

LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES

PAR

Nicole DECOOPMAN

Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne

Créées pour réguler certains secteurs sensibles et pour éviter un interventionnisme étatique direct, les autorités administratives indépendantes ont progressivement pris leur place dans le système politico-administratif français¹. Leur dénomination paradoxale qui allie les qualificatifs administratif et indépendant marque l'originalité de ces instances situées en marge des institutions administratives classiques.

Leur fonction de régulation sectorielle dans des domaines tels que l'information et la communication, les activités économiques et financières, les rapports avec les administrés, a conduit le législateur à conférer aux autorités administratives indépendantes des moyens d'action diversifiés qui vont toujours au-delà d'une simple fonction de consultation. Sans doute, toutes ces autorités - au nombre d'une quinzaine - ne bénéficient pas de moyens juridiques puissants conformément d'ailleurs à l'inspiration d'origine qui privilégiait l'influence morale exercée par ces organismes. Cependant, l'évolution s'est manifestement orientée dans le sens d'un enrichissement progressif des prérogatives accordées. Aux instances les plus richement dotées (COB, CSA) ont été octroyés le pouvoir d'édicter des règlements et de prendre des décisions individuelles, de larges moyens d'investigation, la faculté de prononcer

1. V. not. Colliard (C.-A.) et Timsit (G.) (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Coll. "Les Voies du Droit", 1988. Gentot (M.), *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Clefs Politique, 1991. Guédon (M.-J.), *Les autorités administratives indépendantes*, L.G.D.J., Coll. "Systèmes", 1991.

sanctions et injonctions. Ce cumul de pouvoirs a suscité de vives critiques, cependant le Conseil constitutionnel a estimé qu'il ne portait pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs². La vigilance s'impose pourtant d'autant plus que la caractéristique de ces autorités réside dans leur indépendance - ou du moins leur autonomie - tant organique que fonctionnelle. Dans ce contexte, la question du contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes ne peut être éludée. L'indépendance ne signifie certainement pas l'absence de tout contrôle, en particulier de tout contrôle juridictionnel. L'idée d'une immunité juridictionnelle fut défendue par certains commentateurs de l'arrêt Retail dans lequel le Conseil d'Etat admit la compétence de principe du juge administratif pour examiner la légalité des décisions prises par le médiateur³. Prônée afin de garantir l'indépendance et l'originalité de ces instances⁴, la thèse de l'immunité juridictionnelle fut cependant fermement combattue au nom de l'Etat de droit⁵ et désormais, un consensus existe sur le principe d'un contrôle juridictionnel.

En revanche, les modalités de mise en oeuvre de ce contrôle restent controversées qu'il s'agisse de la détermination des juridictions compétentes ou de l'intensité du contrôle. Les enjeux ne sont pas négligeables. Un contrôle juridictionnel approfondi (II) ne risque-t-il pas de faire perdre à ces autorités leur caractéristique essentielle, c'est-à-dire leur indépendance, et en conséquence leur place originale dans l'architecture institutionnelle ? Par ailleurs, l'organisation de ce contrôle a donné au législateur l'occasion d'opérer un transfert important d'un contentieux administratif aux juridictions de l'ordre judiciaire, plus précisément à la cour d'appel de Paris⁶. Cet éclatement des compétences entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires (I) est-il le signe d'une réduction du champ administratif ou au contraire de son extension ? Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes constitue ainsi un poste d'observation privilégié des mutations actuelles du droit administratif.

I - L'ÉCLATEMENT DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES

Le contrôle des actes des autorités administratives indépendantes relève en principe des juridictions administratives et la question d'une éventuelle compétence des tribunaux judiciaires ne s'est pas réellement posée avant 1986. Le mouvement de dérèglementation et de désengagement de l'Etat a conduit le

2. Déc. 17 janv. 1989, 88-248 DC, *Rec.* 18, *RFDA* 1989, 215, note B. Genevois ; 28 juillet 1989, 89-260, *Rec.* 71, *RFDA* 1989, 671, note B. Genevois.

3. C.E. Ass. 10 juillet 1981, *RDP* 1981, 1440, concl. M. Franc ; 1687, note J.M. Auby ; *AJDA* 1981, 486, obs. F. Tiberghien et B. Lasserre, p. 467 ; *RA* 1981, 493, note S. Rials ; *D.* 1981, 622, note Y. Gaudemet et IR 528, obs. P. Delvolvé.

4. V. Gaudemet (Y.), "Le Médiateur est-il une autorité administrative ?", *Mélanges Charlier*, 1981, p. 117 ; S. Rials, préc.

5. Teitgen-Colly (C.), "Les instances de régulation et la constitution", *RDP* 1990, 228 s.

6. Delvolvé (P.), "La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative", *Mélanges J.M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 47.

législateur avec l'approbation conditionnelle du Conseil constitutionnel à transférer aux juridictions judiciaires le contentieux des décisions du conseil de la concurrence. La même voie fut suivie au cours des années ultérieures à propos du conseil du marché à terme, du conseil des bourses de valeurs⁷ et de la commission des opérations de bourse. Le contentieux des autorités administratives indépendantes est ainsi partagé entre les deux ordres de juridiction. Qui plus est, pour chaque autorité concernée, le transfert n'est souvent que partiel, le législateur ayant réservé aux juridictions administratives le contentieux de certains actes. A cette complexité due à la répartition opérée expressément par le législateur s'ajoute l'incertitude des frontières résultant du silence des textes, incertitude que le Tribunal des conflits dut rapidement réduire.

A) Une répartition complexe

1) La compétence de principe du juge administratif n'a pas soulevé de vives discussions ; dans le silence de la loi, celui-ci s'est reconnu compétent pour juger des actes et de l'activité des organismes que la doctrine désigne sous le nom d'autorités administratives indépendantes. Cette compétence des juridictions administratives a d'ailleurs permis d'affirmer la nature administrative de certaines autorités au risque d'atténuer leur originalité. Il en a été particulièrement ainsi du médiateur dans l'arrêt Retail précité où le Conseil d'Etat tout en déclarant irrecevables les conclusions n'a pas décliné sa compétence. Le Conseil constitutionnel a confirmé cette analyse. D'une part, il a à plusieurs reprises qualifié les instances de régulation d'organismes administratifs⁸ ; d'autre part, dans sa décision du 23 janvier 1987, rendue à propos du régime contentieux des décisions du conseil de la concurrence, il a considéré que figure au nombre des "*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*", celui selon lequel "*relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique*", par les autorités administratives. Plus précisément, dans la mesure où les autorités administratives indépendantes sont - à l'exception du médiateur - des "*organismes collégiaux à compétence nationale*", le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort pour connaître des recours en annulation⁹. Les recours de plein contentieux, qui mettent en jeu la responsabilité de l'Etat étant donné

7. Le conseil des bourses de valeurs et le conseil du marché à terme sont des organismes professionnels dotés de la personnalité morale. Ils peuvent cependant être rapprochés des autorités administratives indépendantes en raison des prérogatives de puissance publique qui leur sont confiées afin de réguler, avec la COB, les marchés boursiers.

8. Déc. 23 janvier 1987, 86-224 DC, *Rec.* 8, à propos du conseil de la concurrence ; le Conseil constitutionnel utilise également l'expression "autorité administrative" : déc. 10 et 11 octobre 1984, 84-181 DC, *Rec.* 78, à propos de la commission pour la transparence et le pluralisme de la presse supprimée en 1986 ; déc. 28 juillet 1989, *préc.*, à propos de la COB. Dans d'autres cas enfin, l'expression "autorité administrative indépendante" est employée (ex : déc. 17 janvier 1989 *préc.* à propos du CSA).

