



HAL
open science

Faut-il créer un tribunal de la régulation ?

Thomas Perroud

► **To cite this version:**

Thomas Perroud. Faut-il créer un tribunal de la régulation ?. Un tribunal de la régulation ?, 2016, Aix-en-Provence, France. hal-01699008

HAL Id: hal-01699008

<https://hal.science/hal-01699008v1>

Submitted on 1 Feb 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Faut-il créer un tribunal de la régulation ?

Thomas Perroud

Professeur, Université Aix-Marseille, Institut Louis Favoreu

*

La présente proposition se distingue de celle portée par Dominique Schmidt et Anne-Valérie Le Fur dont l'objet est de transformer la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers en un véritable tribunal¹. Ici, je voudrais au contraire m'intéresser à la cartographie complexe des recours contre les décisions des autorités administratives indépendantes (répartis entre la Cour d'appel de Paris et le Conseil d'État), ainsi qu'aux défauts du contrôle de la Cour d'appel de Paris, pour tenter d'y trouver une solution. Plus précisément, je propose le transfert de la compétence de la Cour d'appel de Paris pour connaître des recours contre les décisions des autorités de régulation² vers un tribunal de la régulation qui serait une juridiction administrative spécialisée, composée de juristes, d'économistes et de techniciens des secteurs concernés. Les recours en cassation seraient ensuite portés devant le Conseil d'État.

La question qui nous occupera donc ici est de montrer l'inadéquation de la procédure devant la Cour d'appel de Paris à l'examen de la légalité des décisions administratives. La procédure devant la Cour d'appel de Paris est certes prévue par des textes spéciaux spécifiques à chaque autorité, mais dans le silence des textes, c'est bien le code de procédure civile qui s'appliquera, d'autant que les textes spéciaux ne transforment qu'à la marge l'office du juge. Autrement dit, c'est une procédure faite pour le jugement de litiges privés et non pour l'établissement de l'intérêt général qui gouverne la résolution du litige. Nous voudrions d'ailleurs remarquer l'étrange rôle que l'on donne au juge civil depuis les années quatre-vingt : contrôle de l'administration et donc de l'intérêt général dans le domaine de la régulation, rôle répressif croissant avec le développement des amendes civiles³, la création d'une action spécifique du ministre de l'Économie devant le juge civil concernant certaines pratiques restrictives de concurrence⁴ dans les relations commerciales, mais aussi aujourd'hui un véritable rôle réglementaire du juge civil avec la nouvelle procédure d'actions de groupe — celles-ci ont en effet un véritable effet réglementaire, comme l'ont démontré avec

¹ A.-V. Le Fur, D. Schmidt, « Il faut un tribunal des marchés financiers », D. 2014. 551.

² Il s'agit pour l'instant de certaines décisions de l'Autorité des marchés financiers, de l'Autorité de la concurrence, de l'ARCEP, de la CRE et de l'ARAFER.

³ V. la répression des pratiques restrictives dans le code de commerce (C. com., art. L. 442-6 III al. 2).

⁴ V. C. com., art. L. 442-6 III al. 2.

abondance les recherches américaines⁵. On s'aperçoit que le juge civil, avec le retrait de l'État, est impliqué dans des questions de nature véritablement politiques et législatives. Il est donc au centre de la réparation, de la résolution des litiges privés, et possède un rôle croissant dans la répression, le contrôle de l'Administration et l'action politique à travers l'effet réglementaire des actions de groupe.

C'est le contrôle de l'administration qui nous intéressera ici, non pas dans son aspect théorique - que signifie pour une société le fait de contrôler l'administration en recourant au juge civil - mais dans son aspect pratique. Le juge d'une décision administrative est en effet en charge du contrôle de l'intérêt général. Si ce contrôle est conféré au juge civil, l'intérêt général sera contrôlé selon une procédure faite pour la résolution de litiges privés. Une intéressante thèse de droit pénal soutenue à Aix définit ainsi la privatisation du procès pénal : « un déplacement du centre de gravité de la répression pénale, de l'intérêt général en direction des intérêts privés des particuliers »⁶. C'est exactement ce changement qui est à l'œuvre avec le transfert du contrôle des décisions administratives au juge judiciaire. C'est, à la lettre, une privatisation du contrôle de l'Administration. Et ce n'est certainement pas un hasard si ce transfert fut opéré dans les années quatre-vingt...

La doctrine de droit public s'est intéressée à la question pour dire que la Cour d'appel de Paris était bien en charge du contrôle de l'Administration et, par conséquent, qu'il s'agissait d'un contentieux matériellement administratif⁷. Mais l'on ne s'est pas intéressé aux conséquences de la nature de la procédure sur le contrôle. Ces conséquences sont décisives, c'est ce que nous tenterons de montrer, et justifient la proposition de confier ce contentieux au juge naturel de la décision administrative, le juge administratif.

Notre démonstration sera articulée autour des deux points suivants. Nous présenterons d'abord les défauts du système actuel (I), avant d'essayer de dessiner les contours d'un futur tribunal de la régulation (II).

⁵ W. Kip Viscusi, *Regulation Through Litigation*, Brookings Institution, 2001 : « This volume explores a new phenomenon that links law and regulation. It reviews a recent class of litigation involving guns, tobacco, and other products in which the stakes have become huge, running into hundreds of billions of dollars in the case of tobacco. The large scale of the litigation allowed litigants to use their financial leverage to force changes of a policy nature, including regulatory policies and excise taxes. »

⁶ Y. Joseph-Ratineau, *La privatisation de la répression pénale*, Thèse dactyl. Aix Marseille, 2013.

⁷ P. Delvolvé, « La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », *Bulletin Joly Sociétés*, 1er juin 1990 n° 6, p. 499, n° 23 ; P. Delvolvé, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, pp. 47-70 ; M. Sénac de Monsebernard, « Le contrôle de la cour d'appel de Paris sur les décisions de l'ART », *Droit administratif*, mars 2005, p. 33.

I. Les défauts du système actuel

La procédure devant la Cour d'appel de Paris en matière de régulation est gouvernée par des règles spéciales propres à chaque secteur (droit de la concurrence, droit des marchés financiers, de l'énergie, des communications électroniques et des transports). Mais les règles générales de procédure⁸, que le juge utilisera dans le silence des textes, seront issues du code de procédure civile. Le problème le plus aigu, disons-le d'emblée, nous semble être le rôle de l'autorité administrative devant la Cour. Nous verrons que ce rôle est inadapté.

Que nous disent les textes Les textes législatifs⁹ et réglementaires encadrant les recours devant la Cour se contentent en général de préciser :

- la compétence de la Cour d'appel de Paris c'est-à-dire le champ des décisions administratives soumises à son contrôle, délimitation qui n'est pas toujours aisée (par exemple dans le domaine des marchés financiers¹⁰)
- les délais et le caractère en principe non suspensif du recours, principe général en contentieux administratif¹¹
- parfois, les personnes titulaires d'un droit de recours¹²
- la nature du recours, un recours de pleine juridiction
- les formalités d'introduction du recours, de demande de sursis à exécution
- parfois le statut de l'autorité de régulation
- la représentation et l'assistance des parties

⁸ J. Sirinelli, « Les règles générales de procédure », RFDA 2015 p. 358.

⁹ Pour le droit des marchés financiers, il s'agit de l'article L. 621-30 du code monétaire et financier ; pour le droit de la concurrence, de l'article L. 464-7 du code de commerce ; en droit des communications électroniques, l'article L. 36-8-IV du CPCT ; en droit postal, l'article L. 5-6 ; en droit de l'énergie, l'article L. 134-24 du code de l'énergie ; en droit des transports, l'article L. 1263-1 du code des transports.

¹⁰ M. Cohen-Branche, « La problématique de la répartition du contentieux entre les deux ordres au travers de l'exemple de l'Autorité des marchés financiers », RFDA 2010. 912 ; J. Massot, « La répartition du contentieux entre les deux ordres », RFDA 2010. 907 ; N. Rontchevsky, Les sanctions administratives : régime et recours, Bulletin Joly Bourse, 1er janvier 2004, n°1. On peut ainsi voir une erreur d'aiguillage dans certaines décisions : T. Bonneau, « Manquement d'initié et compétence juridictionnelle », Bulletin Joly Bourse, 1er décembre 2011, n°12, n° 323.

