵⁶ Trib. UE, 31 janv. 2018, *Gyarmathy c./ France*, aff. T-196/15 P, *Rec. num.*, 47, pt. 97, 98.

²⁹⁵⁷ Le Conseil constitutionnel français l'avait déjà reconnu en 2009 et la CJUE lui a emboîté le pas dans l'affaire *Schindler*. Cf. (Cons. const., déc. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, relative à la Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, *JORF* n° 0135 du 13 juin 2009, texte n° 3 ; CJUE, 18 juill. 2013, *Schindler Holding Ltd e.a. contre Commission*, *supra*).

situation de la concurrence dans le secteur des travaux de régénération des voies ferrées²⁹⁵⁸, la Chambre commerciale de la Cour de cassation va dans le même sens que l'arrêt de la CEDH. Le but étant de réaffirmer les dispositions relatives à l'accès au juge et au procès équitable des acteurs économiques sur le fondement de l'article 6 de la CESDH²⁹⁵⁹. En l'espèce, la Cour de cassation dit pour droit que le droit d'accès aux tribunaux, qui doit être concret et effectif (§ 27), implique, en matière de visite domiciliaire, que les personnes concernées peuvent obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur son fondement. Elle souligne aussi que le ou les recours disponibles doivent permettre, en cas de constat d'irrégularité, soit de prévenir la survenance de l'opération, soit, dans l'hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, de fournir à l'intéressé un redressement approprié (§ 28).

1337. Même si certains ne reconnaissent pas expressément la CEDH et la Charte comme fondement exclusif de la protection des droits fondamentaux en matière de régulation économique, les reléguant ainsi à « *des sources indirectes* »²⁹⁶⁰, il n'en demeure pas moins que la Cour ainsi que la Convention sont devenues des gardes fous incontournables dans le contrôle de la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant en matière de régulation économique. La Cour de justice a elle-même précisé dans un arrêt portant sur la question de savoir si une entreprise n'ayant pas contesté certains éléments que lui notifient la Commission a le droit de le faire pendant la phase juridictionnelle. La Cour répond par l'affirmative en rappelant les principes régissant le recours effectif et rajoutant qu'en l'absence de base légale expressément prévue à cet effet, une telle limitation est contraire aux principes fondamentaux de légalité et de respect des droits de la défense²⁹⁶¹.

²⁹⁵⁸ Cass. com., 2 nov. 2011, *Sté. Colas Rail et Pichenot-Bouille*, n° 10-21.103, cet arrêt est relatif à l'appel intenté par les parties concernées par des visites et saisies sur le fondement des dispositions transitoires relatives à la modernisation de la concurrence en 2008 au regard des dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce en son alinéa 6.

²⁹⁵⁹ CEDH, 21 mai 2008, *Ravon e. a. c./France*, n° 18497/03, non-publié au *Rec.*

²⁹⁶⁰ DERO-BUGNY D., « La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux », in BRUNESSEN B., FABRICE P., SEBASTIEN R. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 111. Cf. aussi REMEDEM A., *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, Université Jean-Monet, Saint-Étienne, thèse, 2013, 491, p.

²⁹⁶¹ Cet aspect est d'autant plus important dans le contrôle juridictionnel et *de facto* le respect des droits de la défense que le Tribunal a, en 2011, estimé qu'un tel motif est infondé et est contraire à la légalité et à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Le Tribunal précise dans l'espèce de l'affaire *Koninklijke Grolsch c./ Commission* qu'aucune disposition du droit de l'Union n'impose au destinataire d'une communication des griefs de contester les différents éléments de fait ou de droit au cours de la procédure administrative, sous peine de ne plus pouvoir le faire ultérieurement au stade de la procédure juridictionnelle. Cf. CJUE, 1er juill. 2010, *Knauf Gips c./ Commission*, aff. C-407/08 P, *Rec.*, 2010, p.-I-6375, pt. 89-91 ; CJUE, 11 juill. 2013, *Ziegler c./ Commission*, aff. C-439/11 P, *Réc. num.* 2013, 513, pt. 75 ; Trib. UE, 15 sept. 2011, *Koninklijke Grolsch c./ Commission*, aff. T-234/07, *Rec.* 2011 p. II-6169, pt. 37, 38 et 40.

1338. Quand bien même la CJUE réaffirme dans l'arrêt *Kadi* que la protection des droits fondamentaux demeurent un des « *principes qui relèvent des fondements même de l'ordre juridique communautaire* »²⁹⁶², il s'avère que des limites acceptables peuvent y être fixées. Le Tribunal a pu affirmer, reprenant ainsi une jurisprudence de la CEDH²⁹⁶³, que s'agissant des catégories ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal, les garanties offertes par le volet pénal de cette disposition ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur contrairement aux sanctions pécuniaires au cours de la procédure de contestation desquelles, l'article 6, et dans son sillage l'article 47 de la Charte, demeure impératif²⁹⁶⁴. Dès lors que la Commission assure à la fois la fonction d'enquête, de poursuite et de sanction des pratiques anticoncurrentielles, les aspects touchant aux droits et libertés fondamentaux (perquisitions, saisies, données des entreprises, visites domiciliaires), elle ne le fait que sur autorisation des juges²⁹⁶⁵. C'est dans le même sens que l'arrêt *Steven c./ Italie* du 4 mars 2014 interdisant une double répression, réaffirme la valeur du principe *non bis in idem*²⁹⁶⁶.

Conclusion du Titre II

1339. Au regard de ce qui précède, que l'on soit face à un contrôle juridictionnel achevé, comme c'est le cas en droit national, ou que l'on soit devant celui des juridictions européennes ; une chose reste tangible : l'appel justifié au renforcement des pouvoirs des autorités de régulation ne renvoie en rien à une plaidoirie pour un abus de pouvoir de leur part. C'est d'autant plus vrai qu'elles sont soumises à un contrôle juridictionnel effectivement attentif au respect des droits des entreprises. Cependant, comme tout système de régulation des rapports sociaux, et en l'occurrence des relations économiques, il y a toujours des évolutions et des rectifications et des améliorations à apporter. C'est dans ce sens que le régulateur, plus national qu'européen sur ce point précis, grâce au rôle avant-gardiste du Conseil constitutionnel, devrait renforcer la séparation des pouvoirs d'enquête et de sanction afin d'ancrer de manière durable pour ne pas dire définitivement la crédibilité et la légitimité de sa procédure de prise de décision.

²⁹⁶² CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat c./Conseil et Commission*, *supra*, pt. 304. Cf. aussi BAILLEUX A., « Les droits de la défense et les (autres) droits fondamentaux devant les juridictions de l'Union européenne », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, *op. cit.*, p. 66.

²⁹⁶³ CEDH, 23 nov. 2006, *Jussila c./ Finlande*, n° 73053/01, *Rec.* 2006-XIV, § 31.

²⁹⁶⁴ Trib. UE, 13 juill. 2011, *Schindler Holding e.a. c./ Commission*, *supra*, pt. 51-52.

²⁹⁶⁵ GUERIN M.-C., « Concurrence. – Pratiques anticoncurrentielles. – Faits justificatifs. Procédure et sanctions », *art. cit.*, pt. 5, p. 1.

²⁹⁶⁶ CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens e. a. c./Italie*, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10; CEDH, 30 avr. 2015, *Kapetanios e. a. c./Grèce*, n°3453/12, 42941/12.

Il serait ainsi mis fin à toute sorte de critiques, souvent moins fondées, mais qui peuvent tout de même être justifiées à certains égards.

1340. Si en droit national, l'enchevêtrement du contrôle fait à la fois chacun des juges, administratif et judiciaire, un juge à part entière de la régulation, au niveau européen, le schéma semble plus lisible, faisant de la Cour de justice « *un juge de fond* » et la CEDH « *un juge de procédures* »²⁹⁶⁷. En tout état de cause, le contrôle du juge des actes et décisions des autorités de régulation s'inscrit dans la logique selon laquelle la « *tradition ordolibérale européenne* »²⁹⁶⁸ semble désormais plus ou moins partagée par l'ensemble des pays désirant un marché intégré et ce en dépit de quelques différences d'interprétation du rôle économique de l'État. Autant cette tradition est attachée à un contrôle juridictionnel effectif, autant il s'attache à l'épanouissement des entreprises ainsi que la prise en compte des valeurs non-économiques par tous les acteurs. D'aucuns ont même considéré que dans le domaine de la concurrence cette notion « *est inhérente au marché intérieur* »²⁹⁶⁹. Laquelle construction fut entamée au lendemain de la Seconde guerre mondiale. Mais même à l'époque, le contrôle de la légalité des actes de la CECA, ancêtre de la Commission européenne, fut pendant très longtemps « *d'abord réservé aux entreprises et aux associations d'entreprises* »²⁹⁷⁰ avant d'être étendu aux personnes physiques sous l'influence du Traité CEE. Donc même dans des circonstances exceptionnelles d'après-guerre ou de gestation de nouvelles institutions, l'on ne peut reléguer le contrôle juridictionnel qui garantit la lutte contre l'arbitraire et l'abus de pouvoir.

1341. En tout état de cause, les valeurs non-économiques, autant que la construction du marché unique, constituent l'un des fondements les plus significatifs de l'union entre les États européens. L'Union politique tant convoitée ne « *devait intervenir que comme une conséquence inéluctable* »²⁹⁷¹ de la construction du marché et des valeurs non-économiques fondées sur la création d'une « *solidarité de fait* »²⁹⁷². Mais une telle perspective ne peut se réaliser, dans une mondialisation économique dominée par des entreprises cruciales, si on relègue la protection

²⁹⁶⁷ NOGUELLOU R., « L'office du juge de la régulation économique », *RDP*, 1^{er} mars 2014, n° 2, p. 329, spéc. p. 330. C'est aussi ce qui ressort de l'arrêt CEDH, 5 avr. 2012, *Chambaz c./Suisse*, n° 11663/04.

²⁹⁶⁸ VALLINDAS G., « Sanctions, juges de l'Union, juges nationaux et CEDH : Nouvelles perspectives du contentieux européen de la concurrence », art. cit., p. 192.

²⁹⁶⁹ WAELBROECK M., « La place de la concurrence dans le Traité de Lisbonne », in DE WALSCHE A., LAURE L. (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden-Proménades au sein du droit européen*, op. cit., p. 829-841, spéc. p. 830 ; LE SOUDEER M., *Droit antitrust de l'Union européenne et droits fondamentaux des entreprises. Approche contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 20.

²⁹⁷⁰ WILDMEERSCH J., *Contentieux de la légalité des actes e l'Union européenne*, op. cit., p. 206.

²⁹⁷¹ DALMAU R., *La désactivation de la norme nationale par la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 217.

²⁹⁷² SCHUMAN R., Déclaration du 9 mai 1950, cité par DALMAU R., *ibid.*

juridictionnelle effective des entreprises au second plan, pas plus que si on prend le risque d'émousser les pouvoir administratif exorbitant des régulateurs qui permettent de protéger l'ordre public économique.

Titre III : Mise en perspectives du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation de la mondialisation économique

1342. Eu égard aux changements inéluctables des cycles économiques et de l'évolution de la société, n'est-il pas venu le moment d'envisager, sans basculer dans le dirigisme économique, définitivement le retour sinon la réinvention de la puissance économique de l'État ? L'unique but d'un dirigisme raisonné serait de permettre d'esquiver la possible soumission de l'État à des acteurs privés qui deviennent de plus en plus puissants et dont, décidément, le seul objectif est celui de se désengager de leur responsabilité vis-à-vis de celui-ci, mais surtout, à long terme, de reprendre une totale liberté dans leur quête de profits. Leur ambition de tirer profit de leurs activités n'est pas en soi condamnable, ce qui l'est en revanche, c'est lorsque celle-ci devient une obsession. Le déséquilibre qu'elle engendre et les crises qui en sont corolaires sont tels que, *in fine*, même ces acteurs économiques en seront perdants. Il n'est pas interdit de faire du profit, encore faudrait-il que cela ne soit pas au détriment de la stabilité et de l'équilibre de la société, surtout lorsque les entreprises qui s'y adonnent sont de nature systémique.

1343. Apparaît-il ainsi utile de s'intéresser, au stade conclusif de ce travail, aux réponses possibles à un certain nombre d'interrogations que pose la régulation d'une économie non seulement mondialisée mais également et surtout de plus en plus tentaculaire, numérique, exponentielle et plus versatile que jamais. Face à de telles incertitudes, souvent guettées par des rebondissements imprévisibles et des crises, l'affirmation d'une forte volonté régulatrice ne suffit pas. Encore faut-il que celle-ci se concrétise. Il est nécessaire que le pouvoir octroyé aux régulateurs soit effectif et prétentieux. Or, un régulateur dont la prétention est en deçà des ambitions et des projections des acteurs qu'il est censé réguler ne peut se targuer d'avoir rempli, ni exhaustivement ni efficacement, son rôle. Il ne peut bien évidemment pas tout prévoir, mais pour autant, il ne peut pas non plus se contenter d'une régulation défensive (*Chapitre I*). En revanche, une régulation sinon offensive ou du moins prévoyante est celle qui intériorise dans sa stratégie aussi bien la mutation des acteurs régulés que leur capacité à instrumentaliser la règle de droit et les vides juridiques. Une telle prétention se doit de se servir de la

complémentarité du Politique et du Droit afin d'espérer une régulation exhaustive, effective et exorbitante tant en droit national que communautaire en attendant une éventuelle, mais très improbable, régulation mondiale homogène (*Chapitre II*).

Chapitre I : Nécessité d'un pouvoir administratif exorbitant prétentieux dans la mondialisation économique

1344. Pour aboutir à une régulation effective et respectueuse des droits des entreprises et subséquemment faire taire toute velléité d'un prétendu dirigisme économique injustifié, une finesse de l'intervention économique de l'État s'avère indispensable (**Section III**). Dans le sillage d'une circonscription efficace de la mondialisation économique et une mise en œuvre aboutie du pouvoir administratif exorbitant confié au régulateur (**Section II**), il n'est néanmoins pas inutile de se demander comment réguler efficacement une économie qui ne cesse de se dématérialiser (**Section I**).

Section I- Quelle régulation pour une économie sans cesse dématérialisée ?

1345. Aussitôt adopté comme mode efficace de régulation, aussitôt rendu caduc par les pratiques sans cesse renouvelées des acteurs régulés. Ainsi pourrait-on résumer le dilemme du régulateur face à la difficulté de circonscrire efficacement et de manière durable une économie qui ne cesse de se dématérialiser. La prolifération des plateformes numériques, soutenue par l'ubérisation de l'économie, pose la fondamentale question de l'efficacité de la régulation économique (§1). Cette question rappelle certes la nécessité d'un droit plus fort et avant gardiste dont le prisme sur l'économie est à un tel point instable (§2) qu'on peut se demander si cette guéguerre entre économistes et juristes ne leur est pas tous préjudiciable (§3).

§1- L'impact des plateformes numériques et l'ubérisation sur l'efficacité de la régulation économique

1346. En 2015, lors d'un colloque organisé par la Société de la législation comparée au Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé expliquait la difficulté d'une régulation effective dans un monde juridique et économique comparable à « une chimère »²⁹⁷³. Le désordre qui semble jaillir de la

²⁹⁷³ Il rappelait la définition de la Chimère donnée par Homère dans le chant VI de l'Iliade qui présente ce monstre comme « lion devant, serpent derrière et chèvre en son milieu ». Cf. SAUVE J.-M., « Discours introductif » in *Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la chimère ?*, Conférence inaugurale du cycle de

globalisation ne doit effrayer le Droit, il doit plutôt lui donner un motif supplémentaire de réaffirmer sa prétention. L'auteur conclut en soulignant que « *pourtant malgré ses apparences impressionnantes, voire monstrueuses, il est et reste le moyen d'une régulation des flux transnationaux et d'une promotion ambitieuse des garanties de l'État de droit au sein d'espaces régionaux intégrés, comme à l'échelle mondiale. Par conséquent, nous ne guettons pas, nous redoutons même l'arrivée d'un Bellérophon, chevauchant Pégase et armé de ses flèches. Nous aspirons bien plutôt, d'une manière métaphorique, à dompter la Chimère. C'est là une ambition déjà considérable qui nous paraît néanmoins à la fois plus réaliste, accessible et féconde. Nous y parviendrons par les voies d'un usage raisonnable du droit comparé et de la coopération des autorités politiques comme des systèmes juridiques sur l'enjeu majeur que représente le champ d'application territorial du droit. Face à la globalisation du droit, ne cédon pas à la passivité et moins encore à la démesure et sachons au passage nous souvenir, comme nous y invite Homère, que Bellérophon, emporté par son hubris, fut à son tour abandonné des dieux pour avoir voulu les égaler* »²⁹⁷⁴.

1347. Le temps où l'on présentait les actes des autorités de régulation économique comme des « *normes souvent molles* »²⁹⁷⁵ est désormais derrière nous. Leur mission, telle qu'elle leur est déléguée par l'État, en tout cas dans le domaine économique, devrait être plus exorbitante que jamais. C'est la seule issue qui semble plausible pour encadrer efficacement les plateformes numériques qui gèrent non sans en abuser les données personnelles de milliards de personnes à travers le monde. La concurrence et la régulation qui sont deux fondements du droit économique sont profondément touchées voire bouleversées par cette économie des plateformes. D'où « *l'incitation à faire évoluer certains aspects du fonctionnement de la régulation de la concurrence* »²⁹⁷⁶. Dans un rapport co-rédigé par l'Inspection générale des finances et le Conseil général de l'économie et remis au Ministre de l'économie, les auteurs indiquaient que « *depuis la dernière révision du cadre juridique européen en matière de concurrence, l'économie mondiale a connu de profonds bouleversements avec la montée en puissance d'acteurs émergents qui ne jouent pas selon les mêmes règles du jeu et l'essor des*

conférences « Droit comparé et territorialité du droit », organisé par le Conseil d'État, la Société de législation comparée (SLC) et l'Institut français des sciences administratives (IFSA), 20 mai 2015, p. 6, accessible : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/comprendre-et-reguler-le-droit-globalise-ou-comment-dompter-la-chimere>. (Consulté le 23/02/2017).

²⁹⁷⁴ *Ibid.*

²⁹⁷⁵ MORAND-DEVILLER J., « Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes », *LPA*, 12 sept. 2003, n° 183, p. 6.

²⁹⁷⁶ Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, Etude annuelle 2017, sept. 2017, p. 14, disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/174000714.pdf>. (Consulté le 05/05/2018).

plateformes dont la nature même repose sur l'acquisition de positions dominantes difficiles à contester »²⁹⁷⁷ ne devrait laisser le régulateur indifférent. Ils soulignent ainsi l'importance d'une régulation adaptée, non pas à chaque secteur de l'économie, puisque cela semble désormais acquis, mais aux différentes catégories d'acteurs économiques selon qu'ils soient cruciaux, incontournables dans leur domaine ou qu'ils soient des ETI, des PME ou des PMI.

1348. Aussi, l'ubérisation de l'économie qui « *privilégie pour se développer les secteurs règlementés par la puissance publique, en mettant en lumière les vides et les incohérences juridiques ou leur inadéquation avec les évolutions technologiques ; elle accroît la concurrence économique dans les secteurs règlementés comme entre "la multitude" et les opérateurs en place* »²⁹⁷⁸. Elle s'apparente davantage à un court-circuit de l'organisation économique traditionnelle, octroyant une certaine stabilité à celle-ci et des retombées financières aux États. C'est pourquoi, doit-elle être circonscrite de sorte que les acteurs traditionnels ne disparaissent pas et que les impôts puissent être convenablement exigibles et recouverts par les administrations qui en ont les compétences. D'autant plus que, selon certains, « *il serait illusoire de croire que les collectivités publiques, les services publics, la puissance publique pourraient échapper au processus "d'ubérisation"* »²⁹⁷⁹. Pour éviter une telle conséquence ou du moins pour l'atténuer avec des garde-fous, la régulation économique n'a d'autre choix que d'être efficace et elle ne peut l'être en étant molle et déphasée.

1349. Face à la puissance et la globalisation d'une entreprise comme Facebook, l'on ne peut se contenter de faire confiance à l'autorégulation. Tout comme l'on ne peut souscrire entièrement à l'affirmation d'une directrice des affaires publiques France et Europe du Sud de cette entreprise, selon laquelle, une régulation exercée par les utilisateurs serait suffisante, quand elle affirme que « *c'est l'utilisateur de Facebook qui en est le premier régulateur. De la confiance qu'il accorde au service dépend la pérennité de l'entreprise* »²⁹⁸⁰. Que connaissent la plupart des 2, 3 milliards d'utilisateurs de Facebook de l'enjeu relatif à leurs données exploitées

²⁹⁷⁷ Les auteurs préconisent par exemple « *une supervision des acteurs « systémiques » par un comité ad hoc associant des agents de la DG CONNECT de la DG GROW [entreprise et industries], de la DG HOME [migration] et de la DG COMP et doté de pouvoirs d'investigation et d'instruction* ». Ce qui renvoie à une régulation spéciale, que nous appelons ici « régulation cruciale », des entreprises dites systémiques. Cf. PERROT A., BLONDE V., ROPARS A. *et al.*, *La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE*, Rapport public, avr. 2019, p. 5-6, disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000488.pdf>. (Consulté le 05/06/2019).

²⁹⁷⁸ Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, Rapport préc., p. 12.

²⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 19.

²⁹⁸⁰ REYRE D., « Le point de vue d'un acteur global », in *Les modalités de la régulation européenne*, Conférence annuelle du Club des régulateurs, Université Paris Dauphine, 23 oct. 2015, p. 19.

par cette entreprise pour estimer qu'il suffit de leur faire confiance afin de réguler un tel mastodonte ?²⁹⁸¹ Le Conseil d'État a pu rappeler dans l'un de ses rapports qu'en dépit du fait que l'Internet « *pose des défis inédits* » aux États, celui-ci « *n'échappe ni en fait ni en droit à la puissance étatique* »²⁹⁸². La prétention étatique ne se corrode jamais même s'il lui est nécessaire de s'inventer et de s'adapter.

1350. Le Conseil d'État indique que nous en sommes arrivés à la question de savoir s'il faut « *être ou ne pas être, savoir s'il faut "admirer la résignation" subissant {les} assauts {et les} outrages {de la} Fortune* », où « *la force s'armant contre une mer d'orage et les mettant à fin par la lutte* ». Autrement dit, la question est désormais celle de savoir s'il faut se résigner ou changer ? « *Se transformer ou mourir ? C'est la question qui se pose à nos sociétés et aux pouvoirs publics aujourd'hui* »²⁹⁸³. Dans cette étude, le Conseil d'État propose des réformes sur l'encadrement des plateformes numériques sans nécessairement, dit-il, « *bâtir un droit spécifique pour la nouvelle économie des plateformes* »²⁹⁸⁴, mais plutôt adapter les outils juridiques existants. Il utilise des termes comme « *agiles* » pour décrire la méthode d'élaboration et d'adaptation des textes de lois existants dans l'encadrement de ces géants. Tout comme l'application « *in vivo* » impliquant un travail en commun entre autorités et acteurs des secteurs concernés au sein des « *bacs à sable de l'innovation* »²⁹⁸⁵, qui constituerait des laboratoires d'expérimentation et d'accompagnement des innovateurs.

§2- *Prisme chancelant du Droit sur l'économie*

1351. Empiriquement, l'économie prétend souvent « *naturer* » le juridique quand, dans le même moment, le premier essaye, par tous les moyens, de s'extraire de l'orientation et du contrôle légitimes du second. Pourtant, le juridique se doit de conserver, à son honneur et à celle de la société qu'elle défend, sa prétention. Si comme le voudrait les tenants d'un droit au service de l'économie, celui-ci « *suivait l'économie* »²⁹⁸⁶, l'unilatéralisme, l'extraterritorialité et seraient alors la règle et la diversité, la philosophie et les visions

²⁹⁸¹ Ce chiffre est actualisé pour seulement 2019. Alors qu'en est-il des prochaines années sachant que le nombre d'utilisateurs ne fait que se multiplier à mesure que l'accès à internet est facilité à travers les pays ?

²⁹⁸² Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Rapport, préc., p. 15.

²⁹⁸³ Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, Rapport, préc., p. 142.

²⁹⁸⁴ G'SELL F., « Le Conseil d'État et les plateformes : de l'ubérisation à un programme d'action », *JCP*, 23 oct. 2017, n°43, p. 1926-1929.

²⁹⁸⁵ Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, Rapport, préc., proposition n°10, p. 21.

²⁹⁸⁶ FARJAT G., « Le droit, l'économie et le fondamental », art. cit., p. 542.

hétérogènes du monde seraient homogénéisées. Si jamais cela arrivait, l'identité du « vainqueur », du « gagnant » d'une telle éventualité pourrait faire l'objet de tiraillement, mais le vaincu ne serait pas si difficile à identifier, serait connu de tous : l'humain. Et l'on ne s'étonnerait pas non plus que ceux qui dénoncent l'ultralibéralisme, tout en le promouvant, soient ceux-là même qui dénonceraient une hégémonie dont on a compris, à titre comparatif avec la domination libérale depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, que dès qu'une hégémonie s'installe, c'est tout un système qui le sous-tend, de sorte que l'on ait d'autre choix que de faire avec. Peut-être que l'économie peut se mondialiser, s'homogénéiser et laisser l'essentiel et le fondamental prospérer dans la société, mais rien n'est sûr quant au succès d'une telle aventure dans le domaine juridique. Car, le Droit doit à juste titre prétendre et encadrer la mondialisation, harmoniser l'économie, mais l'économie ne peut prétendre harmoniser le Droit en le mondialisant et en l'homogénéisant.

§3- Une guéguerre à l'issue incertaine

1352. Afin de pallier et résoudre « l'éternel » conflit entre droit et économie, certains auteurs proposent une méthode originale. Elle consiste en la conception et de l'un et de l'autre comme systèmes plutôt que comme théorie, ce qui permettrait « *d'établir leur relation sur un pied d'égalité* »²⁹⁸⁷. Ceci éviterait une quelconque suprématie des systèmes juridiques sur les systèmes économiques. Mais n'est-il pas un peu simpliste de renoncer à l'affirmation du droit pour tendre vers une égalisation des deux domaines dont les méthodes et les objets ne sont pas les mêmes pour ne pas dire inconciliables ? Le Droit ne devrait avoir la réticence d'affirmer sa prétention d'organisateur de la société au sein de laquelle l'économie occupe une place certes incontournable mais juridiquement encadrée. De la même façon que l'économie ne peut se disperser, en allant, au-delà de la création des richesses, chercher à régir et à réglementer la société. Même si le débat peut demeurer houleux et sempiternel, il serait synonyme de renoncement pour le Droit que de considérer qu'un nivellement avec l'économie éviterait les « querelles ». La raison tient au simple fait que le Droit est « *peut-être le seul à pouvoir remplir une fonction stabilisatrice, médiatrice dans le monde contemporain* »²⁹⁸⁸. Alors, s'il renonce à être le Droit et à dire le droit qui le fera à sa place ? Ce serait dangereux de croire que l'économie jouera ce rôle.

²⁹⁸⁷ MUIR WATT H., *La Responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2005, 315 p. Cf. aussi FARJAT G., « Le droit, l'économie et le fondamental », *RIDE*, 2005, p. 431-455, spéc. p. 433.

²⁹⁸⁸ FARJAT G., « Le droit, l'économie et le fondamental », art. cit., p. 452.

1353. Deux solutions s'offrent aux pouvoirs publics. Soit se dérober et laisser les plateformes dans leur expansion sans se soucier de la nécessité d'y préserver les personnes (humaines surtout) qui y recourent. Une des alternatives qui risque d'être davantage un problème qu'une solution. Soit la puissance publique les accompagne en décelant les imperfections, les limites et les instrumentalisation législatives pour, *in fine*, trouver les moyens de protéger les droits fondamentaux et éviter les dérives. Le choix est peut-être clair à opérer dès lors qu'une société dans laquelle la personne humaine et les droits fondamentaux ne sont pas protégés n'a ni d'âme ni d'avenir.

Section II- Nécessaire circonscription de la mondialisation économique par une mise en œuvre effective du pouvoir administratif exorbitant

1354. L'on ne peut réussir à circonscrire efficacement la mondialisation économique sans chercher à comprendre ses rapports avec la théorie de l'incomplétude (§1). Le Droit se doit, tant dans son esprit que dans son déploiement, d'être adaptable afin de préserver toute son effectivité et son exorbitance (§2). Il faudrait cependant souligner, autant de fois que nécessaire, que l'exorbitance ne devrait pas être l'antithétique de la finesse de l'intervention économique de l'État, elles se doivent d'être à la fois alternatives et complémentaires (§3).

§1- Mondialisation économique et théorie de l'incomplétude

1355. Dès lors que la définition quantitative de la mondialisation est « *comprise comme la croissance manifeste des flux de biens économiques : main d'œuvre, marchandises, capitaux, informations* »²⁹⁸⁹, une observation attentive peut aussitôt soulever une éventuelle critique d'une telle définition dans la mesure où elle tend à banaliser le contenu historique de la mondialisation en se contentant des chiffres. Il y a un lien étroit entre le droit économique et la mondialisation tel qu'on ne peut bien saisir la seconde sans bien préciser le sens et les ambitions du premier. Marie-Anne Frison-Roche souligne à cet effet que « *pour définir le droit de la régulation économique, il faut tout d'abord éclairer ce qui est en arrière-plan, à savoir principalement l'économie de marché et par voie de conséquence la mondialisation* »²⁹⁹⁰. À bien analyser, on serait amené à se demander pourquoi la surprise généralisée face à la mondialisation qui pourtant ne semble obéir qu'à une logique à la fois de pragmatisme

²⁹⁸⁹ FEIERTAG O., *L'économie française de 1914 à nos jours*, op. cit., p. 12.

²⁹⁹⁰ FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation », art. cit., p. 126.

économique et d'une base juridique historiquement fondée. De toute manière, elle surprendra moins dans les décennies à venir même si toute la prudence et toute la lucidité s'imposent dans l'analyse de ses effets globaux et mondiaux à venir, tant il s'avère impossible d'anticiper toutes ses conséquences aussi bien négatives que positives.

1356. Faut-il rappeler que le domaine économique est largement gouverné par la théorie de l'incomplétude, c'est-à-dire « *un contrat incomplet qui ne peut préciser ex ante et avec exhaustivité l'ensemble des états du monde possibles, et leur associer des obligations ou des effets juridiques possibles. Bref, l'incomplétude exprime notre ignorance du futur, même avec des agents dont l'information est symétrique et sont parfaitement rationnels. Tout, dans une relation d'échange, n'est pas contractualisable* »²⁹⁹¹. La théorie de l'adaptation et de réinvention s'applique avec justesse dans la régulation économique dès lors que l'incomplétude de l'économie mondialisée et de plus en plus virtuelle implique, tout comme dans le cadre de certains contrats économiques de l'État, que l'autorité publique puisse « commander » les incertitudes. Dans ce sens il n'y a rien de plus légitime et efficace que « *de lui conférer une autorité de définir les obligations du cocontractant dans les situations imprévues au contrat* »²⁹⁹². Thierry Kirat donne l'exemple de la résiliation du contrat dans le sens de sa consécration par l'article 49.201 du *Termination of Contract* étasunien, proche de l'article 35.1 CCAG en France²⁹⁹³, qui dispose que « *la personne publique peut, à tout moment, qu'il y ait ou non faute du titulaire, mettre fin à l'exécution des prestations avant l'achèvement de celles-ci, par une décision de résiliation du marché, notifiée dans les conditions du 4 de l'article 2* »²⁹⁹⁴. Il en va du rôle de l'autorité publique en tant que réducteur des incertitudes que de fixer des limites à l'incomplétude des contrats économiques entre acteurs systémiques et la société ou entre ceux-ci et leurs cocontractants. Que ces derniers soient parties « faibles », autrement dit concurrents dominés, ou « très faibles », c'est-à-dire consommateurs.

²⁹⁹¹ KIRAT Th., « L'exorbitance du droit administratif : Analyse économique », in MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, op. cit., p. 63-64.

²⁹⁹² *Ibid.* ; Cf. aussi VIDAL L., « L'économie de la répartition des risques dans les contrats : les liens entre droit et économie », in KIRAT Th. (dir.), *Économie et droit du contrat administratif : l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, Paris, La Documentation française, coll. « Perspectives sur la justice », 2005, p. 57-112 ; AUBY J.-B., KIRAT Th., (dir.), *Le contenu et la portée économique des règles de droit, application à la répartition des risques dans les contrats administratifs*, Paris, S. L./S. N., 2003, 336 p. ; Th. KIRAT, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », *RIDE*, n° 1, 2003, p. 11-46. Pour des vues différentes Cf. MENARD V. C., « Imprévision et contrats de longue durée : une économiste à l'écoute du juriste », in *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2014, 1040 p ; BOUTHINOS-DUMAS H., « Les contrats rationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE*, n°3, 2001, p. 339-373.

²⁹⁹³ Cahier des clauses administratives générales fixant les dispositions applicables à une catégorie de marchés.

²⁹⁹⁴ KIRAT Th., « L'exorbitance du droit administratif : Analyse économique », art. cit., p. 65.

§2- Nécessaire adaptation de la place du Droit dans la mondialisation économique

1357. Selon la doctrine, face à la mondialisation économique, la place du Droit se résume en trois thèses qui se confrontent et dont chacune, au fond, conserve sa part de vérité. Marco D'Alberti estime qu'il y a d'abord la thèse de ceux qui, avec une certaine radicalité, estiment que « *le monde global échappe à l'ordre et au contrôle. Une régulation de l'économie est impensable et encore moins un droit public économique* »²⁹⁹⁵. Comparant la faiblesse du droit face à l'économie à celle du droit international face aux États²⁹⁹⁶. Ensuite, rajoute D'Alberti, il y a ceux qui soutiennent que « *les entreprises d'aujourd'hui, comme les marchands du Moyen Âge, construisent leur droit corporatif propre, qui ensuite se consolide en usages qui conditionnent toute la catégorie* »²⁹⁹⁷. À côté de ces deux premiers se rangent ceux qui considèrent la *Lex mercatoria* comme « *étant très peu déterminée, se situant en marge du droit, aux frontières des processus économiques et technologiques : il s'agirait d'une juridicité flexible, adaptable, soft, mais pas faible* »²⁹⁹⁸. En fin et en troisième lieu, d'autres « *interprétations selon lesquelles l'intervention des pouvoirs publics et le droit public économique serait encore importante, malgré la globalisation, la libéralisation des marchés, les privatisations et les dérégulations* »²⁹⁹⁹. Il découle de ces positionnements doctrinaux, une différence de perception de la place et du rôle de la puissance publique, et donc du régulateur, dans la mondialisation économique. La question n'est pas évidente mais heureusement qu'il y a encore une partie de la doctrine qui estime que l'État, à travers le triptyque Droit-Juge-Régulateur, a encore un rôle à jouer.

1358. Cette lueur d'optimisme et de prétention, qui a tout d'une étincelle dans un océan d'obscurité, est d'autant plus nécessaire qu'il est crucial et vital pour la société que ce triptyque ne se résigne pas. Bien que reconnaissant une profonde mutation et des transformations importantes de la régulation économique contemporaine, Marco D'Alberti conclut en soulignant que « *les mutations multiples qui, depuis les vingt dernières années, ont concerné les rapports économiques et sociaux--de la globalisation plus intense aux révolutions*

²⁹⁹⁵ D'ALBERTI M. I., « La régulation économique en mutation », art. cit., p. 231.

²⁹⁹⁶ BALDASSARRE A., *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002, cité par D'ALBERTI M., *ibid.*, p. 365.

²⁹⁹⁷ GOLDMAN B., « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », cité par D'ALBERTI M., *ibid.*, p. 241.

²⁹⁹⁸ TEUBNER G., « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 3 et s.

²⁹⁹⁹ SUNSTEIN C.-R., *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge Harvard University Press, 273 p., cité par D'ALBERTI M., « La régulation économique en mutation », art. cit., p. 365.

technologiques, aux libéralisations, privatisations, dérégulations--ne semblent pas du tout avoir anéanti la régulation publique de l'économie. Au contraire, la régulation a poursuivi son chemin, et le cadre des régulateurs publics s'est enrichi, puisqu'aux fonctions des États se sont ajoutées celles des organismes subnationaux et supranationaux, toujours plus importantes »³⁰⁰⁰. Cette dernière interprétation semble plus cohérente et en phase avec la prétention du Droit et de la nécessité de ne pas obtempérer et renoncer à tout encadrement juridique de la mondialisation économique, aussi puissante et tentaculaire qu'elle puisse se révéler. Même si une telle ambition doit faire sienne une combinaison intelligente entre autorité, finesse et flexibilité.

§3- L'indispensable finesse de l'intervention économique de l'État

1359. Même s'il faut d'emblée exclure toute idée d'un État modeste face à la mondialisation et la « crucialité » des acteurs économiques (**D**), il n'en reste pas moins que sa lucidité s'impose dans la mondialisation économique (**C**). Car elle seule peut être en mesure de restituer sa place à chacun et lui permettre de bien jouer son rôle (**B**). Mais bien avant d'étayer cela, il semble important de revenir sur la justification de la notion de finesse étatique dans l'intervention économique (**A**).

A- Justification d'une finesse dans l'exorbitance

1360. Il aura fallu mettre droit et économie dans une étroite cohabitation pour en arriver, dirait-on sans rougir, à évoquer une intervention de l'État qui se veut « fine ». L'intervention de ce dernier aurait dû se contenter d'être simplement ce qu'elle est sans qu'il y ait besoin de la qualifier de plus ou moins fine. Mais ainsi en est-il de l'évolution de l'État et de son rôle face à une économie dont les acteurs disposent, comme nous l'avons vu, de droits fondamentaux qui, pour certains d'entre eux, peuvent se transformer en des subterfuges pour titiller l'État et son « suranné » intérêt général.

1361. Quoi que puisse être la prise en compte de la nécessaire flexibilité dans le rapport entre droit et économie de la part de l'État, il sera taxé d'interventionniste par les acteurs privés les plus hostiles à son rôle économique. À cet égard, Guylain Clamour souligne avec une certaine justesse que « *quelques soient ses origines anglo-saxonnes, l'action spécifique [de l'État] apparaît fondamentalement comme une intervention exorbitante des pouvoirs publics* »,

³⁰⁰⁰ D'ALBERTI M., « La régulation économique en mutation », art. cit., p. 231.

rappelant que certains ont même pu, autrefois, qualifier la privatisation comme « *le stade suprême de l'interventionnisme* »³⁰⁰¹ alors que d'autres parlent de « *la mort prématurée de Colbert* »³⁰⁰². Ceci est une illustration du rapport somme toute mouvant entre les uns et les autres, même si, comme l'a si bien souligné le Vice-président du Conseil d'État et ancien président de l'ADLC, Bruno Lasserre, « *l'essor des autorités de régulation ne doit pas faire croire à l'obsolescence définitive de l'État et de l'administration 'traditionnelle'* »³⁰⁰³; puisque le régulateur n'est en réalité que le prolongement de l'exorbitance telle qu'elle est incarnée par l'État. Il rajoute d'ailleurs que « *la régulation n'étant qu'une facette de l'État contemporain qui, avec les lois et les règlements et l'utilisation des moyens de contrainte qui sont les siens, continue de détenir le 'monopole de la violence physique légitime'* »³⁰⁰⁴.

B- Place et rôle respectifs de l'État et des acteurs économiques

1362. La régulation, disait Jean-Marc Sauvé en 2013, c'est « *non seulement corriger, mais également équilibrer et orienter* »³⁰⁰⁵. Il est évident que corriger et orienter ne peuvent toujours passer par l'exorbitance qui peut, à certains égards, s'avérer non seulement disproportionnée mais inefficace. C'est dans ce sens que Sophie Nicinski souligne que « *la prégnance des thèses libérales oblige l'administration à passer par d'autres voies que le dirigisme économique (...) parce que les administrations qui ont un rôle de direction développent aussi d'autres fonctions, comme celle d'impulsion, d'encadrement ou encore de contrôle* »³⁰⁰⁶. Une telle finesse implique que les autorités publiques ne puissent déployer l'exorbitance à tort et à travers et en toute circonstance. Ce qui amène Jacques Chevalier à se demander si « *les rapports entre les firmes multinationales et les États sont-ils réversibles et à base d'interdépendance réciproque : les firmes ont tout autant besoin de l'appui et du relais des États que les États ont besoin d'elles pour assurer l'équilibre des échanges, renforcer le tissu industriel ou préserver l'emploi ; dans le processus de mondialisation, les dimensions économiques et politiques sont inextricablement liées* »³⁰⁰⁷.

³⁰⁰¹ CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence*, op. cit., p. 733.

³⁰⁰² CARREAU D., THEUOLD R., « La nouvelle loi de privatisation ou l'annonce prématurée de la mort de Colbert », *Dalloz*, 1993, n° 231.

³⁰⁰³ LASSERE B., « L'État régulateur », art. cit., p. 8.

³⁰⁰⁴ WEBER M., *Le savant et le politique*, Paris, Plon, trad. FREUND J., coll. « Recherches et sciences humaines », 1959, p. 125.

³⁰⁰⁵ SAUVE J.-M., « Une vision renouvelée de la régulation économique », art. cit., p. 2.

³⁰⁰⁶ NICINSKI S., *Droit public des affaires*, op. cit., p. 23.

³⁰⁰⁷ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, op. cit., p. 42-43.

1363. Cette interdépendance n'est pas plus mauvaise en soi, ce qui demeure critiquable, c'est surtout quand ce souci étatique de création ou de préservation d'emplois est transformé en un chantage ou s'il est exploité comme perche par les entreprises pour instrumentaliser la bonne volonté de l'État. Il est fréquent que les multinationales conçoivent ce dernier comme un client destinataire de leur produit comme peut l'être tout autre consommateur et, de ce fait, l'utilise comme moyen pour accéder à leurs fins au point qu'avec l'évolution des rapports, elles deviennent des « co-auteurs » de la loi beaucoup plus que des destinataires. Elles réclament à la fois les codes de bonne conduite et dans l'hypothèse d'une insuffisance de la réglementation, elles se targuent aussi de l'autorégulation en agitant incessamment l'épée imaginaire du musellement de l'autorité de l'État. La seule préoccupation est que les effets de toutes ces règles permissives soient souvent moins perceptibles, qu'ils s'agissent des emplois promis ou la croissance tant espérée. L'idéal serait de trouver une stratégie permettant à l'État de soutenir, pour reprendre cette métaphore, tous ses deux enfants sans qu'il soit nécessaire de sacrifier le benjamin pour nourrir le cadet. Étant entendu que les places peuvent être selon les situations interchangeables. Les entreprises peuvent être le benjamin tout comme les autres citoyens (consommateurs plus exactement) peuvent devenir le cadet.

C- L'indispensable lucidité étatique

1364. Même s'il est ici important de noter l'évolution du contexte et de la mondialisation économique, il n'en demeure pas moins que présenter l'intervention de l'État dans ce libéralisme à tout va comme « *le diable à abattre* »³⁰⁰⁸, serait une erreur majeure dans la mesure où son retrait total impliquerait la sacrifice ou pire l'abandon à eux-mêmes ceux à qui, justement, la majorité démocratique donne la légitimité d'être protégés à défaut d'être aidés. Personne ne peut légitimement et sincèrement prétendre remplir une telle mission en dehors de l'État. En d'autres termes, l'État non plus ne doit pas se targuer de cette légitimité d'intervenir pour le simple goût de la faire, il le fera quand nécessité se sentira, car lui aussi est le garant de l'expression effective de la liberté d'entreprendre et la création des richesses sans lesquelles l'un des fondements de son existence, la prospérité de ses habitants, s'envolerait. Il faudrait donc prôner une « lucidité étatique » voire sa parcimonie dans la conciliation des intérêts entre deux composantes vitales de la société. Lucidité ne veut cependant pas dire renoncement.

³⁰⁰⁸ CHARLIER R. E., « Signification de l'intervention de l'État dans l'économie », art. cit., p. 95-105.

D- Les riches d'une posture étatique modeste

1365. La finesse de l'intervention économique de l'État, consistant à trouver l'équilibre nécessaire entre autorité et flexibilité, n'implique cependant pas que celui-ci, en sus du fait d'être « *démembré* »³⁰⁰⁹, devienne « *modeste* »³⁰¹⁰. En tout état de cause, qu'il soit démembre, modeste et en retrait, l'État demeure le rempart contre toute remise en cause substantielle de la cohésion de la société, du vivre ensemble, de l'intérêt général et de la sauvegarde des droits fondamentaux³⁰¹¹. Pour la sauvegarde de ces valeurs, il lui incombe de répondre présent et ce peu importe les critiques qu'il essuiera de la part de ceux qui croient en un monde, notamment économique, avec un État effacé, impuissant et réduit à un simple observateur.

Chapitre II- Nécessité d'adaptation du pouvoir administratif exorbitant aux mutations des acteurs économiques

1366. La mutation demeure une notion consubstantielle à l'économie. Elle entraîne dans sa transformation non seulement les acteurs économiques, lesquels doivent stratégiquement ajuster leur manière de faire, mais aussi le régulateur. Le fait qu'elle entraîne également le juge dans cette mutation se révèle être le versant le plus singulier. C'est la combinaison de l'action de l'ensemble de ces acteurs, chacun à son niveau et à sa manière, qui fait vivre le droit économique. Même si pour certains auteurs, ces « *évolutions du droit, les besoins sociaux et l'imagination du législateur alimentent et en même temps altèrent la substance de la fonction de juger* »³⁰¹². Il faut néanmoins souligner qu'en matière économique, la fonction de juger semble être plutôt plus en mutation qu'en altération.

1367. Pour éviter une altération de la fonction de juger et encadrer sa mutation de sorte que le juge ne devienne ni régulateur ni acteur économique dans le sens strict, au-delà de la mutation de la régulation qui se renforce par la compliance³⁰¹³ (**Section III**) ; il paraît indispensable,

³⁰⁰⁹ CANAC J.-M., « Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes. Visions française et monégasque », art. cit., p. 1.

³⁰¹⁰ BONELLI L., PELLETIER W., « Les "mille" démantèlement de l'État », in BONELLI L., PELLETIER W. (dir.), *L'État démantelé*, Paris, La Découverte, 2010, p. 13.

³⁰¹¹ Cf dans ce sens et plus spécialement sur la question de la protection des libertés fondamentales, CASSIN F., *Le rôle des autorités administratives indépendantes au regard des libertés fondamentales*, thèse, Université Paris II, 1995, microfiches, Cujas.

³⁰¹² DELICOSTOPOULOS C. S., *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire. Contentieux du droit de la concurrence et de la bourse*, thèse, LGDJ, Paris, 2002, p. 109.

³⁰¹³ La compliance est un mécanisme *ex ante* responsabilisant davantage les acteurs économiques sur lequel nous reviendrons en détails dans le §3.

tant sur le plan communautaire (**Section II**) que national (**Section I**) que les prétentions de la régulation économique soient non seulement adaptées mais aussi et surtout réaffirmées.

Section I- Pour une prétention étatique plus forte en droit économique national

1368. Evoquant la fréquente manipulation des règles régissant l'économie par les acteurs régulés, Sébastien Soriano indiquait que « *pour réguler les barbares, il faut barbariser la régulation* »³⁰¹⁴. Les mots de cette métaphore sont assez osés. Quand bien même il faut adapter les moyens des régulateurs aux capacités de contournement des règles par les acteurs économiques, l'on peut, dans le même moment, se demander quelle est la limite de ce suivisme ? Jusqu'à quelle limite le régulateur doit-il s'adapter aux exigences pour ne pas dire dictats des acteurs régulés ? Ne serait-il pas nécessaire, à un certain niveau, que le régulateur se fixe une ligne infranchissable et de ce fait renverse la tendance en amenant les acteurs à adapter leur comportement aux circonscriptions fixées par son pouvoir administratif exorbitant ? Il est indispensable que les acteurs soient ramenés au respect des principes certes flexibles et mouvants, mais tout aussi tangibles et ancrés, de sorte que leur respect soit le contenant et non le contenu, la locomotive et non les compartiments, le principe et non l'exception. De la consécration d'une « *méta-politique* »³⁰¹⁵ on doit passer à la « *méta-régulation* » afin de pouvoir sinon résorber ou du moins dissuader l'instrumentalisation du droit par les acteurs économiques.

1369. Pour ce faire, la mise en œuvre de deux impératifs semble indéniable. La régulation est une des modalités d'effectivité du droit économique, mais elle est tout d'abord et avant tout l'expression d'une prétention politique dont la limite ne doit être égalée que par la réalisation des objectifs d'un ordre public économique respecté et d'une société harmonisée (§1). C'est seulement après le ficelage d'une prétention politique ambitieuse qu'on est en droit de s'attendre à une matérialisation effective de la règle juridique dans le domaine économique (§2).

³⁰¹⁴ SORIANO S., « Les barbares attaquent la régulation », art. cit.

³⁰¹⁵ BILLOWS S., VIALLET-THEVENIN S., *La fin de l'État stratège ? La concurrence dans les politiques économiques françaises (1945-2015)*, op. cit., p. 10.

§1- Une prétention politique dictée par l'atteinte d'objectifs transcendants

1370. Sans revenir sur la consubstantialité entre la politique et le droit, il est important de souligner la part non négligeable voire indispensable de responsabilité de la première sur l'élaboration et la matérialisation du second dans la régulation économique. Cela relève d'ailleurs d'un certain pléonasme que d'associer prétention et politique dans une même phrase puisque par nature la Politique est prétention. Mais la puissance des acteurs économiques de la mondialisation est telle qu'il n'est pas sans intérêt de (re)souligner l'importance d'une prétention politique permettant d'encadrer et d'orienter l'économie vers la consolidation des valeurs non-économiques et la préservation de l'humain dans un environnement où il semble de plus en plus relégué sinon volontairement ignoré au profit d'une course invraisemblable à l'enrichissement. Il est de ce fait de la responsabilité du Politique, tant en droit national (**A**) que communautaire (**B**) de jouer son rôle de bâtisseur en préservant certes cet espace d'épanouissement desdits acteurs mais sans pour autant rompre la digue nécessaire à la protection des consommateurs et des citoyens.

A- Place et perspectives de la prétention politique dans la régulation économique nationale

1371. Sur le plan national, la prétention politique face à la régulation d'une économie mondialisée doit être aussi bien affirmée que restauratrice de l'autorité économique de l'État (**I**). Même si une prétention réaffirmée ne signifie en rien inattention, somme toute contreproductive, face aux signaux provenant d'une telle mutation et exigeant donc une certaine adaptation (**2**).

1- Une prétention politique affirmée et restauratrice

1372. À l'instar de tous les autres aspects de la vie en société, il incombe au Politique d'imaginer, de dessiner et de projeter les rapports collectifs dans la société. En faisant cela, il joue pleinement son rôle « *d'architecte* ». Au-delà des divergences politiques sur la conception idéologique du rôle économique de l'État, aucun Politique ne pourrait prendre le risque d'affaiblir celui-ci en amoindrissant son rôle dans la société. Car quelle que soit la profondeur des divergences politiques selon que l'on soit partisan du libéralisme ou du socialisme, dans leur sens militant, tout Politique perd l'essence de son engagement si l'humain cesse d'être au centre de ses motivations et de ses préoccupations. Georges Burdeau soulignait dans ce sens

avec plus de justesse que « *toutes les idéologies, qu'elles soient de droite ou de gauche, deviennent intolérables lorsqu'elles impliquent l'abdication de l'individu au profit d'autorités politiques qui ne le glorifient dans l'anonymat du collectif que pour le mépriser dans l'originalité de sa personne* »³⁰¹⁶. Cette affirmation demeure toute pertinente dans le domaine de la régulation économique en ceci qu'elle défend la liberté individuelle et la nécessité de mettre les politiques publiques au service de l'individu et de son épanouissement. On ne plie pas les autorités publiques au respect de la liberté individuelle pour voire celle-ci se soumettre inconditionnellement et avec indifférence à des autorités privés qui ne cachent plus leur volonté hégémonique.

1373. Il appartient en conséquence au Politique de dessiner et de projeter l'intervention économique de l'État de sorte qu'elle soit au service de l'humain et de son épanouissement. On pourrait ainsi soutenir que le Politique est à l'origine du droit économique, avant même que n'interviennent le législateur, le régulateur et *in fine*, le juge. Pour Marie-Anne Frison-Roche et Sébastien Bonfils, « *la conception de l'intervention de l'État dans l'organisation d'une économie de marché, pour la construire, ou l'amender, ou la contrarier, [demeure un] problème politique majeur, [et] relève du droit économique* »³⁰¹⁷. Du fait de ce rôle de concepteur du rôle économique de l'État, le Politique se doit donc d'être prétentieux, ambitieux et visionnaire afin d'englober tous les enjeux présents et dans une relative mesure les enjeux à venir. Si on en croit à Fernand Braudel « *l'entreprise politique a forcément une dimension économique, ne serait-ce que financière* »³⁰¹⁸. L'on ne peut donc exclure le Politique de la circonscription de l'économique. L'objet de son rôle et de sa prétention lui exigent d'y veiller. L'idéal aurait été que le Politique anticipe efficacement tous les enjeux futurs de l'intervention économique de l'État mais il est de la nature de l'économie de se réinventer en permanence. Le Politique ne peut en conséquence être du reste. Il lui est interdit d'être dogmatique et figé.

1374. Eu égard à la mondialisation économique et à la volonté de certains acteurs non seulement de saper l'autorité économique de l'État mais aussi de défier ce dernier en lui démontrant en permanence qu'il est dépassé par les événements, une partie de la doctrine attire l'attention sur le risque de l'affaiblissement de la prétention politique. Pour certains auteurs, le

³⁰¹⁶ BURDEAU G., *Le Libéralisme*, op. cit., p. 10.

³⁰¹⁷ FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, op. cit., p. 2.

³⁰¹⁸ BRAUDEL F., *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XVe, XVIIIe*, Paris, Armand Colin, 1979, t. III, 606 p. Cf. dans le même sens MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et européen*, op. cit., p. 1.

problème est beaucoup plus préoccupant dans la mesure où « *le nœud de l'affaire* [découle du fait que] *le marché libéral a été inventé pour se passer du politique* »³⁰¹⁹. Il ne faudrait pas céder à une telle aventure même si, comme cela a été souligné, « *le droit est l'ensemble des règles objectives et générales qui organisent les rapports sociaux* [et que de son côté aussi le marché] *a prétention à être l'ensemble des règles objectives et générales qui organisent les rapports sociaux. Deux coqs pour une même basse-cour* »³⁰²⁰, l'on ne peut se permettre ce *statu quo*. Si ascendance il doit y avoir, car il faut toujours qu'il y en ait une, elle doit être celle de l'État pour la simple raison que c'est à lui qu'incombe la responsabilité de sauvegarder l'intérêt général, les valeurs économiques et non-économiques ainsi que le vivre ensemble et la stabilité dans la société. Il est d'abord et avant tout de la responsabilité du Politique d'incarner une telle ascendance. À défaut, cela reviendrait sans doute à vivre « *une époque "triste" parce que sans prétention* »³⁰²¹. Cette tristesse résulterait du fait que la prétention migrerait des mains du Politique pour tomber entre celles des acteurs économiques privés qui en useront à leur guise. D'où il ressort l'aspect primordial de faire perdurer cette « *obsession française* »³⁰²² en poussant le Politique à surveiller ces deux domaines.

1375. Si à l'accoutumé « *la politique n'est jamais neutre ni impartiale* »³⁰²³, car donnant toujours une orientation qu'elle estime être la meilleure à la société, ce n'est pas avec la mondialisation économique qu'il faudrait lui exiger une neutralité fut-elle, dans certains cas et à certains égards, souhaitable. D'autant plus que la gestion de plusieurs domaines jadis considérés comme régaliens est aujourd'hui confiée à des acteurs privés. Pour certains auteurs, il n'y a que deux domaines qui résistent encore « *à l'exil du politique : les inégalités et l'opposition entre l'État et le marché* »³⁰²⁴. En réalité, ces deux domaines ne font, dans le fond, qu'un seul. Les inégalités sont souvent engendrées par la tergiversation de l'État à réguler efficacement le marché. En tout état de cause, dans la redéfinition de ses missions, ce dernier doit retrouver une fonction à la fois protectrice pour les uns et incitatrice pour les autres. Mais en aucune manière, sous prétexte d'un probable affaiblissement, l'État ne doit être un observateur et livré à la force du marché. Même s'il se doit d'être attentif aux mutations.

³⁰¹⁹ FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », art. cit., p. 19. Cf. aussi ROSANVALLON P., *Le libéralisme économique. Histoire de l'idée de marché*, Paris, Seuil, coll. « Points politique », 1989, IX-237 p.

³⁰²⁰ *Id.*, « Le modèle du marché », art. cit., p. 12.

³⁰²¹ FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », art. cit., p. 122.

³⁰²² KRAMARZ F., TIBI Ph., *Plus de marché pour plus d'État*, op. cit., p. 34.

³⁰²³ FREUND J., *L'essence politique*, op. cit., p. 441.

³⁰²⁴ KRAMARZ F., TIBI Ph., *Plus de marché pour plus d'État*, op. cit., p. 34.

2- Une prétention attentive aux mutations

1376. Contrairement à ce qu'on pourrait croire en soutenant une défense aussi affirmée de la prétention du Politique dans le domaine économique, celle-ci ne peut s'inscrire aux antipodes de la protection des entreprises et leur droit à la création de richesses et à l'innovation. Il s'avère simplement qu'un tel aspect n'est que la première moitié du rôle du Politique. L'autre aspect, consistant à préserver la liberté et l'aspiration à l'épanouissement des individus et des acteurs économiques, est tout aussi déterminant. C'est d'autant plus nécessaire de réaffirmer ces deux impératifs que dans une société démocratique on peut limiter « *les libertés individuelles afin de préserver la liberté elle-même* »³⁰²⁵. Il y a une vraie demande, dans les opinions publiques, « *de 'reprise de contrôle' ou de reprise en main* »³⁰²⁶ par le Politique des enjeux économiques. Parlant de « *l'éternelle politique* », Julien Freund affirme dans ce sens, dans son ouvrage au titre ô combien évocateur, *L'essence du Politique*, que « *le devenir politique n'apparaît pas comme un progrès. Il est certain que suivant les époques il prend un autre visage, mais cette altération des aspects extérieurs ne modifie pas sa réalité profonde ni ne bouleverse ses présupposés* »³⁰²⁷. Raison pour laquelle, les modalités d'expression politique peuvent évoluer mais l'essence même du Politique et de son rôle devraient demeurer. Ceci s'exprime éloquemment d'ailleurs dans le triptyque mis en avant par l'auteur dans ce qu'il appelle les « *Trois présupposés de l'essence du politique* »³⁰²⁸.

1377. Lorsque l'État entend défendre les valeurs supérieures qui tiennent l'équilibre de la société « *l'économie s'arrête pour laisser place au droit et à la philosophie politique* »³⁰²⁹. Il ne s'agit pas de nier l'étanchéité qui doit séparer l'économie du politique dans un certain aspect, il s'agit plutôt de seriner et réitérer notre réalité contemporaine selon laquelle « *la société commerciale est une cité politique* »³⁰³⁰. Il en va donc de la pérennisation d'une société stable, équilibrée, épanouie et inventive que le Politique puisse jouer son rôle d'architecte par le biais

³⁰²⁵ VALLINDAS G., « Sanctions, juges de l'Union, juges nationaux et CEDH : nouvelles perspectives du contentieux européen de la concurrence », art. cit., p. 191. Cf. aussi JONES A., SUFRIN B., *EC Competition Law-Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2004, p. 4 et s.

³⁰²⁶ PHILIPPE E., « Discours d'ouverture », *Arbitrage et compliance*, Colloque du Club des juristes, Conseil économique, social et environnemental, 27 juin 2019, accessible : <https://www.vie-publique.fr/discours/267957-edouard-philippe-27062019-souverainete-juridique-interentreprises>. (Consulté le 17/07/2019).

³⁰²⁷ FREUND J., *L'essence du politique*, Paris, Dalloz 2004, p. 90.

³⁰²⁸ Ces trois présupposés sont « *la relation du commandement et de l'obéissance-la relation du privé et du public-la relation de l'ami et de l'ennemi* ». Ce ne serait pas étonnant de retrouver les rapports entre le Politique et l'économie dans les trois catégories et plus spécialement dans la deuxième, car selon l'auteur, celle-ci couvre la politique intérieure. Cf. FREUND J., *ibid.*, p. 94.

³⁰²⁹ STOFFAËS Ch., *Services publics. Question d'avenir*, Rapport, préc., p. 17.

³⁰³⁰ FARJAT G., « Le droit l'économie et le fondamental », art. cit., p. 442, in FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S., *Les Grandes Questions du droit économique : introduction et documents, op. cit.*, p. 11 et s.

de la construction d'un ordre public économique prétentive. Comme l'indique Maurice Hauriou, l'intérêt d'une telle ambition sera celui d'imposer les « *“disciplines” nécessaires à sa survie et à son développement* »³⁰³¹. Ces disciplines sont celles de la puissance publique dont le rôle, incarné par le Politique, consiste à « *se projeter dans l'avenir pour la réalisation d'intérêts supérieurs-ceux de la politique* »³⁰³² appliquée à un domaine spécifique. À cet égard, on pourrait dire que la Politique est à la fois la base, le partenaire et le réinventeur de la régulation économique. Elle intervient à tous les stades du processus de la régulation sans pour autant remettre en cause, grâce au juge, l'impartialité et l'indépendance du régulateur.

1378. Dans son rapport moral sur l'argent dans le monde, l'Association d'économie financière souligne que « *l'État ne doit plus être le gendarme désarmé du marché. Il a une place d'arbitre et d'initiateur qui l'autorise, et l'oblige en un certain sens, à reprendre son rang dans le débat pour redéfinir l'ordre public économique et social dans lequel l'ordre apparent n'est que le désordre maquillé du chaos* »³⁰³³. Pour l'idée Keynésienne, « *l'économie est avant tout un instrument au service du social géré par le politique. L'économie est un moyen de parvenir à un mieux-être* ». D'autant plus que « *s'il est illusoire d'inverser des tendances dominantes, il n'est pas irréaliste de vouloir les dompter, à défaut de les dominer* »³⁰³⁴. Dans une interprétation ou dans une autre, on revient encore et toujours à la prétention du Politique. Une telle ambition peut sonner comme une utopie, mais les grandes évolutions du monde ont souvent été portées par l'utopie. Cette dernière peut s'avérer d'autant plus retentissant à l'heure de la mondialisation, de la poussée des libertés individuelles et surtout d'une gouvernance démocratique, entendue comme la possibilité des gouvernés d'accéder à certaines informations dont l'exploitation était jusque-là inconcevable. L'ingéniosité des gouvernants et donc de l'État doit être des plus aigües car autrement la certitude de se heurter à la légitimité populaire est plausible. Dans le sens où l'effectivité des règles juridiques ne se limite pas seulement à la sophistication de leur édicition, il faut également une veille active des autorités de régulation compétentes pour cerner les évolutions et saisir les contournements législatifs et, le cas échéant, les sanctionner.

³⁰³¹ CHEVALLIER J., « Droit administratif, droit de privilège », art. cit., p. 60.

³⁰³² BIGOT G., « L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif », in MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, op. cit., p. 37.

³⁰³³ Cf. Association d'économie financière, *Rapport moral sur l'argent dans le monde. Régulation, gouvernance, complexité dans la finance mondialisée*, AEF, oct. 2014, 405 p.

³⁰³⁴ SOREL J.-M., « Les États face aux marchés financiers », in LOQUIN E., LEBEN Ch., SALEM M. et al. (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux au 20^e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, op. cit., p. 538 et s.

1379. Afin de pallier la morosité de la prétention politique que François Julien de Smet considère comme « *la crise de la vocation de l'homme moderne* »³⁰³⁵, il est indispensable de questionner la prétention politique en droit économique dans la mondialisation. Des auteurs comme Jean-Paul Fitoussi semblent donner une lecture permettant de croire à nouveau en la prétention du Droit et de l'action politique, justifiant d'ailleurs très bien l'interrogation suivante : « *et qu'en serait-il de l'avenir de nos démocraties, si l'on nous demandait de choisir entre des candidats également incapables de modifier notre destin ?* »³⁰³⁶. Personne n'est mieux placé que le Politique pour stimuler la modification du destin d'une société. On pourrait certes affirmer que ces politiques sont contraintes et que les gouvernements n'ont comme marges de manœuvre que celles qui leur permettent de s'adapter à ces contraintes³⁰³⁷.

1380. Sans rien sacrifier des acquis de l'État de droit, la prétention politique doit se renouveler tant le risque et l'imprévisibilité de la mutation du monde sont élevés. Pour Michels Casteigts, ce qu'on considère aujourd'hui comme « *impuissance du politique ne tient pas à une médiocrité intrinsèque des dirigeants, même si parfois elle en alimente l'impression. Elle relève fondamentalement de l'obsolescence des techniques de gouvernance qui se sont mises en place à partir du XVII^{ème} siècle, lors de la transition du modèle de gouvernementalité de la 'raison de l'État' à celui de l'État de droit* »³⁰³⁸. Cependant, il faut nuancer en ceci que l'État de droit n'est pas nécessairement synonyme de faiblesse de celui-ci. D'ailleurs, pour Kelsen « *la notion d'État de droit est un pléonasme car un État est nécessairement un ordre juridique* »³⁰³⁹. Il ne relève justement d'aucun abus de droit qu'un État puisse actionner ses leviers juridiques les plus coercitifs voire les plus exorbitants pour saisir les mutations économiques et si nécessaire contraindre les acteurs les plus dissipés au respect de la règle de droit. Il rajoute en outre, tout en revenant sur la formulation d'Emile de Girardin selon laquelle « *Gouverner, c'est prévoir* », que « *la conséquence logique de cette imprévisibilité [des mutations politiques et économiques*

³⁰³⁵ DE SMET F., *Déclin du politique et gouvernance publique*, Bruxelles, ed. Tirion Nicolas, 2014, p. 27.

³⁰³⁶ FETOUSSI J.-P., « La marge de manœuvre des états. Des démocraties sans souveraineté ? », *Pouvoirs*, mars 2012, n° 142, p. 61-70, spéc. p. 61.

³⁰³⁷ Il note que la modestie de la puissance du politique dans l'économie se justifie par l'impossibilité de faire revivre l'âge d'or où l'État maîtrisait tout. Il se demande même si cet âge d'or a existé. Il note que la tentative des gauches européennes des années 1980 à soumettre l'économie à la politique a avorté et qu'il faut mettre en place ce qu'il appelle la politique de l'impuissance. Il estime que l'UE a tous les instruments qu'il faut (politique monétaire, change, politique de concurrence, budgétaire) mais elle a le défaut de la légitimité. Et de l'autre côté les États ont la légitimité mais pas les instruments. Au fond, le problème politique a toujours été de même nature que le problème économique : choisir sous contraintes.

³⁰³⁸ CASTEIGTS M., « La crise existentielle des États entre recompositions de la souveraineté et métamorphoses des frontières », art. cit., p. 190.

³⁰³⁹ COPPENS Ph., « L'État de droit et le droit de l'État », in D'ARGENT P., RENDERS D., VERDUSSE M. *et al.*, *Les visages de l'État : Liber amicorum Yves Lejeune*, op. cit., p. 233.

du monde] *est que les gouvernements sont toujours dépassés par des événements dont ils ne peuvent même plus feindre d'être les organisateurs* »³⁰⁴⁰. Mais comme l'a si bien mentionné Pierre Assouline, dans son roman *État limite*, « *si les événements nous dépassent feignons au moins de les organiser* »³⁰⁴¹. L'État doit au minimum assurer son rôle de « *réducteur d'incertitudes* »³⁰⁴². Surtout que la mondialisation économique contient certes des facteurs positifs, mais il regorge également d'incertitudes face à la réponse desquelles des arguments solides peinent à se manifester.

B- Regard annonciateur de la régulation communautaire sur l'inéluctable prétention politique

1381. Le fondement juridique de la prétention politique en droit communautaire (1) restitue avec véhémence la dimension politique de l'ordre public économique (2). Il ne faudrait cependant pas aller jusqu'à l'affirmation stricte selon laquelle l'ordre public économique européen serait davantage politique que juridique même si une telle interrogation n'est pas définitivement exclue dans la mesure où sa mise en œuvre obéit aux deux impératifs (3).

1- Fondement juridique de la prétention politique en droit de l'Union européenne

1382. Les directives et les règlements européens pris par le Conseil et la Commission rentrent pleinement dans le cadre de la prétention politique dans la régulation économique. « *En ce sens, les acteurs politiques sont les véritables initiateurs des objectifs de la régulation. La Commission joue à cet égard un rôle primordial grâce à sa fonction d'initiative dans le cadre législatif (présentation de paquets de directives et de règlements), mais aussi en raison de sa fonction de surveillance dans l'application des règles de l'Union, particulièrement du marché intérieur et de son évolution* »³⁰⁴³. Cette prétention politique nécessite, après la consolidation des garanties d'indépendance, d'être renforcée. L'article 14 § 2 du TFUE offre ce que cet auteur considère comme « *une base solide au législateur européen pour intervenir de façon décidée* »³⁰⁴⁴ dans des domaines comme celui du SIEG. Quand, parlant des services publics européens et la nécessité d'interaction, Christian Stoffaes soulignait dans son rapport qu'il « *est*

³⁰⁴⁰ CASTEIGTS M., « La crise existentielle des États entre recompositions de la souveraineté et métamorphoses des frontières », art. cit., p. 191.

³⁰⁴¹ ASSOULINE P., *État limite*, Paris, Folio, Roman, 2003, p. 168.

³⁰⁴² ROSANVALLON P., *L'État français de 1789 à nos jours*, p. 140.

³⁰⁴³ LAGET-ANNAMAYER A., « La détermination des objectifs de la régulation dans l'Union européenne : au-delà de l'évidence, la complexité », art. cit., p.57-58.

³⁰⁴⁴ *Ibid.*

indispensable d'accepter d'être influencer, pour influencer à son tour »³⁰⁴⁵, il est difficile de ne pas appliquer le même raisonnement sur le plan mondial s'agissant de la conception de l'État et de son rôle dans l'économie mondialisée. La question qui se pose au Politique aujourd'hui dans son rapport avec le monde économique est celle en réalité, comme le martèle certains auteurs, de savoir si « *la croissance économique sans fin est-elle le seul modèle proposé à l'humanité ?* »³⁰⁴⁶. C'est pourquoi dans la régulation des géants comme les GAFA, les NATU, auxquels s'ajoutent potentiellement les BATX³⁰⁴⁷, un auteur souligne qu'il « *serait temps que le débat devienne aussi politique* »³⁰⁴⁸. L'importance systémique de ces géants interdit le cantonnement de leur régulation à un débat juridique pour une raison évidente que les facteurs politiques en interaction sont tels que les limites du premier peuvent rapidement se manifester.

2- Dimension politique de l'ordre public économique européen

1383. Pour Sébastien Roland, l'on ne « *saurait réduire* »³⁰⁴⁹ l'ordre public à sa seule dimension juridique puisque la dimension politique est, tant ailleurs que dans le domaine économique, tout aussi déterminante dans son envergure et sa mise en œuvre. Cette dimension politique est beaucoup plus perceptible dans le droit communautaire en raison entre autres du fait que ce dernier constitue une « *courroie de transmission de la mondialisation, [qui] produit et promeut les substrats juridiques de la globalisation* »³⁰⁵⁰. Alors comment pourrait-on en vouloir à l'ordre public économique européen d'avoir une dimension politique ? Il est tout à fait juridiquement logique qu'on fixe des limites, fussent-elles de nature politique, à un phénomène dont on a participé à poser les substrats et qui semble dépasser les capacités juridiques de circonscription des fondateurs.

³⁰⁴⁵ STOFFAËS Ch., *Services publics, question d'avenir*, Rapport, préc., p. 34.

³⁰⁴⁶ CHABBERT C., VIDAL L., « Préface », in LE BRAS B., *La tarification différenciée de l'électricité*, op. cit., p. 13.

³⁰⁴⁷ Regroupant Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi dont l'internationalisation en constante évolution commence à contrebalancer les GAFA. Cf. DULLIEU L., « L'expansion des BATX, les GAFAM chinois », 16 sept. 2019, accessible : <https://www.franceculture.fr/numerique/l'expansion-des-batx-les-gafam-chinois>. (Consulté le 21/12/2019).