9. D. 28 novembre 1953, art. 2, 9°.

l'absence de personnalité morale de ces instances, ressortissent en revanche de la compétence en premier ressort des tribunaux administratifs¹⁰, ce qui présente l'avantage d'assurer un double degré de juridiction. Le législateur a cependant apporté des dérogations à cette solution en prévoyant que les sanctions prononcées par le conseil supérieur de l'audiovisuel¹¹, le conseil de discipline des OPCVM¹², la commission de contrôle des assurances¹³ peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat. Il est vrai qu'il s'agit en réalité de recours objectifs de plein contentieux et que ces dispositions ont moins pour objet de traiter un problème de compétence que d'assurer un contrôle entier¹⁴. De toute autre portée, sont les dispositions législatives qui ont transféré aux juridictions judiciaires et en particulier à la cour d'appel de Paris le contentieux des décisions de certaines autorités administratives indépendantes.

2) Le transfert aux juridictions judiciaires du contentieux du conseil de la concurrence s'est opéré en plusieurs temps. Cette histoire mouvementée s'explique non seulement par le souci d'assurer aux justiciables des garanties suffisantes, mais aussi par des enjeux idéologiques, politiques et corporatifs. Lors de la transformation en 1986 de la commission de la concurrence en un conseil de la concurrence doté de pouvoirs de décision propres, il fut d'abord envisagé de confier le contentieux y afférent au juge judiciaire. Les objections du Conseil d'Etat conduisirent cependant à attribuer compétence à la juridiction administrative. Néanmoins, une proposition de loi ultérieure revint à la compétence judiciaire. Le texte de loi adopté fut déferé au Conseil constitutionnel qui précisa les conditions dans lesquelles devait s'opérer le transfert aux juridictions judiciaires (Déc. 23 janvier 1987). En l'occurrence, le texte, objet de la décision, fut déclaré contraire à la Constitution en raison de l'absence de possibilité pour le juge de prononcer un sursis à exécution, considéré comme une garantie essentielle des droits de la défense. Cette garantie organisée devant les juridictions administratives en raison du caractère non suspensif des recours intentés contre des actes administratifs doit être offerte également si le juge judiciaire est compétent : le transfert de compétence ne modifie pas par lui-même la nature du contentieux, même si les modalités d'exercice sont aménagées. Mise à part cette question - somme toute technique - du sursis à exécution, le Conseil constitutionnel ne s'opposa pas au transfert de compétence. Après avoir rappelé le principe de compétence des juridictions administratives, il admit en se référant implicitement à la théorie des blocs de compétence que ce principe pouvait faire l'objet d'un "aménagement précis et limité" dès lors qu'il est "justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice", l'unification pouvant alors s'opérer au sein de "l'ordre juridic-

10. V. par exemple à propos de la COB, Trib. adm. Paris 5 avril 1979, *Rev. soc.* 1981.339, note J.J. Daigre et les références citées *infra* note 37.

11. L. 30 décembre 1986, art. 42-8 (réd. L. 17 janvier 1989).

12. L. 23 décembre 1988, art. 33-3 (réd. L. 2 août 1989).

13. Code des assurances, art. L. 310-18 (réd. L. 31 décembre 1989).

14. V. Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 3^e éd., 1991, n°176, p. 144s. Reste néanmoins à savoir si la compétence du Conseil d'Etat est maintenue s'agissant du recours de plein contentieux de droit commun.

tionnel principalement intéressé”, en l’espèce l’ordre judiciaire. Appliquant ces directives, la loi du 6 juillet 1987 attribua à la cour d’appel de Paris le contentieux du conseil de la concurrence en prévoyant la procédure du sursis (Ord. 1er décembre 1986, art. 15).

Ce transfert de compétence ne resta pas isolé, le législateur opéra le même choix en matière boursière à propos du conseil du marché à terme¹⁵, du conseil des bourses de valeurs¹⁶ et de la COB¹⁷. Dans toutes ces hypothèses, une procédure de sursis à exécution fut organisée.

La dévolution d’une partie du contentieux des autorités administratives indépendantes au juge judiciaire est riche d’enseignements. D’abord, elle rend aléatoire l’édification d’un régime juridique commun à ces différentes autorités : la construction théorique de la catégorie des “autorités administratives indépendantes” n’en est que plus indispensable. Elle démontre ensuite que la répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels qui, malgré sa complexité, paraissait stabilisée est au contraire l’objet de mouvements de grande ampleur qui attestent d’un déplacement des frontières public/privé¹⁸. Enfin, elle réduit l’importance de l’un des piliers du droit administratif : l’exercice de prérogatives de puissance publique. En effet, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987 en a certes fait le critère du domaine “réservé” au juge administratif¹⁹, mais la compétence de ce dernier n’y est pas pour autant exclusive puisque dans l’intérêt d’une bonne administration de la justice, le législateur peut apporter les dérogations nécessaires. La démarche du Conseil constitutionnel se caractérise par son pragmatisme, aussi est-ce au regard de ses effets que doit être apprécié le transfert de compétence aux juridictions judiciaires.

De ce point de vue, on remarquera en premier lieu que l’attribution de compétence à la cour d’appel de Paris plutôt qu’au Conseil d’Etat présente l’avantage de faire bénéficier le justiciable non pas réellement d’un double degré de juridiction puisque la Cour de cassation n’est juge que du droit, mais d’un double contrôle : l’expérience prouve la réalité du contrôle opéré par la Haute juridiction²⁰. En second lieu, la jurisprudence a confirmé l’opportunité de l’unification des contentieux sous l’autorité de la Cour de cassation. La question de la restitution des cuves par les pompistes au terme des contrats de distribution fournit une illustration éclairante de litiges parallèles dont les solutions sont harmonisées par la Cour de cassation. Pendant longtemps, le

15. L. 28 mars 1885, art. 6 (réd. L. 31 déc. 1987) ; *D.* n°88-603, 7 mai 1988.

16. L. 22 janvier 1988, art.5 ; *D.* n°88-603, 7 mai 1988.

17. Ord. 28 sept. 1967, art.12 (réd. L. 2 août 1989) ; *D.* n°90-263, 23 mars 1990.

18. Dont bien des illustrations pourraient être fournies. Cf. Auby (J.-B.), “Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites”, *Mélanges J.M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 3. ; Cadet (L.), “Les marchés publics devant le juge civil”, *RFDA* 1993.184 ; Mestre (M.), “Vers un élargissement des frontières du contrat de droit privé”, obs. in *Rev. trim. dr. civ.* 1993.113.

19. V. Favoreu (L.), *RDP* 1989.482s.

20. Par exemple, Cass. Com. 10 mars 1992, *D.*1992.355, note C. Gavaldà, v. *infra* II.

juge commercial s'abritant derrière la force obligatoire du contrat refusa d'annuler les clauses prévoyant la restitution en nature des cuves malgré le caractère onéreux de l'opération et l'absence d'intérêt sérieux d'une telle restitution pour la compagnie pétrolière. Le conseil de la concurrence condamna au contraire cette pratique comme portant atteinte à la concurrence : en raison du coût de la restitution, le pompiste était incité à ne pas changer de fournisseur²¹. La cour d'appel de Paris, saisie d'un recours intenté contre la décision du conseil, confirma partiellement l'analyse de ce dernier²². La Cour de cassation, à l'occasion d'une action en nullité intentée devant le juge de droit commun, opéra un revirement de jurisprudence et censura la cour d'appel qui avait refusé d'annuler la clause litigieuse²³. La Cour suprême, adoptant une attitude de principe hostile aux clauses de restitution des cuves, approuve ainsi indirectement la solution du conseil de la concurrence et unifie la jurisprudence.

Il convient cependant d'observer que l'unification des contentieux ne se réalise qu'au niveau de la Cour de cassation, et ce d'autant plus que la cour d'appel de Paris dispose d'une compétence d'attribution et constitue en quelque sorte une juridiction d'exception qui ne peut statuer que dans les limites de la compétence de l'autorité dont elle contrôle les décisions²⁴. La constitution de blocs de compétence ne joue qu'entre les ordres de juridiction, son rôle est limité à l'intérieur d'un même ordre où prédomine au contraire la pluralité de juridictions compétentes. En matière boursière, il s'agit même d'un véritable enchevêtrement²⁵. La simplification recherchée n'est que très partiellement réalisée.