¹¹ On observe d'ailleurs une divergence regrettable dans les critères de la demande de suspension. La suspension peut être prononcée par le juge en cas de conséquences manifestement excessives de la décision (ce critère est présent dans l'ensemble des domaines étudiés), sans qu'aucune question de légalité ne soit invoquée (le seul critère supplémentaire dans certains domaines comme les communications électroniques ou de la concurrence est la survenance de faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité). En contentieux administratif, le caractère non suspensif du recours découle de la présomption de légalité qui s'attache aux décisions administratives. On peut donc suspendre une décision administrative sans avoir à montrer au préalable, même de manière sommaire, qu'un doute peut exister sur la légalité de cette décision. Le législateur a donc bien choisi d'aligner les conditions du sursis à exécution sur celles de l'article 524 du code de procédure civile. La question s'était d'ailleurs posée mais le Parlement n'a pas choisi d'intégrer cet élément, étranger au juge judiciaire.

¹² De façon très curieuse d'ailleurs, la loi confère un droit au recours du président de l'AMF, après autorisation du collège, contre les décisions de la Commission des sanctions, auprès de la Cour d'appel de Paris.

- les différents acteurs du procès qui, parfois, excèdent de loin les parties (par exemple, en matière de droit de la concurrence on peut recenser pas moins de 6 catégories d'acteurs : les parties devant l'Autorité, l'Autorité elle-même, le Commissaire du gouvernement, le ministère public, les tiers, le ministre chargé de l'Économie)
- le délai et les titulaires du pouvoir de former un pourvoi en cassation.

Louis Vogel a ainsi pu relever que les textes encadrant les recours « sont souvent peu précis à cet égard et demandent à être complétés »¹³. Dans le silence des textes, c'est donc le code de procédure civile qui viendra combler les lacunes, « dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la nature du contentieux »¹⁴. Sont ainsi applicables, par exemple, certaines règles ou certains principes de la procédure civile, comme celui prévoyant que les désistements emportent extinction de l'instance¹⁵.

La pomme de discorde essentielle, qui constituera d'ailleurs le fondement principal de notre critique est le statut des autorités de régulation devant la Cour d'appel de Paris. À vrai dire, ce principe n'est pas commandé par le code de procédure civile, mais il est impliqué nécessairement par lui. Le juge judiciaire assimilant l'autorité administrative indépendante à une juridiction classique, elle refuse son intervention en tant que partie à l'instance, si bien que la question de la légalité de la décision administrative devient, par l'effet du recours, l'affaire des parties, dont les prétentions et les prérogatives sont réglées par le code de procédure civile. La légalité est en quelque sorte privatisée, comme on le montrera plus loin. Je tenterai donc de montrer ici que, devant la Cour d'appel de Paris, l'exclusion des autorités administratives indépendantes nuit au contrôle de légalité (A). Ensuite, j'essaierai de mettre en évidence que certains aspects du contentieux devant le juge administratif mériteraient d'être repensés (B).

A. Un procès dont l'autorité administrative est exclue.

Le juge judiciaire est prisonnier des prétentions des parties. Or, parmi ces parties, ne figurent pas les autorités administratives, auteurs de la décision — à l'exception de l'Autorité de la

¹³ L. Vogel, « Les tendances actuelles du droit de la concurrence en France Bilan d'une année d'activité du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris, section concurrence », JCP G n° 46, 14 novembre 1990, I 3470.

¹⁴ Cour d'appel de Paris, 26 mai 2009, Société Neuf Cégétel c. Société France Télécom. V. aussi Cour d'appel de Paris, 7 décembre 2004, n° 2004/10272. Par exemple, les dispositions relatives au conseiller de la mise en l'état sont inapplicables (CA Paris, 19 oct. 1998, no 2/98). V. P.-A. Jeanneney, A. Macaire, Communications électroniques (Contentieux des), Répertoire de contentieux administratif, n° 106 ; E. Guillaume, L. Coudray, Autorités de régulation (Contentieux des), n° 198.

¹⁵ Cour d'appel de Paris, 2 octobre 2001, n° 2001/06338.

concurrence dont le statut devant la Cour d'appel de Paris a justement été réformé à la suite d'une décision de la Cour de Justice dont je reparlerai¹⁶.

Avant d'aborder frontalement cette question, nous voudrions insister sur un point : si la procédure devant la Cour d'appel de Paris est bien gouvernée, dans le silence des textes par le code de procédure civile, et donc par une procédure accusatoire, cela nuit certainement à l'intensité du contrôle. Cette idée n'est pas propre au système français et un bref détour pour le Royaume-Uni peut permettre de prendre la mesure de l'impact d'une procédure accusatoire sur l'intensité du contrôle. Il n'est pas assuré, bien sûr, que les deux procédures soient en tout point semblables nous nous servons de cet exemple uniquement pour montrer que l'on peut légitimement avoir un doute quant à la neutralité de la procédure sur l'intensité du contrôle de légalité¹⁷. Dans les systèmes de *common law*, le contrôle de légalité obéit en effet aux règles de la procédure civile, et les juges n'hésitent justement pas à dire que cette procédure nuit à l'intensité de leur contrôle. Pour J.W.F. Allison, « la dépendance des tribunaux sur les parties a affecté le développement du droit administratif anglais »¹⁸ et explique, dans une certaine mesure, la retenue des juges¹⁹. Allison montre bien, à l'appui de sa démonstration, combien le caractère accusatoire de la procédure a empêché les juges de reconnaître la responsabilité de la puissance publique pour négligence²⁰ ou de développer un contrôle de proportionnalité²¹. La procédure accusatoire, comme nous le montrerons d'ailleurs concernant le contrôle des autorités sectorielles par la Cour d'appel de Paris, est un obstacle à la rigueur du contrôle et surtout à la stabilité des solutions.

¹⁶ C.J.U.E., 7 décembre 2010, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers (VEBIC) v.z.w., C-439/08.

¹⁷ Le Royaume-Uni n'est pas le seul pays à utiliser la procédure civile pour contrôler l'action administrative. L'Italie et les États-Unis sont dans la même situation. Pour un aperçu historique de la manière dont le contrôle de légalité aux États-Unis a été façonné par la procédure civile : T. W. Merrill, *The Origins of American-style Judicial Review*, in *Comparative Administrative Law, Research Handbooks in Comparative Law series*, Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth (eds), 2010, chap. 23.

¹⁸ J.W.F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford University Press, 2000, p. 221.

¹⁹ J. W. F. Allison, « The Procedural Reason for Judicial Restraint » [1994] *Public Law*, pp. 452–473, spec. p. 466.

²⁰ *Dorset Yacht Co. v. Home Office* [1970] A.C. 1004. Il s'agissait d'un défaut de surveillance d'une prison pour mineurs qui avait conduit certains de ces mineurs à pouvoir s'échapper et à saccager un yacht de plaisance. Il s'agissait donc de savoir si la prison était responsable. Dans cet arrêt, Lord Diplock met en évidence les défauts de la procédure accusatoire : « material relevant to the assessment of the reformatory effect upon trainees of release under supervision or of any relaxation of control while still under detention is not of a kind which can be satisfactorily elicited by the adversary procedure and rules of evidence adopted in English courts of law ... ».

²¹ *Brind v. Home Secretary* [1991] 1 All E.R. 720, spéc. 739BC. Lord Lowry dans cet arrêt refusa de reconnaître une doctrine anglaise de contrôle de proportionnalité en dehors du standard traditionnel de l'irrationalité tel qu'il a été formulé dans l'arrêt *Wednesbury* au motif que : « judges are not ... furnished with the requisite knowledge and advice » pour pouvoir mettre en place un tel contrôle.

Là où le juge administratif français dirige l'instruction et la dirige même seul²², le juge anglais est, comme un juge privé, arbitre du conflit qui se déroule devant lui. C'est pourquoi Lord Woolf exprima la nécessité de réformer la procédure contentieuse anglaise en ces termes : « Je suis depuis longtemps préoccupé par la question de savoir si notre procédure accusatoire, qui s'applique au contrôle de légalité de la même manière que dans une procédure ordinaire, sauvegarde le public de manière suffisante ». C'est pourquoi il recommande, sur le modèle du ministère public anglais en matière criminelle, la création, dans le cadre du contrôle de légalité, d'un « *Director of civil proceedings* » dont le rôle serait de représenter le public²³. La proposition n'a pas été suivie d'effet.