³⁰⁴⁸ HASKI P., « Après les Gafa, les nouveaux maîtres du monde sont les Natu », *L'Obs ; Rue 89*, 02 août 2015, accessible à l'adresse suivante : <https://www.nouvelobs.com/rue89/20150802.RUE3739/apres-les-gafa-les-nouveaux-maitres-du-monde-sont-les-natu.html>. (Consulté le 06/04/2017).

³⁰⁴⁹ ROLAND S., « L'ordre public et l'État, brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Actes de colloques 15 et 16 déc., 2011, préc., p. 9. Cf. aussi ECKERT G., *objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 25 à 30.

³⁰⁵⁰ BRACONNIER S., « Exorbitance du droit administratif et droit européen », art. cit., p. 93. Sur les contrats publics en particuliers : Cf. AUBY J.-B., « L'internationalisation du droit des contrats publics », *Dr. adm.* 2003, chron. n° 14.

1384. Parlant de rapport de force pour désigner les relations entre le droit et l'économie, Marie-Anne Frison-Roche indique que « *le choc est particulièrement violent entre l'ordre public économique, dans sa nature politique, et la "loi financière"* », car l'ordre public se fonde sur « *un arrière-plan politique* »³⁰⁵¹. Gilles Lebreton affirme, s'agissant du lien entre l'ordre public et la politique, qu'étant le « *noyau dur du système juridique* », celui-ci « *est l'ensemble des règles que la conscience collective juge indispensable au bon fonctionnement de la société. Il est donc indissociable du système des valeurs morales auxquels adhère la majorité des citoyens, et dont le respect spontané constitue un contrat social tacite qui fonde le contrat social, de nature politique, par lequel le peuple manifeste sa volonté de constituer une communauté étatique* »³⁰⁵².

1385. La frontière entre politique et droit est très fine même s'il ne faut pas céder à la facilité qui consiste à les rendre interchangeables. La politique précède souvent le droit et lui donne une orientation même si dans certains cas le droit peut et doit influencer sur la politique. Dans le domaine de la régulation économique, il est cependant plus fréquent que le Politique soit à l'origine des réformes juridiques pour l'adapter à l'évolution rapide des acteurs régulés. Dans une décision de la Commission du 18 juillet 2018, sanctionnant Google à hauteur d'un montant de 4, 32 milliards, l'économiste Bruno Alomar se demandait si « *la frontière entre le droit et la politique n'a pas été franchie* »³⁰⁵³. Sous entendue que cette sanction était plus politique que juridique. Or, il se trouve que le régulateur européen se fonde sur des arguments juridiques (102 TFUE) et des faits avérés pour infliger la sanction³⁰⁵⁴. Rien n'interdit que le droit de l'Union européenne soit le garde-fou d'une certaine idée de la politique et de son influence sur l'ordre public économique en l'occurrence. La haute exigence du respect des règles de la concurrence, notamment celles relatives à l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, s'avère donc

³⁰⁵¹ FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », art. cit., p. 127.

³⁰⁵² LEBRETON G., « Ordre public et respect de la dignité humaine : un problème de frontière », in REDOR M.-J., *L'ordre public : ordre public ou des ordres publics ?*, op. cit., p. 353.

³⁰⁵³ ALOMAR B., « Amende Google : "C'est bien une décision politique, qui sert des objectifs politiques" », *Tribune*, 19 juill. 2018, accessible : https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/07/19/amende-google-c-est-bien-une-decision-politique-qui-sert-des-objectifs-politiques_5333536_3232.html. (Consulté le 05/09/2018).

³⁰⁵⁴ Les fautes commises par Google et reprises par la CE se résument ainsi : l'entreprise a exigé des fabricants qu'ils préinstallent l'application Google Search et son navigateur (Chrome) comme condition à l'octroi de la licence pour sa boutique d'applications en ligne (Play Store). Aussi, elle a payé certains grands fabricants et certains grands opérateurs de réseaux mobiles pour qu'ils préinstallent en exclusivité l'application Google Search sur leurs appareils ; et a empêché les fabricants souhaitant préinstaller les applications Google de vendre ne serait-ce qu'un seul appareil mobile intelligent fonctionnant sur d'autres versions d'Android non approuvées par Google (les «forks Android»).

conforme à la politique de l'Union européenne qui consiste à protéger les consommateurs dans le marché commun³⁰⁵⁵.

3- Un ordre public davantage politique qu'économique ?

1386. Une conception replaçant l'ordre public économique au cœur de la prétention politique n'est ni nouvelle ni exceptionnelle. D'où la nécessité de la décomplexer. Évoquer le rôle politique de l'ordre public économique ne devrait plus être un tabou. Qu'est-ce que l'ordre public si ce n'est la matérialisation des valeurs d'une société dont les politiques constituent les dépositaires.

1387. Marie-Anne Frison-Roche considère quant à elle que l'économie constitue « *le projet politique par excellence* »³⁰⁵⁶. C'est pourquoi, convient-il de prendre en compte de la façon la plus sérieuse, l'importance de la prétention politique, non pas comme une machine à mouder les initiatives économiques et entrepreneuriales, mais comme l'ordre serein, vigilant et ambitieux leur assurant un espace d'épanouissement qui protège l'équilibre du marché. La politique demeure dans ce sens un des leviers primordiaux de la matérialisation d'une telle ambition. D'autant que « *le droit est le médium à travers lequel se concrétisent les décisions de politiques économiques* »³⁰⁵⁷. L'inclusion du droit dans la concrétisation de la politique économique devrait réjouir dès lors que bien d'économistes et d'acteurs économiques, ne voient, décidément à tort, dans le droit que bavardage et lourdeur. Mais ce qu'ils ne pardonnent certainement pas à celui-ci c'est d'être d'abord et avant tout politique, ambitieux et exorbitant. C'est-à-dire tous les qualificatifs sans lesquels le droit cesse d'être ce qu'il est. La régulation bancaire nous en donne une intéressante illustration puisque l'objectif assigné à celle-ci est défini « *par le politique en fonction des fins que celui-ci souhaite faire poursuivre aux acteurs de l'industrie financière* »³⁰⁵⁸. Le rôle systémique du secteur bancaire suffit à justifier la prétention politique dans ce domaine.

1388. En tout état de cause, le rôle politique de la régulation économique est dicté par la multiplicité des objectifs à atteindre, bien que corolaire de l'intérêt général et de l'ordre public économique, et surtout des moyens mis en œuvre pour cette fin. Nier cette complexe

³⁰⁵⁵ Cf. CJUE du 02 déc. 2010, *Ker optika*, aff., C-108/09, *Rec.*, 2010, p. I-12213, pt. 48 (sur l'accès des entreprises aux 28 pays composant le marché commun) ; CJUE, 17 févr. 2011, *Telia sonera*, aff. C-52/09, *Rec.*, 2011, p. I-00527 (sur la protection des consommateurs par la concurrence).

³⁰⁵⁶ FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », art. cit., p. 124.

³⁰⁵⁷ ADALID S., « Conflit d'objectifs et régulation bancaire », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 189.

³⁰⁵⁸ *Ibid.*

multiplicité d'objectifs revient à réduire la régulation économique à « *l'idéologie de la régulation* »³⁰⁵⁹. La régulation ne peut se réduire à une idéologie qui reviendrait à réguler pour réguler. Pas plus qu'elle ne peut s'extrapoler et se transformer en une régulation politicienne et partisane³⁰⁶⁰. Il est en définitive indispensable de noter et de réaffirmer que cette prétention politique ne doit en aucun cas aboutir à une régulation politique de l'économie. L'indépendance du régulateur vis-à-vis du politique est consubstantielle à la crédibilité de toute régulation qui se veut effective et sérieuse. Le droit communautaire tient particulièrement à cette indépendance. En attestent, comme le mentionne Gabriel Eckert³⁰⁶¹, les directives en matière d'énergie³⁰⁶², de communications électroniques³⁰⁶³ ainsi que la Directive établissant un espace ferroviaire unique³⁰⁶⁴.

§2- L'effectivité juridique d'une prétention singularisée par son objet

1389. Evoquer l'effectivité juridique c'est passer d'une prétention politique à une mise en œuvre de celle-ci tant par le législateur, le régulateur et, au bout de la chaîne, le juge, garant de la protection des droits et des libertés des uns et des autres des acteurs, des consommateurs et des régulateurs économiques. Afin d'assurer une dissuasion des sanctions infligées par le régulateur et pérenniser l'esprit du Droit (**B**) encore est-il indispensable de renouveler au préalable les paradigmes par le biais desquels la régulation économique se matérialise dans le domaine économique (**A**).

³⁰⁵⁹ MULLER E., « La comparaison des objectifs de la police et de la régulation économique », art. cit., p. 31 in LEGENDRE P., *La 901^{ème} conclusion. Etude sur le théâtre de de la raison*, Paris, Fayard, 1998, p. 137.

³⁰⁶⁰ L'indépendance du régulateur est de ce point de vue d'une primauté absolue.

³⁰⁶¹ ECKERT G., « L'indépendance des autorités de régulation à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, n° 143, 2012, p. 629-643, spec. p. 635-636.

³⁰⁶² Article 35 de la Directive 2009/72/CE du 13 juill. 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, préc., et article 39 de la Directive du 13 juill. 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, préc.

³⁰⁶³ Article 3 de la Directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques tel que modifié par la Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2009 modifiant les directives 2002/21/CE, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, *JOUE*, n° L 337 du 18 déc. 2009.

³⁰⁶⁴ Article 55 de la proposition de directive établissant un espace ferroviaire unique européen (COM (2010)475, modifiée par la Commission des transports et du tourisme du Parlement européen (Rapport en date du 19 oct. 2011, doc. A7-0367/2011).

A- Renouveau des paradigmes de l'effectivité de la régulation économique

1390. La mutation de l'économie qui entraîne nécessairement et sans cesse le renouvellement des modalités de la régulation économique, renvoie inéluctablement à la question de la magnanimité de la fonction de juriste économique (1). Cette fonction si essentielle est elle-même ancrée dans des principes du droit, sans lesquels il n'y a point d'ancrage (2). D'autant plus que la mondialisation économique appelle, quoique souvent inconsciemment, à l'exorbitance de l'État par le truchement du droit (3).

1- L'art d'être juriste économique dans la mondialisation économique

1391. Une tâche pour le moins périlleuse est confiée au juriste de façon général et plus spécialement au juriste économique. Celle-ci réside dans le fait de devoir encadrer les mutations économiques sans pour autant vider le droit de sa substance philosophique et « téléologique »³⁰⁶⁵. Il lui appartient de se projeter dans des transformations actuelles et futures de l'économie tout en restant ancré dans les valeurs cardinales du droit, dont le noyau est la transcendance de l'immédiateté et des intérêts particuliers exclusivement utilitaristes. Mais c'est en cela réside la grandeur du Droit. N'a-t-on pas souligné que « *le droit est plus grand que la règle de droit* »³⁰⁶⁶ ? Cette grandeur ne doit jamais s'altérer surtout pas dans le domaine économique.

1392. Il est vrai que pour beaucoup, le juriste est avant tout un artiste car c'est bien comme tel « *que l'homme se rencontre avec lui-même, et saisit la relation au monde en ce qu'elle a de plus fort et de plus étrange* »³⁰⁶⁷. Cet auteur ne manque pas de souligner que concevoir le juriste comme un artiste est « *hélas plutôt déprécié* »³⁰⁶⁸. Il faut noter que face à la mondialisation économique, le juriste a, à défaut d'être artiste, sans nul doute, la responsabilité d'être avantgardiste. Si cela fait de lui au passage un artiste, c'est tant mieux. Le droit ne peut ni ne doit avoir comme seule finalité la réaction à des événements économiques. La législation doit avoir

³⁰⁶⁵ « *C'est-à-dire construit sur les finalités des lesquels réside la normativité* ». Cf. FRISON-ROCHE M.-A., « Objectif adjacent de la régulation de l'énergie », in BEHAR-TOUCHAIS M., *A quoi sert la concurrence*, Institut du droit de la concurrence, 2014, p. 24.

³⁰⁶⁶ CARBONNIER J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 22. Cf. aussi MAUGER R., *Le droit de la transition énergétique, une tentative d'identification*, thèse, Université de Montpellier, 2017, p. 18.

³⁰⁶⁷ LINDITCH F., MAERES J.-A., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1997, p. 10.

³⁰⁶⁸ *Ibid.*

un esprit plus élevé que les objectifs immédiats d'une économie en quête permanente de profit. Il n'incombe à l'économie de prendre en compte l'humain et l'intérêt général que par le ricochet de l'obligation que lui impose le Droit. D'où la nécessité pour celui-ci d'être plus grand dans ses finalités et plus ancré dans son humanité et sa transcendance.

2- La force de l'ancrage du droit dans des principes

1393. Toute la force de cet ancrage qui incorpore les mutations économiques actuelles et, sans nul doute plus profondes dans le futur, réside loin dans une application approximative, faible et subsidiaire du droit que dans sa prétention et son effectivité. Cette dernière est assurée non seulement par le régulateur, mais aussi, par souci du respect des droits des uns et des autres, sous le contrôle du juge. La prétention de rendre le droit effectif dans un domaine où de plus en plus de gens nient son effectivité voire son utilité, se manifestera tout d'abord par la volonté de réorienter les objectifs de la régulation économique. Ceux-ci doivent être dictés par la préservation de l'intérêt supérieur de la société, incluant donc tout autant acteurs économiques et consommateurs, si l'on souscrit à une dichotomie vulgairement acceptable. C'est sur ce fondement par exemple que les régulateurs sont tenus de tout mettre en œuvre « *afin que la concurrence ne prenne pas le pas sur les autres aspects de l'intérêt général* »³⁰⁶⁹.

1394. La tentative et la volonté des acteurs économiques d'échapper aux encadrements, qu'ils estiment souvent être trop intrusifs de la puissance publique ne date pas d'aujourd'hui. C'est un rapport de force aussi vieux que la liberté de commerce et de l'industrie. Ce n'est pas avec la mondialisation économique et l'abolition de fait des frontières économiques que le phénomène s'amoindrira. Lors d'un des nombreux colloques de Walter Lippmann tenu en 1938³⁰⁷⁰, il a été élaboré un manifeste intitulé « l'agenda du libéralisme » au sein duquel on peut lire que « *c'est à l'État qu'incombe la responsabilité de déterminer le régime juridique qui sert de cadre au libre développement des activités économiques* »³⁰⁷¹. Il en résulte que l'État ne doit pas attendre un éventuel retour du vieux monde économique qu'il maîtrisait et qu'il contrôlait sans nécessairement trop de peine. Ce monde ne reviendra pas. Il doit puiser dans ses réserves historiques, philosophiques et juridiques pour trouver la solution d'encadrement efficace de ce qu'est devenue l'économie : un phénomène extrêmement mouvant et virtuel.

³⁰⁶⁹ DELZENGLÉS H., MARTIN S. « L'évolution des objectifs de la régulation en France », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 109.

³⁰⁷⁰ C'est un colloque qui rassembla à Paris, du 26 au 30 août 1938, pas moins de 26 économistes et intellectuels libéraux organisé pour s'interroger notamment sur l'adaptabilité du libéralisme aux défis de l'époque.

³⁰⁷¹ DENORD F., « Les néolibéraux de l'entre-deux-guerres face au marché », art. cit., p. 241.

1395. La notion d'ordre public économique demeure heureusement « *aussi floue qu'indispensable* »³⁰⁷² et va au-delà du pouvoir de police. Puisque « *si la police renvoie en effet à l'ordre public, l'ordre public ne renvoie pas en retour uniquement à la police, sauf si on la comprend comme Hauriou la comprenait, c'est-à-dire comme la "police juridique" ou comme "le règlement de la cité"* »³⁰⁷³. En d'autres termes et pour appliquer une telle interprétation à cette étude, exiger une régulation qui soit forte et même exorbitante en cas de nécessité ne veut en rien dire prôner le musèlement des entreprises, c'est au contraire, la force indispensable de l'État qui se renforce pour l'intérêt de tous et dans la perspective de poser ou de restaurer un ordre convenable. Vital Roux écrivait en 1805 dans le rapport *sur les jurandes* que « *c'est dans la législation qu'il faut chercher des remèdes contre les désordres* »³⁰⁷⁴. Le Code de commerce de 1807 s'en est d'ailleurs inspiré.

1396. Le Droit ne peut pas « donner naissance » à la liberté économique et renoncer à l'encadrement effectif des effets d'une telle liberté. Dès lors que « *l'économie de marché est née du droit et demeure encadrée par ses instruments et ses exigences* »³⁰⁷⁵, il ne doit y avoir rien de choquant que celle-ci soit limitée, orientée et même contrainte par le droit. Cet encadrement effectif est d'autant plus nécessaire que « *la science économique a négligé le fait, pourtant d'expérience courante, qu'une avancée apparente, incontestable dans l'absolue, puisse dissimuler un vrai recul* »³⁰⁷⁶. Le droit ne devrait pas se reprocher d'avoir fait naître l'économie de marché dans la mesure où elle au moins, même si elle s'échappe de temps en temps voire régulièrement au droit, est « encadrable », contrairement à l'économie mafieuse. Même si cet enfant légalement né a enfanté à son tour un phénomène inattendu et qui semble avoir les yeux plus gros que le ventre : la mondialisation voire la globalisation. L'appréhension des États que la mondialisation engendre à son tour quelque chose qui pourrait emporter l'harmonie de la société ne pourrait être dissipée que par le Droit. Le droit de la régulation est en effet là pour y veiller car il n'y a pas « *de contradiction pour une économie libérale d'être l'objet de régulations dès l'instant qu'on ne peut se contenter de l'offre et de la demande dont le principe demeure acquis* »³⁰⁷⁷. Pourvu néanmoins que le renoncement n'envahisse pas la

³⁰⁷² PEZ Th., « L'ordre public économique », art. cit., p. 34.

³⁰⁷³ HAURIOU M., *Droit administratif*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1927, p. 505 ; ROLAND S., « L'ordre public et l'État, Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, op. cit., p. 15.

³⁰⁷⁴ Cité par ROSANVALLON P., *L'État français de 1789 à nos jours*, op. cit., p. 207.

³⁰⁷⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », art. cit., p. 127.

³⁰⁷⁶ CONSTANS L., « Le dépérissement de l'État : paradoxes sur la philosophie de l'histoire immédiate », in Centre d'études et de recherches administratives, Montpellier, *Interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, op. cit., p. 119-131.

³⁰⁷⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », art. cit., p. 127.

prétention du Politique, l'ingéniosité juridique du législateur, l'exorbitance du régulateur et la lucidité du juge économique.

3- L'appel inconscient de la mondialisation économique au pouvoir administratif exorbitant des États

1397. La mondialisation économique invite les États, peut-être plus inconsciemment qu'expressément, à ne pas renoncer à « *bâtir des systèmes juridiques* »³⁰⁷⁸ capables de l'encadrer et de l'orienter. Lui donner l'équilibre nécessaire à sa survie et lui éviter une autodestruction, dont les conséquences peuvent être désastreuses pour la société. Celle-ci semble avoir imposé à ceux-là une « *consolidation des systèmes économiques* »³⁰⁷⁹, quand bien même les systèmes économiques ne doivent être dictés que par un système juridique qui les encadre et qui les porte. La prétention du droit ne devrait en conséquence pas faiblir dès lors que son rôle dans l'équilibre de la société ne peut être assumé par aucune autre discipline. Un matin sans droit pourrait être bien obscure. D'où il ressort qu'il n'y a aucune aporie entre mondialisation, présentée comme summum de la modernité, et effectivité du droit.

1398. Certains ont même pu demander si le juge ne devrait pas vertement « *créer la norme sociale* »³⁰⁸⁰ eu égard à l'insuffisance de se contenter de la loi. Ceci est vrai dans beaucoup de domaines de la vie en société mais elle l'est davantage en matière économique. Ce domaine est si mouvant, si variant et si imprévisible que si on privait le juge de sa capacité de combler, par la jurisprudence, les lacunes et les insuffisances de la loi, on viderait sa fonction d'une indéniable partie de sa substance et de sa profondeur³⁰⁸¹. Dans cette fonction de comblement

³⁰⁷⁸ ADALID S., « Conflit d'objectifs et régulation bancaire ... », art. cit., p. 189.

³⁰⁷⁹ *Ibid.*

³⁰⁸⁰ DUTHEILLET DE LAMOTTE O., « Le juge doit-il créer la norme sociale », *JCP E*, 4 août 2015, n° 31-35, 1287, p. 6.

³⁰⁸¹ Portalis indiquait en 1801 le rôle essentiel du juge dans sa complémentarité avec législateur. Dans son discours préliminaire au premier projet du Code civil, il affirma : « *Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur, la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge ? Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi. [...] Comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ? Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. Une foule de*

des lacunes juridiques ou dans cette possibilité de créer des précédents jurisprudentiels, l'on n'ira certes pas jusqu'à affirmer que le juge « *gouverne* »³⁰⁸² par ce qu'il crée le droit ou par ce qu'il comble lesdites lacunes, car dans une telle hypothèse, ce serait non seulement réduire à néant le principe de séparation des pouvoirs, mais ce serait aussi une façon de remettre en cause la crédibilité du travail dont il a la charge d'effectuer. Or, en matière de régulation économique et donc de contrôle des décisions des autorités indépendantes, l'on ne peut dénier au juge son rôle autant ouvert que conservateur. Il promeut le droit des acteurs économiques mais dans le même moment, il ne cède en rien dans la préservation de l'ordre public économique. S'il faut remarquer que « *les régulateurs disposent de pouvoirs qu'on peut juger insuffisants, car trop limités par l'encadrement législatif, pour atteindre les objectifs fixés* »³⁰⁸³, il n'en reste pas moins que la crainte d'abus de leur part est souvent disproportionnée eu égard aux attentes d'une régulation effective du domaine économique.

1399. L'enjeu est en l'occurrence celui de savoir lequel du droit ou de l'économie ou disons, des juristes ou des économistes, va peser sur le cours des choses ? La réponse est fonction de selon que l'on suit la tradition américaine ou romano-germanique (notamment française). Les premiers ont su concilier les deux tandis qu'en France eu égard notamment à la révolution française, le droit est « *perçu comme l'instrument de puissance légitime par lequel le pouvoir politique agit sur ou pour la nation* »³⁰⁸⁴. L'État ne se trouve pas seulement exclu ou supplanté, ce qui pourrait à l'avenir déranger davantage, c'est quand il sera obligé de se soumettre. « *Les entreprises multinationales, devenues les acteurs centraux de la globalisation des relations économiques, échappent très largement à la régulation aussi bien nationale qu'internationale* »³⁰⁸⁵. La tentative est déjà visible à travers certaines prémisses. « *Qu'on le déplore ou qu'on s'en félicite, nos États ne constituent plus guère, et constitueront de moins en moins à l'avenir, des lieux au sein desquels des politiques économiques pourront être*

choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au juriconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ». Cf. PORTALIS J.-E.-M., *Discours préliminaire au premier projet du code civil*, 1801, cité par DUTHEILLET DE LAMOTTE O., *ibid.*, p. 1 et 2.

³⁰⁸² WAFEU TOKO P., « Le juge qui crée le droit est-il un juge qui gouverne ? », *Les cahiers de droit*, vol. 54, n° 1, mars 2013, 31 p.

³⁰⁸³ DELZENGLÉS H., MARTIN S., « L'évolution des objectifs de la régulation en France », art. cit., p. 126.

³⁰⁸⁴ FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, op. cit., p. 10.

³⁰⁸⁵ ARNAUD A.-J., « Régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », art. cit., p. 20.

conduites »³⁰⁸⁶. Le Droit étant « *le garde fous du système économique libéral* »³⁰⁸⁷ il n'a de choix que d'être prétentieux. Le consensus est entériné sur le fait que la régulation soit devenue, du fait même de la force et l'indépendance incarnées par les régulateurs, « *le bastion avancé du droit moderne* »³⁰⁸⁸.

1400. Le cœur même de la prétention du droit de régir le fonctionnement de la société dans laquelle on retrouve les acteurs économiques réside dans le fait qu'en réalité, « *il n'y a jamais eu adéquation entre les réalités de la société libérale et ses principes et avec le temps, sans intervention législative* »³⁰⁸⁹. Quelle discipline, autre que le Droit, peut prétendre rapprocher le plus possible les principes aux réalités ou, devrait-on dire, la réalité aux principes. Dès lors que le droit de la régulation économique est un droit « *gouverné par des objectifs* »³⁰⁹⁰, il ne lui serait pas interdit de se projeter et décider que désormais les objectifs non-économiques en tant que principes ne seront pas banalisés dans la mondialisation économique. La recherche de la polyphonie est l'un des objectifs les plus déterminants de la régulation économique. Celle-ci ne sera atteinte que par la circonscription du pouvoir des acteurs économiques de ladite mondialisation. Pour ce faire, « *la régulation a quitté alors le champ du droit public pour pénétrer partout où il y a des pouvoirs unilatéraux exercés* »³⁰⁹¹. Toute limitation non abusive, dont l'objectif est de raisonnablement limiter les pouvoirs des acteurs économiques de la mondialisation est on ne peut plus légitime. Pour y parvenir, le Droit se doit de renouer avec son esprit, sa présentation ainsi que sa responsabilité indéniable dans la recherche et le maintien de l'ordre public économique, quels que soient les défis auxquels il est appelé à faire face.

B- La régulation économique comme matérialisation de l'esprit du Droit

1401. L'esprit du droit constitue l'âme de la régulation. Sans celui-ci, la régulation ne disposera d'aucun ancrage lui permettant de se déployer et d'exprimer son exorbitance. Recourir à cet esprit est fondamental dans la régulation de façon générale, il l'est d'avantage

³⁰⁸⁶ D. STRAUSS-KAHN, « Souverains mais solidaires », Ministre de l'industrie et du commerce extérieur, *Le monde*, 15 mai 1992, cité par ARNAUD A.-J., « Régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », art. cit., p. 23.

³⁰⁸⁷ FRISON-ROCHE M.-A., *Le droit de la régulation*, op. cit., p. 611.

³⁰⁸⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « Ambition et efficacité de la régulation économique », art. cit., p. 66.

³⁰⁸⁹ FARJAT G., « L'ordre public économique », art. cit., p. 41.

³⁰⁹⁰ LAGET-ANNAMAYER A., « La détermination des objectifs de la régulation dans l'Union européenne : au-delà de l'espérance, la complexité », art. cit., p. 52.

³⁰⁹¹ FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », art. cit., p. 128.

dans la régulation cruciale (1). C'est à travers lui que le régulateur parvient à donner corps et matérialité à l'idéal initialement insufflé par la loi à travers le législateur (2).

1- Esprit du Droit et régulation cruciale

1402. De la même manière que la possibilité a été accordée au législateur de déterminer des infractions à l'ordre public économique sanctionnées *per se*, dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence, il devrait y avoir un ordre de régulation économique se fondant sur le caractère crucial de certaines entreprises. Le fait d'appartenir à ce cercle restreint d'entreprises puissantes devrait être avoir comme cadre spécifique de régulation cruciale sans qu'il y ait besoin de prouver une atteinte significative à l'ordre public économique. Ce caractère exorbitant se justifierait par l'objectif de préservation de l'ordre public économique et de l'intérêt général. S'agissant de celles d'entre elles qui opèrent dans la sensible question des données personnelles, veiller à ce que ces dernières ne soient pas utilisées dans buts autres que ceux qui sont légalement et légitimement fondés. Cela devrait amplement suffire à justifier un contrôle dérogeant au droit commun de contrôle et de la préservation de l'ordre public économique auquel est soumis le reste des acteurs économiques.

1403. Tout semble renvoyer le message selon lequel l'État et le régulateur économique n'ont le choix que d'abdiquer et laisser libre court aux acteurs économiques dans leur course effrénée vers le profit. Mais une telle vision oublie tous les risques d'une compétition sans arbitre, sans règles et encore moins de sanctions. La première conséquence serait d'abord l'écrasement des petits acteurs économiques par les grands, la relégation voire même la disparition ou du moins le musèlement du consommateur et ses éventuels choix diversifiés. Une fois que les deux premiers vulnérables auront disparus, s'ouvrira alors la « choc des grands ». Gagnera alors celui qui détient tous les leviers asymétriques nécessaires pour dominer les autres. Soit, ils en sortiront tous perdants puisque la victoire ne comptera plus, pas plus que la conquête du marché et des consommateurs qui de toute façon auront disparu, la seule finalité sera le plaisir d'éliminer ses concurrents. Soit, ils périront tous alors sous le joug de leur propre turpitude³⁰⁹². Heureusement que le Droit et sa prétention sont encore là pour éviter la réalisation d'une telle éventualité. Il lui appartient d'user de sa prétention pour fixer des règles et des limites dans des secteurs où règnent souvent l'incertitude et où il est souvent mal accueilli car considéré comme trop contraignant et peu stimulant. Le cas des géants du numérique de notre époque ne sont pas

³⁰⁹² *Nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans.*

très loin d'une telle description. Marie-Anne Frison-Roche souligne avec justesse que même si « nous sommes au pied du mur : l'on mesure alors la "prétention" de l'ordre public économique. Le mot peut prêter à sourire, mais enfin le droit peut encore avoir des prétentions, dans un monde où l'on ne prétend plus rien puisqu'il ne faudrait plus que suivre le monde »³⁰⁹³.

1404. Le droit ne doit pas rester sourd et muet face aux mutations économiques, il doit évoluer, mais il ne doit en aucun cas perdre sa prétention sous peine de sacrifier son essence et devenir un arbitre du quotidien et s'abandonner aux évènements. Car se soumettre aux évènements, c'est renoncer à l'ordre, c'est prendre le risque de suspendre l'ordre aux orientations dictées par le hasard. L'ordre public économique qui « n'est au fond que l'instrument permettant de prémunir contre le désordre »³⁰⁹⁴ doit en permanence avoir la prétention d'harmoniser la compétition économique. Une telle prétention n'est cependant pas à l'abri des épreuves. Face à ce que certains ont considéré comme perpétuelle évolution dans un domaine au contact duquel les changements juridiques sont devenus permanents, « nous avons été habitués à un droit dont la qualité était proportionnelle à sa capacité de demeurer sans réforme »³⁰⁹⁵. Pourtant, le marché exige qu'on le régule parce qu'il « est ouvert à la concurrence et non abandonné à la concurrence »³⁰⁹⁶. Malgré une « économisation du droit de la concurrence »³⁰⁹⁷ en Europe emboitant ainsi, une trentaine d'années après, les pas des États-Unis, celle-ci ne doit pas perdre son versant téléologique. La jurisprudence a pu, dès l'aube de l'intégration économique, rappeler que l'objectif de la concurrence est de servir comme « moyen privilégié d'intégration du marché commun »³⁰⁹⁸. On ne peut plus clair que la régulation tient sa légitimité à la fois dans son aspect complémentaire aux insuffisances de la loi, mais également dans la puissance qui est la sienne qui plus est n'est pas forcément celle de la loi prise en tant que telle.

2- Un idéal insufflé par le droit et matérialisé par le régulateur économique

1405. La loi exprime un idéal, une volonté. Son application incombe à la fois aux juges et non aux acteurs du marché, en tout cas pas au premier chef. Cela est dû au fait que les entreprises notamment celles dites cruciales instrumentalisent les règles. « Flottantes, agiles et

³⁰⁹³ FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », art. cit., p. 119.

³⁰⁹⁴ ROLAND S., « L'ordre public et l'État, brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Actes de colloques 15 et 16 déc., 2011, préc., p. 18.

³⁰⁹⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », art. cit., p. 126.

³⁰⁹⁶ FRISON-ROCHE M.-A., *Le droit de la régulation*, op. cit., p. 611.

³⁰⁹⁷ BOUGETTE P., DESCHAMMPS M., MARTY F., « When economics met antitrust: the second Chicago school and the economization of antitrust law », *Entreprises and Society*, 2015/2, p. 313-353.

³⁰⁹⁸ CJCE, 30 juin 1966, *L.T.M c./M. B. U.*, aff. C-56/65, Rec., 1966, p. 337. Cf. aussi GEVOUNOU L., *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Paris, LGDJ, 2012, coll. « Droit Public », p. 61.

insaisissables, ces entreprises 2.0 se jouent des contraintes terrestres, des contraintes réglementaires et des contraintes fiscales »³⁰⁹⁹. Le souci de parer une telle instrumentalisation est l'un des fondements les plus solides du nécessaire renforcement du pouvoir administratif exorbitant. Un auteur affirme dans ce sens, citant un vice-président du Conseil d'État qu'il y a « *d'une part, un temps pour négocier, un temps pour informer, un temps pour convaincre, et d'autre part, un temps pour décider et même, le cas échéant, un temps pour contraindre : l'administration ne doit pas oublier que ses prérogatives sont autant d'obligation d'agir* »³¹⁰⁰.

1406. La conservation par le Droit de son rôle téléologique et prétentieux est d'autant plus indispensable à l'effectivité du droit économique que l'Union de droit, régulièrement consacrée par la jurisprudence, n'est pas uniquement valable dans le domaine institutionnel, il l'est également et surtout dans le domaine économique³¹⁰¹. Sans prétention, le droit économique n'est plus qu'un souhait. Le souhait pas plus que les recommandations et ne peut en conséquence prétendre encadrer cette mondialisation économique et financière. Le contournement des règles suscite des vocations, au point que l'évasion fiscale peut être assimilée à un exploit, le mépris de l'État et de l'ordre comme une réussite et modèle. La prétention politique est dans ce sens plus que nécessaire puisque le risque d'une telle course vers la financiarisation de l'économie et de la société est élevé d'abord et avant tout pour les consommateurs et les entreprises les plus fragiles, mais à long terme, même les entreprises les plus fortes peuvent en pâtir car cette jungle économique, ultra-libéralisée et n'obéissant qu'à la loi du plus fort et du plus vicieux pourrait les emporter.

1407. La volonté de protéger la partie faible dans le droit économique renvoie nécessairement à la protection de l'ordre public économique³¹⁰². Les économistes évoquent suffisamment cet aspect en mettant en exergue le rapport entre la stratégie des entreprises basée sur l'incomplétude des contrats³¹⁰³. Ce d'autant plus que ces parties dites faibles, consommateurs

³⁰⁹⁹ CALIXTE L., « L'évangile selon Saint Mark », *Le nouveau magazine littéraire*, n°4 avr. 2018, p. 42.

³¹⁰⁰ GONOD P., *Droit administratif*, 1^{er} éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 146, in MORAND-DEVILLER J., BOURDON P., POULET F., *Droit administratif, op. cit.*, p. 481.

³¹⁰¹ CJUE, 19 déc. 2013, *Telefonica c./ Commission*, *supra*, pt. 56 ; CJUE, 29 juin 2010, *E et F.*, aff. C-550/09, *Rec.*, 2010, I-06213, pt. 44.

³¹⁰² Nous sommes quasi systématiquement et ce dans toutes les situations où l'État est amené à concilier en permanence entre les intérêts en présence. L'intérêt entre « ses deux fils ». *C'est peut-être ici même le cœur de la problématique car là est toute la question, quelle puissance pour le régalien dans une permanence conciliation.* Ceci renvoie à la partie que nous avons prévu pour aborder cette nécessaire conciliation entre les *deux fils de l'État*, la nécessité de protéger les consommateurs et les acteurs faibles de l'économie, mais dans la même optique savoir qu'il est autant nécessaire, pour ne pas dire plus, de veiller à l'épanouissement des entreprises puissantes reflétant la santé économique et l'excellence française, mais aussi s'assurer qu'elles la place qui leur revient sur le plan international.

³¹⁰³ Cf. TIROLE J., « Incomplete contracts : where do we stand ? », *Econometrica*, vol. 67, no 4,

ou cocontractants, « *ne sont pas des ordinateurs idéaux : ils peuvent prendre des décisions qui sont contraire à leur propre intérêt, faisant des erreurs prévisibles que les entreprises savent exploiter* »³¹⁰⁴. La régulation intervient pour combler ces tares. Ce qui paraissait « *grossier* »³¹⁰⁵ à une certaine époque ne l'est plus aujourd'hui car l'État semble assumer volontiers que certains secteurs du marché lui échappent et qu'il faudrait des moyens spécifiques pour les encadrer et les maintenir sinon sous contrôle du moins sous surveillance de la puissance publique dans l'intérêt général. La concurrence est si aléatoire qu'il ne suffit pas de lui faire appel pour régler tous les problèmes économiques, encore faudrait-il d'abord l'encadrer, puis la surveiller et enfin la compléter.

1408. *A priori*, la libre concurrence peut paraître l'idéal de fonctionnement mais à analyser substantiellement l'on se rend compte que c'est un instrument qui pourrait être préjudiciable pour les acteurs économiques de faible puissance d'abord, mais ensuite et surtout insoutenable pour les consommateurs qui au bout de la chaîne paieront toujours le prix des monopôles et des abus de position dominante si ce n'est celui de la concurrence déloyale et des pratiques restrictives. En d'autres termes, il faut réinventer une concurrence palliative à la « *politique au service d'une Europe néo-libérale* »³¹⁰⁶. C'est au nom de cela qu'il y a eu l'érection, à la place de la concurrence pure et parfaite, de la concurrence comme un moyen et non comme objectif. Ce à quoi s'attèle la régulation économique européenne avec plus ou moins une satisfaisante prétention.

Section II- Pour une approche plus prétentieuse du droit économique européen

1409. Promouvoir une régulation plus audacieuse, plus prétentieuse, c'est-à-dire plus ambitieuse dans la mondialisation économique est aujourd'hui devenu un impératif que réclament non seulement le régulateur, mais aussi, plus surprenant que ce cela puisse paraître, certains acteurs cruciaux. Pas plus tard qu'en mars 2019 Mark Zuckerberg indiquait être « *convaincu que les gouvernements et les régulateurs doivent jouer un rôle plus actif* »³¹⁰⁷ dans

741-81, 1999.

³¹⁰⁴ GABAIS X., LANDIER A., THESMAR D., *La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », sept. 2012, p. 8.

³¹⁰⁵ FRISON-ROCHE M.-A., *Le droit de la régulation*, op. cit., p. 611.

³¹⁰⁶ BELLIS J.-F., « La politique de concurrence-trente ans après », in DE WALSCHE A., LAURE L. (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden-Porménades au sein du droit européen*, op. cit., p. 438-439.

³¹⁰⁷ Les Echos, « Internet : Zuckerberg plaide pour un "rôle plus actif" des pouvoirs publics », 31 mars 2019, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/internet-zuckerberg-plaide-pour-un-role-plus-actif-des-pouvoirs-publics-dans-le-monde-1005301>. (Consulté le 1^{er}/07/2019).

l'encadrement des acteurs cruciaux. Le PDG d'une des entreprises cruciales les plus puissantes au monde prône une régulation plus forte³¹⁰⁸. Il ne peut y avoir de plus significatif en termes de symbole. La Commission européenne indique de son côté qu'il faut une « *politique commerciale équilibrée et novatrice pour maîtriser la mondialisation* »³¹⁰⁹. Le pouvoir administratif exorbitant se présente alors comme bouclier face aux éventuelles et non dérisoires dérives de la mondialisation économique.

1410. Prétentieuse, la régulation économique européenne l'est déjà. En tout cas dans sa philosophie et son déploiement même s'il faut constater que cet aspect a été notamment bousculé voire exacerbé par les effets extraterritoriaux de la violation des règles de concurrence. Ainsi s'avère-t-il nécessaire, au regard des enjeux actuels et futurs du maintien d'un ordre public économique européen sain et respectueux des valeurs européennes du marché, de maintenir et de renforcer l'exorbitance et la prétention de la régulation économique au niveau communautaire (§1). Bien que ces valeurs susmentionnées ne s'opposent aucunement à la conciliation, aussi souvent que nécessaire, entre efficacité et justice d'une telle régulation (§2).

§1- Nécessaire maintien de la dynamique prétentieuse du droit économique européen

1411. Si le choix d'un libéralisme économique rationalisé comme politique économique dominante sur le plan européen ne fait l'objet d'aucun doute (**B**), il n'en reste pas moins que sa régulation effective dénote encore quelques imperfections. C'est pourquoi, semble-t-il, une régulation davantage prétentieuse et donc plus effective pourrait constituer l'étape à partir de laquelle on peut réellement envisager une véritable intégration politique en Europe (**A**).

A- Une régulation économique prétentieuse comme prémisse d'une véritable harmonisation politique

1412. En dépit de tous les efforts de régulation mise en œuvre par les États, la perspective d'une régulation plus harmonisée en Europe reste, bien que partiellement aboutie, le meilleur

³¹⁰⁸ On retrouve déjà l'usage de la notion d'entreprises « *puissantes* » chez certains des régulateurs comme l'ARCEP. C'est-à-dire celles qui, en vertu de l'article L. 37-1 et s. du Code des postes et des communications électroniques, sont désignés comme exerçant une influence significative sur un marché pertinent.

³¹⁰⁹ Commission européenne, *Une politique commerciale équilibrée et novatrice pour maîtriser la mondialisation*, Communication de la Commission n° COM/2017/0492 final, au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, Bruxelles, le 03 sept. 2017. Disponible à l'adresse suivante : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d85d21a5-985a-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-fr/format-PDF/source-search>. (Consulté le 06/03/2018).

rempart contre les dérives de la mondialisation économique et son cortège d'entreprises aussi sinon plus puissantes que les États. Un auteur a pu souligner que « *par-delà d'inévitables accidents de parcours, l'intégration économique de l'Europe serait en quelque sorte l'avant dernière étape vers la mondialisation* »³¹¹⁰. Cette intégration mûrit progressivement grâce notamment à l'application des règles de concurrence. Pour la Commission européenne celles-ci « *sont devenues dans une large mesure le 'droit du pays' dans l'ensemble de l'UE* »³¹¹¹ même si elle reconnaît dans la foulée que des divergences subsistent sur certains aspects notamment institutionnels. Les amendes non plus ne sont pas harmonisées. Il est simplement mis en avant leur caractère dissuasif. S'il s'avère que « *certaines multinationales, plus puissantes et ayant pouvoir sur davantage d'individus que bien des États* »³¹¹², le meilleur service qu'on puisse rendre à la société serait loin celui de renoncer à la prétention du régulateur et donc des États et laisser le sort de celle-ci entre les mains de celles-là.

1413. Nonobstant le contexte d'une mondialisation complexe, « *le monde occidental a pu améliorer le niveau de vie de ses citoyens, notamment grâce à l'extension du domaine de l'État providence* »³¹¹³. Il est heureux de constater que la caducité de l'État providence n'est pas totalement entériné et ce malgré les critiques de la part de ceux qui aimeraient voir les États relégués voire totalement absents sur les questions économiques. Dans son discours sur la renaissance européenne, Emmanuel Macron affirmait que « *nous devons réformer notre politique de concurrence, refonder notre politique commerciale : sanctionner ou interdire en Europe les entreprises qui portent atteinte à nos intérêts stratégiques et nos valeurs essentielles, comme les normes environnementales, la protection des données et le juste paiement de l'impôt; et assumer, dans les industries stratégiques et nos marchés publics, une préférence européenne comme le font nos concurrents américains ou chinois* »³¹¹⁴. Ce discours est en phase avec des préoccupations exprimées par la doctrine qui, malgré l'affirmation et le soutien d'une totale liberté des entreprises, estime que la préservation des certaines valeurs, comme la protection sociale, le traitement adéquat des données et tous les principes non-économiques, doivent demeurer effective. Il est vrai que certains aspects d'une telle protection doivent être revus et

³¹¹⁰ BUSSIERE E., « Du régionalisme européen à la mondialisation », in BAYARD F., FRIDENSON P., RIGAUDIERE A. (dir.), *Genèse des marchés*, op. cit., p. 83.

³¹¹¹ Commission européenne, *Dix ans de mise en œuvre des règles concernant les pratiques anticoncurrentielles sous le régime du règlement n° 1/2003 : bilan et perspectives*, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 9 juill. 2014, Rapport, préc., p. 8.

³¹¹² FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S., *Les Grandes Questions du droit économique. Introduction et documents*, op. cit., p. 11 et s. ; FARJAT G., « Le droit l'économie et le fondamental », art. cit., p. 442.

³¹¹³ TIBI Ph., *État providence, géopolitique de la crise de la souveraineté*, op. cit., p. 157.

³¹¹⁴ MACRON E., « Pour une renaissance européenne. Lettre aux citoyens européens », préc.

adaptés à la fois aux mutations économiques du moment et à la capacité des États de les défendre. L'État ne peut ni ne doit faire fi aux effets de la mondialisation économique sur la protection des vulnérables même si comme l'indique Philippe Tibi, « *cela ne se traduira pas nécessairement par des régressions sociales insupportables* »³¹¹⁵.

1414. Gordon Brown qui fustigeait l'Europe institutionnelle, posait la question de savoir « *à quoi sert l'Europe ?* » tout en répondant que celle-ci ne servait « *à rien, puisqu'elle est bien trop grande pour faire face à des problèmes locaux, et bien trop petite pour affronter les enjeux mondiaux* »³¹¹⁶, ne semblait pas avoir la même lecture que la majorité de la doctrine européenne. L'Europe, ne serait-ce qu'au regard de la régulation pour le moins courageuse des acteurs puissants de la mondialisation, prouve qu'elle sert bien à quelque chose et que, par-dessus tout, elle tient le contrepouvoir d'une conception univoque de l'économie mondiale. La tendance devrait aller dans le sens du renforcement et la rectification des imperfections de sa puissance régulatrice et non vers le renoncement et le retour en arrière. De toute évidence, un retour en arrière et l'isolement des États ne fera que l'affaiblir et livrer ses citoyens à une mondialisation dont tout porte à croire que l'intérêt général et l'ordre public économique ne sont pas des notions dont la remise en cause préoccupe réellement. Il est donc indispensable, comme le suggérait Michel Rocard de « *changer la régulation du capitalisme* ». L'un des moteurs de ce changement consiste, souligne l'ancien Premier ministre français, à acquiescer à l'évidence selon laquelle « *seule l'Europe a la puissance pour le faire* »³¹¹⁷. Dans un monde de globalisation et de puissance fédérée, l'on ne peut, au risque de frôler l'impuissance, exalter et préconiser la solitude des puissances étatiques. Faire cela, c'est aller à l'encontre et s'inscrire aux antipodes d'une réalité et une tendance économique qui demandent davantage d'être régulées que changées. À l'instar des « *services paneuropéens [qui] nécessitent des solutions paneuropéennes* »³¹¹⁸, toute régulation de la mondialisation économique qui se veut efficace doit avoir une prétention haute, profonde et globale.

³¹¹⁵ TIBI Ph., *État providence, géopolitique de la crise de la souveraineté*, op. cit., p. 167.

³¹¹⁶ FARJAT G., « La constitution économique de l'Europe et le couplage droit et économie de la constitution économique européenne », in DEBARGE O., GORGOPOULOS Th., REBAEY O. (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne : 2^{ème} rencontre du GIEPI, 12 et 13 mai 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 42 et s.

³¹¹⁷ ROCARD M. cité par Gérard Farjat « Le couplage droit et économie de la constitution économique européenne », art. cit., p. 72.

³¹¹⁸ PHILIPPE J., TRABUCCHI M., « Gazette droit de la concurrence », *Gazette du palais*, 14 nov. 2009, n°318, p.3.

B- Un libéralisme économique ancré mais rationalisé

1415. Jean-François Jamet soulignait que « *les citoyens européens attendent de l'Europe qu'elle leur garantisse une prospérité partagée dans une mondialisation dont ils perçoivent les opportunités et les risques. C'est un défi pour les politiques communautaires mais aussi une occasion de montrer de façon très concrète que l'Union européenne peut constituer à la fois un facteur de stabilité dans un monde qui change et une voix influente capable de promouvoir ses valeurs* »³¹¹⁹. Suite aux emblématiques cas de *Google Spain* et de *Maximilien Schrems*, Laurence Burgorgue-Larsen se demandait « *comment contrecarrer la toute-puissance nord-américaine dans le domaine technologique alors que les instances législatives de l'Union sont pusillanistes et n'osent s'engager fermement en la matière ?* »³¹²⁰. C'est avec cette interrogation aussi audacieuse que réaliste qu'elle salue le rôle si important joué par la CJUE dans ces deux affaires. Un positionnement juridique fort et une véritable affirmation des principes face à la puissance des entreprises ne doivent plus susciter appréhension, ni de la part la doctrine, ni du législateur et encore moins du régulateur et du juge.

1416. On le répétera aussi souvent que nécessaire : la force du droit pouvant contenir la puissance des entreprises n'a rien d'antipathique à la liberté de ces dernières, c'est au contraire une protection à la fois pour la société toute entière, et par ricochet les entreprises en premier. La finesse consiste à leur permettre d'exercer sereinement leur liberté économique sans pour autant nuire à l'humain pour lequel tous, y compris les entreprises, sont censés œuvrer. L'on n'aboutira guère à une telle situation en rabaisant le rôle et en réduisant sans cesse le pouvoir et le champ d'action des autorités de régulation qui, sur ce fondement, sinon se substituent du moins représentent admirablement l'État tout en lui restant indépendantes. La prétendue contrainte juridique brandit en permanence par les entreprises ne l'est en réalité que pour celles d'entre elles dont la violation des règles est devenue viscérale. L'État déploie des efforts importants en concédant aux entreprises des domaines jusque-là régaliens, mais ce n'est pas pour autant qu'il viderait le droit de toute sa substance et de son exorbitance. Le droit n'ayant pas vocation à être figé, éternellement contraignant et lacunaire, il concède certains aspects tout en demeurant tangible, audible et respecté pour l'intérêt de tous et pour le bien de la société.

1417. Le « bien de la société », bien que pouvant paraître un argument plus moral que juridique ou économique, n'exige pas plus mais pas moins que la « *liberté des uns s'arrête là*

³¹¹⁹ JAMET J.-F., « L'Europe et la régulation de la mondialisation », art. cit., p. 44.

³¹²⁰ BURGORGUE-LARSEN L., « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2016) », art. cit., p. 3.

où commence celle des autres». Cet équilibre poreux, infime et subtile mais tout aussi indispensable est l'un des principes qui, malgré tout, tient la société et l'empêche d'être livrée à la loi du plus fort, à celui qui, par sa maîtrise des données et sa capacité d'intrusion dans la vie intime des personnes et des affaires sensibles de ses concurrents et des États, torpillerait l'ordre public et le vivre ensemble. Cet aspect s'est révélé, semble-t-il, comme une réalité qui ne devrait surprendre dans la mesure où « *la théorie économique libérale est orientée vers la production des biens, non vers la distribution* »³¹²¹, accroissant donc la course vers la recherche *ipso facto* de la domination et l'hégémonie. Pour André Maillard, ceci est surtout dû au fait que cette théorie est « *centrée sur l'efficacité, l'équité* »³¹²² et non sur l'effectivité et la défense des valeurs non-économiques.

1418. À moins que le Droit n'en prenne garde, une telle puissance peut, par-dessus le marché, être consubstantielle à l'effondrement du système. Car il est tout à fait naturel qu'un pouvoir illimité--activement ou passivement--périsse sous son propre poids. Mais en cas de survenance d'une telle hypothèse, les auteurs de la chute ne seront pas les seuls à en subir les conséquences. Le cas des *subprimes* de 2008 suffit à illustrer si besoin de preuve en était. C'est pourquoi, les institutions européennes rappellent sans cesse que « *les abus de marché nuisent à l'intégralité des marchés financiers et ébranlent la confiance du public dans les valeurs mobilières et les instruments dérivés* »³¹²³. Même si l'extension du contrôle des abus de marché à d'autres activités comme le secteur minier a semblé, pour une partie de la doctrine comme, « *trop embrasser* » et donc « *de mal étreindre* »³¹²⁴, il n'en reste pas moins que le regard attentif du régulateur sur tous les secteurs systémiques semble restituer toute l'attention portée aux limites de l'autorégulation et à l'imprudence des acteurs économiques et financiers en l'occurrence. Cette extension possède pour le moins le mérite de l'affut dont font preuve les institutions européennes depuis 2008, période à partir de laquelle, dans le domaine financier, les sanctions administratives « *ont le vent en poupe* »³¹²⁵. Plus aucun pays ne veut se laisser surprendre par les dérives d'une confiance excessive à l'autorégulation des marchés financiers. Des mécanismes de sanctions sont envisagés tant au niveau national qu'euro-péen afin de garantir

³¹²¹ KEVORKIAN G. (dir.), *La pensée libérale*, Ellipses, Paris 2010, p. 26.

³¹²² *Ibid.* ; Cf. aussi MAILLARD A., *Le marché inhumain et comment le dompter*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 26.

³¹²³ Considérant 2 du Règlement UE n° 596/2014 du Parlement et du Conseil du 16 avr. 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les Directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, *JOUE*, n° L 173 du 12 juin 2014.

³¹²⁴ DE SAINT-MARS B., « Qui trop embrasse mal étreint ? » : *BJB* avr. 2011, n° 116 p. 221.

³¹²⁵ KEITA B., « Vers un droit européen de la répression administrative en matière financière », *BJB*, n° 10, p. 410.

« l'infliction de sanctions suffisamment proportionnées et dissuasives aux auteurs de manquements financiers »³¹²⁶.

§2- Pour une régulation cruciale : conciliation entre efficacité et justice de la régulation économique

1419. Si la désignation des entreprises dont le poids systémique fait d'elles des acteurs incontournables dans tel ou tel autre domaine économique semble être entérinée par une partie de la doctrine³¹²⁷, il n'en reste pas moins que, à leur égard, la régulation n'obéit pas en tant que tel à une régulation spécifique. La régulation qui leur est appliquée est celle opposable à tous les acteurs économiques. La seule spécification, en cas d'abus de position dominante ou de dépendance économique, consiste à leur infliger des amendes qui, par leur lourdeur, peuvent être considérablement élevées mais pas nécessairement dissuasives. Or, il serait temps qu'on applique une régulation spécifique aux entreprises cruciales pour ainsi assurer une surveillance rapprochée de celles-ci, compte tenu de leur envergure et leur place qu'on pourrait qualifier de « vitale » dans la société. Les laisser perdurer dans une régulation homogène n'est non seulement pas adapté, donc injuste vis-à-vis des acteurs les moins puissants et même inefficace au regard des attentes de la régulation de la mondialisation économique. Laisser perdurer une telle homogénéité, c'est surtout prendre le risque de voir se perpétuer l'instrumentalisation du droit de la régulation par des acteurs dont la responsabilité systémique exige, à juste titre, que l'exorbitance leur soit appliquée au cas par cas.

1420. Pour délimiter le contour de ce qu'on entend par régulation cruciale, il est important de s'intéresser à la nécessité d'une réappropriation de l'exorbitance par une régulation hiérarchisée (A) ainsi que son effectivité dans la régulation économique (B). Mais bien avant cela, intéressons-nous à sa définition et à sa justification dans une régulation qui peut, *a priori*, sembler exhaustive (C).

A- Pour la mise en œuvre d'une régulation cruciale ou hiérarchisée

1421. Après avoir déterminé ce qu'il convient d'entendre par régulation hiérarchisée et démontré sa justification dans le contexte de la mondialisation économique (I), il serait important de revenir sur la nécessité d'une ouverture de la doctrine et de la jurisprudence sur

³¹²⁶ DOUVRELEUR O., « Le pouvoir de sanction de l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF-Esma) », in GOURIO A., DAIGRE J.-J. (dir.), *Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France-VI*, 2013, p. 199.

³¹²⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « Réguler les entreprises cruciales », art. cit.

cette question (2). Ainsi, pour sa mise en œuvre, on pourrait se fonder sur une classification comparable en droit des sociétés (3), laquelle permettrait plus aisément d'identifier les acteurs devant être soumis à la régulation cruciale (4).

1- Définition et justification d'une régulation hiérarchisée

1422. Entendue comme l'expression ciblée du pouvoir administratif exorbitant à l'égard des entreprises, en fonction de leur puissance économique et leur influence systémique, la régulation cruciale entérine le passage de l'identification des entreprises cruciales à la mise en œuvre d'une régulation qui leur soit adaptée. On pourrait la décrire comme une régulation « taillée sur mesure », non dans le sens de les museler mais dans l'unique but de faire respecter l'ordre public économique et de veiller au respect des valeurs non-économiques indispensables à l'exhaustive préservation de celui-ci. C'est donc une circonscription claire et hiérarchisée des acteurs économiques cruciaux dans le but de leur appliquer une régulation plus adaptée eu égard à leur responsabilité systémique et par rapport aux autres acteurs économiques. Une telle mise en œuvre n'est pas totalement détachée de la nécessité de préserver l'ordre public économique par le truchement de la régulation³¹²⁸, elle en est un des fondements les plus solides.

1423. Tout comme il est important « *se nourrir de l'incomplétude des idées, pour ne pas subir la force des choses* »³¹²⁹, il serait temps de saisir la régulation insatisfaisante des acteurs économiques cruciaux pour instaurer une régulation à la hauteur de ce qu'elles incarnent dans leur secteur respectif et au regard de leur responsabilité dans le maintien d'une stabilité économique, sociale et environnementale de la société. Il ne s'agirait nullement d'inventer des nouvelles attributions renforçant le pouvoir des autorités de régulation, ce serait une simple harmonisation de celles-ci en les rendant plus intelligibles et moins implicites. Les porter à la connaissance effective des entreprises de sorte que les acteurs qui doivent y être assujettis ne se fauillent pas derrière le principe de *non bis in idem*³¹³⁰ ou de celui du respect des droits de la défense pour s'en soustraire. La réaffirmation de l'ordre public économique dans le cadre européen, représentée à cet effet par les autorités de régulation, doit donner plus de clarté aux entreprises en restaurant et en réaffirmant une attribution, pour l'instant, brandiller à minima

³¹²⁸ Cf. notamment MARCOU G., « La notion juridique de la régulation », *AJDA*, 2006, p. 350.

³¹²⁹ DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginaires du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 215.

³¹³⁰ Cf. CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 30 déc. 2016, *Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires*, n^{os} 395681 ; CE, 30 mai 2007, *M. Dubus et Société Dubus*, *supra* ; CJUE, 22 nov. 2012, *E. ON Energie AG c./Commission*, *supra*, qui rappelle le principe « *in dubio pro reo* » (présomption d'innocence) ; CJUE, 26 févr. 2013, *Aklagaren c./ Hans Akerberg Fransson*, *supra*. Cf. aussi GRYNFOGEL, « Sanctions du droit européen de la concurrence », art. cit., p. 2.

par peur notamment d'être taxées d'autorités s'immisçant dans le fonctionnement de l'économie. Pourtant, c'est à juste titre et au nom de la préservation ce principe autoritaire même qu'elles doivent « s'immiscer », si immixtion il peut y avoir, afin d'éviter que celle-ci ne périsse sous leur propre poids nombriliste, et y entraîner l'économie et la société. Car la préservation de l'ordre public économique est en jeu et la sauvegarde de ces objectifs qui ne peuvent, en toute hypothèse, être assurés avec effectivité par les acteurs privés, s'avère non négligeable.

2- Ouverture de la doctrine et de la jurisprudence à une régulation cruciale

1424. Dans son rapport consacré aux plateformes numériques, le Conseil d'État considère que « *la puissance des évolutions en cours rend nécessaire d'analyser les atouts et les faiblesses de notre système juridique pour être à la fois en capacité d'anticiper les évolutions du droit et des politiques publiques et d'y apporter les réponses d'ensemble, conçues au niveau européen et national* »³¹³¹. D'où il ressort que dans la mesure où, dans le domaine de la régulation économique, la fin devrait justifier les moyens, le moment semble venu d'adapter les moyens de celle-ci à la puissance des entreprises cruciales notamment les GAFAs³¹³², non sans chercher à se projeter dans le futur de la régulation dans les années à venir. De ce point de vue, qu'il s'agisse du droit national ou du droit européen, des moyens perfectibles et flexibles en fonction des fins devraient être mis en œuvre pour amener ces géants à se conformer en toute effectivité aux règles du marché dont celles entre autres relatives aux impôts. Les cas de *Google* et de *McDonald* peuvent en servir d'illustration. S'agissant de *Google*, Fabien Curto Mullet notait que « *chez nous [à Google], la concurrence est distante que d'un seul clic* »³¹³³. Car il estime qu'au moindre beug, l'utilisateur peut aller voir la concurrence. Encore faudrait-il qu'il y ait des concurrents de *Google*. Il ne doit plus subsister de doute quant au caractère crucial des entreprises comme les GAFAs, qui sont devenus aussi systémiques que les puissances financières. Ceux-ci, si preuve supplémentaire en était, constituent la personnification même du risque systémique à côté des puissances financières. Ceci est d'autant plus éloquent qu'ils mêlent puissance économique, données personnelles et, dans la plupart des cas, spéculation.

³¹³¹ Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'ubérisation*, Colloque, préc., p. 11.

³¹³² Il faudrait également éviter le dogmatisme anti géant du net car si l'on conçoit la finalité de la concurrence et par ricochet également de la régulation, comme le bien être des consommateurs, il ne faudrait pas omettre que des consommateurs et même de surcroit des citoyens européens travaillent et gagnent leur vie de manière souvent heureuse au sein de ces géants du net. Donc la lucidité dans la régulation de ces géants devrait être observée car la question de la conciliation des objectifs assignés à l'économie (l'ordre public économique) et la protection des citoyens consommateurs doit aller de pair.

³¹³³ MULLET F. C., « La concurrence dans l'économie numérique », in BEAHAR-TOUCHAIS M., *A quoi sert la concurrence*, op. cit., p. 481.

3- Une comparaison duplicable

1425. À l’instar des sanctions hiérarchisées en cas de mise en œuvre d’une entente anticoncurrentielle³¹³⁴, il est tout à fait envisageable de définir les entreprises dont la régulation mérite d’être cruciale ou non. Une hiérarchisation cruciale ne saurait être compliquée à établir dans la mesure où on pourrait partir d’une classification semblable à celle existant en droit des sociétés (TPE, PME, ETI³¹³⁵, multinationales...). Il faudrait, pour plus d’efficacité, fixer un seuil à partir duquel on classerait les entreprises à considérer comme cruciales. Une telle mesure répondrait aussi à une injustice faite aux entreprises non cruciales qui se voient appliquer les mêmes règles de régulation que les acteurs cruciaux. Or, les premiers n’ont pas les mêmes capacités de résilience et de soustraction aux règles que les seconds. Une telle hiérarchisation cruciale résoudrait en outre le problème de l’efficacité de la régulation économique dans la mesure où ce serait un véritable bouclier contre les contournements incessants de la législation par ces puissants acteurs économiques.

4- Faisabilité de la classification des entreprises

1426. De la même manière qu’il existe « une part d’arbitraire à décréter qu’un phénomène est “économique” »³¹³⁶, il ne devrait y avoir aucun mal à décider, selon certains critères, que des entreprises, au regard de leur puissance systémique, relèvent d’une catégorie spécifiquement distinctive et de ce fait légitimement « soumettables » à une régulation qui se veut cruciale. Concrètement, l’identification des acteurs dits cruciaux pourrait s’effectuer sur la base d’un seuil du chiffre d’affaires, des bénéfices ou encore dans certains cas, du nombre d’employés sur l’échelle d’un territoire donné ou à travers le monde. En fonction du marché pertinent, un acteur pourrait être déclaré crucial sur le plan national, européen ou mondial. Ces critères pourraient être définis et délimités par le législateur. Il serait néanmoins plus judicieux que certains acteurs soient considérés cruciaux *per se*. Ce sont les acteurs dont l’activité

³¹³⁴ Dans ces arrêts la Commission, confirmée par la Cour, indiquait que la participation dans une entente anticoncurrentielle peut revêtir plusieurs formes, en fonction non seulement de l’implication de chaque partie dans ladite entente mais aussi de ses buts, le marché concerné ainsi que les procédés d’exécutions choisies par chacune des entreprises. Cf. TPICE, 17 déc. 1991, *Hercules Chemicals c./Commission*, aff. T-6/89, *Rec.*, 1991 p. II-1623 ; CJCE, 8 juill. 1999, *Commission c./Anic Participazioni SPA*, *supra*.

³¹³⁵ Entreprises de taille intermédiaire.

³¹³⁶ Thomas Pez souligne que « même dans le cas du contrôle des concentrations économiques, il n’y a pas que des considérations économiques qui entrent en jeu. Cf. PEZ Th., « L’ordre public économique », art. cit., p. 55 ; DECOCQ A., DECOCQ G., *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, (à propos du pouvoir d’évocation du ministre chargé de l’économie).

principale est concentrée sur la gestion des données personnelles ou celles dont l'activité est *de facto* mondialisée.

1427. À l'instar de ce qui est réclamé pour la régulation de l'Internet, « *il ne s'agit pas de déterminer quelle est l'ambition de la régulation mais comment on pourrait avoir l'ambition de réguler* »³¹³⁷ efficacement tel ou tel autre domaine. Ce raisonnement pourrait bien être valable pour Google par exemple dès lors que, à chaque fois qu'on évoque la nécessité de réguler spécifiquement ce moteur de recherche, il est des voix qui rétorquent l'impossibilité avant même qu'on ait tenté l'expérience. Il semble pourtant qu'un minimum de régulation spécifiée et adaptée vaut mieux qu'une absence de régulation. Il est évident que dès lors que les régulateurs ne « *disposent d'un statut uniforme [il est temps] de s'interroger sur l'avenir de la régulation* »³¹³⁸.

1428. L'une des manières d'apporter une partie de la réponse aux interrogations de la régulation réside dans son hétérogénéité³¹³⁹, à travers une distinction pour ne pas dire une hiérarchisation des acteurs régulés, c'est-à-dire l'instauration d'une régulation cruciale. En sus du renforcement de la régulation homogène, la régulation cruciale et hétérogène pourrait combler plus efficacement les faiblesses de la réglementation. Cette dernière n'étant tout logiquement pas en mesure, et à juste titre, d'anticiper avec exhaustivité tous les scénarios des acteurs cruciaux. La raison tient au simple fait que ces derniers, quant à eux, ont souvent des plans décennaux voire plus et donc peuvent anticiper et changer de stratégie sans que cela n'implique toute la lourdeur que connaît une procédure de vote d'une loi nationale ou d'adoption d'un texte européen. La situation est d'ailleurs beaucoup plus complexe dans ce dernier cas lorsque la question traitée implique plusieurs pays et donc leur souveraineté³¹⁴⁰. Il suffit généralement peu de temps aux cabinets des grands groupes pour étudier les failles d'une réglementation, adoptée ou en projet. C'est-à-dire le quart du temps qui a été consacré à son élaboration par les pouvoirs publics. En même temps, il peut y avoir un motif de satisfaction car le fait même que ces acteurs incorporent la présence juridique dans leur stratégie prouve au moins que le droit n'est pas totalement ignoré, mais un tel contentement est loin d'être suffisant,

³¹³⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « Ambition et efficacité de la régulation économique », art. cit., p. 63 et s.

³¹³⁸ DENZENGLES H., MARTIN S., « L'évolution des objectifs de la régulation en France », art. cit., p. 131-132.

³¹³⁹ Voir son hétérogénéisation.

³¹⁴⁰ Le sort qui fut réservé à la taxe GAFA en est une illustration. Initialement prévue au niveau, les dissidences ont fini par la réduire en une taxe « française ». C'est du pléonasme que de souligner qu'en termes de portés les conséquences sont loin d'être les mêmes.

il sonne même comme un aveu d'impuissance et de résignation³¹⁴¹. Pour l'efficacité, nous pourrions penser que mettre en place une régulation au cas par cas et à temps pourrait aider à combler de nombreuses lacunes. Sans oublier la dissuasion des sanctions qui peuvent en découler, notamment lorsqu'un accent particulier sera mis davantage sur les sanctions réputationnelles en renforcement de celles pécuniairement infligées.

B- Esquisse de l'effectivité d'une régulation cruciale

1429. Aborder l'effectivité de ce qui devra être la régulation cruciale implique en amont de noter l'insuffisance devenue caractéristique de la régulation homogène telle qu'elle est en vigueur (1). Celle-ci est marquée par les limites de l'autorégulation dont les dérives semblent, dans certains cas, plus importantes que les réussites (2). C'est d'autant plus important pour le régulateur de se réappropriier ses prérogatives que la sensibilité des données personnelles (3), et notamment celles qui touchent à la santé l'exige et ne permet plus aucune légèreté (4).

1- Insuffisance constatée de la régulation homogène

1430. Se contenter d'une régulation homogène en droit économique et espérer une effectivité d'une telle méthode, c'est comme, en guise de comparaison, combattre le terrorisme avec les moyens de lutte contre la délinquance quotidienne (larcin, maraudage...). Autant conclure que ce serait inefficace. La régulation des géants de la mondialisation économique nécessite une certaine fermeté et une certaine prétention des régulateurs nationaux et de la Commission européenne. Ladite prétention ne doit souffrir d'aucune limite si ce n'est celle qui sera fixée en amont par la loi et en aval par le contrôle juridictionnel. La régulation cruciale, qui matérialiserait avec une efficacité supérieure la prétention du droit de la régulation économique, passe également et peut être surtout par le changement de stratégies de la part des autorités de régulation. Les aspects cognitifs dont on a parlé jouent à cet effet un rôle important. Un des changements de paradigme dont l'importance est assez louable en droit de la concurrence, notamment sur le point précis de la théorie contestation des marchés pertinent, est le fait pour le régulateur de considérer que désormais « *pour déterminer si un marché est contestable ou non, il ne suffit plus que l'entrée et la sortie soient sans coûts mais [il faut] également que les consommateurs ne subissent pas de biais cognitifs rendant non profitable l'entrée potentielle*

³¹⁴¹ Le Conseil d'État souligne d'ailleurs que « *l'a-territorialité du droit comme les stratégies de contournement des législations sociales et économiques des États appellent ainsi un renforcement des instruments de contrainte dont peuvent disposer les acteurs nationaux à l'égard d'acteurs privés situés dans d'autres États* ». Cf. Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, Rapport, préc., p. 15.

d'un concurrent »³¹⁴². On conçoit bien que la quantification de l'aspect cognitif du consommateur puisse demander plus d'énergie au régulateur, mais d'un point de vue efficacité et dissuasif sur les acteurs économiques, le résultat est radicalement différent.

2- Limite ancrée de l'autorégulation des acteurs cruciaux

1431. David Forest n'a pas tout à fait tort lorsqu'il affirme que « *l'autorégulation est une régulation à la mesure de Google* ». Il restitue ainsi la satisfaction des géants de recourir à ce mécanisme. Citant ainsi Éric Schmidt qui affirmait que, sur la question de la protection des données personnelles, « *Google croit qu'il est important de développer de nouvelles règles de protection* » de celles-ci sans que cela ne soit « *nécessairement de nouvelles lois* »³¹⁴³. Un tel aveu de préférence a au moins le mérite d'éclairer sur la conception qu'ont les géants du droit et son exorbitance en dévoilant leur préférence affectueuse de l'autorégulation qui n'est pas très éloignée de l'absence de toute contrainte. Cette incitation à l'autodiscipline vire à l'instrumentalisation de la bonne volonté de la puissance publique. La doctrine a pu souligner dans ce sens que « *l'économie de la régulation publique s'est largement construite sur l'idée que le régulateur avait en charge notamment, de construire des incitations efficaces pour amener les acteurs privés et publics à remplir certains objectifs par le biais de contrats optimaux ou de formules de tarification incitatives. Or l'approche comportementale fait évoluer ces dispositifs [et on assiste finalement au regard des travaux de Benabou, Tirole et Gneezy] à des incitations qui conduisent selon certains contextes sociaux à des effets pervers* »³¹⁴⁴. La crise de 2008 « *a démontré que les marchés bancaires et financiers ne sont en rien efficaces et souligne le besoin de régulation* »³¹⁴⁵. Au regard de ces aléas, la mondialisation semble devenir une entropie dont seule une régulation économique forte et ambitieuse peut endiguer les conséquences et rééquilibrer les forces en présence. D'où la cruciale question de l'adaptation de ce mécanisme à tous les secteurs, en tout lieu et en toute circonstance.

³¹⁴² FEREY S., « Le renouveau de la régulation publique au regard de l'économie comportementale », art. cit., p. 100.

³¹⁴³ FOREST D., « Google et le « droit à l'oubli numérique » : genèse et anatomie d'une chimère juridique », *RLDI*, n° 106, 1er juill. 2014, p. 3.

³¹⁴⁴ FEREY S. « Le renouveau de la régulation publique au regard de l'économie comportementale » art. cit., p. 94.