Le législateur en n'allant pas jusqu'au bout de sa logique confirme l'impression d'inachevé. Ainsi, le contentieux de la commission de contrôle des assurances qui concerne également le secteur des activités économiques et financières relève du Conseil d'Etat. De même, en ce qui concerne la COB, le transfert de compétence n'est que partiel : sont réservés au juge administratif le contrôle du pouvoir réglementaire²⁶ et celui des décisions relatives à l'agrément des OPCVM sans qu'il soit possible de préciser les raisons de cette dernière option. La plasticité de la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 n'a pas obligé le législateur à opérer des choix clairs et cohérents. Au tracé tourmenté des frontières, s'ajoute l'incertitude résultant des silences du législateur.

21. Déc. 29 sept. 1987, n°87-D-34, *D.*1988, somm. com. 295, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac ; Déc. 23 oct. 1990, n° 90-D-39.

22. Paris 5 mai 1988, *BOCC* 1988.129, *D.*1988, IR 164.

23. Cass. Com. 18 février 1992, 26 mai 1992, *D.* 1993.57, note Ch. Hannoun, *JCP* 1992, éd.E, II, 344, note M. Behar-Touchais.

24. P. Delvolvé, "La nature des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières", *Bull. Joly* 1990, p. 499s., spéc. n° 20s.

25. Guyon (Y.), "L'imbrication des contentieux en cas d'OPA inamicale (L'affaire Quadral)", note sous Paris 20 nov. 1991, *D.* 1992.193.

26. Le législateur n'a pas conféré au juge judiciaire compétence pour juger des exceptions d'illégalité ; cette attribution n'a été dévolue au Président du Tribunal de grande instance de Paris que dans le cadre de l'article 12-2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967.

B) Une répartition incertaine.

Au prix d'une complexité accrue, le transfert aux juridictions judiciaires du contentieux des autorités compétentes en matière de concurrence et dans le secteur boursier a permis une unification relative au sein de l'ordre judiciaire, a évité la multiplication des questions préjudicielles et le développement de jurisprudences divergentes. Cependant, très rapidement, la question des limites de la compétence de la cour d'appel de Paris s'est posée. Le tribunal des conflits y a répondu : une première fois dans un sens favorable à la compétence administrative ; puis, en faveur des juridictions judiciaires. Il n'est pas sans intérêt d'explicitier ce paradoxe apparent.

1) L'affaire Ville de Pamiers a retenu l'attention de la doctrine. Outre le problème de la soumission des personnes publiques au droit de la concurrence (Ord. 1er décembre 1986, art.53), était en jeu la portée de l'article 15 de ladite ordonnance attribuant compétence à la cour d'appel de Paris pour juger des recours en annulation et en réformation intentés contre les décisions du conseil de la concurrence.

Le conseil municipal de la ville de Pamiers avait décidé de changer le mode de gestion du service public d'alimentation en eau ; après avoir résilié le contrat de gérance en cours, la ville conclut un contrat d'affermage avec une autre entreprise. Invoquant des pratiques anticoncurrentielles, la société évincée saisit le conseil de la concurrence afin d'obtenir des mesures conservatoires. Ce dernier déclare la demande irrecevable au motif qu'il s'agit de l'organisation des services publics et non d'une activité de production au sens de l'article 53²⁷. La cour d'appel, saisie d'un recours en réformation, s'estime compétente et donne satisfaction à la société en prononçant des mesures conservatoires²⁸. Le Tribunal des conflits, dans un arrêt du 6 juin 1989²⁹, considère que la décision ayant pour objet l'organisation d'un service public ne constitue pas une activité de production et n'a pas, par elle-même, d'effet sur le jeu de la concurrence ; que la contestation de cette décision, prise par une collectivité territoriale dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, ressortit aux juridictions de l'ordre administratif.

L'arrêt du Tribunal des conflits n'exclut pas la compétence de la Cour d'appel de Paris comme le prouve d'ailleurs l'arrêt du 7 février 1991³⁰, il la

27. Déc. 17 mai 1988, *BOCC* 28 mai 1988.145.

28. Paris 30 juin 1988, *RFDA* 1989. 80, note R. Chapus ; *AJDA*. 1988. 754, note M. Bazex ; *Gaz. Pal.* 2-4 oct. 1988, notes L. Richer et J.P. Marchi, *ibid.* 7-8 déc. 1988, note V. Sélinsky. *Adde* Llorens (F.) et Soler-Couteaux (P.), "La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence", *D.* 1989, chr.67.

29. Trib. confl. 6 juin 1989, *AJDA* 1989.431, chr. E. Honorat et E. Baptiste, p. 467, note M. Bazex ; *RDP* 1989. 1780, note Y. Gaudemet ; *RFDA* 1989. 457, concl. B. Stirn ; *D.* 1990, somm. com. 101, obs. C. Cavalda et C. Lucas de Leyssac ; *ibid.* J. 418, note J.J. Israël ; *JCP* 1990, II, 21395, note Ph. Terneyre

30. Paris 7 février 1991, *BOCC* 12 février 1991. 48 ; *Contrats, Concurrence, Consommation*, Avril 1991, p. 10, obs. L. Vogel.

concilie avec celle des juridictions administratives appelées à connaître des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ; dans ce cadre, ces juridictions - et non le conseil de la concurrence - peuvent être amenées à juger de la validité des décisions au regard de l'ordonnance de 1986³¹. Cette solution n'aboutit certes pas à une simplification de la répartition des compétences, elle se justifie toutefois au regard de la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987. Le problème se pose différemment en ce qui concerne les recours en responsabilité qui se situent dans ce que la doctrine dénomme le secteur "ouvert", non réservé constitutionnellement à la compétence de principe du juge administratif.

2) La détermination du juge compétent pour connaître des recours en indemnisation n'a fait l'objet d'aucune disposition spécifique lors du transfert de compétence. De nouveau, le Tribunal des conflits a dû intervenir à propos cette fois d'une action en responsabilité fondée sur l'illégalité d'une décision de la COB.

La loi du 2 août 1989 (Ord. 28 sept. 1967, art.12) a confié l'examen "*des recours contre les décisions*" de la COB au juge judiciaire, à l'exception de deux catégories d'entre elles (v. *supra*). Deux interprétations sont concevables. La première, se référant à la théorie des blocs de compétence admise par le Conseil constitutionnel, accorde compétence au juge judiciaire pour connaître de toute contestation relative aux décisions de la COB, y compris les demandes d'indemnité fondées sur l'illégalité dont seraient entachées ces décisions. Tel est le motif sur lequel se fonde le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Compagnie diamantaire d'Anvers* du 6 juillet 1990³². Selon la seconde interprétation, la loi du 2 août 1989 opère dérogation au principe général de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction et doit en conséquence être interprétée strictement : le législateur n'ayant pas attribué compétence au juge judiciaire pour connaître des recours en indemnisation, ce dernier doit se déclarer incompétent. Telles sont l'argumentation et la solution retenues par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 29 mai 1991³³. Appelé à trancher ce conflit négatif de compétence, le Tribunal des conflits a dans sa décision du 22 juin 1992 opté pour la compétence judiciaire en reprenant textuellement le motif adopté par le Conseil d'Etat³⁴. Cette solution a le mérite de la simplicité : compétente pour juger de l'illégalité d'une décision de la COB, la cour d'appel de Paris l'est également pour connaître des conséquences de cette illégalité, c'est-à-dire les demandes de dommages-intérêts.

Une double interrogation demeure. En premier lieu, la solution vaut-elle

31. Israël (J.-J.), "Contentieux administratif et contentieux de la concurrence", *Mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 315.

32. *AJDA* 1990. 907, note L. Richer ; *RFDA* 1991. 293, note F. Llorens ; *CJEG* 1990. 380, concl. de la Verpillière ; *Bull. Joly* 1990. 105, note L. Faugérolas.