On retrouve, il me semble, la même difficulté, devant la Cour d'appel de Paris, s'agissant du contrôle des décisions des autorités de régulation. Nous voudrions évoquer plusieurs difficultés : d'abord, il faudra s'intéresser au statut des autorités de régulation devant la Cour d'appel de Paris, pour établir ensuite que celui-ci nuit à la défense de l'intérêt général (1). Nous nous interrogerons ensuite sur la question de la défense de l'intérêt général devant cette Cour, car l'on constate en effet une multiplication des autorités en charge de représenter la légalité (2). Il faudra ensuite regarder les conditions de la demande de suspension, qui ne prennent à aucun moment en compte la question de la légalité, ce qui peut manifester, en creux, le malentendu : le législateur et le juge ont-ils bien conscience qu'il s'agit d'une question de légalité qui leur est soumise (3) Enfin, nous nous intéresserons à la question du temps du contentieux (4).

1) Les AAI ne sont pas encore toutes parties à l'instance devant le juge judiciaire

La position de l'autorité de régulation en France est complexe. Elle n'est pas la même selon qu'on se situe devant la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation et le Conseil d'État. Le droit français en effet, en faisant le choix de confier le recours contre les décisions des autorités de régulation à deux instances différentes — la Cour d'appel de Paris et le Conseil d'État — introduit une hétérogénéité très nette du droit applicable, puisque les solutions quant au statut de l'autorité et à l'intervention des parties et des tiers, par exemple, sont différentes. On analysera ensuite l'apport et les conséquences de l'arrêt Vébic de la Cour de Justice, lequel démontre de façon très claire, nous semble-t-il, à quel point ce choix nuit à l'intensité du contrôle.

²² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrétien, coll. Domat, p. 817, n° 958.

²³ H. Woolf, « Public Law-Private Law: Why the Divide? A Personal View » [1986] *Public Law* 220, pp. 235-236.

Le statut des régulateurs devant la Cour d'appel de Paris n'est pas dénué d'ambiguïté, ce que ne manque pas de remarquer la doctrine²⁴. Notamment, l'autorité administrative n'est pas, devant le juge judiciaire, partie au procès. Elle a le statut d'observateur et peut présenter des observations écrites ou orales²⁵. C'est ce qui ressort de la jurisprudence et de certains textes. Seule l'Autorité de la concurrence bénéficie désormais de ce statut — nous y reviendrons.

Quoi qu'il en soit, la position originelle du juge judiciaire est radicale : l'autorité administrative n'est pas partie au litige. La Cour d'appel de Paris, soutenue par la Cour de cassation, affirme ainsi clairement que les autorités sectorielles ne sont pas parties à l'instance devant le juge judiciaire. Dans le contentieux Sinerg, la Cour d'appel de Paris avait clairement indiqué « qu'il résulte [de] l'article 11 du décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 que la Commission a la faculté, dont elle a usé, de présenter des observations devant la Cour d'appel de Paris lorsque celle-ci est saisie d'un recours contre ses décisions que toutefois ces dispositions ne confèrent pas à la Commission, autorité administrative indépendante dont émane la décision critiquée et qui n'est pas partie au procès, le droit de se substituer aux parties pour formuler dans le débat judiciaire qui les oppose, et elles seules, des demandes ou fins de non-recevoir qu'elles n'y ont pas introduites »²⁶. La Cour de cassation avait exprimé la même position : « attendu que la Cour d'appel a retenu à bon droit que la CRE, autorité administrative indépendante dont émane la décision critiquée, n'est pas en droit de se substituer aux parties pour formuler des demandes ou fins de non-recevoir qu'elles n'ont pas introduites dans le débat »²⁷.

On ne peut exprimer de manière plus claire l'idée que la décision de l'autorité administrative ne doit plus être contrôlée qu'en fonction de la volonté des parties. C'est bien ce déplacement du centre de gravité du contrôle de l'intérêt général aux intérêts particuliers qui ressort de l'attendu de la Cour de cassation. Marie Crespy-de Coninck, dans sa thèse, cite une affaire

²⁴ L. Richer parle de « perturbation » (« Autorité de régulation : règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », in *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit (dir.), A.J.D.A. 2005, p. 1216) ; C. Bolze parle lui d'une « nouvelle race de plaideurs » en la personne des autorités administratives indépendantes (C. Bolze, *Le transfert des décisions du conseil de la concurrence à la Cour d'appel de Paris*, D. 1988, chron. 169). Pour Olivier Douvreur, le constat, incontestable en effet, est qu'il est difficile de qualifier juridiquement l'intervention de ces autorités (O. Douvreur, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 345, 2000, p. 189).

²⁵ Pour l'Autorité de la concurrence et le ministre de l'Économie : art. R. 464-18 ; R. 464-19 C. Com. ARCEP : R. 11-5 CPCE. Pour la CRE : art. 17 du décret n° 2015-206 du 24 février 2015 relatif au comité de règlement des différends et des sanctions de la CRE. ARAFER : art. 13 du décret n°2010-1023 du 1er sept. 2010 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et portant diverses dispositions relatives au secteur ferroviaire.

²⁶ Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H., 24 février 2004, *Electricite de France (E.D.F.) c. Société Sinerg*, n° RG 03/10671. V. P.-A. Jeanneney, A. Macaire, *Communications électroniques (Contentieux des)*, Répertoire de contentieux administratif, 2007, n° 109.

²⁷ Cour de cassation, comm., sect., 22 février 2005, *Société Sinerg c. Electricite de France (E.D.F.)*, Pourvoi n° 04-12.618.

intéressant l'Autorité de la concurrence²⁸. De façon très révélatrice, la Cour d'appel de Paris a pu affirmer que les observations écrites, déposées par l'Autorité de la concurrence, ne peuvent s'apparenter à « un mémoire en défense d'une administration devant son juge » et ne constituent qu'une « prérogative expressément affirmée par la loi par exception au code de procédure civile applicable devant la juridiction judiciaire »²⁹. La Cour estime donc bien qu'il ne s'agit pas d'un contentieux public.

Cependant, son statut d'observateur n'empêche pas une participation active au procès. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a pu reconnaître que la Commission de régulation de l'énergie formule une « suggestion » de substitution de motifs, suggestion qui ne constitue pas une « demande ». Dans ce cadre, et afin d'éclairer la Cour, l'autorité peut « si elle le juge utile, ... présenter à la Cour tous les éléments de nature à l'éclairer sur les circonstances de la cause et les données techniques du litige, même en exprimant de nouveaux arguments, pour répondre aux prétentions de l'une ou l'autre des parties ou critiquer leurs affirmations devant la Cour, dès lors que ces éléments de fait ou de droit sont soumis utilement à la contradiction des parties, comme cela a été le cas en l'espèce »³⁰.

Aussi, si la Commission de régulation de l'énergie conclut au rejet, à l'occasion d'une instance, elle ne se comporte pas comme une partie au contraire, elle « ne fait qu'exprimer la déduction qu'elle tire des observations qu'elle a présentées sur le mérite des moyens de fait et de droit soumis à la Cour »³¹. La Cour de cassation ne voit aucune objection contre ces subtilités et fait même sienne ce raisonnement en jugeant « que c'est à bon droit que la Cour d'appel a énoncé que la suggestion faite par la Commission de régulation de l'énergie dans ses observations d'exercer, si besoin était, la faculté de substituer des motifs à ceux de la décision contestée ne constitue pas une demande et qu'en application de l'article 11 du décret du 11 septembre 2000, qui lui permet de présenter des observations, cette autorité, peut présenter à la Cour d'appel tous les éléments de nature à l'éclairer sur les circonstances de la cause et les données techniques du litige, même lorsqu'elle a statué en matière de règlement de différend, en exprimant de nouveaux arguments ou en produisant de nouvelles pièces, pour répondre aux prétentions de l'une ou l'autre des parties ou critiquer leurs affirmations devant

²⁸ Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique, Thèse dactyl., Montpellier, 2015, p. 81.

²⁹ Cour d'appel de Paris, 23 sept. 2010, Sté Digicel Antilles, n°2010/00163 (cité par M. de Coninck, Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique, préc., 2015, p. 81).