³¹⁴⁵ POSNER R., *A failure of capitalism*, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 2009, cité par ADALID S., « Conflits d'objectifs et régulation bancaire », art. cit., p. 191.

3- Dynamique régulatoire et sensibilité des données personnelles

1432. Il est juridiquement indispensable que les législations soient adaptées aux défis de l'enjeu numérique. De sorte qu'on puisse détecter, sanctionner et endiguer toute collusion entre les acteurs économiques responsables de la gestion des données personnelles et l'exploitation déloyale de celles-ci. Cette collusion est susceptible de s'étendre aux entreprises d'assurances. Il serait indéniable, dans l'optique d'une vraie protection de l'humain, de procéder à l'encadrement juridique du flux des données et de sanctionner le cas échéant tout manquement. Certains ont d'ailleurs pu souligner que c'est au nom de la prétention juridique que la CJUE a invalidé le *Safe Harbor* car elle estime que la protection des données telle qu'elle est conçue par la philosophie européenne n'est pas satisfaisante en cas de mise en œuvre d'un tel protocole aux États-Unis³¹⁴⁶. Cette invalidation est intervenue malgré la communication de la Commission, dans la foulée, tendant à rétablir la confiance dans les flux des données entre les États-Unis et l'Union européenne³¹⁴⁷.

1433. L'enjeu est celui d'éviter que les « *données de l'utilisateur* » ne soient réduites à une marchandise dont le prix est négociable comme n'importe quel autre produit du marché classique³¹⁴⁸ et que de ce fait, selon la formulation de Valérie Faure et Alexis Brocas, « *la pensée libertarienne (...) où le consommateur converti en données devenait lui-même produit* »³¹⁴⁹. L'effet de réseau permettant d'atteindre un tel seuil critique rend la régulation de ces plateformes assez compliquée. Mais la « *la préservation d'une concurrence libre est essentielle* »³¹⁵⁰ dès lors que cela pourrait au moins permettre une certaine régulation par l'entrée de nouveaux concurrents. Dans ce cas précis, on pourrait souscrire à la proposition selon laquelle « *la régulation peut être plus ex ante si l'accès est tarifé ou ex post s'il est contractuel* »³¹⁵¹.

³¹⁴⁶ CJUE, 6 oct. 2015, *Maximilian Schrems c./Data Protection Commissioner, supra* ; DEBET A., « L'invalidation du Safe Harbour par la CJUE: tempête sur les transferts de données vers les États-Unis », *JCP G*, 2015, n° 46-47; BURGORGUE-LARSEN L., « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2016) », art. cit., p. 3.

³¹⁴⁷ Commission européenne, Communication au parlement européen et au Conseil Rétablir la confiance dans les flux de données entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique, préc.

³¹⁴⁸ Référentiel central dit le Conseil d'État.

³¹⁴⁹ FAURE V., BROCA A. (dir.), « GAFAM Les nouveaux penseurs », *Le nouveau magazine littéraire*, n°4, avr. 2018, p. 41.

³¹⁵⁰ Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, Rapport, préc., p. 14.

³¹⁵¹ FRISON-ROCHE M.-A., « Ambition et efficacité de la régulation économique », art. cit., p. 62.

1434. *L'ex ante* pourrait être d'une particulière efficacité pour le domaine du numérique en raison du respect qui semble être très limité de *l'ex post*. La perpétuelle problématique de l'adaptation de la réglementation aux enjeux et aux mutations économiques ne s'est jamais posée ailleurs avec autant d'insistance. La justice prospective devrait, de ce point de vue, être un rempart. Une prospection juridique permettrait de pallier les plans décennaux des puissances économiques, quand bien même qu'il faut reconnaître que les plateformes sont d'un mouvement perpétuel et incontestable. Mais cela ne les empêche pas de prévoir et d'anticiper tous les « risques » y compris réglementaires. Toute la difficulté résulte de cette nécessité d'encadrer juridiquement cette « multitude économique », dès l'instant que le droit, dans son fondement est de caractère général et régleme en conséquence des secteurs et non des cas d'espèce. Ceci relève de la compétence du régulateur et du juge. D'où l'importance de la régulation cruciale qui comblerait ces insuffisances « intrinsèques » au droit. Une telle exigence est dictée par « *la nécessité de protéger des biens communs tels que la sécurité, l'environnement, la dignité ou les droits fondamentaux, [qui] ne sauraient permettre de se résoudre à la disparition de toute forme de pouvoirs publics* »³¹⁵². C'est grâce à cette même « crucialité » que ressort des considérations en vertu desquelles le juge de l'Union a pu considérer, d'une part que Monsieur Gonzalez avait droit à l'oubli sur le net face à Google et d'autre part que Maximilien Schrems avait des raisons de s'inquiéter du traitement réservé à ses données par Facebook, même en appartenant à une catégorie professionnelle jugée « initiée ».

4- Sensibilité accrue des données médicales et exigibilité d'une régulation cruciale de leur gestionnaire

1435. Après avoir censuré les modalités d'un partenariat entre le gestionnaire des hôpitaux londoniens, *NHS et DeepMind*, filiale de Google chargée de l'intelligence artificielle, la présidente de *l'Information Commissioner's Office (ICO)*³¹⁵³, Elizabeth Dunham, affirmait que « *le prix à payer pour l'innovation n'était pas nécessairement l'érosion des droits sur les données personnelles légalement garantis* »³¹⁵⁴. En l'espace, pas moins d'1, 6 millions de patients sont concernés par cet accès à des données sanitaires sensibles. D'où il ressort selon elle, qu'il n'est pas nécessaire d'accéder à d'autant de fichier pour un simple test technique de

³¹⁵² Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes : accompagner l'« ubérisation »*, Rapport, préc., p. 17.

³¹⁵³ L'équivalent britannique de la CNIL.

³¹⁵⁴ ORSINI E., « À Londres, les données médicales partagées entre les hôpitaux et Google posent problème », 30 juill. 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://www.numerama.com/tech/272465-a-londres-les-donnees-medicales-partagees-entre-les-hopitaux-et-google-posent-probleme.html>. (Consulté le 03/08/2017).

l'application de Google qui n'avait pas par ailleurs, malgré ses capacités à le faire, suffisamment assuré la protection des données concernées. Le risque d'une circulation aussi banalisée des données personnelles de façon générale et celles concernant la santé des personnes en particuliers a ceci de préoccupant que le risque de leur vente à des entreprises d'assurances ou d'autres entreprises moins recommandables est réel. Alors, une décision dans le genre de celle-ci devrait remettre un peu de l'ordre dans l'esprit de ceux qui considèrent, souvent à tort, que le monde anglo-saxon est beaucoup plus permissif, le modèle « absolu » sur tout.

1436. Aussi, faudrait-il noter que la première sanction infligée sur le fondement du RGPD est intervenue à ce sujet, en octobre 2018, concernant Centre hospitalier Barreiro-Montijo au Portugal pour les mêmes légèretés. En l'espèce, l'accès aux données médicales des patients étaient moins sécurisé de sorte que des médecins non assermentés et mêmes des vacataires pouvaient y accéder. Le régulateur portugais, le CNPD³¹⁵⁵, lui inflige alors une amende de 400 000 euros pour violation du règlement européen dont, curieusement, le centre hospitalier contestait l'applicabilité puisque, selon lui et à tort bien évidemment, non transposé. Puisque que le règlement n'a, dans son principe et en vertu du droit communautaire, besoin d'une quelconque transposition pour être en vigueur. Ces « *interactions délicates* »³¹⁵⁶ entre gestion des données de santé et respect de l'intimité médicale de la personne humaine sont cruciales. L'enjeu ne réside pas tant la flexibilité ponctuelle des régulateurs que dans la nécessité de protéger, malgré les défis, les droits fondamentaux des personnes. Dieu sait que les données personnelles en sont une partie substantielle, eu égard à leur lien plus qu'étroit à nos vies privées et nos sensibles intimités sanitaires. La protection de la personne humaine est universelle et ne devrait avoir en réalité ni courant politique ni idéologie. Sa protection demeure en conséquence, à tout point de vue, une question universelle et devant être prise et traitée en tant que telle.

1437. Qu'il s'agisse de la maîtrise de certains produits de consommation incontournables ou encore de certains domaines plus sensibles tels que ceux couvrant les données personnelles ou même, dans un futur pas lointain, de l'intelligence artificielle et donc des activités économiques qui permettent non seulement la création de la richesse mais également l'accès à certains aspects qui peuvent s'avérer sensibles ; « *le contrôle de la production des richesses est [devenu] le contrôle de la vie humaine elle-même* »³¹⁵⁷.

³¹⁵⁵ Comissão Nacional de Proteção de Dados.

³¹⁵⁶ FALQUE-PIERROTIN I., « La concurrence sur internet, jusqu'où ? La question des données personnelles », art. cit., p. 499.

³¹⁵⁷ HAYEK F.-A., *La route de la servitude*, op. cit., p. 95.

C- La complexe mais nécessaire réappropriation du pouvoir administratif exorbitant en droit européen par une régulation cruciale

1438. La fonction cruciale de l'exorbitance dans la régulation économique ne fait plus de doute (1). C'est pourquoi, l'on tente au niveau communautaire, grâce entre autres au fond européen d'ajustement de la mondialisation de mieux protéger l'ordre public économique (2). Même si parfois le régulateur peut se révéler être plus ambitieux dans ce sens que le Politique (3) en se servant notamment de son interprétation téléologique (4). Aussi, aborderons-nous succinctement la notion de puissance normative brandit par l'Union européenne face aux acteurs cruciaux de la mondialisation économique (5).

1- La fonction cruciale de l'exorbitance dans la régulation

1439. Jacques Attali n'hésite pas à affirmer qu'il y a une « *obscène accentuation de la concentration des richesses entre quelques mains (...) en raison de la globalisation des marchés sans globalisation de la règle de droit* »³¹⁵⁸. Dans le même moment le droit communautaire a, selon Stéphane Braconnier, « *considéré que l'achèvement du marché intérieur passait par une remise en cause profonde des prérogatives de puissance publique intervenant dans la sphère économique. Ont ainsi été remis en cause, à partir du "Livre blanc sur le marché intérieur" de 1985, tous les régimes exorbitants jugés incompatibles avec la construction du marché intérieur* »³¹⁵⁹. Puisque l'exorbitance est, à juste titre, irréductible, il est important de lui redonner un rôle plus déterminant dans la régulation économique en le transférant au régulateur européen si la nécessité de la construction du marché commun est « prohibe » son retour au sein des États membres. D'autant plus que la Commission européenne se révèle de plus en plus comme la seule instance pouvant, à notre avis, faire face à la « crucialité » des multinationales dont la régulation profonde s'impose de manière urgente.

1440. Nous savons que « *the specific characteristics of platforms, digital ecosystems, and the data economy require established concepts, doctrines and methodologies, as well as competition enforcement more generally, to be adapted and refined* ». Pour ce faire, il ne faudrait pas privilégier la concurrence au détriment de la régulation ou à l'inverse la régulation *stricto sensu* au détriment de la concurrence dans la mesure où « *competition law enforcement*

³¹⁵⁸ ATTALI J., « Nous sommes au bord d'une grande crise économique mondiale », *Les Echos*, 11 mars 2019, <https://www.lecho.be/dossier/brexit/nous-sommes-au-bord-d-une-grande-crise-economique-mondiale-jacques-attali/10105672.html>. (Consulté le 01/06/2019).

³¹⁵⁹ BRACONNIER S., « Exorbitance du droit administratif et droit européen », art. cit., p. 98.

and regulation are not necessarily substitutes, but most often complements and can reinforce each other »³¹⁶⁰. La doctrine n'a donc pas attendu trop longtemps, après le rôle actif du droit de l'Union dans la réduction de l'exorbitance, pour réaffirmer son utilité dans une économie globalisée, virtuelle et de plus en plus imprévisible. Surtout lorsqu'on sait que « *le droit européen est désormais l'espace naturel du droit économique* »³¹⁶¹. Stéphane Braconnier souligne ainsi, dans la suite de son raisonnement qui réaffirme la nécessité de l'exorbitance, que « *la performance économique et la libre concurrence, portées notamment par le droit communautaire, n'impliquent pas l'obsolescence ni la destruction de l'intérêt général, source d'exorbitance du droit administratif* »³¹⁶². Si auparavant, rajoute l'auteur, dans sa conception classique, l'intérêt général devait servir uniquement la cohésion sociale, le droit de l'Union lui donne une lecture plus extensive en lui assignant aussi la mission de servir une certaine performance économique.

1441. Observe-t-on dans le cadre du droit des services publics, une certaine inquiétude de la plupart des juristes français principalement qui considèrent que le droit communautaire a, dans la construction du marché, trop empiété sur des principes importants dont celui du service public. Ils n'ont pas tout à fait tort, cependant, il y a une certaine lucidité de la part du droit européen qui répond en partie à la question de savoir si, dans un contexte libéral mondialisé, le pouvoir administratif exorbitant ne répond pas à la remise en cause du service public et son esprit³¹⁶³. La réponse à cette question semble davantage relevée de la nuance que de l'affirmation. En d'autres termes, il n'y a en réalité pas de véritable remise en cause de l'exorbitance des services publics, il y a néanmoins une profonde mutation. L'auteur évoque même une « *réconciliation* » entre les services publics et les impératifs de la performance et de l'efficacité économique qui « *induit une appréhension renouvelée des procédés exorbitants dans le droit de ces services publics* »³¹⁶⁴.

1442. Toute la préoccupation du droit de l'Union est de faire en sorte que l'exorbitance ne soit pas le principe mais une exception justifiée par des circonstances dont la nécessité s'impose. Dans cette lancée, l'application du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation

³¹⁶⁰ CREMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *Compétition Policy for the digital era*, Rapport à a Directrice générale de la concurrence, European Union, Rapport mai 2019, p. 3 et 4, disponible à l'adresse suivante : <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1>. (Consulté le 31/07/2019).

³¹⁶¹ FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, op. cit., p. 59.

³¹⁶² BRACONNIER S., « Exorbitance du droit administratif et droit européen », art. cit., p. 101-102.

³¹⁶³ Cf. SAILLANT E., *L'exorbitance en droit public*, thèse, Université de Bordeaux, 2009, 662 p.

³¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 181.

économique des acteurs cruciaux, au niveau national mais surtout sur le plan européen, ne peut être qu'une chose souhaitable voire exigée dans la mesure où le caractère exceptionnel de la nature systémique de certains acteurs est amplement avéré. La difficulté du droit de l'Union et du droit national de résorber certains de ces acteurs pour qu'ils se conforment aux législations économiques, sans violer les dispositions fiscales ou celles régissant la concurrence, indique avec vigueur l'urgence nécessaire de revoir la régulation telle qu'elle s'applique aujourd'hui de manière globale et indifférenciée à tous les acteurs économiques.

1443. Cette régulation cruciale ici suggérée peut paraître certes très ambitieuse mais elle semble en phase avec ce qu'est devenu l'ultime besoin pour le Politique et le Droit de prendre les devants face aux puissances des multinationales. Raison pour laquelle, l'Europe, par le biais de la prétention à une régulation cruciale, « *doit non seulement réguler les géants du numérique, en créant une supervision européenne des grandes plateformes (sanction accélérée des atteintes à la concurrence, transparence de leurs algorithmes...)* »³¹⁶⁵. En France, le projet de loi portant taxe GAFSA prévoit entre autres une taxe de 3% qui touchera toutes les entreprises proposant des services numériques et dont le chiffre d'affaires lié aux activités numériques est supérieur à 750 millions d'euros au niveau mondial et 25 millions d'euros en France. Cette taxe, dont le projet de loi déjà adopté par le Sénat et l'Assemblée nationale français, pourrait constituer un pas important vers une régulation curiale et une effectivité du pouvoir administratif exorbitant. Elle est toutefois qualifiée par le Sénat comme d'« *imparfaite économiquement* » et s'apparentant à un « *palliatif* » puisqu'elle « *taxe le chiffre d'affaires et non les bénéfices* »³¹⁶⁶. Sur ce point spécifique, la régulation cruciale pourrait être un excellent outil, non pas pour se contenter des bénéfices, mais pour la prise en compte des bénéfices réels dans la régulation de ces géants³¹⁶⁷.

1444. Sur le plan de l'Union, « *nous sommes encore loin d'un droit économique commun. Si cela arrive et quand cela arrivera, on pourra parler d'une authentique métamorphose de la régulation publique de l'économie* »³¹⁶⁸, c'est avec ces mots que Marco d'Alberici concluait un

³¹⁶⁵ Mais aussi, rajoute-t-il, « *financer l'innovation en dotant le nouveau Conseil européen de l'innovation d'un budget comparable à celui des États-Unis, pour prendre la tête des nouvelles ruptures technologiques, comme l'intelligence artificielle* ». Cf. MACRON E., « Pour une renaissance européenne. Lettre aux citoyens européens », préc.

³¹⁶⁶ Le texte est encore examiné par une commission mixte paritaire. En outre, le Sénat l'avait amendé en introduisant son caractère provisoire (1^{er} janv. 2022).

³¹⁶⁷ Encore faudrait-il rappeler qu'il était initialement sensée être instaurée à l'échelle européenne. Mais à la réticence des uns (Allemagne) et à l'opposition des autres (pays scandinaves et l'Irlande), le ministre français de l'économie s'est contenté d'un projet de loi au niveau national, en attendant une étude de l'OCDE prévue à cet effet en 2020.

³¹⁶⁸ D'ALBERTI M., « La régulation économique en mutation », art. cit., p. 231

brillant article sur la mutation de la régulation économique. Depuis lors, d'énormes efforts ont été fournis, bon nombre d'obstacles franchis ; il n'en reste pas moins que l'Union politique, consubstantielle à la matérialisation effective et globale de l'Union économique, n'est pas totalement acquise. Il faudrait pourtant y arriver d'autant plus que « *l'Europe a joué un rôle historique dans les débuts et les développements de la mondialisation [...] Elle tente ainsi de définir un modèle qui rende compatibles solidarité, compétitivité et respect d'un certain nombre de normes protectrices de la personne et de l'environnement* »³¹⁶⁹. Suzanne Berger confirme clairement que l'Europe a été « *l'initiatrice de la première mondialisation* »³¹⁷⁰. Des initiatives sont prises pour faire aboutir non seulement l'Union politique, mais dans le même temps façonner une mondialisation économique imprégnée des valeurs non-économiques. Une mondialisation à l'européenne, pourrait-on vulgairement dire. Même si dans certaines proportions, celle-ci semble échapper à l'Europe au point que Jean-François Jamet souligne une « *méfiance croissante* »³¹⁷¹ de l'Europe à l'égard de la mondialisation. C'est principalement pour cette raison qu'elle cherche à modéliser, adapter et façonner celle-ci par le renforcement de la solidarité et le recours à la régulation économiques par les normes.

2- Le fonds européen d'ajustement de la mondialisation (FEM)

1445. Ce fonds crée par le Règlement n°1927/2006³¹⁷² vise, par exemple, d'une part à apporter une aide aux salariés licenciés et aux travailleurs indépendants en cessation d'activité en raison de modifications majeures de la structure du commerce international résultant de la mondialisation. Et d'autre part à leur venir en aide en raison de la persistance d'une crise financière ou économique mondiale et à favoriser leur réinsertion dans le marché du travail. Ce fonds dispose d'un budget annuel maximum de 150 millions d'euros pour la période 2014-2020. Il peut financer jusqu'à 60 % du coût des projets destinés à aider les personnes ayant perdu leur emploi à retrouver du travail ou à créer leur propre entreprise. En général, le FEM ne peut néanmoins intervenir que lorsque plus de 500 travailleurs ont été licenciés par une seule entreprise (y compris ses fournisseurs et les producteurs en aval), ou si un grand nombre de

³¹⁶⁹ JAMET J.-F., « L'Europe et la régulation de la mondialisation », *Questions internationales*, n°31, mai-juin 2008, p. 36.

³¹⁷⁰ BERGER S., *Notre première mondialisation. Leçons d'un échec oublié*, Paris, Seuil, 2003, cité par JAMET J.-F., « L'Europe et la régulation de la mondialisation », art. cit., p. 36.

³¹⁷¹ JAMET J.-F., « L'Europe et la régulation de la mondialisation », *Questions internationales*, mai-juin 2008, n°31, p. 5.

³¹⁷² Règlement CE 1927/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 déc. 2006, portant création du Fonds européen d'ajustement à la mondialisation, *JOUE*, n° L 406/1 du 30 déc. 2006.

travailleurs sont licenciés au sein d'un secteur particulier dans une ou plusieurs régions avoisinantes.

1446. Des initiatives de ce genre tendent surtout à démontrer que le libéralisme tel qu'il est prôné par le droit communautaire ne se soucie pas uniquement de la performance et de l'efficacité du marché. C'est ainsi qu'il « *se place aujourd'hui, après moult ajustements, dans une position d'équilibre consistant à fonder la protection des intérêts individuels et la libre promotion de la concurrence sur un corps irréductible d'objectifs plus collectifs* »³¹⁷³. Il résulte de cette recherche permanente « *une réhabilitation de l'exorbitance, au point d'en faire parfois un instrument de sa promotion, ce qui n'est guère surprenant si l'on admet que la globalisation, dont le droit européen constitue un des vecteurs, [et] n'ignore pas les impératifs et les contraintes de l'action publique, eux-mêmes porteurs de l'exorbitance* »³¹⁷⁴. Un tel constat est plutôt rassurant dans la mesure où l'exorbitance préserve triplement les acteurs économiques, les citoyens-consommateurs et *in fine* le marché.

3- Le régulateur serait-il plus prétentieux que le Politique dans la protection du consommateur ?

1447. L'affaire *Alstom-Siemens* a fourni d'énormes enseignements quant à la finalité du droit européen de la concurrence³¹⁷⁵. L'argument de ceux qui prônaient la fusion a toute son importance dans la mesure où il n'est plus possible de concevoir et donc de régir le marché européen en dehors de la prise en compte de la concurrence mondiale, asiatique et américaine principalement. Cependant, est-ce que la défense face à une concurrence mondiale doit se faire au détriment des consommateurs européens ? La Commission répond par la négative.

³¹⁷³ BRACONNIER S., « Exorbitance du droit administratif et droit européen », art. cit., p. 125.

³¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 123.

³¹⁷⁵ Commission européenne « Concentrations : la Commission interdit le projet d'acquisition d'Alstom par Siemens », Communiqué de presse, 06 févr. 2019, 4 p. disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_881. (Consulté le 10/04/2019). Après avoir examiné « *plus de 800 000 documents* », la Commission souligne que les deux entreprises « *auraient pu obtenir notre approbation en apportant des solutions appropriées. Mais ces remèdes n'étaient pas très clairs* » pour remédier aux préoccupations de la concurrence et donc la protection des consommateurs. Cf. STEINMANN L., « La Commission européenne justifie son rejet de la fusion Alstom-Siemens », 7 févr. 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.lesechos.fr/industrie-services/tourisme-transport/la-commission-europeenne-rejette-la-fusion-alstom-siemens-962329>. (Consulté le 15/02/2019) ; Le Point, « La commissaire de l'UE à la concurrence met en garde contre une réforme des règles de fusions », 04 mars 2019, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lepoint.fr/economie/la-commissaire-de-l-ue-a-la-concurrence-met-en-garde-contre-une-reforme-des-regles-de-fusions-04-03-2019-2297917>. (Consulté le 10/04/2019).

Juridiquement, cette réponse est respectable voire salutaire à un certain égard. Mais une autre question de fond s'est posée dans le sillage de cette affaire.

1448. On a assisté à un épisode où le Politique est pris entre l'étau de deux ordres juridiques qui ne font en réalité qu'un. D'une part, défendre la concurrence nationale voire européenne face à ce qui est présenté comme un imminent danger concurrentiel mondial, et d'autre part protéger les consommateurs européens contre des prix excessivement élevés qui pourraient résulter de la fusion envisagée. Face à ce qui a ressemblé à une tergiversation du « Politique », la Commission a pris les devants pour réaffirmer et rappeler l'ascendance de ces principes protégeant le consommateur au détriment d'un éventuel « envahissement concurrentiel » venant, en l'espèce, de la Chine. Pourtant, le régulateur n'est pas « l'architecte » de l'ordre public économique, il en est le surveillant et le gardien. Donc si l'architecture ne convient plus aux réalités de la concurrence européenne et mondiale, il appartient au Politique d'en changer les modalités. Mais avant cela, le régulateur met intégralement en œuvre l'esprit de la régulation économique telle qu'elle est téléologiquement prévue dans le droit positif européen.

1449. Cependant, suite au refus de la Commission de ce projet de fusion entre Alstom-Siemens, tendant notamment à contrecarrer l'entreprise chinoise, le CRRC, les ministres allemand et français de l'économie n'ont pas tardé à évoquer la mise en place d'un pouvoir d'évocation européen, comme cela se pratique en matière de concentration (fusion) en droit national de concurrence, aussi bien en Allemagne qu'en France. Un tel dispositif permettrait au Conseil de remettre en cause une décision de la Commission au nom de l'intérêt général européen, si on reste dans l'esprit du droit national, de la politique économique ou de l'intérêt général. Le cas échéant, toute la difficulté résiderait dans le départage entre l'intérêt général tel qu'il serait évoqué par le Conseil et la protection des consommateurs contre la distorsion de la concurrence par les monopoles, tel qu'évoqué par la Commission, laquelle d'ailleurs invoque souvent aussi l'intérêt général. Alors y aurait-il une hiérarchie d'intérêt général en cas d'octroi de pouvoir d'évocation au Conseil européen ?

1450. L'autre question subsidiaire serait celle de la hiérarchie entre deux principes puisque la protection des consommateurs peut tout aussi constituer un argument fondé d'intérêt général. La jurisprudence pourrait néanmoins être mieux placée pour trancher cette question. Elle aura le dernier mot. Lorsqu'en 2002, la Commission fut désavouée par le Tribunal sur la fusion entre *Schneider-Legrand*, *Tetra Laval Sidel* et *Air Tour First Choice*, la doctrine avait évoqué des «

déconvenues majeures » et « *fracassantes* »³¹⁷⁶, mais cette fois-ci le désaveu n'a pas eu lieu. L'on ne dira pas que la Commission détient le monopole dans l'appréciation des pratiques prohibées mais elle a acquis un poids qui pourrait devoir quelque chose à la mondialisation économique et à la puissance toujours de plus en plus forte des multinationales. La régulation fut un moment, en tout cas à son début, perçue comme un comblement du vide laissé par l'État, mais au moment où certains la considèrent comme le symbole même de la « *postmodernité juridique* »³¹⁷⁷, l'on ne s'étonne pas qu'elle soit devenue un « *vrai modèle juridique* »³¹⁷⁸ dont les répercussions sont à la fois téléologiquement fondées et organiquement voire socialement et juridiquement perceptibles.

4- L'effectivité téléologique d'une régulation cruciale

1451. Pour aboutir à une réelle effectivité de la régulation cruciale, il faut façonner les moyens de la régulation à l'image des objectifs de celle-ci. C'est-à-dire rendre les mécanismes de la régulation rapidement malléables et adaptables aux enjeux et aux mutations des acteurs cruciaux à réguler. Une telle ambition ne sera certainement pas un fleuve tranquille dans lequel le régulateur serait appelé à naviguer. N'oublions pas que l'adaptation à laquelle la régulation est conviée à ceci de spécifique que, pour atteindre ses objectifs, elle « *modifie les instruments et leur maniement, mais encore les contours même du corps de règles, d'institutions et de décisions, qui n'ont de sens que tirées par les fins* »³¹⁷⁹. Partant, la seule préoccupation des régulateurs est celle de d'identifier l'objectif à atteindre, ensuite les moyens doivent être recherchés là où ils sont pour les mettre au service de cet objectif-là. C'est cette même malléabilité de la régulation qui dicte sa position selon que l'on soit dans les monopoles privés ou publics. Face à l'un, au-delà de la préservation de la concurrence, il faut une place pour les principes et objectifs non-économiques. Et face aux autres, il faut faire l'inverse de ce qui est appliqué au marché en ouvrant les monopoles à la concurrence car, présume-t-on, la question des objectifs non-économiques ne se pose pas dès lors qu'il s'agit des services ou monopoles publics.

1452. Prôner le retour du pouvoir administratif exorbitant dans la sphère économique ne permettra certainement pas d'éviter une crise dans la mesure où les crises font partie de

³¹⁷⁶ DUFOUR O., « Microsoft, une victoire éclatante pour la Commission européenne », art. cit., p. 3.

³¹⁷⁷ KURLAT AIMAR J. S., *Les autorités de régulation des services publics en réseaux. Une étude comparée : Argentine, France, op. cit.*, p. 43.

³¹⁷⁸ ARNAUD A. J., « La régulation par le droit en contexte globalisé », in COMMAILLE J., JOBERT B. (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, 1999, p. 148.

³¹⁷⁹ FRISON-ROCHE M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », art. cit., p. 54.

l'évolution de l'économie, de la société et du monde ; mais il permettra inéluctablement aux États, à défaut d'éviter celles-ci, d'être mieux outillés et faire face, avec le moindre mal possible, aux aléas liés aux mutations économiques contemporaines. Seul un acteur qui n'a d'autres fins que de préserver les principes supérieurs³¹⁸⁰, dépassant la concurrence et le marché, peut être en mesure d'endosser le choc des crises et même assurer la cohésion des sociétés dans la résistance face à celles-ci. D'où la nécessité de renforcer cette exorbitance par des mécanismes de surveillance *ex post* et de responsabilisation *ex ante* des acteurs régulés.

5- Limite d'une présumée puissance normative européenne dans la mondialisation économique

1453. L'Europe devrait tout faire pour sortir de la situation dans laquelle elle s'est empêtrée depuis bien longtemps. Celle qui consiste, pour l'ensemble, à se faire passer pour le gendarme réglementaire et normatif des entreprises américaines opérant en Europe et qui sont pour l'essentiel cruciales. Une stratégie inverse ou du moins équilibrée aurait été plus judicieuse. Elle consisterait à non pas seulement chercher à encadrer des entreprises américaines mais à accompagner et à construire des entreprises cruciales européennes équivalentes qui soient susceptibles d'opérer de la même manière outre-Atlantique et en Europe. La limite de la situation actuelle réside dans le fait que le temps nécessaire à l'encadrement efficace de ces entreprises puissamment cruciales est tellement long que son aboutissement et sa mise en œuvre coïncident toujours avec l'apparition d'autres domaines d'inventions cruciales à encadrer³¹⁸¹. Le cercle devient ainsi vicieux. C'est un embourbement. Les risques qu'une telle situation perdure encore quelques temps existent, d'autant plus que d'autres entreprises cruciales commencent à faire leur apparition depuis l'Asie et principalement depuis la Chine. Il serait donc intéressant d'explorer la piste qui serait autre que celle qui consiste à se contenter d'être le « législateur » sur l'innovation des autres. Innover semble désormais devenir la meilleure façon de légiférer ou du moins d'influencer le législateur, qui qu'il soit et d'où qu'il légifère.

³¹⁸⁰ On entend par « principes supérieurs » des aspects comme l'intérêt général, le vivre ensemble, le principe démocratique, et bien d'autres aspects bien qu'immatériels n'en constituent pas moins des paradigmes incontournables pour le présent et l'avenir de la société.

³¹⁸¹ On a vu à quel point l'apparition d'Uber et d'Airbnb a bousculé respectivement les activités des professionnels des taxis et des hôteliers.

Section III- Parachèvement de la régulation par une double approbation de la compliance par le régulateur et les acteurs régulés

1454. Si dans le principe selon lequel « la liberté première et la définition du Politique résident dans sa capacité à dire « Non »³¹⁸², l'évolution des rapports entre droit et économie, État et acteurs économiques, valeurs économiques et non-économiques, sont tels que le plus convenable serait désormais de dire que la prétention politique réside dans le « Oui, mais », beaucoup plus que dans un « Non » sec et définitif. D'autant plus que le « Non » est plus convenable à la politique pure et classique, celle dans laquelle les États avaient le dernier mot sur tout, partout et en tout temps. Le « Oui, mais » restitue de nos jours un certain réalisme quand bien même ce dernier serait, d'une certaine façon, teinté, aux yeux des interventionnistes classiques, d'une dose profondément salée de renoncement. Renoncer, probablement oui, si renoncement il y a, mais uniquement dans la perspective de mieux responsabiliser les acteurs économiques.

1455. Les mécanismes de la compliance ne sont pas tout à fait étrangers à la régulation et ses méthodes. C'est pourquoi, malgré certaines réticences, elle semble *a priori* bien conjuguer avec la régulation. Elle en est même le prolongement et si ce n'est l'aboutissement. Elle apporte à la régulation une importante dose de flexibilité et d'exorbitance en ceci qu'elle entérine une des méthodes de la régulation : l'*ex ante*. Ce dernier privilégie l'internalisation de la règle au sein des entreprises, allant par là même, un cran au-dessus de l'autorégulation (§1). Mais qu'on ne se trompe pas, la compliance n'a et ne doit pas avoir comme effet l'affaiblissement de la régulation, elle devra la renforcer. Raison pour laquelle, l'on peut déjà la considérer comme un complément et un bras armé de celle-ci dans le maintien et la sauvegarde de l'ordre public économique (§2). Aussi, pour être complet, est-il utile de souligner l'appétence aussi bien pour le droit national que celui de l'Union pour l'extraterritorialité (§3).

§1- Renforcement certain de la régulation ex ante par la compliance

1456. La régulation est renforcée en amont par la compliance. Cette notion présentée comme une méta-régulation est devenue d'autant plus indispensable dans le paysage de la régulation

³¹⁸² La négation demeure l'une des plus puissantes manifestations de la prééminence du Droit. Ce dernier peut être permissif mais son « non » peut s'avérer dans certaines circonstances la meilleure des protections.

économique (B) qu'il est primordial de revenir sur sa polysémie et son apport à l'efficacité de la régulation économique (A).

A- L'apport d'une notion polysémique à l'efficacité de la régulation économique

1457. C'est par des termes parsemés d'humour qu'Edouard Philippe introduisait le Colloque « Arbitrage et compliance », organisé le 27 juin 2019 au Conseil économique, social et environnemental. Le Premier ministre entamait son discours en disant : « *Et puis, on m'a dit, mais j'ignore si c'est vrai, que le terme de "compliance" provenait en réalité, du verbe français "complaire"* »³¹⁸³. Termes teintés d'humour certes mais pas dénués de sens. Complaire à quelqu'un ne signifie-t-il pas lui être agréable ? La compliance n'est qu'une synthèse si ce n'est l'équidistance entre se complaire et s'autolimiter, s'imposer l'ordre à soi-même pour éviter qu'il ne soit imposé par un pouvoir vertical et supérieur. Mettre en œuvre la compliance, c'est prendre les devants en faisant soi-même ce que les autorités auraient imposé de faire dans la même situation. Attention cependant à ne pas assimiler la compliance à la complaisance avec soi. Elle correspond plutôt à la rigueur avec soi en amont dans le but d'éviter « l'immixtion » de l'autorité et sa verticalité en aval.

1458. Il a également été souligné que « *le droit de la compliance, comme le droit de la régulation, est de nature téléologique, ce qui rend ses branches du droit profondément politiques* »³¹⁸⁴. La compliance est une notion « *intime* »³¹⁸⁵ de la régulation. On peut même dire qu'elles se complètent mutuellement voire que l'une est un instrument d'effectivité de l'autre. Pour Eliane Houlette, la compliance est « *la fille de la mondialisation* »³¹⁸⁶. La régulation ne peut s'écarter ou s'éloigner du droit encore moins en être aux antipodes. La précision sémantique et l'encadrement juridique de ses missions ont une double utilité. Premièrement, cela permet d'éviter l'insécurité juridique. Deuxièmement, cela offre une lecture intelligible des règles de la régulation tant pour les acteurs régulés que le régulateur lui-même. Puisque « *La régulation économique, par la dilution des normes qu'elle comporte, par le choix*

³¹⁸³ PHILIPPE E., « Discours d'ouverture », *Arbitrage et compliance*, Colloque du Club des juristes, Conseil économique, social et environnemental, préc., p. 2.

³¹⁸⁴ FRISON-ROCHE M.-A., « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », art. cit., p. 1.

³¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 5.

³¹⁸⁶ HOULETTE E., « Sources internationales et internes de la compliance », 1^{er} table ronde, *Arbitrage et compliance*, Colloque du Club des juristes, Conseil économique, social et environnemental, 27 juin 2019, accessible à l'adresse suivante : <https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2019/07/Colloque-Arbitrage-Compliance-Synth%C3%A8se-des-tables-rondes.pdf>. (Consulté le 15/09/2019).

délibéré d'un vocabulaire et de formes étrangers à la langue du droit, [...] porte en elle une insécurité juridique fondamentale »³¹⁸⁷. C'est pourquoi, rajoute, l'auteur, « la régulation économique, le désordre des mots et des formes qu'elle signifie, peut et doit, sans se renier, rejoindre l'ordre du droit »³¹⁸⁸. Il en résulte qu'une définition précise permet de savoir comment appliquer efficacement cette nouveauté dans un environnement juridique dont l'hostilité aux nouveautés n'est pas qu'une simple chimère.

B- La compliance présentée comme une méta-régulation

1459. Réduire la compliance à « une simple conformité des comportements à la réglementation » revient, selon les termes de Marie-Anne Frison-Roche, à adopter « une définition pauvre et sans souffre » de celle-ci. Il faudrait plutôt la définir comme « l'adoption de buts monumentaux »³¹⁸⁹, comme ce fut le cas lors de la construction de l'Union européenne. Les entreprises cruciales doivent, en vertu de la compliance, « prouver qu'elles prennent effectivement en charge la concrétisation de certains buts qui les dépassent »³¹⁹⁰. La compliance « tend même à s'ériger en méta-régulation, en ce qu'il se forme et se meut en amont, voire 'au-dessus' des autres modes de régulation nationaux, souvent au niveau international. Aussi difficile à appréhender juridiquement qu'efficacement, la compliance oblige les acteurs du secteur des communications numériques à veiller presque quotidiennement à rester en conformité avec le droit et à prendre en considération, voire maîtriser, l'écosystème dans lequel ils évoluent »³¹⁹¹. Il convient de se demander si la compliance ne constitue pas, comme le soulignent certains auteurs, un véritable « rempart contre la crise »³¹⁹²

1460. Même s'il ne semble pas efficace de se fier entièrement et naïvement à l'autorégulation, l'on peut encourager les acteurs à s'autoréguler, au moins pour deux raisons. D'une part pour mieux contrôler celle-ci et d'autre part pour restaurer le respect du droit en cas défaillance. Tout comme en droit administratif, l'exorbitance en droit économique, ne doit pas passer « de

³¹⁸⁷ GAUDEMET Y., « La régulation économique ou la dilution des normes », art. cit., p. 23.

³¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 24.

³¹⁸⁹ FRISON-ROCHE M.-A., « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », art. cit., p. 3 ; FRISON-ROCHE M.-A., (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2017, p. 1. Cf. dans le même sens FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », ss/coll. « Régulations & Compliance », 2019, 124 p.

³¹⁹⁰ *Id.*, « Compliance : avant, maintenant et après », in *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, op. cit., p. 23.

³¹⁹¹ Rédaction Lextenso, « Communications numériques », art. cit., p. 2.

³¹⁹² *Id.*, « Le "Droit européen de la Compliance" : un rempart contre la crise ? », in *Option Finances, Les Défis Conformité / Compliance*, 15 sept. 2020, Paris.

la surestimation d'hier à la sous-estimation »³¹⁹³ d'aujourd'hui. Il est indispensable qu'elle soit à la portée des régulateurs économiques qui peuvent tout mettre en œuvre *ex ante*, à travers notamment des procédures amiables, de conciliation ou de négociation, mais qu'elles soient en mesure, ce de manière effective et efficace, de recourir au pouvoir administratif exorbitant *ex post*, de sorte que la régulation économique soit dans le véritable rôle qui est le sien : maintenir l'équilibre entre les objectifs économiques et non-économiques de l'économie. La compliance peut à cet effet être un levier important.

§2- La compliance comme « bras armé » de la régulation économique

1461. La compliance, bien que se présentant comme plus flexible que la régulation orthodoxe, ne renferme pas moins une subtile exorbitance dans la régulation économique (A). Sa souplesse présente une rugosité somme toute discrète mais nécessaire (B), d'autant plus que son rôle dans la régulation numérique est de plus en plus indispensable (C).

A- L'exorbitance subtile de la compliance

1462. S'il est généralement admis que la compliance est un mécanisme incitatif d'autorégulation, il ne faudrait pas perdre de vue qu'« *il n'y a pas d'incitation sans contrainte* »³¹⁹⁴. Par analogie, l'on peut donc dire qu'il ne peut y avoir compliance sans exorbitance. Même si le principe même de la compliance consiste *a priori* à se passer de l'exorbitance, il n'en reste pas moins que celle-ci comporte celle-là *a posteriori*, de sorte que les objectifs qui lui sont assignés soient atteints. La compliance constitue en ce sens un bras armé de la régulation dont la mission est de la renforcer *ex ante* en atténuant voire en comblant ses imperfections *ex post*.

1463. Si le droit économique n'est pas un droit dirigiste³¹⁹⁵, la compliance ne peut pas davantage l'être dans la mesure où la participation des acteurs économiques dans le respect de la règle de droit occupe une place centrale dans ce mécanisme. Un auteur souligne à ce propos

³¹⁹³ MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, op. cit., p. 314.

³¹⁹⁴ HERAN F., Economiste urbaniste à l'Université de Lille, « Table ronde de la mission d'information : 'Gratuité des transports collectifs' sur la philosophie de la gratuité des transports publics au Sénat, le 07 mai 2019 en prélude du Rapport d'information de GONTARD G. (dir.), *La gratuité totale des transports collectifs : fausse bonne idée ou révolution écologique et sociale des mobilités ?*, Rapport d'information n° 744 (2018-2019), 25 sept. 2019, 142 p., accessible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/rap/r18-744/r18-7441.pdf>. (Consulté le 15/11/2019).

³¹⁹⁵ Cf. dans ce sens FARJAT G., « Le droit, l'économie et le fondamental », art. cit., p. 431-455.

que l'acteur économique est « *devenu le gendarme de sa propre conformité* »³¹⁹⁶. Une telle responsabilité est fondamentalement basée sur la confiance entre les acteurs et le régulateur, le tout couronné par une capacité de contrôle *ex post* de la conformité de leurs agissements aux engagements pris *ex ante*.

1464. Sur le plan européen, la Commission peut, en cas de prise en compte de ses préoccupations par l'entreprise, donner un avis favorable sur les engagements dès lors qu'ils répondent aux préoccupations soulevées par le respect de la concurrence³¹⁹⁷. La compliance constitue dans ce sens une suite sinon une conséquence logique de l'évolution du droit économique et plus spécifiquement du droit de la concurrence. L'instauration des procédures négociées a conduit au renforcement de l'autorégulation et la proactivité des acteurs économiques dans le respect de la réglementation qui leur est respectivement applicable. Le rôle du pouvoir administratif exorbitant, qui ne disparaît pas définitivement mais se met provisoirement en attente, consiste en conséquence à déconstruire la conception selon laquelle la compliance sacrifierait la force du droit et de l'ordre public en responsabilisant les acteurs économiques. Il n'en est rien, tant si bien que, contrairement à une opinion qui a tendance à se répandre, la force du droit et sa verticalité s'intériorisent et s'imposent aux entreprises par le truchement d'un ordre supplémentaire.

B- Discrète rugosité d'une souplesse

1465. Qu'on ne se trompe pas en présentant la régulation économique dans sa globalité et la compliance naissante en particulier comme des mécanismes trop souples voire complaisants avec les entreprises. Sans la vigilance du juge, c'est tout l'inverse qui risque de se produire³¹⁹⁸. La souplesse du droit peut présenter pour les entreprises, en sus de l'apparente mollesse juridique, une certaine insécurité juridique due notamment à la concession d'un certain nombre de garanties procédurales. L'ancien directeur de l'ART soulignait en 2003 que « *le caractère*

³¹⁹⁶ Comme le soulignait Marie Danis au colloque *Arbitrage et compliance*, Colloque, Conseil économique, social et environnemental, 27 juin 2019.

³¹⁹⁷ Commission européenne, *Abus de position dominante : la Commission invite les parties intéressées à faire part de leurs observations sur les engagements de Gazprom concernant les marchés gaziers d'Europe centrale et orientale*, Communiqué de presse n° IP/17/555, Bruxelles, 13 mars 2017. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_17_555. (Consulté le 15/03/2018).

³¹⁹⁸ Certains auteurs soulignent que « *les opérateurs économiques, lassés de ne pouvoir le plus souvent se saisir des instruments qu'offre à l'accoutumée le contentieux de la légalité – qu'on leur dénie au profit d'un droit mou parfois élevé avec indulgence au rang de droit souple – cherchent une prise contentieuse secourable, un point d'ancrage de rang et d'effet utiles, sur un terrain balisé, mieux connu bien que peu parcouru, celui de la responsabilité du fait des autorités de régulation* ». Cf. DELAUNAY B., « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *RDP*, 2014, p. 276 et s. ; ECKERT G., « La responsabilité des autorités de régulation », *RDBF*, 2009, étude 13.

mou de la norme a sans doute plus d'avantages que d'inconvénients en matière de régulation, car la mollesse de la norme, son imprécision apparente, sont autant de marge de manœuvre pour le régulateur »³¹⁹⁹. Mais l'objectif du régulateur n'est pas tant de violer les droits des acteurs régulés que d'obtenir une autolimitation efficace et intègre de ces derniers.

C- Rôle de la compliance dans la régulation du numérique

1466. Si la compliance est synonyme d'effectivité de la régulation *ex ante* des géants du numérique, elle semble également, dans un premier temps, répondre à la préoccupation du moment, c'est-à-dire leur régulation effective. Dans un deuxième temps, la compliance, telle qu'elle est en train d'être conçue et dessinée par la doctrine et le législateur français et européen, renvoie également à une volonté claire de se prémunir contre l'extraterritorialité du droit américain dans certains domaines économiques³²⁰⁰. Face aux géants du numérique et la difficulté de leur appliquer une régulation satisfaisante, l'enjeu est aujourd'hui, selon les termes employés par Jean Marc Sauvé, celui de promouvoir la « *civilité numérique* » en lui imposant « *l'art de vivre bien ensemble* »³²⁰¹. Il rajoute en outre que les mutations technologiques « *doivent être régulées par la puissance publique et les opérateurs privés eux-mêmes* »³²⁰². L'ancien vice-président du Conseil d'État qualifie cette combinaison de mutation juridique profonde. La compliance vient donc renforcer le droit et la régulation classique. Une telle volonté se manifeste tant en droit national qu'en droit de l'Union.

§3- L'appétence française et européenne pour l'extraterritorialité

1467. L'extraterritorialité du droit américain a fini par aiguïser des appétits aussi bien en France qu'en Europe. S'il faut reconnaître que les seconds ne bénéficient pas du même avantage stratégique que le premier, il n'en demeure pas moins qu'un droit extraterritorial unipolaire devient intolérable tant pour la France (A) que pour l'Europe (B). Des mesures ont en conséquence émergé dans ce sens.

³¹⁹⁹ MARIMBERT J., « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », art. cit., p. 41.

³²⁰⁰ FRISON-ROCHE M.-A., *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'Internet*, avr. 2019, 139 p., disponible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/lapport-du-droit-de-la-compliance-dans-la-gouverna/>. (Consulté le 03/07/2019). Cf. aussi § 749, 1045 entre autres, *supra*.

³²⁰¹ SAUVE J.-M., « La protection des droits fondamentaux à l'ère du numérique », Intervention lors de la remise des prix de thèse de la Fondation Varenne, 12 déc. 2017, p. 2, accessible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-protection-des-droits-fondamentaux-a-l-ere-du-numerique>.

(Consulté le 07/10/2018).

³²⁰² *Ibid.*

A- Ebauche d'un droit national extraterritorial

1468. La loi Sapin II de 2016³²⁰³ ainsi que celle du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude³²⁰⁴ cherchent à internaliser la compliance dans la régulation des activités économiques et financières. Lors du Colloque « Arbitrage et compliance » susmentionné, le Premier ministre soulignait que « *nos entreprises, surtout celles de taille mondiale, ont besoin de sécurité juridique pour conduire des opérations très complexes, dans un cadre de plus en plus international. Elles ont besoin d'une gouvernance adaptée pour gérer cette complexité et prévenir les risques externes et internes* »³²⁰⁵. Dans ce colloque, l'importance d'envisager l'extraterritorialité de la loi Sapin II a été mentionnée avec insistance. L'extraterritorialité pourrait constituer une sorte de régulation cruciale qui prendrait en compte une certaine différenciation du niveau et des capacités des entreprises. Ces lois ont remonté loin dans les textes de lois français pour y puiser un fondement à la nécessité d'une extraterritorialité du droit positif. Le rapport de Raphaël Gauvin soumis au Premier ministre³²⁰⁶ s'inspire largement de la loi de blocage du 26 juillet 1968³²⁰⁷ et indique toute l'ampleur que prend l'extraterritorialité dans le système de régulation et des relations économiques entre États dans un marché mondialisé.

1469. Les missions confiées à l'Agence française anticorruption sont également assez emblématiques quant à l'imbrication et l'extraterritorialité de la régulation dans son volet anticorruption. S'y ajoute le Parquet national financier (PNF) qui commence déjà à jouer un rôle complémentaire sans précédent pour les autorités de régulation économique. L'article L. 435-6 du Code pénal renvoyant aux articles 431-1 à 435-4 du même code dénote un versant

³²⁰³ Loi du 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, préc.

³²⁰⁴ Loi n° 2018-898 du 23 oct. 2018, relative à la lutte contre la fraude, *JORF* n° 0246 du 24 oct. 2018.

³²⁰⁵ PHILIPPE E., « Discours d'ouverture », *Arbitrage et compliance*, Colloque du Club des juristes, Conseil économique, social et environnemental, préc.

³²⁰⁶ GAUVIN R. (dir.), *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapport au Premier Ministre, Assemblée nationale, 26 juin 2019, 102 p.

³²⁰⁷ Loi du 26 juill. 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, préc.

Loi dont l'article 1 dispose que « Sous réserve des traités ou accords internationaux, il est interdit à toute personne physique de nationalité française ou résidant habituellement sur le territoire français et à tout dirigeant, représentant, agent ou préposé d'une personne morale y ayant son siège ou un établissement de communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin ».

régulateur profond du droit pénal appliqué aux domaines économique et financier³²⁰⁸. La formulation desdits articles prend aussi en compte l'aspect international voire mondiale de la corruption et donc nécessairement son caractère extraterritorial. L'application de cette disposition n'a pas encore de cas d'espèce même si elle est dissuasive elle n'est pas rétroactive. La Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, (ci-après Loi PACTE), semble également s'inscrire dans cette perspective³²⁰⁹. Il serait également plus judicieux d'envisager la responsabilité pénale des personnes morales indépendamment de celle de leur dirigeant pour aller dans le sens d'une extraterritorialité dissuasive, surtout sur le plan européen.

B- Vers une extraterritorialité du droit européen

1470. La compétence de la Commission européenne telle qu'elle découle de l'article 17 TFUE implique qu'elle soit responsable de la mise en œuvre de la politique de concurrence dans l'Union. Il n'y a qu'une voire deux limites fixées à une telle compétence. L'une est géographique et l'autre est matérielle. Géographiquement, elle a compétence pour connaître toute violation des règles de concurrence sur l'ensemble du territoire de l'Union. Matériellement, c'est la théorie des effets qui entre en jeu. Elle est compétente pour toute violation des règles antitrust qui affecte « *de manière sensible* »³²¹⁰ le commerce entre États-membre. C'est de cette interprétation que résulte sa compétence extraterritoriale. La Cour de justice semble acquiescer à cette extraterritorialité, quand bien même elle n'en a pas pris une décision explicite dans ce sens. En effet, dans une autre décision, la Cour a pu estimer que dans les pouvoirs d'inspection de la Commission, bien qu'elle soit tenue à préciser celle-ci, il n'est en revanche pas « *indispensable de faire apparaître dans une décision d'inspection une délimitation précise du marché en cause* » lorsque les pratiques ont « *une portée mondiale* »³²¹¹. En tout état de cause, toutes ces évolutions posent la question de « *la territorialité du droit* »³²¹²

³²⁰⁸ L'article 435-1 du Code pénal dispose : « *Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un État étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat* ».

³²⁰⁹ Loi du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, préc.

³²¹⁰ DELAUNEY B., *Droit public de la concurrence*, *op. cit.*, p. 270.

³²¹¹ CJUE, 25 juin 2014, *Nexans c./ Commission*, *supra*, confortant une décision qu'elle a déjà rendue en 2002 : CJCE, 22 oct. 2002, *Roquette Frères*, aff. C-94/00, *supra*, pt. 82-83.

³²¹² SAUVE J.-M., « La territorialité du droit », introduction Colloque *Internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique ?*, Rencontre inter-réseaux, franco-américain, franco-brésilien et franco-chinois, Collège de France, Paris, 10-12 avr. 2012, accessible à l'adresse suivante : <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/archive/2012/06/01/la-territorialite-du-droit-par-j-m-sauve.html>. (Consulté le 18/06/2017).

et dénotent la nécessité de faire du « *capitalisme à l'européenne* »³²¹³ un capitalisme non pas « saint », ce serait trop ambitieux et démesurément utopiste, mais un capitalisme contrôlé, auquel on assigne des missions qui vont au-delà de la simple création de richesses³²¹⁴.

C- L'utopie utile d'une autorité mondiale de régulation économique

1471. Au-delà de l'extraterritorialité, faudrait-il plaider pour la mise en place d'une autorité mondiale de régulation économique dont le fonctionnement dépasserait les clivages idéologiques, philosophiques et politiques ? Si toutes les prétentions, qu'elles soient nationales ou communautaires, sont souhaitées voire implorées, alors pour réguler un phénomène mondial ne vaudrait-il pas mieux œuvrer pour que les conditions d'une autorité mondiale de régulation économique soient réunies ?

1472. Il ne faudrait certes pas céder à la naïveté qui consiste à croire que la diversité d'intérêts étatiques dans le monde, couronné par l'hégémonie monétaire, économique et stratégique américains notamment, faciliterait la mise en place d'une telle autorité. Pour autant, cette difficulté pratique palpable n'annihile pas le constat en vertu duquel une telle autorité pourrait participer à une régulation plus exhaustive de l'économie mondiale (1). Même si pour ce faire, il faudrait la protéger dès le départ d'une quelconque hégémonie idéologique (2), aussi bien dans sa composition que dans son fonctionnement (3).

1- Une autorité justifiée par la fébrilité définitive de la notion de frontière économique

1473. Des voix commencent à porter de plus en plus haut la nécessité d'une régulation économique mondiale³²¹⁵ qui, au même titre que son objet, doit aller au-delà des frontières et cesser de se cantonner dans des continents alors que l'économie, elle, est devenue plus que jamais auparavant a-frontière. Michel Foucault indiquait que « *le marché n'est plus uniquement un mécanisme de coordination des agents économiques. Il devient un instrument de*

³²¹³ BRISSOT M.-H., « RSE, la société change d'objet », *Décideurs Magazine*, nov. 2018, 2 p., accessible à l'adresse suivante : <https://www.magazine-decideurs.com/news/loi-pacte-la-responsabilite-sociale-consacree>. (Consulté le 11/12/2018). Propos de Roland Lescure pendant les débats sur la Loi PACTE à l'Assemblée nationale.

³²¹⁴ Cf. dans ce sens AGLIETTA M., *Régulation et crise du capitalisme, l'expérience des États-Unis*, op. cit., p. 297, 298, 310 ; BOYER R., *Économie politique des capitalismes. Théorie de la régulation et des crises*, Paris, La Découverte, 2015, p. 5-11.

³²¹⁵ C'est la mission qu'endosse depuis 2015, à l'initiative de la fondation pour le droit continental, L'observatoire international de la régulation économique dont le rapport publié en 2017 est sans ambiguïté quant à la nécessité d'une régulation économique telle qu'elle doit résulter de la mondialisation de l'économie. Cf. DARROIS J.-M. (dir.), *Comment se dessine l'avenir de la Régulation Financière à travers le Monde : Bonnes pratiques et Enseignements*, l'Observatoire international des régulations économiques (OIRE), Rapport annuel 2017, 53 p.

‘‘véridiction’’³²¹⁶ à l’aune duquel se mesure la légitimité du pouvoir politique et de son action »³²¹⁷. Alors les aléas inhérents à la mondialisation économique n’impliquent-ils pas que la nécessité objective d’une régulation économique mondiale triomphe sur la volonté extraterritoriale de chacune des régions économiques de la planète ? Pendant que les décideurs politiques voient leur puissance respective éparpillée, l’économie et ses acteurs, eux, deviennent de plus en plus homogènes et guidés par des objectifs unifiés. Autant le « monde plat »³²¹⁸, matérialisant la porosité spongieuse des frontières étatiques et régionales, s’avère vrai pour les multinationales, autant un tel idéal est loin d’être réalité pour les États, tant les difficultés liées aux disparités politiques obstruent la mise en place d’un ordre public économique mondial³²¹⁹. Dans ce sens, la crise de 2008 a, pour certains auteurs, « marqué une nouvelle étape vers une véritable régulation internationale destinée à éviter la répétition de telles crises systémiques »³²²⁰ et a poussé tous les acteurs de la régulation économique, y compris et en premier les entreprises, toujours pragmatiques, à interroger les limites d’une régulation assignée dans des frontières alors que l’économie qu’elle est censée réguler est à l’inverse mondialisée et sans frontières³²²¹. Les crises et leurs conséquences ne connaissent pas non plus de frontières.

2- Une autorité mondiale exempt de toute hégémonie idéologique

1474. Sans mésestimer les divergences de vue et de conception, aussi bien philosophiques que politiques, sur ce que doit être l’économie et selon que l’on mette en avant un libéralisme strict tel qu’il nous parvient des États-Unis, ou un libéralisme atténué par des valeurs qui se veulent humanistes comme c’est le cas en Europe ; ou que l’on soit en face d’une autre conception qui se veut dirigiste pour des raisons bien propres plus ou moins à la Russie et à la Chine, ou même que l’on entérine la volonté de l’Afrique de ne plus se contenter de suivre telle ou telle de ces tendances ; il est devenu indispensable, dans la configuration et l’évolution économique du monde, de trouver les moyens de mettre en place une autorité mondiale de régulation

³²¹⁶ Terme attribué à Foucault et qui analyse le vrai en fonction du point de vue subjectif du sujet. Cf. CHAUMON F., « Michel Foucault, Le courage de la vérité », *ESSAIM*, 2009, n° 23, p. 151-154.

³²¹⁷ FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard/Seuil, coll. « Hautes études », 2004, p. 238.

³²¹⁸ FEIERTAG O., *L’économie française de 1914 à nos jours. Le temps de la mondialisation, op. cit.*, p. 12.

³²¹⁹ Des auteurs comme Marie-Anne Frison-Roche espèrent néanmoins que la compliance pourrait participer à la matérialisation d’un vrai ordre public mondial en ce sens qu’elle « pèse sur les banques et les transforme en agents d’effectivité d’un ordre économique mondial ». Cf. FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes natures de l’ordre public économique », art. cit., p. 128.

³²²⁰ LOMBARD M., *Le droit public de l’économie face à la crise - Rapport de synthèse, RFDA*, juill.-août 2010, n°4, p. 764.

³²²¹ Cf. dans ce sens l’article assez prémonitoire de STIRN B., « L’extra-territorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres... », *Annuaire français de droit international*, vol. 38, 1992, p. 239-313.

économique. Elle pourrait, à défaut d'une souhaitable régulation strictement homogène et exempt de toute hégémonie idéologique, au moins permettre de remettre tant mal que bien les préoccupations humaines dans l'économie et éviter la récurrence des crises systémiques. C'est une suggestion qui peut paraître hasardeuse quand on sait les difficultés que rencontrent une institution comme l'Organisation mondiale du commerce, (ci-après OMC), pour faire entendre sa voix, tant les discordes entre ses membres sont à la fois foisonnantes et grouillantes.

1475. Dans un article évocateur paru en 2000, Jean-Claude Fourgoux indiquait, dans une perspective de la régulation économique par la concurrence, qu'il serait une erreur de concevoir celle-ci comme un objectif rétréci dès lors que « *qui dit concurrence aujourd'hui et pour le troisième millénaire raisonne sous l'emprise d'un véritable cataclysme, la mondialisation (...) fruit mûr du libre-échange qui donne le tournis aux États dans une économie dominée en fait par des entreprises qui se sont elles-mêmes mondialisées à coup de méga-fusions et dont la politique individuelle a tendance à échapper à tout contrôle* »³²²². Plaidait-il ainsi pour un « *droit mondial de la concurrence* » avec comme clé de voûte une « *régulation forte et transparente* »³²²³. On peut constater que « *l'éthique de la concurrence* »³²²⁴ pour lequel il plaidait a fini par prendre sa place dans l'ossature actuelle de ce droit même si, il faut aussi le noter, son effectivité n'est pas totalement acquise. La prolifération des règles éthiques et proactives en dit long sur les mutations de l'activité économique, qui ne peut plus se contenter simplement de faire du chiffre d'affaires au détriment de ces règles. On peut néanmoins regretter que sa plaidoirie, qui consistait à faire de l'OMC un juge de ce droit mondialisé, n'ait pas été entendue. Tous les éléments actuels, appuyés notamment par les signaux venants des États-Unis, montrent que l'objectif d'une autorité mondiale de régulation économique est noble même si sa réalisation s'avère, quant à elle, d'une anicroche profonde.

3- Éventuels composition et fonctionnement

1476. Il relève probablement d'une utopie juridique que de prôner la mise en place d'une autorité mondiale de régulation économique, à la tête de laquelle siègerait un Collège de régulateurs mondiaux et dont le contrôle juridictionnel pourrait être confié à une juridiction internationale existante. Même s'il semble plus cohérent de mettre en place le cas échéant une

³²²² FOURGOUX J.-F., « Un droit de la concurrence ou une éthique de la concurrence pour le troisième millénaire ? », *Gazette du palais*, 04 janv. 2000, n° 004, p. 65.

³²²³ MARRE B., Rapport d'information sur *la préparation de la Conférence ministérielle de l'OMC à Seattle*, 30 sept. 1999, p. 30.

³²²⁴ *Ibid.*, p. 67.

juridiction mondiale spécialisée afin d'éviter toutes les critiques à l'égard des institutions internationales comme l'OMC ou le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Cette utopie pourrait ne pas en être vraiment une si le Politique s'empare de la question et que la doctrine continue à appuyer une telle perspective. En tous les cas, lorsque le Droit cesse d'être « utopiste », c'est le statu quo qui s'installe et c'est le renoncement qui perdure.

1477. La légitimité d'une telle autorité devra se manifester tant dans sa composition, son fonctionnement, ses pouvoirs, ainsi que dans son financement. Ce dernier pourrait provenir non pas des États, mais d'un mode de financement supervisé par des juges assermentés et résultant éventuellement de certaines sanctions économiques ou de démantèlement des réseaux de trafic et même, pourquoi pas de certaines sanctions pécuniaires des entreprises qui violent l'ordre public économique mondial. Tout devrait être fait pour la mettre aussi à l'abri de la cooptation et de la corruption de la part des acteurs régulés. Sa coordination avec les autorités continentales devra être une des pistes de son effectivité. Là aussi, à l'instar de la régulation cruciale, on peut imaginer un niveau à partir duquel une entreprise devra désormais relever de la régulation de l'autorité mondiale (chiffre d'affaires, nombres d'emplois dans le monde, récurrence de la corruption ou des évasions fiscales...). Nous sommes arrivés à un stade où il n'est plus crédible de composer avec une économie a-frontière et numérisée sans imaginer des institutions qui veilleront au respect des règles juridiques et économiques qui en sont indissociables³²²⁵.

1478. Au-delà de ces complications non négligeables et les éventuels débats philosophiques qui peuvent en résulter, son mérite sera en tout état de cause, celui de veiller à la préservation des équilibres indispensables au dynamisme et à l'exercice des activités économiques au niveau mondial. La mondialisation n'a fait qu'accentuer cette envie et cette nécessité. « *L'idée de mettre en place une régulation internationale de l'économie et de la finance, qui sera le credo de la Conférence de Bretton Woods de 1944, [était] déjà, pour certains, d'actualité en 1920* »³²²⁶. La régulation, dans le sens où on le considère comme synonyme de recherche d'équilibre dans les rapports entre les États et les acteurs économiques ne date pas seulement du XXI^{ème} siècle. Considéré comme « *limite imposée* », la régulation « *rééquilibre des rapports de force* »³²²⁷ à la fois entre les acteurs économiques mais aussi entre ces derniers et les États

³²²⁵ Il en va du sens de l'histoire et de l'évolution de l'économie.

³²²⁶ DECORZANT Y., « Répondre à la demande sociale et à la demande du marché : les prémisses de la régulation économique dans les années 1920 », *Les cahiers IRICE*, 2008, n°2, p. 125.

³²²⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation », art. cit., p. 126.

dans le cadre du respect de l'ordre public économique et la prise en compte effective des préoccupations humaines dans l'économie.

Conclusion du Titre III

1479. La perspective de la régulation de l'économie mondialisée est nécessairement à la fois adaptable et prétentieuse. Un tel principe ne s'oppose en rien à la nature casuistique de la régulation économique. Tout porte à croire que l'exorbitance aura du mal à tenir, à subsister et à donner vie aux principes qui l'ont vue naître. En réalité, c'est tout l'inverse dans la mesure où l'épanouissement de l'économie ne peut être garanti sans des principes comme celui de la sauvegarde l'intérêt général et de l'ordre public économique. Il en découle donc la nécessité de recourir au pouvoir administratif exorbitant pour encadrer, avec effectivité et efficacité, une économie somme toute mouvante et dont l'imprévisibilité peut parfois laisser entrevoir certaines inquiétudes.

1480. Il faut cependant souligner deux choses qui s'avèrent fondamentales. D'une part, il faut insister sur le fait que la crédibilité et la légitimité de la régulation économique lui interdisent de paraître comme une épée de Damoclès obscurcissant l'horizon des entreprises et leur épanouissement. Il en va non seulement de l'avenir de la régulation, dont le caractère indispensable n'est point à souligner, mais il en va également de la nécessité de laisser éclore l'innovation et la créativité dont il appartient aux autorités publiques de stimuler, et sans lesquelles notre société serait condamnée à la stagnation et à l'ennui. Il faut naturellement et sans cesse souligner que la prétention à elle seule ne suffit pas. Il faut une véritable maîtrise des mécanismes de l'économie moderne et de ses outils par le régulateur. Source d'un certain inconfort, faut-il l'avouer, mais au demeurant pas insurmontable. Donner âme à la prétention du Droit et de la régulation économique dépend tout naturellement du niveau de maîtrise de cet inconfort par le régulateur, épaulé dans ce sens par le législateur et par le juge.

Conclusion de la Partie II

1481. Bien que dispersé et enfoui, le pouvoir administratif exorbitant dispose d'une véritable assise philosophique et juridique. La modernité de l'économie, sa mondialisation et même la technicité de ses méthodes risquent de ne pas en arriver à bout. On constate toutefois que sa mise en œuvre nécessite quant à elle un certain parachèvement. Il doit être perfectible dans ses rapports avec les acteurs économiques. Son rôle dans la protection de l'ordre public économique doit être déployé avec pédagogie, de sorte que les acteurs y voient une protection et un gage de leur épanouissement pour peu qu'ils se conforment aux règles régissant leurs domaines.

1482. L'autre versant de cette perfectibilité de la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant réside dans son contrôle juridictionnel et la lisibilité de ce dernier. Comme on l'a démontré, cet enjeu est davantage plus d'actualité en droit national qu'en droit de l'Union européenne, même s'il demeure crucial dans les deux cas³²²⁸. Dès lors que le régulateur n'est pas un juge, même s'il lui emprunte un certain nombre de pratiques procédurales, il est indispensable que l'usage de la contrainte et de l'exorbitance à l'endroit des acteurs économiques soit effectivement contrôlé. Il ne s'agit nullement d'user de la contrainte pour le simple fait qu'on en soit le dépositaire. Il faut être intraitable avec ceux des acteurs qui contournent et violent les règles, mais pour autant ils ont le droit de se défendre et de ne pas s'autoincriminer et méritent amplement un effectif épanouissement.

1483. Une fois ces garanties assurées, la régulation pourra se déployer et se donner des perspectives. Car elle doit certainement avoir un ancrage solide sur des principes et des valeurs, mais son efficacité et l'effectivité de sa mise en œuvre lui exigent de s'adapter voire même d'anticiper les mutations de l'économie.

³²²⁸ D'où la pertinence de la création d'un Tribunal de régulation économique permettant d'harmoniser le recours contre les décisions des autorités de régulation et de désengorger les juridictions classiques. Cf. § 1216 et s., *supra*.

Conclusion générale

1484. Si la régulation économique résulte de perpétuelles évolutions, la sagesse invite à ne pas prétendre tirer une conclusion exhaustive sur un domaine aussi mouvant que tentaculaire. En conséquence, sur ce sujet très complexe, il faudrait se contenter d'esquisser une conclusion qui n'en sera pas vraiment une. Il s'agit davantage d'une ouverture qu'une conclusion dans la mesure où, généralement, une conclusion renvoie à un autre sujet à développer, un questionnement à résoudre voire un nouvel horizon à explorer.

1485. Il faut simplement noter que le lien existant entre l'État et l'économie est scellé pour le « *meilleur et pour le pire [dès lors que celui-ci est] le lieu central des divergences et des convergences d'intérêts, d'attentes et de comportements sociaux, il est [État] à tel moment, la seule instance qui doive et puisse intervenir* »³²²⁹ pour façonner, orienter et remodeler celle-là. Pour ce faire, l'humain et son épanouissement restent le seul repère sacré et indélébile pour l'État. La régulation a montré, aussi bien à travers ses fondements que ses modalités opérationnelles, qu'elle est bien placée pour apporter aux autorités publiques cette pièce à la fois flexible et exorbitante qui lui manque dans son puzzle. D'autant plus que « *la mission de régulation est, par essence, l'une des fonctions de la puissance publique qui utilise à cette fin l'ensemble des modalités d'action dont elle dispose : réglementation, décisions particulières, sanctions, règlement de conflits, modes alternatifs de règlement des différends* »³²³⁰. Reste simplement à souligner qu'elle ne peut subsister et se pérenniser en s'affaiblissant. D'où il ressort que sa flexibilité et son exorbitance sont aussi indispensables qu'indissociables.

1486. Pour atteindre un tel idéal, l'État peut se confronter à l'inadéquation entre ses moyens et ses objectifs. Il lui appartient donc de fouiller dans ses entrailles, aussi profondes et lointaines dans sa tradition et dans le temps qu'elles soient, pour trouver les mécanismes lui permettant d'assurer son rôle architecte de l'économie. Le pouvoir administratif exorbitant relève de ces catégories-là. L'exorbitance peut paraître pour le moins déphasée et démodée dans un monde où la conciliation et la coproduction des normes sont quasiment devenus la règle. Il n'en reste pas moins que de telles flexibilités trouvent des limites lorsque des enjeux fondamentaux

³²²⁹ FRIDENSON P., STRAUS A. (dir.), *Le capitalisme français XIX^e-XX^e siècle, Blocage et dynamiques d'une croissance*, Paris, Fayard, 1987, p. 37.

³²³⁰ SAUVE J.-M., « discours introductif », *Le rôle des cours suprêmes en matière de régulation économique*, Colloque organisé par la Regulatory Law Review et les éditions Lextenso, Conseil économique, social et environnemental, 25 janv. 2010, p. 2, accessible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-role-des-cours-supremes-en-matiere-economique>. (Consulté le 25/03/2017).

comme la protection de l'ordre public économique systémique et donc de l'être humain sont en jeu. Le cas échéant, le pouvoir administratif exorbitant doit être aussi nécessaire qu'intransigeant. Il faut l'assumer et le renforcer significativement face aux entreprises cruciales en raison de leur rôle systémique dans la société.

1487. Ce renforcement du pouvoir administratif exorbitant ne peut avoir d'autres fins que la nécessité d'aboutir à une meilleure protection de l'ordre public économique qui plus est n'est pas une entorse à la protection des droits des entreprises. Au contraire, la préservation d'un ordre public économique sain et vivace demeure une protection tendant à garantir leur épanouissement. En sus, c'est une manière pour les autorités publiques de les préserver et de leur octroyer un environnement social et économique conciliant valeurs économiques et non-économiques sans lesquels aucune perspective économique n'est envisageable, en tout cas pas de façon crédible, viable et pérenne. C'est donc une conciliation nécessaire avec tout ce qui est propice à l'épanouissement des entreprises et la prospérité de leurs activités dans le respect de l'ordre public économique.