33. *Bull. Joly* 1991. 734, note L. Faugérolas ; *Rev. dr. bancaire et bourse* 1992. 75, obs. M.A. Frison-Roche.

34. *Rev. soc.* 1992. 774, note Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1992.961, note A. Couret ; *JCP* 1993, II, 22035, concl. F. Flipo, note M.A. Frison-Roche.

pour les autres autorités concernées par le transfert de compétence, en particulier pour le conseil de la concurrence ? *A priori*, on est tenté de répondre de façon positive, les raisons pratiques (éviter le jeu des questions préjudicielles et l'élaboration de jurisprudences divergentes) valant également dans cette hypothèse. Cependant, l'article 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 est plus précis que l'ordonnance du 28 septembre 1967 (art.12) : il vise les seuls recours en annulation et en réformation. On peut se demander s'il n'exclut pas ainsi les recours en indemnisation, d'autant plus que le texte applique la directive constitutionnelle n'admettant que des aménagements précis et limités. La solution inverse présenterait toutefois l'avantage de permettre l'harmonisation des solutions retenues dans ce domaine.

En second lieu, la compétence judiciaire s'étend-elle aux actions en responsabilité non fondées sur l'illégalité d'une décision ? La question déjà envisagée par l'arrêt du 29 mai 1991 fait l'objet d'une réponse positive dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 janvier 1993³⁵. Cette juridiction examine la responsabilité éventuelle de l'Etat "*en raison du fonctionnement ou des activités*" de la COB, adoptant ainsi une conception large de la théorie des blocs de compétence mise en oeuvre par le Conseil constitutionnel et le Tribunal des conflits.

Ces interrogations témoignent des incertitudes qui subsistent ; elles illustrent également la dynamique de la théorie des blocs de compétence qui, lorsque ne sont pas en cause des actes de puissance publique, joue en faveur du juge judiciaire et entraîne un effritement de la compétence administrative. Ce phénomène ne signifie pas nécessairement un recul du droit administratif : il n'en serait ainsi que si un lien était établi entre la compétence et le fond (arrêt Blanco). Au contraire, la pérennité de la jurisprudence Giry³⁶ selon laquelle le juge judiciaire, saisi de litiges administratifs en raison de simples considérations de procédure, doit appliquer le droit administratif, aboutirait à une extension du domaine du droit administratif. L'arrêt précité de la cour d'appel de Paris du 15 janvier 1993 qui, comme les juridictions administratives³⁷, considère que la responsabilité de l'Etat du fait de l'activité de la COB ne peut être retenue qu'en cas de faute lourde va dans ce sens. Cependant, la compétence judiciaire n'entraîne-t-elle pas un gauchissement des règles du droit public pour des raisons tant de fond que de techniques procédurales ? L'examen de l'étendue et de l'intensité du contrôle exercé sur les autorités

35. *JCP* 1993, éd.E, II, 414, note M. Dobkine ; *D.* 1993.273, note C. Ducouloux-Favard ; *Rev. dr. bancaire et bourse* 1993. 93, obs. M. Germain et M.A. Frison-Roche ; *Bull. Joly Bourse et Produits financiers* 1993. 148.

36. Cass. Civ. 23 novembre 1956, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9è éd., p. 554. Adde, Weil (P.), "A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou : les surprises de la jurisprudence Giry", *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975, p.377.

37. Trib. adm. Paris 21 mars 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 1, somm. 157. - Trib. adm. Paris 5 avril 1979, préc. et en appel CE 22 juin 1984, *Rev. soc.* 1985. 634, note J.J. Daigre. - Trib. adm. Paris 5 mars 1990, *JCP* 1990, éd.E, II, 15838, n° 14, obs. A. Viandier et J.J. Caussain ; *Bull. Joly* 1990. 958.

administratives indépendantes par les juridictions administratives et judiciaires devrait apporter des éléments de réponse.

II - L'APPROFONDISSEMENT DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

Moins d'une dizaine d'années furent nécessaires pour mettre en place un véritable contrôle des autorités administratives indépendantes. L'octroi de pouvoirs coercitifs et les pressions conjuguées du Conseil constitutionnel et de la Convention européenne des droits de l'homme expliquent la tendance à un approfondissement des contrôles, à une juridictionnalisation de l'activité de ces autorités. La part du contrôle "restreint" est de plus en plus limitée alors que la fonction de régulation de ces institutions - plus riche et plus complexe qu'un simple rôle de contrôle -, la technicité des questions traitées et le pouvoir discrétionnaire dont elles disposent laissent penser qu'il serait prédominant. Manifestation d'un Etat de droit expansionniste, souci d'intégrer ces organismes dans le système administratif, quelles qu'en soient les raisons, l'accentuation des contrôles s'est opérée à travers leur diversification. Encore convient-il de vérifier que ceux-ci ne sont pas essentiellement nominaux. Le juge doit en effet concilier deux nécessités antagoniques : garantir d'une part l'indépendance technique de ces organismes chargés de réguler des secteurs sensibles et assurer d'autre part leur soumission au droit. La portée des contrôles ne peut en être que relativisée.

A) Des contrôles diversifiés

La répartition du contentieux des autorités administratives indépendantes entre le juge administratif et le juge judiciaire engendre incontestablement une diversité des contrôles exercés et sans doute une concurrence larvée entre les deux ordres juridictionnels. Cependant, si l'on s'intéresse à l'étendue du contrôle juridictionnel, la ligne de partage se situe plutôt entre le contrôle exercé sur les sanctions et injonctions et celui exercé sur les autres décisions, les exigences du Conseil constitutionnel et de la Convention européenne des droits de l'homme étant plus importantes pour la première catégorie que pour la seconde.

1) L'importance des sanctions, notamment pécuniaires, qui peuvent être et sont infligées par certaines autorités administratives indépendantes - essentiellement le CSA³⁸, le Conseil de la concurrence³⁹ et

38. Le conseil supérieur de l'audiovisuel peut infliger des sanctions pécuniaires dont le maximum ne peut excéder 3% du chiffre d'affaires (5% en cas de récidive) (L. 30 déc. 1986, art. 42-2). En 1989, il a prononcé à l'encontre de la société La Cinq une sanction de quatre millions de francs.

39. Le montant maximum de la sanction prononcée par le conseil de la concurrence à l'encontre d'une entreprise est de 5% du montant du chiffre d'affaires. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de dix millions de francs (Ord. 1er déc. 1986, art. 13). Le conseil de la concurrence a ainsi infligé une amende de trente millions de francs à un pro

la COB⁴⁰ - impose un contrôle juridictionnel serré. L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés, tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg, exige que les sanctions prononcées puissent faire l'objet d'un contrôle entier dans la mesure où elles font partie de la "matière pénale"⁴¹. C'est sur le fondement de ce texte que l'assemblée générale du Conseil d'Etat a estimé en 1976 qu'un recours de pleine juridiction devait être ouvert en matière de répression administrative des ententes et des positions dominantes⁴². Le Conseil constitutionnel a également, après des hésitations, admis le principe des sanctions administratives sous réserve que le législateur assortisse "l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis"⁴³. Parmi ces garanties figure l'existence d'un recours juridictionnel permettant un contrôle entier⁴⁴.

Ces exigences expliquent que le législateur ait organisé un recours de pleine juridiction à l'encontre des sanctions prononcées par le CSA ou la commission de contrôle des assurances. C'était également la solution retenue en matière de concurrence avant que le contentieux ne soit transféré au juge judiciaire. Le choix du recours de plein contentieux a été retenu afin de garantir un plein contrôle des décisions de sanction⁴⁵, en particulier d'assurer un contrôle de proportionnalité rigoureux, de vérifier l'adéquation de la sanction à l'infraction commise. Certes, théoriquement l'étendue du contrôle ne dépend pas de la nature du recours et comme le montre l'arrêt Le Cun⁴⁶, un contrôle entier de proportionnalité peut être opéré à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir. Il n'en reste pas moins que la latitude dont dispose le juge administratif dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir est plus large que celle qui lui est laissée dans le cadre d'un recours de plein contentieux. Il est de ce point de vue intéressant de confronter la jurisprudence qui s'est développée à propos du pouvoir de sanction du CSA d'une part et de la CNCL d'autre part, la nature du recours n'étant dans ce dernier cas pas précisée par le législateur. Alors que le Conseil d'Etat procède à l'égard des sanctions prononcées

(suite note 39) ducteur d'équipement électrique, de vingt millions de francs à la société France-Loisirs. Sur cette affaire, v. *infra*.