³⁰
³¹ Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 8 mars 2005, S.A. Electricité de France (E.D.F.) c. Société Pouchon Cogen.

la Cour, dès lors que ces éléments de fait ou de droit sont soumis à la discussion contradictoire des parties »³².

Tout ceci ressemble plus à du bricolage pour concilier un attachement aveugle et erroné au caractère privé du contentieux avec la nécessité d'accueillir les observations de l'autorité administrative, première concernée par le recours, car la question porte bien, avant tout, sur la légalité de la décision qu'elle a prise.

La Cour d'appel aménage donc de manière sensible le statut de l'autorité administrative, puisque celle-ci peut « suggérer » toute substitution de motif et peut formuler des conclusions. La position n'est pas différente en matière de communications électroniques³³.

Le contrôle des régulateurs sectoriels pose moins de problèmes devant le juge administratif, aussi bien dans le contentieux répressif que dans celui du règlement des différends, « conformément à la règle suivant laquelle l'auteur d'une décision administrative peut défendre cette décision devant le juge administratif »³⁴. Il a toutefois semblé nécessaire au rapporteur public de défendre cette position pour en faire bénéficier le Conseil supérieur de l'audiovisuel à l'occasion d'un recours contre une décision de règlement des différends car, « même si la procédure ressemble à une procédure juridictionnelle, il est bien clair que le CSA reste une administration et devant le juge, il nous semble qu'il doit être présent en défense, comme la personne présente dans le règlement de différend et à laquelle il a donné raison »³⁵. Pourtant, pour Damien Botteghi et Alexandre Lallet la solution inverse aurait dû prévaloir : « pour notre part, nous aurions préféré que la fonction particulière que joue l'autorité de régulation dans ce domaine soit pleinement reconnue. Une autorité qui choisit entre les prétentions de deux parties, au terme d'une procédure contradictoire, agit comme un juge. La décision qu'elle prend n'est donc pas une décision administrative comme une autre,

³² Cour de cassation, comm., 10 mai 2006, Électricité de France EDF SA c. Société Pouchon Cogen et autre pourvoi n° 05-13.622.

³³ Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 6 avril 2004, S.A. France Télécom c. S.A. Iliad, n° RG 2003/18407 : « Considérant que France Télécom constate, dans son mémoire en réplique, la singularité des observations de l'Autorité s'agissant tant de leur volume que de leur forme, assimilables à celles d'un mémoire ; qu'elle se plaint de ce que l'Autorité aurait développé de multiples moyens nouveaux de fait et de droit ne figurant pas dans la décision ; qu'ayant été, selon elle, privée de la faculté d'introduire un recours à l'encontre de ces éléments nouveaux, France Télécom conclut à l'annulation de la décision de l'Autorité ; mais considérant qu'en application des articles R. 11-2 et R 11-5 du Code des postes et télécommunications (ci-après C.P.T.), l'Autorité, qui n'est pas partie à l'instance, peut présenter des observations écrites, portées par le greffe à la connaissance des parties ; que, contrairement à ce qui est soutenu par France Télécom, l'exercice de cette faculté ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable, dès lors qu'elle dispose elle-même de la faculté, dont elle a usé en l'espèce, de répliquer, par écrit et oralement, aux observations de cette autorité administrative ; qu'en conséquence il y a lieu de rejeter la demande d'annulation présentée de ce chef ».

³⁴ E. Guillaume, L. Coudray, Autorités de régulation (Contentieux des), Répertoire de contentieux administratif, 2010, n° 201.

³⁵ Concl. de Jean-Philippe Thiellay, Rapporteur public, Conseil d'État, 9 juillet 2010, Société Canal+ Distribution, n° 335336, R.F.D.A., 2010, p. 1082.

qu'elle peut venir défendre, en présentant des conclusions et en oubliant que sa mission a été de trancher entre des prétentions distinctes par rapport auxquelles elle doit garder de la distance. Nous comprenons tout à fait que l'autorité ayant réglé le différend puisse présenter des observations, qui peuvent éclairer le juge dans un domaine technique. Mais nous pensons, ne serait-ce que pour l'apparence, qu'il n'était pas souhaitable que l'autorité de régulation se voit reconnaître la qualité et les prérogatives d'une partie »³⁶.

On le voit, l'ambiguïté n'est pas absente non plus devant le Conseil d'État. Nous ne souscrivons pas à cette analyse, d'abord, comme le souligne Hubert Delzangles « il est plus important pour une autorité de régulation de défendre sa position, d'éclairer le juge de son expertise »³⁷ et, ensuite, c'est se méprendre sur l'office de l'autorité de régulation : elle tranche certes un litige, presque comme un juge, mais émet une décision qui vient, comme toute décision administrative accomplir les vœux du législateur. L'autorité ne tranche pas vraiment entre deux prétentions, ou plutôt elle ne donne raison à une partie que dans la mesure où cela est conforme avec les objectifs législatifs dont elle a la charge. Elle pourrait tout aussi bien s'écarter des prétentions des parties, ne faire droit à aucune, et trancher le différend en fonction de ses seuls objectifs législatifs, qui sont les seuls qui importent pour une autorité administrative. Comme le rappelle de manière décisive Gérard Marcou, la position qui consisterait à nier la qualité de partie à l'autorité sectorielle lorsque celle-ci règle un différend, entretient une « regrettable ambiguïté ». Il ajoute « justement parce que ladite autorité a pris la décision de règlement du différend dans l'exercice de ses “pouvoirs de régulation”,..., il n'est pas exact de dire que le litige oppose seulement les opérateurs à propos d'un contrat de droit privé cette autorité a au contraire l'obligation de prendre en compte les objectifs à la réalisation desquels la loi la charge de veiller »³⁸.

Ce problème se trouve amplifié devant la Cour de cassation, puisque l'autorité administrative ne peut même plus présenter des observations. Autrement dit, devant le juge ultime de la légalité dans l'ordre judiciaire, l'autorité administrative ne peut plus être entendue. La Cour de cassation a ainsi nettement affirmé dans le contentieux Sinerg que les observations présentées par la Commission de régulation de l'énergie devant elle sont irrecevables : « Attendu qu'aucun texte ni principe n'habilite la CRE à présenter des observations sur le pourvoi formé contre l'arrêt rendu à la suite du recours formé contre l'une de ses

³⁶ « Le Conseil d'État, “régleur” de différends », AJDA 2010 p. 1924.

³⁷ H. Delzangles, « L'office du CSA et son pouvoir de règlement des différends strictement encadrés par le juge », Revue juridique de l'économie publique n° 684, mars 2011, comm. 14.

³⁸ G. Marcou, « Régulation, service public et intégration européenne en France », in Droit de la régulation, service public et intégration régionale, tome 2 : Expériences européennes, préc., spéc. p. 124.

décisions que ces observations sont irrecevables »³⁹. La Commission n'a donc aucun rôle à jouer devant la Cour de cassation. L'avocat général Yves Jobard, explique cette solution par le fait que la Commission de régulation de l'énergie « bénéficie de prérogatives de nature juridictionnelle, étant compétente pour trancher les litiges s'élevant entre différents acteurs de ce secteur ». Il remarque que, devant la Cour d'appel de Paris, elle « jouit de la possibilité de présenter des observations, comme l'indique l'article 11 [...] du décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 », alors qu'une telle faculté « n'est pas mentionnée lorsque le litige est situé devant la Cour de cassation ». Il en déduit « qu'aucune autorité administrative indépendante ne dispose de la possibilité de déposer des observations devant la Cour de cassation, une telle initiative, devant la Cour d'appel de Paris, leur étant néanmoins reconnue ». L'avocat général ajoute que la Commission de régulation de l'énergie « n'est pas partie au litige, apparaissant plutôt comme un tiers au différend, position découlant de la faculté de trancher des litiges [...] conférée par la loi ». Il en conclut qu'aucun « argument décisif ne permet [...] d'admettre l'intervention de la Commission de régulation de l'énergie dans le débat devant la Cour de cassation » et rend, par conséquent, un « avis d'irrecevabilité »⁴⁰. La même position a été adoptée concernant le contentieux des mesures conservatoires de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes⁴¹. Cependant, la Cour de cassation n'est même pas cohérente avec elle-même puisqu'en matière de communications électroniques, où pourtant les dispositions sont rédigées de la même manière que dans le domaine de l'énergie, comme le note Pierre-Alain Jeanneney, elle « a admis la recevabilité d'un mémoire présenté pour l'Autorité de régulation des télécommunications, considérant que celle-ci avait la qualité de défenderesse au pourvoi »⁴². Ce régime n'est pas non plus en harmonie avec ce qui prévaut dans les domaines où les autorités administratives indépendantes sont investies d'un pouvoir répressif, notamment en matière financière, où il est reconnu que le président de l'Autorité des marchés financiers tient de la loi « qualité pour agir au nom de celle-ci devant toute juridiction » et le pouvoir

³⁹ Cour de cassation, comm., sect., 22 février 2005, Société Sinerg c. Électricité de France (E.D.F.), Pourvoi n° 04-12.618.