1488. Pour assurer une conciliation aussi efficace qu'efficient de tels principes, il est fondamental de garantir l'indépendance et l'impartialité du régulateur. Lui donner tous les leviers d'action nécessaires pour une régulation effective. La combinaison de ces trois aspects va dans le sens de l'indispensable réinvention des autorités publiques et de leur mode d'action vis-à-vis des acteurs économiques, tout en préservant des principes fondamentaux sans lesquels l'essence même de l'État, et donc de la société, risque de s'effriter.

1489. Dans la configuration actuelle de l'économie, aussi bien nationale, communautaire que mondiale, il semble évident qu'on tend davantage vers une renonciation quoique raisonnée à certaines traditions attributives de l'État, dont le dessein consiste à mieux prendre en compte les mutations contemporaines. Il est, dans ce sens, moins important de garder à tout prix certaines modalités d'intervention économique de l'État que l'esprit et la philosophie de celles-ci. Ce qui doit être important pour cette personnalité juridique, aussi particulière qu'immortelle, aussi critiqué que réclamé, aussi effacé qu'omniprésent, demeure la préservation effective des valeurs essentielles sans lesquelles le spectre de l'effondrement planera indéfiniment sur le bâtiment abritant la société. Lesdites valeurs peuvent être aussi bien juridiques, économiques ou non-économiques et demeurent quoi qu'il arrive indispensables à l'épanouissement, à la stabilité et à la continuité de la société.

Bibliographie

I- Doctrine

A- Ouvrages généraux, spéciaux, sous-direction et Mélanges

- Ouvrages généraux

- AGLIETTA M.**, *Régulation et crises du capitalisme, l'expérience des États-Unis*, Paris, Calmann-Lévy, coll. « Perspectives de l'économie. Économie contemporaine », 1976, 334 p.
- ANTOINE A.**, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009, 560 p.
- ARENDT H.**, *La crise de la culture : huit exercices de pensée politique*, Paris, Gallimard, coll. « Essais », 1989, 384 p.
- AUBY J.-B.**, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 2003, 1 vol., 154 p.
- BALIBAR E.**, *L'Europe, l'Amérique et la guerre*, Paris, La Découverte, 2003, 196 p.
- BAUCHET P.**, *Concentration des multinationales et mutation des pouvoirs de l'État*, Paris, CNRS, 2003, 105 p.
- BELLIS J.-F.**, *Droit européen de la concurrence*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, IX-332 p.
- BENASSY-QUERE A., PIERRE JACQUET B. C., PISANI-FERRY J.**, *Politique économique*, 3^e éd. Bruxelles, De Boeck, 2012, 795, 256 p.
- BERGEL J.-L.**, *Théorie général du droit*, Paris, Dalloz, 2013, 400 p.
- BERGER S.**, *Notre première mondialisation. Leçons d'un échec oublié*, Paris, Seuil, coll. « La République des idées », 2003, 95 p.
- BERNARD P., PEQUIGNOT G.**, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1962, III-286 p.
- BERNARD S.**, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, 2001, 392 p.
- BIGOT J., LANGE D.**, *Traité de droit des assurances*, Paris, LGDJ, t. 2, 2009, 972 p.
- BONICHOT J.-C., CASSIA P., POUJADE B.**, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2018, XIII-1516 p.
- BOROTRA F.**, *Faut-il défendre le service public ?*, éd., A. N., 1995, issu du Rapport n°2260, 121 p.
- BOYER R.**, *Économie politique des capitalismes. Théorie de régulation et des crises*, Paris, La Découverte, coll. « Grands repères », 2015, 376 p.

- BRAUDEL F.**, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XVe, XVIIIe*, t. III, Paris, Armand Colin, 1979, 606 p.
- BURDEAU G.**,
-*L'État*, Paris, Seuil, coll. « Points Essais », 1970, 182 p.
-*Le Libéralisme*, Paris, Seuil, coll. « Points Politique », 1979, 296 p.
- CALANDRI L., REGOURD S.**, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Paris 2009, XIII-733 p.
- CARBONNIER J.**, *Droit civil. Les obligations*, 21^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis », t. IV, 1998, 625 p.
- CARBONNIER J.**, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2013, 496 p.
- CARSALADE Y.**, *Les grandes étapes de l'histoire économique*, Paris, Les Éditions de l'École polytechnique, 2002, 390 p.
- CASSIN B.**, *Google-moi. La deuxième mission de l'Amérique*, Paris, Albin Michel, 2007, 266 p.
- Centre des sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice**, *La justice*, Paris, Puf, 446 p.
- Centre universitaire de recherches sur l'action publique et le politique**, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, 321 p.
- Centre Thucyde-Analyse et recherche en relation internationale**, *Annuaire français de relations internationales*, Vol 2, Bruxelles, Bruylant, 2000, 1176 p.
- CHANTEPIE Ph., GAUTIER L., PIOT O. et al.**, *La nouvelle politique économique, l'État face à la mondialisation*, Paris, PUF, 1997, 488 p.
- CHEVALLIER J.**, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2017, 328 p.
- CHEVALLIER J., LOSCHAK D.**, *Science administrative*, t. 1, Paris, LGDJ, 1978, 2 vol. 697 p.
- CHRETIEN P., CHIFFLOT N., TOURBE M.**, *Droit administratif*, 16^e éd., Paris, Sirey, coll. « Série droit public », 2018-2019, XV-877 p.
- CLAOUR G.**, *Intérêt général et concurrence-essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, LGDJ, 2006, 1043 p.
- CLEMENCEAU G.**, *Au soir de la pensée*, 28^e éd., Paris, Plon, 1930, t. 2, 498 p.
- COHEN-TANUGI L.**, *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, 2016, 288 p.
- COLIN F.**, *Droit public économique*, 5^e éd., Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2015, 366 p.
- COLSON J.-Ph., IDOUX P.**,

-*Droit public économique*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2014, 800 p.

-*Droit public économique*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2016, 830 p.

-*L'ordre public économique*, 9^e éd., Paris, LGDJ, 2018, 828 p.

COMBE E., *La politique de la concurrence*, 3^e éd., Paris, La Découverte, 2016, 125 p.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2017, XXXI-1103 p.

CORTHAUT T., *UE Ordre Public*, Paris, Wolters Kluwer, 2012, 371 p.

D'ARGENT P., RENDERS D., VERDUSSE M. et al., *Les visages de l'État : Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 886 p.

DEBBASCHE Ch., COLIN F., *Droit administratif*, 11^e éd., Paris, Economica, 2014, 834 p.

DE BELLESCIZE R., *Droit administratif*, 4^e éd., Paris, Gualino-Lextenso, 2016-2017, 256 p.

DE BOISSIEU Ch., LE THEULE F-G., BAILO P., *Comment la régulation financière peut-elle sortir l'Europe de la crise ?*, Strasbourg, ENA, 2014, 289 p.

DE BRANDT, P. VANDERHELST M., *L'intervention publique dans la sphère économique : fondements, principes et limites*, Bruxelles, Larcier, coll. « Les dossiers du Journal des tribunaux », 2013, 1 vol., 207 p.

DE BRUNHOFF S., BUCI-GLUCKSMAN M., POULANTZAS N., *La crise de l'État*, Paris, PUF, 1976, 348 p.

DEHOUSSE R., *The European Court of Justice: the politics of judicial intégration*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, coll. « Law Books », 1998, 228 p.

DELAUNEY B., *Droit public de la concurrence*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2018, 552 p.

DE LEYSSAC C. L., PARLEANI G., *Droit du marché*, Paris, Puf, Coll. « Thémis », 2002, XXXV-1033 p.

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginaires du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, 450 p.

DELMAS-MARTY M., TEITGEN-COLLY C., *Punir sans juger*, Paris, Economica, 1992, 191 p.

DELVOLVE P., *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1998, 799 p.

DEMICHEL A., *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, Paris, LGDJ, 1978, 220 p.

DE SECONDA BARON DE LA BREDE ET DE MONTESQUIEU Ch.-L., *Lettres persanes*, Jacques Desbordes, 1721, Lettre LXXIX, 192 p.

- DE SECONDA BARON DE LA BREDE ET DE MONTESQUIEU Ch.-L., DERATHE R. DE CASABIANCA D.**, *L'esprit des lois*, Paris, Classique Garnier, coll. « Bibliothèque du XVIII^e siècle », réimpr. vol. 1, 2012, LXXX-753 p.
- DE SENARCLENS P.**, *L'État virtuel*, Paris, Presses de Science Po., 2002, 205 p.
- DE SMET F.**, *Déclin du politique et gouvernance publique*, Paris, Larcier, 2014, 306 p.
- DONIER V., LAPEROU-SCHENEIDER B.**, *L'accès au juge, recherche sur l'efficacité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1000 p.
- DUBREUIL Ch.-A.**, *L'ordre public*, Paris, Cujas, coll. « Actes & Études », 2013, 344 p.
- DU MARAIS B.**, *Le droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004. XXV-601 p.
- EASTON D.**, *A Systems Analysis of Political Life*, New York, John Wiley & Sons, 1965, XVI-507 p.
- ESENMANN Ch.**, *Ecris des théories de droit, droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Panthéon-Assas, s/coll. « Introuvables », 2002, 672 p.
- FARJAT G.**,
-*Droit économique*, Paris, PUF, 1971, 443 p.
-*Pour un droit économique*, Paris, PUF, 2004, 209 p.
- FARJAT G., BERTHOLD G.**, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963, 543 p.
- FAURE V.**, *L'apport du Tribunal de première instance des communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, 765 p.
- FEIERTAG O.**, *L'économie française de 1914 à nos jours. Le temps de la mondialisation*, Paris, CNRS, coll. « Revue Document photographique », 63 p.
- FOUCAULT M.**, *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard/Seuil, coll. « Hautes études », 2004, 368 p.
- FOURASTIE J.**, *Les Trente glorieuses. Ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, Fayard, 1979, 288 p.
- FREUND J.**, *L'essence du politique*, Paris, Dalloz 2004, XII-867 p.
- FRIER P.-L., PETIT J.**, *Droit administratif*, 11^e éd., Paris, LGDJ, coll., « Précis Domat », ss/coll., « Public », 2017-2018, 768 p.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, *Les 100 mots de la régulation*, Paris, PUF, 2011, 128 p.
- FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S.**, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2005, 448 p.
- GARNER G.**, *État, économie, territoire en Allemagne. L'espace dans le caméralisme et l'économie politique, 1740-1820*, Paris, l'EHESS, 2005, 436 p.

- GAUDEMET Y.**, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 2014, Coll. Anthologie du droit, VII-321 p.
- GEVOUNOU L.**, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Paris, LGDJ, 2012, 484 p.
- GOELZER H.**, *Dictionnaire de latin*, Paris, Bordas, 2004, p.
- GOFFAUX P.**, *Dictionnaire du droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, XVII-310 p.
- GONOD P.**, *Droit administratif*, 1^{er} éd., Paris, Dalloz, coll. « Mementos Dalloz-Série droit public », 2018, X-196 p.
- GONOD P., MELLERAY F., YOLKA Ph.**, *Traité du droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, t. 2, XIII-711 p.
- GUESLIN A.**, *L'État, l'économie et la société française XIX^e-XX^e siècle*, Paris, Hachette, 1992, 249 p.
- GUYOMMAR M.**, *Les sanctions administratives*, Paris, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, 208 p.
- HAURIOU M.**,
-*Droit administratif*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1927, XV-576 p.
-*Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits (1929)*, Paris, La mémoire du droit, coll. « Références », t. 2, 2000, 764 p.
-*Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd. Paris, Sirey, 1933, 1150 p.
- HAYEK F.-A.**, *La route de la servitude*, 6^e éd., Paris, PUF, coll. « Quadriège », 2013, trad. de G. Blumberg, 260 p.
- HIBOU B.**, *La privatisation des États*, Paris, Karthala, 1999, 400 p.
- HIRSCH J.-P.**, *Les deux rêves du commerce. Entreprise et institution dans la région lilloise (1780-1860)*, Paris, EHESS, 1992, 534 p.
- HIRSH G., MONTAG F., SACKER F.-J.**, *Competition Law: European community Practice and Procedure-Article-by-Article Commentary*, London, Sweet and Maxwell, 2008, XXX-2845 p.
- HOUTCIEFF D.**, *Actes de commerce. Commerçants. Fonds de commerce. Contrats commerciaux. Concurrence. Instruments de paiement et de crédit*, 4^e éd., Paris, Sirey, coll. « Droit privé », 2016, 864 p.
- HUWART J.-Y.** *La mondialisation économique : origines et conséquences*, Paris, OCDE, 2012, 171 p.
- HUYGHE F.-B.**, *Fake news-La grande peur*, Paris, éd VA., 2018, 150 p.
- JACOBS J.**, *System of Survival*, New York, Radom House, First vintage edition, 1992, 236 p.

JACQUEMIN A., SCHRANS G.,

-*Le droit économique*, Paris, PUF, 1970, 128 p.

-*Le droit économique*, 2^e éd., Paris, PUF, 1974, 126 p.

JACQUEMIN H., *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Paris, Larcier, 2010, 555 p.

JEAUNEAU A., *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, Paris, LGDJ, 2018, 450 p.

JONES A., SUFRIN B., *EC Competition Law-Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2004, CXI, 1303 p.

KALTENMARK M., *Lao tseu et le taoïsme*, coll. Sagesses, Paris, Points, 2014, 172 p.

KEITA B., *Essai sur la contribution de la Commissions des sanctions de l'AMF à la régulation économique*, Paris, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS- André Tunc », 2017, t. 81, 2017, 714 p.

KRAMARZ F., TIBI Ph., *Plus de Marché pour plus d'État*, Paris, Eyrolles RB éd., 2016, 190 p.

KURLAT J. AIMAR S., *Les autorités de régulation des services publics en réseaux. Une étude comparée : Argentine, France*, Paris, L'Harmattan, 2018, 1004 p.

LACHAUME J.-F., PAULIAT H., BRACONNIER S. et al., *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 17^e éd., Paris, PUF, 2017, 1068 p.

LAGET-ANNAMAYER A.,

-*La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité*, Paris, LGDJ, 2002, XII-546 p.

-*L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2018, 406 p.

LAMBERT E., MODERNE F., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005, XIX-276 p.

LAROUSSE, *Le Petit Larousse illustré*, Paris, 2018, Édition Bicentenaire, 1 vol., 2044 p.

LAUFENBURGER H., *L'intervention économique de l'État en matière économique*, Paris, LGDJ, 1939, 371 p.

LAVERGNE B., *Recherche sur la soft Law en droit public français*, Paris, LGDJ, 2013, 613 p.

LEBRETON G., *Droit administratif général*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2017, 610 p.

LEFEBVRE-DUTILLEUL V., *Codes de bonne conduite, Chartes éthiques*, Rueil-Malmaison, Lamy, coll. « Lamy Conformité », 2012, 320 p.

LE GALES P., VEZINAT N., *L'État recomposé*, Paris, PUF, 2014, 107 p.

LEGENDRE P.,

-*La 901^{ème} conclusion. Etude sur le théâtre de de la raison*, Paris, Fayard, 1998, 464 p.

-*Trésor historique de l'État en France : l'Administration classique*, Paris, Fayard, coll. « Les savoirs », 1992, 638 p.

LEROY-BEAULIEU P., *L'État moderne et ses fonctions*, Paris, Editeur des économistes, 1900, 445 p.

LE SOUDEER M., *Droit antitrust de l'Union européenne et droits fondamentaux des entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 986 p.

LINDITCH F., MAERES J.-A., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1997, 336 p.

LINOTTE D., PIETTE D., ROMI R., *Droit public économique*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2018, 506 p.

LOCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 2015, 362 p.

LONG M., WEIL P., BREBANT G. et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2009, VII-980 p.

LUKE G., *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration : Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Berlin, 1983, Vol 1, XV-984 p.

MAFFEI B., AMENC N., *L'impuissance publique, le déclin économique depuis Napoléon*, Paris, Economica, 2009, 1 vol, VIII-407 p.

MAILLARD A., *Le marché inhumain et comment le dompter*, Paris, L'Harmattan, 1998, 159 p.

MALAURIE Ph., EISMEIN P., *L'ordre public et le contrat*, Reims, Matot-Braine, 1953, 1 vol., XXIV-278 p.

MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^e éd., Paris, Sirey, 2017, IX-385 p.

MEADEL J., *Les marchés financiers et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 2007, vol. 1, XIII-528 p.

MELLONI M., MARC VAN DER W., *Dictionnaire européen de la concurrence*, Bruxelles, Larcier, coll. « Dictionnaires Larcier », 2018, 238 p.

MERRIEN F.-X., *L'État providence*, Paris, PUF, 2008, 128 p.

MESCHERIAKOFF A.- S., *Droit public économique*, 2^e éd., Paris, PUF, 1996, 293 p.

MIES F., *Toute la sagesse du monde, Hommage à Maurice Gilbert, s.j. pour le 65^e anniversaire de l'exégète et du recteur*, Namur, Lessius - Presses universitaires de Namur, coll., « Connaître et croire », vol. 4, 767 p.

MORAND-DEVILLERS J., *Droit administratif*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, 847 p.

- MORAND-DEVILLER J., BOURDON P., POULET F.**, *Droit administratif*, 16^e éd., Paris, LGDJ, 2017, 968 p.
- MORIN E.**, *La rumeur d'Orléans*, Paris, Seuil, 1982, 352 p.
- MUSTAKI G., ENGAMMARE V.**, *Droit européen des sociétés*, Paris, LGDJ, 2009, 460 p.
- NICINSKI S.**,
-*Droit public des affaires*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, VIII-720 p.
-*Droit public des affaires*, 5^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Domat droit public », 2016, 780 p.
- NIETZSCHE F.**, *Humain, trop humain*, trad. de A.-M. DESROUSSEAUX et H. ALBERT, revu par A. KREMER-MARIETTI, Paris, Librairie Générale Française, 1995, t. I, 768 p.
- NOURISSAT C., DE CLAVIERE-BONNAMOUR B.**, *Droit de la concurrence. Libertés de circulation. Droit de l'Union-Droit interne*, 5^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Hypercours », 2016, XI-682 p.
- ORTIZ BALNCO L.**, *EU Competition procedure*, 3^e éd., Oxford, OUP University Press, 2013, 1232 p.
- PARIENTE-BUTTERLIN I.**, *Le droit, la norme et le réel*, Paris, PUF, 2005, VIII-203 p.
- PERROT R., THERY Ph.**, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, Dalloz, 2013, 1086 p.
- PEYREFITTE A.**, *Le mal français*, Paris, Plon 1976, 527 p.
- PHILIPPE M.**, *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparée France, Angleterre, U.R.S.S.*, Reims, Matot-Braine, 1953, XXIV-278 p.
- PICARD E., DRAGO R.**, *La notion de police administrative*, Paris, Rouen, LGDJ, 1984, 926 p.
- PICOD F., RIDEAU J.**, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, 2^e éd., Paris, Litec, 2002, 914 p.
- PICOTTE J.**, *Juridictionnaire*, Université de Moncton, oct. 2018, 2583 p. disponible à l'adresse suivante : <http://www.cttj.ca/Documents/Juridictionnaire.pdf>. (Consulté le 10/03/2019).
- PIKETTY T.**, *Le capital au XXI siècle*, Paris, Seuil, 2013. 976 p.
- POPPER K. R., VONDER-MOSER C., VERDAN A.**, *L'État paternaliste ou État minimal*, Vevey, Les Éditions de l'air, 1997, 76 p.
- PORTALIS J.-E.-M.**, *Discours préliminaire au premier projet du code civil*, 1801, Paris, Confluences, 2004, 91 p.
- PUIGELIER C.**, *Dictionnaire juridique*, Bruxelles, Larcier, 2015, vol 1, 1068 p.
- RAMBAUD R.**, *L'institution juridique de la régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Paris, L'Harmattan, 2012, 932 p.

- RAYNAUD P., RIALS S.**, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige Dicos Poche » 1996, 928 p.
- REDOR D.**, *Les Gagnants et les Perdants de la Mondialisation*, Paris, Economica, 2007, 190 p.
- REVAULT D'ALLONNES M.**, *La faiblesse du vrai. Ce que la post-vérité fait à notre monde commun*, Paris, Seuil, 2018, 144 p.
- RIDEAU J.**, *La transparence dans l'Union européenne*, LDGJ, 1999, 282 p.
- RIPERT G.**, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1994, VII 431 p.
- RIPERT H.**, *La présidence des assemblées politiques*, Paris, Arthur Rousseau, 1908, XXIII-511 p.
- RODRIGUE L.**, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 528 p.
- ROMAIN J.-F., GREGOIRE M., SIMONART V. et al.**, *L'ordre public, concepts et applications*. Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique, Bruxelles, Bruylant, coll. « Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles », 1995, 327, p.
- ROSANVALLON P.**,
-*Le libéralisme économique. Histoire de l'idée de marché*, Paris, Seuil, 1989, IX-237 p.
-*La crise de l'État -providence*, Paris, Seuil, coll. « Points Série Essais », 1992, 183 p.
-*L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, coll. « Points Histoire », 1993, 369 p.
- ROUSSEAU J.-J.**, *Du contrat social*, dans *œuvres complètes*, Paris, Bibliothèque de la pléiade, 5 vol., 1959-1995, II, 6, OC III, 424 p.
- ROUVILLOIS F., DEGOFFE M.**, *La privatisation de l'État*, Paris, CNRS éd., 2012, 332 p.
- SANDEL J.-M., CLAIR Ch., DUPUY J.-P.**, *Ce que l'argent ne saurait acheter : les limites morales du marché*, Paris, Seuil 2014, 336 p.
- SAPIR J.**, *La démondialisation*, Paris, Seuil, 2011, 256 p.
- SARTRE J.-P.**, *La Nausée, l'Être et le Néant*, Paris, Gallimard, 1976, 675 p.
- SEILLER B.**, *Droit administratif, L'action administrative*, 4^e éd., Paris, Flammarion, coll. « Champs- Université-Droit », 2011, 355 p.
- SERVOIN F.**, *Droit administratif de l'économie*, 2^e éd., Grenoble, PUF, 2001, 342 p.
- SEVE R.**, *L'ordre public*, Paris, Dalloz, 2015, coll. « Archives de philosophie de droit », 1 vol., XXII-474 p.
- SIBONY A.-L., BO V., CANIVET G.**, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, coll. Droit et Économie, Paris, LGDJ, 2008, vol. 1, 883 p.

- SMITH A.**, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris, Economica, 1776, trad. coordonnée par JAUDEL Ph., Livres I et II, é. 2000, Liv. 1, 237 p.
- SOFIANATOS G. A.**, *Injonctions et engagements en droit de la concurrence. Etude de droit communautaire français grec*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 506, 2009, LGDJ, 2009, X-689 p.
- STOFFAËS Ch.**, *Entre monopole et concurrence. La régulation de l'énergie en perspective historique*, Paris, PAU, 1994, 520 p.
- SERRA Y.**, *Le droit français de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1993, IX-122 p.
- STRANGE S.**,
-*Le retrait de l'État : la disparition du pouvoir dans l'économie*, Paris, Temps présent, 2011, 346 p.
-*The Retreat of the State: The diffusion of Power in World Economy*, Cambridge University press, Cambridge, 1996, 218 p.
- TEITGEN-COLLY C.**, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Paris, Economica, 1981, 536 p.
- THIBIERGE C.**, *Le droit souple, réflexion sur les textures du droit*, Paris, Dalloz, 2003, 599 p.
- TIRERA L.**, *L'État stratège*, Paris, L'Harmattan, 2018, 598 p.
- TIROLE J.**, *Économie du bien commun*, Paris, PUF 2016, 638 p.
- TROPER M.**, *Le gouvernement des juges. Mode d'emploi*, Paris, Dalloz, 2006, 52 p.
- VAN LANG A., GODOUIN G., ISSERGUET-BRISSET V.**, *Dictionnaire du droit administratif*, 5^e éd., Paris, Sirey, 516 p.
- VAUTRAUT-SWHARTZ Ch.**, *La police administrative*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2014, 308 p.
- VELTZ P.**, *Des lieux et des liens : essai sur les politiques du territoire à l'heure de la mondialisation*, La Tour-d'Aigues, L'Aube, 2012, 173 p.
- VERCAUTEREN P., GEERT D.**, *L'État face à la globalisation économique : quelles formes de gouvernance ?*, Paris, 2009, 282 p.
- VOGEL L.**,
-*Traité de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, coll. « LawLex », 2015, 1833 p.
-*Droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 1061 p.
- WALINE M.**, *Droit administratif*, 9^e éd., Toulouse, Sirey, 1963, XVI-934 p.
- WEBER M.**, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, trad. J. FREUND, coll. « Recherches et sciences humaines », 1959, 1 vol., 230 p.

WILDMEERSCH J., *Contentieux de la légalité des actes e l'Union européenne. Le mythe du droit à un recours effectif*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 666 p.

ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public*, Paris, LGDJ, 2015, 464 p.

- **Ouvrages spéciaux**

ARCELIN-LECUYER L., *Droit de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, 2^e éd., Rennes, PUF, coll. « Didact Droit », 332 p.

BLOTTIN B., *Concurrence, régulation et énergie. Rôles des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 826 p.

CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité. Concurrence et accès aux réseaux*, Paris, L'Harmattan, 2006, 502 p.

CLUB ULYSSE, *Le politique saisi par l'économie : enjeux économiques et sociaux des élections de 2002*, Paris, Economica, 2002, 392 p.

COQ V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, Paris, L'Harmattan, 2015, 660 p.

CRÉSPY-DE CONINCK M., *Recherches sur la singularité du contentieux de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2017, vol. 164, X-915 p.

DALMAU R., MENJUCQ M., *La désactivation de la norme nationale par la Cour de justice de l'Union européenne. Le droit de la fiscalité des sociétés à l'épreuve de la libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement*, Paris, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc », 2018, XIII-545 p.

DEGOFFE M., *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000, 375 p.

DOUVRELEUR O., *Droits de la défense en pratiques anticoncurrentielles en droit français*, Paris, LGDJ, 2000, 288 p.

FRIEDEL-SOUCHU E., GAUDEMET-TALLON H., *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne*, Paris, LGDJ, 1994, 494 p.

JALABERT-DOURY N., *Les inspections en droit de la concurrence*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, 491 p.

JONGEN F., *La police de l'audiovisuel. Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, Paris, LGDJ, 1994, 544 p.

KAHN N., *EU Antitrust Procedure*, 6th éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, 654 p.

LE BRAS B., *La tarification différenciée de l'électricité*, Paris, L'Harmattan, 2015, 336 p.

LENORMAND P., *La Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 1803-2003*, Genève, Droz, coll. « Publication d'histoire économique et sociale internationale », 2008, 514 p.

MALLEN G., *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence*, Paris, L'Harmattan, 2014, 869 p.

MUIR WATT H., *La Responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2005, 315 p.

PALMA-AMALRIC V., *L'autonomie financière des autorités indépendantes*, Paris, L'Harmattan, 2017, 622 p.

PERRIN L., *Le président d'une autorité administrative indépendante de régulation*, Paris, La librairie numérique, 2014, coll. « Droit & science politique », 2014, 230 p.

RODA J.-Ch., PRIETO C., *La clémence en droit de la concurrence. Etude comparative des droits américain et européen*, Aix-en-Provence, PUF, coll. « Institut de droit des affaires », 2008, 573 p.

SENEQUE, *De la Clémence*, Texte établi et traduit par François PRECHAC, Les Belles lettres, Paris 1921, p. 5 et 6.

TAIBI A., *Le pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique : témoin de la consécration d'un ordre répressif administratif*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2018, 658 p.

- **Ouvrage sous-direction**

ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 2003, XV-1649 p.

AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, 990 p.

AUBY J.-B., KIRAT Th. (dir.), *Le contenu et la portée économique des règles de droit, application à la répartition des risques dans les contrats administratifs*, Paris, S. L./S.N., 2003, 336 p.

AVI-YONAH R. S., HINES Jr. J. R., LANG M. (dir.), *Comparative Fiscal Federalism*, Pays-Bas, Kluwer Law International coll. « Ecotax series on European Taxation », XXIV-450 p.

BAYARD F., FRIDENSON P., RIGAUDIERE A. et al. (dir.), *Genèse des marchés*, Paris, Cheff-IGPDE, coll. « Comité pour l'histoire économique et financière XIX^e-XX^e s. », 2015, p.294 p.

BAZEX M., ECKERT G., LANNEAU R. et al (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris, LexisNexis, coll. « Les guides », 2016, p. 664 p.

BEESY Ch., DELPEUCH Th., PELISSE J. (dir.), *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2011, 365 p.

- BEHAR-TOUCHAIS M., CHARBIT N., AMARO R.** (dir.), *A quoi sert la concurrence ?*, Paris, Concurrences, 2014, 748 p.
- BENSEDOUN I., COUPPEY-SOUBEYRAN J.** (dir.), *L'économie mondiale 2018*, Paris, La Découverte, 2017, 128 p.
- BONELLI L., PELLETIER W.** (dir.), *L'État démentelé*, Paris, La découverte, 2010, 324 p.
- BONIFACY H.**, *Le service public de la distribution de l'énergie*, Édition de la vie universitaire, Paris, 1921, 360 p.
- BORGA N., MARTIN J.-C., RODA J.-Ch.** (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, s./coll. « Régulation & Compliance », 2018, 264 p.
- BOY L., MARTY F., REIS P.** (dir.), *Les procédures négociées en droit de la concurrence*, Bruxelles, De Boeck, coll. « Les dossiers de la RIDE », 2011, 206 p.
- BRONDEL S., FOULQUIER N., HEUSCHLING L. et al.** (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « Série science politique », 2001, 373 p.
- CALMETTE J.-F.** (dir.), *Sanctions en droit de la concurrence et concurrence des sanctions*, Paris, Ed. Mare & Martin, 2017, 206 p.
- CLEMENT-WILZ L.** (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 472 p.
- COMMAILLE J., JOBERT B., GAUDIN J.-C.** (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », vol. 24, Paris, 2019, 272 p.
- COMMAILLE J., CHAZEL F.** (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ (coll. « Droit et Société », 1991, 426 p.
- COMMAILLE J., JOBERT B.** (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, 1999, 381 p.
- CREPEAU F.** (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 294 p.
- DAMON J.** (dir.), *Intérêt général. Que peut l'entreprise ?*, Paris, Institut Montaigne, coll. « Manitoba/Les Belles Lettres », 2013, 174 p.
- DECOOPMAN N.** (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes : l'exemple du secteur économique et financier*, Paris, PUF, 2002, 212 p.
- DOMINGO M., H. CHARRETTE DE** (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Paris, Economica, 2002, 63 p.
- DUBITON S., AUTIN J.-L., IDOUX P.** (dir.), *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2016, IX-447 p.

- DUPUICH F.** (dir.), *Regards croisés sur la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, L'Harmattan, 2012, 256 p.
- ECKERT G., KOVAR J.-Ph.** (dir.),
-*Les objectifs de la régulation économique et financière*, Paris, L'Harmattan, 2017, 264 p.
-*La régulation économique et financière face à aux défis de l'information*, Paris, L'Harmattan, 2018, 267 p.
- FEHLING M., RUFFERT M.** (dir.), *Regulierungsrecht*, Munich, Beck, 2010, XII-1251 p.
- FRANCK M.** (dir.), *La Chambre de commerce et d'industrie de Paris (1803-2003)*, Paris, Librairie Droz, 2003, 348 p.
- FRIDENSON P., STRAUS A.** (dir.), *Le capitalisme français XIX^e-XX^e siècle, Blocage et dynamiques d'une croissance*, Paris, Fayard, 1987, 427 p.
- FRISON-ROCHE M.-A.** (dir.),
-*La régulation des secteurs de santé*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011, 182 p.
-*Régulation, supervision, compliance*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2017, VI-140 p.
-*Pour une Europe de la compliance*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », ss/coll. « Régulations & Compliance », 2019, 124 p.
- GAUDEMET A.**, (dir.), *La compliance : un nouveau monde ? Aspects d'une mutation du droit*, Paris, ed. Panthéon-Assas, 2016, 168 p.
- GHESTION J., FONTAINE M.** (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, XIII-676 p.
- GIACCOBBO-PEYRONNEL V., VERDURE Ch.** (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, XXV-679 p.
- GIRAN J.-P.** (dir.), *La déréglementation : passeport pour une économie libérée*, Paris, Economica, 1985, 194 p.
- GRANDJEAN G., WILDEMEERSCH J.** (dir.), *Les juges : décideurs politiques ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 372 p.
- GRAWITZ G., LECA J.** (dir.), *Traité de science politique. La science politique, science sociale. L'ordre politique*, Paris, PUF, 1985, t. 1, 600 p.
- GUÉDON M.-J.** (dir.), *Sur les services publics*, Paris, Economica, coll. « Recherches Panthéon-Sorbonne », 1982, 1 vol., 141 p.
- GUINCHARD S.** (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 26^e éd., Paris, Dalloz, 2018-2019, 1143 p.
- JUDE J.-M.** (dir.), *La clémence et le droit*, Paris, Economica, 2011, XI-178 p.

- KEVORKIAN G.** (dir.), *La pensée libérale*, Paris, Ellipses, 2010, 380 p.
- KIRAT Th.** (dir.), *Économie et droit du contrat administratif : l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, Paris, La Documentation française, coll. « Perspectives sur la justice », 2005, 313 p.
- KOURTESSI-PHILIPPAKIS G., TREUIL R.** (dir.), *Archéologie du territoire, de l'Égée au Sahara*, Paris, Édition de la Sorbonne, 2011, 323 p.
- LAVERGNE B., MEZAGUER M.** (dir.), *Regards sur le droit au procès équitable*, Toulouse, LGDJ, coll. « Hors coll. », 2012, 216 p.
- LEVY-LEBOYER M., CASANOVA J.-C.** (dir.), *Entre l'État et le marché, l'économie française de 1880 à nos jours*, Gallimard, 1991, 704 p.
- LOBEZ F., VILANOVA L.** (dir.), *Microéconomie bancaire*, Paris, Puf, coll. « Finance », 2006, 336 p.
- MAHIEU S.** (dir.), *Contentieux de l'Union européenne-questions choisies*, Bruxelles, Larcier 2014, 595 p.
- MARCOU G., MODERNE F.** (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2005, t.1 « Comparaisons et commentaires », 310 p.
- MARCOU G., MASING J.** (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, coll. « UMR de droit comparé de Paris », 2011, vol. 25, 406 p.
- MOURRE A.** (dir.), *Le nouveau droit de la concurrence. Les droits de la défense face aux pouvoirs de la Commission européenne*, Bruxelles, FEC/Bruylant, 2004, 238 p.
- NAIM-GESBERT E., PEYEN L., RADIGUET R.** (dir.), *Figures de la préservation de l'environnement outre-mer : études de cas et réflexions disciplinaires*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, 1 vol., 194 p.
- PICOD F.** (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2017*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 1050 p.
- POSTEL N., SOBEL R.** (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Villeneuve d'Ascq, Presse universitaire de Septentrion, coll. « Capitalismes-éthique-institutions », 2013, 500 p.
- RAPOPORT C.** (dir.) *L'espace ferroviaire unique européen. Quelles réalité (s) ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, XII-362 p.
- RENDERS D.** (dir.), *Actualités du droit de l'énergie. La transposition du « troisième paquet énergie » européen dans les lois « électricité » et « gaz »*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 472 p.
- REVET Th., VIDAL L.** (dir.), *Annales de la régulation 2009*, Paris, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS-André-Tunc », vol. 2, 2009, XVIII-670 p.

ROMANO S., PHOCION F., LUCIEN F. et al. (dir.), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1975, XXII-174 p.

ROMANO S., LUCIEN F., GHOTOT P. et al. (dir.), *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, XXII-174 p.

ROSECRANCE R., BADIE B., HASSNER P. et al. (dir.), *L'État virtuel*, Paris, Presses de Science Po., 2002, 208 p.

RUIZ-FABRI H., DELLA MORTE G., LABERT ABDELGAWAD E. et al. (dir.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Paris, Société de législation comparée, 2007, 645 p.

SAYAGE A., HILAIRE J. (dir.), *Quel droit des affaires pour demain ?*, Paris, Litec, coll. « Etude du CREDA », 1984, 280 p.

TERRE D. (dir.), *Les questions morales de droit*, Paris, PUF, coll. « Ethique et philosophie morale », 2007, 368 p.

TIZZANO A., ROSAS A., SILVA DE LAPUERTA R. et al. (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilis Skouris 2003-2015 : liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 754 p.

VASSEUR M. (dir.), *Les autorités boursières, créatrices de droit*, Ormesson-sur-Marne, 1981, 1 vol., 157 p.

VIDELIN J.-Ch. (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques & débats », 2013, 254 p.

- Mélanges

ANSAULT J.-J., D'AVOUT L., BINCTIN N. et al. (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, XXIII-874 p.

BRUNESSEN B., FABRICE P., SEBASTIEN R. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 829 p.

Centre d'études et de recherches administratives, *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, Montpellier, 1984, XXXVI-354 p.

DENOIT DE SAINT-MARC R. (dir.), *Juger l'administration, administrer la justice : mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, XXX-882 p.

DE WALSCHE A., LAURE L. (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden-Proménades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, XXXV, 1052 p.

GARBAR Ch.-A. (dir.), *Les mutations contemporaines du droit public : mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, XXI-720 p.

GOURIO A., DAIGRE J.-J. (dir.), *Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France-VI*, Paris, Rev. banque, coll. « Droit et fiscalité », 2013, 719 p.

LOQUIN E., LEBEN Ch., SALEM M. et al. (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux au 20^e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, Paris, Litec, coll. « Travaux du centre de recherche sur droit des marchés et des investissements internationaux », 2000, XXII-728 p.

PUTMAN E., PANCRAZI-TIAN M.-E., BUY M. et al. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, 1 vol., XL-947 p.

RIBOT C., AUTIN J.-L., *Environnement : les mots du droit et les incertitudes de la modernité : mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, PUF, 2004, 591 p.

- *Mélanges offerts à Marcel Waline : le Juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, t. II, LXIV-868 p.

- *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, XIV 427 p.

- *Mélanges Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, VII-707 p.

- *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, XXI-811 p.

- *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, XXIV-791 p.

- *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, VI-587 p.

- *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubois*, Paris, Dalloz 2002, XXVI-901 p.

- *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003, 688 p.

- *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux-Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Paris, Dalloz, 2006, XXVI-487 p.

- *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2014, 1040 p.

B- Articles

ABOU A., « Personnes publiques personnes privées : quelles responsabilités ? », *RFFP*, 1^{er} nov. 2012, n° 120, p. 51.

ACHILLEAS P.,

- « Internet et libertés », *Jurisclasseur Libertés*, 2007, fasc. 820.

- « Synthèse Droit des communications électroniques », 1^{er} mai 2019, *Communication commerce électronique*, 2019, n° 5, p. 17-22.

ACQUIER A., GOND J.-P., « Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise. (Re) lecture et analyse d'un ouvrage fondateur : social Responsibilities of The Businessman d'Howard Bowen (1953) », Working Paper, 2005, p 28 p.

ADALID S., « Conflit d'objectifs et régulation bancaire », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph., (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 189.

ALBAGLI C., « L'État, les agents économiques et les règles », *Mondes en développement*, janv. 2005, n°129, p. 53.

ALTER K.-J., HELFER R.-L., « Nature ou Nurture ? Judicial lawmaking in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice », *International Organisation*, 2010, vol. 64, n° 4, p. 563-592.

ANGELIER J.-P., « Electricité et gaz naturel : du monopole public à la concurrence réglementée. Une perspective historique » ; *HAL*, 2005, p. 8.

ARHEL P.,

-« Activité des juridictions de l'Union européenne en droit de la concurrence (oct.-nov. 2016) », *LPA*, 30 août 2017, n° 154, 7 p.

-« Répertoire commercial, transparence tarifaire et pratiques restrictives » Dalloz, juill. 2017.

ARLETTAZ J., « L'exigence d'impartialité dans la gestion des infrastructures de réseaux », *JCP A*, 21 déc. 2009, n° 52, p. 2307.

ARNAUD A.-J., « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Droit et société*, 1997, n° 35, p. 11-35.

ARRIGHI DE CASANOVA J., STAHL J.-H., « Le décret n° 2010 – 164 du 22 févr. 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives », in *R.F.D.A.*, 2010, n° 2, p. 389.

AUBY J.-B.,

-« A propos de la notion d'exorbitance du droit administratif », in MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, op. cit., p. 23.

-« L'internationalisation du droit des contrats publics », *Dr. adm.* 2003, chron.n° 14.

-« L'interdiction de déléguer des pouvoirs d'intervention économique à des opérateurs privés », *Dalloz*, 2003, n° 2.

-« La crise, l'État, les marchés financiers », *Dr adm.* 2009, repère n° 4.

-« Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, op. cit., p. 3.

AUTIN J.-L., « Autorités administratives indépendantes », *Jurisclasseur adm.*, 1^{er} janv. 2019, n°75, p. 6.

AUTIN J.-L., IDOUX P., « Nouvelle technique de communication. Internet, Télématique », *JCP A*, 2010, fasc. 174-20.

AZOULAY L., « L'ordre public concurrentiel et droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Antoine Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003, p. 277-309.

BACACHE-BEAUVALLET M., « L'État : contrainte et liberté, approche économique », *Pouvoirs*, Seuil 2012, n°142, p. 21-31.

BAILLET O., « La notion d'ordre public dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LAGET-ANNAMAYER A., *L'ordre public économique, op. cit.*, p. 207.

BAILLEUX A., « Les droits de la défense et les (autres) droits fondamentaux devant les juridictions de l'Union européenne », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies, op. cit.*, p. 66.

BALLESTER B., DEL MONTE M., « Évaluation de la valeur ajoutée européenne. Directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire d'une société (14e Directive sur le droit des sociétés) », *Parlement européen*, mars 2012, 59 p., disponible à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html>. (Consulté le 05/04/2017).

BARRINGTON D., « The portion of the right to a fair hearing and the scope of judicial review in the sphere of competition », in Communauté européenne, TPICE, *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations*, Actes du séminaire organisé par le Tribunal de première instance des Communautés européennes les 22 et 23 nov. 1993, Luxembourg, OPOCE, 1994, p. 12.

BAZEX M., « L'analyse économique, nouvel instrument du contrôle juridictionnel des interventions économiques des personnes publiques », *LPA*, 04 avr. 1997, n° 41, p. 10.

BAZEX M., BLAZY S., « Le dispositif de réponse à la crise financière », *Dr. adm.*, 2008, comm. 170.

BEATRIX O., « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », *RFDA*, mars 2012, n° 143, p. 769-778.

BEHAR-TOUCHAIS M., « De l'abus de dépendance collective », *Rev. des contrats*, n°2, 2009, p. 649.

BELLIS J.-F.,

-« La politique de concurrence-trente ans après », in DE WALSCHE A., LAURE L. (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden-Porménades au sein du droit européen*, op. cit., p. 435.

-« La charge de la preuve en matière de concurrence devant les juridictions de l'Union européenne », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, op. cit., p. 218.

BENSOUSSAN A., « L'ARCEP saisit le procureur de la république d'un manquement de Skype », *Juristendance Informatique et Télécoms*, avr. 2013, n° 134, p. 1.

BENZONI L., « L'évaluation des dommages induits par les pratiques anticoncurrentielles : Approche économique », in « Private enforcement. Évaluation du dommage concurrentiel », *Séminaires, Concurrences*, Paris 8 juin, 2015.

BERGER K., « La régulation bancaire et financière face aux crises : Roosevelt et aujourd'hui », *Pouvoirs*, 2014, n° 150, p. 77 à 91.

BERLAUD C., « Sanction de l'Autorité de la concurrence : entreprise ou non, chiffre d'affaire ou non », *Gazette du palais*, 21 févr. 2017, n°08, p. 35.

BERLIN D., « Contrôle des concentrations. Exercice du contrôle : procédure et substance », *Jurisclasseur*, 13 nov. 2018, n° 1490, p. 1 et 2.

BERNARD J., « L'attribution obligatoire des concessions de distribution publique d'énergie aux opérateurs historiques est-elle conforme à la jurisprudence *Telaustria* ? », *JCP E*, 8 oct. 2009, n° 41, p. 1.

BERNHEIM-DESVAUX S., « L'ordonnance de recodification du Code de la consommation a été publiée ! », *Contrats, conc., consom.* 2016, alerte 38.

BERNARD A.,

-« Fiscal-intérêt général- Attention à la zone grise ! », *Dalloz, JA* 208, n° 580.

-« Le marché autorégulé, une 'idée folle' ? », *Dalloz*, 2009, p. 2289.

BERROD F., « Les objectifs de la régulation et de la concurrence ou de l'esthétique du double », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 45 et s.

BERTHET C., ZOLYNSKI C., « L''empouvoirement'' des citoyens de la République numérique : regards sur une réforme en construction », *RLDI*, 1er janv. 2018, n° 144, p. 1.

BEZANÇON X., « Histoire d'une ambition publique et d'une réalisation privée », in VIDELIN J.-Ch. (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques*, op. cit., p. 5.

BIGET C., « L'investissement public au cœur du plan de relance de l'économie », *Dalloz*, 2009, p. 4.

BIGOT G., « L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif », *in* MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, *op. cit.*, p. 37.

BILLOWS S., VIALLET-THEVENIN S., « La fin de l'État stratège ? La concurrence dans les politiques économiques françaises (1945-2015) », *Gouvernement et action publique*, avr. 2006, n° 4, vol. 5, p. 9-22.

BISMUTH R., « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anti-corruption américains : Le point de vue du droit international public », *in* GAUDEMET A., (dir.), *La compliance : un nouveau monde ? Aspects d'une mutation du droit*, *op. cit.*, p. 37-64.

BLAIS B., « Les AAI et l'émergence du droit au procès équitable dans la procédure de sanction d'objets juridiques non-identifiés », *in* LAVERGNE B., MEZAGUER M. (dir.), *Regards sur le droit au procès équitable*, *op. cit.*, p. 117-136.

BLAISE J.-B., « Contrôle des opérations de concentration », *BT/J eur.*, 1990, n° 71, p. 743.

BLARDONE G., « Vers une gestion participative des entreprises et de l'économie », *Recherches en sciences de gestion, RIDE*, 2014, n°101, p. 23-56.

BLOCK G., « L'enjeu du troisième paquet énergie n'est-il pas, en définitive, l'exercice d'une meilleure régulation au profit du consommateur ? », *in* RENDERS D. (dir.), *Actualités du droit de l'énergie. La transposition du « troisième paquet énergie » européen dans les lois « électricité » et « gaz »*, Bruylant, 2013, Bruxelles, p. 440.

BODA J.-S., « Concessions de distribution publique d'électricité », *Jurisclasseur administratif*, 10 févr. 2017, n°511-10, p. 3.

BONELLI L., PELLETIER W., « Les "mille" démantèlement de l'État », *in* BONELLI L., PELLETIER W. (dir.), *L'État démantelé*, *op. cit.*, p. 13-25.

BONET G., « Publicité sur internet et référencement selon la Cour de justice, contrefaçon de marque ou Directive 2000/31/CE », *Communication commerce électronique*, juin 2010, étude n° 12.

BONNET B., « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel, tentative de définition d'une notion insaisissable », *in* DEBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, *op. cit.*, p. 117.

BOSCO D., « La compétence de pleine juridiction du juge de l'Union européenne quant aux amendes prononcées par la Commission en matière de concurrence », *in* MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne-questions choisies*, *op. cit.*, p. 244.

BOTTINI F., « De la concorde à la discorde (ou du bon usage de la clémence en droit public) », *in* JUDE J.-M. (dir.), *La clémence et le droit*, *op. cit.*, p. 147.

BOUGETTE P., DESCHAMMPS M., MARTY F., « When economics met antitrust: the second Chicago school and the economization of antitrust law », *Entreprises and Society*, févr. 2015, p. 313-353.

BOUL M., BIOY X., SIMONIAN H. et al., « Autorités administratives indépendantes et libertés fondamentales », *LPA*, 26 juin 2015, n° 127, p. 11.

BOULOUIS J.,

-« A propos de la fonction normative de la jurisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, p. 149-162.

-« Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 12.

BOURGEOIS M., MOINE M., « La nouvelle loi informatique et libertés. Une transposition du RGPD ? », *JCP*, 26 juill. 2018, n° 30, 19 p.

BOUTHINOS-DUMAS H., « Les contrats rationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE*, n°3, 2001, p. 339-373.

BOUTHINON-DUMAS H., MARTY F., « Les barèmes des sanctions pécuniaires prononcées par l'AMF et l'Autorité de la concurrence. Le droit mis en barèmes », *Dalloz*, coll. « Thèmes et commentaires », 2014, n° halshs-00957439, p. 131-148.

BOUTHINON-DUMAS H., DO CARMO SILVA J.-M., « L'articulation des pouvoirs du régulateur de l'État d'origine et du régulateur de l'État d'accueil dans le secteur financier », *RTD eur.*, 2018, n° 303.

BRACONNIER S.,

-« Les libertés économiques jusqu'à la crise de 1929 », *Lextenso, RDP*, n° 3, 01 mai 2012, p. 731.

-« Exorbitance du droit administratif et droit européen », in MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, op. cit., p. 102.

BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in GRAWITZ G., LECA J. (dir.), *Traité de science politique. La science politique, science sociale. L'ordre politique*, Paris, PUF, 1985, t. 1, p. 372.

BRECHON-MOULENES Ch., « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », in *Le juge administratif et le contentieux économique*, *AJDA*, sept. 2000, n° 9, p. 679-686.

BRETZNER J.-D., BENDAVID M., « Analyse critique des dispositions relations aux sanctions administratives », *AJCA*, 2014, n° 3249, p.

BRILLET E., « Le service public "à la française" : un mythe national au prisme de l'Europe », *L'économie politique*, 2004, n° 24, p. 20- 42.

- BOY L.**, « La fonction de régulation de l’Autorité de régulation des télécommunications. Réflexions contributives à la notion de régulation », in BOY L., (dir.), *Les pouvoirs de l’Autorité de régulation des télécommunications*, Rapport de recherche, Paris, Mission de recherche droit et justice, juill. 2000, p. 42.
- BULINGE F., DELCHET-COCHET K.**, « Intelligence économique et responsabilité sociale des entreprises. Entre théories vertueuses et pratiques paradoxales », in DUPUICH F. (dir.), *Regards croisés sur la responsabilité sociale de l’entreprise*, op. cit., p. 117.
- BULLIER A.-J., PANSIER J.-F.**, « De la religion de l’aveu au droit au silence, ou faut-il introduire en France le droit au silence des pays du common law ? », *Gazette du Palais*, 1997, 1 doct. 208, in DOUVRELEUR O., *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, op. cit., p. 59.
- BUSSIERE E.**, « Du régionalisme européen à la mondialisation », in F. BAYARD, P. FRIDENSON, A. RIGAUDIERE et al. (dir.), *Genèse des marchés*, op. cit., p. 88.
- CAILLETEAU F.**, « la PPE », *Rev. Trésor*, août-sept.2009, p. 656.
- CALIXTE L.**, « L’évangile selon Saint Mark », *Le nouveau magazine littéraire*, avr. 2018, n°4, p. 42.
- CALMETTE J.-F.**, « Les moyens négociés alternatifs et complémentaires à la sanction devant l’Autorité de la concurrence », in CALMETTE J.-F. (dir.) *Sanctions en droit de la concurrence et concurrence des sanctions*, op. cit., p. 127.
- CAMUS A.**, « L’ordre public concurrentiel », in LAGET-ANNAMAYER A. (dir.), *L’ordre public économique*, op. cit., p. 267.
- CANAC J.-M.**, « Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes. Visions française et monégasque », *RDBF*, mai 2015, n° 3, 30 p.
- CANIVET G.**,
-« Régulateur et juges », *LPA*, 2003, n° 17, p. 50 et s.
-« Au nom de qui, au nom de quoi jugent les juges ? De la gouvernance démocratique de la justice », *Après-demain*, 2010, n° 15, p. 3-7.
- CARON I.**, « 3 questions à la direction juridique de l’ARCEP », *JCP E*, 27 nov. 2014, n° 48, p. 891.
- CARENCO J.-F.**, « Bilan de 10 ans du tarif régulation applicable aux opérateurs d’infrastructures régulées en France » CRE, propos instructifs, 14 févr. 2019.
- CARREAU D., THEUOLD R.**, « La nouvelle loi de privatisation ou l’annonce prématurée de la mort de Colbert », *Dalloz*, 231, 1993 in CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence*, op. cit., p. 733.

CASTEIGTS M., « La crise existentielle des États entre recompositions de la souveraineté et métamorphoses des frontières », in D'ARGENT P., RENDERS D., VERDUSSE M. *et al.*, *Les visages de l'État : Liber amicorum Yves Lejeune*, op. cit, p. 192.

CHAGNY M. (dir.) « Illustrations des pouvoirs de sanction de la DGCCRF et de l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles locales », *Lamy droit économique*, n° 1643, p. 1 et 2.

CHAGNY M., « Quelle refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avr. 2019 », *Affaires concurrences*, 304. p. 3.

CHAGNY M., BAUDU I., « La réforme de la loi Informatique et libertés et l'adoption de la loi pour une République numérique », *Lamy Droit économique. Concurrence, Distribution, Consommation*, 2016, n°4675.

CHAGNY M., BAUDU I. (dir.), « Obligations propres des opérateurs de plateforme en ligne issues de la loi pour une République numérique », *Lamy droit économique*, 2016, n° 5781, p. 1-2.

CHAIHLOUDJ W., « Fake news et droit de la concurrence : réflexions au prisme des cas Facebook et google », *RIDE*, 2018, 1 t. XXXII, p. 17-40.

CHAMPAUD C., « Régulation et droit économique », *RIDE*, janv. 2002, t. XVI, n°1, p. 23.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT Dalloz*, 2017, n° hal-01665273, 11 p.

CHAPUT Y., « Pour une justice économique efficiente en Europe - Le développement en Europe des solutions négociées : engagements, clémence, non contestation des griefs. Que va-t-il rester aux juges ? », *Gazette du Palais*, 26 août 2008, n°239, p. 3.

CHARLIER R. E., « Signification de l'intervention de l'État dans l'économie », in Centre d'études et de recherches administratives, *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, op. cit., p. 95-105.

CHAUMON F., « Michel Foucault, Le courage de la vérité », *ESSAIM*, 2009, n° 23, p. 151-154.

CHENEL B., « Public enforcement du droit de la concurrence – Actualité d'un risque concurrentiel grandissant », *RLC*, 1^{er} janv. 2010, n° 22, 20 p.

CHEVALLIER J.,

- « Les fondements du droit administratif français », 1979, 55 p., accessible à l'adresse suivante : <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/10/chevallier.pdf>. (Consulté le 05/03/2017).

- « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices*, 1995, no 1, p. 81.
- « Droit administratif, droit de privilège », *Pouvoirs*, 1998, n° 46, p. 57-70.
- « État et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, 2002, p. 59-72.
- « L'État régulateur », *RFDP*, 2003, n° 111, p. 473-482.
- « Autorités administratives indépendantes et État de droit », févr. 2016, n°37, p. 143-154.
- COHEN-BRANCHE M.**, « La problématique de la répartition du contentieux entre les deux ordres, au travers de l'exemple de l'Autorité des Marchés financiers », *RFDA*, n° 5/2010, p. 912 et s.
- COHEN S.**, « L'État face aux nouveaux acteurs », *France diplomatie*, 2003. p.1.
- COMBE E.**, « La prohibition des cartels » in **COMBE E.**, *La politique de la concurrence, op. cit.*, p. 31-50, spéc. p. 5.
- CLEMENT-WILZ L.**, « Introduction : Analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne », in **CLEMENT-WILZ L.**, (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2019, p. 13-14.
- COHEN-TANUGI L.**, « L'émergence de la notion de régulation », *LPA*, 10 juill. 1998, n° 82, p. 4.
- COLLIN R. , MARCINKOWSKI M. , LAJNEF N.**, « Concurrence : procédure devant la Commission », *Dalloz*, sept. 2009, actualisé avr. 2016, p. 498.
- CONAC P.-H.**, « Le retour du courage politique à Bruxelles : l'Odyssée du ‘Paquet Droit des sociétés de 2018’ » », *Rev. sociétés*, 2019, p. 7.
- CONAN M.**, « De la garantie de l'État en lois de finances rectificative-Plan de financement et Plan de relance de l'économie », *Dr adm.* 2009, étude 10.
- COPPENS Ph.**, « État de droit et droit de l'État », in **D'ARGENT P.**, **RENDERS D.**, **VERDUSSE M. et al.**, *Les visages de l'État : Liber amicorum Yves Lejeune, op. cit.*, p. 221.
- Ph. de LA DOUCETTE**, « Régulation de l'énergie en Europe. Méthode, enjeux, défis », *Géoéconomie*, mars 2013, n° 66, p. 65 -81.
- COSTA J.-P.**, « Le point de la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 17 sept. 2001, n° 185, p. 29.
- COTTEREAU A.**, « L'embauche et la vie normative des métiers durant les deux premiers tiers du XIXe siècle français », *Les cahiers des relations professionnelles*, n° 10, 1995, p. 47-71.
- CUSTOS D.**, « L'État pompier à la fin de la présidence de George W. Bush ou les subtilités de la nationalisation américaine », *Dr Adm*, mars 2009, chron. 1.

DAHAN Th., LEMAIRE Ch., « Portrait de l’Autorité en jeune fille », *RJEP*, 2011, n° 2, p. 3.

DAIGRE J.-J., « Ombres et lumières. Examen critique du fonctionnement des autorités administratives indépendantes », in DOMINGO M., DE CHARRETTE H. (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Paris, Economica, 2002, p. 11.

D’ALBERTI M., « La régulation économique en mutation », *RDP*, 1^{er} janv. 2006, n° 1, p. 231.

DALLOZ, « Pouvoir de sanction de l’ARCEP : inconstitutionnalité de la procédure », *Dalloz*, 5 juill. 2013, p. 1689.

DAUTIEU Th.,

-« La proposition de règlement européen en matière de protection des données personnelles et ses conséquences sur la future stratégie de contrôle de la CNIL », *LexisNexis*, déc. 2012, fasc. 274-50, p. 2-3.

-« Le pouvoir de mise en demeure des autorités administratives indépendantes : analyses comparées des pratiques du CSA et de la CNIL », *LexisNexis*, Janv. 2015, p. 2.

DAUTIEU Th., GABRIE E., « Analyse de l’apport de la loi pour une République numérique à la protection des données à caractère personnel (2e partie). Les droits des personnes et les missions et pouvoirs de la CNIL », *LexisNexis*, janv. 2017, p. 1.

DEBBASCH Ch., « Le droit administratif face à l’évolution administrative française » in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le Juge et le droit public*, op. cit., p. 349.

DE BECHILLON D.,

-« Le gouvernement des juges, une question à dissoudre », in BRONDEL S., FOULQUIER N., HEUSCHLING L. et al. (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, op. cit., 349.

-« L’entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, oct. 2012, n° 37 p. 1.

-« Le volontarisme politique contre le libéralisme économique », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 49 « dossier : l’entreprise », oct. 2015, p. 5.

DEBET A., « L’invalidation du Safe Harbour par la CJUE : tempête sur les transferts de données vers les États-Unis », *JCPG*, 2015, n° 46-47.

DECOCQ A., « De l’application de la convention européenne aux procédures communautaires de concurrence pouvant aboutir à des amendes ou des astreintes » in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, op. cit., p. 289.

DECOOPMAN N., « Peut-on clarifier le désordre ? », in DECOOPMAN N. (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes : l’exemple du secteur économique et financier*, op. cit., p. 15.

DE CORAIL J.-L., « Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative », *Études de finances publiques, in Mélanges en l'honneur de M. le professeur Paul Marie Gaudemet*, Paris Economica, 1984, p. 335.

DECORZANT Y., « Répondre à la demande sociale et à la demande du marché : les prémisses de la régulation économique dans les années 1920 », *Les cahiers IRICE*, 2008, n° 2, p. 107-126.

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

DEFRENOIS F., « Les principales mesures de la loi pour une République numérique », *Lextenso*, 24 oct. 2016, n°42, p. 4.

DE LA SERRE E. B., « Le Traité de Lisbonne, les droits fondamentaux et le droit procédural de la concurrence », *RLC*, janv./mars 2010.

DELAUNAY B., « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *RDP*, 1^{er} mars 2014, n°2, p. 276.

DELION A.,

-« Notion de régulation et droit de l'économie », *in* REVET Th., VIDAL L. (dir.), *Annales de la régulation 2009, op. cit.*, p. 15.

-« La crise financière et les régulations », *in* REVET Th., VIDAL L. (dir.), *ibid.*, p. 105 s.

DELVOLVE P.,

-« Le principe de non-rétroactivité dans la JP économique du conseil d'État », *in Mélanges offerts à Marcel Waline : le Juge et le droit public, op. cit.*, p. 355.

-« La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *in Études offertes à Jean-Marie Auby, op. cit.*, p. 47.

-« Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *LPA*, n°185, 17 sept. 2001, p. 18.

-« Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », *in* DENOIT DE SAINT-MARC R. (dir.), *Juger l'administration, administrer la justice : mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, op. cit.*, p. 260.

DELZENGLÉS H., « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation », *AJDA*, 2014 p.1021.

DELZANGLES H., MARTIN S., « L'évolution des objectifs de la régulation en France », *in* ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière, op. cit.*, p. 108 et s.

DE RAVEL D'ESCLAPON Th., « Impartialité et indépendance des autorités de régulation bancaire en droit français », *RLDA*, n° 61, juin 2011, p. 2.

DERIEUX E.,

-« Instabilité et incertitudes législatives dans le domaine des communications au public par voie électronique », *LPA*, 2004, n° 230, p. 3.

-« Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *LPA*, 2005, n° 52, 3 p.

DERO-BUGNY D., « La cohérence an le système européen de protection des droits fondamentaux », in BRUNESSEN B., FABRICE P., SEBASTIEN R. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Claude Blumann, op. cit.*, p. 111.

DE SAINT MARC R. D.,

-« Les débats sur l'État », in CHEVALLIER J., « *L'État en question* » *RFAP*, 1997, n° 84.

-« Régulateurs et juges : introduction générale », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 6.

DE SAINT-MARS B. , « Qui trop embrasse mal étroit ? » : *BJB*, avr. 2011, n° 116 p. 221.

DESBROSSE P., « Les programmes de clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés », *RIDE*, févr. 2010, t. XXIV, p. 211-240.

DEUMIER P., REVET Th., « Ordre public », in *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1119 et s.

DEZEUZE E., « La proportionnalité des sanctions administratives en matière économique et financière », *Gazette du palais*, n°36, p. 82.

DOMENUCCI D.-P., MUGUET-POULLENNEC G., « À la recherche du temps perdu : du droit de voir sa cause jugée dans un délai raisonnable ou des difficultés de passer de la prévention à la guérison », in GIACOBBO-PEYRONNEL V., VERDURE Ch. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne, op. cit.*, p. 623-665.

DOUVILLE Th., « Amélioration de la protection des personnes en ligne par la loi pour une République numérique », *L'essentiel du droit de la famille et des personnes*, 30 nov. 2016, n°10, p. 2.

DOUVRELEUR O.,

-« Les objectifs de la régulation et le contrôle du juge judiciaire », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph., *Les objectifs de la régulation économique et financière, op. cit.*, p. 261.

-« Le pouvoir de sanction de l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF-Esma) », in GOURIO A., DAIGRE J.-J. (dir.), *Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France-VI*, 2013, p. 199.

DRAGO G., ALCARAZ H., VIDAL-NAQUET A. et al., « Observatoire de jurisprudence constitutionnelle », *chron.* n° 10, avr.-juin 2012, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, p. 181.

DRAGO R., FRISON-ROCHE M.-A., « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », in *Le privé et public*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1997, t. 41, p. 135-148.

DREYER E., « Coup de froid jeté par la DGCCRF », *Gazette du Palais*, 15 oct. 2013, n°288. p. 1-2.

DREYFUS J.-D.,

-« Constitution et compétences normatives économiques des collectivités locales », *LPA*, 22 janv. 2009, n°16, p. 14.

-« Les autorités de régulation indépendantes au croisement des droits administratif, civil et pénal. Etude des règles de procédures, de contrôle juridictionnel et relatives au pouvoir de sanction », in MARCOU G., MASING J., *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit., p. 297.

DUBOUT E., « Le libéralisme politique de la Cour de justice-Le cas de la liberté d'entreprise », in CLEMENT-WILZ L. (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 145.

DUFOUR O.,

-« La Commission européenne confrontée au contrôle juridictionnel des Concentrations », *LPA*, 06 nov. 2002, n° 222, p. 4.

-L'exercice du pouvoir de sanction est une révolution culturelle pour la CNIL, *LPA*, 29 sept. 2004, n° 195, p. 3.

-« Microsoft, une victoire éclatante pour la Commission européenne », *LPA*, 21 sept. 2007, n° 194, p. 3.

-« La CNIL s'empare de la vidéosurveillance », *LPA*, 27 juin 2012, n° 128, p. 3.

-« Les droits de la défense ne sont pas les ennemis de l'efficacité », *LPA*, 30 oct. 2012, n° 217, p. 3.

-« L'ARCEP doit séparer ses fonctions de poursuite et de jugement », *LPA*, 18 août 2013, n° 159, p. 4.

-« Rapport annuel de la CNIL : 2015, l'année choc ! », *LPA*, avr. 2016, n° 74.

-« La Cnil au défi du RGPD », *LPA*, 20 mai 2018, n°087-088, p. 4.

DU MARAIS B., « Analyses et propositions pour une régulation de l'Internet », *Lex Electronica*, vol. 7, n° 2, Printemps / Spring 2002, p. 4.

DUMONT G.-F., « Les territoires dans la "mondialisation" : sur trépied », *Population et avenir*, 2015, n° 721, p. 3.

DUMOULIN L., « Les juges sont-ils des décideurs politique ? Libres propos sur ce qui apparaît comme un oxymore mais n'en est peut-être pas un », in GRANDJEAN G., WILDEMEERSCH J. (dir.), *Les juges : décideurs politiques ?*, op. cit., p. 79 et s.

DUPUY R.-J., « Droit déclaratoire et droit progammatoire : de la coutume sauvage à la « soft law », in *L'élaboration du droit international public*, Colloque de la société française pour le droit international, Pedone 1975, VI-224 p., *L'élaboration du droit international public*, Pedone 1975, p. 132-148.

DUTHEILLET DE LAMOTTE O., « Le juge doit-il créer la norme sociale », *JCP S*, 4 août 2015, n° 31-35.

EBERLEIN B., « L'État régulateur en Europe », *RFSP*, 1999, n° 49-2, p. 205-230.

ECKERT G.,

-« La responsabilité des autorités de régulation », *RDBF*, 2009, étude 13.

-« Autorités administratives indépendantes - Pour un régime commun des sanctions prononcées par les autorités de concurrence et de régulation sectorielle », *JCP*, 9 juill. 2012, n° 28, p. 813.

-« L'indépendance des autorités de régulation à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, n° 143, 2012, p. 629-643.

-« Impartialité des juridictions et efficacité de la régulation », *RJEP*, juill. 2012, n° 699, comm. 39, p. 3.

EDELMAN B.,

-« La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *Recueil Dalloz Sirey*, 2011, n°13, p. 897-904.

-« Qu'est devenu la personne humaine ? », *Droits. Rev. française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2013, n°55, p.129-137.

EISENMANN Ch.,

-« La justice dans l'État », in Centre des sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, *La justice*, Paris, PUF, 1961, p. 26.

-« Les fonctions de l'État », in EISENMANN Ch., *Ecris des théories de droit, droit constitutionnel et d'idées politiques*, op. cit., p. 189.

ELIET G., D'HOIR J., « Les moyens de la réalisation de la régulation : l'exemple de l'Autorité des marché financiers », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph., *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 211 et s.

EMERIC N., « Droit souple + plus droit fluide=droit liquide. Réflexion sur la mutation de la normativité juridique à l'ère des flux », *Rev. interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017, Vol. 79, p. 10.

ENCAOUA D., KOEBEL P., « Réglementation et déréglementation des télécommunications : Leçons anglo-saxonnes et perspectives d'évolution en France », *Rev. Économique*, 1987, vol. 38, n° 2, p. 475-520.

EXPERT H., POULLET C., « La compétence de pleine juridiction conféré au juge de l'Union en matière de concurrence : complément ou accessoire du contrôle de légalité », in GIACCOBBO-PEYRONNEL V., VERDURE Ch. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, op. cit., p. 568 et s.

FAGES F., « Les droits de la défense ne sont pas les ennemis de l'efficacité », *LPA*, 30 oct. 2012, n° 217, p. 3. p. 4.

FALQUE-PIERROTIN I., « La concurrence sur internet, jusqu'où ? La question des données personnelles », in BEHAR-TOUCHAIS M., CHABART N., AMARO R. (dir.), *A quoi sert la concurrence ?*, Paris, Concurrences, 2014, p. 496.

FARJAT G.,

-« L'ordre public économique », *RIDC*, 1967, n° 19-2, p. 78.

-« Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, XIV 427 p., spéc. p. 50.

-« La notion de droit économique », *Archive philosophique du droit, Droit et économie*, t. 37, Sirey, 1992, p. 27-62.

-« Le droit, l'économie et le fondamental », *RIDE*, 2005, t. XIX, n° 4, p. 431-455.

-« La constitution économique de l'Europe et le couplage droit et économie de la constitution économique européenne », in DEBARGE O., GORGOPOULOS Th., REBAEY O. (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne : 2^{ème} rencontre du GIEPI, 12 et 13 mai 2006*, op. cit., p. 42 et s.

FAURE B., « Le problème du pouvoir règlementaire des autorités administratives secondaires », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, janv. 2006, Dossier : Loi et règlements n° 19 p. 1.

FAURE V., BROCA A. (dir.), « GAFAs Les nouveaux penseurs », *Le nouveau magazine littéraire*, avr. 2018, n° 4, p. 41.

FEREY S., « Le renouveau de la régulation publique au regard de l'économie comportementale » in ECKERT G., KOVAR J.-Ph., *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 94.

FETOUSSI J.-P., « La marge de manœuvre des états. Des démocraties sans souveraineté ? », *Pouvoirs*, 2012/3 n° 142, p. 61-70, spéc. p. 61.

FLACHER D., « Ouverture à concurrence et service universel : avancées ou reculs du service public », *La Découverte Regards croisés sur l'économie*, févr. 2007 n°2, p. 76 à 85.

FLEURBAEY M., « La théorie de l'État minimal », *Actuel Marx*, 1989, n° 5, p. 88-94.

FLEURY P., « L'article L. 442-6 du Code de commerce réformé en profondeur ! », *Actualités du droit*, 02 mai 2019, accessible : <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/affaires/droit-economique/21446/l-article-l-442-6-du-code-de-commerce-reforme-en-profondeur>. (Consulté le 05/06/2019).

FLIPO O., « Après le "Safe Harbor", le "Privacy Shield" », *Lexis 360*, 27 mai 2016, p. 1.

FOREST D., « Google et 'le droit à l'oubli numérique', genèse et anatomie d'une chimère juridique », *RLDI*, 2014, n° 106, p 1.

FOSSIER Th., « Le contrôle de la régulation économique par la cour d'appel de Paris : droits de la défense et sanctions », *RLDA*, 1er mars 2010, n° 47, p. 1 et s.

FOUCHARD P., KAHN Ph., LYON-CAEN A., « Le droit des relations économiques internationales », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman, op. cit.*, p. 434-438.

FOURGOUX J.-F., « Un droit de la concurrence ou une éthique de la concurrence pour le troisième millénaire ? », *Gazette du palais*, 04 janv. 2000, n° 004, p. 65.

FRANÇOIS L., « Le rôle du juge », *Juger*, printemps 1991, n° 1, p. 8.

FRANCOIS L., THIRION N., « Les juges dans la politique », in G. GRANDJEAN, J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ?*, op. cit., p. 53 et s.