40. La COB peut prononcer une sanction pécuniaire qui ne peut excéder dix millions de francs ou le décuple des profits réalisés (Ord. 28 sept. 1967, art. 9-2). La commission a, en vertu de ce texte, prononcé une amende de dix millions de francs à l'encontre d'une personne physique (*Bull. mens. COB*, décembre 1992, suppl. p. 3).

41. On sait depuis l'arrêt Oztürk (21 février 1984) que les sanctions répressives prononcées par l'administration font partie de la "matière pénale". Cf. Abraham (R.), "Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français", *RFDA* 1990. 1061.- Helali (M.-S.-E.), "La convention européenne des droits de l'homme et les droits français et communautaire de la concurrence", *Rev. trim. dr. eur.* 1991. 335 s.

42. Avis n° 317-341 du 6 mai 1976, cité par B. Genevois, *RFDA* 1989-227.

43. V. not. déc. 17 janvier 1989 préc. à propos du pouvoir de sanction du CSA.

44. Sur l'interprétation de la décision, v. B. Genevois préc.

45. *Ibid.*

46. Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 1991, p. 145.

par le CSA à un contrôle entier de proportionnalité⁴⁷, le contrôle exercé sur les sanctions infligées par la CNCL n'est que restreint⁴⁸, les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel n'étant alors que partiellement respectées.

De manière plus générale, les directives européennes et constitutionnelles devraient, en cas de silence du législateur, conduire les juridictions à exercer un contrôle étendu sur les décisions de sanction des autorités administratives indépendantes. Tel devrait être le cas en ce qui concerne le pouvoir de sanction de la COB⁴⁹.

La question d'un plein contrôle de proportionnalité débouche en outre sur celle de l'étendue de l'office du juge. Si ce dernier constate que la sanction prononcée n'est pas proportionnée à la faute commise, peut-il non seulement annuler, mais également réformer la décision, c'est-à-dire se substituer à l'organe de régulation ? Dès lors que les textes prévoient un recours de plein contentieux ou un recours en réformation (CSA, conseil de la concurrence, commission de contrôle des assurances), la réponse est sans aucun doute positive : la cour d'appel de Paris utilise effectivement ce pouvoir de réformation dans le domaine de la concurrence⁵⁰. Le silence du législateur à propos de la COB n'interdit pas d'adopter la même solution⁵¹. La fonction plus juridictionnelle qu'administrative exercée dans le cadre du pouvoir de sanction justifie cette solution qui présente au surplus l'avantage d'harmoniser le traitement contentieux des décisions de sanction des autorités administratives indépendantes dans le sens d'une plus grande protection du justiciable. Encore faut-il qu'à l'occasion de ce pouvoir de réformation, le juge ne puisse aggraver la sanction prononcée. L'assimilation des sanctions administratives aux sanctions pénales, l'interdiction pour le juge de statuer *ultra petita* devraient permettre aux intéressés d'éviter ce risque. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs précisé à propos des sanctions prononcées par le CSA que "*le droit de recours étant réservé à la personne sanctionnée, son exercice ne peut, conformément aux principes généraux du droit, conduire à aggraver sa situation*" (Déc. 17 janv. 1989 préc.).

Le régime contentieux des injonctions est plus difficile à cerner. Exercice

47. CE 14 juin 1991, *RFDA* 1992. 1016, note J.L. Autin. Cet auteur considère que le Conseil d'Etat a opéré un contrôle restreint. CE 26 juillet 1991, *AJDA* 1991. 911, obs. J.P. Théron.

48. CE 11 déc. 1991, *D.* 1992. 359, note C. Debbasch. Dans cette décision, le Conseil d'Etat estime que le retrait d'autorisation "*ne présente pas un caractère manifestement excessif*" alors que dans l'arrêt précité du 14 juin 1991, l'adverbe "manifestement" n'est pas utilisé.

49. En ce sens, Delvolvé (P.), préc. ; Canivet (G.), "Le juge et l'autorité de marché", *Rev. jurisp. com.* 1992.185.

50. Le Conseil d'Etat, tenu par les conclusions des parties, n'a semble-t-il pas encore usé de ce pouvoir de réformation.

51. En ce sens, Delvolvé (P.), préc. ; Canivet (G.), préc. ; Couret (A.), "Les droits de la défense devant la COB", *Bull. Joly* 1998, § 379, p.1089.

d'un pouvoir de contrôle et manifestation d'un pouvoir de commandement⁵², les injonctions ne constituent pas des sanctions. Elles ne sont en conséquence pas nécessairement soumises au même régime juridique comme le montrent les textes et la jurisprudence à propos des mises en demeure prononcées par le CSA. L'article 42-1 de la loi du 30 décembre 1986 qui énumère les différentes sanctions que peut infliger le conseil supérieur de l'audiovisuel ne cite pas parmi ces dernières les mises en demeure : le prononcé des injonctions n'exige pas le respect de la procédure d'infliction des sanctions, le recours de pleine juridiction n'est pas expressément prévu à leur encontre. Néanmoins, ces actes constituent par eux-mêmes des décisions faisant grief et un recours pour excès de pouvoir est recevable⁵³.

Les pouvoirs du juge judiciaire sont plus complets. En effet, l'ordonnance du 1er décembre 1986 (art.15) comme celle du 28 septembre 1967 (art.12) n'établissent aucune distinction selon la nature de la décision. Ainsi, le pouvoir de réformation de la cour d'appel de Paris s'applique-t-il aux injonctions du conseil de la concurrence. Les injonctions de la COB seront vraisemblablement soumises au même contrôle. Sans doute, les exigences tant du Conseil constitutionnel que de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'imposent pas. Un rapprochement des régimes juridiques applicables peut toutefois se justifier en raison des pouvoirs coercitifs dont l'injonction constitue une modalité. Cette analyse ne peut être retenue à propos des autres décisions prises par les autorités administratives indépendantes.

2) La nécessité d'assurer l'indépendance des instances de régulation laisse augurer qu'un contrôle allégé est exercé sur les décisions autres que les décisions de sanctions et d'injonctions. Cette option est effectivement retenue par le Conseil d'Etat à propos des décisions "politiques" de l'organe de régulation de la communication audiovisuelle : choix des concessionnaires⁵⁴, nomination des présidents des sociétés de programmes⁵⁵. La Haute juridiction rappelle le large pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité en question et n'exerce qu'un contrôle minimum⁵⁶. En revanche, dans les autres hypothèses, le Conseil d'Etat procède à un contrôle normal qu'il s'agisse du pouvoir réglementaire de la CNIL⁵⁷, de la CNCL⁵⁸ ou des décisions individuelles de la com-

52. Decoopman (N.), "Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes", *JCP* 1987.I.3303.

53. V. implicitement mais nécessairement, CE 20 mars 1991, *RRJ* 1992. 539, note A. Boyer, CE 14 juin 1991, préc. Ces arrêts ne permettent pas de déterminer l'étendue du contrôle exercé : normal ou restreint.