⁴⁰ P.-A. Jeanneney, « La Cour de cassation refuse d'entendre les observations de la Commission de régularisation de l'énergie », Recueil Dalloz 2005 p. 1835.

⁴¹ Cour de cassation, comm., 12 décembre 2006, société Western Télécom c. France Télécom, n° de pourvoi 05-19610 : « Attendu qu'aucun texte ni principe n'habilite l'ARCEP à présenter des observations sur le pourvoi formé contre l'arrêt rendu à la suite du recours formé contre l'une de ses décisions ; que ces observations sont irrecevables ».

⁴² P.-A. Jeanneney, « La Cour de cassation refuse d'entendre les observations de la Commission de régularisation de l'énergie », Recueil Dalloz 2005 p. 1835. V. Cour de cassation, 1re civ., 14 novembre 2000, Sté Copper Communications, D. 2000, IR p. 305, Bulletin 2000 I N° 291 p. 188 ; 5 mars 2002, Sté Spacetel Communications, n° 00-12.972. Pour un exemple récent de refus de l'intervention de l'ARCEP : Cass., Com., 24 mars 2014, TowerCast c. TDF, n° 12-29.426.

de former au nom de celle-ci un pourvoi en cassation⁴³. De même, depuis 2008, le président de l'Autorité de la concurrence peut former un pourvoi en cassation, contre la décision de la Cour d'appel⁴⁴.

Dans les autres secteurs, le législateur n'a pas prévu une telle possibilité. La loi se contente de prévoir le délai du pourvoi⁴⁵. La situation des autorités sectorielles devant la Cour de cassation n'est pas satisfaisante. Nous souscrivons donc à l'appréciation de Jacques et Louis Boré « il semble parfaitement normal qu'une administration défende la légalité d'une de ses décisions »⁴⁶.

Les autorités de régulation sont donc privées du statut de parties — sauf désormais en matière de concurrence et peut-être le président de l'AMF lorsqu'il exerce son (très curieux) pouvoir de faire un recours contre la décision de la Commission des sanctions. Avant d'évoquer l'argument de fond (ce statut nuit certainement à l'intérêt général) nous voudrions montrer à quel point ce statut a des conséquences pratiques non négligeables. Dans un différend entre les sociétés La Réunion Numérique, titulaire d'une délégation de service public, et Mobius, opérateur alternatif, l'ARCEP s'était reconnue compétente pour connaître des conditions techniques et tarifaires d'une délégation de service public⁴⁷. Lors du recours devant la Cour d'appel de Paris, le délégataire soulevait un moyen tiré de ce que l'Autorité n'aurait à aucun moment inclut dans la procédure l'autorité délégante. La Cour écarte ce moyen au motif que « la circonstance que l'opérateur offre les services faisant l'objet du litige dans le cadre d'une délégation de service public n'est pas de nature à exclure la compétence de l'Autorité pour

⁴³ Code monétaire et financier, article L. 621-2-II. V. N. Rontchevsky, « La Cour de cassation règle des questions de procédure concernant les recours contre les décisions de sanction de l'Autorité des marchés financiers », RTD Com. 2005 p. 804.

⁴⁴ Code de commerce, article L. 464-8 : « Le président de l'Autorité de la concurrence peut former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant annulé ou réformé une décision de l'Autorité » (introduit par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 nov. 2008, art. 2-XII). De même depuis 2004, « Le ministre chargé de l'économie peut, dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris » (Loi n° 2004-1343 du 9 déc. 2004, art. 83-II). V. Cour de cassation, com., 17 janvier 2012, Autorité de la concurrence c. S.F.R., France Télécom, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, n° 11-13.067 (elle avait pris une position opposée dans Cour de cassation, com., 23 novembre 2010, Autorité de la concurrence c. ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Beauté prestige international, Chanel, n° 09-72.287).

⁴⁵ Codes des postes et des communications électroniques, articles L. 5-6, L. 36-8-IV ; Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, article 38 ; LOI n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, article 16.

⁴⁶ J. Boré, L. Boré, La cassation en matière civile 2009/2010, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 4e éd., 2008, n° 45.20, p. 211.

⁴⁷ A.R.C.E.P., déc. n° 2010-0742 du 1er juillet 2010, règlement de différend opposant les sociétés Mobius et La Réunion Numérique : J. Adda, « Règlement des différends : L'ARCEP rend pour la première fois un règlement de différend relatif à une activité visée à l'art. L. 1425-1 CGCT et se reconnaît compétente pour connaître d'un litige dont l'une des parties est un opérateur offrant ses services dans le cadre d'une délégation de service public (Mobius et La Réunion Numérique) », Concurrences, n° 4-2010, n° 33040, pp. 218-219.

connaître d'un litige relatif à l'accès ou l'interconnexion entre cet opérateur et un autre opérateur déclaré et qu'il appartient seulement à l'opérateur délégataire de prendre toutes les mesures permettant d'assurer la pleine application de la décision de règlement de différend, le cas échéant en saisissant l'autorité délégante conformément aux dispositions de la convention de délégation de service public applicables »⁴⁸. La Cour de cassation estime cependant que la Cour d'appel de Paris aurait dû recueillir les observations de la Réunion : « Attendu qu'en imposant au délégataire une modification des tarifs fixés par la convention de délégation de service public, par une décision rendue hors la présence de l'autorité délégante, et donc inopposable à cette dernière, la cour d'appel a violé les textes susvisés »⁴⁹. Le litige est devant la Cour d'appel de Paris, seulement aucune des parties au litige ne souhaite faire venir la collectivité, pourtant concernée par ce litige. La décision de l'ARCEP date de 2010, l'affaire n'est toujours pas tranchée.

La position de la Cour de Justice rend la position française intenable et, surtout, démontre clairement que la solution française n'est pas conforme à l'intérêt général.

2) Ce statut nuit à la défense de l'intérêt général

L'arrêt Vébic⁵⁰ de la Cour de Justice est un jalon décisif, auquel la France n'a pas encore donné toute sa portée puisque la réforme n'a concerné que le domaine de la concurrence alors que le raisonnement que tient la Cour de Justice est parfaitement transposable aux autres domaines régulés. Il s'agissait de la question de la compatibilité du recours juridictionnel établi en Belgique contre les décisions de l'instance de la concurrence, laquelle n'a, en droit belge, ni la faculté de présenter des observations ni, *a fortiori*, la possibilité d'être partie à l'instance⁵¹. La Cour de Justice constate donc que la seule partie ayant participé à l'instance est la société Vébic.

Les questions préjudicielles posées sont très claires et concernent directement le statut de l'autorité de la concurrence devant la juridiction de recours. D'abord, la juridiction demandait

⁴⁸ Cour d'appel de Paris, 24 février 2011, n° RG 2010/16143, La Réunion Numérique c. Mobius.

⁴⁹ Cour de cassation, 30 mai 2012, Société Mobius c. ARCEP, n° 11-14.564.

⁵⁰ C.J.U.E., 7 décembre 2010, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerders (VEBIC) v.z.w., C-439/08 : JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 14 avril 2011, n° 15, p. 24, note G. Decocq ; Contrats Concurrence Consommation n° 6, juin 2011, dossier 2, n° 7, obs. E. Claudel ; Journal du droit international (Clunet) n° 2, avril 2011, chron. 4, n° 27, note C. Prieto ; Concurrences, N° 1-2011, n° 34233, pp. 179-181, note A. Maitrepierre ; European Competition Law Review 2011, 32(6), 285-296, note F. Rizzuto ; P. Van Cleynenbreugel, « Transforming Shields into Swords: The VEBIC Judgment, Adequate Judicial Protection Standards and the Emergence of Procedural Heteronomy in EU Law », Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2011, vol. 18, n° 4, p. 511.