FRANK R., « Se moderniser face aux grandes mutations (1945-1970) », *CCI Paris*, vol. 1, p. 239-275.

FRIEDRICH C., « Le pouvoir de sanction de la CNIL issu de la loi pour une République numérique », *LexisNexis*, 29 avr. 2017, n° 17, p. 824.

FRISON-ROCHE M.-A.,

-« Le modèle du marché », *Archives de philosophie du droit*, t. 40, *Droit et Esthétique*, 1996, p. 287-314.

- « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire », *RIDE*, 2001, p. 395-412, spéc, p. 398.

- « Le droit de la régulation », *D. aff.*, chron., 2001. P. 610-616.

-« Pourquoi des autorités de régulation ? », in Club Ulysse, *Le politique saisie par l'économie : enjeux économiques et sociaux des élections de 2002*, op. cit., p. 271-285.

-« Régulateurs et juges : discussion générale », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 44.

- « Définition du droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2004, n° 2, p. 129.
- « Les nouveaux champs de la régulation », *RFDP*, 2004, n°109, p. 53-63.
- « L'hypothèse de l'interrégulation », in FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Les risques des régulations*, Broché, 2005, p. 69.
- « Proposition pour une notion : l'opérateur cruciale », *Concurrence-distribution*, *Dalloz* 2006, n°27, p. 1895.
- « La distinction entre régulation économique et régulation financière », https://mafr.fr/IMG/pdf/132-Distinction_reg_financiere_et_economique.pdf, 5 p.
- « Ambition et efficacité de la régulation économique », *RDBF –Rev. bimestrielle LexisNexis jurisclasseur*, 2010. p. 59-66.
- « La complexité inhérente à la régulation des systèmes de santé : dialectique entre politique et contrat », in FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *La régulation des secteurs de santé*, Presses de Sciences Po, 2011, p. 170-171.
- « Objectif adjacent de la régulation de l'énergie », in BEHAR-TOUCHAIS M., *A quoi sert la concurrence*, Paris, Concurrences, 2014, p. 24.
- « Réguler les entreprises cruciales », *Dalloz, Chron.*, 2014, p. 1556-1563.
- « Les différentes natures de l'ordre public économique », 2015, in *Archives de philosophie du droit, L'ordre public*, *Dalloz*, 2015, t. 58, p.105-128.
- « Compliance et incitations : un couple à propulser », in BORGA N., MARIN J.-C., RODA J.-Ch. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, *Dalloz*, 2018, p. 23-36.
- « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », in BORGA N., MARTIN J.-C., RODA J.-Ch. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge, op. cit.*, 2018, p. 3.
- Le « "Droit européen de la Compliance" : un rempart contre la crise ? » in *Option Finances, Les Défis Conformité / Compliance*, 15 sept. 2020, Paris.
- FRISON-ROCHE M.-A., COHEN-TANUGI L.** (dir.), *La régulation : monisme ou pluralisme ? Équilibres dans les secteurs des services publics concurrentiels*, *LPA*, 10 juill. 1998, n° spécial.
- GALLAND M.**, « AMF : recours contre les décisions de l'AMF », *Lextenso*, 02 juill. 2019, id. B-EA075, p. 1.
- GALUSTIAN G.**, « La protection des données personnelles à l'épreuve du numérique », *RDP*, 01 sept. 2018, n°5, p.1389.
- GARAPON A.**, « Un nouveau modèle de justice : efficacité, acteur stratégique, sécurité », *Esprit*, nov. 2008, p. 99.

GARRABE M., « Production de transferts et d'assistance : contestation du rôle de l'interventionnisme social de l'État providence » in Centre d'études et de recherches administratives, *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, op. cit., p. 299-307.

GAUDEMET Y.,

-« Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès », in *Les mutations contemporaines du droit public : mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 187.

-« Le partenariat public-privé en France », *Bulletin juridique des contracts publics*, sept. 2004, n°22, p. 331-339.

-« La régulation économique ou la dilution des normes », *RDP*, 1^{er} janv. 2017, n° 1, p. 23.

GAUER G., BANSARD K., CHRIST F., « The Suez Environnement Seal case-EUR 8 million fine for breaching a Commission seal during an inspection », *Competition Policy Newsletter*, n°3, 2011, 4 p., accessible: https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2011_3_2_en.pdf.

GAZIER B., « Jalons pour une histoire des États face à la contrainte économique », *Pouvoirs*, mars 2012, n° 142, p. 5-19.

GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *RFDA*, 1989, n° 141, p. 215.

GEORGES A., « Les procédures négociées en droit de la concurrence ou comment échapper aux sanctions tout en se faisant rendre » *Reflets*, mai-juin 2007, p. 46-48.

GILE N., « La rupture brutale d'une relation commerciale établie : les dégâts collatéraux causés aux entreprises françaises par une loi dévoyée », *Gazette du Palais*, 19-22 août 2015, n° 2362, p. 6 et s.

GIRAN J.-P., « Déréglementation et liberté », in GIRAN J.-P. (dir.), *La déréglementation : passeport pour une économie libérée*, op. cit., p. 13.

GIRAUD G., « Crise financière, une chance ? », *Rev. Projet*, juin 2008, n° 307, p. 73-74.

GIRGENSON I., GRELIER L.-A., « Le droit européen de la concurrence à l'épreuve de la transparence », *RLC*, 2011/29, p. 66.

GOFFIN L., « La jurisprudence de la Cour de justice sur les droits de la défense », *CDE*, 1980, n° 16, p. 127.

GOOSSENS Ph., « La CNIL veut aller plus loin et plus fort », *JCP*, 29 janv. 2018, n° 5, p. 1.

GRAL J.-C., MALLEEN G.,

-« Déséquilibre significatif : entre une affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des obligations », *RLC*, n° 56, 2016, p. 20-36.

-« Le déséquilibre significatif en droit français : une notion, deux textes, deux régimes juridiques », *Grall Avocats*, Janv. 2017.

GRANGE J., « Plaidoyer pour une liberté contractuelle », *JCP S*, 25 avr. 2017, n° 16, p. 48-50.

GRANDJEAN G., « Les fonctions politiques des juges. Propos introductifs sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction », in GRANDJEAN G., WILDEMEERSCH J. (dir.), *Les juges : décideurs politiques ?*, Bruylant, 2016, p. 18.

GRAU E. R., « Révolution juridique sous pression de la globalisation ? » in RIBOT C., AUTIN, J.-L. (dir.), *Environnements : les mots du droit et les incertitudes de la modernité : mélanges en l'honneur de Jean-Philippe Colson, op. cit.*, p. 139.

GRAVELEAU Ph.,

-« Qualité pour saisir l'ARCEP d'une décision de sanction », *Gazette du Palais*, 25 avr. 2013, n° 115.

-« Traitement de données à caractère personnel : pouvoir de contrôle de la CNIL », *Gazette du Palais*, 27 mars 2014, n° 86, p. 1.

-« Motivation obligatoire de la délibération de la CNIL autorisant la mise en œuvre de traitements des données à caractère personnel », *Gazette du Palais*, 12 juin 2014, n° 163, p. 29.

-« Pouvoir de sanction de l'ARCEP : manquement à une obligation intermédiaire », *Gazette du palais*, 17 mai 2016, n° 18, p. 39.

-« Sanction complémentaire de publication d'une décision de la CNIL : principe de proportionnalité », *Gazette du Palais*, 11 oct. 2016, n° 35, p. 40.

GRELLEY P., « Contrepoint - Coup d'œil sur la loi Loucheur », *Informations sociales* 2014/4, n° 184, p.31.

GRIGUER M., SCHWARTZ J., « Recours contre une décision de la CNIL : faut-il saisir l'opportunité ? Les éléments à prendre en compte », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai 2019, n° 3, prat. 15, p. 3.

GRIMMEL A., « Judicial interpretation of judicial activism-The legacy of rationalism in the studies of the European Court of justice », *European Law Journal*, vol. 18, n° 4, 2012, p. 518-535.

GRYNFOGEL C., « Sanctions du droit européen de la concurrence », *LexisNexis*, 22 oct. 2013, n° 287, p. 5.

G'SELL F., « Le Conseil d'État et les plateformes : de l'*ubérisation* à un programme d'action », *JCP*, 23 Oct. 2017, n°43, p. 1926-1929.

GUEDON M.-J., « Service public et intérêt économique », in GUÉDON M.-J., *Sur les services publics*, Paris, Economica, coll. « Recherches Panthéon-Sorbonne », 1982. p. 6 et s.

GUERIN M.-C., « Concurrence. – Pratiques anticoncurrentielles. – Faits justificatifs. Procédure et sanctions », *Lexis 360*, 30 Sept. 2018, Document : JCl. Procédures Formulaire - V° Concurrence déloyale - Fasc. 10.

GUILLAUME E., COUDRAY L., « Le contentieux des décisions de règlement de différends des autorités de régulation devant le juge judiciaire », *RJEP*, nov. 2011, n° 691, étude 6, p. 2.

GUINARD D., « Réflexions actuelles sur la notion de service public », *Regards croisés sur l'économie*, févr. 2007, n° 2, p. 36-43.

GUYOMAR M., « La jurisprudence du Conseil d'État sur les décisions de l'AMF : 15 ans de réflexions », *BJB*, 1^{er} déc. 2012, n°12, p. 555.

HABERMAS J., « Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie », in *Die postnationale Konstellation. Politische essays*, Frankfurt-am-Main, Shurkamp, 1998, trad. française, *Après l'État -nation. Une nouvelle contellation politique*, Paris, Fayard, 2000.

HANNOUN C., « Comment interpréter le désordre des autorités administratives indépendantes ? », in DECOOPMAN N. (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes : l'exemple du secteur économique et financier*, op. cit., p. 7.

HAQUET A., « Le pouvoir règlementaire des autorités administratives indépendantes », *RDP*, 1^{er} mars 2008, n° 2, p. 3.

HAGELSTEEN M.-D., « Le regard du Conseil de la concurrence sur la mise en œuvre du principe de loyauté », *École nationale de la Magistrature*, 7 oct. 2003, 21 p.

HENRY E., « 'Fake news' : ce qu'en disent la philosophie, la sociologie, l'informatique, l'économie et le droit », *CNRS*, 2018, 16 p.

HOUVENEERS C., « Les multiples objectifs de la politique de la concurrence : un système de N équations à un N+1 inconnues ? », in *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2008/1, t. XLVII, p. 9-37.

HOYNCK S.,

-« Indépendant de qui ? Les trois âges de l'indépendance des autorités des régulateurs des télécommunications en Europe », *RFAP*, mars 2012 n° 143, p. 791-801.

-« L'obscur clarté du régime des sanctions administratives prononcées par les autorités de régulation », *RJEP*, nov. 2014, n° 724, repère 10, 3 p.

ICARD Ph., « L'accès au juge de l'Union européenne », *in* DONIER V., LAPEROUSCHENEIDER B., *L'accès au juge, recherche sur l'efficacité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 712 et s.

IDOT L.,

-« La transparence dans la procédure administrative : l'exemple du droit de la concurrence », *in* RIDEAU J. *La transparence dans l'Union européenne*, LDGJ, 1999, p ; 121.

- « Les procédures de clémence en droit de la concurrence », *in* JUDE J.-M. (dir.), *La clémence et le droit, op. cit.*, p. 113.

- « Politiques et actions de l'Union. Cartels et protection juridictionnelle effective », *jurisclasseur LexisNexis*, déc. 2013, n° 533, p. 1.

- « Le réseau européen de la concurrence : une forme de justice économique ? », *RLDA*, 1^{er} mai 2015, n° 104, p. 1.

IDOUX P.,

-« Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, p. 920.

-« La régulation des activités ferroviaires », *in* VIDELIN J. Ch. (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques, op. cit.*, p. 72.

-« L'inconstitutionnalité du pouvoir de sanction de l'ARCEP », *RLC*, 13 oct. 2013, n° 3. 6 p.

-« Rétablissement du pouvoir de sanction et réorganisation du collège de l'ARCEP », *RLC*, 1^{er} juill. 2014, n° 40, 1, 2 et 3.

-« Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européenisé », *Lextenso, Droit des sociétés*, 2016, n° 93, p. 275-283.

ISNARD N.,

-« Contentieux de la régulation des communications électroniques. Pouvoir de sanction », *Jurisclasseur Communication*, 8 mai 2017, fasc. 1409, p. 5.

-« Contentieux de la régulation des communications électroniques. Pouvoir de règlement des différends », *Jurisclasseur communication*, 1^{er} janv. 2018, n° 436, p. 1.

ISRAEL J.-J., « La complémentarité face à la diversité des régulateurs et des juges », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 24.

JAMET J.-F., « L'Europe et la régulation de la mondialisation », *Questions internationales*, n° 31, mai-juin 2008, p. 36 et s.

JAMIN Ch., « Théories générales des contrats et droit des secteurs régulés », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2342 C.

JEAN S., « Vue d'ensemble : le printempsou une hirondelle », *in* BENSEDOUN I., COUPPEY-SOUBEYRAN J. (dir.), *L'économie mondiale 2018, op. cit.*, p. 52.

JEANNENEY P.-A, MACAIRE A., « Communications électroniques. Rôle de l'ARCEP dans la procédure », févr. 2007, actualisation : oct. 2014.

JOLIE S., CHAMINADE M., GREFFE F. et al., « Chronique de jurisprudence », *Gazette du palais*, 2012, n° 243, p. 3.

JOSSERAND L., « Contrat d'adhésion et contrat dirigé », *Dalloz*, 1933. Chron., p. 89.

KANAYAMA N., « intérêt général » : Le pays de Rousseau aujourd'hui », in MATHIEU B., « L'intérêt général au Japon et en France », *Société de législation comparée*, Dalloz, 2008, p. 53 et 55.

KEITA B., « Vers un droit européen de la répression administrative en matière financière », *BJB*, n° 10, p. 410.

KIRAT Th.,

-« L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats "incomplets" à la pratique des contrats administratifs », *RIDE*, 2003, n° 1, p. 11-46.

-« L'exorbitance du droit administratif : Analyse économique », in MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, op. cit., p. 63-64.

KOLEVA P., « La responsabilité sociale des entreprises Une occasion de repenser les modes de régulation en Europe centrale dans le contexte du développement durable », *Rev. d'études comparatives Est-Ouest*, 2009, n° 40 p. 5-31.

KOURTESSI-PHILIPPAKIS G., « La notion de territoire : définitions et approches », in KOURTESSI-PHILIPPAKIS G., TREUIL R. (dir.), *Archéologie du territoire, de l'Égée au Sahara*, op. cit., p. 7-14.

KOVAR J.-Ph., « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, mars 2012, n° 143, p. 655 à 666,

KOVAR J.-Ph. « L'arrêt Dubus : suite et fin ? », *L'essentiel du droit bancaire*, janv. 2011, n°1, p. 1.

KURGMAN P., « A Country is Not a Company », *Harvard Business Review*, January-february 1996, 9 p.

LABETOULLE D., « Le contrôle des autorités administratives indépendantes : le rôle du juge administratif », in DOMINGO M., DE CHARRETTE H. (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, op. cit., p. 15.

LACABARATS A., « Le rôle du juge », *LPA*, 31 juill. 2003, n° 152, p. 43.

LAGET-ANNAMAYER A., « La détermination des objectifs de la régulation dans l'Union européenne : au-delà de l'évidence, la complexité », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph., *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 52 et s.

LAURENT E., « L'intérêt général dans l'Union européenne. Du fédéralisme doctrinal aux biens publics européens ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2007, n°2, p. 27-33.

LATTY F., « L'ordre public sans l'État : quelques remarques sur un oxymore en trompe-l'œil », in DUBREUIL Ch.-A., *L'ordre public*, op. cit., p. 21.

LAMARCHE L., « L'État désétatisé et ses fonctions sociales : Eléments de réflexion », in CREPAU F. (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 252.

LAMARCHE Th., « Responsabilité sociale des entreprises, régulation et diversité du capitalisme », *RDLR*, 2011, 6 p.

LAMARQUE J., « Le déclin de la clause exorbitante », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le Juge et le droit public*, op. cit., p. 513, 514, 515 et 516.

LAMY,

-« Précisions sur le pouvoir de sanction de l'ARCEP », *RLDI*, 1^{er} mars 2009, n° 47.

-« Les données : nouvel instrument de régulation économique », *RLDA*, n° 6098, 2018, 8 p.

-« Attributions de la DGCCRF », n°180-105. Dernier mis à jour janv. 2020.

LAROCHE M., « Modes alternatives de règlement des litiges et droit de la concurrence », *Gazettes du Palis*, 13 août 2015, n°255, p. 34.

LASSERRE B.,

-« La culture de la concurrence : démonstration par la preuve », *Dalloz*, 2004, p. 714.

-« La non-contestation des griefs en droit français de la concurrence », *Concurrences*, févr. 2008, p. 93-100.

- « La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace », *Journal des sociétés*, 8 déc. 2008, n°61, 28 p.

-« L'État régulateur », Rencontre avec les élèves de la nouvelle promotion de l'ENA, 25 janv. 2019, p. 7.

-« La régulation économique de la santé », *Conseil d'État*, entretiens du droit social, 8^e éd., 1^{er} févr. 2019, p. 3.

LARZUL T., « Droit constitutionnel de l'administration », *Jurisclasseur Administratif*, 2 févr. 2013, mise à jour 2 avr. 2019, n° 1452, p. 4.

LAVAU G., « Le juge et le pouvoir politique » in Centre des sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, *La justice*, Paris, PUF, 1961, p. 62.

LEBEL G.-A., « La mondialisation : une hypothèse économique galvaudé aux effets dramatiques », in CREPEAU F. (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant, 1998, p. 5.

LE BIHAN-GRAF C., CREUX E., « Le règlement des différends, instrument moteur de la régulation Sectorielle », *Environnement - Infrastructures*, juin 2016, n° 6, étude 13, 9 p.

LE BIHAN-GRAFE C., COURTADE P., « La place de la sanction dans la pratique des autorités de régulation économiques sectorielles », *Energie, Environnement, Infrastructures*, févr. 2018, n° 2, étude 3, p. 4.

LEMERCIER C., « La chambre de commerce de Paris, acteur indispensable de la construction des normes économiques (première moitié du XIX^{ème} siècle) », *Genèses*, 2003, p 50 in HIRSCH J.-P., *Les deux rêves du commerce. Entreprise et institution dans la région lilloise*, *op. cit.*,

LE THEULE F.-G., « Surveillance, régulation financière et gouvernance européenne. Contribution à l'analyse d'une réforme européenne au travers d'une étude de cas : le rapport de Larosière (2009) », in DE BOISSIEU Ch., LE THEULE F.-G., BAILO P., *Comment la régulation financière peut-elle sortir l'Europe de la crise*, *op. cit.*, p. 207.

LOBEZ F., VILANOVA L., « Banques, risques et régulation prudentielle », in LOBEZ F., VILANOVA L. (dir.), *Microéconomie bancaire*, Paris, Puf, coll. « Finance », 2006, p. 281-303.

LOCHAK D., « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, avr. 2007, n°123, p. 19-32.

LE FUR A. V., « Droit financier : « ne bis in idem » et décision du conseil constitutionnel », *Rev. Droits & Affaires*, oct. 2015, n° 12, p. 1 et s.

LENARTS K., MASELIS I., « Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de contestation d'infraction aux articles 81 et 82 », *journal du Tribunal*, 2000, p. 496.

LENOBLE J., « La crise du juge », *RIDC*, 1992, n°42, p. 542-548.

LEPETIT J.-F., « État, juge et régulateur », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 9.

LEVY-LEBOYER M., « L'intervention de l'État : mythes et réalités » in LEVY-LEBOYER M., CASANOVA J.-C. (dir.), *Entre l'État et le marché, l'économie française de 1880 à nos jours* », Gallimard 1991, p. 251.

LIEBER S.-J., BOTTEGHI D., « Les pouvoirs de la CNIL et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2010.

LIGNIERES P., LAZAR R., « Les outils d'intervention de l'État face à la crise financière », *Dr. adm.*, janv. 2009, partie 1.

LOMBARD M.,

-« Service postal communautaire », *AJDA*, sept. 1998, p. 718.

- « Irréductible intérêt général », *AJDA*, 2006, p.1809.

-« Le droit public économique face à la crise », *RFDA*, 2010, p.764.

-« Reconstruire le pouvoir de l'ARCEP et du CSA », *in* Actualités du droit de la concurrence et de la régulation, *AJDA*, 2013, p. 1953.

-« Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? », *in* MARCOU G., MASING J. (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, *op. cit.*, p. 147-167.

LOUIS J., GUIGLIELMI C., « L'esprit de la déréglementation aux États-Unis », *in* GIRAN J.-P. (dir.), *La déréglementation : passeport pour une économie libérée*, *op. cit.*, p. 73.

LOUSSAIEF L., BOURSIER-BEQUAERT B., « Comment concilier RSE et marketing ? Un décryptage à travers le discours de quatre responsables en entreprise », *in* DUPUICH F. (dir.), *Regards croisés sur la responsabilité sociale de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 173.

LOUVARIS A., « Régulation économique et inflation normative », *RDP*, 1^{er} mars 2014, n° 2, p. 304.

MAGENDIE J.-C., « Le rôle du juge sur l'action sanctionnatrice de l'Autorité des marchés financiers », *BJB*, 1^{er} déc. 2009, n° spéc. p. 421.

MAISNIER-BOCHÉ L., « Loi « pour une République numérique » : état des lieux en matière de protection des données personnelles », *RLDI*, 1^{er} nov. 2016, n° 131, p. 1 et 2.

MALAURIE-VIGNAL M., « Droit processuel - Principe de loyauté de la preuve et entente sur les prix – », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 10, oct. 2007, comm. 244, p. 2.

MALLOL F., « Service public - Divorce à l'européenne ? Ou l'épineuse question des services publics... », *JCP*, 2 oct. 1996, doct. 3963, n° 40, p. 1289.

MANDIL C., « La régulation dans le cadre d'une politique sectorielle publique », *LPA*, juill. 1998, n°82, p. 11.

MARCOU G.,

« La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347.

-« L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *in* REVET Th., VIDAL L. (dir.), *Annales de la régulation 2009*, *op. cit.*, p. 86.

MARCHAL F., « L'évolution des procédures de clémence », *Rev. française d'économie*, 2013, n° 3, p. 71-117.

MARIE A., « Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles », *Lamy droit de la concurrence*, n°14, 1^{er} Janv. 2008, 17 p.

MARILLER P., « Condamnation ferme de la gestation pour autrui par le Parlement européen », *RGDM*, 2016, n° 58, p. 341-342.

MARIMBERT J., « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », *LPA*, 23 janv. 2003, n° 17, p. 41.

MARTIN G. J., « L'ordre concurrentiel et le droit de l'environnement », in *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, op. cit., p. 471.

MARTIN S., « L'ouverture à la concurrence de l'activité ferroviaire : l'exemple allemand », in VIDELIN J. Ch. (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques*, op. cit., p. 229.

MARTUCCI F., « Les "Mesures anti-crise" et le droit de la stabilité financière », in CLEMENT-WILZ L. (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit, p. 261.

MARTY F.,

-« Intérêt général et concurrence. Les entités à buts non lucratif à l'épreuve des règles européennes », *HAL*, 2015, n° halshs-01166066f, 9 p.

-« La révolution n'a-t-elle pas eu lieu ? De la place de l'analyse économique dans le contentieux concurrentiel de l'Union européenne », in GIACOBBO-PEYRONNEL V., VERDURE Ch. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, op. cit., p. 27-79.

MARTORS B., ROKIS D., « La bataille du rail : un droit en construction », *RD transp.*, sept. 2009, n°9, étude 12.

MARUET DE VASSILOT L., MARTINON A., « L'ordre public conventionnel », *JCP S*, 25 avr. 2017, n° 16.

MASSON A., « La force juridique de la doctrine des autorités de régulation », *BJB*, 01 mai 2006, n° 03, p. 292.

MASSOT J., « Les fondements des pouvoirs régaliens de l'État sur les marchés », in *La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché*, Colloque de l'Association Droit et Démocratie, *LPA*, 17 sept. 2001, n° 185, p. 6.

MAVIEL J., PREVOST J.-B., « Sexualité et handicap : débat autour de la légalisation de l'assistant sexuel », *Gazette du Palais*, 2018, n° 4, p. 87.

MAYER P., « Le mythe de l'« ordre juridique de base » (ou *Grundlegung*) », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, op. cit., p. 199.

MAZARS M.-F., « La CNIL à l'ère du RGPD : la protection des données personnelles renforcée », *Les cahiers sociaux*, n°306, 1^{er} avr. 2018, p. 1.

MEHDI R., « Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubois*, Paris, Dalloz 2002, p. 105-119.

MEYRING B., BAETEN M., « Le droit de la concurrence et la transparence : une quadrature du cercle ? », *JDE*, 2012, n° 10, 294 p.

MEZAGEUR M., « Le contrôle du juge sur les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne », in **GIACOBBO-PEYRONNEL V., VERDURE Ch.** (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 594.

MBONGO P., « La "neutralité économique de la constitution" à l'ère de l'intégration économique européenne et de la globalisation », *Lextenso*, 22 janv. 2009, p. 79.

MCLURE C. E. Jr., « The long Shadow of History: Sovereignty, Tax Assignment, Legislation, and Decisions on Corporate Income Tax in the US and the UE », in **AVI-YONAH R. S., HINES Jr. J. R., LANG M.** (dir.), *Comparative Fiscal Federalism*, *op. cit.*, p. 147.

MENARD C., « Imprévision et contrats de longue durée : une économiste à l'écoute du juriste », in *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2014, p. 661-671.

MODERNE F., « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : leçons du droit comparé », in *Mélanges Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, VII-707 p., spéc. p. 411-427.

MODERNE F., ROBERT J., « Les sanctions prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel », *LPA*, 17 janv. 1990, n° 8.

MORAND-DEVILLER J., « Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes », *LPA*, 12 sept. 2003, n° 183, p. 6.

MORAND-DEVILLER J., BONICHOT J.-C., « Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement », *Lettre recherche droit et justice*, 2008, n° 31.

MORGAN DE RIVERY E., CHASSING E., « Le respect des droits fondamentaux dans les procédures de concurrence : le point de vue d'un avocat », *Rev. des affaires européennes*, 1^{er} janv. 2011, n° 1, p. 181-190.

MULLER E., « La comparaison des objectifs de la régulation et de la police », in **ECKERT G., KOVAR J.-Ph.**, *Les objectifs de la régulation économique et financière*, *op. cit.*, p. 25.

MULLET F. C., « La concurrence dans l'économie numérique », in BEAHAR-TOUCHAIS M., *A quoi sert la concurrence*, *op. cit.*, p. 481.

NAFTALSKI V. F., DESGENS-PASANAU G., « Projet de règlement européen sur la protection des données : ce qui va changer pour les professionnels », *RLDI*, mars 2012, n° 2693.

NASZALYI Ph., « Gouverner c'est prévoir ! », *Rev. des sciences de gestion*, 2017, n° 283, p. 1 à 2.

NAZZINI R., « Administrative enforcement, judicial review and fundamental rights in EU competition law : A comparative contextual-functionalist perspective », *CMLR*, 2012, Vol. 47, n° 3, 971.

NECIB D., « L'ARCEP, le bras armé de la nouvelle République numérique », *Lamy*, 1^{er} nov. 2016, n° 55.

NEMERY J.-C., « L'interventionnisme économique des collectivités locales », *Les annales de la recherche urbaine*, n° 28, 1985, p. 139-146.

NICINSKI S.

-« Le plan de relance de l'économie », *RFDA*, 2009, p. 273 s.

-« Le mode de régulation », *RFDA*, 2010, p. 735.

NOGUELLOU R.,

-« La relance et le droit administratif », *Dr. adm.* 2009, alerte 1.

-« L'office du juge de la régulation économique », *RDP*, 1^{er} mars 2014, n° 2, p. 329.

OCHOA N., « La régulation, ersatz de police administrative spéciale », *Hal*, juin, 2017, p. 2.

OLIVENNES D., DE SAINT PULGENT M., « L'État en crise : un échange », *Le Débat* 2000/5, n° 112, p. 10-14.

OMNES C., LESCURE M., « De la grande guerre à la crise : une adaptation difficile (1914-1939) », *CCI Paris*, Vol. 3, 2003, p. 177-213.

ORTINO M., « A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness », *CDE*, 2016, n° 1, p. 91 et s.

OST F., « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », in Institut d'études sur la justice, *Le rôle du juge dans la cité : actes du Colloque, 12 oct. 2001*, Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, coll., « Cahiers de l'Institut d'Études sur la Justice », 2002, 186 p., spéc. p. 15-45.

PALMA-ALMARIC V. (dir.), « Chroniques autorités administratives indépendantes et libertés », *LPA*, 11 déc. 2018, n°12, p. 7.

PAQUES M., « L'action politique du juge. En particulier celle du juge de l'administration », in GRANDJEAN G., WILDEMEERSCH J. (dir.), *Les juges : décideurs politiques ?*, op. cit., p. 134.

PAQUOT Th., « Qu'est-ce qu'un territoire ? », *La vie sociale*, 2011, n° 2, p. 23 à 32.

PARIER A., « Le quatrième paquet ferroviaire : l'impossible libéralisation ? », *Bruges Political Research Papers / Cahiers de recherche politique de Bruges*, January 2014, n°33, 28 p.

PARKER D., KIRKPATRICK C., « Privatisation in Developing countries: A review of the Evidence and Policy Lessons: The Journal of Development Studies », mai 2005, vol. 41, n°4, p. 513.

PAULIAT H., « De l'utilisateur au client de la SNCF », in VIDELIN J.-Ch. (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques*, op. cit., p. 100.

PAYE J.-C., « L'encadrement institutionnel de l'économie de marché », *RFAP*, n° 61, 1992, 19 p.

PEBEREAU M., « Les enjeux économiques des années 80 », in LEVY-LEBOYER M., CASANOVA J.-C. (dir.), *Entre l'État et le marché, l'économie française de 1880 à nos jours*, Gallimard, 1991, p. 612.

PELLISSIER G., « Le juge administratif et les dérogations » in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le Juge et le droit public*, op. cit., p. 666.

PERROUD Th.,

-« Les raisons de l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux AAI », LGDJ 2016, *Droits des sociétés*, 2016, n° 2 p. 317-336.

-« Faut-il un tribunal de régulation ? », *HAL*, Aix-en-Provence, 2016, n° hal-01699008, 22 p.

- « La cour d'appel de Paris est-elle vraiment un juge administratif ? », *Droit administratif*, mai 2017, n° 5, étude 9, p. 2.

PESCATORE P., « Une révolution juridique-Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne », *Commentaire*, n° 59, automne 1992, p. 569.

PETIT J., « Les ordonnances *Dieudonné* : séparer le bon grain de l'ivraie », *AJDA*, 2014, p. 871.

PEZ Th.,

-« Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *RDP*, 1^{er} mars 2014, n° 2, p. 358.

-« L'ordre public économique », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 49, « dossier : l'entreprise », oct. 2015, p. 44.

PHILIPPE J., TRABUCCHI M., « Gazette droit de la concurrence », *Gazette du palais*, 14 nov. 2009, n°318, p.3.

PIAZZON Th., « Des pouvoirs de sanction de l’Autorité de concurrence », *Gazette du Palais*, n° 99, avr. 2013.

PIROVANO A., « Justice étatique, support de l’activité économique Un exemple : la régulation de l’ordre concurrentiel », *Justices*, 1995, n°1, p. 15.

POILLOT-PERUZZETTO S., « Justice économique européenne ou justices économiques en Europe au regard des normes et pratiques ? », *RLDA*, n° 104, 1^{er} mai 2015, p. 1.

POIMEUR Y., « Comprendre la « justice politique » au niveau européen », in CLEMENT-WILZ L. (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l’Union européenne*, op. cit., p. 67 et s.

POUJOL M., « Les moyens de réalisation des objectifs de la régulation : l’exemple de l’Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières », in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, op. cit., p. 246.

POULLENNEC M., « Vers la fin de la transparence dans les procédures administratives ? », *RLC*, 2010/25, n°51.

PONTIER J.-M., « Sur la conception française du service public » *Dalloz*, 1996, n°9.

PRIETO C., « Google entre les feux de la Commission européenne et ceux de l’Autorité de la concurrence française », *Rev. droit des contrats*, 1^{er} avr. 2011, n°2, p. 484.

Publications et documentations de La semaine juridique, « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d’étape et nouveaux questionnements », *LexisNexis*, mars 2012, n° 9.

QUILICHINI P., « Réguler n’est pas juger. Réflexion sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA.*, 2004, p. 1060.

RACINE J.-B.,

-« La procédure devant l’Autorité de régulation des télécommunications », in BOY L., (dir.), *Les pouvoirs de l’Autorité de régulation des télécommunications*, Rapport de recherche, Paris, Mission de recherche droit et justice, juill. 2000, p. 53.

-« L’ordre concurrentiel et les droits de l’Homme », in *L’ordre concurrentiel : mélanges en l’honneur d’Antoine Pirovano*, Frison-Roche, 2003, p. 420.

- « La contribution de l’ordre public européen à l’élaboration d’un ordre public transactionnel en droit de l’arbitrage », *RAE*, 2005, n° 2, p. 227-239.

- « Droit économique et lois de police », *RIDE*, 2010, p. 61.

RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, mars 2007, p. 259-291.

RADE Ch., « L'exorbitance du droit administratif. Regard d'un privatiste », in MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, p. 47.

RADIGUET R., « Les polices administratives spéciales de l'environnement, facteur ou frein à une protection globale de l'environnement », in NAIM-GESBERT E., PEYEN L., RADIGUET R. (dir.), *Figures de la préservation de l'environnement outre-mer : études de cas et réflexions disciplinaires*, op. cit., p. 13-34.

RAEPENBUSCH S. V., *Le contrôle juridictionnel dans l'union européenne*, Les Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2018, p. 11 et s.

RAINELLI M., « À propos du règlement européen n ° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité », *RIDE*, janv. 2006, t. XX, p. 47-56.

RAMEIX G., « L'AMF, un gendarme bien armé ? », *La Découverte* « Le regard croisé sur l'économie », janv. 2008, n° 3, p. 257 à 262.

RAPP L., TERNEYRE Ph.,

-« Existe-t-il un droit économique ? », *RLDA*, 2010, n° 6007.

-« Pouvoir de sanction et principe de séparation des pouvoirs », *RLDA*, 2011, n° 6115.

RAPOPORT C., DE LA ROSA S., « Enjeux et réalités d'un espace ferroviaire unique européen », in RAPOPORT C. (dir.) *L'espace ferroviaire unique européen. Quelles réalité (s) ?*, op. cit., p. 5.

REMICHE B., « Droit économique, marché et intérêt général », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, p. 253-260, Paris, Frison-Roche, 2002, § 219.

RENAUDIE O., « Que reste-t-il du pouvoir de police générale du gouvernement en matière économique ? », *LPA*, 22 janv. 2009, n° 16, p. 24-32.

RENOUX Th., « Le droit au recours juridictionnel », *JCP*, 1993, n° 7, I, 3675.

REYNAUD P., « L'ordre public économique », *Droit civil approfondi*, Les cours de droit, 1965-1966.

RIBS J., « Le Conseil d'État et les marchés financiers », *LPA*, 1995, n° 118, p. 4.

RIBS J., SCHWARTZ R., « L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes », *Gazette du Palais*, 2000, n° 210-211, p. 3 à 11.

RIEM F.,

-« Concurrence effective ou concurrence efficace. L'ordre concurrentiel en trompe l'œil », *RIDE*, 2008, t. XXII, n° 1, p. 67-91.

-« Retour sur l'ordre concurrentiel », *RIDE*, 2013, t. XXVII, p. 435 à 450.

RICHAUD C., « La prohibition des pratiques anticoncurrentielles comme composante de l'ordre public économique », *Gazette du Palais*, 5 juill. 2016, n° 25 p. 30.

RICHER L., « Le juge économiste ? », *AJDA*, 2000, p. 703.

RIFFAULT-SILK J.,

-« Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes : le rôle de la juridiction judiciaire », in DOMINGO M., DE CHARRETTE H. (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Paris, Economica, 2002, 64 p. spéc. p. 23.

-« La régulation de l'énergie : bilan et réformes », *RIDE*, janv. 2011, p. 5.

RIPERT G., « Aspects juridiques du capitalisme moderne », *RTD civ.*, n° 98, p. 219.

RODRIGUES S., « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », *AJDA*, 2004, n° 22, p. 1181.

ROKIS D., MACÉ DE GASTINES C., « Autonomie des programmes de clémence de l'Union européenne et des États membres : toujours pas de guichet unique », *RLC*, mai, n° 50, 2016, 8 p.

ROLAND S., « L'ordre public et l'État, Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in DUBREUIL Ch.-A., *L'ordre public, op. cit.*, p. 17.

ROUAULT M.-C., « Sanction de publication d'une sanction de la Cnil : soumission au principe de proportionnalité », *LPA*, 27 janv. 2017, n° 020, p. 12.

ROUSSEAU D., « Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel », *Les nouveaux cahiers du droit constitutionnel*, oct. 2017, n° 57, p. 9.

ROUSSELLIER N., « La culture économique de Léon Blum : entre libéralisme juridique et socialisme », *Histoire@Politique* 2012/1, n° 16, p. 111-120.

ROZENBLUM S., « Quel modèle d'État stratège en France », *RFAS*, 2017, n° 3, p. 241-245.

RUIZ-FABRI H.,

-« L'État (création, succession, compétences). Genèse et disparition de l'État à l'époque contemporaine », *Annuaire française de droit international*, 1992, n° 38, p. 15-178.

-« Immatériel, territorialité et État », in Archives de philosophie du droit, *Le droit et l'immatériel*, Paris, Sirey, 1999, t. 43, p. 187-212, spéc. p.191.

ROUVIERE F., « Les valeurs économiques de la réforme des du droit des contrats », *Rev. des contrats Lextenso*, 2016, HAL, n° halshs-01428217, 16 p.

ROUX-DEMARE F.-X., « Réflexions pour une législation de la gestation pour autrui en droit français », *RRJ*, 2016, n°3, p. 1017-1032.

SAINT-ESTEBEN R., « Les droits de la défense dans l'application aux entreprises du droit communautaire de la concurrence », *Rev. affaire européenne*, 1994, n° 4 et 18, p. 53.

SALAH M. M., « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur ? », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 261.

SALQUE Ch.,

-« Rapport de la Commission sur la mise en œuvre du premier paquet ferroviaire : une réforme nécessaire, mais inachevée (Vers la création d'un véritable espace ferroviaire européen) », *LPA*, 11 janv. 2007, n°9, p.8.

-« L'impact du droit communautaire sur le système ferroviaire français : d'une indépendance proclamée à un changement de gouvernance », in *RAPOPORT C., L'espace ferroviaire unique européen. Quelle(s) réalité(s) ?*, *op. cit.*, p. 103.

SAUVE J.-M., « Pouvoir publics et concurrence », *Entretiens du Conseil d'État en droit public économique*, 7 mai 2010, p. 4.

SAUVY A., « Trois mondes, une planète », *Vingtième siècle. Rev. d'histoire*, 1986, n°12, p. 81-83.

SAVATIER R., « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *Dalloz*, 1977, Chron. 43.

SCHAUB A., « La politique de concurrence européenne : objectifs et règles », *LPA*, 5 nov. 2001, n° 220, p. 11.

SCHRAMECK S., « Le Conseil d'État conforte le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence pour défaut de notification d'une opération de concentration », *RLC*, 1^{er} oct. 2013, n° 37.

SELENSKY V., « Procédures négociées et stratégies des entreprises », in *BOY L., MARTY F., P. REIS (dir.), Les procédures négociées en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 59-81.

SERAGLINI C., « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythe et réalités », *Gazette du Palais*, 2009, n° 80, p.9.

SEVERIN E., « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et société*, 1993, n° 25, p. 339.

SIMON D.,

-« L'intérêt général vu par les droits européens » in *MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), L'intérêt général, norme constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 47-48.

-« Usage des concepts élastique dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », in LUKE G., *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration : Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, op. cit., p. 707.

SIROËN J.-M., « Crise économique, globalisation et protectionnisme », *Politique étrangère*, avr. 2012, p. 803-817.

SIROUX D., « Le débat sur une éventuelle législation de la gestation pour autrui à l'occasion de la révision de la loi bioéthique », *Gazette du Palais*, 2009, n° 170-171, p. 23-26.

SLACHMUYLDER L., « Juger c'est pacifier », *Juger*, n° 1, printemps 1991, p. 18.

SOUFRON J.-B., « Fakes news et triche électorale en ligne. Le nouveau territoire des campagnes numériques », *Terra Nova*, 28 janv. 2018, 30 p.

SOREL J.-M., « Les États face aux marchés financiers » in LOQUIN E., LEBEN Ch., SALEM M. et al. (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux au 20^e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, op. cit., p. 538 et s.

SORIA O., « La place de la RSE dans le processus de la création normative en droit de l'environnement », in DUPUICH F. (dir.), *Regards croisés sur la responsabilité sociale de l'entreprise*, op. cit., p 79.

SORIANO S., « La mue de l'ARCEP vers le numérique », *Entretien RLC*, 2016/56, n° 3091, p. 8.

STIRN B.,

-« L'extra-territorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres... », *Annuaire français de droit international*, 1992, vol. 38, p. 239-313.

-« La conception française du service public », *CJEG*, 1993, p. 299.

-« Ordre public et libertés publiques », in SEVE R., *L'ordre public*, Dalloz, 2015, p. 9.

STOFFAËS Ch., « Servie publics : de la pratique à la théorie », in MARTINAND C., LORENZI J.-H., *La régulation des services publics. Concilier équité et efficacité*, ESKA, Paris, 1995, p. 7.

TAIBI A., « La justification du pouvoir de sanction des AAI de régulation est-elle toujours pertinente ? », *RIDP*, mars 2013, vol. 84, p. 463-480.

TARDIEU-GUIGUES E., « Liens commerciaux... un déplacement du problème... », *RLDI* juill. 2010, p. 6.

TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p. 153.

TERRE D., « Le gouvernement des juges », in TERRE D. (dir.), *Les questions morales de droit*, Paris, PUF, coll. « Ethique et philosophie morale », 2007, p. 167-191.

- TERNEYRE Ph.**, « Le droit constitutionnel au juge », *LPA*, 4 déc. 1991, p. 4.
- TERNEYRE Ph., DE BECHILLON D.**, « Le Conseil d'État, en fin juge ! », *Pouvoirs*, 2004, n° 123, p. 61-72.
- TEUBNER G.**, « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 3-28.
- THUNIS X.**, « La sagesse du juge : le devoir avant la vertu », in MIES F., *Toute la sagesse du monde, Hommage à Maurice Gilbert, s.j. pour le 65e anniversaire de l'exégète et du recteur, op. cit.*, vol. 4, p. 229 et s.
- TOURBE M.**, « Service public versus service universel : une controverse infondée ? », Presses de Sciences Po, *Critique internationale*, mars 2004, n° 24, p. 21.
- TRAINAR Ph.**, « Crise financière et crise de l'État », *Commentaire*, 2009, n° 126, p. 323-336.
- TRAIN F.-X., JOBARD-BACHELLIER M.-N.**, « Ordre public international », *Jurisclasseur Droit international*, 2008, fasc. 534-1.
- TRAORE S.**, « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ? », *Droit adm.*, 2004, étude 16.
- TREVIDIC M.**, « Les juges spécialisés. Pourquoi les juges spécialisés sont de plus en plus nécessaires », *Après demain*, juill. 2010 n° 15, p. 48-50.
- TIMMERMANS F.**, « la Commission européenne propose de nouvelles règles pour aider les entreprises à traverser les frontières et à trouver des solutions en ligne », Communiqué de presse, Bruxelles, 25 avr. 2018, IP/18/3508.
- TIROLE J.**,
-« Incomplete contracts: where do we stand? », *Econometrica*, vol. 67, no 4, 741-81, 1999.
-« La concurrence n'est pas une religion », *Sciences humaines*, n° 189, janv. 2008, Entretien réalisé par Xavier De La Vega.
- TRSTENJAK V., BEYSEN E.**, « The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJUE », *ELR*, june 2013, p. 293 in VOGEL L., *traité de droit économique*, LawLex, Bruylant, 2015, p. 353.
- TRUCHET D.**, « Label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, n° 7-8, p. 427.
- ULLRICH H.**, « La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *RIDE*, 2003, t. XVII, p. 291 -311.
- VALENDUC Ch.**, « L'harmonisation fiscale et la construction européenne. L'accompagnement du marché ou le renforcement du pouvoir politique ? », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1994, n° 1441-1442, p. 1-58.

VALLINDAS G., « Sanctions, juges de l'Union, juges nationaux et CEDH : Nouvelles perspectives du contentieux européen de la concurrence », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies, op. cit.*, p. 214.

VAUCHEZ A.,

-« The transnational politics of judicialization. Van Ged en Loos and the making of UE polity », *European Law Journal*, déc. 2009, vol. 16, n° 1, p. 1-28.

-« Le travail politique du droit ou comment réfléchir au ‘rôle politique’ de la Cour ? », in CLEMENT-WILZ L. (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne, op. cit.*, p. 39.

VAUTROT-SCHWARZ Ch.-A., « Police et régulation », in VAUTRAUT-SWHARTZ Ch.-A. (dir.), *La police administrative, op. cit.*, p. 55 et s.

VEDEL G., « Remarques sur la notion de clause exorbitante » in PUTMAN E., PANCRATI M.-E., BUY M. *et al.* (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, op. cit.*, p. 257 et s.

VERCAUTEREN P., « La crise de l'État dans l'Union européenne : Une sortie de crise par une refondation du sens » in Centre Thucydide-Analyse et recherche en relation internationale, *Annuaire français de relations internationales, op. cit.*, p. 293 à 315.

VERON N., LEBARZ C., « Quelle régulation financière en Europe ? », *Regards croisés sur l'économie*, janv. 2012, n° 11, pp ; 172-175.

VIDAL L.,

-« L'économie de la répartition des risques dans les contrats : les liens entre droit et économie », in KIRAT Th. (dir.), *Économie et droit du contrat administratif : l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public, op. cit.*, p. 57-112.

-« La concurrence : un paradigme acceptable ? Un paradigme rationnel ? » in BEHAR-TOUCHAIS M., CHARBIT N., AMARO R. (dir.), *A quoi sert la concurrence ? , op. cit.*, 2014, p. 98.

VIDAL L., KIRAT Th., « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », *HAL*, 2005, n° halshs-00004883f, 25 p.

VIEU P., « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *RFDA*, 2010, p. 49.

VILMART Ch., « Contrôle communautaire des concentrations sous le règlement n° 139/2004 », *Jurisclasseur Sociétés Traité*, mars 2013, n° 35-30.

VLACHOS G., « Fondements et fonction de la notion de service public », *Dalloz*, 1978, n° 1, p. 257.

VOGEL L.,

-« Le nouveau droit européen de la concentration », *JCP E*, 1990. II. 15914, n° 40.

-« Droits de l'homme et droit de la concurrence », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux-Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Paris, Dalloz, 2006, p. 443-453.

-« La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies – Plaidoyer pour une réforme », in ANSAULT J.-J., D'AVOUT L., BINCTIN N. *et al.* (dir.), in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, XXIII-874 p., spéc. p. 855 et s.

VON COESTER S., DAUMAS V., « Recours contre les actes non décisifs des autorités de régulation – Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de "droit souple" », *Droit administratif*, avr. 2016, n° 4, comm. 20, p. 8.

VULLIET-TAVERNIER S., « La CNIL et la e-santé », *Gazette du palais*, 26 mars 2002, n°085, p. 14.

WACKERMAN G., « Quel sens pour la notion de frontière dans la mondialisation ? », *Cités*, 2007, n° 31, p. 83-91.

WAELEBROECK D., « Pour une justice économique efficiente en Europe - Le développement en Europe des solutions négociées : engagements, clémence, non-contestation des griefs. Que va-t-il rester aux juges ? », *Gazette du Palais*, n° 329, p. 3.

WAELEBROECK M., « La place de la concurrence dans le Traité de Lisbonne », in DE WALSCHE A., LAURE L. (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden-Proménades au sein du droit européen*, *op. cit.*, p. 829-841.

WAFEU TOKO P., « Le juge qui crée le droit est-il un juge qui gouverne ? », *Les cahiers de droit*, mars 2013, n° 1, vol. 54, 31 p.

WAHL N., « Enjeu et limites actuels de la jurisprudence relative à la compétence de pleine juridiction conférée au juge de l'Union européenne en matière de concurrence », in TIZZANO A., ROSAS A., SILVA DE LAPUERTA R. *et al.* (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilis Skouris 2003-2015 : liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 735.

WALINE C., BENOIS F.-R., « Le Parlement et la crise », *RJEP*, 2009, étude 4.

WALTHER J., « L'évolution des objectifs de la régulation en Allemagne : Bouleversements et continuité », in FEHLING M., RUFFERT M. (dir.), *Regulierungseracht*, *op. cit.*, p. 3 et s.

WARUSFEL B., « Aspects juridiques de la dématérialisation des échanges dans le commerce électronique », *LPA*, 6 févr. 2004, n° 27, p. 17 et s.

WEIL P., « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? » *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1959, p. 281.

WILDEMEERCH J., « L'article 263, alinéa 4 du TFUE : Une modification des conditions de recevabilité du recours en annulation sans (véritables) conséquences », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies, op. cit.*, p. 156 et s.

ZIMMERMANN J.-B., « Le territoire dans l'analyse économique. Proximité géographique et proximité organisée », *Rev. française de gestion*, 2008, n°184, p. 105 à 118.

ZIVY F., « Quel schéma institutionnel pour la régulation de la concurrence ? », *Concurrences*, n° 4/2007, 14479, p. 50-63.

C- Thèses/mémoires

ADEIMI J., *Le cadre juridique de supervision bancaire et dérégulation prudentielle : Du risque souverain aux politiques budgétaires d'austérité*, thèse, Université de Nice, 345 p.

AKOUN E., *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, thèse, Université de Grenoble, 2013, 742 p.

AMAR J., *De l'usager au consommateur du service public*, thèse, Université d'Aix, PUF, coll. « Institut de droit des affaires », 2001, 591 p.

ARSAC-RIBEYROLLES A., *Essai sur la notion d'économie du contrat*, thèse, Université D'Auvergne-Clermont Ferrand I, 2005, 341p.

AZENCOT M., *Le transfert international du siège social*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011, 424 p.

BENHASSINE W., *Le processus de libéralisation des industries électriques et gazières européennes à travers la stratégie de fusion acquisition et d'investissement des firmes : propositions pour une sécurité énergétique renforcée*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2009, 298 p.

BENJAMIN L., *Recherche sur la soft law en droit public français*, Texte remanié de thèse, Presse de l'Université de Toulouse 1 capitole, 2013, 613 p.

BROUSOLLE Y., *La participation des personnes privées aux activités d'intérêt général*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 1993, 372 p.

CALVET J., *Régulation et espace*, thèse, Université de Grenoble, 1978, 832 p.

CASSIN F., *Le rôle des autorités administratives indépendantes au regard des libertés fondamentales*, thèse, Université Paris II, 1995, « microfiches », Cujas 105 x 148 mm.

CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie du marché*, thèse, Université de Montpellier 1, 2004, Dalloz 2006, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », XVI-1044 p.

CLAUSEN F., *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2018, 867 p.

COLLET M., TRUCHET D., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2003, XI-397 p.

CORNU J., *Droit au procès équitable et autorité administrative*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2014, 439 p.

CRESPY DE CONINCK M., *Recherches sur la singularité du contentieux de la régulation économique*, thèse, Université de Montpellier, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2017, X-915 p.

DEAU R., *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, thèse, Université d'Angers 2006, 576 p.

DELICOSTOPOULOS C. S., *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire. Contentieux du droit de la concurrence et de la bourse*, thèse, Paris, LGDJ, coll., « Bibliothèque de droit privé », t. 364, 2002, XX-509 p.

DELVEL V., *Recherche sur un modèle d'autorité de régulation dans l'Union européenne dans les secteurs économiques et financiers*, thèse, Université de Lille II, 2016, 851 p.

GAUDIN H., *Le parlement européen devant la Cour de justice des communautés européennes- Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de justice*, thèse, Université Bordeaux I, 1994, 536 p.

GUERIN A., *Quelle doit être la place du public enforcement et du private enforcement en droit de la concurrence ?* », Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas, 2016, 84 p.

GREVIER P., *La limite des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, thèse, Université de Bordeaux, 2013, 663 p

HARIVEL J., *Libertés publiques, libertés individuelles. Risques et enjeux de la société numérique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2018, 632 p.

IOANNIDOU A., *L'intérêt général en économie de marché, perspectives du droit européen*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2017, 526 p.

JONGIN F., *La police de l'audiovisuel : analyse comparée de la régulation radio et de la télévision en Europe*, thèse, Université de Louvain, 1993, 544 p.

- KALOUDAS B.**, *Les actes administratifs unilatéraux de la régulation*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2016, 643 p.
- KAUFF-GAZIN F.**, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, thèse, Université Robert Schuman Strasbourg, 2001, 535 p.
- LAROQUE P.**, *Les usagers des services publics industriels (Transports. Eau. Gaz, Électricité) : Droits. Obligations. Voies de recours. Études de textes de la jurisprudence*, thèse, Sirey, 1933, 259 p.
- MAUGER R.**, *le droit de la transition énergétique, une tentative d'identification*, thèse, Université de Montpellier, 2017, 709 p.
- MERLAND G.**, *L'intérêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2004, XII-390 p.
- MEZAGEUR M.**, *Les procédures transactionnelles en droit Antitrust de l'Union européenne. Un exercice transactionnel de l'autorité publique*, thèse, Université de Toulouse 1, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2015, 582 p.
- MONTSENY J.-P.**, *Contribution à l'étude du pouvoir normatif et à la notion de régulation : l'exemple du conseil supérieur de l'audiovisuel*, thèse, Université Paris Nanterre, 1999, 637 p.
- NORD N.**, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse, Strasbourg III, 2003, 479 p.
- PEIFFERT O.**, *L'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement*, thèse, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2015, 596 p.
- PERRIN A.**, *L'injonction en droit public français*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2009, 917 p.
- PERRIN F.**, *L'intérêt général et le libéralisme politique. Entre droits et intérêts particuliers (XVII^e-XIX^e siècle)*, thèse, EHESS, Clermont Ferrand/Paris, coll. « Fondation de Varenne », 2012, 430 p.
- PERROUD Th.**, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2011, 1208 p.
- PEYROUX-CISSOKO M.-O.**, *L'ordre public immatériel en droit français*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2018, XV-598 p.
- POUYAUD D.**, *La nullité des contrats administratifs*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, LGDJ, coll., « Bibliothèque de droit public », t. 158, 1991, 598 p.
- REMEDEM A.**, *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, thèse, Université Jean-Monet Saint-Etienne, 2013, 491, p.

REMY B., *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2008, IV-515 p.

SADOUN-MEDJABRA L., *L'extraterritorialité en droit international économique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2010, 449 p.

SAILLANT E., *L'exorbitance en droit public*, thèse, Université de Bordeaux, 2009, 662 p.

SIFFERT A., *Libéralisme et service public*, thèse, Université du Havre, 2015, 452 p.

STASIAKOWSKA A., *Le Marché Intérieur d'Electricité. Entre la libéralisation et la sécurité d'approvisionnement en électricité*, Mémoire, Institut européen de l'Université de Genève, 2008, 100 p.

YOUBO L. B. S., *La Lex societatis en droit international des affaires*, thèse, Université de Bordeaux, 2015, 554 p.

ZARATE-PEREZ A. R., *L'indépendance des autorités de concurrence. Analyse comparative Colombie, France, États-Unis*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011, 525 p.

D- Colloques, conférences et séminaires

ALLIER H., HEIDSIECK Ch.-B., LAVIGNE L., *Rapport collectif sur l'intérêt général. Intérêt général : nouveaux enjeux, nouvelles alliances, nouvelle gouvernance*, nov. 2015, 78 p. <https://co-constructionterritoriale.pplateformecapitalisation.org/wp-content/uploads/2016/07/>. (Consulté le 15/02/2019).

ARCEP, *La régulation réinventée. RegTech is the new GovTech*, Actes du colloque des 20 ans de l'ARCEP et du GRI, Paris, le 22 févr. 2017, Cité de la mode et du design, disponible à l'adresse suivante : https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/Actes-colloque-20ans-Arcep-fev2017.pdf. (Consulté le 26/03/2019).

Association Droit et Démocratie, *La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché*, LPA, Actes du colloque du 17 sept. 2001, n° 185. Accessible : <http://www.droit-et-democratie.org/archives-anciennes/>. (Consulté le 21/04/2017).

BOY L., « Le droit de la concurrence: régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence » Séminaire *EU Competition Law-Integration, Innovation, Cooperation and Modernisation in EUI Working Paper LAW*, n° 2004/9, European University Institute, Florence, 12 déc. 2003, 24 p.

CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D. (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Colloque de clôture du programme de recherche « Le système juridique à l'ère de la contractualisation », 11, 12 et 13 oct. 2007, Dalloz, 2008, 249 p.

CHEVALLIER J., « Contractualisation et régulation », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Colloque de clôture du programme de recherche « Le système juridique à l'ère de la contractualisation », 11, 12 et 13 oct. 2007, Dalloz, 2008, p. 83.

Centre de recherche juridique de Grenoble, *Le droit public économique face à la crise*, 26 févr. 2010, Colloque, *RFDA*, 2010, n°4.

Communauté européenne, TPICE, *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations*, Actes du séminaire organisé par le Tribunal de première instance des Communautés européennes les 22 et 23 nov. 1993, Luxembourg, OPOCE, 1994, 136 p.

Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de Cassation*, Colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, 13 déc. 2013, Broché, 2 sept. 2015, disponible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/la-sanction-regards-croises-du-conseil-d-etat-et-de-la-cour-de-cassation>. (Consulté le 08/07/2017).

Conseil d'État, *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, 24 févr. 2017, accessible : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/l-ordre-public-regards-croises-du-conseil-d-etat-et-de-la-cour-de-cassation>. (Consulté le 14/05/2019).

DEBARGE O., GORGOPOULOS Th., REBAEY O. (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne : 2^{ème} rencontre du GIEPI, 12 et 13 mai 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1 vol., X-371 p.

DE PALACIO L., « Le service public dans le marché européen de l'énergie », *Séminaire « Ouverture des marchés »*, Bruxelles, 9 juill. 2002, p. 2.

DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Actes de colloques 15 et 16 déc., 2011, organisé par la Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne, Cujas, 2013, 342 p.

FAUVARQUE-COSSON B., « Propos introductifs » du Colloque *Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques*, 12 oct. 2012, organisé par la Société de législation comparée, Paris, 2013, Société Législation Comparée, coll., « Colloques », 2013.

GJIDARA M., « Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes », *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu (Actes de la faculté de droit de Split)*, Vol. 50, n° 2, 2013, Paris II Panthéon-Assas, 24 p.

HERAN F., Economiste urbaniste à l'Université de Lille, « Table ronde de la mission d'information : "Gratuité des transports collectifs" sur la philosophie de la gratuité des

transports publics au Sénat, le 07 mai 2019 en prélude du Rapport d'information de G. GONTARD (dir.), *La gratuité totale des transports collectifs : fausse bonne idée ou révolution écologique et sociale des mobilités ?*, Rapport d'information n° 744 (2018-2019), 25 sept. 2019, 142 p.

HOULETTE E., « Sources internationales et internes de la compliance », 1^{ère} table ronde, *Arbitrage et compliance*, Colloque du Club des juristes, Conseil économique, social et environnemental, 27 juin 2019, accessible : <https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2019/07/Colloque-Arbitrage-Compliance-Synth%C3%A8se-des-tables-rondes.pdf>. (Consulté le 15/09/2019).

HUET J., « Exposé introductif : Le cadre juridique est-il adapté aux enjeux contemporains ? » in *Informatique : servitude ou libertés ?*, Colloque organisé par la CNIL et l'Université Paris II Panthéon-Assas – Sénat, 7 et 8 nov. 2005, 135 p., spéc. p. 36-44.

Institut d'études sur la justice, *Le rôle du juge dans la cité : actes du Colloque*, 12 oct. 2001, Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, coll., « Cahiers de l'Institut d'Études sur la Justice », 2002, 186 p.

LENOIR N., « L'intérêt général, norme constitutionnelle », in MATHIEU B., VERPEAUX M., *L'intérêt général, norme constitutionnelle ?*, Actes de colloque, Paris, Dalloz, coll. « Cahiers constitutionnels de Paris I », 116 p.

LOMBARD M., « La loi informatique et libertés (1978-2004) en questions » in *Informatique : servitudes ou libertés ?*, Colloque organisé par la Commission Nationale de l'Informatique et des libertés (CNIL) et l'Université Paris II Panthéon-Assas II - Sénat - 7 et 8 nov. 2005, accessible à l'adresse suivante : https://www.senat.fr/colloques/colloque_cnil_senat/colloque_cnil_senat.html. (Consulté le 05/01/2017).

LAMBARD M. (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Actes de conférences-débats, organisées par l'Institut Cujas de l'Université Panthéon-Assas, Paris II, 2004-2005, Paris, Dalloz, coll., « Thèmes et commentaires. Actes », 2006, 248 p.

MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.) *L'intérêt général, norme constitutionnelle*. Actes de la deuxième journée d'études annuelle du Centre de recherche de droit constitutionnel de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, 108 p.

MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Colloque des 11 et 12 déc. 2003 à Poitiers, Paris, Université de Poitiers/LGDJ, « coll. de la Faculté de droit des sciences sociales », 2004, 312 p.

MERLAND G., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*. Actes de la deuxième journée d'études annuelle du Centre de recherche de droit constitutionnel de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 35.

OCDE, *Table ronde sur l'évolution institutionnelle des autorités de concurrence. Contribution de l'Autorité française de la concurrence*, 17-18 déc. 2014, 11 p. accessible à l'adresse suivante: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)104&doclanguage=fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)104&doclanguage=fr). (Consulté le 30/04/2017).

PASCALE D., SOREL J.-M. (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, publication du séminaire de recherche du 15 juin 2017, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Contextes », 2018, X-491 p.

PHILIPPE E., « Discours d'ouverture », *Arbitrage et compliance*, Colloque du Club des juristes, Conseil économique, social et environnemental, 27 juin 2019, accessible : <https://www.vie-publique.fr/discours/267957-edouard-philippe-27062019-souverainete-juridique-interentreprises>. (Consulté le 17/07/2019).

PONCELET Ch., REVOL H. (dir.), *Le marché européen de l'énergie. Enjeux et conséquences de l'ouverture*, Colloque, Sénat, 20 juin 2001, 68 p., disponible à l'adresse suivante: <https://www.senat.fr/rap/r01-305/r01-3051.pdf>. (Consulté le 15/06/2017).

REYRE D., « Facebook : le point de vue d'un acteur global », in *Les modalités de la régulation européenne*, Conférence annuelle du Club des régulateurs, Université Paris Dauphine, 23 oct. 2015, disponible à l'adresse suivante : https://chairgovreg.fondation-dauphine.fr/sites/chairgovreg.fondationdauphine.fr/files/attachments/151023_Synth%C3%A8se.pdf. (Consulté le 06/04/2016).

SAINT BONNET F., « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel » in MATHIEU B., VERPEAUX M., *L'intérêt général, norme constitutionnelle ?*, Actes de colloque, Paris, Dalloz, coll. « Cahiers constitutionnels de Paris I », 116 p.

SAUVE J.-M.,

- « Quelle régulation et quels leviers pour la finance internationale ? », Introduction des débats de la deuxième conférence du cycle « *Régulation de crise, régulation en crise* », 29 juin 2009, accessible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/quelle-regulation-et-quels-leviers-dans-la-finance-internationale>. (Consulté le 16/06/2017).

- « Discours introductif » in *Le rôle des cours suprêmes en matière de régulation économique*, Colloque organisé par la Regulatory Law Review et les éditions Lextenso, Conseil économique,

social et environnemental, 25 janv. 2010, accessible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-role-des-cours-supremes-en-matiere-economique>.

(Consulté le 25/03/2017).

- « La territorialité du droit », introduction du Colloque *Internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique ?*, Rencontre inter-réseaux, franco-américain, franco-brésilien et franco-chinois, Collège de France, Paris, 10-12 avr. 2012, accessible à l'adresse suivante : <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/archive/2012/06/01/la-territorialite-du-droit-par-j-m-sauve.html>. (Consulté le 18/06/2017).

- « Une vision renouvelée de la régulation économique », in *Corriger, équilibrer, orienter : Une vision renouvelée de la régulation économique*, Propos introductifs du Colloque organisé par le Conseil d'État et l'Autorité de la concurrence en hommage à Marie-Dominique Hagelsteen, 24 sept. 2013, Paris, LGDJ, 2014, coll. « Droits & Débats », 116 p.

- « Discours introductif », *La fonction régulatrice des juridictions administratives*, Colloque de l'Association des juges administratifs français, italiens et allemands (AJAFIA), Conseil d'État, 30 sept. 2016, accessible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-fonction-regulatrice-des-juridictions-administratives-supremes>. (Consulté le 18/08/2017).

- « Discours introductif » in *Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la chimère ?*, Conférence inaugurale du cycle de conférences « Droit comparé et territorialité du droit », organisé par le Conseil d'État, la Société de législation comparée (SLC) et l'Institut français des sciences administratives (IFSA), 20 mai 2015, accessible : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/comprendre-et-reguler-le-droit-globalise-ou-comment-dompter-la-chimere>.

(Consulté le 23/02/2017).

-« La protection des droits fondamentaux à l'ère du numérique », Intervention lors de la remise des prix de thèse de la Fondation Varenne, 12 déc. 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-protection-des-droits-fondamentaux-a-l-ere-du-numerique>. (Consulté le 07/10/2018).

-« Discours introductif », *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, 24 févr. 2017, p. 1., accessible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/l-ordre-public-regards-croises-du-conseil-d-etat-et-de-la-cour-de-cassation>.

(Consulté le 05/03/2017).

SCHRAMECK O., « Discours de clôture » du Colloque *La régulation*, Colloque organisé par les sections du contentieux et du rapport et des études du Conseil d'État, en partenariat avec l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, 20 nov. 2017 (non publié).

SORIANO S.,

-« La régulation dans le secteur de l'audiovisuel », in *La régulation*, Colloque organisé par les sections du contentieux et du rapport et des études du Conseil d'État, en partenariat avec l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, 20 nov. 2017 (non publié).

-« Les barbares attaquent la régulation », in Grand dossier de « La revue stratégique », Colloque ARCEP, *Les barbares attaquent la régulation !*, 5 nov. 2017, ARCEP, Colloque 5 nov. 2017, mis à jour le 16 nov. 2020, accessible à l'adresse suivante : <https://www.arcep.fr/la-regulation/grands-dossiers-thematiques-transverses/la-revue-strategique-de-larcep/colloque-les-barbares-attaquent-la-regulation.html>. (Consulté le 15/06/2019).

STIRN B., «Le service public dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *Colloque d'Athènes Service(s) public(s) en Méditerranée*, 19, 20 oct. 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-service-public-dans-la-jurisprudence-du-conseil-d-etat-francais>. (Consulté le 15/03/2018).

VAUTROT-SCHWARZ Ch., « L'ordre public économique » in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Actes de colloques 15 et 16 déc., 2011, préc., p. 187 et s.

VIDAL L., « Une politique européenne de l'énergie pour une société plus décentralisée », in Colloque Europa : *Quelle(s) politique(s) de l'énergie en Europe pour quel modèle de société ?*, Présentation de la table ronde n°2, Limoges, 24 nov. 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://www.europaong.org/actions/colloques-europa/2017-quelles-politiques-de-lenergie-en-europe-pour-quel-modele-de-societe/>. (Consulté le 19/03/2018).

VOGEL J., « Panorama de la jurisprudence européenne en matière de concurrence », in *3^{ème} journée luxembourgeoise du droit de la concurrence*, Vogel & Vogel, 3 oct. 2017, 50 p., accessible : <https://www.vogel-vogel.com/wp-content/uploads/2018/01/Panorama-de-la-jurisprudence-europ%C3%A9enneConf%C3%A9rence-03.10.2017.pdf>. (Consulté le 15/03/2018).

E- Rapports

Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, Paris, La Documentation française, coll., « EDCE », n° 43, **1991**, 497 p. (Consulté le 28/07/2018).

MARTRE H., *Intelligence économique et stratégie des entreprises*, Paris, La Documentation française, févr. **1994**, 167p. (Consulté le 30/04/2018).

Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions : Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État*, 8 déc. 1994, 197 p., disponible à l'adresse suivante : <https://bibliotheques-specialisees.paris.fr/search/N-EXPLORE-9fe21fb4-c91c-42aa-9a3c-64f27cd76c4c>. (Consulté le 25/06/2017).

STOFFAËS Ch., *Services publics. Question d'avenir*, Paris, Commissariat général du Plan, Paris, Odile Jacob/La Documentation française, août 1995, 416 p. (Consulté le 10/06/2016).

SENAT, *Les instances de régulation de l'audiovisuel et de la déontologie des programmes*, Services des affaires européennes, Rapport n° LC 23, janv. 1997, disponible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/lc/lc23/lc23.html>. (Consulté le 20/02/2018).

BRAIBANT G., *Données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la Directive n° 95/46, mars 1998, disponible à l'adresse suivante : <https://www.viepublique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/984000836.pdf>. (Consulté le 28/03/2019).

Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, coll. « EDCE », Rapport public annuel, n°50, Paris, La Documentation française, 1999, 422 p. (Consulté le 02/02/2018).

THERY J.-F., FALQUE-PIERROTIN I., *Internet et les réseaux numériques*, Rapport fait au nom du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, juill. 1998, 193 p., (Consulté le 01/09/2018).

MARRE B., Rapport d'information sur la préparation de la Conférence ministérielle de l'OMC à Seattle, 30 sept. 1999, 506 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.assemblee-nationale.fr/europe/rap-info/i1824.pdf>. (Consulté le 01/01/2019).

PAUL C., Rapport au Premier ministre, *Du droit et des libertés sur l'Internet. La corégulation, construction française pour une régulation mondiale*, Paris, La Documentation française, mai 2000, 158 p. (Consulté le 15/03/2019).

MERCIER M., Rapport d'information n° 447 (1999-2000) fait au nom de la mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales, 28 juin 2000, t. 1, 620 p., disponible ici : <https://www.senat.fr/rap/r99-447-1/r99-447-11.pdf>. (Consulté le 15/06/2017).

BOY L. (dir.), *Les pouvoirs de l'Autorité de régulation des télécommunications*, Rapport de recherche, Paris, Mission de recherche droit et justice, juill. 2000, 516 p.

Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public « Jurisprudence et avis de 2000 », Paris, La Documentation française, mars 2001, 473 p. (Consulté le 05/06/2018).

JACQUET P., PISANI-FERRY J., TUBIANA L. (dir.), *Rapport de synthèse sur la Gouvernance mondiale*, mai 2001, 507 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.cae-eco.fr/Gouvernance-mondiale>. (Consulté le 06/04/2018).

GAILLY P.-A., *La libéralisation des services publics de l'énergie en France et Europe : un retard français à combler*, Rapport fait au nom de la Commission économique et financière, CCI Paris, sept. 2001, 31 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/gai0109-2.pdf>. (Consulté le 09/05 :2017).

Cour de cassation, *L'innovation technologique*, Rapport annuel 2005, 539 p., disponible à l'adresse suivante <https://www.vie-publique.fr/rapport/28250-rapport-annuel-2005-de-la-cour-de-cassation-linnovation-technologique>. (Consulté le 02/03/2017).

GÉLARD P., *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objectif juridique non identifié*, Rapport fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, Rapport, A.N. n° 3166, Sénat n° 404, du 15 juin 2006, Paris, La Documentation française, t. I : Rapport, t. II : Annexes, disponible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-1.html>.(Consulté le 30/04/2018).

DE LAROSIERE J. (dir.), *The high-level group on financial supervision in the UE*, Brussels, February 2009, 86 p. disponible à l'adresse suivante: https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf. (Consulté le 23/03/2018).

CHAMPSAUR P. (dir.), *Rapport de la Commission sur l'organisation du marché de l'électricité*, fait pour le Ministère de l'économie, de l'Industrie et de l'Emploi- Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, de l'Energie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, avr. 2009, 35 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/094000185.pdf>. (Consulté le 01/06/2018).