54. CE Ass. 16 avril 1986 et 17 déc. 1986, *RFDA* 1987. 21, concl. M. Fornacciari.

55. CE 19 janvier 1990, Ass. "La télé est à nous", *RRJ* 1991. 889, note A. Boyer.

56. Sur le contrôle minimum, Debbasch (C.) et Ricci J.-C.), *Contentieux administratif*, 5^e éd., Dalloz, 1990, p.828. Le commissaire du gouvernement, M. Fornacciari préconisait dans ses conclusions préc. sur l'arrêt du 17 décembre 1986 l'exercice d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

57. CE Ass. 12 mars 1982, CGT, *RDP* 1982. 1697, note J.M. Auby ; *AJDA* 1982. 541, concl. Dondoux.

58. CE 16 nov. 1990, *AJDA* 1991. 214, concl. B. Stirn ; *RFDA* 1991. 635, note D. Truchet.

mission des sondages⁵⁹, de la CNCL⁶⁰ et du CSA⁶¹.

L'étendue du contrôle montre la volonté du juge administratif de soumettre au droit la fonction de régulation qui s'apparente sous certains aspects à une fonction de police et est, par elle-même, susceptible de porter atteinte aux libertés, ce qui n'est pas contradictoire avec le fait que la mission de ces instances est de garantir les libertés individuelles (protection de la vie privée, liberté de communication...). L'encadrement par le droit émane d'ailleurs autant du législateur et du juge constitutionnel que du juge administratif. Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes n'a été admis que dans des limites précises⁶². De même, en matière de communication audiovisuelle, le principe constitutionnel d'une expression pluraliste des opinions fonde les pouvoirs de l'instance de régulation et c'est à l'aune de ce principe que sont appréciées les décisions tant de la CNCL que du CSA⁶³. Cette limitation du pouvoir discrétionnaire élargit le cercle de la légalité et donc du contrôle juridictionnel.

Comme le juge administratif, le juge judiciaire opère à l'égard des décisions non coercitives un contrôle entier. Il en va ainsi des décisions de la COB bien que la jurisprudence ne fournisse que peu d'exemples : seule l'affaire Compagnie diamantaire d'Anvers a donné à la cour d'appel de Paris l'occasion de se prononcer⁶⁴. En l'absence d'autres décisions, c'est seulement par analogie que peut être étudiée la question de l'extension du contrôle du juge judiciaire. En effet, ce dernier est également compétent en ce qui concerne les décisions individuelles prises par le conseil des bourses de valeurs et le transfert de compétence s'est effectué à peu près dans les mêmes termes que pour la COB⁶⁵. Il est probable que des solutions similaires seront retenues, unifiant sur ce point le contentieux boursier.

Or, à propos des décisions prises par le conseil des bourses de valeurs en matière d'offres publiques, la cour d'appel de Paris précise qu'elle exerce un contrôle de légalité et d'opportunité⁶⁶. La formule atteste de l'étendue du

59. CE 22 déc. 1982, Fr. d'Orcival, *AJDA* 1983. 321, concl. Y. Robineau ; 11 déc. 1987, société IPSOS, *RFDA* 1988. 495, concl. E. Guillaume.

60. V. not. CE 19 janvier 1990, UNAPEL, *RRJ* 1991. 882, note A. Boyer ; 9 mai 1990, *RRJ* 1991. 453, note A. Boyer ; 13 février 1991, SARL Gilda, 13 février 1991, Association "Services Informations Sports", *AJDA* 1991. 399s., p. 357, obs. R. Schwartz et C. Maugüe. V. également Pauliat (H.), "Le contrôle du juge administratif sur les décisions des "autorités administratives indépendantes" compétentes en matière audiovisuelle", *RFDA* 1992. 256.

61. CE 29 janv. 1993, société NRJ, *RFDA* 1993. 400.62. V. à propos du CSA, Cons. const., déc. 17 janv. 1989 préc. ; Déc. 15 janv. 1992, *D.* 1992. 201, note C. Debbasch.

63. L'exemple le plus caractéristique est fourni par l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 janvier 1990, UNAPEL (préc.) à propos de la répartition des temps d'antenne entre les organisations représentatives.

64. 29 mai 1991, préc. Dans l'arrêt du 18 avril 1991 (*Les Petites Affiches*, 21 juin 1991, p. 27, note C. Ducouloux-Favard), l'irrecevabilité du recours intenté hors-délai n'a pas permis à la Cour d'appel de Paris de se prononcer.

65. V. *supra*.

66. V. Paris 13 juill. 1988, Holophane, *JCP* 1988, éd. E, II, 15337, note T. Forsbach ; *Bull. Joly* 1988, § 224, p. 682, obs. Y. Sexer ; *Gaz. Pal.* 1989, I, 15, note O. Douvreur et J.P.

contrôle. Elle peut paraître étonnante si l'on songe au refus du juge administratif de se livrer à un contrôle d'opportunité. Cependant, les positions de l'un et de l'autre ne sont pas aussi éloignées que les formules utilisées semblent l'indiquer. D'une part, lorsque le juge administratif fait porter son contrôle sur certains éléments relevant de l'opportunité, il intègre ceux-ci dans la légalité⁶⁷ : l'extension du contrôle de légalité absorbe ainsi le contrôle d'opportunité. D'autre part, le contrôle d'opportunité évoqué par le juge judiciaire respecte la sphère d'appréciation de l'autorité concernée. Ainsi, à propos du prix des actions proposé aux actionnaires minoritaires dans le cadre d'une offre publique de retrait, la cour d'appel de Paris définit le rôle du conseil des bourses de valeurs et apprécie la méthode et les critères utilisés par cet organisme, encadrant ainsi son pouvoir discrétionnaire⁶⁸ ; mais à l'intérieur du cadre fixé, le conseil dispose d'un entier pouvoir d'appréciation et peut choisir le prix minimal⁶⁹. Les démarches du juge administratif et du juge judiciaire sont en réalité parallèles. Elles pourraient diverger en ce qui concerne les conséquences du contrôle, c'est-à-dire la possibilité pour le juge de réformer les décisions contestées.

Le juge administratif, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, ne peut évidemment qu'annuler la décision, il ne peut la réformer. La question est plus débattue à propos du juge judiciaire. Certains auteurs, même s'ils nuancent leur propos, penchent en faveur de la reconnaissance d'un pouvoir de réformation⁷⁰, solution qui permettrait d'unifier le contrôle exercé à l'encontre de l'ensemble des décisions des autorités administratives indépendantes par le juge judiciaire. Or, on l'a vu, ce dernier dispose d'un pouvoir de réformation en ce qui concerne les sanctions et les injonctions, et les textes opérant transfert de compétence ne font aucune distinction selon la nature de la décision. Pourtant, l'octroi d'un pouvoir de substitution nous paraît ici excessif. Sans même évoquer l'interdiction pour le juge de se faire administrateur dans la mesure où le juge judiciaire est moins tenu que le juge administratif par les principes qui régissent le droit public, il apparaît que le besoin de protection des personnes est moins pressant en l'absence de pouvoirs coercitifs et surtout, la possibilité pour le juge de se substituer à un organe de régulation ruine le bien-fondé du recours à de telles instances. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'offre d'ailleurs pas d'exemples de l'exercice d'un tel pouvoir de substitution ; au contraire, la cour d'appel de Paris a refusé de se substituer au conseil des bourses de valeurs dont elle venait d'annuler une décision de

(suite note 66) Marchi ; *D.* 1989. 160, note P. Le Cannu . De façon encore plus nette, Paris 24 juin 1991, société Devanlay c. société Nouvelles Galeries, *Bull. Joly* 1991, § 289, p. 806, obs. A. Viandier, *Rev. jurisp. com.* 1991. 305, note C. Goyet.

67. Vedel (G.) et Delvolvé (P.), *Droit administratif*, t.1, PUF, 1992, p. 535.

68. Paris 7 nov. 1990, *Bull. Joly* 1991. 62, note P. Le Cannu ; et, de façon plus précise, Paris 18 avril 1991, *Bull. Joly* 1991. 610, note P. Le Cannu ; *JCP* 1991, éd.E, II, 167, note A. Viandier ; *Rev. sociétés* 1991. 765, note D. Carreau et J.Y. Martin.