⁵¹ T. Hennen, « Arrêt "VEBIC" : la participation des autorités de la concurrence aux recours formés contre leurs décisions », Journal de droit européen, 179 (mai 2011), pp. 133-135 ; X. Taton, O. Van Der Haegen, « Le droit européen des recours juridictionnels en matière de régulation : un recul de l'autonomie procédurale des États membres », Journal de droit européen, n° 180, 6/2011, p. 157.

si le droit européen et en l'occurrence le règlement n° 1/2003 devait être interprété dans le sens qu'il confère aux autorités de la concurrence la faculté de « présenter des observations écrites sur les moyens soulevés dans un recours contre leur décision et même de pouvoir présenter elles-mêmes des moyens, de sorte que cette faculté ne peut pas être retirée par un État membre ». Ensuite, la juridiction demandait si l'application efficace du droit de l'Union européenne impose « que les instances publiques de surveillance, désignées comme autorités de concurrence, n'aient pas seulement la faculté, mais aussi l'obligation, de participer à une procédure de recours contre leurs décisions en exprimant leur position sur les moyens soulevés en fait et en droit ».

La Cour relève tout d'abord que les textes ne confèrent pas directement une telle faculté ou un tel droit aux autorités de concurrence. La Cour relève aussi que la réponse aux questions impose de concilier l'autonomie procédurale reconnue aux États membres dans l'application du droit de l'Union européenne avec l'effectivité de ce même droit.

La réponse de la Cour est dénuée d'ambiguïté. Pour la Cour, le fait de ne pas accorder le statut de partie à une autorité nationale de concurrence et donc de la priver de la possibilité de défendre sa décision « comporte le risque que la juridiction saisie soit entièrement "captive" des moyens et arguments développés par la ou les entreprises requérantes ». Or, la technicité du domaine, « qui comporte des appréciations juridiques et économiques complexes », fait courir un risque encore plus grand de capture et compromet par conséquent l'application effective du traité.

En conséquence, l'application effective du droit de l'Union européenne exige que l'autorité nationale de la concurrence « dispose de la faculté de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure devant une juridiction nationale dirigée contre la décision dont cette autorité est l'auteur ». Cette comparution doit de surcroît être systématique, au risque de compromettre l'effet utile des règles du traité.

L'avocat général Paolo Mengozzi, suivi en cela par la Cour fonde bien la solution sur le principe d'effectivité du droit européen, ce qui permet de conférer une portée plus large à la solution, qui ne doit pas être cantonnée, pour cette raison, au droit de la concurrence. Il s'agit donc de savoir, en conformité avec la jurisprudence européenne sur ce point, si le statut de l'autorité rend « en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire »⁵² en prenant en compte concrètement le

⁵² C.J.C.E., 14 décembre 1995, van Schijndel et van Veen (C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I-4705, point 17); C.J.C.E., 7 juin 2007, van der Weerd e.a. (C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I-4233, point 28) ; C.J.C.E., 15 avril 2008, Impact (C-268/06, Rec. p. I-2483, point 46).

fonctionnement de la procédure nationale, « la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales »⁵³. C'est le test qu'applique la Cour pour concilier autonomie procédurale et effectivité du droit européen. La Cour reprend l'argumentation de l'avocat général essentiellement sur le caractère « captif » de la juridiction. L'avocat développe cependant un second argument : priver l'autorité de la concurrence du caractère de partie l'empêche, le cas échéant de pouvoir former un recours contre la décision de l'instance juridictionnelle, si bien qu'« aucune autorité publique ayant pour mission d'assurer la pleine efficacité des règles de concurrence de l'Union au titre du règlement n° 1/2003 ne pourra contester l'éventuelle interprétation erronée desdites règles » par l'instance de recours. Cette situation pour l'avocat général Mengozzi met l'autorité de la concurrence, à n'en pas douter, dans une situation excessivement difficile pour défendre les objectifs d'intérêt général que poursuit le droit européen.

Cet arrêt a conduit à une réforme en matière de droit de la concurrence, donnant à l'AC le statut de partie à l'instance (décret du 29 juin 2012).

Peut-il en être de même dans les autres domaines

Certaines raisons pourraient permettre d'écarter le raisonnement par analogie que l'on pourrait formuler en étendant la solution Vébic aux autres secteurs. Le règlement 1/2003 fait des instances nationales les instances d'application du traité. Comme le dit l'avocat général Mengozzi : « le règlement n° 1/2003 accorde aux autorités de concurrence nationales désignées par chacun des États membres le soin d'assurer l'application effective des articles 81 CE et 82 CE dans l'intérêt général. Ces autorités sont donc investies avec la Commission de la fonction d'assurer l'application effective de dispositions fondamentales indispensables pour le fonctionnement du marché intérieur ». À cet égard, les autorités sectorielles ne sont pas investies d'une mission similaire à celle de la Commission et la source de leur pouvoir ne provient pas directement du traité, mais du droit dérivé et de directives, lesquelles laissent une plus grande marge de manœuvre aux États membres pour fixer les modalités de leur application.

Cependant, cette jurisprudence pourrait être l'occasion de revoir en profondeur le statut des autorités sectorielles, ce qui aurait l'avantage, outre d'assurer une conformité globale avec le droit européen, d'harmoniser les solutions en droit interne.

⁵³ C.J.C.E., 7 juin 2007, Van der Weerd e.a. (C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I-4233, point 33).

3) Qui représente l'intérêt général devant le juge judiciaire

Une caractéristique majeure de la justice administrative française, reprise en droit de l'Union européenne, est l'existence d'une institution fondamentale, le rapporteur public, seule voie extérieure au litige, seule voie impartiale, indépendante du gouvernement, qui fournira au juge son opinion motivée quant à la légalité de la décision soumise au contrôle. Or, si l'on accepte que, dans ce type de contentieux, l'existence d'une voie extérieure est nécessaire à une bonne justice, pour permettre au juge de trancher, on constate que celle-ci n'existe pas devant la Cour d'appel de Paris. Pire, on constate une multiplication de voies représentant des intérêts très divers, mais aucune voie impartiale.

Le ministère public est présent à l'instance devant le juge judiciaire et présente son avis. Il pourrait et devrait être la voix de l'intérêt général, à l'image du rapporteur public devant le Conseil d'État. Cependant, en pratique, il n'a aucun moyen pour assurer efficacement son rôle. Comme les juges de la Cour d'appel de Paris, il ne dispose d'aucune expertise particulière, d'aucun moyen et il peut recevoir des instructions du gouvernement (ce qui n'est pas le cas du rapporteur public). Lors d'un entretien que nous avons eu, Hugues Woïrhaye, alors avocat général, m'avait confirmé qu'il avait bien reçu des instructions dans un contentieux relatif à l'énergie.

Il n'y a donc pas de voix indépendante pour défendre, devant la Cour d'appel de Paris, l'intérêt général.

On constate même une multiplication des acteurs, tous en charge d'un intérêt spécifique. Commençons par le contentieux de l'Autorité des marchés financiers. La complexité de ce contentieux est liée à la complexité de l'AMF elle-même. La création d'une Commission des sanctions indépendante, avec en son sein un commissaire du gouvernement qui représente l'État et non le collège de l'AMF – lequel est aussi représenté devant la commission —, a imposé l'attribution en 2011 au président de l'AMF d'un pouvoir de former un recours contre la décision de la Commission. Dans ce cas, l'AMF est partie au recours devant la Cour d'appel⁵⁴, mais qui vient défendre la position de la Commission des sanctions. Nous n'avons pas trouvé la réponse. On se trouve alors dans une situation très curieuse où l'auteur du recours est une autorité administrative qui va critiquer la décision d'une autre autorité (qui émane d'elle) alors même que cette dernière ne peut se défendre. Si le recours émane uniquement de la personne poursuivie, un représentant du collège viendra présenter des observations, cette fois au nom de la Commission des sanctions. À côté de ces acteurs, il y a

⁵⁴ Article R. 621-46 du Code monétaire et financier.

le ministère public, seule partie à même d'apporter une vue impartiale sur le litige et qui ne l'apporte pas en pratique, faute de moyen⁵⁵.