Cour des comptes, *Les concours publics aux établissements de crédit, premières recommandations*, Rapport, juin 2009, 135 p., disponible à l'adresse suivante <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/094000295.pdf>. (Consulté le 07/03/2018).

JAUME L., *L'État administratif et le libéralisme. Une histoire française*, Rapport, Fondapol, juin 2009, 30 p., disponible à l'adresse suivante : <http://www.fondapol.org/etude/jaume-etat-administratif-et-liberalisme-une-histoire-francaise/>. (Consulté le 04/06/2018).

APE, *L'État actionnaire*, Rapport, sept. 2009, 248 p., disponible à l'adresse suivante: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/agencedeparticipationsetat/Documents/Rapports-de-l-Etat-actionnaire/2009/REA2009.pdf. (Consulté le 04/06/2019).

LEPETIT J.-F., Rapport fait au Ministre de l'économie et des finances *sur les risques systémiques*, Paris, La documentation française, **avr. 2010**, 108 p. (Consulté le 15/03/2018).

CHANTREL E., DE NAVACELLE Ch., *L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, **sept. 2010**, 42 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/104000490.pdf>. (Consulté le 06/08/2017).

Le Club des juristes, *Des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives*, Rapport, coll. « Commission europe », **mai 2012**, 85 p., disponible à l'adresse suivante : https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2012/05/Rapport_Principes_commun_s_pour-les-autorit%C3%A9s-administratives-.pdf. (Consulté le 25/04/2017).

Conseil d'État, Rapport sur la *Jurisprudence des formations contentieuses du Conseil d'État*, juill.-août- **sept. 2012**, p. 498 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/174000512.pdf>. (Consulté le 25/03/2018).

GABAIS X., LANDIER A., THESMAR D., *La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », **sept. 2012**, 92 p. (Consulté le 26/04/2018).

MANDON Th., HUOT G., LORREYTE B. et al., *Mieux simplifier. « La simplification collaborative »*, Rapport de synthèse, **juill. 2013**, 72 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/files/rapport-synthese-simplification-collaborative2013.pdf>. (Consulté le 30/05/2017).

Conseil d'État, *Le droit souple*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », Etude annuelle, **sept. 2013**, 298 p. (Consulté le 26/04/2018).

Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle 2014, Coll., « Les rapports du Conseil d'État », t. 65, Paris, La Documentation française, **sept. 2014**, 448 p. (Consulté le 15/10/2018).

Association d'économie financière, *Rapport moral sur l'argent dans le monde. Régulation, gouvernance, complexité dans la finance mondialisée*, AEF, **oct. 2014**, 405 p.

Rapport du Conseil de l'Europe, Direction générale des droits de l'Homme et de l'État de droit, *Recommendations and resolutions adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe in the field of media and information society*, Strasbourg, **2015**, 190 p., disponible à l'adresse suivante : <https://rm.coe.int/16806461f9>. (Consulté le 05/03/2018).

Cour des comptes, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence : une construction inaboutie*, Rapport annuel 2015, févr. **2015**, 60 p., disponible à l'adresse suivante :

<https://www.territoire-energie.com/wp-content/uploads/2017/03/ouverture-marche-electricite-concurrence.pdf>. (Consulté le 29/05/2017).

Conseil national du numérique (CNNum), *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, Rapport au Premier ministre, **juin 2015**, 339 p. disponible à l'adresse suivante : <https://cnnumerique.fr/nos-travaux/ambition-numerique>. (Consulté le 03/03/2019).

ADLC, *Réinventer l'économie*, Rapport de synthèse, 2014, **juill. 2015**, 88 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/2019-05/synthese2014.pdf>. (Consulté le 11/06/2017).

Conseil d'État, *L'action économique des personnes publiques*, Etude annuelle, **sept. 2015**, 552 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/164000405.pdf>. (Consulté le 15/04/2018).

DUCHESNE C., CYTERMANN L., VACHEY L. et al., *Rapport relatif aux données d'intérêt général* de l'Inspection des finances, Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, **sept. 2015**, 93 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/DIG-Rapport-final2015-09.pdf>. (Consulté le 06/03/2017).

MEZARD J., *Le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes*, Rapport fait au nom de la Commission CE AAI du Sénat, **oct. 2015**, 134 p., disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/r15-126-1/r15-126-1.html>. (Consulté le 25/04/2019).

CRE, *État des lieux des marchés de détail français de l'électricité et du gaz naturel*, Rapport de surveillance, **2015-2016**, 108 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.cre.fr/Documents/Publications/Rapports-thematiques/Etat-des-lieux-des-marches-de-detail-2015-et-2016>. (Consulté le 10/04/2018).

BONNECARRÈRE Ph., *Habiller les autorités nationales de concurrence à appliquer les règles européennes de concurrence plus efficacement*, Rapport d'information, Sénat, Sess. ordinaire 2015-2016, févr. **2016**, n° 396, 37 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/rap/r15-396/r15-3961.pdf>. (Consulté le 03/06/2018).

HCVA, *Rapport sur la notion d'intérêt général*, 25 **mai 2016**, 82 p., disponible à l'adresse suivante : https://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_du_HCVA_sur_l_interet_gener_al.pdf. (Consulté le 15/03/2017).

Conseil d'État, *Le juge administratif et les autorités de régulation économique*, Le dossier thématique du Conseil d'État, **oct. 2016**, 21 p., disponible à l'adresse suivante :

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/pdf>.

(Consulté le 06/03/2018).

DAUTIEU Th., GABRIÉ É., *Données publiques - Analyse de l'apport de la loi pour une République numérique à la protection des données à caractère personnel (1^{ère} partie). L'ouverture de l'accès aux données publiques et sa conciliation avec la protection des données à caractère personnel*, Communication Commerce électronique, Rapport, **déc. 2016**, n° 12, étude 22. (Consulté le 06/03/2018).

Cour de cassation, *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Etude annuelle, Paris, La Documentation française, **2017**, 300 p., accessible à l'adresse suivante :

https://www.courdecassation.fr/IMG///Cour%20de%20cassation_Etude%202017.pdf.

(Consulté le 06/03/2018).

DARROIS J.-M. (dir.), *Comment se dessine l'avenir de la Régulation Financière à travers le Monde : Bonnes pratiques et Enseignements*, l'Observatoire international des régulations économiques (OIRE), Rapport annuel **2017**, 53 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2017/10/Projet-de-rapport-r%C3%A9gulation-financi%C3%A8re.pdf>. (Consulté le 06/04/2018).

CRE, *Respect des codes de bonne conduite et indépendance des gestionnaires de réseaux en 2015-2016*, Rapport de suivi, **janv. 2017**, 108 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.cre.fr/Documents/Publications/Rapports-thematiques/Respect-des-codes-de-bonne-conduite-et-independance-2015-et-2016>. (Consulté le 10/04/2018).

L'ARCEP, *La régulation au service de territoires connectés*, 2017, « Groupe d'échange entre l'ARCEP, les collectivités territoriales et les opérateurs », t. 2, **avr. 2017**, 84 p., disponible à l'adresse suivante : https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/CR-GRACO-travaux2016-010117.pdf. (Consulté le 05/03/2018).

CSA, *Rapport annuel 2016*, **juin 2017**, 198 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.csa.fr/Informer/Informations-publiques-et-ressources-humaines/Les-rapports-annuels-et-bilans-du-CSA/Le-rapport-annuel-2016-du-CSA>. (Consulté le 06/06/2019).

Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, Etude annuelle 2017, **sept. 2017**, 190 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/174000714.pdf>. (Consulté le 05/05/2018).

Cour des comptes, *Autorités administratives et publiques indépendantes : Politiques et pratiques de rémunération (2011-2016)*, Rapport, **déc. 2017**, 122 p., disponible à l'adresse

suivante : <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2018-02/20180212-AAPI.pdf>. (Consulté le 15/03/2018).

CNIL, *Protéger les données personnelles, Accompagner l'innovation, Préserver les libertés individuelles*, Rapport d'activité, La Documentation française, **2018**, 104 p., disponible à l'adresse suivante : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil-39e_rapport_annuel_2018.pdf. (Consulté le 15/02/2019).

CAPELLO M., *Les reportages dans les médias : les faits rien que les faits ?*, L'observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, IRIS spécial **janv. 2018**, 170 p. (Consulté le 06/03/2018).

CJUE, *Activité judiciaire*, **Rapport** annuel 2017, Luxembourg, févr. **2018**, 273 p. disponible à l'adresse suivante : https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-04/ra_2018_fr.pdf. (Consulté le 13/06/2019).

DGCCRF, *Résultats 2017 de la GDCCRF*, Rapport, **mars 2018**, 32 p., disponible à l'adresse suivante : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/dgccrf/rapports_activite/2017/resultats-dgccrf-2017.pdf. (Consulté le 11/06/2018).

CRE, *L'organisation et les missions de la Commission de régulation de l'énergie*, Rapport d'activité 2017, **mai 2018**, 41 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.cre.fr/content/download/19191/231553>. (Consulté le 25/05/2019).

Conseil d'État, **Cour de cassation**, *Groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Rapport, **mai 2018**, 24 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20QPC%20Conseil%20d%20Etat%20Cour%20de%20cassation%202018%20-.pdf>. (Consulté le 18/06/2017).

ANGLADE P.-A., Rapport d'information n^{os} 772 et 799, déposé par la commission des affaires européennes, *portant observations sur la proposition de loi organique et proposition de loi relatives à la lutte contre les fausses informations*, Assemblée nationale, **mai 2018**, disponible à l'adresse suivante : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-cedu/115b0990_rapport-fond. (Consulté le 15/06/2018).

ARCEP, *L'état d'internet en France*, Rapport d'activité 2018, t. 3, **juin 2018**, 95 p., disponible à l'adresse suivante : https://archives.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapportactivitearceptome3edition2018.pdf. (Consulté le 30/06/2019).

FRASSA Ch.-A., Rapport n^o 668 sur la proposition de loi organique, adoptée par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, *relative à la lutte contre la manipulation*

de l'information, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, Sénat, enregistré le 17 **juill. 2018**, S. E., de 2017-2018, disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/117-668/117-6681.pdf>. (Consulté le 02/07/2019).

MORIN-DESAILLY C., *Rapport fait au nom de la commission de la culture du Sénat sur la proposition de loi adoptée par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, 2017-2018, n° 677, 170, **juill. 2018**, p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/rap/117-677/117-6771.pdf>. (Consulté le 03/06/2019).

HENNION C., *Communication électronique et économie numérique*, Avis présenté au nom de la Commission des affaires économiques pour le projet de loi des finances 2019, Assemblée nationale, **oct. 2018**, n° 1255, t. IX, 72 p. (Consulté le 06/03/2019).

LAWSON M., CHAN M.-K., RHODES F. et al., *Services publics ou fortunes privées*, Rapport OXFAM, **janv. 2019**, 114 p., disponible à l'adresse suivante : <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620599/bp-public-good-or-private-wealth-210119-fr.pdf>. (Consulté le 15/03/2019).

Ph. BAS, Rapport n° 423 (2018-2019) fait au nom de la commission des lois, portant *Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur la souveraineté numérique*, déposé le 2 **avr. 2019**, disponible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/rap/118-423/118-4231.pdf>. (Consulté le 30/06/2019).

PERROT A., BLONDE V., ROPARS A., et al., *La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE*, Rapport public, **avr. 2019**, 82 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000488.pdf>. (Consulté le 05/06/2019).

Rapport parlementaire n° 2019-359 au Président de la République relatif à l'ordonnance du **24 avr. 2019** portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, **avr. 2019**, disponible à l'adresse suivante : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038409923>. (Consulté le 05/06/2019).

FRISON-ROCHE M.-A., *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'Internet*, **avr. 2019**, 139 p., disponible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/lapport-du-droit-de-la-compliance-dans-la-gouverna/>. (Consulté le 03/07/2019).

CREMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *Compétition Policy for the digital era*, Rapport à la Directrice générale de la concurrence, European Union, Rapport **mai**

2019, 133 p., disponible à l'adresse suivante : <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1>. (Consulté le 31/07/2019).

Médiateur national de l'énergie, *Le Médiateur national de l'énergie*, Rapport d'activité 2018, **mai 2019**, 100 p. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.energie-mediateur.fr/wp-content/uploads/2019/05/RA-MNE-2018-interactif.pdf>. (Consulté le 05/07/2019).

GAUVIN R. (dir.), *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapport au Premier Ministre, Assemblée nationale, **juin 2019**, 102 p. (Consulté le 06/07/2019).

GONTARD G. (dir.), *La gratuité totale des transports collectifs : fausse bonne idée ou révolution écologique et sociale des mobilités ?*, Rapport d'information n° 744 (2018-2019), **25 sept. 2019**, 142 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/rap/r18-744/r18-7441.pdf>. (Consulté le 15/11/2019).

AMF, Communication de la Commission des sanctions, *Marchés financiers : principes directeurs issus de la jurisprudence 2003-2018*, Rapport, **sept. 2019**, 512 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.amf-france.org/sites/default/files/2020-07/recueil-jurisprudence-2018.pdf>. (Consulté le 12/12/2019).

CNIL, *Rapport d'activité, Protéger les données personnelles, Accompagner l'innovation, Préserver les libertés individuelles*, Rapport d'activité 2019, La Documentation française, **déc. 2019**, 116 p. (Consulté le 02/01/2020).

CRE, *Le fonctionnement des marchés de détail français de l'électricité et du gaz naturel*, Rapport **2018-2019**, 190 p., disponible à l'adresse suivante : <https://www.cre.fr/content/download/23003/289854>. (Consulté le 25/08/2020).

F- Notes, commentaires et conclusions d'avocats généraux

BAZEX M., LANNEAU R., « Commentaire de la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire », *Contrats Concurrence Consommation*, n°3, mars 2019, étude 4.

BOT Y., « Pourvoi - Concurrence - Entente - Amendes - Notion d'exercice social précédent' pour le calcul du plafond de l'amende », conclusion sur CJUE, 7 juin 2007, n° C-76/06 P, *Britannia Alloys & Cheminads LTD*, 2007, disponible à l'adresse suivante : <https://www.doctrine.fr/d/CJUE/2007/CJUE62006CC0076>. (Consulté le 15/04/2017).

CHABBERT C., VIDAL L., « Préface », in LE BRAS B., *La tarification différenciée de l'électricité*, L'Harmattan, coll. « Sorbonne-Défense », 2015, p. 12.

CHALTIEL TERRAL F., « L'ARCEP devant le juge constitutionnel : à propos de la décision QPC du 05 juill. 2013 », *LPA*, 17 oct. 201, n° 208, p. 6.

COURIVAUD H., « La loi n° 2000-108 du 10 févr. 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité : Réalise-t-elle aussi une libéralisation conforme aux objectifs de la directive-électricité du 19 déc. 1996 ? », *JCP E*, n° 26, 29 juin 2000, p. 1029.

DU MARAIS B., « Le consentement du droit public à la “régulation” : une lecture du rapport 2001 du Conseil d'État », *Rev. générale du droit on line*, 2001, n° 1416, p. 10, disponible à l'adresse suivante : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/aj20011211dumara1.pdf>. (Consulté le 02/02/2018).

FAVOREU L., note sous la décision n° 182 DC du 16 janv. 1982, *R.D.P.*, 1982, p. 377.

FRISON-ROCHE M.-A., « L'arrêt *Oury* est l'arrêt fondamental par lequel la Cour de cassation a contraint l'État français à repensé ce qu'est un régulateur », 5 févr. 1999, <https://mafr.fr/fr/article/cour-de-cassation-assemblee-pleniere-4/>. (Consulté le 10/03/2017).

GRARD L., « Le transport s'ouvre au concept d'Autorité indépendante de régulation avec l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) », *RD transp.*, n°4, avr. 2010, comm. 80 (commentaire de la Loi n° 2009-1503, 8 déc. 2009).

IDOUX P., « Juger la régulation, c'est encore réguler... », comm. sous CE 25 févr. 2005, n°247866, *France Télécom*, *RDP* n° 6, 2005, p. 1643.

JIBRAEL H., « Télécommunications – Téléphone – Opérateurs-définition juridique, voix sur internet », Question écrite sans réponse n° 22446, à Mme la ministre déléguée auprès du ministre du redressement productif, chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique, Assemblée nationale, 14^{ème} législature, 26 mars 2013, *JORF*, 30 mars 2013.

JUPPE A., « Préface », in GIRAN J.-P. (dir.), *La déréglementation : passeport pour une économie libérée*, *op. cit.*, p. 5.

KAVAR J. Ph., « L'arrêt Dubus : suite et fin ? », *L'essentiel du droit bancaire*, janv. 2011, n°1, p. 1.

LE BOT O., « Pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence », *Constitutions*, 2016, n°107, décis. Comm. sous : Cons. const., 7 janv. 2016, n° 2015-510-QPC, *Association Expert-comptable média association [Sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence]*.

LOMBART M., « Reconstruire le pouvoir de sanction de l'ARCEP (et du CSA) », *AJDA* 2013, 1953, comm. sous Cons. const., 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC, *Sté. Numéricâble SAS*.

MISCHO J., « Conclusion avocat général » sous CJCE, 17 oct. 1989, *Dow Chemical Iberica c./Commission*, aff. C-97/87.

MUGUET-POULLENNEC G., DOMENICUCCI D.-P., « Amende infligée par une autorité de concurrence et droit de protection juridictionnelle effective : les enseignements de l'arrêt *Menarini* de la CEDH », Droit, Économie, Régulation, *RLC*, janv.-mars 2012, n° 30, p. 59.

PATO A., « Retour sur l'arrêt C-498/16 de la CJUE », 16 févr. 2018, <https://blogdroiteuropeen.com/2018/02/16/laffaire-schrems-retour-sur-larret-c-498-16-de-la-cjue/>. (Consulté le 06/06/2018).

PLESSIX B., « Préface » in COQ V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015, p. 7.

ROUSSEAU D., GAHDOUN P.-Y., BONNET J., « Chronique de jurisprudentielle constitutionnelle », *RDP*, n°1, 01/01/2019, p. 249, comm. sous Cons. const., décis. n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *portant sur la Loi relative à la protection des données personnelles*.

SÉNAC DE MONSEMBERNARD M., « L'intervention de la CRE au titre de sa mission de règlement des différends », note sur CA Paris, 25 janv. 2005, *Sté. Cerestar c./ EDF*, D.A., avr. 2005, p. 29.

SIMON D., « Une théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel est-elle possible ? Brefs propos sur une tentative avortée du Tribunal de première instance », commentaire de l'affaire TPICE, 30 janv. 2002, *Max mobil*, T-54/99, *Europe*, avr. 2002, p. 3.

TRICOT D., « Avis n°14-02 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive », *Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC)*, 23 janv. 2014, 1 p.

WAHL N.,

- Conclusion de l'avocat Général Nils Wahl dans l'affaire *Intel c./Commission* du 12 juin 2014, aff. n° T-286/09.

- Conclusions de l'avocat général M. NILS WAHL, 15 oct. 2015, *Heidelberg Cement c./Commission*, aff. n°C-244/14.

G- Webographie

ADLC, « Autorité de la concurrence », 11 janv. 2017, accessible : <https://www.inc-conso.fr/content/autorite-de-la-concurrence>. (Consulté le 06/02/2018).

ALOMAR B., « Amende Google : "C'est bien une décision politique, qui sert des objectifs politiques" », *Tribune*, 19 juill. 2018, accessible :

https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/07/19/amende-google-c-est-bien-une-decision-politique-qui-sert-des-objectifs-politiques_5333536_3232.html. (Consulté le 05/09/2018).

ARAFER, « Le cadre juridique des paquets ferroviaires », accessible : <http://www.autorite-transport.fr/le-ferroviaire/le-cadre-juridique/les-paquets-ferroviaires/>. (Consulté le 05/06/2018).

ARCEP,

-« A quoi sert l'ARCEP ? », accessible au lien suivant : <https://www.arcep.fr/larcep/nos-missions.html#:~:text=L'Arcep%20est%20une%20autorit%C3%A9,politique%20et%20aux%20acteurs%20%C3%A9conomiques>. (Consulté le 05/03/2017).

-« Construire la régulation par la Data. L'ARCEP dans l'État plateforme », 17 oct. 2017, accessible au lien suivant : https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/regulation-par-la-data-161017-HD.pdf. (Consulté le 10/12/2017).

-« Point d'étape sur les douze chantiers de la feuille de route stratégique », 6 juill. 2018, 8 p., accessible à l'adresse suivante : https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/point-etape-douze-chantiers-feuille-route-strategique-juillet2019.pdf. (Consulté le 03/09/2018).

ART, « De l'ARAF à l'ARAFER : les nouvelles perspectives 2015-2016 », *régulation-ferroviaire.fr*, Dossier de presse, 2015, 11 p., accessible : <http://autorite-transport.fr/wp-content/uploads/2015/07/Dossier-de-presse-Loi-Macron-ARAFER-AutocarsAutoroutes2.pdf>. (Consulté le 03/04/2017).

Assemblée nationale, « Résolution européenne sur le « quatrième paquet ferroviaire », 4 mai 2013, transposition n° 130, 16 p., accessible à l'adresse suivante : [https://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/ta/ta0130/\(index\)](https://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/ta/ta0130/(index)). (Consulté le 01/01/2017).

ATTALI J., « Nous sommes au bord d'une grande crise économique mondiale », *Les Echos*, 11 mars 2019, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lecho.be/dossier/brexit/nous-sommes-au-bord-d-une-grande-crise-economique-mondiale-jacques-attali/10105672.html>. (Consulté le 01/06/2019).

BASTIEN T., « Données nationales de santé : un trésor (presque) à portée de main », 22 mars 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://www.magazine-decideurs.com/news/donnees-nationales-de-sante-un-tresor-presque-a-portee-de-main>. (Consulté le 20/04/2018).

BOUGON F., PIQUART A., « Pourquoi le CSA a révoqué Mathieu GALLET de la présidence de radio France ? », *Le Monde*, janv. 2018, accessible à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/actualitemedias/article/2018/01/31/le-csa-demet-mathieu-gallet-de-lapresidence-de-radio-france_5249874_3236.html. (Consulté le 18/05/2018).

BRISSOT M.-H., « RSE, la société change d'objet », *Décideurs Magazine*, nov. 2018, p. 2, accessible à l'adresse suivante : <https://www.magazine-decideurs.com/news/loi-pacte-la-responsabilite-sociale-consacree>. (Consulté le 11/12/2018).

CALMETTE J.-F., « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique du juge administratif », 1^{er} juill. 2006, accessible à l'adresse suivante : <https://rgr-avocats.fr/levolution-de-la-prise-en-compte-de-lanalyse-economique-par-le-juge-administratif/>. (Consulté le 02/03/2016).

CASSINI S., « Une fusion entre l'Arcep et le CSA à nouveau sur la table », 25 juill. 2019, accessible à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/07/25/une-fusion-entre-l-arcep-et-le-csa-a-nouveau-sur-la-table_5493435_3234.html. (Consulté le 03/12/2019).

CNIL, « Invalidation du "Privacy shield" : la CNIL et ses homologues analysent actuellement ses conséquences », 17 juill. 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.cnil.fr/fr/invalidation-du-privacy-shield-la-cnil-et-ses-homologues-analysent-actuellement-ses-consequences>. (Consulté le 28/07/2020).

Commission européenne « Concentrations : la Commission interdit le projet d'acquisition d'Alstom par Siemens », Communiqué de presse, 06 févr. 2019, 4 p., disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_881, (Consulté le 10/04/2019).

Comité économique et social européen, « L'autorégulation et la corégulation européennes », juill. 2012, 48 p., disponible à l'adresse suivante : https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/auto_coregulation_fr--2.pdf. (Consulté le 10/01/2017).

Conseil des Barreaux européens, « Recommandations du CCBE sur la protection du secret professionnel dans le cadre des activités de surveillance », Bruxelles, 20 avr. 2016, 38 p., accessible à l'adresse suivante : <https://www.ccbe.eu/fr/documents/publications/>. (Consulté le 1^{er}/06/2016).

CSA, « Les missions de la régulation audiovisuelle », accessible à l'adresse suivante : <https://www.csa.fr/Informer/Qu-est-ce-que-le-CSA/Les-missions-de-la-regulation-audiovisuelle>. (Consulté le 05/03/2019).

DANNA S., « La procédure de recours contre certaines décisions de l'Autorité de la concurrence est modifiée », 9 mai 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/la-procedure-de-recours-contre-certaines-decisions-de-l-autorite-de-la-concurrence-est-modifiee>. (Consulté le 13/07/2017).

Dane de Lyon, « Histoire de la protection des données en France », 27 oct. 2017, 4 p. accessible à l'adresse suivante : <https://dane.ac-lyon.fr/spip/Historique-de-la-protection-des>. (Consulté le 26/11/2017).

DENOIX M., KLARGAARD O., « La politique de la concurrence dans l'Union européenne », 19 févr. 2007, accessible : <https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0052-la-politique-de-la-concurrence-dans-l-union-europeenne>. (Consulté le 15/12/2016).

DGCCRF, « Bilan de l'action 2018 de la DGCCRF », 25 mars 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/bilan-2018-dgccrf>. (Consulté le 10/10/2019).

DUCHEMIN R., « La France est-elle prête pour le *name and shame* ? », *Europe 1*, 28 mars 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://www.europe1.fr/politique/la-france-est-elle-prete-pour-le-name-and-shame-3610826>. (Consulté le 18/04/2018).

DULLIEU L., « L'expansion des BATX, les GAFAM chinois », 16 sept. 2019, accessible à l'adresse suivante : <https://www.franceculture.fr/numerique/lexpansion-des-batx-les-gafam-chinois>. (Consulté le 21/12/2019).

ECONOMIST, « Regulatin the internet giants », mai 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. (Consulté le 15/08/2017).

Express/AFP, « Loi anti-''fakes news'', déontologie : la régulation des médias fait débat », 16 mars 2018, accessible à l'adresse suivante : https://lexpansion.lexpress.fr/actualites/1/actualite-economique/loi-anti-fake-news-deontologie-la-regulation-des-medias-fait-debat_1992837.html. (Consulté le 25/04/2018).

FEVOLA I., « Extraterritorial Application of EU Competition Law », July 2016, 264 p., accessible à l'adresse suivante : https://www.academia.edu/28959505/EXTRATERRITORIAL_APPLICATION_OF_EU_COMPETITION_LAW, (Consulté le 25/05/2018).

FIRORINA J.-F., « Les fake news à l'assaut des entreprises : de nouvelles "armes sales" dans la guerre économique », *La géopolitique pour les entreprises*, mai 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://major-prepa.com/wp-content/uploads/2020/04/Le-danger-des-Fake-News-pour-les-entreprises.pdf>. (Consulté le 27/06/2018).

FRISON-ROCHE M.-A., *Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance*, disponible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/glossaire-du-droit-de-la-regulation-et-de-la-compl/>. (Consulté le 20/12/2018).

GALLET L., « L'Arcep perd son pouvoir de sanction : les opérateurs auront-ils tous les droits ? », *L'express*, 5 juill. 2013, accessible : https://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/l-arcep-perd-son-pouvoir-de-sanction-les-operateurs-aurent-ils-tous-les-droits_1331300.html. (Consulté le 19/03/2017).

GARIN V., « ‘Name and shame’ : qu’est-ce que cette nouvelle arme du Gouvernement ? », *RTL*, 11 juin 2019, accessible à l’adresse suivante : <https://www.rtl.fr/actu/politique/name-and-shame-qu-est-ce-que-cette-nouvelle-arme-du-gouvernement-7797387468#>. (Consulté le 02/09/2019).

GRACIN-BERSON W., « Pourquoi le gouvernement ne veut pas dire ce qu’est un ‘secteur économique essentiel’ », *Figaro*, 24 mars 2020, disponible à l’adresse suivante : <https://www.lefigaro.fr/economie/le-scan-eco/pourquoi-le-gouvernement-ne-veut-pas-dire-ce-qu-est-un-secteur-economique-essentiel-20200324>. (Consulté le 13/04/2020).

GRIETHUYSEN P. V., « La RSE : nouvelle régulation du capitalisme ou interprétation capitaliste de la régulation ? », p. 1, disponible à l’adresse suivante : https://repository.graduateinstitute.ch/record/16581/files/axe_2_vangriethuysen.pdf?subformat=pdfa. (Consulté le 13/11/2019).

GUGLIELMI G., « La conception du service public ‘à la française’ », 5 p., accessible à l’adresse suivante : <https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Conference.ServicePublic.pdf>. (Consulté le 04/12/2019).

HASKI P., « Après les Gafa, les nouveaux maîtres du monde sont les Natu », *L’Obs ; Rue 89*, 02 août 2015, accessible à l’adresse suivante : <https://www.nouvelobs.com/rue89/20150802.RUE3739/apres-les-gafa-les-nouveaux-maitres-du-monde-sont-les-natu.html>. (Consulté le 06/04/2017).

LAUSSON J., « Google se prend sa troisième amende européenne pour ses pratiques anticoncurrentielles », 20 mars 2019, accessible à l’adresse suivante : <https://www.numerama.com/politique/472551-vers-une-troisieme-amende-record-contre-google-pour-ses-pratiques-anticoncurrentielles.html>. (Consulté le 29/06/2017).

LEHMANN E., « Laisser faire ou régulation ? Une synthèse des théories économiques », 2004, 18 p., accessible à l’adresse suivante : <http://www.crest.fr/ckfinder/userfiles/files/pageperso/elehmann/textecujas.pdf> (Consulté le 03/06/2017).

Les Echos,

-« Internet : Zuckerberg plaide pour un ‘rôle plus actif’ des pouvoirs publics », 31 mars 2019, accessible à l’adresse suivante : <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/internet->

[zuckerberg-plaide-pour-un-role-plus-actif-des-pouvoirs-publics-dans-le-monde-1005301](#).

(Consulté le 1^{er}/07/2019).

-« Le processus Lamfalussy, un modèle », 5 sept. 2003, mise à jour le 06 août 2019, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lesechos.fr/2003/09/le-processus-lamfalussy-un-modele-1059006>. (Consulté le 05/03/2018).

Le Figaro, « Plus de 80% de la richesse mondiale va au 1% les plus riches », 22 janv. 2018, mis à jour le 23 janv. 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lefigaro.fr/conjoncture/2018/01/22/20002-20180122ARTFIG00140-plus-de-80-de-la-riche-esse-mondiale-va-au-1-les-plus-riches.php>. (Consulté le 08/03/2018).

Le Monde,

-« Renseignements téléphoniques : le 118 remplace le 12 », 02 nov. 2005, accessible à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/economie/article/2005/11/02/renseignements-telephoniques-le-118-remplace-le-12_705627_3234. (Consulté le 10/11/2017).

-« SAFARI et la (nouvelle) chasse au français », 23 déc. 2010, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lemonde.fr/blog/bugbrother/2010/12/23/safari-et-la-nouvelle-chasse-aux-francais/>. (Consulté le 10/11/2017).

-« Les 1 % les plus fortunés posséderont bientôt la moitié de la richesse mondiale », 19 janv. 2015, accessible à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/economie/article/2015/01/19/les-1-les-plus-riches-possederont-bientot-la-moitie-de-la-riche-esse-mondiale_4558585_3234.html. (Consulté le 08/03/2018).

Le Point, « La commissaire de l'UE à la concurrence met en garde contre une réforme des règles de fusions », 04 mars 2019, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lepoint.fr/economie/la-commissaire-de-l-ue-a-la-concurrence-met-en-garde-contre-une-reforme-des-regles-de-fusions-04-03-2019-2297917>. (Consulté le 10/04/2019).

LORDON F., « Après la crise financière : « réguler » ou refondre ? », 2009, 25 p., accessible à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/regulation/7461>. (Consulté le 12/02/2018).

LOYER-BOUEZ D., « Vers un renforcement des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence », *Editions Francis et Taylor*, 12 févr. 2019, accessible à l'adresse suivante : <https://www.efl.fr/actualites/affaires/concurrence/details.html?ref=ui-b9f00565-4b87-47a0-b324-617879f7d3db>. (Consulté le 02/07/2019).

MACRON E., « Pour une renaissance européenne. Lettre aux citoyens européens », 04 mars 2019, 4 p., accessible à l'adresse suivante : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/03/04/pour-une-renaissance-europeenne>. (Consulté le 15/03/2019).

MARCHAIS I., « Le combat de Bruxelles contre les abus de position dominante des Gafa », Bruxelles, 05 juin 2019, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lopinion.fr/edition/international/combat-bruxelles-contre-abus-position-dominante-gafa-188947>. (Consulté le 20/06/2019).

MOLINIER V., « Le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre tempéré par le secret des affaires », 09 mars 2017, accessible à l'adresse suivante: <https://mbavocats.eu/le-principe-constitutionnel-de-la-liberte-dentreprendre-tempere-par-le-secret-des-affaires/>. (Consulté le 27/03/2018).

NEDELEC G., BERTRAND Ph., « Amazon dans le viseur de la Commission européenne », *Les Echos*, 20 sept. 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lesechos.fr/2018/09/amazon-dans-le-viseur-de-la-commission-europeenne-97816>. (Consulté le 05/10/2018).

NURDIN G., « Peut-on gérer l'État comme une entreprise ? », 04 janv. 2019, accessible à l'adresse suivante : <https://www.capital.fr/economie-politique/peut-on-gerer-un-etat-comme-une-entreprise-1322030>. (Consulté le 10/04/2019).

NEVEUX C., « Costeja González, l'homme qui a fait plier Google », *JDD*, 6 juill. 2014, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lejdd.fr/Medias/Internet/Mario-Costeja-Gonzalez-l-homme-qui-a-fait-plier-Google-674891>. (Consulté le 10/10/2017).

ORSINI E., « À Londres, les données médicales partagées entre les hôpitaux et Google posent problème », 30 juill. 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://www.numerama.com/tech/272465-a-londres-les-donnees-medicales-partagees-entre-les-hopitaux-et-google-posent-probleme.html>. (Consulté le 03/08/2017).

PIQUARD A., « Antitrust et régulation : le marathon judiciaire et politique des GAFAs », 27 juin 2012, actualisé au 07 janv. 2021, accessible à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/01/07/antitrust-et-regulation-le-marathon-judiciaire-et-politique-des-gafa_6065448_3234.html. (Consulté le 30/05/2017).

RENAUD N., « L'état européen se resserre sur Amazon », 30 nov. 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lesechos.fr/industrie-services/conso-distribution/letau-europeen-se-resserre-sur-amazon-163195>. (Consulté le 03/12/2018).

SINTES F., « Facebook : Le monstre va-t-il finir par avaler son créateur ? », accessible à l'adresse suivante : <https://www.franceinter.fr/emissions/un-jour-dans-le-monde/un-jour-dans-le-monde-31-oct.-2017>. (Consulté le 15/11/2017).

SORIANO S., « Vers une régulation "nouvelle génération" : la Loi République numérique passée au crible du Président de l'ARCEP », 13 déc. 2016, *Actualités du droit*, disponible à

l'adresse suivante : <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/public/droit-public-des-affaires/3870/vers-une-regulation-nouvelle-generation-la-loi-republique-numerique-passee-au-crible-du-president-de-l-arcep>. (Consulté le 11/03/2017).

STEINMANN L., « La Commission européenne justifie son rejet de la fusion Alstom-Siemens », 7 févr. 2019, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lesechos.fr/industrie-services/tourisme-transport/la-commission-europeenne-rejette-la-fusion-alstom-siemens-962329>. (Consulté le 15/02/2019).

SULPICE O., « Le juge administratif dans l'analyse juridiques des politiques publiques », Université de Grenoble, 2017, 6 au 7 juillet 2017, 16 p., accessible à l'adresse suivante : https://ddd.uab.cat/pub/poncom/2017/176354/Intervention_Oriane_Sulpice.pdf. (Consulté le 15/07/2018).

The Economist, « The World's most valuable resource - Data and the new rules of competition », « Fuel of the future », 6 mai 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. (Consulté le 10/05/2017).

TRICOT D., « Déontologie et concurrence », 21 juin 2007, accessible à l'adresse suivante : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/21-06-2007/21-06-2007_tricot.pdf. (Consulté le 23/09/2017).

UNTERSINGER M., « "Droit à l'oubli" numérique : le Conseil d'État demande une explication de texte à la justice européenne », 24 févr. 2017, accessible : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2017/02/24/droit-a-l-oubli-numerique-le-conseil-d-etat-demande-une-explication-de-texte-a-la-justice-europeenne_5085123_4408996.html. (Consulté le 03/03/2017).

H- Sites internet

www.https://eur-lex.europa.eu.

[www. https://ec.europa.eu](http://www.https://ec.europa.eu).

[www. https://europarl.europa.eu/](http://www.https://europarl.europa.eu/).

www.https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106309/fr.

[www. https://assemblee-nationale.fr](http://www.https://assemblee-nationale.fr).

www.https://conseil-etat.fr.

[www. https://courdecassation.fr](http://www.https://courdecassation.fr).

www.https://senat.fr.

www.elysee.fr.

[www. https://autoritedelaconcurrence.fr/fr](https://autoritedelaconcurrence.fr/fr)
[www. https://amf-france.org/fr](https://amf-france.org/fr)
[www. https://arafer.fr](https://arafer.fr)
[/www. https://arcep.fr](https://arcep.fr)
[www. https://csa.fr](https://csa.fr)
[www. https://cnil.fr](https://cnil.fr)
[www.editions-legislatives.fr](https://editions-legislatives.fr)
[www.https://rgr-avocats.fr.](https://rgr-avocats.fr)
[www.https://projet.liris.cnrs.fr,](https://projet.liris.cnrs.fr)
[www.lesechos.fr.](https://lesechos.fr)
[www. https://bugbrother.blog.lemonde.fr](https://bugbrother.blog.lemonde.fr)
[www. https://lexpansion.lexpress.fr](https://lexpansion.lexpress.fr)
<https://www.robert-schuman.eu/fr>
[www.https://lepoint.fr/economie](https://lepoint.fr/economie)
[www. https://capital.fr.](https://capital.fr)
[www. https://lefigaro.fr/.](https://lefigaro.fr/)
[www.https://efl.fr/actualites/affaires/concurrence.](https://efl.fr/actualites/affaires/concurrence)
[www.https://lemonde.fr/economie.](https://lemonde.fr/economie)
[www. https://Lemonde.fr.](https://Lemonde.fr)
[www. http://economist.com.](http://economist.com)
[www.franceculture.fr.](https://franceculture.fr)
[www.afp.com.](https://afp.com)
[www. https://crest.fr.](https://crest.fr)
[www. https://lejdd.fr/.](https://lejdd.fr/)
[www.https:// nouvelobs.com.](https://nouvelobs.com)
[www.https://numerama.com](https://numerama.com)
[www.https://economist.com/](https://economist.com/)
[www. https://magazine-decideurs.com.](https://magazine-decideurs.com)
[www. https://rtl.fr/actu/politique.](https://rtl.fr/actu/politique)
[www.https://mbavocats.eu.](https://mbavocats.eu)
[www. https://guglielmi.fr.](https://guglielmi.fr)
[www.https://ddd.uab.cat/pub/poncom](https://ddd.uab.cat/pub/poncom)
[www.https://la-rem.eu](https://la-rem.eu)

II- Conventions et textes juridiques

A- Conventions

Convention européenne des droits de l'homme, 04 nov. 1950, entrée en vigueur le 03 sept. 1953.

Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, n°10 du 28 janv. 1981, entrée en vigueur le 01 oct. 1985.

Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale, dite de Lugano, 16 sept. 1988, entrée en vigueur le 1^{er} jour du 3^e mois suivant la ratification par au moins deux États membres dont un de la CE et un de l'Association européenne de libre échange (AELE).

Convention des Nations unies contre la corruption, Résolution n° 58/4 de l'Assemblée générale du 31 oct. 2003, signée le 09 déc. 2003 par 114 pays (en 2020 elle compte 187 ratifications).

B- Traités et autres textes juridiques européens

1- Traités

Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, 18 avr. 1951 (Traité de Paris, entrée en vigueur 23 juill. 1952).

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 25 mars 1957 (Traité de Rome, Traité instituant la Communauté économique européenne CEE, entrée en vigueur 1^{er} janv. 1958).

Traité sur l'Union européenne, 1^{er} nov. 1993 (Traité de Maastricht entrée en vigueur 1^{er} nov. 1993).

Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, 02 oct. 1997 (entrée en vigueur 1^{er} mai 1999).

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'union européenne et le traité instituant la communauté européenne, 13 déc. 2007 (entrée en vigueur 1^{er} déc. 2009).

Texte émanant du Conseil européen

Conseil européen, décis. n° 1999/468/CE, du 28 juin 1999, fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *JOCE*, L. 184/23 du 17 juill. 1999.

2- Règlements, Directives et Rapports (livres blancs/verts)

- Règlements

Règlement CEE n° 17 du Conseil, du 6 févr. 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *JOCE*, n° 204/62 du 21 févr. 1962.

Règlement CEE n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *JOCE*, n° L 156/ 1 du 26 juin 1969.

Règlement CEE ° 04064/89 du Conseil du 21 déc. 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE*, n° L 395 / 1 du 30 déc. 1989.

Règlement CEE n° 44/2001 du Conseil du 22 dé. 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE*, n° L 12 du 16 janv. 2001.

Règlement CE n°1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité devenus articles 101 et 102 du TFUE, *JOCE*, n° L1/1 du 04 janv. 2003.

Règlement CE n° 139/2004 du Conseil du 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (Règlement CE sur les concentrations), *JOUE*, n° L24/1 du 29 jnav. 2004.

Règlement CE n° 773/2004 de la Commission du 7 avr. 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, *JOUE*, n° L 123/18 du 27 avr. 2004.

Règlement CE n° 1927/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 déc. 2006, portant création du Fonds européen d'ajustement à la mondialisation, *JOUE*, n° L 406/1 du 30 déc. 2006.

Règlement CE n° 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008, modifiant le règlement CE no 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, *JOUE*, n° L 171/3 du 1^{er} juill. 2008.

Règlement UE n° 531/2012 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012, concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, *JOUE*, n° L 172/10 du 30 juin 2012.

Règlement UE n° 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2015, établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *JOUE*, n° L 310/1 du 26 nov. 2015.

Règlement UE n° 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE*, n° L 119/1 du 04 mai 2016.

Règlement UE n° 2019/941 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019, sur la préparation aux risques dans le secteur de l'électricité et abrogeant la directive 2005/89/CE, *JOUE*, n° 158 du 14 juin 2019.

Règlement UE 2019/942 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019, instituant une agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie, *JOUE*, n° 158 du 14 juin 2019.

Règlement UE n° 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019, sur le marché intérieur de l'électricité, *JOUE*, n° 158 du 14 juin 2019.

Rectificatif au règlement UE n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avr. 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les Directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, *JOUE*, n° L 173 du 12 juin 2014.

Rectificatif au règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE*, n° L127 2 du 23 mai 2018.

Résolution n° 2008/2196 (INI), du Parlement européen du 10 mars 2009 contenant des recommandations à la Commission concernant le transfert transfrontalier du siège social d'une société, *JOUE*, n° C 87 E/5 du 1^{er} avr. 2010.

Résolution n° 2011/2046 (INI), du Parlement européen du 2 févr. 2012 contenant des recommandations à la Commission sur une 14e Directive sur le droit des sociétés relative au transfert transfrontalier du siège statutaire, *JOUE*, n° C 239 E/18 du 28 août 2013.

Résolution n° 2016/2065 (INI), du Parlement européen du 13 juin 2017 sur la conduite des fusions et scissions transfrontières, *JOUE*, n° C 331/25 du 18 sept. 2018.

- Directives

Directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 déc. 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, *JOCE*, n° L40/1 du 11 févr. 1989.

Directive 90/377/CEE du Conseil du 29 juin 1990 instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité, *JOCE*, n° L185/16 du 17 juill. 1990.

Directive 91/440/CEE, du Conseil du 29 juill. 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires, *JOCE*, n° L 237 du 24 août 1991.

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 oct. 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE*, n° L 281/31 du 23 nov. 1995.

Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 déc. 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *JOCE* n° L 27/20 du 30 janv. 1997.

Directive n° 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *JOCE*, n° L 204 du 21 juill. 1998.

Directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2001, modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, *JOCE*, n° L 075 du 15 mars 2001.

Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *JOCE*, n° L 75/29 du 15 mars 2001.

Directive 2002/21/CE du Parlement du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive cadre), *JOCE*, n° L 108/33 du 24 avr. 2002.

Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la Directive 96/92/CE - Déclarations concernant les opérations de déclassement et de gestion des déchets, *JOUE*, n° L 176 du 15 juill. 2003.

Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la Directive 98/30/CE (formant deuxième paquet énergie), *JOUE*, n° L 176/57 du 15 juill. 2003.

Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JOUE*, n° L 134 du 30 avr. 2004.

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE* n° L 134/114 du 30 avr. 2004.

Directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 av. 2004, concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de

l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *JOUE*, n° L 164 du 30 avr. 2004.

Directive 2004/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avr. 2004 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, *JOUE*, n° L 164 du 30 avr. 2004.

Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 déc. 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la Directive 2001/34/CE, *JOUE*, n° L 390/38 du 31 déc. 2004.

Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 oct. 2005, *JOUE*, n° L 310 du 25.11.2005, remplacée et abrogée le 19 juill. 2017 par la Directive UE 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, notamment en son volet fusion transfrontalières, *JOUE*, n° L 310/1 du 25 nov. 2005.

Directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 oct. 2007 modifiant la Directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, *JOUE*, n° L 315/44 du 31 déc. 2007.

Directive 2009/72/CE du Parlement et du Conseil du 13 juill. 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la Directive 2003/54/CE, *JOUE*, n° 55/112L du 14 août 2009.

Directive 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juill. 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la Directive 2003/55/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JOUE*, n° 49/112 L du 14 août 2009.

Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, *JOUE*, n° L 337 du 18 déc. 2009.

Directive 2010/13/UE du 10 mars 2010 sur les services de médias audiovisuels, *JOUE*, n° L 95/1 du 15 avr. 2010.

Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 nov. 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, *JOUE*, n° L 343/32 du 14 déc. 2012.

Directive UE 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel

par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, *JOUE*, n° L 119/89 du 04 mai 2016.

Directive UE 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *JOUE*, n° L 169/46 du 30 juin 2017.

Directive UE 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, *JOUE*, n° L 11/3 du 14 janv. 2019.

Directive UE 2019/633 du Parlement et du Conseil du 17 avr. 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, *JOUE*, n° L11/3 du 14 janv. 2019.

Directive UE 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE, *JOUE*, n° 158 du 14 juin 2019.

Proposition de directive du Parlement et du Conseil du 15 févr. 2019, modifiant la Directive UE 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, COM/2018/241 final - 2018/0114 (COD).

- Livres blancs et verts

CCE, *L'achèvement du marché intérieur*, Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, COM(85) 310, 14 juin 1985, Bruxelles, juin 1985. Disponible à l'adresse :https://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_fr.pdf. (Consulté le 15/03/2017).

CEE, *La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure de choix*, Livre blanc n° COM (2001) 370 de la Commission, 2001. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/themes/strategies/doc/2001_white_paper/lb_texte_complet_fr.pdf. (Consulté le 16/03/2017).

CEE, *Les services d'intérêt général*, Livre vert n° COM (2003) 270 de la Commission, 21 mai 2003. Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l23013&from=FR>. (Consulté le 05/04/2018).

C- Textes français

1- La Constitution du 04 oct. 1958

2- Les Codes

- **Code** civil
- **Code** de commerce
- **Code** des assurances
- **Code** des communications électronique et des postes
- **Code** de justice administrative
- **Code** des transports
- **Code** de la consommation
- **Code** de la santé publique
- **Code** de l'énergie
- **Code** monétaire et financier
- **Code** de procédure civile
- **Code** pénal.

3- Lois

Loi n° 1791-03-17 des 2 et 17 mars 1791 portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente et sur la liberté de commerce et de l'industrie.

Loi du 15 juill. 1845 sur la police des chemins de fer, modifiée notamment par la Loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *JORF* n° 0028 du 03 févr. 1981.

Loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse, *JORF* n° 0026 du 30juill. 1881.

Loi du 13 juill. 1928, établissant un programme de constructions d'habitations à bon marché et de logements en vue de remédier à la crise de l'habitation, dite Loucheur, *JORF* du 17 juill. 1928.

Loi du 22 mars 1936 interdisant pendant une période d'un an l'ouverture de nouveaux magasins à prix unique, renforcée par la Loi du 31 mars 1937 interdisant l'ouverture de nouveaux magasins à prix unique, *JORF* n° 0076 du 01 avr. 1937.

Loi n° 46-628 du 8 avr. 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *JORF* n°0084 du 09 avr. 1946.

Loi n° 63-628 du 2 juill. 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF* n° 0154 du 03 juill. 1963.

Loi n° 68-678 du 26 juill. 1968, relative à la communication de documents et renseignements d'ordre financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, *JORF* n° 0176 du 17 27 juill. 1968.

Loi n° 77-806 du 19 juill. 1977, relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF* n° 0166 du 20 juill. 1977.

Loi n° 78-17 du 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* n° 6 du 07 janv. 1978.

Loi n° 79-587 du 11 juill. 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, version abrogée depuis le 31 déc. 2015, *JORF* n° 160 du 12 juill. 1979.

Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions telle que modifiée consolidée au 04 avr. 2019, *JORF* n° 52 du 03 mars 1982.

Loi n° 82-652 du 29 juill. 1982 sur la communication audiovisuelle, version consolidée du 23 déc. 1985, *JORF* n° 175 du 30 juill. 1982.

Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986, dite « Léotard », relative à la liberté de communication, *JORF* n° 228 du 1^{er} oct. 1986.

Loi n° 89-25 du 17 janv. 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* n° 15 du 18 janv. 1989.

Loi n° 93-122 du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (Loi Sapin I), *JORF* n° 25 du 30 janv. 1993.

Loi n° 96-597 du 2 juill. 1996 de modernisation des activités financières, *JORF* n° 154 du 04 juill. 1996.

Loi n° 96-659 du 26 juill. 1996, portant réglementation des télécommunications, *JORF* n° 174 du 27 juill. 1996.

Loi n° 97-135 du 13 févr. 1997, portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire, *JORF* n° 39 du 15 févr. 1997.

Loi n° 2000-108 du 10 févr. 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF* n° 35 du 11 févr. 2000.

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* n° 113 du 16 mai 2001.

Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 portant sécurité financière, *JORF* n° 177 du 02 août 2003.

Loi n° 2004-669 du 9 juill. 2004, relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *JORF* n° 159 du 10 juill. 2004.

Loi n° 2004-801 du 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* n° 182 du 07 août 2004.

Loi n° 2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales, *JORF* n° 190 du 14 août 2004.

Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JORF* n° 179 du 03 août 2005.

Loi n° 2006-1537 du 7 déc. 2006 relative au secteur de l'énergie, *JORF* n° 248 du 08 déc. 2006.

Loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008, portant développement de la concurrence au service des consommateurs, insérée à l'alinéa 10 de l'article L.442-6 du Code de commerce, *JORF* n° 0003 du 04 janv. 2008.

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n° 0181 du 05 août 2008.

Loi n° 2009-179 du 17 févr. 2009, relative à l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés : *JORF* n° 41 du 18 févr. 2009.

Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009, relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, *JORF* n° 0056 du 7 mars 2009.

Loi n° 2009-1503 du 8 déc. 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, *JORF* n° 285 du 09 déc. 2009.

Loi n° 2010-123 du 9 févr. 2010, relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, *JORF* n° 034 du 10 févr. 2010.

Loi n° 2010-1249 du 22 oct. 2010, portant régulation bancaire et financière, *JORF* n° 0247 du 23 oct. 2010.

Loi n° 2010-1488 du 7 déc. 2010, portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, *JORF* n° 0284 du 08 déc. 2010.

Loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques, *JORF* n° 0069 du 23 mars 2011.

Loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011, relative à la bioéthique, *JORF* n° 0157 du 08 juill. 2011.

Loi n° 2013-312 du 15 avr. 2013, visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, *JORF* n° 0089 du 16 avr. 2013.

Loi n° 2013-715 du 6 août 2013, modifiant l'article L5121-5 du Code de la santé publique, *JORF* n° 0182 du 07 août 2013.

Loi n° 2013-1028 du 15 nov. 2013, relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, *JORF* n° 266 du 16 nov. 2013.

Loi n° 2014-872 du 4 août 2014, portant réforme ferroviaire, *JORF* n° 0179 du 05 août 2014.

Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite Loi Macron), *JORF* n° 181 du 07 août 2015.

Loi n° 2015-992 du 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte, *JORF* n° 189 du 18 août 2015.

Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, réformant le système de répression des abus de marché, *JORF* n° 0144 du 22 juin 2016.

Loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique, *JORF* n° 0235 du 08 oct. 2016.

Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, portant modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* n° 0269 du 19 nov. 2016.

Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n° 0287 du 10 déc. 2016.

Loi n° 2017-55 du 20 janv. 2017, portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF* n° 0018 du 21 janv. 2017.

Loi n° 2017-1839 du 30 déc. 2017, mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement, *JORF* n° 0305 du 31 déc. 2017.

Loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0093 du 21 avr. 2018.

Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, *JORF* n° 0141 du 21 juin 2018.

Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, *JORF* n° 0147 du 28 juin 2018.

Loi n° 2018-699 du 3 août 2018, visant à garantir la présence des parlementaires dans certains organismes extérieurs au Parlement et à simplifier les modalités de leur nomination, quatre parlementaires dont deux sénateurs et deux députés, *JORF* n° 0179 du 04 août 2018.

Loi n° 2018-898 du 23 oct. 2018, relative à la lutte contre la fraude, *JORF* n° 0246 du 24 oct. 2018.

Loi n° 2018-938 du 30 oct. 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, *JORF* n° 0253 du 1^{er} nov. 2018.

Loi n° 2018-1202 du 22 déc. 2018, relative à la lutte contre la manipulation de l'information, *JORF*, n°0297 du 23 déc. 2018.

Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018, portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, *JORF* n° 0272 du 24 nov. 2018.

Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises (Loi PACTE), *JORF* n° 0119 du 23 mai 2019.

Loi n° 2019-1428 du 24 déc. 2019 d'orientation des mobilités (Loi LOM), *JORF* n° 0299 du 25 déc. 2019.

Ordonnance n° 45-1708 du 31 juill. 1945, portant sur le Conseil d'État, *JORF* n° 0179 du 01 août 1945.

Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} déc. 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* n° 0285 du 8 et du 9 déc. 1986.

Ordonnance n° 2008-1161 du 13 nov. 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence, *JORF* n° 0265 du 14 nov. 2008.

Ordonnance n° 2010-76 du 21 janv. 2010, portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, *JORF* n° 0018 du 22 janv. 2010.

Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011, portant codification de la partie législative du Code de l'énergie, *JORF* n° 0108 du 10 mai 2011.

Ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014, relative à l'économie numérique, *JORF* n° 0062 du 14 mars 2014.

Ordonnance n° 2015-855 du 15 juill. 2015, prise en application de l'article 38 de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, *JORF* n° 0162 du 16 juill. 2015.

Ordonnance n° 2016-79 du 29 janv. 2016, insérée aux articles L. 1261-1 et s. du Code des transports, relative aux gares routières et à la recodification des dispositions du Code des transports, relatives à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, *JORF* n° 0026 du 31 janv. 2016.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 févr. 2016.

Ordonnance n° 2016-461 du 14 avr. 2016, précisant les compétences de la Commission de régulation de l'énergie en matière de recueil d'information, de sanction et de coopération, *JORF* n° 0089 du 15 avr. 2016.

Ordonnance n° 2018-1135 du 12 déc. 2018, portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs, *JORF* n° 0288 du 13 déc. 2018.

Ordonnance n° 2019-359 du 24 avr. 2019, portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *JORF* n° 0097 du 25 avr. 2019.

4- Décrets

Décret-loi du 31 août 1937 portant création de la SNCF, *JORF* n° 0202 du 1^{er} sept. 1937.

Décret n° 77-1189 du 25 oct. 1977, fixant les conditions d'application de la loi n° 77-806 du 19 juill. 1977, relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF* n° 170 du 26 oct. 1977.

Décret n° 2003-194 du 07 mars 2003, relatif à l'utilisation du réseau ferré national par les entreprises ferroviaires européennes, *JORF* n° 58 du 09 mars 2003.

Décret n° 2004-965 du 9 sept. 2004, relatif au fonctionnement et au contrôle des institutions de retraite complémentaire et de leurs fédérations, *JORF* n° 211 du 10 sept. 2004.

Décret n° 2005-1756 du 30 déc. 2005, fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises, *JORF* n° 34 du 31 déc. 2005.

Décret n° 2006-81 du 26 janv. 2006, relatifs aux services déconcentrés de la DGCCRF, *JORF* n° 24 du 27 janv. 2006.

Décret n° 2006-1084 du 29 août 2006, pris pour l'application de l'article 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 et relatif à la procédure de règlement de différends par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, *JORF* n° 200 du 30 août 2006.

Décret n° 442-3 du 11 nov. 2009, portant application de l'article L. 442-6, III du Code de commerce, *JORF* n° 0265 du 12 nov. 2009.

Décret n° 2011-476 du 29 avr. 2011, portant création du Conseil national du numérique, *JORF* n° 0101 du 30 avr. 2011.

Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012, relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, *JORF* n° 0099 du 26 avr. 2012.

Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014, relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, *JORF* n° 0112 du 15 mai 2014.

Décret n° 2014-867 du 1er août 2014, relatif à la procédure de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *JORF* n° 0178 du 03 août 2014.

Décret n° 2015-206 du 24 févr. 2015, relatif au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, *JORF* n° 0048 du 25 févr. 2015.

Décret n° 2017-823 du 5 mai 2017, relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence et aux recours exercés devant le premier président de la cour d'appel de Paris contre certaines décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, *JORF* n° 0108 du 06 mai 2017.

Décret n° 2019-339 du 18 avr. 2019, portant simplification du dossier de notification d'une opération de concentration à l'Autorité de la concurrence, *JORF* n° 0094 du 20 avr. 2019.

D- Textes étrangers

Loi dite *Sherman Antitrust Act*, promulgué par Benjamin Harrison le 02 juill. 1890.

Loi dite *Clayton Antitrust Act*, promulgué par Woodrow Wilson le 15 oct. 1914.

Loi dite *Neutrality Act*, promulguée par F. D. Roosevelt le du 31 août 1935.

Loi dite *Trust Indenture Act*, sur l'acte de fiducie pris en complément du *Securities Act de 1933*, promulguée par F. D. Roosevelt le 30 août 1939.

Loi dite *Investment Advisers Act*, sur les conseillers en investissement, promulguée par F. D. Roosevelt le 22 août 1940.

Loi dite *DODD-Frank wall street reform and consumer protection Act*, sur la réforme du marché financier, promulgué par le Barack H. Obama le 21 juill. 2010.

Loi dite *Regulatory Enforcement and sanctions act*, votée en 2008 et promulguée par la Reine Élisabeth II.

III- Jurisprudence

A- Jurisprudence française

1- Jurisprudence constitutionnelle

Cons. const., décis. n° 79-105 DC du 25 juill. 1979, *portant sur la Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail (Droit de grève à la radio et à la télévision)*, *JORF* n° 0186 du 8 août 1974.

Cons. const., décis. n° 84-173DC, 26 juill. 1984, *portant sur la Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*, *JORF* du 28 juill. 1984, p. 2496.

Cons. const., décis. n° 85-202 DC du 16 janv. 1986, *relative à la Loi portant règlement définitif du budget de 1983*, *JORF* du 18 janv. 1986, p. 922.

Cons. const., décis. n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, *portant sur la Loi relative à la liberté de communication*, *JORF* du 19 sept. 1986, p. 11294.

Cons. const., décis. n° 86-224 DC du 23 janv. 1987, *relative à la Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *JORF* du 25 janv. 1987, p. 924.

Cons. const., décis. n° 88-248 DC, du 17 janv. 1989, *relative à la loi modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986, relative à la liberté de communication*, *JORF* n° 0015 du 18 janv. 1989.

Cons. const., décis. n° 89-260 DC, 28 juill. 1989, *portant sur la Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, *JORF* du 1^{er} août 1989, p. 9676.

Cons. const., décis. n° 90-284 DC du 16 janv. 1991, *portant sur la Loi relative au conseiller du salarié*, *JORF* n° 16 du 18 janv. 1991.

Cons. const., décis. n° 93-333 DC, 21 janv. 1994, *portant sur Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication*, *JORF* du 24 janv. 1994.

Cons. const., décis. n° 96-373 DC du 9 avr. 1996, *relative à la Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, *JORF* n° 88 du 13 avr. 1996.

Cons. const., décis. n° 96-378 DC du 23 juill. 1996, *relative à la Loi de réglementation des télécommunications*, *JORF* n° 174 du 27 juill. 1996.

Cons. const., décis. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *portant sur la Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, *JORF* du 14 juin 1998, p. 9033.

Cons. const., décis. n° 2000-435 DC du 7 déc. 2000, *portant saisine par 60 députés Loi relative à la Loi d'orientation pour l'Outre-mer*, *JORF* n° 289 du 14 déc. 2000, texte n° 4.

Cons. const., décis. n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006, *portant sur la Loi relative au secteur de l'énergie*, *JORF* n° 284 du 8 déc. 2006, texte n° 2.

Cons. const., décis. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *relative à la Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, *JORF* n° 0135 du 13 juin 2009, texte n° 3.

Cons. const., décis. n° 2010-85 QPC du 13 janv. 2011, *portant sur le déséquilibre significatif dans les relations commerciales, (Établissements Darty et Fils)*, *JORF* n° 0011 du 14 janv. 2011, texte n° 123.

Cons. const., décis. n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, *portant sur la Loi organique relative au Défenseur des droits*, *JORF* n° 0075 du 30 mars 2011, texte n° 3.

Cons. const., décis. n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *portant sur l'action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence, (Société Système U Centrale Nationale e. a.)*, *JORF* n° 0112 du 14 mai 2011, texte n° 71.

Cons. const., décis. n° 2012-280 QPC du 12 oct. 2012, *portant sur l'organisation et le pouvoir de sanction Autorité de la concurrence, (Société Groupe Canal Plus e. a.)*, JORF du 30 oct. 2012, p. 16031, texte n° 49.

Cons. const., décis. n° 2012-285 QPC du 30 nov. 2012, *relative à une obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle, (Corporation d'Alsace-Moselle)*, JORF du 1^{er} déc. 2012, p. 18908, texte n° 93.

Cons. const., décis. n° 2013-331 QPC du 5 juill. 2013, *portant sur le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, (Sté. Numéricâble SAS)*, JORF du 7 juill. 2013, p. 11356, texte n° 27.

Cons. const., décis. n° 2013-3 LP du 1^{er} oct. 2013, *portant sur la Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, JORF du 4 oct. 2013, p. 16505, texte n° 84.

Cons. const., décis. n° 2014-385 QPC, du 28 mars 2014, *relative à la Discipline des officiers publics ou ministériels - Interdiction temporaire d'exercer, (M. Joël M)*, JORF du 30 mars 2014, p. 6202, texte n° 60.

Cons. const., décis. n° 2014-418 QPC, du 8 oct. 2014, *relative à l'amende pour contribution à l'obtention, par un tiers, d'un avantage fiscal indu (Sté. SGI)*, JORF du 10 oct. 2014, p. 16484, texte n° 75.

Cons. const., décis. n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. e. a. [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]*, JORF n° 0067 du 20 mars 2015.

Cons. const., décis. n° 2015-489 QPC, du 14 oct. 2015, *portant sur la Saisine d'office et sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence, (Société Grands Moulins de Strasbourg SA e. a.)*, JORF n° 0240 du 16 oct. 2015, p. 19325, texte n° 75.

Cons. const., décis. n° 2015-510 QPC, 7 jan. 2016, *Association Expert-comptable média association [Sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence]*, JORF n° 0008 du 10 janv. 2016, texte n° 18.

Cons. const., décis. n°^{os} 2015-513 /514/526 QPC du 14 janv. 2016, *portant sur le Cumul des poursuites pénales pour délit d'initié avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement d'initié – II, (M. Alain D. e. a.)*, JORF n° 0013 du 16 janv. 2016, texte n° 54.

Cons. const., décis. n° 2016-546 QPC du 24 juin 2016, *relative à des Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale, (M. Jérôme C)*, JORF n° 0151 du 30 juin 2016, texte n° 111.

Cons. const., décis. n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *relative à la Loi portant devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, JORF n° 0074 du 28 mars 2017, texte n° 2.

Cons. const., décis. n° 2017-634 QPC du 2 juin 2017, *relative à la sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché*, (M. Jacques R. e. a.), JORF n° 131 du 4 juin 2017, texte n° 80.

Cons. const., décis. n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *portant sur la Loi relative à la protection des données personnelles*, JORF n° 0141 du 21 juin 2018, texte n° 2.

Cons. const., décis. n° 2018-749 QPC du 30 nov. 2018, *portant sur le déséquilibre significatif dans les relations commerciales II*, (Société Interdis e. a.), JORF n° 0278 du 1^{er} déc. 2018, texte n° 83.

2- Tribunal des conflits

T. Confl., 9 déc. 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, n° 00515.

T. Confl., 22 janv. 1921 – *Sté. commerciale de l'Ouest africain*, n° 00706.

T. Confl., 8 avr. 1935, *L'action française*, n° 00822.

T. Confl., 20 avr. 1959, *Société nouvelle d'exploitation des plages, piscines et patinoires*, n° 1688.

T.C., 6 juin 1989, *Société d'exploitation et de distribution d'eau* (affaire Ville de Pamiers), n° 02578.

T. Confl., 22 juin 1992, *Diamantaires d'Anvers*, n°02671.

T.C., 18 oct. 1999, *Aéroport de Paris*, n°99-03.174.

T. Confl., 26 avr. 2004, *Powernext*, n° C3379.

T. Confl., 2 mai 2011, *Sté. Europe Finance et Industrie*, n° 3766.

T. Confl., 17 juin 2013, *M. et M^{me} Bergeond c./ Sté. ERDF Annecy*, n° 3911.

T. Confl., 9 déc. 2013, *M. et M^{me} Pannizon c./Commune de Saint-Palais-sur-mer*, n°3931.

T. Confl., 13 oct. 2014, *Sté. Axa France IARD*, n° C3963.

T. Confl., 9 févr. 2015, *Sté. Senseo*, n° C3982.

3- Jurisprudence administrative

a- Conseil d'État

CE, 26 nov. 1875, *Fabricant d'allumettes, Sieur X*, n° 47544.

CE, 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855.

CE, 22 juin 1928, *Époux de Sigalas c./ Sté. Hydro-électrique et métallurgique du Palais*, III, p. 113.

- CE, sect. du contentieux, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détails de Nevers*, n°06781.
- CE, 27 févr. 1931, *Giaccardi*, rec. p. 225.
- CE, Ass., 17 juin 1932, *Commune de Castelnaudary*, n° 12045.
- CE, 12 juill. 1939, *Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Etienne*, n°76089.
- CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, n° 69751.
- CE, 26 oct. 1945, *Aramu*, n° 77726.
- CE, Ass., 7 févr. 1947, *D'Aillières*, n° 79128.
- CE, Ass. 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, n° 94511.
- CE, 10 févr. 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables*, n° 86949.
- CE, 17 févr. 1950, *Ministre de l'agriculture c./Dame Lamotte*, n° 86949.
- CE, Ass., 7 juill. 1950, *Dehaene*, n°01645.
- CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, n° 00590 02551.
- CE, Sec. Contentieux, du 20 avr. 1956, *ministre des Anciens Combattants et Victimes de la Guerre*, n° 98637.
- CE, 2 févr. 1960, *Kaupmann*, n° 58249.
- CE, Ass., du 24 juin 1960, *Sté. Frampar*, n° 42289.
- CE, 28 juin 1963, *Narcy*, n°43834.
- CE, sect. du contentieux, 13 oct. 1967, *Sieur Peny*, n° 58332.
- CE, 23 juin 1972, *Sté. la plage de la forêt*, n° 81486.
- CE, Ass., 10 juill. 1981, *M. Léon Retail*, n° 05130.
- CE, 23 déc. 1981, *Andlauer*, n° 16561.
- CE, 12 mars 1982, *CGT*, n° 25173.
- CE, 24 nov. 1982, *ministre des Transports c./Héritiers Malonda*, n° 32944.
- CE, 22 juin 1984, *Sté. Pierre et Cristal*, n° 18371.
- CE, 21 juin 1985, *Sté. Total Compagnie Française de Distribution*, n° 73425.
- CE, 27 mai 1987, *SA Laboratoires Goupil*, n° 83292.
- CE, Ass., du 7 juill. 1989, *Ordonneau*, n°56627.
- CE, 16 nov. 1990, *S.A. « La Cinq » c./CNC*, n° 97585.
- CE., 25 janv. 1991, *Brasseur*, n° 80969.
- CE, 14 juin 1991, *Association Radio Solidarité*, n°s 107365 107859 110270 114646.
- CE, 22 nov. 1991, *Association des centres distributeurs Edouard-Leclerc*, n°70946.
- CE, 7 déc. 1992, *Syndicat du commerce moderne de l'équipement de la maison*, n° 134961.

- CE, 29 juill. 1994, *S.A. Coopérative d'achat mutualiste des instituteurs de France*, n° 130503.
- CE, 31 mars 1995, *Ministre du budget c./SARL Auto-industrie*, n° 164008.
- CE, Ass. 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727.
- CE, 3^{ème} / 5^{ème} SSR, du 12 juin 1996, *Sté. Christ et Fils*, n° 115937.
- CE, 4 oct. 1996, *Comité interprofessionnel du vin de Bordeaux*, n° 168.131.
- CE, sect. du contentieux, 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière et Hotz*, n° 123912.
- CE, 9 avr. 1999, *Sté. The Coca-Cola Company*, n° 201853.
- CE, 7 juill. 1999, *Front national*, n° 198357.
- CE, 3 déc. 1999, *Caisse de crédit Mutuel de Bain-Tresbeuf*, n°s 197060, 197061.
- CE, Ass., 3 déc. 1999, *Jean Louis Didier*, n° 207434.
- CE, 9 / 10, 31 mai 2000, *Ville de Dunkerque*, n° 170563.
- CE, 3 juill. 2000, *Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et a.*, n°s 218358, 218458, 219038 et 219262.
- CE, 28 juill. 2000, *Emery*, n° 221071.
- CE, sect. du contentieux, 6 oct. 2000, *Sté. Pernod-Ricard*, n° 216645.
- CE, 20 oct. 2000, *Sté. Habib Bank Limited*, n° 180122.
- CE, sect. du contentieux, 22 nov. 2000, *Sté. Crédit agricole Indosuez Chevreux*, n° 207697.
- CE, 9 mai 2001, *Sté. Chep France*, n° 231-320.
- CE, 13 juin 2001, *M. Pierre X*, n° 211403.
- CE, Juge des référés, 12 nov. 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, n° 239840.
- CE, Ass., 30 nov. 2001, *Ministre de l'économie c./ Kechichian e. a.*, n° 219562.
- CE, 28 févr. 2002, *Groupe Norbert Detressangle*, n° 214179.
- CE, 28 juin 2002, *Garde des sceaux, ministre de la justice c./Magiera*, n° 239575.
- CE, 18 déc. 2002, *Association Promouvoir*, n° 232273.
- CE, 18 déc. 2002, *Duvignères*, n° 233618.
- CE, 5^{ème} / 7^{ème} SSR, du 30 déc. 2002, *Sté. Vortex*, 236826.
- CE, 30 juill. 2003, *Mme Kalfon*, n° 210344.
- CE, 30 juill. 2003, *Banque d'escompte et Wormser frères réunis*, n° 238169.
- CE, 19 janv. 2004, *Sté. Techna SA e. a.*, n° 263012.
- CE, 6 févr. 2004, *Commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France*, n° 240560.
- CE, Ass., 11 avr. 2004, *Association AC*, n° 255886.
- CE, 6^{ème} / 1^{ère} SSR, 10 mai 2004, *Crédit nord*, n° 241587.