69. Paris 8 juill. 1992, *Bull. Joly* 1992. 1210, note L. Faugérolas.

70. Delvolvé (P.), "La nature des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières", art. préc. ; Canivet (G.), "Le juge et l'autorité de marché", art. préc.

retrait de carte de remisier⁷¹. Il est néanmoins significatif que de telles questions soient posées à propos d'autorités dites indépendantes. Même en l'absence d'un pouvoir de substitution, le contrôle du juge reste approfondi : la soumission au droit des autorités administratives indépendantes paraît prioritaire. L'examen de la portée des contrôles permet cependant de montrer que l'indépendance de ces instances est sauvegardée.

B) Une portée relative.

L'efficacité du contrôle juridictionnel ne se mesure certainement pas au seul nombre d'annulations prononcées. Cet indice quantitatif constitue néanmoins un élément d'appréciation non négligeable et les auteurs ont souligné le taux important de confirmation qu'il s'agisse du contrôle exercé par le Conseil d'Etat ou la cour d'appel de Paris⁷². Cette attitude du juge dénote le souci de ne pas entraver systématiquement l'action des autorités. En outre, l'impact des décisions d'annulation dépend non seulement de leur nombre, mais également du motif sur lequel elles sont fondées : l'annulation pour vice de forme ou de procédure respecte mieux l'indépendance de l'instance de régulation que l'annulation résultant d'un contrôle au fond. Or, les décisions appartenant à cette seconde catégorie sont nettement moins nombreuses que celles relevant d'un contrôle de légalité externe.

1) Les cas de censure juridictionnelle fondés sur l'illégalité externe concernent plus les vices de forme ou de procédure que l'incompétence. Cette dernière a cependant motivé l'annulation d'une "note de terminologie" par laquelle la CNCL définissait diverses notions comme celles d'oeuvre audiovisuelle, de fiction cinématographique ... Constatant que ces dispositions présentaient un caractère réglementaire alors que le pouvoir réglementaire appartenait en ce domaine au gouvernement, le Conseil d'Etat les annula⁷³. La portée de cette annulation était d'ailleurs réduite : lorsqu'elle intervint les "décrets Tasca" avaient en substance repris ces définitions. Le contrôle de la compétence de l'instance de régulation peut en sens inverse imposer à l'autorité concernée de faire un plein usage de ses prérogatives. L'arrêt du Conseil d'Etat du 12 mars 1982⁷⁴ rendu à propos des "normes simplifiées" de la CNIL est significatif de ce point de vue ; la Haute juridiction estime d'abord qu'il s'agit là de l'exercice du pouvoir réglementaire prévu par l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 sur l'étendue duquel on pouvait s'interroger ; ensuite, elle annule les normes émises en raison du caractère simplement indicatif - et donc insuffisamment protecteur - de certaines dispositions.

71. Paris 12 juill. 1989, *Bull. Joly* 1989, § 298, p. 829.

72. Autin (J.-L.), "Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ?", *RDP* 1991. 1533 ; Vogel (L.), "Les tendances actuelles du droit de la concurrence en France", *JCP* 1990. I. 3470, n°3.

73. CE 16 nov. 1990, préc.

74. Préc.

Un autre grief est souvent invoqué par les justiciables à propos des autorités administratives indépendantes, celui relatif à la composition de l'instance. La fréquence de ce grief résulte de l'originalité de la composition des organes de régulation qui bien souvent comptent des magistrats, des professionnels et des personnalités choisies *intuitu personae* ; elle montre aussi la suspicion que peut engendrer la présence de professionnels au sein d'une instance chargée de réguler leur secteur d'activité. Le juge, judiciaire et administratif, fonde rarement une annulation sur ce motif⁷⁵. Il estime que s'agissant de décisions administratives et non juridictionnelles, il n'est pas nécessaire qu'elles mentionnent la composition du collège⁷⁶. De plus, l'absence d'incompatibilités légales explique le rejet de recours mettant en cause l'impartialité de certaines instances⁷⁷.

La vigilance du juge est au contraire requise quant à l'application du principe du contradictoire lors du prononcé des sanctions. La garantie des droits de la défense - principe constitutionnel - l'exige et les textes attribuant un pouvoir de sanction l'organisent. L'appréciation de la jurisprudence est sur ce point nuancée. La première décision de sanction de la COB soumise au juge a été annulée par la cour d'appel de Paris en raison du non-respect du principe du contradictoire et de la présomption d'innocence⁷⁸. De même, en matière de concurrence, le juge judiciaire s'est attaché à faire respecter la règle selon laquelle "*l'instruction et la procédure devant le conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires*" (Ord. 1er décembre 1986, art.18). Ainsi, le principe du contradictoire joue-t-il à l'égard du plaignant dès le dépôt de la requête⁷⁹. Cette jurisprudence s'est développée et la Cour a affirmé que le principe devait s'appliquer à propos de la vérification par le conseil du respect des injonctions qu'il avait prononcées dans une décision antérieure⁸⁰, bien que les textes ne l'imposent pas dans le cadre de cette procédure. Dans d'autres cas cependant, la mise en oeuvre du principe est moins bien assurée. Tel est le cas de l'enquête préalable à l'égard des personnes suspectées d'avoir enfreint les règles de la concurrence où l'impératif d'efficacité du contrôle paraît primer la garantie des droits de la défense⁸¹. Le rôle du commissaire du gouvernement ou la présence du rapporteur au délibéré restent également discutés au regard du principe de la contradiction⁸².

75. V. à propos de la CNCL, les références citées par Pauliat (H.), art. préc.

76. V. par exemple CE 9 nov. 1990, *D.* 1992, somm. com. 19, obs. M. Vasseur ; Paris 10 mars 1992, *Rev. sociétés* 1992. 346, obs. M. Vasseur ; *Bull. Joly* 1992. 425, note A. Viandier.

77. Paris 10 mars 1992, préc. V. également dans le cadre d'une action en responsabilité, Paris 15 janv. 1993, préc.

78. Paris 15 janv. 1993, préc.

79. Paris 10 mars 1988, *BOCC* 19 mars 1988, p. 75 ; 30 juin 1988, *BOCC* 9 juillet 1988, p. 188.

80. Paris 16 nov. 1989, aff. GIE Cartes bancaires, *BOCC* 18 nov. 1989, p. 283.

81. Vogel (L.), "Les tendances actuelles du droit de la concurrence en France", art. préc., n° 36. Boutard-Labarde (M.-C.) et Gaudemet (Y.), "Le contentieux des sanctions pécuniaires du conseil de la concurrence", *Les Petites Affiches*, 25 avril 1990, p. 7, n° 22 s.

82. Boutard-Labarde (M.-C.) et Gaudemet (Y.), art. préc.

A d'autres égards, on peut se demander si une extension jurisprudentielle du principe du contradictoire n'est pas en cours en ce qui concerne des décisions autres que de sanctions. Certes, le juge judiciaire affirme, à propos du conseil des bourses de valeurs que, n'étant pas une juridiction, cette instance de régulation n'est pas tenue dans ces hypothèses de respecter le principe de la contradiction, mais il vérifie ensuite les méthodes d'instruction⁸³. Les formules utilisées par la cour d'appel de Paris laissent percevoir une évolution⁸⁴ que confirment les décisions rendues à propos du défaut ou de l'insuffisance de motivation.

Une motivation suffisante des décisions de sanctions et d'injonctions est imposée tant par les textes spécifiques que par la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs : ces décisions constituent incontestablement "des décisions administratives défavorables". En matière de concurrence, la cour d'appel de Paris a rapidement consacré cette obligation de motivation, mais ne s'est pas montrée très exigeante. Elle admet dans un arrêt du 28 janvier 1988⁸⁵ une motivation générale, non différenciée selon les entreprises en cause et considère en outre que le montant de la sanction pécuniaire n'a pas à être motivé. Sur ce dernier point, la jurisprudence s'est infléchie et certains arrêts soulignent pour justifier l'importance de la sanction, la gravité, la durée et les conséquences économiques des pratiques reprochées⁸⁶. Cette amorce de motivation du montant de la sanction a été considérée comme insuffisante par la Cour de cassation dans l'affaire France-Loisirs⁸⁷ ; elle ne permet en effet ni un réel contrôle de proportionnalité, ni une individualisation des sanctions⁸⁸.