En droit de la concurrence, on observe aussi une multiplication des acteurs dépositaires de l'intérêt général, mais aucun n'est impartial : l'Autorité elle-même, le commissaire du gouvernement auprès de l'Autorité, le ministre chargé de l'Économie et le ministère public. Pourquoi un tel imbroglio Le commissaire du gouvernement est sous l'autorité du gouvernement et peut exercer un recours contre la décision de l'Autorité de la concurrence⁵⁶. Il peut donc être partie au recours et présenter un avis sur l'affaire. Il peut être considéré comme porteur de l'intérêt général, mais il n'est pas indépendant. Le ministre de l'Économie est aussi représenté devant la Cour d'appel de Paris, il n'est bien évidemment pas indépendant.

Les autorités sectorielles (ARCEP, ARAFER, CRE) ne sont, elles, pas partie au litige. L'intérêt général est donc, ici, complètement capturé par les parties.

On observe donc un éclatement de l'intérêt général. L'indépendance conférée à l'action de ces autorités se paye donc au stade du recours par la possibilité d'une intervention partielle des autorités politiques. Ces autorités sont évidemment légitimes, mais la place de l'auteur de la décision n'est pas assurée. En outre, la Cour d'appel de Paris n'entend au final aucune voix tierce impartiale.

B. Les limites du recours devant le Conseil d'État : participation des tiers et expertise et absence de spécialisation des chambres.

On a vu plus haut que la position de l'autorité de régulation, dans le cadre du contentieux du règlement des différends, pouvait prêter à confusion devant le Conseil d'État. Sur plusieurs points, le recours devant le Conseil d'État ne nous semble pas non plus adapté à la régulation : l'intervention des tiers est malaisée, l'absence de sous-section spécialisée dans le contentieux de la régulation, ainsi que l'absence d'économistes ou de techniciens dans la formation de jugement ne nous semblent pas propices à une bonne régulation. Sur la question de l'expertise, on rappellera que ce contentieux est un contentieux objectif de pleine juridiction dans lequel le juge peut donc être amené à réformer la décision du régulateur. Quelle compétence le juge administratif (comme le juge judiciaire d'ailleurs) a-t-il pour mener des analyses analogues à celle que peut faire le régulateur pour pouvoir réformer la question en question On pourra m'objecter que cette question se pose dans l'ensemble des contentieux. Ce

⁵⁵ Pour une discussion de son rôle en tant que partie jointe : Cass., com., 7 décembre 2010, Frydman c. AMF, n° 09-72581, BJB 01/04/2011, n° 4, p. 226, note H. Boutinon-Dumas.

⁵⁶ Article L. 464-7 du Code de commerce.

qui distingue ce contentieux à mon sens, c'est précisément la faculté de réformer la décision. À cet égard, il faut noter un développement intéressant que le Conseil d'État n'a malheureusement pas imité, à notre connaissance. La Cour de cassation avait nommé en son sein un éminent économiste, Frédéric Jenny, professeur à l'ESSEC, chargé du contentieux de la concurrence⁵⁷.

Un autre élément important est la participation des tiers, à laquelle le Conseil d'État n'a peut-être pas été suffisamment sensible. Dans le cadre d'un marché, il est important que les tiers, affectés par la décision, puissent éclairer la cour⁵⁸. En France malheureusement, le mouvement de juridictionnalisation de la fonction contentieuse des autorités de régulation a entraîné un refermement de ce contentieux sur les parties, aussi bien devant les autorités administratives que devant les instances de recours. Ce n'est pas le cas au Royaume-Uni où au contraire ce contentieux est le contentieux du marché et toutes les parties prenantes peuvent participer et donner leur avis sur les projets de décision⁵⁹.

L'intervention des tiers devant le juge administratif, juge de plein contentieux, est malaisée. Autant cette intervention est acceptée largement dans le cadre de l'excès de pouvoir, autant le tiers, en plein contentieux, doit « se prévaloir d'un droit auquel la décision à rendre est susceptible de préjudicier »⁶⁰.

Toutefois, dans l'arrêt Canal Plus, le Conseil d'État décida d'assouplir ce critère puisqu'il jugea que, pour pouvoir intervenir, le différend en question doit être « de nature à affecter directement [les tiers] dans des conditions leur donnant intérêt à intervenir dans le présent litige »⁶¹. Malgré cet assouplissement, leur intervention est jugée irrecevable. L'approche est moins rigide, comme le note la doctrine du Conseil d'État, mais, avec les mêmes auteurs, on ne peut que regretter cette interprétation restrictive qui ne prend pas en compte les impératifs de la régulation d'un marché : « Cette approche restrictive est particulièrement exigeante dans un contentieux de régulation économique comme celui de l'espèce, qui est de pleine juridiction par détermination de la loi (art. 42-8 de la loi de 1986). La question de la numérotation des chaînes que le Conseil d'État devait trancher peut potentiellement concerner toutes les chaînes distribuées par la société en cause. Pourtant, étant étrangères au différend,

⁵⁷ Nous n'avons pas réussi à savoir s'il a été remplacé.

⁵⁸ Th. Fossier, M. Saltiel, « Parties et tiers en droit répressif de la concurrence : Leur statut devant la Cour d'appel de Paris », *Concurrences*, n° 1-2011, n°33854.

⁵⁹ T. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse préc..

⁶⁰ Concl. de J.-P. Thiellay, préc.. V. Conseil d'État, Sect., 15 juillet 1957, Ville de Royan, Recueil Lebon p. 499. V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 885.

⁶¹ Conseil d'État, 9 juillet 2010, Société Canal+ Distribution, n° 335336.

les autres chaînes ne peuvent justifier d'aucun droit. Sont-elles pour autant dénuées d'intérêt à intervenir et donc à alimenter un débat dont l'issue peut modifier leur situation »⁶²

De ce point de vue, on peut se demander si l'intervention des tiers n'est pas plus aisée devant la Cour d'appel de Paris. La Cour d'appel de Paris considère à cet égard que les tiers, pour pouvoir former un recours devant elle, doivent, d'après le code de procédure civile et en dehors de procédures spéciales comme en matière de propriété intellectuelle⁶³, démontrer un intérêt à agir : « l'article 38 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 ne contenant aucune restriction quant aux parties admises à former un recours, RTE est donc recevable en son recours, à condition toutefois de démontrer son intérêt à agir comme l'exige l'article 546 du nouveau Code de procédure civile ». Les tiers doivent donc démontrer cet intérêt et R.T.E. n'a pas eu de difficulté à le prouver, faisant « valoir à juste titre que le litige et les injonctions prononcées par la Commission le concernent également, dès lors que, selon les études et projets de convention établis par EDF, le projet de raccordement de l'installation de la Compagnie du Vent nécessite un aménagement du réseau dont il a la gestion »⁶⁴.

Les tiers devant le juge judiciaire ont donc juste à prouver un intérêt à agir. Dans une décision dans le domaine des communications électroniques, la Cour affirme que l'intervention d'un tiers au soutien d'une partie est possible, car « la nature du règlement de différend, qui par certains aspects s'apparente à un contentieux entre parties, ne s'oppose [pas] à l'admission d'une intervention accessoire d'un tiers pour appuyer les prétentions de l'une des parties »⁶⁵. Son intérêt est accepté, car son intervention vise à la conservation de ses droits.

Après avoir montré les défauts du système actuel, nous voudrions à présent présenter les traits du tribunal que nous proposons.

II. Les caractéristiques du tribunal de la régulation

Après avoir étudié les modèles qui s'offrent à nous (A), nous tenterons de formuler notre proposition (B).

A. Les modèles possibles : les exemples anglais et hollandais

Nous étudierons successivement les exemples britanniques (1) puis hollandais (2).

⁶² D. Botteghi, A. Lallet, « Le Conseil d'État, "régleur" de différends », préc., p. 1926.

⁶³ V. Ici, la procédure concernant la Haute autorité se distingue puisque le Code de la propriété intellectuelle prévoit que : « Lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant la Haute Autorité, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la Cour d'appel ». V. Code de la propriété intellectuelle, article R331-80.

⁶⁴ Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., n° 2005/21057, 30/05/2006, Électricité de France, RTE EDF Transport, SA, c. société Compagnie du Vent.