- CE, sect. du contentieux, 11 juin 2004, lecture du 25 juin 2004, *Sté. Scoot France et Fonecta*, n^{os} 249300-249722.
- CE, 16 juin 2004, *Mutuelle générale des services publics*, n^o235176.
- CE, 4 févr. 2005, *Sté. GSD gestions et Gautier*, n^o 269001.
- CE, 25 févr. 2005, *France Télécom*, n^o247866.
- CE, 8 sept. 2005, *Commission de contrôle des assurances*, avis n^o 371.558.
- CE, 5 déc. 2005, *Fédération nationale UFC Que Choisir e. a.*, n^o 277441.
- CE, 7 déc. 2005, *Sté. Ryanair*, n^o 270424.
- CE, 6 janv. 2006, *Sté. Lebanese Communication Group*, n^o 279596.
- CE, 16 janv. 2006, *Fédération du crédit mutuel Centre Est Europe*, n^o 274721.
- CE, 13 févr. 2006, *Sté. Fiducial informatique et Fiducial expertise*, n^o27980.
- CE, 30 juin 2006, *Sté. Neuf Télécom SA*, n^o 289564.
- CE, 26 juill. 2006, *M. A.*, n^o 285247.
- CE, 18 oct. 2006, *Miller*, n^o 277497.
- CE, sect. du contentieux, 27 oct. 2006, *Éric B*, n^o 276069.
- CE, sect. du contentieux, 17 nov. 2006, *Sté. CNP Assurances*, n^o 276926.
- CE, 15 déc. 2006, *Corsica Ferries*, n^o298618.
- CE, 2^{ème} / 7^{ème}, 29 déc. 2006, *Sté. UPC France*, n^o 288251.
- CE, sect. du contentieux, 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.)*, n^o 264541.
- CE, 30 mai 2007, *M. Dubus et Sté. Dubus*, n^o 283888.
- CE, 6^{ème} / 1^{ère} SSR, 30 mai 2007, *Sté. Europe Finance et Industrie*, aff. jntes., n^o 293408, 288538.
- CE, 6^{ème} / 1^{ère} SSR, 26 juill. 2007, X, n^o293908.
- CE, 30 nov. 2007, *T. e. a.*, n^o 293952.
- CE, Juge des référés, 19 févr. 2008, *Profil France*, n^o 311974.
- CE, 19 mai 2008, *Fédération nationale UFC Que Choisir*, n^o 311197.
- CE, 26 mai 2008, *Sté. Norélec*, n^o 288583.
- CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 19 janv. 2009, *Sté. Saint Martin Câble TV FWI*, n^o 301148, n^o 301175.
- CE, Ass., 16 févr. 2009, *Sté. ATOM*, n^o 274000.
- CE, 19 févr. 2009, *Ghanmouni*, n^o 315015.
- CE, sect. du contentieux, 6 nov. 2009, *SARL Interconfort*, n^o 304300.
- CE, 6 nov. 2009, *Sté. Pro Décor*, n^o 304301.
- CE, 30 déc. 2009, *Sté. Expérian*, n^o 306173.

- CE, 2 juill. 2010, *Sté. Air France*, n° 340699.
- CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 7 juill. 2010, *Sté. Profil France*, n° 309721.
- CE, 8 nov. 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*, n° 329384.
- CE, sect. du contentieux, 30 déc.2010, *Sté. Métropole Télévision*, n° 338267 et 338273.
- CE, 28 mars 2011, *Caisse d'epargne de normandie*, n° 319327.
- CE, 3 mai 2011, *S. A. Voltalis*, n° 331858.
- CE, 13 juill. 2011, *Sté. Edelweiss gestion*, n° 327980.
- CE, Ass., 26 oct. 2011, *Commune de Saint-Denis*, n° 326492.
- CE, 22 déc. 2011, *Union mutualiste générale de prévoyance*, n° 323612, T.
- CE, 23 déc. 2011, *Département de la Guadeloupe*, n° 350231.
- CE, 30 déc. 2011, *Thannberger*, n° 335621.
- CE, 5 mars 2012, *Sté. Ciment Calcia*, n° 346410.
- CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 26 mars 2012, *Sté. Pages Jaunes Groupe*, n°353193.
- CE, 28 mars 2012, *Sté. Direct Energie e. a.*, n° 330548.
- CE, 11 avr. 2012, *Banque Populaire Côte d'Azur*, n° 336839.
- CE, 4 juill. 2012, *Association française des operateurs de reseaux et services de telecommunications (AFORST)*, n° 334062 et n°347163.
- CE, 11 juill. 2012, *SARL Media Place Partners*, n° 351159.
- CE, 17 juill. 2012, *Sté. Groupe Canal Plus*, n° 353856.
- CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 27 juill. 2012, *Sté. AIS 2*, n° 340026.
- CE, 11 oct. 2012, *Sté. ITM Entreprises e. a.*, n^{os} 346378, 346444.
- CE, 9^{ème} / 10^{ème} SSR, 11 oct. 2012, *Sté. Casino-Guichard-Perrachon*, n° 357193.
- CE, 9^{ème} / 10^{ème} SSR, 28 nov. 2012, *Sté. Direct Energie et Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication*, n°330548.
- CE, Ass., 21 déc. 2012, *Groupe Canal Plus*, n° 353856.
- CE, Ass., 21 déc. 2012, *Sté. Groupe Canal Plus et Vivendi*, n° 362347.
- CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 8 avr. 2013, *Syndicat CFE-CGC France Télécom-Orange*, n° 359789.
- CE, 29 avr. 2013, *Sté. Numéricâble SAS et NC Numéricâble*, n° 356976.
- CE, 15 mai 2013, *Alternative Leaders France*, n° 356054.
- CE, 9^{ème} /10^{ème}, 10 juin 2013, *Sté. Bigben Interactive*, n°363082.
- CE, 12 juin 2013, *Sté. Générale*, n° 349185, n° 350064, n° 359245 et n° 359477.
- CE, 24 juin 2013, *Sté. Colruyt France et Établissements Fr. Colruyt.*, n° 360949.
- CE, 10 juill. 2013, *Sté. AT&T Global Network Services France SAS e. a.*, n° 360397.
- CE, 29 oct. 2013, *SAS EIM France*, n° 356108.

- CE, 9^{ème} /10^{ème} SSR, 07 nov. 2013, *Sté. Transport et Infrastructures Gaz France (TIGF)*, n° 362092.
- CE, 18 déc. 2013, *Mme L. e. a.*, n° 365844.
- CE, 23 déc. 2013, *Sté. Métropole Télévision (M6) et Télévision Française 1 (TF1)*, n° 363702.
- CE, Juge des référés, 7 févr. 2014, *Google Inc*, n° 374595.
- CE, 9^{ème}/10^{ème}, SSR, 12 mars 2014, *Sté. Pages Jaunes Groupe*, n° 353193.
- CE, 10^{ème} /9^{ème} SSR, 12 mars 2014, *Sté. Foncia Groupe*, n° 354629.
- CE, 5^{ème} / 4^{ème} SSR, 31 mars 2014, *Sté. France Télévisions*, n° 356893.
- CE, 11 avr. 2014, *Syndicat des réseaux radiophoniques nationaux*, n° 348972.
- CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 26 avr. 2014, *Sté. IMS Health*, 354903.
- CE, 11 juin 2014, *Sté. TDF e. a.*, n° 363920.
- CE, 5 nov. 2014, *Sté. Wienerberger*, n° 373065.
- CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 30 janv. 2015, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, n°374022.
- CE, 25 févr. 2015, *Sté. Générale*, n° 372613.
- CE, 11 mars 2015, *Sté. TUTO4PC*, n° 368624.
- CE, 11 mars 2015, *Sté. E*, n° 372884.
- CE, 10^{ème} /9^{ème} SSR, 10 avr. 2015, *M. C. A*, n° 376575.
- CE, Ass., 17 juin 2015, *Sté. La Chaîne Info*, n° 384826.
- CE, Juge des référés, 08 juill. 2015, *Sté. Guadeloupe, Guyane et martinique Téléphone Mobile*, n°390765, n° 390766, et n°390767.
- CE, 10 juill. 2015, *M. Garnier de Falletans*, n° 369454.
- CE, 9^{ème} /10^{ème} SSR, 25 sept. 2015, *Sté. Le Caloch Consultant*, n° 386077.
- CE, 9^{ème} / 10^{ème} SSR, 14 oct. 2015, *Sté. Générale*, n° 381173.
- CE, 9 nov. 2015, *l'Association France Nature Environnement et l'Union des fédérations Rhône-Alpes de protection de la nature*, n°s 375322, 375672, 375673.
- CE, 20 janv. 2016, *Caisse d'épargne et de prévoyance*, n° 374950.
- CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté. Fairvesta International GmbH e. a.*, n°s 368082, 368083 et 368084.
- CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté. NC Numéricâble*, n° 3900023.
- CE, 6 avr. 2016, *M. R.*, n° 374224.
- CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 15 avr. 2016, *Sté. Guadeloupe téléphonie mobile*, n° 390759.
- CE, 8 juin 2016, *Mme B... D... et MM. C...et A...D.*, n° 386525.
- CE, 15 juin 2016, *Association nationale des opérateurs détaillant en énergie (ANODE)*, n° 386078.

- CE, 20 juin 2016, *Fédération française des sociétés d'assurances*, n° 384297.
- CE, 6 juill. 2016, *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz Sté. Vitogaz France*, n°s, 390457,390774.
- CE, Ass., 13 juill. 2016, *M. C.*, n° 387763.
- CE, 13 juill. 2016, *Sté. GDF Suez*, n°388150.
- CE, Ass., 13 juill. 2016, *Sté. Métropole Télévision et Paris Première*, n° 396476.
- CE, 27 juill. 2016, *M. N...C*, n° 381019.
- CE, 10^{ème} / 9^{ème} SSR, 28 sept. 2016, *Théâtre national de Bretagne*, n° 389448.
- CE, Ass., 9 nov. 2016, *Sté. Fosmax LNG*, n° 388806.
- CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 30 déc. 2016, *Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires*, n° 395681.
- CE, 31 mars 2017, *Mr B. A.*, n° 392316.
- CE, 10^{ème} /9^{ème} SSR, 19 juin 2017, *Sté. Optical Center*, n° 396050.
- CE, 10^{ème} /9^{ème} SSR, 19 juin 2017, *M. A.*, n° 398442.
- CE, 10^{ème} /9^{ème} SSR, 19 juill. 2017, *Sté. Google Inc.*, n° 399922.
- CE, 9^{ème} ch., 28 juill. 2017, *Sté. Eveler*, n° 411454.
- CE, 9^{ème}/10^{ème} SSR, 22 déc. 2017, *Groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) Ausset et le Groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) Rouches*, n° 400669.
- CE, 9^{ème}/ 10^{ème} SSR, 07 févr. 2018, *CoRDIS/ EDF*, n° 399683.
- CE, 2^{ème} / 7^{ème} SSR, 16 févr. 2018, *Union des transports publics et ferroviaires (UTP)*, n° 403508.
- CE, 10^{ème}/9^{ème} SSR, 06 juin 2018, *Sté. Editions Croque Futur*, n° 412589.
- CE, 5^{ème} /6^{ème} SSR, 18 juill. 2018, *M. B. A.*, n° 414527.
- CE, 10^{ème} /9^{ème} SSR, 17 avr. 2019, *Sté. Optical center*, aff. n°422575.
- CE, 10^{ème} /9^{ème} SSR, 17 avr. 2019, *Association pour le développement des foyers (ADEF)*, n° 423559.
- CE, ord. 14 août 2019, *Associations « la Quadrature du net » et « Caliopen »*, n° 433070.
- CE, 28 mars 2020, *Syndicats des médecins d'Aix et Région e. a.*, n° 439726.

b- Cour administrative d'appel

CAA Versailles, 5^{ème} ch., 15 mars 2018, n° 17VE00247.

4-Jurisprudence judiciaire

a- Cour de cassation

Cass. 3^{ème} civ., 25 juin, 1970, *Sté. Théâtre de Neuilly*, n° 68-13.987.

- Cass. com.**, 27 nov. 1991, *Mme. X*, n° 89-20.356.
- Cass. com.**, du 14 janv. 1992, *Sté. Gist-Brocades*, n° 89-21.462.
- Cass. com.**, 12 janv. 1993, *Sté. Hôtel George V*, n° 91-12.548.
- Cass. com.**, 12 oct. 1993, *Sté. Concurrence*, n° 91-16.988, n° 97-17.090.
- Cass. com.**, 12 oct. 1993, *Sté. Concurrence, Jean Chapelle et Semavem*, n° 91-17.983.
- Cass. com.**, 5 juill. 1994, *Mme. X*, n° 92-20.064.
- Cass., Asss.**, 28 févr. 1995, *M. X*, n° 93-10-012.
- Cass. com.**, 13 déc. 1995, *Sté. Études et travaux (SET)*, n° 15-25.464.
- Cass. com.**, 9 sept. 1997, *Sté. Héli-Inter Assistance*, n° 97-20.199.
- Cass. com.**, 27 janv. 1998, *Sté. Colgate-Palmolive e. a.*, n° 09-11.080.
- Cass. com.**, 27 janv. 1998, *Min. de l'économie/DGCCRF*, n° 96-10.694.
- Cass. Ass. plén.**, 5 févr. 1999, *COB c./Oury*, n° 97-16.440.
- Cass. 1^{ère} civ.**, 9 mars 1999, *Sté. Produits agro-alimentaires d'Aquitaine (PAA)*, n° 96-16.560.
- Cass. com.**, 5 oct. 1999, *SNC Campenon Bernard SGE c./Min. de l'économie*, aff. jntes., n^{os} 97-15.617, 97-15.626, 97-15.632, 97-15.673, 97-15.760, 97-15.777, 97-15.805, 97-15.826, 97-15.836, 97-15.852, 97-15.871, 97-15.932, 97-16.004, 97-16.330.
- Cass. com.**, 25 janv. 2000, *Sté. Héli-Inter assistance*, n° 97-20.199,
- Cass. com.**, 30 mai 2000, *Sté. Europe Sailing*, n° 98-15.549.
- Cass. com.**, 23 juin 2004, *Sté. Groupe Péchiney*, n° 02-17.937.
- Cass. crim.**, 23 févr. 2005, *Sté. CELICE, BLANCPAIN et SOLTNER e. a.*, n° 03-85.574.
- Cass. com.**, 12 juill. 2005, *Sté. Messageries lyonnaises de Presse (MLP)*, n° 04-12.388.
- Cass. com.**, 27 sept. 2005 *Béton prêt à l'emploi*, 04-16.677.
- Cass. 1^{ère} civ.**, 7 juin 2006, *Sté. Village de l'Anse Azérot (VAA) et Carenantilles*, n° 04-15.547.
- Cass. com.**, 4 juill. 2006, *Sté. Coopérative d'approvisionnement Paris-Est (SCAPEST)*, n° 03616.443.
- Cass. com.**, 11 juill. 2006, *Casa Milano*, n° 04-20.592.
- Cass. com.**, 30 mai 2007, *Robinson c./AMF*, n° 06-11.31.
- Cass. com.**, 8 juill. 2008, *Sté. Coopérative Groupements d'achats des centres Leclerc (le Galec)*, n° 07-16.761.
- Cass. com., civ.**, 4 nov. 2008, *Sté. Canal 9*, n° 07-21.275.
- Cass. com.**, 2 déc., 2008, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de la Corse*, n° 08-10.721.
- Cass. com.**, 2 déc. 2008, *Sté. Castorama France c./ Tomécani-Benetière (Tomécanic)*, n° 08-10731.
- Cass. com.**, 2 déc. 2008, *Sté. Brico-Dépôt c./ Tomécani-Benetière (Tomécanic)*, n° 08-10732.

- Cass. com.**, 07 juill. 2009, *Sté. Vicat et Lafarge ciments*, n° 08-15.609, 08-16.094.
- Cass., civ., com.**, 7 avr. 2010, *M. S. X.*, n° 09-15.122.
- Cass. com.**, 13 juill. 2010, *Google Inc et Google France*, n° 06-20-230.
- Cass. civ.**, 26 oct. 2010, *Sté. Organon Biosciences*, n° 09-65.565.
- Cass., Ass. plén.**, 7 janv. 2011, *Sté. Philips France et Sony France*, n° 09-14316 et 09-14667.
- Cass. com.**, 18 janv. 2011, *Sté. Comercio de Primeras Materias (Coprma)*, n° 10-11.885.
- Cass. com.**, 27 avr. 2011, *Sté. Carrefour*, n° 10-13.690.
- Cass. crim.**, 16 juin 2011, *Sté. Stereau et GTM environnement*, n° 10-80.016.
- Cass. crim.**, 7 sept. 2011, *Sté. Basf Agro et Basf Agri*, n° 10- 85.310.
- Cass. com.**, 18 oct. 2011, *Sté. Carrefour Hypermarchés SAS*, n° 10-15.296.
- Cass. com.**, 18 oct. 2011, *Sté. Groupement d'achats des centres Leclerc (GALEC)*, n° 10-28.005.
- Cass. crim.**, 19 oct. 2011, *Sté. Sobeia Environnement*, n° 10-88.193.
- Cass., crim.**, 19 oct. 2011, *Sté. Monod et Colin*, n° 10- 88.194.
- Cass. com.**, 2 nov. 2011, *Sté. Colas Rail et Pichenot-Bouille*, n° 10-21.103.
- Cass. com.**, 31 janv. 2012, *Directeur général des finances publiques c./ Simon*, n° 11-13.097,
- Cass. civ., com.**, 3 mai 2012, *Sté. Parfums Christian Dior, Kenzo Parfums, Parfums Givenchy et Guerlain (les sté. DKGK)*, n°11-10.508.
- Cass. crim.**, 25 sept. 2012, *Sté. Rina, Total e. a.*, n°10-82.938.
- Cass. com.**, 12 févr. 2013, *Sté. EAS Fret*, n° 12-13.603.
- Cass. crim.**, 18 juin 2013, *M. Abdelali X et sté. SAS Univ*, n°12-86.338.
- Cass. com.**, 20 mai 2014, *Sté. Hunter Douglas Belgium Helioscreen e. a.*, aff. aff. jntes., n° 12-26.705 ; 12-28.970 ; 12-29.281.
- Cass. com.**, 10 févr. 2015, *Sté. Seco Tools France*, n° 13-26414.
- Cass. com.**, 3 mars 2015, *Sté. Eurauchan*, n° 13-27.525.
- Cass. com.**, 12 mai 2015, *Sté. Cogent*, n° 14-10792.
- Cass. com., civ.**, 27 mai 2015, *Sté. Coopérative Groupement d'achat des centres distributeurs Leclerc (GALEC)*, n° 14-11.387.
- Cass. civ., com.**, 6 oct. 2015, *Sté. Bouygues Telecom*, n°^{os} 14-20.445, 14-21.291.
- Cass. civ.**, 17 févr. 2016, *Association nationale d'équipements sociaux (l'ANRES)*, n° 14-26.632.
- Cass. com.**, 12 avr. 2016, *Sté. Bénéteau*, n° 13-27.712.
- Cass. civ.**, 6 juill. 2016, *Sté. Apple*, n° 15-21.811.

- Cass. com.**, 25 janv. 2017, *Sté. Galec-groupement d'achats des centres Leclerc (le Galec)*, n° 15-23.547.
- Cass. com.**, 8 févr. 2017, *ADLC c./ Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables (le CSOEC)*, n° 15-15.005.
- Cass. com.**, 29 mars 2017, *Sté. Estudia*, 15-15.337.
- Cass. com.**, 29 mars 2017, *Sté. Fascom international*, n° 15-17.659.
- Cass. com.**, 29 mars 2017, *Sté. Sodisco*, 15-24.241.
- Cass. com.**, 11 mai 2017, *Sté. GIE Les Indépendants*, n° 14-29.717.
- Cass. civ., com.**, 27 sept. 2017, *Sté. France Télécom*, n° 16-13.542,
- Cass. civ. 3^e**, 15 févr. 2018, *Sté. Au Marahja du Millénaire*, n° 17-11.329.
- Cass. com.**, 15 févr. 2018, *Sté. Verizon France*, n° 17-22.192.
- Cass. 1^{er} civ.**, 14 mars 2018, *Sté. Ecuries Duguet et M. et Mme X*, n° 147 16-27.913.
- Cass. com.**, 21 mars 2018, *Sté. Best automobile*, n° 16-28.412.
- Cass. com.**, 05 juin 2019, *Sté. Verizon France c./ Sté. Orange*, n° 17-22.192.
- Cass. 1^{er} civ.**, 27 nov. 2019, *Google LLC e. a.*, n° 18-14.675.

b- Cours d'appel et Tribunaux de commerce

- CA Paris**, 6 mai 1997, *Sté. Bouygues SA et a.*, n° 96/5300.
- CA Paris**, 15 juin 1999, *Canal Plus*, n° 95-668.
- CA Paris**, 7 mars 2000, *KPMG Fiduciaire de France*, n° 1999/15862.
- CA Paris**, 27 juin 2000, *Sté. France Télécom*, n° 2000/02659.
- CA Paris**, 20 nov. 2001, *Sté. Norelec, Forlumen et SFEE*, n° RG2001/08867.
- CA Versailles**, 22 nov. 2001, *Sté. Thalia*, n° 2000-6445.
- CA Paris**, 27 juin 2002, *Sté. Gerbelot-Barillon*, n° 2001/19629.
- CA Reims**, 5 mai 2003, *Sté. Coopérative d'approvisionnement Paris-Est (SCAPEST)*, n° 2003 865.
- CA Paris**, 20 janv. 2004, *Sté. Completel et France Telecom*, n° CT0175.
- CA Paris**, 12 févr. 2004, *SARL Messageries Lyonnaises de Presse (MLP)*, n° CT0175.
- CA Paris**, 24 févr. 2004, *Sté. Sinerg*, n° 2003/10671.
- CA Paris**, 6 avr. 2004, *France Télécom c./ Iliad*, n° 2003/18407.
- CA Paris**, 4 mai 2004, *Sté. Honda Motor e. a.*, n° 2003/14830.
- CA Paris**, 7 déc. 2004, *Mobius c./ France Télécom*, n° 2004/10272.
- CA Paris**, 25 janv. 2005, *SARL Reims Bio*, n° CT0175.
- CA Paris**, 25 janv. 2005, *Sté. Cerestar c./ EDF*, n° 4/12111.

- CA Paris**, 4 avr. 2007, *Sté. X*, n° 07/03058.
- CA Paris**, 19 avr. 2005, n° 04/22691.
- CA Paris**, 4 oct. 2005, *CPCU*, n° 2005/05505.
- CA Paris**, 30 mai 2006, *Sté. X*, n° 05/21197.
- CA Paris**, 30 mai 2006, *EDF et RTE c./ Cie du Vent*, n° 2005/21057.
- CA Paris**, 19 sept. 2006, *Sté. X*, n° 06/12938.
- CA Paris**, 24 avr. 2007, *Sté. X et Y*, n° 07/03266.
- CA Versailles**, 3 mai 2007, *Sté. Coopérative groupements d'achats des centres leclerc (galec)*, n°05/9223.
- CA Paris**, 22 mai 2007, *Sté. EDF*, n° 2006/16883.
- CA Paris**, 1^{er} ch., s., 19 juin 2007, *SAS Philips France*, n° 2006/00628.
- CA Douai**, 20 nov. 2007, *Sté. Tomecanic-benetiere*, n° 07/5217.
- CA Paris**, 31 mars 2008, *Sté. X*, n° 08/02370.
- CA Paris**, 29 oct. 2008, *Sté. X*, n° 08/022551.
- CA Paris**, 26 nov. 2008, *Sté. X*, n° 07/14613.
- CA Paris**, 8 avr. 2009, *Ela Médiacal*, n° 01092.
- CA Paris**, 26 mai 2009, *Neuf Cegetel c./ France Télécom*, n° 2008/16665.
- CA Versailles**, 29 oct. 2009, *Sté. Coopérative groupements d'achats des centres Y*, n° 08/07356.
- CA Bordeaux**, 24 nov. 2009, *SCA Alliance fine champagne*, n° 08/02676.
- CA Paris**, 5^{ème} / 7^{ème} ch., 19 janv. 2010, *SAS AMD Sud-Ouest*, n° 2009/00334.
- CA Nîmes**, 25 févr. 2010, *Sté. Carrefour France*, n° 07/00606.
- CA Paris**, 5^{ème} / 7^{ème} ch., Pôle 5, 1^{er} juin 2010, *Sté. Canal 9*, n° 2008/21057.
- CA Paris**, 3 févr. 2011, *Sté. Numéricable*, n° 2010/24436.
- CA Paris**, 24 févr. 2011, *Société LRN c./ Société Mobius*, n° 2010/16143.
- CA Paris**, 7 avr. 2011, *Sté. ERDF*, n° 2009/22783.
- CA Paris**, 23 juin 2011, *Sté. Numéricable*, n° 2010/23690.
- CA Paris**, 29 sept. 2011, *ERDF c./ Direct Énergie*, n° 2010/24020.
- CA Lyon**, 19 janv. 2012, *SAS SOGELINK c./ SARL SIG-MAGE*, n° 09/07831.
- CA Paris**, 8 nov. 2012, *Sté. GAEC Saint Doué*, n° 2011/20368.
- CA Paris**, 6 mars 2013, *SARL SOLGAR VITAMINS France*, n° 11/15478.
- CA Paris**, 7 nov. 2013, *Sté. V-Score*, n° 2012/10166.
- CA Paris**, 3 avr. 2014, *Sté. ORCO PROPERTY GROUP*, n° 12/23179.
- CA Paris**, 2 oct. 2014, *M. B. V. J.*, n° 12/20580.

CA Paris, 27 nov. 2014, *Sté. M. M. D.*, n° 13/16393.

CA Paris, 29 oct. 2015, *Sté. X*, n° 14/14359.

CA Paris, 5^{ème} / 7^{ème} ch., Pôle 5, 18 févr. 2016, *Sté. CELTIPHARM*, n° 2014/23387.

CA Paris, 12 mai 2016, *Sté. X*, n° 14/26120.

CA Paris, 27 oct. 2016, *Sté. L'Oréal*, n° 15/01673.

CA Paris, 21 juin 2017, *Sté. Expédia INC*, n° 15/18784.

CA Paris, 5^{ème} / 7^{ème} ch., Pôle 5, 29 juin 2017, *Sté. X*, n° 2015/17204.

CA Paris, 21 déc. 2017, *Sté. Royer Holding*, n° 16/06962.

CA Paris, 06 juin 2019, *Free mobile*, n° 18/0898.

T. Com. Lille, 6 janv. 2010, *Min. de l'économie c./Castorama*, n° 2009-05184.

T. Com. Montpellier, 17 janv. 2011, *Sté. Parteanire européen c./AK Associés*, n° 14/035543.

B- Jurisprudence européenne

1- Cour de justice des Communautés européennes/Cour de justice de l'Union européenne

- Cour de justice des communautés européennes

CJCE, 21 déc. 1954, *France c./ Haute autorité*, aff. 1/54, *Rec.*, 1957, p. 7.

CJCE, 5 déc. 1963, *Usines Émile Henricot c./ Haute Autorité de la CECA*, aff. aff. jntes., 23/24 et 52/63, *Rec.*, 1963, p. 441.

CJCE, 30 juin 1966, *Sté. Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, aff. C-56-57, *Rec.*, 1966, p. 337.

CJCE, 13 juill. 1966, *Consten et Grunding c./Commission*, aff. aff. jntes., 56 et 58I/64, *Rec.*, 1966, p. 559.

CJCE, 15 juill. 1970, *A. C. F. Chemieferma c./Commission*, aff. C-41/69, *Rec.* 1970, p. 661.

CJCE, 25 nov. 1971, *Béguelin Import Co Bruxelles c./SAGL Import-Export*, aff. 22-71, *Rec.*, 1971, p. 949.

CJCE, 13 juin 1972, *Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit SA et Grands Moulins de Paris SA/ Commission*, aff. aff. jntes., C-9 et C-11/ 71, *Rec.*, 1972, p. 391.

CJCE, 14 juill. 1972, *Impérial Chemical Industries Ltd c./Commission*, aff. aff. jntes., C- 48, 49, 51, à C-57/69, *Rec.*, 1972, p. 619.

CJCE, 14 juill. 1972, *Sté. française des matières colorantes (Francolor) c./Commission*, aff. 54/69, *Rec.*, 1972, p. 851.

CJCE, 14, déc. 1972, *Boheringer Mannheim/ Commission*, aff. C-7/72, *Rec.*, 1972, p. 1281.

CJCE, 6 févr. 1973, *Brasserie de Haecht c./Wilkin-Janssen [Haecht II]*, aff. 48/72, *Rec.*, 1973, p. 77.

CJCE, 21 févr. 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c./Commission des Communautés européennes*, aff. C- 6/72, *Rec.*, 1973, p. 215.

CJCE, 6 mars 1974, *I. C. CI et Commercial Solvents c./Commission*, aff. aff. jntes., C-6/73, 7/73 *Rec.*, 1974, p. 223.

CJCE, 14 mai 1974, *Nold kolhen-und Baustoffgrosshandlung c./Commission*, aff. C-4/73, *Rec.* 1974, p. 491.

CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. C-41-74, *Rec.*, 1974, p. 1337.

CJCE, 27 oct. 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c./ Commission*, aff. C-26-27, *Rec.*, 1977, p. 1875.

CJCE, 16 nov. 1977, *Inno Atab c./Association des détaillants en tabac*, aff. C-13-77, *Rec.*, 1977, p. 2115.

CJCE, 20 juin 1978, *TAPEA (BV)*, aff. C-28-77, *Rec.*, 1978, p. 1391.

CJCE, 13 févr. 1979, *Hoffmann-La Roche c./Commission*, aff. C-85/76, *Rec.*, 1979, p. 461.

CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic c./Commission*, aff. C-136/79, *Rec.*, 1980, p. 2033.

CJCE, ord. du 17 janv. 1980, *Camera Care c./Commission*, aff. C-729/79, *Rec.*, 1980, p. 119.

CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic*, aff. C-136/79, *Rec.*, 1980, p. 2033.

CJCE, 29 oct. 1980, *Roquette et frères*, aff. C-138/79, *Rec.*, 1980, p. 3333.

CJCE, 29 oct. 1980, *Heintz Van Landewyck, e. a. c./Commission*, aff. aff. jntes., aff. C-209 à 215 et C-218/78, *Rec.*, 1980, p. 3125.

CJCE, 11 nov. 1981, *I. B. M. c./ Commission*, aff. C-60/81, *Rec.*, 1981, p. 2639.

CJCE, 18 mai 1982, *AM & S EUROPE Limited (venant au droit de Rio Tinto) c./Commission*, aff. C-155/79, *Rec.*, 1982, p. 1575.

CJCE, ord. 20 sept. 1983, *Commission c./ France*, aff. C-171/83 R, *Rec.*, 1983, p. 2621.

CJCE, 8 nov. 1983, *NV IAZ International Belgium et a. c./ Commission*, aff. C-96-102, 105, 108 et 110-82, *Rec.*, 1983, p. 3369.

CJCE, 9 nov. 1983, *Michelin c./Commission (Michelin I)*, aff. C-322/81, *Rec.*, 1983, p. 3461.

CJCE, 28 mars 1984, *Officine Bertoli c./Commission*, aff. C-8/83, 1984, 1984, *Rec.*, p. 1649.

CJCE, 10 juill. 1984, *Campus Oil Limited*, aff. C-72/83, *Rec.*, 1984, p. 2727.

CJCE, 13 mars 1985, *Pays-Bas et Leeuwar Papierwarenfabrik c./Commission*, aff. C-296 et 318/82, *Rec.*, 1985, p. 133-135.

CJCE, 20 mars 1985, *Timex c./ Conseil et Commission*, aff. C-264/82, *Rec.*, 1985, p. 00849.

CJCE, 11 juill. 1985, *Remia BV e. a. c./Commission*, aff. C-42/84, *Rec.*, 1985, p. 2545.

- CJCE**, 7 nov.1985, *Adams c./ Commission*, aff. C-145/83, *Rec.*, 1985, p.03539.
- CJCE**, 23 avr. 1986, *Parti écologiste c./Parlement européen*, dit « Les Verts », aff. C-294/83, *Rec.*, 1986, p. 1339.
- CJCE**, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84, *Rec.*, 1986, p. 1651.
- CJCE**, 18 juill. 1986, *D. H. M. Segers c./Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank-en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, aff. C-79/85, *Rec.*, 1986, p. 2375.
- CJCE**, 21 mai 1987, *Albako Margarinefabrik*, aff. C-249/85, *Rec.*, 1987, p. 2345.
- CJCE**, 14 juill. 1988, *Cartel des yaourts surgelés*, aff. C-298/87, *Rec.*, 1988, p. 04489.
- CJCE**, 27 sept. 1988, *The Queen c./H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-81/87, *Rec.*, 1988, p. 5483.
- CJCE**, 27 sept. 1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö e. a. c./Commission*, aff. jntes., C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117, C-125, C-126, C-127, C-128 et C-129/85, *Rec.*, 1988, p. 5193.
- CJCE**, 29 sept. 1989, *Hoechst AG c./ Commission*, aff. jntes., 46/87, 227/88, *Rec.*, 1989, p. 2859.
- CJCE**, 17 oct. 1989, *Dow Chemical Iberica c./Commission*, C-97/87, *Rec.*, 1989, p. 3165.
- CJCE**, 18 oct. 1989, *Solvay & cie c./Commission*, aff. C-27/88, *Rec.*, 1989, p. 3355.
- CJCE**, 18 oct. 1989, *Orkem c./Commission*, aff. C-374/87, *Rec.*, 1989, p. 3283.
- CJCE**, 12 nov. 1991, *Technische Universität München/ Hauptzollamt*, aff. C-269/90, *Rec.* 1991 p. I-5469.
- CJCE**, 31 mars 1993, *A. Ahlstrom Osakayhtio e.a. c./Commission*, aff. jntes., C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, *Rec.*, 1993, p. 5193.
- CJCE**, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.*, 1993, p. I-02533.
- CJCE**, 27 avr. 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, *Rec.*, 1994, p. I-01477.
- CJCE**, 6 avr. 1995, *Magill*, aff. C-241/91 et C-242/91, *Rec.*, 1995, p. I-00743.
- CJCE**, 6 juin 1996, *Commission c./République italienne*, aff. C-101/94, *Rec.*, 1996, p. I-2719.
- CJCE**, 15 mai 1997, *N c./ Commission*, aff. C-273/94, *Rec.*, 1997, p. I-A-97, II-289.
- CJCE**, 9 juin 1997, *Elf Atochem SA, c./Commission*, aff. C-9/97, *Rec.*, 1997, p. II-909.
- CJCE**, 2 avr. 1998, *Commission c./Sytraval et Brink's France SARL*, aff. C-367/95, *Rec.*, 1998, p. I-01719.
- CJCE**, 27 sept. 1998, *Ahlström Osakeyhtio c./ Commission*, aff. jntes., 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, *Rec.*, 1998, p. 5193.
- CJCE**, 26 nov. 1998, *Oscar Bronner/ Mediaprint*, aff. C-07/97, *Rec.*, 1998, p. I-07791.
- CJCE**, 17 déc. 1998, *Baustahlgewebe c./Commission*, aff. C-185/98, *Rec.*, 1998, p. I-8417.
- CJCE**, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.*, 1999, p. I-01459.

- CJCE**, 29 avr. 1999, *Royal Bank of Scotland c./Elliniko Dimosio*, aff. C-311/97, 1998, *Rec.*, p. I-02651.
- CJCE**, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd, Benetton International NV*, aff. C-126/97, 1999, *Rec.*, p. I-3055.
- CJCE**, 8 juill. 1999, *Commission c./Anic Partecipazioni SpA*, aff. C-49/92, *Rec.*, 1999, p. I-04125.
- CJCE.**, Ass. Plén., 14 sept. 1999, *Frans Gschwind et Finanzamt Aachen-Aussenstadt*, aff. C-391/97, *Rec.*, 1999, p. I.
- CJCE.**, 21 sept. 1999, *Compagnie de Saint-Gobain c./Finanzamt Aachen-Innenstadt*, aff. C-307/97, *Rec.*, 1999, p. 6161.
- CJCE**, 16 nov. 2000, *SCA Holding/Commission*, aff. C-297/98 P, *Rec.*, 2000, p. I-10101.
- CJCE**, 14 déc. 2000, *Masterfoods et HB*, C-344/98, *Rec.*, 2000, p. I-11369.
- CJCE**, 22 nov. 2001, *Ferring*, aff. C-53/00.
- CJCE**, 22 janv. 2002, *Holto LTD*, aff. C-447/00, *Rec.*, 2002, p. I-735.
- CJCE**, 25 juill. 2002, *Union de Pequenos Agricultores c./Conseil et Commission*, aff. C-50/00, *Rec.*, 2002, p. I-06677.
- CJCE**, 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) e.a.*, aff. jntes., aff. C-238/99 P, C-224/99 P, C-225/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à 250/99 P, *Rec.*, 2002, p. I-08375.
- CJCE**, 22 oct. 2002, *Roquette Frères*, aff. 94/00, *Rec.*, 2002, p. I-09011.
- CJCE**, 5 nov. 2002, *Überseering BV c./Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, aff. C-208/00, *Rec.*, 2002, p. I-09919.
- CJCE**, 21 nov. 2002, *X et Y*, aff. C-436/00, *Rec.*, 2002, p. I-10829.
- CJCE**, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, *Rec.*, 2003, p. I-04989
- CJCE**, 3 juill. 2003, *Chronopost SA*, aff. C-83/01, P, C-93/01 P et C-94/01 P, *Rec.*, 2003, p. I-6993.
- CJCE**, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. 112/00, *Rec.*, 2003 p. I-05659.
- CJCE**, 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.*, 2003, p. I-07747.
- CJCE**, 30 sept. 2003, *Kamer von Koophandel c./Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01, *Rec.*, 2003, p. I-10155.
- CJCE**, 2 oct. 2003, *Thyssen Stahl/Commission*, aff. C-194/99 P, *Rec.*, 2003, p. I-10821.
- CJCE**, 06 nov. 2003, *Lindqvist*, aff. C-101/01, *Rec.*, 2003, p. I-12971.
- CJCE**, 13 nov. 2003, *Neri, European school of economic*, aff. C-153/02, *Rec.*, 2003, p. I-13555.
- CJCE**, 20 nov. 2003, *GEMO*, aff. C-126/01, *Rec.*, 2003, p. I-13769.

- CJCE**, 6 janv. 2004, *Bayer AG*, aff. jntes., aff. jntes C-2/01 P et C-3/01 P, *Rec.*, 2004, p. I-00023.
- CJCE**, 7 janv. 2004, *Aalborg Portland e. a.*, aff. C-204/00, *Rec.*, 2004, p. I-00123.
- CJCE**, 11 mars 2004, *De Lasteyrie du Saillant*, aff. C-9/02, *Rec.*, 2004, p. I-2409.
- CJCE**, 14 oct. 2004, *OMOGA*, aff. C-36/02, *Rec.*, 2004, p. I-09609.
- CJCE**, 15 févr. 2005, *Commission/Tetra Laval*, aff. C-12/03 P, *Rec.*, 2005, p. I-987.
- CJCE**, 28 juin 2005, *Dansk Rorindustri et a. c./ Commission*, aff. C-189, 202, 205, 208, 213/02 P, *Rec.*, 2005, 2005 p. I-05425.
- CJCE**, 14 juill. 2005, *Acerinox c./Commission*, aff. C-57/02, *Rec.*, 2005, p. I-6689.
- CJCE**, 14 juill. 2005, *Thyssen Krupp c./Commission*, aff. C-65/02, *Rec.*, 2005, p. I-6773.
- CJCE**, 13 déc. 2005, *CEVIC*, aff. C-411/03, *Rec.*, 2005, p. I-10805.
- CJCE**, 30 mai 2006, *Parlement européen c./Conseil et Commission*, aff. jntes., aff. C- 317/04 et C-318/04, *Rec.*, 2006, p. I-04721.
- CJCE**, 22 juin 2006, *Belgique et Forum 187 c./Commission*, aff. jntes., C-182/03 et C-217/03, *Rec.*, 2006, p. I-5479.
- CJCE**, 29 juin 2006, *SGL Carbon c./ Commission*, aff. C-301/04, *Rec.*, 2006, p. I-5915.
- CJCE**, 13 juill. 2006, *Manfredi*, aff. jntes., aff. C-295/04 à C-298/04, *Rec.*, 2006, p. I-6619.
- CJCE**, 21 sept. 2006, *Technisch Unie BV c./Commission*, aff. C-113/04, *Rec.*, 2006, p. I-8831.
- CJCE**, 23 nov. 2006, *Asnef-Equifax*, aff. C-238/05, *Rec.*, 2006, p. I-11125.
- CJCE**, 25 janv. 2007, *Dalmine c./Commission*, aff. C-407/04 P, *Rec.*, 2007, p. I-00829.
- CJCE**, 8 févr. 2007, *Groupe Danone c./Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, 2007, p. I-01331.
- CJCE**, 13 juill. 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.*, 2007, p. I-02271.
- CJCE**, 22 nov. 2007, *Espagne/Lenzing*, aff. C-525/04 P, *Rec.*, 2007, p. I-9947.
- CJCE**, 29 janv. 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, *Rec.*, 2008, p. I-00271.
- CJCE**, 13 mars 2008, *Commission c./Infront WM*, aff. C-125/06 P, *Rec.*, 2008, p. I-01451.
- CJCE**, 3 sept. 2008, *Kadi & Al Barakaat International Foundation c./Commission*, C-404/05 P, C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351.
- CJCE**, 16 déc. 2008, *Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia*, aff. C-73/07, *Rec.*, 2008, p. I-09831.
- CJUE**, 16 déc. 2008, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*, aff. 210/16, *Rec.*, 2008, p. I-09641.
- CJCE**, 19 mars 2009, *Archer Daniels Midland / Commission*, aff. C-510/06, *Rec.*, 2009, p. I-01843.
- CJCE**, 23 avr. 2009, *Copad SA c./ Christian Dior couture SA e.a. et Commission*, aff. C-59/08, *Rec.*, 2009, p. I-03421.

CJCE, 23 avr. 2009, *Sahlstedt c./Commission*, aff. C-362/06, *Rec.*, 2009, p. I-2903.

CJCE, 7 mai 2009, *Rijkeboer*, C-553/07, *Rec.*, 2009, p. I-03889.

CJCE, 4 juin 2009, *T. Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, e. a.*, aff. C-08/08, *Rec.*, 2009, p.I-4529.

CJCE, 9 juill. 2009, *Archer Daniels Midland c./Commission*, aff. C-511/0, *Rec.*, 2009 p. I-5843.

- **Cour de justice de l'Union européenne**

CJUE, 2 déc. 2009, *Commission c./Irlande e.a.*, aff. C-89/08, *Rec.*, 2009, p. II-172.

CJUE, 17 déc. 2009, *Réexamen M/EMEA*, aff. C-197/09, *Rec.*, 2009, p. I-12033.

CJUE, 09 mars 2010, *Commission/Allemagne*, aff. C-518/07, *Rec.*, 2010, p. I-01885.

CJUE, 09 mars 2010, *Commission c./Autriche*, aff. C-614/10, non encore publié.

CJUE, 23 mars 2010, *Google Adwards*, aff. jntes. C-236/08, C-237/08, C-238/08, *Rec.*, 2010, p. I-02417.

CJUE, 29 juin 2010, *Commission c./ Alrosa Company Ltd*, aff. C-441/07 P, *Rec.*, 2010, p. I-5949.

CJUE, 29 juin 2010, *E et F.*, aff. C-550/09, *Rec.*, 2010, I-06213.

CJUE, 1er juill. 2010, *Knauf Gips c./ Commission*, aff. C-407/08 P, *Rec.*, 2010, p.-I-6375.

CJUE, 21 sept. 2010, *Suède e.a./API et Commission*, aff. jntes., C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.*, 2010, p. I-08533.

CJUE, 02 déc. 2010, *Ker optika*, aff. C-108/09, *Rec.*, 2010, p. I-12213.

CJUE, 7 déc. 2010, *VEBIC*, aff. C-439/08, *Rec.*, 2010, p. I-12471.

CJUE, 22 déc. 2010, *DEB*, aff. C-279/09, *Réc.*, 2010, p. I-13849.

CJUE, 17 févr. 2011, *Telia sonera*, aff. C-52/09, *Rec.*, 2011, p. I-00527.

CJUE, 10 mars 2011, *Centros*, aff. C-477/09, *Rec.* 2011 p. I-01421.

CJUE, 3 mai 2011, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów contre Tele2 Polska sp*, aff. C-375-09, *Rec.*, 2011, p. I-03055.

CJUE, ord. 28 juin 2011, *Verein Deutsche Sprache / Conseil*, aff. C-93/11 P, *Rec.*, 2011, p. I-00092.

CJUE, 29 sept. 2011, *Elf Aquitaine c./Commission*, aff. C-521/09, *Rec.*, 2011, p. I-08947.

CJUE, 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c./Prés de l'ADLC et Ministre de l'économie*, aff. C-439/09, *Rec.*, 2011, p. I-09419.

CJUE, 25 oct. 2011, *Solvay c./Commission*, aff. C-110/10 P, *Rec.*, 2011, p. I-10439.

CJUE, 8 déc. 2011, *Chalkor c./Commission*, aff. C-386/10, *Rec.*, 2011, p. 00000.

CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark*, aff. C-209/10, *Réc. num.* 2012, 172.

- CJUE**, 26 avr. 2012, *Annet*, aff. C-456/10, *Réc. num. 2012*, 241.
- CJUE**, 3 mai 2012, *Comap SA*, aff. C-290/11, *Rec. num. 2012*, 271.
- CJUE**, 5 juill. 2012, *Agrofert Holding a. s. c./Commission*, aff. C-477/10 P, *Réc. num. 2012*, 394.
- CJUE**, 12 juill. 2012, *Vale*, aff. C-378/10, *Réc. num. 2012*, 440.
- CJUE**, 6 nov. 2012, *Otis e.a.*, aff. C-199/11, *Réc. num. 2012*, 684.
- CJUE**, 22 nov. 2012, *E. ON c./Commission*, aff. C-89/11 P, *Réc. num. 2012*, 738.
- CJUE**, 27 nov. 2012, *Pringle*, aff. C-370-12, *Réc. num. 2012*, 756.
- CJUE**, 13 déc. 2012, *Expedia*, aff. C-226/11, *Réc. num. 2012*, 795.
- CJUE**, 21 févr. 2013, *Banif Plus Bank c./Csaba Csipai et Viktória Csipai*, aff. C-472/11, *Réc. num. 2013*, 88.
- CJUE**, 26 févr. 2013, *Aklagaren c./ Hans Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, *Réc. num. 2013*, 105.
- CJUE**, 28 févr. 2013, *Arango Jaramillo e.a. c./ BEI*, aff. C-334/12 RX-II, *Réc. num. 2013*, 134.
- CJUE**, 14 mars 2013, *Viega GmbH Co. KG c./ Commission*, aff. C-276/11 P, *Réc. num. 2013*, 163.
- CJUE**, 18 juin 2013, *Schenker & Co. e.a.*, aff. C-681/11, *Réc. num. 2013*, 404.
- CJUE**, 11 juill. 2013, *Ziegler c./ Commission*, aff. C-439/11 P, *Réc. num. 2013*, 513.
- CJUE**, 18 juill. 2013, *Schindler Holding e.a. c./Commission*, aff. C-501/11 P, *Réc. num. 2013*, 522.
- CJUE**, 18 juill. 2013, *Commission e.a.c./Kadi*, aff. jntes. C-584/10 P, C-593/10 P et C- 595/10 P, *Réc. num. 2013*, 518.
- CJUE**, 29 sept. 2013, *Alliance One International c./Commission*, aff. C-679/11 P, *Réc. num. 2013*, 606.
- CJUE**, 03 oct. 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c./Parlement et Conseil*, aff. C-583/11 P, *Réc. num. 2013*, 625.
- CJUE**, 24 oct. 2013, *Kone e. a. c./Commission*, aff. C-510/11, *Réc. num. 2013*, 696.
- CJUE**, 26 nov. 2013, *Gascogne Sack Deutschland c./Commission*, aff. C-40/12 P, *Réc. num. 2013*, 620.
- CJUE**, 26 nov. 2013, *Kendrion c./ Commission*, aff. C-50/12 P, *Réc. num. 2013*, 771.
- CJUE**, 26 nov.2013, *Groupe Gascogne c./ Commission*, aff. C-58/12 P, *Réc. num. 2013*, 770.
- CJUE**, 19 déc. 2013, *Siemens c./ Commission*, aff. C-239/11, *Réc. num. 2013*, 866.
- CJUE**, 19 déc. 2013, *Telefónica c./Commission*, aff. C-274/12 P, *Réc. num. 2013*, 852.

- CJUE**, 5 févr. 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft c./ Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága*, aff. C-385/12, *Réc. num. 2014*, 47.
- CJUE**, 13 févr. 2014, *Mediaset*, aff. C-69/13, *Réc. num. 2014*, 71.
- CJUE**, 27 mars 2014, *OHMI c./ National Lottery Commission*, aff. C-530/12 P, *Réc. num. 2014*, 71.
- CJUE**, 8 avr. 2014, *Commission c./Hongrie*, aff. C-288/12, *Réc. num. 2014*, 237.
- CJUE**, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland e.a.*, aff. jntes. C- 293/12 et C-594/12, *Réc. num. 2014*, 238.
- CJUE**, 10 avr. 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, aff. C-190/12, *Réc. num. 2014*, 249.
- CJUE**, 10 avr. 2014, *Commission e.a./Siemens Österreich e.a.*, aff. jntes. C-231/11 P à C-233/11 P, *Réc. num. 2014*, 256.
- CJUE**, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c./Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12, *Réc. num. 2014*, 317.
- CJUE**, 25 juin 2014, *Nexans et Nexans France c./Commission*, aff. C-37/13 P, *Rec. num. 2014*, 2030.
- CJUE**, 10 juill. 2014, *Telefónica et Telefónica de España c./Commission*, aff. C-295/12 P, *Réc. num. 2014*, 2062.
- CJUE**, 17 juill. 2014, *Sánchez Morcillo et Abril García*, aff. C-169/14, *Réc. num. 2014*, 2099.
- CJUE**, 11 sept. 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) c./Commission*, aff. C-67/13 P, *Réc. num. 2014*, 2204.
- CJUE**, 12 nov. 2014, *Guardian Industries et Guardian Europe/Commission*, aff. C- 580/12 P, *Réc. num. 2014*, 2363.
- CJUE**, 18 déc. 2014, *Comission c./Parker Hannifin Manufacturing et Parker-Hannifin*, aff. C-434/13 P, *Réc. num. 2014*, 2456.
- CJUE**, 26 mars 2015, *Total SA c./ Commission*, aff. C-597/13 P, *Réc. num. 2014*, 613.
- CJUE**, 18 juin 2015, *Deutsche Bahn e. a. c./ Commission*, aff. C-583/13, *Réc. num. 2015*, 404.
- CJUE**, 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce c./Commission*, aff. jntes., C-293/13 P et C-294 P, *Réc. num. 2015*, 416.
- CJUE**, 6 oct. 2015, *Maximilian Schrems c./Data Protection Commissioner*, aff. C-362/14, *Réc. num. 2015*, 650.
- CJUE**, 22 oct. 2015, *AC-Treuhand c./ Commission*, aff. C-194/14 P, *Réc. num. 2015*, 717.
- CJUE**, 20 janv. 2016, *DHL Express*, aff. C-428/14, *Réc. num. 2016*, 27.

- CJUE**, 21 janv. 2016, *Galp Energia España c./Commission*, aff. C-603/13 P, *Réc. num. 2016*, 38.
- CJUE**, 10 mars 2016, *Heidelberg Cement AG c./Commission*, aff. C-247/14 P, *Rec. num. 2016*, 149.
- CJUE**, ord. 7 juill. 2016, *Westfälische Drahtindustrie e.a. / Commission*, aff. C-523/15 P, *Réc. num. 2016*, 541.
- CJUE**, 7 sept. 2016, *Pilkington Group Ltd e.a. c./Commission*, aff. C-101/15P, *Réc. num. 2016*, 631.
- CJUE**, 27 oct. 2016, *Stichting Woonlinie e.a. c./ Commission*, aff. C-414/15 P, *Réc. num. 2016*, 215.
- CJUE**, 26 janv. 2017, *Villeroy & Boch c./ Commission*, aff. C-625/13 P, *Réc. num. 2017*, 52.
- CJUE**, 26 janv. 2017, *Roca Sanitario c./ Commission*, aff. C-636/13 P, *Réc. num. 2017*, 56.
- CJUE**, 16 févr. 2017, *Hansen & Rosenthal et H&R Wax Company Vertrieb / Commission*, aff. C-90/15 P, *Réc. num. 2017*, 678.
- CJUE**, 14 mars 2017, *Evonik Degussa c./Commission*, aff. C-162/15 P, *Réc. num. 2017*, 205.
- CJUE**, 27 avr. 2017, *Onix Asigurări SA c./ Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni*, aff. C-559/15, *Réc. num. 2017*, 316.
- CJUE**, 6 sept. 2017, *Intel Corporation/Commission*, aff. C-413/14 P, *Réc. num. 2017*, 632.
- CJUE**, 25 oct. 2017, *Polbud*, aff. C-106/16, *Réc. num. 2017*, 804.
- CJUE**, 14 nov. 2017, *British Airways c./Commission*, aff. C-122/16 P, *Réc. num. 2017*, 861.
- CJUE** 14 nov. 2017, *Prés. de l'ADLC c./Association des producteurs vendeurs d'endives (APVA) a. e.*, aff. C-671/15, *Réc. num. 2017*, 860.
- CJUE**, 24 nov. 2017, *Gasorba SL c./Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*, aff. C-547/16, *Réc. num. 2017*, 891.
- CJUE**, 06 déc. 2017, *Coty Germany GmbH c./Parfümerie Akzente GmbH*, aff. C-230/16, *Réc. num. 2017*, 941.
- CJUE**, 1er févr. 2018, *Kühne + Nagel International e.a. c./ Commission*, aff. C-261/16 P, *Réc. num. 2018*, 56.
- CJUE**, 1^{er} févr. 2018, *Schenker c./ Commission*, aff. C-263/16 P, *Réc. num. 2018*, 58.
- CJUE**, 1^{er} févr. 2018, *Deutsche Bahn e.a. c./ Commission*, aff. C-264/16 P, *Réc. num. 2018*, 60.
- CJUE**, 13 sept. 2018, *UBS Europe e.a.*, aff. C-358/16, *Réc. num. 2018*, 715.
- CJUE**, 13 déc. 2018, *Union européenne / Gascogne Sack Deutschland et Gascogne*, aff. C-138/17 P et C-146/17 P, *Réc. num. 2018*, 1013.

CJUE, 13 déc. 2018, *Union européenne c./ Kendrion*, aff. C-150/17, *Réc. num.* 2018, 1014.

CJUE, 16 janv. 2019, *Commission c./United Parcel*, aff. C-265/17, *Réc. num.* 2019, 23.

CJUE, 24 sept. 2019, *GC, AF, BH, ED c./CNIL*, aff. C-136/17, *Réc. num.* 2019, 733.

CJUE, 16 juill. 2020, *Data protection commissioner c./ Facebook Ireland LTD et Schrems*, aff. C-311/18, *Réc. num.* 2020, 559.

CJUE, 06 oct. 2020, *La Quadrature du Net c./Premier ministre e. a.*, aff. jntes., C-511/18, C-512/18 et C-520-18, *Réc. num.* 2020, 791.

2- Tribunal de première instance des Communautés européennes/Tribunal de l'Union européenne

- Tribunal de première instance des communautés européennes

TPICE, ord. 04 avr. 1990, *Hilti c./Commission*, aff. T-30/89, *Rec.* 1990 p. II-163.

TPICE, 29 mai 1991, *Bayer c./ Commission*, aff. T-12/90, *Rec.* 1991, p. II. 219.

TPICE, 17 déc. 1991, *Hercules Chemicals c./Commission*, aff. T-6/89, *Rec.* 1991 p. II-1623.

TPICE, 24 janv. 1992, *La Cinq S. A. c./Commission*, aff. T-44/90, *Rec.* 1992, p. II-1.

TPICE, 18 sept. 1992, *Automec SARL c./Commission (Automec II)*, aff. T-24/90, *Rec.*, 1992, p. II-2223.

TPICE, 9 nov. 1994, *Scottish Football c./ Commission*, aff. T-46/92, *Rec.* 1994, p. II. 1039.

TPICE, 8 mars 1995, *Société générale c./ Commission*, aff. T-34/93, *Rec.* 1995, p. II-545.

TPICE, 6 avr. 1995, *Baustahlgewebe GmbH c./Commission*, T-145/89, *Rec.* 1995, p. II-987.

TPICE, 14 juill. 1995, *CB c./Commission*, aff. T-275/94, *Rec.* 1995 p. II-2169.

TPICE, 18 sept. 1996, *Postbank c./Commission*, aff. T-353/94, *Rec.* 1996, P- II-00921.

TPICE, 14 mai 1998, *BPB de Eendracht c./Commission*, aff. T-311/94, *Rec.* 1998, p. II-01129.

TPICE, 14 mai 1998, *Meyr-Melnhof Kanrtongesellschaft mbH*, aff. T-347/94, *Rec.* 1998 p. II-1751.

TPICE, 14 mai 1998, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c./Commission*, aff. T-354/94, *Rec.* 1998 p. II-2111.

TPICE, ord., 24 juin 1998, *Dalmine c./ Commission*, n° aff. T-596/97, *Rec.* 1998 p. II-2383.

TPICE, 25 mars 1999, *Gencor LTD*, aff. T-102/96, *Rec.* 1999, p. II-00753.

TPICE, 9 sept. 1999, *UPS Europe SA*, aff. T-127/98, *Rec.* 1999, p. II. 2633.

TPICE, 16 sept. 1999, *Partex c./Commission*, aff. T-182/96, *Rec.* 1999, p. II-02673.

TPICE, 20 févr. 2001, *Mannesmannröhren-Werke AG c./Commission*, aff. T-112/98, *Rec.* 2001, p. II-729.

- TPICE**, 13 déc. 2001, *Krupp Thyssen Stainless*, aff. jntes. T-45/98, T-47/98, *Rec.* 2001, p. II-03757.
- TPICE**, 30 janv. 2002, *Max mobil*, aff. T-54/99, *Rec.* 2002, p. II-00313.
- TPICE**, 20 mars 2002, *HFB et a. c./ Commission*, aff. T-9/99, *Rec.* 2002, p. II, 1487.
- TPICE**, 9 juill. 2003, *Cheil Jedang corp. c./ Commission*, aff. T-220/00, *Rec.* 2003, p. II, 2473.
- TPICE**, 30 sept. 2003, *Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis/Commission*, aff. T-196/01, *Rec.*, 2003, p. II-03987.
- TPICE**, 16 déc. 2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied*, aff. T-5-00, *JOUE*, 20 mars 2004, p. 23–23.
- TPICE**, 11 déc. 2003, *Strintzis c./ Commission*, aff. T-65/99, *Rec.*, 2003, p. II-05433.
- TPICE**, 11 déc. 2003, *Minon Lines c./ Commission*, aff. T-66/99, *Rec.* 2003 p. II-5515.
- TPICE**, 08 juin 2004, *Corus UK c./Commission*, aff. T-48/00, *Rec.* 2004 p. II-2325.
- TPICE**, 14 déc. 2005, *General Electric Company c./Commission*, aff. T-210/1, *Rec.* 2005, p. II-5527.
- TPICE**, 30 mai 2006, *Bank Austria Creditanstalt c./ Commission*, aff. T-198/03, *Rec.* 2006 p. II-1429.
- TPICE**, 04 juill. 2006, *Hoek Loos NV v c./ Commission*, aff. T-304/02, *Rec.* 2006 p. II-1887.
- TPICE**, 13 juill. 2006, *Romana Tabacchi c./Commission*, aff. T-11/06, *Rec.* 2006 p. II-2491.
- TPICE**, 27 sept. 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c./Commission*, aff. T-168/01, *Rec.* 2006 p. II-2969.
- TPICE**, 27 sept. 2006, *Avebe c./Commission*, aff. T-314/01, *Rec.* 2006 p. II-3085.
- TPICE**, 5 déc. 2006, *Westfalen Gassen Nederland BV*, aff. T-303/02, *Rec.* 2006 p. II-4567.
- TPICE**, 17 sept. 2007, *Ako Nobel et Ako Chemicals c./Commission*, aff. jntes. T-125/03 et T-253/03, *Rec.* 2007 p. II-3523.
- TPICE**, 17 sept. 2007, *Microsoft c./Commission*, aff. T-201/04, *Rec.* 2007 p. II-3601.
- TPICE**, UE, 12 oct. 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH c./Commission*, aff. T-474/04, *Rec.* 2007 p. II-4225.
- TPICE**, 18 juin 2008, *Hoechst c./Commission*, aff. T-410/03, *Rec.* 2008 p. II-881.
- TPICE**, 08 juill. 2008, *Lafarge SA c./Commission*, aff. T-54/03, *Rec.* 2008 p. II-120.
- TPICE**, 08 juill. 2008, *AC-Treuhand*, aff. T-99/04, *Rec.* 2008 p. II-1501.
- TPICE**, 18 juill. 2008, *Scandinavian Airlines c./Commission*, aff. T-241/01, *Rec.* 2005 p. II-2917.
- TPICE**, 8 oct. 2008, *Sogelma c./AER*, aff. T-411/06, *Rec.* 2008 p. II-2771.
- TPICE**, 30 avr. 2009, *Itochu Corp*, aff. T-12/03, *Rec.* 2009 p. II-909.

TPICE, 30 avr. 2009, *Nintendo*, aff. T-13/03, *Rec.* 2009 p. II-975

TPICE, 30 avr. 2009, *CD-Contact Data c./ Commission*, aff. T-18/03, *Rec.* 2009 p. II-1021.

TPICE, 6 mai 2009, *KME Germany c./Commission*, aff. T-127/04, *Rec.* 2009 p. II-1167.

- **Tribunal de l'Union européenne**

Trib. UE, 2 mars 2010, *Evropaïki Dynamiki c./ EMSA*, aff. T-70/05, *Rec.* 2010 p. II-313.

Trib. UE, 28 avr. 2010, *Amann & Söhne et Cousin filterie SAS c./Commission*, aff. T-446/05, *Rec.* 2010 p. II-1255.

Trib. UE, 12 mai 2010, *EMC Development c./ Commission*, aff. T-432/05, *Rec.* 2010, p. II-1629.

Trib. UE, 25 juin 2010, *Imperial Chemical Industries c./ Commission*, aff. T-66/01, *Rec.* 2010 p. II-2631.

Trib. UE, 8 juill. 2010, *Evropaïki Dynamiki / AEE*, aff. T-331/06, *Rec.* 2010 p. II-136.

Trib. UE, 9 sept ; 2010, *Andreasen c./ Commission*, aff. T-17/08 P, *Rec. num.*, 2010, 374.

Trib. UE, 15 déc. 2010, *E. ON*, aff. T-141/08, *Rec.* 2010 p. II-5761.

Trib. UE, 15 déc. 2010, *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) c./Commission*, aff. T-427/08, *Rec.* 2010, p. II-5865.

Trib. UE, 03 mars 2011, *Areva, Alstom e. a. c./Commission*, aff. : T-117/07 et T-121/07, *Rec.* 2011, p. II-00633.

Trib. UE, 03 mars 2011, *Siemens Österreich c. Commission*, aff. T-122/07 à T-124/07, *Rec.* p. II-793.

Trib. UE, 24 mars 2011, *I. B. P. Ltd International Building Products France S. A. c./Commission*, aff. T-388/06, *Rec.*, 2011, p. II-1177.

Trib. UE, 16 juin 2011, *Solvay c./Commission*, aff. T-186/06, *Rec.*, 2011, p. II-2839.

Trib. UE, 16 juin 2011, *FMC Foret SA c./Commission*, aff. T-191/06, *Rec.* 2011 p. II-2959.

Trib. UE, 16 juin 2011, *Team Relocations N. V. e. a c./Commission*, aff. jntes., T-204/08, T-212/08, *Rec.* 2011, P. II-3569.

Trib. UE, 12 juill. 2011, *Hitachi LTD*, aff. T-112/07, *Rec.*, 2011 p. II-03871.

Trib. UE, 12 juill. 2011, *Fuji Electric Co Ltd c./Commission*, aff. T-132/07, *Rec.* 2011 p. II-4091.

Trib. UE, 13 juill. 2011, *Schindler Holding e.a. c./ Commission*, aff. T-138/07, *Rec.* 2011 p. II-4819.

Trib. UE, 09 sept. 2011, *Deltafina c./Commission*, aff. T-12/06, *Rec.*, p. II-5639.

Trib. UE, 15 sept. 2011, *Koninklijke Grolsch/Commission*, aff. 234/07, *Rec.* 2011 p. II-6169.

- Trib. UE**, 12 mars 2012, *Universal c./ Commission*, aff. T-42/11, *Réc. num. 2012*, 122.
- Trib. UE**, 15 mai 2012, *Nijs c./ Cour des comptes*, aff. T-184/11 P, *Réc. num. 2012*, 236.
- Trib. UE**, 27 juin 2012, *Microsoft Corp. c./ Commission*, aff. T-167/08, non encore publié.
- Trib. UE**, 27 juin 2012, *Bolloré c./ Commission*, aff. T-372/10, *Réc. num. 2012*, 325.
- Trib. UE**, 29 juin 2012, *E. ON Energie, GDF Suez c./Commission*, aff. T-360/09, T-370/09, *Réc. num. 2012*, 332.
- Trib. UE**, 27 sept. 2012, *Koninklijke Wegenbouw Stevin*, aff. T-357/06, *Réc. num. 2012*, 488.
- Trib. UE**, 14 nov. 2012, *Nexans France c./Commission*, aff. T-135/09, *Réc. num. 2012*, 596.
- Trib. UE**, 14 nov. 2012, *Prysmian c./ Commission*, aff. T-140/09, *Réc. num.*, 2012, 597.
- Trib. UE**, 29 nov. 2012, *Groupement des cartes bancaires CB c./Commission*, aff. T-491/07, *Réc. num. 2012*, 597.
- Trib. UE**, 12 déc. 2012, *Electrabel*, aff. T-332/09, *Réc. num.*, 2012, 672.
- Trib. UE**, 12 déc. 2012, *Novacke chemicke zavody*, aff. T-452/05, *Rec. 2009* p. II-208.
- Trib. UE**, 13 déc. 2012, *Commission et Strack / Strack et Commission*, aff. T-197/11 P et aff. T-198/11 P, *Réc. num. 2012*, 690.
- Trib. UE**, 12 avr. 2013, *International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) c./Commission*, aff. T-442/08, *Réc. num. 2013*, 726.
- Trib. UE**, 30 mai 2013, *Omnis Group SARL c./Commission*, aff. T-74/11, *Réc. num. 2013*, 283.
- Trib. UE**, 07 juin 2013, *Spar Osterreichische Warenhandels AG c./Commission*, aff. T-405/08, *Réc. num. 2013*, 306.
- Trib. UE**, 11 juill. 2013, *Diamanthandel A. Spira BVBA c./Commission*, aff. jntes., T-108/07 et T354/08, *Réc. num. 2013*, 367.
- Trib. UE**, 06 sept. 2013, *Deutsche Bahn c./Commission*, aff. jntes., T-289/11, T-290/11 et T-521/11, *Réc. num. 2013*, 404.
- Trib. UE**, 16 sept. 2013, *Wabco Europe, e. a. c./Commission*, T-380/10, *Réc. num. 2013*, 449.
- Trib. UE**, 16 sept. 2013, *Roca c./Commission*, T-412/10, *Réc. num. 2013*, 444.
- Trib. UE**, 16 oct. 2013, *Vivendi c./Commission*, aff. T-432/10, *Réc. num. 2013*, 538.
- Trib. UE**, 27 févr. 2014, *InnoLux c./Commission*, aff. T-91/11, *Réc. num. 2014*, 92.
- Trib. UE**, 14 mars 2014, *Cementos Portland Valderrivas c./Commission*, aff. T-296/11, *Réc. num. 2014*, 121.
- Trib. UE**, 14 mars 2014, *Buzzi Unicem c./ Commission*, aff. T-297/11, *Réc. num. 2014*, 121.
- Trib. UE**, 14 mars 2014, *Heidelberg Cement c./ Commission*, aff. T-302/11, *Réc. num. 2014*, 128.

- Trib. UE**, 27 mars 2014, *Saint-Gobain Glass France e.a. c./ Commission*, aff. T-56/09 et T-73/09, *Réc. num. 2014*, 160.
- Trib. UE**, 12 juin 2014, *Intel/Commission*, aff. T-286/09, *Réc. num. 2014*, 547.
- Trib. UE**, 27 nov. 2014, *Alstom Grid c./Commission*, aff. T-517/09, *Réc. num. 2014*, 999.
- Trib. UE**, 21 janv. 2015, *EasyJet Airline / Commission*, aff. T-355/13, *Réc. num. 2015*, 36.
- Trib. UE**, 21 janv. 2015, *Makhlouf c./ Conseil*, aff. T-509/11, *Rec. num. 2015*, 33.
- Trib. UE**, 20 mai 2015, *Timab et CFPR c./Commission*, aff. T-456/10, *Réc. num. 2015*, 996.
- Trib. UE**, 15 juill. 2015, *Emesa-Trefilería et Industrias Galycas c. / Commission*, aff. T-406/10, *Réc. num. 2015*, 499.
- Trib. UE**, 15 juill. 2015, *Hit Gorep c./Commission*, aff. T-436/10, *Réc. num. 2015*, 514.
- Trib. UE**, 06 oct. 2015, *Corporación Empresarial de Materiales de Construcción SA c./Commission*, aff. T-250/12, *Réc. num. 2015*, 749.
- Trib. UE**, 29 févr. 2016, *EGL e.a. c./ Commission*, aff. T-251/12, *Réc. num. 2016*, 114.
- Trib. UE**, 29 févr. 2016, *Kühne + Nagel International e.a. c./ Commission*, aff. T-254/12, *Réc. num. 2016*, 113.
- Trib. UE**, 29 févr. 2016, *UTi Worldwide e.a. c./ Commission*, aff. T-264/12, *Réc. num. 2016*, 112.
- Trib. UE**, 29 févr. 2016, *Schenker c./ Commission*, aff. T-265/12, *Réc. num. 2016*, 111.
- Trib. UE**, 29 févr. 2016, *Deutsche Bahn e.a. c./ Commission*, aff. T-267/12, *Réc. num. 2016*, 110.
- Trib. UE**, 29 févr. 2016, *Panalpina World Transport (Holding) e.a. c./Commission*, aff. T-270/12, *Réc. num. 2016*, 109.
- Trib. UE**, 12 mai 2016, *Trioplast Industrier AB c./Commission*, aff. T-669/14, *Rec. num. 2016*, 286.
- Trib. UE**, 28 juin 2016, *Portugal Telecom c./ Commission*, aff. T-208/13, *Réc. num. 2016*, 368.
- Trib. UE**, 28 juin 2016, *Telefónica c./ Commission*, aff. T-216/13, *Réc. num. 2016*, 369.
- Trib. UE**, 08 sept. 2016, *Goldfish BV e. a. c./Commission*, aff. T-54/14, *Réc. num. 2016*, 455.
- Trib. UE**, 08 sept. 2016, *Lundbeck / Commission*, aff. T-472/13, *Réc. num. 2016*, 449.
- Trib. UE**, 1^{er} déc. 2016, *Z / Cour de justice de l'Union européenne*, aff. T-532/15 P, *Réc. num. 2016*, 697.
- Trib. UE**, 15 déc. 2016, *Koninklijke Philips NC c./Commission*, aff. T-762/14, *Rec. num. 2016*, 733.
- Trib. UE**, 10 janv. 2017, *Gascogne Sack Deutschland GmbH c./Union européenne*, aff. T-577/14, *Réc. num. 2017*, 1.