Le souci d'individualiser la motivation explique également l'annulation par le Conseil d'Etat d'une série de décisions par lesquelles la CNCL avait rejeté des demandes relatives à l'usage d'une fréquence de radiodiffusion sonore : la motivation par lettre-type adressée dans les mêmes termes à d'autres demandeurs méconnaît l'obligation de motiver les refus d'autorisation⁸⁹.

83. V. Paris 13 juill. 1988, *Holophane*, préc. ; 10 mars 1992, préc. Le principe du contradictoire paraît beaucoup plus rarement évoqué devant le juge administratif ; v. cependant CE 14 juin 1991 préc. ; 11 déc. 1991, *D.* 1992, IR 158.

84. Cpr. Paris 13 juill. 1988, préc. : "il n'est pas établi que l'instruction a été menée d'une façon clandestine et frauduleuse" et Paris 10 mars 1992, préc. : "la procédure suivie par le conseil n'a manqué ni à la loyauté, ni aux garanties de la défense". V. en faveur d'une extension du principe du contradictoire aux décisions non coercitives, Viandier (A.), "La compétence du juge judiciaire en matière de recours contre certaines décisions du CBV", *Bull. Joly* 1991. 773 ; Couret (A.), "Marchés financiers et garanties des libertés (Libres propos autour de l'application de la loi du 2 août 1989)", *D.* 1992. chr. 160.

85. *BOCC* 4 févr. 1988, p. 38.

86. Paris 9 nov. 1989, *BOCC* 18 nov. 1989, p. 275 ; V. de façon un peu plus précise, Paris 21 mai 1990, aff. France-Loisirs, *D.* 1990. 523, note C. Gavalda.

87. Cass. Com. 10 mars 1992, *D.* 1992. 355, note C. Gavalda.

88. Cass. Com. 8 déc. 1992, Ets. Phibor, *BOCC* 18 déc. 1992, p. 379.

89. CE 18 mai 1990, Association arménienne d'aide sociale, *AJDA* 1990. 722, concl. B. Stirn.

La motivation des décisions d'autorisation n'est en revanche pas obligatoire, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat⁹⁰. Sur ce point, le juge judiciaire adopte une conception plus large de l'obligation de motivation dans la mesure où il étend celle-ci aux décisions "*consacrant ou refusant l'exercice d'un droit ou d'une prérogative*"⁹¹ ; le juge judiciaire participerait ainsi à l'extension de la procédure administrative non contentieuse. De façon plus pragmatique, seule une motivation suffisante peut permettre un réel contrôle au fond.

2) Les censures juridictionnelles pour illégalité interne sont rares. Pour le juge judiciaire, le contrôle au fond est surtout l'occasion de participer à l'élaboration et l'approfondissement des règles substantielles du droit de la concurrence et du droit boursier, juridicisant ainsi des règles dont l'aspect technique paraît parfois prédominant. L'aspect sanctionnateur du contrôle n'est alors que secondaire. Il n'est pas pour autant inexistant. Le grief implicite de violation de la loi a ainsi permis d'annuler une décision de la COB ayant, alors qu'elle ne disposait pas à l'époque de ces prérogatives, retiré un numéro d'enregistrement à un document d'information de placements en biens divers⁹². De même, le Conseil d'Etat a annulé une décision de la CNCL ayant refusé un temps d'antenne à une organisation représentative à l'échelle nationale⁹³.

Le contrôle au fond des décisions de sanction est déterminant. Le contrôle de la matérialité des faits ne pose pas de problèmes particuliers⁹⁴, celui de la proportionnalité est en revanche plus délicat dans la mesure où il intègre nécessairement une part de subjectivité. Les formules négatives utilisées par le Conseil d'Etat à l'issue d'un contrôle entier sont significatives⁹⁵. Les formules positives employées par la cour d'appel de Paris - notamment dans l'affaire France-Loisirs⁹⁶ - semblent indiquer un contrôle plus étroit de l'adéquation de la sanction à la faute et au dommage occasionné. Cependant, c'est en raison du caractère général de la motivation et d'une appréciation insuffisante de la proportionnalité que la Cour de cassation a cassé certains arrêts de la cour d'appel de Paris⁹⁷, renforçant ainsi ses exigences en la matière : le caractère

90. CE 9 mai 1990, *RRJ* 1991. 453, note A. Boyer.

91. C'est nous qui soulignons. V. not. Paris 13 juill. 1988, préc. ; 24 juin 1991, préc. La cour d'appel de Paris adopte une démarche didactique dans la mise en oeuvre de cette obligation et n'a pas pour le moment sanctionné un défaut ou une insuffisance de motivation.

92. Paris 29 mai 1991 préc.

93. CE 19 janvier 1990, UNAPEL préc.

94. V. CE 13 février 1991, société "Ile de France Média", *AJDA* 1991. 398, obs. R. Schwartz et C. Maugüe, p. 353, ayant annulé sur ce grief une décision de retrait d'autorisation par la CNCL.

95. Cf. CE 14 juin 1991 préc. : "*la sanction infligée ne présente pas un caractère excessif*" ; 26 juill. 1991 préc. : "*le CSA n'a pas fait une appréciation erronée des circonstances de l'affaire en infligeant... une sanction pécuniaire d'un montant de 4 millions de francs*".

96. 21 mai 1990 préc. : "*le conseil de la concurrence a fait une juste application des critères susvisés en fixant à la somme de 20 millions de francs le montant de la sanction pécuniaire*".

97. Cass. Com. 10 mars 1992, préc. ; 8 déc. 1992 préc.

constitutionnel du principe de proportionnalité⁹⁸ et la lourdeur des sanctions infligées le justifient. Le législateur vient de conforter cette tendance en précisant les critères à prendre en compte lors du prononcé d'une sanction par le conseil de la concurrence⁹⁹, le juge judiciaire doit alors en contrôler l'application. Les dernières décisions rendues par la cour d'appel de Paris mettent effectivement en oeuvre un contrôle plus approfondi et plus concret de la proportionnalité¹⁰⁰. Cependant, la suppression par la cour de renvoi de la sanction pécuniaire de vingt millions de francs qui avait été infligée à la société France-Loisirs laisse perplexe dans la mesure où le grief retenu n'est pas substantiellement différent¹⁰¹.

C'est, au total, une appréciation nuancée que suggère ce bilan du contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes. Au-delà de la complexification et des incertitudes résultant du transfert d'une partie du contentieux de ces autorités au juge judiciaire, il apparaît que la tendance de fond s'oriente vers un approfondissement des contrôles opérés tant par le juge administratif que par le juge judiciaire. Une sorte de droit commun administratif s'élabore sous la houlette unificatrice du Conseil constitutionnel et de la Convention européenne des droits de l'homme. La soumission des autorités administratives indépendantes aux contraintes de l'Etat de droit leur fait-elle pour autant perdre leur originalité et leur indépendance ? Le fait que le juge n'ait pas adopté une attitude de principe hostile conduit à une réponse contrastée : le contrôle juridictionnel selon les techniques éprouvées du droit administratif n'aboutit pas à la perte de spécificité des instances de régulation ; cependant, la juridictionnalisation de leur activité n'est pas sans porter atteinte à leur vocation originaire.

98. V. Richer (L.), "La proportionnalité des sanctions dans le droit de la concurrence", *Les Petites Affiches*, 8 juillet 1991, p. 4. De façon plus générale, Delmas-Marty (M.) et Teitgen-Colly (C.), *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.

99. Loi n° 92-1442, 31 déc. 1992, art. 1er.

100. V. Paris 14 janv. 1993, *BOCC* 13 février 1993, p.40 ; 25 mars 1993, *BOCC* 17 avril 1993, p. 117.

101. Paris 11 mars 1993, *BOCC* 26 mars 1993, p. 104.