⁶⁵ Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 26 mai 2009, Société Neuf Cégétel c. Société France Télécom, et société Bouygues Télécom, n° 2008/16665.

1) Le Competition Appeal Tribunal britannique⁶⁶

Le Competition Appeal Tribunal est une juridiction spécialisée⁶⁷. L'étude de ses caractères met en évidence certains traits saillants qui frappent le comparatiste. Le caractère le plus saillant tient d'abord à sa composition qui reflète un souci louable d'assurer un véritable recours de pleine juridiction devant une instance dotée des compétences pour contrôler les appréciations économiques des autorités de concurrence. La composition de cette juridiction manifeste ainsi l'objectif de faire du Competition Appeal Tribunal une juridiction de qualité irréprochable. Elle dispose de magistrats confirmés, de juristes rompus au contentieux et au droit, ainsi que de spécialistes renommés en économie.

La formation de jugement est composée de trois juges, provenant des deux formations distinctes. Le personnel du Tribunal est en effet composé de deux commissions : une commission de présidents nommés par le Lord Chancellor en raison de leur expérience en droit de la concurrence (constituée de magistrats de la High Court et de quelques *barristers* confirmés)⁶⁸ et une commission de « membres ordinaires » (nommés pour leur connaissance dans le domaine de l'économie, des affaires, de la comptabilité par le Secrétaire d'État)⁶⁹. L'analyse des parcours des membres « ordinaires » manifeste que l'on trouve des avocats spécialisés en droit de la concurrence, des professeurs d'économie ou de finance, des *barristers*, des auditeurs, des comptables, des consultants, des managers ayant eu une expérience dans les secteurs (télécommunications, énergie) que contrôle le Tribunal. Elle bénéficie en effet de l'appui de quatre référendaires, lesquels ont reçu une formation juridique. Ce dernier aspect est peut-être la marque la plus voyante de l'influence que le modèle du Tribunal de première instance des Communautés européennes a jouée.

La composition de cette juridiction manifeste donc un souci de concilier la qualité du droit, et le contrôle approfondi des décisions des autorités spécialisées. Pour renforcer encore la qualité du jugement, le Tribunal assure une formation régulière de ses membres. Le Service de la concurrence du Tribunal emploie les services de consultants externes qui testent les juges du Tribunal afin de connaître les besoins en formation des juges, formation qui leur est dispensée sur une base régulière. Pour reprendre les termes de Christopher Bellamy, « en ce

⁶⁶ Pour une analyse plus poussée : T. Perroud, La fonction contentieuse des autorités de régulation, thèse préc..

⁶⁷ Enterprise Act 2002 (c. 40), Annexe 4, § 2. Les décisions du Tribunal ont la même force juridique qu'une décision de la High Court.

⁶⁸ Enterprise Act 2002 (c. 40), Annexe 2, §§ 1-3.

⁶⁹ Enterprise Act 2002 (c. 40), Annexe 2, § 4.

qui concerne la formation, les spécialistes en matière économique doivent devenir juristes et vice versa. Ces deux disciplines doivent pour ainsi dire se chevaucher »⁷⁰.

Cette instance dispose aussi de moyens importants. Les aspects administratifs et comptables sont gérés par une commission dédiée, le Service de la concurrence (« *competition service* »), qui reçoit les fonds publics finançant l'activité du Tribunal. La publication de rapports annuels permet de connaître les moyens de cette juridiction. Le budget du Competition Appeal Tribunal est abondé par le Département du Commerce et de l'Industrie. La dotation du Tribunal a pu s'élever, pour la période 2008-2009 à quatre millions cent quatre-vingt mille livres pour décroître en 2009-2010 à trois millions sept cent quatre-vingt-dix mille livres. Les salaires des membres reflètent l'engagement de l'État anglais. Le salaire du Président se situe ainsi, en 2009-2010, entre cent soixante-dix et cent soixante-quinze mille livres. Le coût total de la rémunération des juges est de quatre cent trente-trois mille livres.

En regard, le comparatiste est aussi frappé par le faible nombre de jugements rendus...

2) Les Pays-Bas

À titre d'exemple, les Pays-Bas ont mis en place une juridiction administrative spéciale en matière économique, le Collège d'appel du commerce et de l'industrie⁷¹. Ce tribunal couvrant tous les secteurs sauf les médias, il connaît donc de l'ensemble des décisions des régulateurs dans le domaine des communications électroniques, de l'énergie, des transports, et du droit de la concurrence. Cependant, il n'est composé que de magistrats.

Dans deux pays au moins, le législateur a senti la nécessité d'accorder

B. La proposition

La création d'un tribunal de la régulation semble donc constituer une voie intéressante afin de résoudre les problèmes actuels que rencontre le contentieux de la régulation.

La France est dans une situation particulièrement paradoxale. À l'instar des autres pays, elle a multiplié le contentieux économique, mais elle continue à croire que des magistrats généralistes, et qui plus est judiciaires, pourront opérer un contrôle satisfaisant. Le Royaume-Uni s'est doté d'une véritable juridiction composée de hauts magistrats et d'experts.

La France, elle, confie le contentieux économique à un juge judiciaire non formé, sans moyen et peu habitué au contrôle des décisions administratives.

⁷⁰ C. Bellamy, « Le juge contrôleur du régulateur », in Marie-Anne Frison-Roche Droit et économie de la régulation, tome 1, Presses de Sciences Po, Hors collection, 2004, pp. 174-178, spéc. p. 176.

⁷¹ G. Marcou, « Régulation et service public – Les enseignements du droit comparé », in Droit de la régulation, service public et intégration régionale, tome 1, Comparaisons et commentaires, préc., p. 60 ; Tjarda van der Vijver, Cyriel Ruers, Netherlands: The establishment of “super regulator” ACM, février 2014, Revue Concurrences N° 1-2014, Art. n° 62197, pp. 248-253.

Auparavant, il faudra réfléchir à une difficulté. L'indépendance des autorités de régulation et la séparation fonctionnelle qui s'est opérée en leur sein entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement, se sont traduites par l'attribution à une autorité publique du pouvoir de faire un recours contre la décision de sanction : le président du collège de l'AMF peut ainsi faire un recours devant la Cour d'appel de Paris contre la décision de la Commission des sanctions le Commissaire du gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence peut lui faire un recours contre la décision de cette Autorité. C'est une situation inédite en droit administratif qui traduit la difficulté de concilier ce double degré d'indépendance (indépendance de l'organe de sanction au sein de l'autorité administrative indépendante) avec le besoin de préserver l'intérêt général, ou en tout cas d'opposer un contre-pouvoir à ces instances doublement indépendantes. Je ne vois pas d'hypothèse où, devant le juge administratif, l'administration serait à la fois demandeur et défendeur avec une autre partie concernée directement par la sanction.

Concernant le recours cette fois, il serait envisageable de prévoir le contrôle d'une juridiction administrative spécialisée, composée de juristes et d'économistes, capable de contrôler au fond les appréciations des autorités sectorielles. Cette juridiction étant composée d'experts, elle ne se reposerait pas uniquement, comme le fait la Cour d'appel de Paris, sur le contradictoire pour former son jugement et elle pourrait procéder à la réformation des décisions des autorités sectorielles de façon plus assurée.

La création d'une juridiction administrative spécialisée serait aussi l'occasion de permettre plus largement l'intervention des tiers dans le contentieux de la régulation, comme le fait le Competition Appeal Tribunal au Royaume-Uni. On rappellera que cette intervention est difficile devant le Conseil d'État étant donné la nature du recours, un recours de pleine juridiction.

De surcroît, cette proposition permettrait de rendre le droit français plus conforme à la jurisprudence européenne qui impose dans l'arrêt Vébic que les autorités d'application du droit de la concurrence soient parties à la procédure de recours elle permettrait enfin de revenir sur l'évolution que la Cour de cassation est en train de mettre en place et qui consiste à étendre l'empire du code de procédure civile aux procédures devant certaines autorités administratives indépendantes⁷².

⁷² La Cour de cassation juge que le code de procédure civile est applicable à la procédure devant l'Autorité de la concurrence « sauf disposition expresse contraire du code de commerce » (Cour de cassation, Ass. Plén., 7 janvier 2011, Société Philips France et Société Sony France, n° 09-14.316 et 09-14.667).