- Trib. UE**, 16 févr. 2017, *Kendrion / Union européenne*, aff. T-479/14, *Réc. num. 2017*, 48.
- Trib. UE**, 17 févr. 2017, *ASPLA et Armando Álvarez c./ Union européenne*, aff. T-40/15, *Rec. num. 2017*, 105.
- Trib. UE**, 07 juin 2017, *Guardian Europe / Union européenne*, aff. T-673/15, *Rec. num. 2017*, 377.
- Trib. UE**, 08 nov. 2017, *De Nicola c./ Conseil et Cour de justice de l'Union européenne*, aff. T-42/16, *Rec. num. 2017*, 791.
- Trib. UE**, 31 janv. 2018, *Gyarmathy c./ France*, aff. T-196/15 P, *Rec. num. 2018*, 47.
- Trib. UE**, 13 mars 2018, *Alouminion tis Ellados c/ Commission*, aff. T-542/11, *Rec. num. 2018*, 132.
- Trib. UE**, 10 avr. 2018, *Alcogroup c./Commission*, aff. T-274/15, *Rec. num. 2018*, 179.
- Trib. UE**, 12 juill. 2018, *Nexans France SAS c./Commission*, aff. T-449/14, *Rec. num. 2018*, 456.
- Trib. UE**, 26 sept. 2018, *EAEPC c./ Commission*, aff. T-574/14, *Rec. num. 2018*, 605.
- Trib. UE**, 12 déc. 2018, *Biogaran « périndopril » c./Commission*, aff. T-677/14, *Rec. num. 2018*, 910.
- Trib. UE**, 12 déc. 2018, *Servier e.a. c./ Commission*, aff. T-691/14, *Rec. num. 2018*, 922.
- Trib. UE**, 9 avr. 2019, *Qualcomm et Qualcomm Europe/Commission*, aff. T-371/17, *Rec. num. 2019*, 232.
- Trib. UE**, 23 mai 2019, *Recylex SA c./ Commission*, aff. T-222/17, *Rec. num. 2019*, 356.

3- Cour européenne des droits de l'Homme

- CEDH**, plén., 8 juin 1976, *Engel e. a. c./ Pays Bas*, n° 5100/71, série A, n° 22.
- CEDH**, 9 oct. 1979, *Airy c./ Irlande*, n° 6289/73, série A, n° 27.
- CEDH**, 21 févr. 1984, *Oztürk c./ Allemagne*, n° 8544/79, série A, n° 56.
- CEDH**, 26 oct. 1984, *De Cubber*, n° 9186/80, série A, n° 85.
- CEDH**, 25 août 1987, *Lütz c./Allémange (RFA)*, n° 9912/82, série A, n° 5.
- CEDH**, 20 nov. 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klauss Bermann c./Allemagne*, n° 10572/83, série A, n° 165.
- CEDH**, 30 oct. 1991, *Borgers c./ Belgique*, n° 12005/86, série A, n° 214-B.
- CEDH**, 28 nov. 1991, *S. c./Suisse*, n°s 12629/87 et 13965/88, série A, n° 195-D.
- CEDH**, 25 févr. 1993, *Funke c./France*, n° 10588/83, série A, n° 249-C.
- CEDH**, 21 févr. 1994, *Benedoun c./ France*, n° 12547/86, série A, n° 73.
- CEDH**, 26 sept. 1995, *Diennet c./ France*, n° 26.9.1995, série A n° 27.

- CEDH**, 23 oct. 1995, *Umlauft, S. Chmautzer, Pramstaller, Palaoro, c./ Autriche*, aff. jntes. n°15523/89, série A, n° 328-A.
- CEDH**, 23 oct. 1995, *Gradinger c./Autriche*, n° 15963/90, série A, n° 266-B.
- CEDH**, 23 oct. 1995, *Pfarrmeier c./Autriche*, 16841/90, série A, n° 261-C.
- CEDH**, 19 déc. 1997, *Helle c./Finlande*, n°157/1996/776/977, série A, n° 303-A.
- CEDH**, 16 avr. 2002, *Sté. Colas Est e. a. c./France*, n° 37971/97, *Rec.* 2002, III.
- CEDH**, 27 août 2002, *Didier c./ France*, n° 58188/00, *Rec.* 2002, V-II.
- CEDH**, 05 nov. 2002, *Allan c./Royaume-Uni*, n° 48539/99, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 03 déc. 2002, *Lilly c./ France*, n° 53892/00, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, du 15 févr. 2005, *Steel Morris c./Royaume-Uni*, n° 68416/01, série A, n° 59.
- CEDH**, 23 nov. 2006, *Jussila c./ Finlande*, n° 73053/01, *Rec.* 2006-XIV.
- CEDH**, 21 mai 2008, *Ravon e. a. c./France*, n° 18497/03, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 11 juin 2009, *Dubus S. A. c./France*, n° 5242/04, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 27 sept. 2011, *A. Menarini Diagnostics, c ./Italie*, n° 43509/08, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 06 déc. 2011, *Anastasakis c./Grèce*, n° 41959/08, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 17 janv. 2012, *Galec c./France*, n° 51255/08, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 03 avr. 2012, *Kaperzyński c./ Pologne*, n° 43206/07, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 04 mars 2014, *Grande Stevens e. a. c./ Italie*, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 30 avr. 2015, *Kapetanios e. a. c./Grèce*, n° 3453/12, 42941/12, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 25 oct. 2015, *R.E. c./Royaume-Uni*, n° 62498/11, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 1^{er} sept. 2016, *X et Y c./ France*, n° 48158/11, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 16 mars 2017, *Ólafsson c./ Islande*, n° 58493/13, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 04 juill. 2017, *Halldórsson c./ Islande* n° 44322/13, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 04 juill. 2017, *Kaçki c./ Pologne*, n° 10947/11, non-publié au *Rec.*
- CEDH**, 19 oct. 2017, *Fuchsmann c./ Allemagne*, n° 71233/13, non-publié au *Rec.*

C- Décisions et avis des autorités de régulation

1- Les autorités nationales

a- Conseil de concurrence/Autorité de la concurrence/DGCCRF

- Conseil de la concurrence

Cons. conc., décis. n° 87-D-15 du 9 juin 1987, *Distribution en pharmacie de certains produits cosmétiques et d'hygiène corporelle*, *BOCCRF*, 17 juin 1987, p. 177.

Cons. conc., décis. n° 89 D 22 du 13 juin 1989, *relative à une saisine de la société Phinelec*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décis. n° 90-D-47 du 27 nov. 1990, *syndicats de producteurs de films publicitaires*, *BOCCRF*, 29 déc. 1990, p. 448.

Cons. conc., décis. n° 91-D-35 du 10 juill. 1991, *relative à la saisine présentée par M. Philippe Boulanger*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décis. n° 93-D-21 du 08 juin 1993, *relative à des pratiques mises en oeuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décis. n° 93-D-24 du 15 juin 1993, *Distribution des carburants dans le département d'Eure-et-Loir*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décis. n° 94-D-19 du 15 mars 1994, *Secteur du déménagement à Bordeaux*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décis. n° 95-D-76 du 29 du nov. 1995 *relative à des pratiques constatées à l'occasion des marchés de grands travaux dans le secteur du génie civil*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décis. n° 96-D-44 du 18 juin 1996, *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la publicité*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décis. n° 96-D-51 du 3 sept. 1996, *relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décis. n° 98 D 65 du 20 oct. 1998, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société « Les éleveurs mosellans » dans le secteur de l'insémination artificielle*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décis. n° 99-MC-01 du 12 janv. 1999, *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société NC NumériCâble*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décis. n° 1-D-49 du 31 août 2001, *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décis. n° 01-D-42 du 11 sept. 2001, *relative à une saisine de la Société André Barbot concernant les pratiques des sociétés BAT et Rebel sur le marché de l'approvisionnement des cigarettes dans l'île de la Réunion*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décis. n° 03-MC-04 du 22 déc. 2003, *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société les Messageries Lyonnaises de Presse*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décisis. n° 05-D-66 du 05 déc. 2005, *relative à la saisine de la SARL AVANTAGE à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décisis. n° 06-D-10 du 12 mai 2006, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bouygues Télécom contre le grossiste Stock-Com*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décisis. n° 06-MC-03 du 11 déc. 2006, *relative à des demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent (Corsica ferries)*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décisis. n° 07-D-04 du 24 janv. 2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décisis. n° 07-MC-04 du 28 juin 2007, *relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Energie*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décisis. n° 07-D-43 du 10 déc. 2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par EDF*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décisis. n° 07-D-49 du 19 déc. 2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic et Saint Jude Medical à l'occasion de la passation d'un appel d'offres lancé par le CHU de Montpellier*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., décisis. n° 09-D-02 du 20 janv. 2009, *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Syndicat National des Dépositaires de Presse*, non-publiée au *BOCCRF*.

Cons. conc., avis n° 98-MC-08 du 18 sept. 1998, *à propos de l'admission des preuves déloyales devant le Conseil de la concurrence*, non-publié au *BOCCRF*.

- **Autorité de la concurrence**

ADLC, décisis. n° 08-D-29 du 3 déc. 2008, *relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 09-D-14 du 25 mars 2009, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 10-D-06 du 26 févr. 2010, *relative aux pratiques mises en œuvre par la Société Téléphérique de la Grande Motte (STGM)*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 10-D-08 du 03 mars 2010, *relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 12-D-11 du 06 avr. 2011, *concernant une saisine de la société Roland Vlaemynck Tisseur à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de serviettes industrielles*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 11-D-09 du 08 juin 2011, *relative à des pratiques mises en œuvre par EDF et RTE dans le secteur de l'électricité*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 11-D-12 du 20 sept. 2011, *relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 11-D-17 du 08 déc. 2011, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 12-D-12 du 11 mai 2012, *relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 11-MC-1 du 12 mai 2012, *relative à la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Kiala France et Kiala SA dans le secteur de la livraison de colis*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 12-D-15 du 09 juill. 2012, *relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 12-DCC-100 du 23 juill. 2012, *relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et Canal Satellite par Vivendi et Groupe Canal Plus*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 13-D-01 du 31 janv. 2013, *relative à la situation des groupes Réunica et Arpège au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 13-D-06 du 28 févr. 2013, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le marché de la télétransmission de données fiscales et comptables sous format EDI à l'administration fiscale*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 13-D-11, du 14 mai 2013, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 13-D-22 du 20 déc. 2013, *relative à la situation du groupe Castel au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 14-D-10 du 25 sept. 2014, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des réseaux et des services de communications mobiles*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 14-D-12 du 10 oct. 2014, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de données de santé par la Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés et le GIE SESAM-Vitale*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 16-D-02 du 27 janv. 2016, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire par autocar dans le Bas-Rhin*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 16-DCC-111 du 27 juill. 2016, *relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 17-D-13 du 27 juill. 2017, *relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres dans le département de l'Ain*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 17-D-17 du 27 sept. 2017, *relative à des pratiques mises en œuvre par la Française des Jeux dans le secteur des jeux de grattage*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 18-DDC-95 du 14 juin 2018, *relative à la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par la société Financière Cofigeo*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 18-D-17 du 20 sept. 2018, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux en Corse*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 19-MC-01 du 31 janv. 2019, *relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 19-DCC-36 du 28 févr. 2019, *relative à la prise de contrôle exclusif de la société Marie Brizard Wine & Spirits par la société Compagnie Financière Européenne de Prises de Participation*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, décisis. n° 19-D-09 du 22 mai 2019, *relative à des pratiques d'obstruction mises en œuvre par le groupe Akka*, non-publiée au *BOCCRF*.

ADLC, avis n° 09-A-48 du 2 oct. 2009, *relatif au fonctionnement du secteur laitier*, non-publié au *BOCCRF*.

ADLC, avis n° 10-A-08 du 17 mai 2010, *relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité*, non-publié au *BOCCRF*.

ADLC, avis n° 10-A-29 du 14 déc. 2010, *sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne*, non-publié au *BOCCRF*.

ADLC, avis n° 12-A-02 du 17 janv. 2012, *relatif à une demande d'avis de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat concernant le cadre d'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit*, non-publié au *BOCCRF*.

ADLC, avis n° 13-A-24 du 19 déc. 2013, *relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament à usage humain en ville*, non-publié au *BOCCRF*.

ADLC, avis n° 14-A-13 du 17 sept. 2014, *sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires*, non-publié au *BOCCRF*.

ADLC, avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018, *portant sur l'exploitation des données dans le domaine de la publicité*, non-publié au *BOCCRF*.

ADLC, Communiqué de presse du 20 sept. 2018, *Élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux (DASRI) : Sanicorse sanctionnée*, accessible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/elimination-des-dechets-dactivites-de-soins-risque-infectieux-dasri-sanicorse>. (Consulté le 13/11/2018).

- **Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la repression des fraudes**

DGCCRF, 21 juin 2018, décision du Ministre de l'économie *relative à l'évocation de la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par Financière Cofigeo*, accessible: <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/decision-21-juin-2018-relative-a-levocation-prise-contrôle-exclusif-dune-partie-pole-plats>. (Consulté le 02/07/2018).

b- L'Autorité des marchés financiers

AMF, décisis n° SAN-2004-16 du 03 nov. 2004 à l'égard de *MM. A, B et la société X*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décisis. n° SAN-2005-05 du 06 janv. 2005 à l'égard de *M. A et de la société X*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décisis. n° SAN-2006-12 du 24 nov. 2005, à l'égard de *la société X et de la société Y, dépositaire central*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décisis. n° SAN-2009-16 du 26 juin 2008, à l'égard de *MM. A et B*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décisis. n° SAN-2009-27 du 23 déc. 2008, à l'égard de *MM. A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M, N, O*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décisis. n° SAN-2009-33 du 27 nov. 2009, à l'égard de *MM. OLIVIER ANDRIES, FRANÇOIS AUQUE e. a*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décisis. n° SAN-2011-13 du 4 juill. 2011, statuant sur les griefs notifiés à *MM. A, B, C et la société X*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décisis. n° SAN-2012-16 du 28 sept. 2012, à l'égard de *MM. A, B, C, D, E, de Mme F et de la société Intouch Investments*, non-publiée au *JORF*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décisis. n° SAN-2012-18 du 07 nov. 2012, à l'égard de *la société FIVAL SA et de MM. A, B, C et D*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décis. n° SAN-2012-19 du 10 déc. 2012, à l'égard de la *société FIVAL SA et de MM. A, B, C D et E*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décis. n° SAN-2013-01 du 28 déc. 2012, à l'égard de la *société XI, anciennement dénommée X et de MM. A et B*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décis. n° SAN-2013-10 du 12 avr. 2013, à l'égard de *MM. A, B et C*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décis. n° SAN-2013-15 du 25 juin 2013, à l'égard de la *société LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décis. n° SAN-2014-05 du 06 mai 2014, à l'égard de la *société César et de MM. A et B*, non-publiée au *JORF*.

AMF, décis. n° SAN-2015-17 du 08 oct. 2015, à l'égard de *M. Bill Nie*, non-publiée au *JORF*.

c- L'Autorité de régulation des activités ferroviaires/ l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières

ARAF, avis n° 2013-022 du 8 oct. 2013, *relatif à l'impact du service de transport de voyageurs envisagé par l'entreprise ferroviaire Thello entre Milan, Gênes, Monaco, Nice et Marseille sur l'équilibre économique du contrat de service public de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, non-publié au *JORF*.

ARAFER, avis n° 2016-019 du 17 févr. 2016, *relatif au projet de décision de la Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes de limitation du service déclaré par la société FlixBus France sur la liaison entre Limoges et Brive-la-Gaillarde*, non-publié au *JORF*.

ARAFER, avis n° 2016-023 du 08 mars 2016, *relatif au projet de décision de la Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes d'interdiction du service déclaré par la société FlixBus France sur la liaison entre Niort et Poitiers*, non-publié au *JORF*.

d- L'Autorité de régulation des télécommunications/l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

- Autorité de régulation des télécommunications

ART, décis. n° 98-506 du 24 juin 1998, *Copper Communications et France Télécom*, *JORF* n° 208 du 9 sept. 1998.

ART, décis. n° 00-49 du 20 mai 2000 *relative à l'affaire opposant France télécom et Télécom réseau*, non-publiée au *JORF*.

ART, décis. n° 2000-974, 20 sept. 2000, *se prononçant sur un différend entre Bouygues Télécom et France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic*

international à destination du réseau radioélectrique de France Télécom., JORF n° 253 du 31 oct. 2000.

ART, décisis. n° 02-507 du 27 juin 2002 *concernant les autorisations de boucle locale radio, non-publiée au JORF.*

ART, décisis. n° 02-508 du 27 juin 2002, *prise au terme de la procédure engagée à l'encontre de la société Landtel France SAS en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications, non-publiée au JORF.*

- **Autorité de régulations des communications électroniques et des postes**

ARCEP, décisis. n° 06-0140 du 31 janv. 2006, *autorisant la société SFR à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1 800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public, non-publiée au JORF.*

ARCEP, décisis. n° 06-0406 du 04 avr. 2006, *se prononçant sur un différend opposant la société Afone et la Société Française du Radiotéléphone (SFR), non-publiée au JORF.*

ARCEP, décisis. n° 06-1015 du 10 oct. 2006, *se prononçant sur un différend opposant les sociétés 118 218 Le Numéro et Orange, non-publiée au JORF.*

ARCEP, décisis. n° 2010-1295 du 25 nov. 2010, *rendant publique la décision du Directeur général en date du 23 nov. 2010 et portant mise en demeure de la société Free, non-publiée au JORF.*

ARCEP, décisis. n° 2012-0039 du 17 janv. 2012, *portant autorisation à la société SFR à utiliser des fréquences dans la bande 800 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, JORF n° 0036 du 11 févr. 2012.*

ARCEP, décisis. n° 2015-0592-FR du 19 mai 2015, *prononçant une sanction à l'encontre de la société Guadeloupe Téléphone Mobile en application de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques, non-publiée au JORF.*

ARCEP, décisis. n° 2015-0593 du 19 mai 2015, *prononçant une sanction à l'encontre de la société Martinique Téléphone Mobile en application de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques, non-publiée au JORF.*

ARCEP, décisis. n° 2015-0594-FR du 19 mai 2015, *prononçant une sanction à l'encontre de la société Guyane Téléphone Mobile en application de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques, non-publiée au JORF.*

ARCEP, décisis. n° 2015-0937-RDPI du 22 juill. 2015, *portant mise en demeure de SFR de respecter ses obligations relatives à la couverture en 2G des zones identifiées dans le cadre des dispositions du I de la convention du 15 juillet 2003, non-publiée au JORF.*

ARCEP, décisis. n° 2015-0971-RDPI du 28 juill. 2015, *se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant, d'une part, les sociétés Free et Free Mobile et, d'autre part, la société Orange*, non-publiée au *JORF*.

ARCEP, décisis. n° 2015/1265-RDPI du 3 nov. 2015, *se prononçant sur une demande règlement de différends opposant, d'une part la société Free mobile et, d'autre part, la société SFR*, non-publiée au *JORF*.

ARCEP, décisis. n° 2016-0244-RDPI 18 févr. 2016, *portant mise en demeure de la société SFR de se conformer aux prescriptions définies par la décision*, non-publiée au *JORF*.

ARCEP, décisis. n° 2016-0576-RDPI du 27 avr. 2016, *portant sanction de la société SFR en vertu de l'article L. 36-11*, non-publiée au *JORF*.

ARCEP, décisis. n° 2016-1016-FR du 28 juill. 2016, *portant sanction à l'encontre de la société SFR*, non-publiée au *JORF*.

ARCEP, décisis. n° 2017-1570 du 21 déc. 2017, *fixant un encadrement tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre pour les années 2018 à 2020*, *JORF* n° 0007 du janv. 2018.

ARCEP, décisis. n° 2018-0435-RDPI du 12 avr. 2018, *se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant, d'une part, la société Orange et, d'autre part, les sociétés Free et Free Mobile*, non-publiée au *JORF*.

ARCEP, avis n° 2015-1316 du 12 nov. 2015, *relatif au projet de loi pour une République numérique*, *JORF* n° 0235 du 8 oct. 2016.

e- La Commission nationale de l'informatique et des libertés

CNIL, décisis. n° 2005-305 du 08 déc. 2005, *portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en oeuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle* (décision d'autorisation unique n° AU-004), *JORF* n° 3 du 04 janv. 2006.

CNIL, décisis. n° 2006-102 du 27 avr. 2006, *portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale exclusivement enregistrée sur un support individuel détenu par la personne concernée et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail*, *JORF* n° 138 du 16 juin 2006.

CNIL, décisis. n° 2012-013 du 17 janv. 2012, *rendant publique la mise en demeure n° 2011-037 du 22 déc. 2011 prise à l'encontre de l'Office public de l'habitat (Paris)*, non-publiée au *JORF*.

CNIL, décisis. n° 2012-322 du 20 sept. 2012, *portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès ainsi que la restauration sur les lieux de travail*, non-publiée au *JORF*.

CNIL, décisis. n° 2013-091 du 11 avr. 2013, *portant sanction de la société Total raffinage marketing*, non-publiée au *JORF*.

CNIL, décisis. n° 2013-420 du 03 janv. 2014, *prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google Inc*, non-publiée au *JORF*.

CNIL, décisis. n° 2016-054 du 10 mars 2016, *prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X*, non-publiée au *JORF*.

CNIL, décisis. n° MED-2017-053 du 30 août 2017, *mettant en demeure le ministère de l'Enseignement Supérieur, de la Recherche et de l'Innovation*, non-publiée au *JORF*.

CNIL, décisis. n° SAN-2018-002 du 07 mai 2018, *prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Optical center*, non-publiée au *JORF*.

CNIL, décisis. n° SAN-2018-003 du 21 juin 2018, *prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de l'Association pour le Développement des Foyers*, non-publiée au *JORF*.

CNIL, décisis. n° SAN-2019-001 du 21 janv. 2019, *prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google LLC*, non-publiée au *JORF*.

CNIL, décisis. n° 2019-093 du 4 juill. 2019, *portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janv. 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur*, *JORF* n° 0166 du 19 juill. 2019.

CNIL, avis n° 2020-056 du 25 mai 2020, *portant sur un projet de décret relatif à l'application mobile dénommée « StopCovid »*, non-publiée au *JORF*.

f- Le Conseil supérieur de l'audiovisuel

CSA, décisis. n° 2011-1294 du 09 nov. 2011, *relative à un différend opposant les sociétés France Télévisions et Numericable*, *JORF* n° 0002 du 3 janv. 2012.

CSA, décisis. n° 2014-165 du 09 avr. 2014, *fixant le règlement intérieur du Conseil supérieur de l'audiovisuel*, *JORF* n° 0110 du 13 mai 2014.

CSA, décisis. n° 2018-493 du 28 juin 2018, *mettant en demeure la société RT France*, *JORF* n° 0141 du 21 juin 2018.

CSA, décisis. n° 2020-975 du 16 déc. 2020, *mettant en demeure la Sté Diversité TV France (RMC story)*, *JORF* n° 0005 du 6 janv. 2021.

g- La Commission de régulation de l'énergie

CRE, décisis. n° 04-38-09 du 2 oct. 2009, *relatif au comptage de l'électricité injectée par les installations de production des sociétés Tembec Tarascon et Bioenerg*, non-publiée au *JORF*.

CRE, décisis. n° 02-38-11 du 28 mars 2011, *portant sur le différend qui oppose la société Voltalia Organabo Investissements à la société Électricité de France (EDF) relatif aux*

conditions de raccordement 'une installation de production photovoltaïque au réseau public de distribution d'électricité, non-publiée au JORF.

CRE, décisis. n° 01-38-11 du 29 avr. 2011, *portant sur le différend qui oppose la SICAE de la Somme et du Cambrasis à la société GRTgaz concernant l'application des contrats relatifs à l'interface entre les opérateurs de transport et de distribution, aux prestations de raccordement au réseau de transport et aux conditions de livraison du gaz naturel, JORF n° 0120 du 24 mai 2011.*

CRE, décisis. n° 06-38-11 du 20 mai 2011, *portant sur le différend qui oppose la société Nouvelles Energies dynamiques (NED), la société Parc éolien de Rageade I (PER I) et la société Bois + Biomasse Energie (BBE) à la société Electricité Réseau Distribution France (ERDF) et à la société RTE EDF Transport relatif aux conditions de raccordement de leurs installations de production éolienne au réseau public de distribution d'électricité, JORF n° 0161 du 13 juill. 2011.*

CRE, décisis. n° 182-38-11 du 14 mai 2014, *portant sur le différend qui oppose le groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) Tri Lann à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif aux conditions de raccordement d'une installation de production photovoltaïque au réseau public de distribution d'électricité, non-publiée au JORF.*

CRE, décisis. n° 19-38-13 du 22 oct. 2014, *portant sur le différend qui oppose la société Blandins Hydro Nature à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif au refus de conclusion d'un contrat d'accès au réseau public de distribution d'électricité, non-publiée au JORF.*

CRE, décisis. n° 23-38-14 du 6 mai 2015, *portant sur le différend qui oppose la société Valsophia et la société Electricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif aux conditions de raccordement d'un projet immobilier, JORF n° 0165 du 19 juill. 2015.*

CRE, décisis. n° 18-38-14 du 25 nov. 2015, *sur le différend qui oppose la société Parc Éolien Lislet 2 à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif à l'exécution d'un contrat d'accès au réseau public de distribution d'électricité d'une installation de production éolienne, non-publiée au JORF.*

CRE, décisis. du 15 déc. 2017, *portant adoption du règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, JORF n°0297 du 21 déc. 2017.*

CRE, décisis. n° 30-40-16 en date du 11 juin 2018, *portant sanction à l'encontre de la société Enedis en application de l'article L. 134-28 du Code de l'énergie, JORF n° 0139 du 19 juin 2018.*

CRE, avis n° 14-A-14 du 26 sept. 2014, *concernant un projet de décret modifiant le décret n° 2009-975 du 12 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité*, non-publié au *JORF*.

CRE, avis n° 14-A-16 du 20 oct. 2014, *concernant un projet de décret portant modification du décret n° 2011-466 du 28 avr. 2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique*, non-publié au *JORF*.

2- Les autorités européennes

a- Commission des communautés européennes/Commission européenne

- Décisions

Commission (CEE), décis. n° 69/240/CEE du 16 juillet 1969, *relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité (IV/26.623 - Entente internationale de la quinine)*, *JOCE* n° L 192 du 05 août 1969, p. 0005-0022.

Commission (CEE), décis. n° 74/292 du 15 mai 1974, *relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité, CEE (IV/400—accords entre fabricants de verre d'emballage)*, *JOCE* n° L 160/1 du 17 juin 1974, p. 0001-0017.

Commission (CEE), décis. n° 74/634 du 29 nov. 1974, *relative à l'entente franco-japonaise concernant les roulements à billes*, *JOCE* n° L 343 du 21 déc. 1974, p 0019-0026.

Commission (CEE), décis. n° 77/722 du 7 nov. 1977, *relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité instituant la Communauté économique européenne (IV/417 –BPICA)*, *JOCE* n° L 299 du 23 nov. 1977 p. 0018-0026.

Commission (CEE), décis. n° 80/334 du 20 déc. 1979, *infligeant une amende au titre de l'article 15 du règlement n° 17, à l'entreprise Fabbrica Pisana, à Pise, (Fabbrica Pisana)*, *JOCE* n° L 075 du 21 mars 1980 p. 0030-0034.

Commission (CEE), décis. n° 82/367 du 2 déc. 1981, *relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité instituant la Communauté économique européenne, (IV/25.757 - Hasselblad)*, *JOCE* n° L 161 du 12 juin 1982, p. 18-34.

Commission (CEE), décis. n° 82/853 du 7 déc. 1982, *relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/30.070 - National Panasonic)*, *JOCE* n° L 354 du 16 déc.1982, p. 28-35.

Commission (CEE), décis. n° 85/79 du 14 déc. 1984, *relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/30.809 - John Deere)*, *JOCE* n° L 35 du 7 févr. 1985, p. 58-64.

Commission (CEE), décis. n° 85/76 du 20 déc.1984, *relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/28.930 - Milchförderungsfonds)*, JOCE n° L 147 du 7 juill. 1970, p. 24-27

Commission (CEE), décis. n° 92/500 du 7 oct. 1992, *infligeant une amende en vertu de l'article 15, paragraphe 1 du règlement n° 17 du Conseil à CSM NV (aff. IV/33.791 - CSM, ex-IV/33.638-Sucre)*, JOCE n° L 305 du 21 sept. 1992, p. 16-18.

Commission (CEE), décis. n° 97/816 du 30 juill. 1997, *déclarant la compatibilité d'une concentration avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (aff. n° IV/M.877 - Boeing/McDonnell Douglas)*, JOCE n° L 336, 8 déc. 1997, p. 16-47.

Commission (CEE), décis. n° 98/273 du 28 janv. 1998, *relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité, CE (IV/35.733 – VW, Volkswagen)*, JOCE n° L 124 du 25 avr. 1998 p. 0060-0108.

Commission (CEE), décis. n° 99/287 du 8 juill. 1998, *déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (aff. IV/M.1069 - WorldCom/MCI) [notifiée ss. n° C(1998) 1887]*, JOCE n° L 132 du 17 mai 2002, p. 45-64.

Commission (CEE), décis. n° 1999/60 du 21 oct. 1998, *relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/35.691/E-4 - Conduites précalorifugées) [notifiée ss. n° C(1998) 3117]*, JOCE n° L 24 du 30 janv.1999, p. 1-70.

Commission (CEE), décis. n° 1999-271 du 09 déc. 1998, *relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE - (IV/34.466 - Transbordeurs grecs)*, [notifiée ss. n° C(1998) 3792], JOCE n° 109 du 27 avr. 1999, p. 24-50.

Commission (CEE), décis. n° 2001/711 du 29 juin 2001, *portant sur une procédure prévue par l'article 81 du traité CE (aff. COMP/F-2/36.693 — Volkswagen)*, JOCE n° L 262 du 2 sept. 2001, p. 14-37.

Commission (CEE), décis. n° 2000/520 CE du 26 juill. 2000 conformément à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, *relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique*, JOCE n° L 158 du 14 juin 2001, p. 63.

Commission (CEE), décis. n° 2003/2/CE du 21 nov. 2001, *relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (aff. COMP/E-1/37.512 Vitamines)*, JOCE n° L 6, 10 janv. 2003, p. 1-89.

Commission (CEE), (prés.), décis. n° 2011/695 du 13 oct. 2001, *relative à la fonction et au mandat du conseiller-auditeur dans certaines procédures de concurrence Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE*, JOCE n° 20 oct. 2011, p. 29-37.

Commission (CEE), décis. n° 2008/C 57/08 du 20 nov. 2007, *relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/38.432 -- Bandes vidéos professionnelles)*, JOUE n° C 57 du 1^{er} mars 2008, p. 10-12.

Commission (CEE), décis. n° C-3/37.792 du 27 févr. 2008, *fixant le montant définitif de l'astreinte infligée à Microsoft Corporation par la décision finale C (2005) 4420*, JOUE n° C 166 du 18 juill. 2009, p. 20-23.

Commission (CEE), décis. n° 2008/3435 du 16 juill. 2008, *relative à l'application de l'article 81 CE et de l'article 53 EEE*, COMP/C2/38.698-CISAC, JOUE n° C 323 du 18 déc. 2008, p. 12-13.

Commission européenne, décis. n° 251/4 du 24 mai 2011, *relative à une procédure d'application de l'article 23 du règlement (CE) no 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (COMP/39.796 — Suez Environnement — Breach of seal)*, JOUE n° L 106 du 27 avr. 2011, p. 9-10.

Commission européenne, décis. n° 2016/1250 du 12 juill. 2016, conformément à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil *relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis*, (Google et données personnelles), JOUE n° L 207, 1^{er} août 2016, p. 1-112.

- Communiqués de presse

Commission (CEE), *La Commission attaque les États membres n'ayant pas ouvert correctement leurs marchés de l'énergie*, Communiqué de presse n° IP/06/430, Bruxelles, 4 avr. 2006. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_06_430. (Consulté le 15/03/2018).

Commission (CEE), *Ententes et abus de position dominante : la Commission lance une enquête sectorielle dans l'industrie pharmaceutique et procédera dans ce cadre à des inspections surprises*, Communiqué de presse n° IP/08/49, 16 janv. 2008. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_08_49. (Consulté le 05/03/2018).

Commission (CEE), *Antitrust : la Commission inflige aux prestataires de services de déménagements internationaux en Belgique une amende de plus de €32,7 millions en raison d'une entente complexe*, Communiqué de presse n° IP/08/415, Bruxelles, 11 mars 2008.

Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_08_415. (Consulté le 02/03/2018).

Commission européenne, *Abus de position dominante : la Commission accepte les engagements proposés par Microsoft pour permettre aux utilisateurs de choisir leur navigateur web*, Communiqué de presse n° IP/09/1941, Bruxelles, 16 déc. 2009. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_09_1941. (Consulté le 12/03/2018).

Commission européenne, *Abus de position dominante : la Commission sanctionne Microsoft pour non-respect de ses engagements concernant le choix du navigateur*, Communiqué de presse n° IP/13/196, Bruxelles, 06 mars 2013. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_13_196. (Consulté le 10/03/2018).

Commission européenne, Communication publiée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement CE 1/2003 du Conseil dans l'affaire *Google* n° AT. 39740, Bruxelles, 26 avr. 2013, disponible à l'adresse suivante : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0426\(02\)&from=SK](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0426(02)&from=SK). (Consulté le 15/03/2018).

Commission européenne, *Abus de position dominante : la Commission invite les parties intéressées à faire part de leurs observations sur les engagements de Gazprom concernant les marchés gaziers d'Europe centrale et orientale*, Communiqué de presse n° IP/17/555, Bruxelles, 13 mars 2017. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_17_555. (Consulté le 15/03/2018).

Commission européenne, *La Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix*, Communiqué de presse n° IP-17-1787, Bruxelles, 27 juin 2017. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_17_1784. (Consulté le 23/07/2017).

Commission européenne, *La Commission inflige une amende de 997 millions d'euros pour abus de position dominante sur le marché des chipsets de bande de base LTE*, Communiqué de presse n° IP/18/421, Bruxelles, 24 janv. 2018. Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_421. (Consulté le 15/03/2018).

Commission européenne, *La Commission inflige une amende de 1,49 milliards d'euros à Google pour pratiques abusives en matière de publicité en ligne*, Communiqué de presse n° IP/19/1770, Bruxelles, 20 mars 2019, Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_1770. (Consulté le 02/07/2019).

- **Communications de la Commission**

Commission européenne, *L'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes*, Communication de la Commission n° 2006/C 298/11, Bruxelles, 08 déc. 2006. Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:FR:PDF>. (Consulté le 15/06/2017).

Commission européenne, *La quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE*, Communication de la Commission n° 2013/C167/07, Bruxelles, 13 juin 2013. Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:FR:PDF>. (Consulté le 03/03/2018).

Commission européenne, *Rétablir la confiance dans les flux de données entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique*, Communication n° COM (2013) 846 final, au Parlement européen et au Conseil, Bruxelles, 27 nov. 2013. Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0846:FIN:FR:PDF>. (Consulté le 12/04/2018).

Commission européenne, *Dix ans de mise en œuvre des règles concernant les pratiques anticoncurrentielles sous le régime du règlement n° 1/2003 : bilan et perspectives*, Communication de la Commission n° COM (2014) 453 final, au Parlement européen et au Conseil, Bruxelles, 9 juill. 2014. Disponible à l'adresse suivante : https://www.senat.fr/europe/textes_europeens/ue0110.pdf. (Consulté le 10/03/2018).

Commission européenne, *Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises*, Communication de la Commission n° COM (2015) 550 final, au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 28 oct. 2015. Disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/FR/1-2015-550-FR-F1-1.PDF>. (Consulté le 10/03/2018).

Commission européenne, *Une énergie propre pour tous les européens*, Communication de la Commission n° 2016/860, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la banque européenne d'investissement, portant sur le quatrième paquet énergie, Bruxelles, 30 nov. 2016. Disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/COM-2016-860-F1-FR-MAIN.PDF>. (Consulté le 03/04/2018).

Commission européenne, *Une politique commerciale équilibrée et novatrice pour maîtriser la mondialisation*, Communication de la Commission n° COM/2017/0492 final, au Parlement

européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, Bruxelles, le 03 sept. 2017. Disponible à l'adresse suivante : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d85d21a5-985a-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-fr/format-PDF/source-search>. (Consulté le 06/03/2018).

Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive UE 2017/1132 portant sur les transformations, fusions et scissions transfrontalières des sociétés*, Communication de la Commission n° COM (2018) 241 final, Bruxelles, 25 avr. 2018. Disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/FR/COM-2018-241-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>. (Consulté le 15/07/2018).

b- Comité économique et social européen

Comité économique et social européen, *Régulation de la concurrence et consommateurs*, avis n° (2006/C 309/01), Bruxelles, 16 déc. 2006. Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:309:0001:0009:FR:PDF>. (Consulté le 02/02/2017).

Index

(Les numérotations renvoient aux numéros de pages)

A

- **Action économique** : 61-62, 80, 82, 87, 137, 349, 362, 602, 624.
- **Acteur politique** : 525, 627, 634-635, 717-718.
- **Adaptation** : 8, 11, 18, 29, 33-34, 47, 65, 70-72, 79, 83-85, 87, 109-111, 125, 133, 157, 159, 203, 229, 335, 351, 365, 368, 387, 401, 448, 473, 476, 501, 508, 552, 560, 590, 667, 701, 704-705, 709, 711, 743-744, 753.
- **Aléatoire** : 91, 93, 537, 730.
- **Alerte** : 51, 67, 213, 304, 366, 433.
- **Alternance** : 62, 109, 163.
- **Ambition** : *internationale* 52, *politique* 90, *étatique* 182.
- **Analyse formelle** : 3.
- **Analyse substantielle** : 3, 244, 300.
- **Ancrage** : 110, 127, 160, 204, 354-255, 361, 424-425, 630, 721-722, 727.
- **Application tacite** : 108, 111, 113.
- **Architecte** : 36, 228, 449, 711, 714, 751, 769.
- **Ascendance** : *du marché* 88, *des acteurs écq.* 263, *de la liberté individuelle* 453.
- **Astreinte** : 188, 430, 434, 472, 505, 542, 561, 643, 646-648, 650, 652, 654, 656, 664, 671, 678, 684.
- **Atténuation** : 112, 162, 210, 212, 244, 428, 498.
- **Autolimitation** : 19, 129, 496, 759.

B

- **Bavardage** : 166, 720.
- **Bonne administration de la justice** : 564, 597, 601, 606.
- **Bonne foi** : 149, 174, 181, 288, 416, 442, 615, 617.
- **Bureaucratie** : 27.

C

- **Circonscription** : 129, 180, 498, 698, 703, 712, 718, 727, 737.
- **Ciseaux tarifaires** : 482, 520.
- **Clause** : *exorbitante* 11, 98, 102, 142, 158 ; *léonine*, 12 ; *déséquilibrée* 254 ; *abusive* 255.
- **Common Law** : 249, 680.
- **Conjoncture historique** : 365.
- **Contournement** : 10, 71-72, 92, 105, 130, 166, 182, 287, 431, 465, 474, 521, 551, 657, 662, 710, 715, 729, 740.
- **Contraignant** : 40, 69, 105, 149, 178, 186, 199, 240, 264, 290, 429-430, 442, 496, 528-529, 567, 584, 655-657, 660, 667, 728, 735.
- **Coordination** : 292, 385, 419, 427, 520, 529, 558-559, 600, 621, 663, 766.
- **Consultation** : 453, 478, 487, 543, 603.
- **Crédibilité** : 9, 82, 153, 166, 173, 175, 180, 187, 193-194, 300, 516, 531, 570, 635, 637, 694, 720, 725, 767.
- **Crise économique** : 41, 43, 48-49, 51-52, 64, 96, 213, 216, 219, 345, 357.
- **Crise financière** : 48, 172, 219, 356, 358, 750.
- **Crise sanitaire** : 65, 627.

- « **Crucialité** » : 71, 365, 523, 706, 745, 745.
- D**
- **Délimitation** : 43, 65, 73, 106, 145, 156, 207, 231, 238, 263, 430, 567, 577, 583, 622, 626, 635, 676, 762.
 - **Dématérialisation** : 70, 76, 80, 103, 156, 215, 304, 306, 362-362, 374.
 - **Démocratie** : 27, 192-198, 412, 716.
 - **Démographique** : 43-44, 68.
 - **Déséquilibre significatif** : 253-255, 271-274, 447.
 - **Diligence** : 89-90, 282, 343.
 - **Discipliner** : 147, 239, 370.
 - **Discrétion/dircréctionnaire** : 6, 71, 75-76, 102-103, 324, 333, 463, 629, 647, 659, 663, 683.
 - **Discrimination/dicriminatoire** : 138, 253, 298, 307, 314, 390-391, 401, 408, 504, 519, 521, 609.
 - **Disproportion** : 10, 87, 143, 159, 161, 199, 239, 244, 272-274, 300, 302, 466, 505, 507, 516, 539, 573, 707, 726.
 - **Dissémination** : 113-114, 117, 414.
 - **Dividende** : 313, 314.
- E**
- **Efficient** : 29, 50, 84, 119, 171, 180, 251, 315, 342-343, 355, 360, 393, 435, 485, 620, 655, 682, 735, 743, 750, 769.
 - **Élection** : 196, 413-414, 557.
 - **Empowerment/empouvoirement** : 456.
 - **Enchevêtrement** : 562, 621-622, 695.
 - **Endogène** : 12, 163, 172.
 - **Entreprise cruciale** : 71, 319.
 - **Équilibre économique** : 49-50, 217, 400, 475, 589, 612.
- **État d'exception** : 219, 340.
 - **Évasion fiscale** : 10, 33, 221, 260, 316, 504, 780.
 - **Excès de pouvoir** : 113, 399, 487, 494, 523, 566, 577, 587-593, 609.
 - **Exogène** : 12.
 - **Extraterritoriale** : 2, 33, 36, 250, 296, 306, 323 347, 351-353, 376, 382-384, 528, 627, 673, 701, 759, 761-763.
- F**
- **Fake news** : 192-196, 406, 412.
 - **Fausse information** : 192-194, 196-198, 383, 409, 412-416.
 - **Finesse** : 5, 8, 13, 33, 83, 128, 173, 211, 217, 243, 349, 698, 703, 706-708, 735.
 - **Fraude** : 167, 420, 436, 438, 760.
- G**
- **Géographique** : 51, 65, 105, 108, 346, 354, 362-363, 365, 387, 467, 490, 603, 762.
 - **Gouvernance** : 153, 262, 521, 715-716, 760.
 - **Grandeur** : 15, 23, 76, 138, 148, 722.
- H**
- **Hauteur** : 5-6, 42, 52, 111, 146, 216, 262, 442, 455, 469, 538, 719, 738.
 - **Harmonisation fiscale** : 36, 310-311.
 - **Hostilité** : 4, 6, 12-13, 21, 26, 32, 74-77, 87, 96, 116, 119, 126, 161, 216, 627, 631, 659, 756.
 - **Humain** : 15-16, 59, 94-95, 109, 130, 140, 181-182, 189-190, 203, 205, 207, 210, 234, 236, 251, 258-261, 265, 334, 346, 352, 365, 405-406, 427, 457, 459, 465, 471, 632-633,

701-703, 711-712, 722, 735, 743, 746, 764, 766, 768-769.

- **Humanisation** : 178, 184, 187, 258, 350.

I

- **Imbrication** : 270, 372, 559, 601, 605, 608, 761.
- **Impuissance** : 15, 94, 111, 252, 522, 716, 734, 741.
- **Impulsion** : 20, 60, 64, 117, 188, 223, 393-394, 396, 400, 416, 445, 462, 473, 477, 482, 485, 514, 520, 542, 547, 575, 680, 707.
- **Incertitude** : 33, 95, 167, 219, 262, 328, 340, 372, 444, 697, 704, 717, 728.
- **Incitation** : 176, 243, 322, 593, 652, 699, 743, 758.
- **Infrastructure essentielle** : 292, 302, 320-321, 606.
- **Instabilité** : 66, 147, 164, 246, 417.
- **Instrumentalisation** : 21-22, 175-176, 187, 260, 317, 319, 379, 521, 528, 532, 557, 639, 652, 672, 682, 703, 710, 729, 737, 743.
- **Intemporel** : 120, 124, 126-127, 131, 163.
- **Intérêt économique** : 120, 124, 126-127, 131, 163.
- **Internaliser** : 22, 148-149, 755, 760.
- **Intrinsèque** : 8, 18, 26, 38, 44, 46, 66, 80-81, 100, 105, 111, 122, 141, 143-144, 148, 156, 161, 178, 183, 257, 340, 381, 568, 570, 572, 672, 716, 744.

J

- **Juxtaposition** : 1, 463, 499-500, 530.

L

- **Libéralisme économique** : 12, 30-31, 74-75, 145, 149, 160,

168-169, 171, 365, 627, 732, 734.

- **Libéralisme triomphant** : 111, 127, 130, 250, 473.

M

- **Malléable/ malléabilité** : 108, 126, 138-139, 235, 345, 753.
- **Monumentaux** : 38, 757.
- **Monstre** : 104, 350.
- **Moteur** : 252, 326, 455, 551, 606, 734, 740.
- **Mouvant** : 1, 18, 63, 66, 201, 225, 258, 274, 283, 310, 548, 707, 710, 723, 725, 768.

N

- « **Naturer** » : 701
- **Nuance** : 50, 74, 77, 79, 230, 234, 467, 527, 605, 636, 716, 748.

O

- **Objectifs économiques** : 40, 61-62, 75, 85, 108-109, 156, 162, 369, 757.
- **Objectifs non-économiques** : 31, 81, 109, 158, 182, 227, 727, 753.
- **Opérateur crucial** : 24.
- **Opérateur historique** : 390, 397, 475, 485, 498, 500, 506, 509-509, 517-518.
- **Ordre public** : *écologique* 123, 149, 161 ; *numérique* 268, 324 ; *sanitaire* 208, 451, *sans l'État* 146, 237, 242.
- **Orientation** : 18, 48, 58, 64, 79, 90, 94, 150-152, 163, 191, 362, 390, 453, 629, 631, 635, 701, 713, 719, 728.
- **OJNI** : 451, 596.

P

- **Parachèvement** : 308-309, 315, 420-421, 424, 477, 482, 754, 767.
- **Paroxysme** : 63, 69-70, 361, 363, 365.

- **Passivité** : 699.
 - **Pédagogie** : 6, 359, 767.
 - **Polysémie** : 1, 22, 125, 235, 354, 548, 625, 629, 755.
 - **Pondération** : 174, 176, 431, 656.
 - **Précaution** : 131, 176, 202, 234, 237, 247, 296, 461, 464.
 - **Prégnance** : 599, 707.
 - **Prépondérance** : 22, 82, 166, 211, 258, 361, 434, 564, 566, 576-577, 581, 689.
 - **Prétentieux** : 33, 98, 257, 341, 352, 359, 365, 524, 697-698, 712, 714, 726, 729, 731-732, 751, 766.
 - **Prétorien** : 127, 223, 275, 296.
 - **Prévention** : 20, 187, 212, 215, 229, 381, 409, 441, 633.
 - **Prolifération** : 71, 243, 276, 348, 368, 412, 419, 451, 523, 557, 568, 578, 637, 664, 698, 765.
 - **Promptitude** : 19.
 - **Protection des consommateurs** : 14, 140, 258, 285, 436-437, 533, 711, 752.
 - **Protection des données personnelles** : 105, 136, 221, 324-325, 329, 332, 336, 453, 455, 462, 468, 590, 742.
 - **Protection des entreprises** : 8, 31, 154, 214, 217-218, 714.
 - **Puissance régulatrice** : 130, 533, 547, 734.
- R**
- **Rapidité** : 19, 40, 163, 172, 232, 259, 367, 384, 429, 658, 662, 688-691.
 - **Redéfinition** : 13, 79, 114, 116-118, 150, 251, 416, 473, 713.
 - **Régulation cruciale** : 31, 71, 106, 130, 152, 158-159, 195, 518, 550, 673, 727, 736-738, 741-742, 744-745, 746, 748, 753, 761, 766.
- **Renoncement** : 70, 83-84, 86, 90, 110, 115, 143, 148, 165, 171, 250, 358, 702, 708, 724, 730, 734, 750, 756, 765.
 - **Rentabilité** : 50-51, 85, 113, 173, 196, 360.
 - **Réputation** : 158, 187, 197, 234, 327, 409, 504, 555, 687-688, 741.
 - **Réhabilitation** : 82, 91, 93-94, 276, 750.
 - **Restauration /restaurer** : 14, 82, 105-106, 111, 120, 136, 146, 152, 154-157, 214, 219, 266, 268, 341, 347-348, 352, 359, 376, 381, 420, 450, 537, 711, 723, 738, 757.
 - **Résistance** : 12, 47-48, 60, 116, 123, 203, 310, 408, 473, 479, 631, 753.
 - **Rigoureux** : 173, 213, 335, 367, 515, 572, 682.
 - **Risque systémique** : 385, 739.
- S**
- **Sanitaire** : 37, 208, 221, 234, 261, 331, 621, 745-746.
 - **Sanitario-économique** : 65.
 - **Simplification** : 162, 448, 624.
 - **Socialisme** : 153, 711.
 - **Soft law** : 11, 33, 40, 91, 428, 490.
 - **Souplesse** : 44, 101, 140, 359, 391, 594, 690, 757, 759.
 - **Souveraineté** : *économique* 66, 108, 361, 362-363, 419, 533 ; *numérique* 328-329, 330, 362-363.
 - **Stabilité** : 1, 37, 41, 51, 59-60, 66, 68, 76, 83, 89, 91, 104-105, 138, 140, 150, 164, 179, 195-196, 221, 246, 257, 341, 345,

356, 366-368, 417, 491, 700, 713, 734, 738, 770.

- **StopCovid** : 451.
- **Strate** : 3, 214.
- **Subtilité** : 27, 82-83, 146, 157, 211, 227, 245, 266, 273, 302, 341, 532, 542-543, 683.
- **Suprématie** : 58, 103, 524, 529, 702.
- **Systémique** : 22, 24, 65, 171, 215-216, 219-220, 350, 357, 367, 381, 385-386, 697, 704, 718, 720, 736-740, 748, 764, 769.

T

- **Tacite** : 108-109, 111, 113, 281, 287-288, 290, 719.
- **Tarification** : 511, 609, 743.
- **Téléologie** : 28, 163, 221-222, 229, 404, 626, 628, 630, 722, 729, 752-753, 756.
- **Tentation** : 215, 359-360, 493.
- **Transcendance** : 15-16, 23, 99, 119, 132, 151, 177, 179, 182, 227, 229-230, 261, 722.

U

- **Ubérisation** : 33, 698, 700.
- **Unilatéral** : 102, 118, 250, 271, 284, 409-410, 588, 701.
- **Ultralibéral** : 12, 77, 130-131, 160, 250, 702, 730.

V

- **Valeurs non-économiques** : 4, 5, 39, 50, 54, 81, 131, 137, 139, 141, 160, 163, 166, 173, 177, 179, 201, 248, 256-259, 266, 268, 270, 320, 561, 628, 655, 695, 711, 735, 737, 749.

Vecteur : 8, 31, 35, 69-70, 104, 123, 750.

- **Violation efficace** : 19, 21, 92, 158, 175, 435, 556.
- **Vote** : 195, 197, 413, 461, 741.
- **Welfare State** : 64.

Table des matières

SOMMAIRE	V
Introduction générale	1
Section I : Genèse de la problématique	3
§1- <i>Fondement de la formulation du sujet</i>	3
§2- <i>Les écueils liés à la singularité du sujet</i>	6
Section II : Traitement du sujet de la recherche	10
§1- <i>Définitions et précisions sémantiques</i>	10
§2- <i>La méthodologie de la recherche</i>	29
§3- <i>Formulation de la problématique et annonce du plan</i>	31
Partie I - L'identification d'un pouvoir administratif exorbitant dispersé	36
Titre I : Perspectives historiques de l'intervention économique de l'État	40
<i>Chapitre I- Transmutation historique de l'intervention économique de l'État</i>	40
Section I- Ancrage de la mutation de l'intervention économique de l'État	42
§1- <i>L'intervention économique de l'État marquée par les deux guerres mondiales</i>	42
A- Le rôle économique de l'État après la première guerre mondiale	44
B- La crise de 1929 comme facteur de légitimation d'un État interventionniste	50
§2- <i>La particularité du rôle économique de l'État après 1945</i>	55
A- De la légitimité à l'exigence interventionniste	55
B- Un rôle étatique irremplaçable dans une période cruciale de l'histoire	58
Section II- Le passage d'une intervention assumée à une intervention négociée	62
§1- <i>La mutation des objectifs économiques de l'État</i>	63
A- L'hétérogénéité du rôle économique de l'État dans le temps	63
B- La mutation du rôle économique de l'État dans l'espace	66
§2- <i>La mondialisation naissante comme facteur déterminant de la mutation</i>	67
A- Les « 30 glorieuses » comme prémisses d'une société de consommation	67
B- Les années 2000 comme début de paroxysme d'une société économique globalisée	70
<i>Chapitre II- L'influence de l'histoire sur les modalités actuelles de l'intervention économique de l'État</i>	74
Section I- L'état présentement insatisfaisant du rôle économique de l'État	74

§1- <i>L'hostilité traditionnelle du libéralisme face à l'intervention économique de l'État</i>	75
A- Une hostilité exagérée du libéralisme face à l'intervention économique de l'État	76
B- Une hostilité nuancée du libéralisme face à l'État interventionniste	78
§2- <i>La timidité du rôle de l'État au regard de la proportion prise par la mondialisation économique</i>	81
A- Le renouvellement de la prétention étatique comme gage de survie de la société	81
B- La mise en œuvre de la prétention étatique comme gage d'autorité et de pérennité	83
Section II- Le pouvoir administratif exorbitant comme criterium indissociable de l'intervention étatique	86
§1- <i>La justification du pouvoir administratif exorbitant dans une économie en pleine fulguration</i>	87
A- Le pouvoir administratif exorbitant comme ultime recours	87
B- La discrète mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant dans l'intervention économique de l'État	90
§2- <i>L'intérêt du pouvoir administratif exorbitant dans la mondialisation économique</i>	92
A- Une stabilité aléatoire de l'économie mondialisée	92
B- La fondamentale question de la réhabilitation de l'État dans un monde globalisé	94
Conclusion du Titre I	97
Titre II- Les fondements juridiques du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique	98
<i>Chapitre I- Le pouvoir administratif exorbitant comme corollaire du droit administratif</i>	99
Section I- Une prérogative étatique vivement sollicitée	99
§1- <i>Les solides fondements du pouvoir administratif exorbitant</i>	100
A- Le pouvoir administratif exorbitant comme critérium d'identification de l'autorité étatique	100

B- Le pouvoir administratif exorbitant au service de la quête d'un équilibre entre acteurs de la société _____	105
§2- <i>Les mutations du pouvoir administratif exorbitant dans la mondialisation économique</i> _____	109
A- De l'affirmation expresse à l'application tacite des pouvoirs économiques de l'État _____	109
B- Dissémination des pouvoirs économiques de l'État moderne _____	114
Section II- Une prérogative étatique démesurément contestée _____	120
§1- <i>La consécration indépassable de l'intérêt général</i> _____	120
A- La notion d'intérêt général _____	121
B- L'intemporalité de l'intérêt général _____	127
§2- <i>Flexibilité de la mise en œuvre de l'intérêt général</i> _____	132
A- Flexibilité dictée par l'inéluctable mutation de l'intérêt général _____	133
B- L'intérêt général en droit économique _____	137
<i>Chapitre II- Le pouvoir administratif exorbitant comme prérogative étatique critiquée</i>	143
Section I- La disproportion impertinente des critiques à l'égard du pouvoir administratif exorbitant _____	144
§1- <i>Les critiques acerbes de la verticalité du pouvoir administratif exorbitant</i> _____	144
A- Une verticalité immanente au pouvoir administratif exorbitant _____	145
B- Une verticalité atténuée du pouvoir administratif exorbitant dans le domaine économique _____	148
§2- <i>L'exceptionnel rôle contraignant de l'État dans l'économie</i> _____	150
A- Le principe de « non-immixtion » de l'État dans l'économie subordonné à la stabilité de l'économie _____	151
B- L'exception à la « non-immixtion » fondée sur le rétablissement de l'ordre économique _____	156
Section II- Les limites d'une permanente remise en cause du pouvoir administratif exorbitant _____	161
§1- <i>Une réglementation économique remise en cause nonobstant sa flexibilité</i> _____	162
A- La Déréglementation comme volonté étatique de simplification des activités économiques _____	163
B- La dérégulation comme symbole de flexibilité de la régulation _____	168
§2- <i>L'insuffisance endogène de l'autorégulation économique</i> _____	173
A- La légitimité de la recherche du profit _____	174

B- L'autorégulation transcendée par les valeurs non-économiques _____	180
Conclusion du Titre II _____	200
Titre III- La pluralité des objectifs poursuivis par le pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique _____	202
<i>Chapitre I- Les objectifs inhérents à l'équilibre du marché</i> _____	203
Section I- Réaffirmation de la liberté d'entreprendre par la régulation économique _	203
§1- <i>L'immuabilité relative de la liberté d'entreprendre</i> _____	204
A- L'ancrage juridique de la liberté d'entreprendre _____	205
B- Le prolongement matérielle de la protection de la liberté d'entreprendre ____	206
§2- <i>L'encadrement juridique de la liberté d'entreprendre</i> _____	208
A- Les limites légales fixées à la liberté d'entreprendre _____	209
B- La liberté d'entreprendre limitée par la nécessité de l'équilibre du marché _	211
Section II- La régulation comme rempart contre des crises économiques _____	214
§1- <i>Le pouvoir administratif exorbitant au service de la protection des entreprises</i> _____	215
A- Le rôle du régulateur dans la prévention des crises économiques _____	216
B- La régulation comme mission protectrice des entreprises _____	218
§2- <i>Le pouvoir administratif exorbitant comme limite fixée au pouvoir des entreprises</i> _____	219
A- Une limite justifiée par le traitement des crises économiques _____	220
B- Une limite résultant du maintien d'un ordre public européen supra-concurrentiel _____	222
<i>Chapitre II- Les objectifs relatifs au maintien de l'ordre public économique</i> _____	226
Section I- Identification de l'ordre public économique _____	227
§1- <i>L'ordre public économique de direction</i> _____	229
A- L'ordre public économique transcendant _____	230
B- L'ordre « public » économique privé _____	242
§2- <i>L'ordre public économique de protection</i> _____	248
A- Un ordre public économique doublement protecteur _____	249
B- L'extension rhétorique du rôle protecteur de l'ordre public économique ____	257
Section II- Préservation insuffisante de l'ordre public économique _____	263
§1- <i>L'ordre public économique drupe de la prétention économique de l'État</i> ____	264
A- La concurrence comme ordre protecteur du marché _____	265

B- La concurrence comme ordre promoteur du marché _____	267
§2- <i>Concrétisation de l'ordre public économique par la mise en œuvre de la concurrence</i> _____	270
A- Mise en œuvre de l'ordre public économique par la prohibition des pratiques restrictives de la concurrence _____	271
B- Réhabilitation de l'ordre public économique par la sanction des pratiques anticoncurrentielles _____	277
§3- <i>La double opposabilité de l'ordre public économique européen</i> _____	305
A- L'ordre public économique européen opposable aux États membres _____	305
B- L'opposabilité de l'ordre public économique européen aux acteurs cruciaux de la mondialisation économique _____	307
Conclusion du Titre III _____	339
Conclusion de la Partie I _____	340
Partie II : Une mise en œuvre perfectible du pouvoir administratif exorbitant _____	343
Titre I- L'étendue du pouvoir administratif exorbitant en droit de la régulation économique _____	345
<i>Chapitre I- L'application du pouvoir administratif exorbitant dans l'espace</i> _____	347
Section I- L'ordre public économique éprouvé par le retrait progressif de l'État _____	348
§1- <i>La porosité de l'espace économique de l'État</i> _____	349
A- Les limites du pouvoir économique de l'État _____	349
B- L'impétueuse entrée en jeu des multinationales _____	352
§2- <i>La mondialisation économique comme cause-effet de l'amointrissement irréductible de l'espace économique de l'État</i> _____	355
A- Mutation et métamorphose de la notion de territoire en économie _____	355
B- Les partenariats public-privé comme effet de la mutation de la notion de territoire économique de l'État _____	356
§3- <i>L'impertinence du recours excessif à l'autorégulation économique</i> _____	357
A- L'autorégulation face aux crises économiques et financières _____	357
B- Le rôle régulateur des crises économiques et financières _____	358
Section II- La claudication de l'autorité économique de l'État au contact de la mondialisation économique _____	359
§1- <i>Les tentations inconsidérées de « l'État -entreprise » dans une économie mondialisée</i> _____	360

A- L'État est-il vraiment une « entreprise » comme une autre ? _____	361
B- L'essence d'une différence indépassable _____	362
§2- <i>L'indispensable résurgence de la souveraineté économique de l'État</i> _____	362
A- Le principe de souveraineté confronté à sa relative prépondérance économique _____	362
B- De la souveraineté géographique à la souveraineté numérique et virtuelle _____	363
<i>Chapitre II- La mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant dans le temps</i> _____	366
Section I- L'application relativement timorée du pouvoir administratif exorbitant en temps de stabilité économique _____	367
§1- <i>Recours implicite au pouvoir administratif exorbitant dans la régulation économique</i> _____	367
§2- <i>Vers une (re)mise en œuvre explicite du pouvoir administratif exorbitant ?</i> _____	369
Section II- Le pouvoir administratif exorbitant ressuscité par les autorités indépendantes de régulation _____	371
§1- <i>Les autorités publiques indépendantes (API)</i> _____	375
A- La place centrale de l'Autorité des marchés financiers dans la restauration du pouvoir administratif exorbitant _____	377
B- L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières _____	389
C- La mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) _____	405
§2- <i>Les autorités administratives indépendantes (AAI)</i> _____	419
A- Le rôle de l'Autorité de la concurrence dans la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant _____	421
B- La mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant par la Commission nationale informatique et libertés _____	451
C- Le pouvoir administratif exorbitant de la Commission de régulation de l'énergie _____	473
D- L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes comme juxtaposition parfaite entre exorbitance et flexibilité _____	500
§3- <i>La prééminence de la Commission européenne dans une régulation prétentive en maturation</i> _____	525
A- La singularité de la Commission européenne dans la régulation économique _____	526
B - Un fonctionnement perfectible de la Commission européenne _____	531

C- Une puissance régulatrice légitimement renouvelée face à la mondialisation économique _____	534
Conclusion du Titre I _____	561
Titre II- Le contrôle juridictionnel de la mise en œuvre du pouvoir administratif exorbitant _____	562
<i>Chapitre I- Enchevêtrement du contrôle juridictionnel du pouvoir administratif exorbitant en droit national _____</i>	<i>563</i>
Section I- Une dualité de contrôle juridictionnel rationalisée par une prépondérance organique traditionnelle du juge administratif _____	565
§-1 <i>Une fondamentale différence entre juge et régulateur _____</i>	<i>567</i>
A- La conciliation entre efficacité de la régulation et protection des droits des entreprises comme fondement de la distinction entre juge et régulateur _____	568
B- Le contrôle de l'impartialité des décisions des AR comme fondement de la distinction entre le juge et le régulateur _____	571
§2- <i>La prépondérance organique du juge administratif _____</i>	<i>577</i>
A- Prépondérance non-exclusive du juge administratif en matière de régulation économique _____	578
B- Une prépondérance difficilement reléguable du juge administratif _____	582
§3- <i>Du contrôle classique pour excès de pouvoir au pouvoir de contrôle des excès _____</i>	<i>586</i>
A- Le traditionnel contrôle pour excès de pouvoir _____	587
B- L'admission récente du recours contre les décisions prises en vertu du droit souple _____	593
C- Marginalisation factuelle de la cour d'appel administrative dans le contrôle des autorités de régulation _____	597
Section II- L'admission de la légitimité matérielle du contrôle effectué par le juge judiciaire _____	597
§1- <i>La place centrale de la cour d'appel dans le contrôle juridictionnel de la régulation économique _____</i>	<i>599</i>
A- Une prédominance de la cour d'appel dictée par la nature économique des domaines régulés _____	599
B- L'imbrication du contrôle juridictionnel entre le juge judiciaire et le juge administratif _____	606

§2- <i>Quid d'une juridiction spécialisée en régulation économique ?</i>	622
A- Justification d'une juridiction spécialisée dans le contrôle de la régulation économique	622
B- Clarification des conditions de viabilité et les objectifs d'une juridiction spécialisée en régulation économique	623
C- Vers la fusion entre l'ARCEP et le CSA ou la volonté d'une régulation alliant puissance et intelligibilité	625
§3- <i>Le juge de la régulation économique comme un juge politique ?</i>	626
A- Sens et délimitation du rôle « politique » du juge de la régulation économique	627
B- L'interprétation téléologique comme politique de préservation de l'ordre public économique	631
<i>Chapitre II- Un contrôle juridictionnel plus intelligible du pouvoir administratif exorbitant en droit de l'Union européenne</i>	639
Section I- Un contrôle de l'exorbitance effectué sous le prisme de l'ordre public concurrentiel	641
§1- <i>Un contrôle juridictionnel axé sur le respect de l'ordre public concurrentiel</i>	642
§2- <i>Un contrôle juridictionnel foncièrement axé sur le contrôle de légalité</i>	644
A- Fine répartition des rôles entre le Tribunal et la CJUE	644
B- Vigilance accrue du juge et renforcement légitime du rôle de la Commission.	646
§3- <i>Le juge de l'Union confronté aux limites matérielles fixées au contrôle de pleine juridiction</i>	647
A- Le juge européen face à la technicité de la régulation économique	647
B- Limite de la compétence de pleine juridiction du juge communautaire	649
C- Évolution des rapports entre la Commission et le juge	650
D- Le contrôle de pleine juridiction comme compétence complémentaire au contrôle de légalité	654
E- L'approche subjective du contrôle juridictionnel communautaire	655
Section II- Un contrôle juridictionnel conciliant respect des droits des entreprises et efficacité de la régulation économique	656
§1- <i>Une réaffirmation jurisprudentielle des principes régissant le procès économique équitable</i>	656

A- Mise en œuvre raisonnable des modes alternatifs à l'exorbitance dans la régulation économique _____	657
B- Les procédures négociées comme exception confirmant la règle de l'exorbitance _____	663
§2- <i>L'impérative préservation de l'efficacité de la régulation économique</i> _____	664
A- Les prérogatives de la Commission renforcées par le Règlement 1/2003__	665
B- Les droits des entreprises préservés dans la mise en œuvre du Règlement 1/2003 _____	675
§3- <i>Le rôle essentiel de la CEDH dans le contrôle juridictionnel de la régulation économique</i> _____	684
A- L'extension de l'application de l'article 6 de la Convention aux autorités de régulation _____	685
B- Le recours quasi systématique à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux dans la régulation économique _____	689
Conclusion du Titre II _____	695
Titre III : Mise en perspectives du pouvoir administratif exorbitant dans la régulation de la mondialisation économique _____	697
<i>Chapitre I : Nécessité d'un pouvoir administratif exorbitant prétentieux dans la mondialisation économique</i> _____	698
Section I- Quelle régulation pour une économie sans cesse dématérialisée ? _____	698
§1- <i>L'impact des plateformes numériques et l'ubérisation sur l'efficacité de la régulation économique</i> _____	698
§2- <i>Prisme chancelant du Droit sur l'économie</i> _____	701
§3- <i>Une guéguerre à l'issue incertaine</i> _____	702
Section II- Nécessaire circonscription de la mondialisation économique par une mise en œuvre effective du pouvoir administratif exorbitant _____	703
§1- <i>Mondialisation économique et théorie de l'incomplétude</i> _____	703
§2- <i>Nécessaire adaptation de la place du Droit dans la mondialisation économique</i> _____	705
§3- <i>L'indispensable finesse de l'intervention économique de l'État</i> _____	706
A- Justification d'une finesse dans l'exorbitance _____	706
B- Place et rôle respectifs de l'État et des acteurs économiques _____	707
C- L'indispensable lucidité étatique _____	708

D- Les riches d'une posture étatique modeste _____	709
<i>Chapitre II- Nécessité d'adaptation du pouvoir administratif exorbitant aux mutations des acteurs économiques _____</i>	<i>709</i>
Section I- Pour une prétention étatique plus forte en droit économique national ____	710
§1- Une prétention politique dictée par l'atteinte d'objectifs transcendants _____	711
A- Place et perspectives de la prétention politique dans la régulation économique nationale _____	711
B- Regard annonciateur de la régulation communautaire sur l'inéluctable prétention politique _____	717
§2- L'effectivité juridique d'une prétention singularisée par son objet _____	721
A- Renouvellement des paradigmes de l'effectivité de la régulation économique _____	722
B- La régulation économique comme matérialisation de l'esprit du Droit ____	727
Section II- Pour une approche plus prétentieuse du droit économique européen ____	731
§1- Nécessaire maintien de la dynamique prétentieuse du droit économique européen _____	732
A- Une régulation économique prétentieuse comme prémisse d'une véritable harmonisation politique _____	732
B- Un libéralisme économique ancré mais rationalisé _____	735
§2- Pour une régulation cruciale : conciliation entre efficacité et justice de la régulation économique _____	737
A- Pour la mise en œuvre d'une régulation cruciale ou hiérarchisée _____	737
B- Esquisse de l'effectivité d'une régulation cruciale _____	742
C- La complexe mais nécessaire réappropriation du pouvoir administratif exorbitant en droit européen par une régulation cruciale _____	747
Section III- Parachèvement de la régulation par une double approbation de la compliance par le régulateur et les acteurs régulés _____	755
§1- Renforcement certain de la régulation ex ante par la compliance _____	755
A- L'apport d'une notion polysémique à l'efficacité de la régulation économique _____	756
B- La compliance présentée comme une méta-régulation _____	757
§2- La compliance comme « bras armé » de la régulation économique _____	758
A- L'exorbitance subtile de la compliance _____	758
B- Discrète rugosité d'une souplesse _____	759

C- Rôle de la compliance dans la régulation du numérique _____	760
§3- <i>L'appétence française et européenne pour l'extraterritorialité</i> _____	760
A- Ebauche d'un droit national extraterritorial _____	761
B- Vers une extraterritorialité du droit européen _____	762
C- L'utopie utile d'une autorité mondiale de régulation économique _____	763
Conclusion du Titre III _____	767
Conclusion de la Partie II _____	768
Conclusion générale _____	769
Bibliographie _____	771
I- Doctrine _____	771
A- Ouvrages généraux, spéciaux, sous-direction et Mélanges _____	771
B- Articles _____	787
C- Thèses/mémoires _____	824
D- Colloques, conférences et séminaires _____	827
E- Rapports _____	832
F- Notes, commentaires et conclusions d'avocats généraux _____	840
G- Webographie _____	842
H- Sites internet _____	849
II- Conventions et textes juridiques _____	844
A- Conventions _____	844
B- Traités et autres textes juridiques européens _____	844
1- Traités _____	844
2- Règlements, Directives et Rapports (livres blancs/verts) _____	844
C- Textes français _____	849
1- La Constitution du 04 oct. 1958 _____	844
2- Les Codes _____	844
3- Lois _____	844
4- Décrets _____	855
D- Textes étrangers _____	856
III- Jurisprudence _____	856
A- <i>Jurisprudence française</i> _____	856
1- Jurisprudence constitutionnelle _____	856

2- Tribunal des conflits _____	859
3- Jurisprudence administrative _____	859
a- Conseil d'État _____	859
b- Cour administrative d'appel _____	865
4- Jurisprudence judiciaire _____	865
a- Cour de cassation _____	865
b- Cours d'appel et Tribunaux de commerce _____	868
<i>B- Jurisprudence européenne _____</i>	<i>870</i>
1- Cour de justice des Communautés européennes/Cour de justice de l'Union européenne _____	870
2- Tribunal de première instance des Communautés européennes/Tribunal de l'Union européenne _____	879
3- Cour européenne des droits de l'Homme _____	884
<i>C- Décisions et avis des autorités de régulation _____</i>	<i>885</i>
1- Les autorités nationales _____	885
a- Conseil de concurrence/Autorité de la concurrence/DGCCRF _____	885
b- L'Autorité des marchés financiers _____	890
c- L'Autorité de régulation des activités ferroviaires/ l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières _____	891
d- L'Autorité de régulation des télécommunications/l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes _____	891
e- La Commission nationale de l'informatique et des libertés _____	893
f- Le Conseil supérieur de l'audiovisuel _____	894
g- La Commission de régulation de l'énergie _____	894
2- Les autorités européennes _____	896
a- Commission des communautés européennes/Commission européenne _____	896
b- Comité économique et social européen _____	901
Index _____	902
Table des matières _____	907