



HAL
open science

Recherche sur un modèle d'autorité de régulation dans l'Union européenne dans les secteurs économiques et financiers

Vincent Delval

► **To cite this version:**

Vincent Delval. Recherche sur un modèle d'autorité de régulation dans l'Union européenne dans les secteurs économiques et financiers. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2016. Français. NNT : 2016LIL20015 . tel-01968018

HAL Id: tel-01968018

<https://theses.hal.science/tel-01968018>

Submitted on 2 Jan 2019

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.

ComUE Lille Nord de France

Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion

Thèse délivrée par L'Université Lille 2 – Droit et Santé

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit
Présentée et soutenue publiquement par
Vincent DELVAL

Le 26 septembre 2016

<p>RECHERCHE SUR UN MODELE D'AUTORITE DE REGULATION DANS L'UNION EUROPEENNE DANS LES SECTEURS ECONOMIQUES ET FINANCIERS</p>
--

Directeur de thèse :

Madame Fabienne PERALDI-LENEUF,
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne,

Membres du jury:

Monsieur Hubert DELZANGLES,
Professeur à l'Institut d'études politiques de Bordeaux, rapporteur,

Monsieur Gabriel ECKERT
Professeur à l'Université de Strasbourg,

Monsieur Loïc GRARD,
Professeur à l'Université de Bordeaux IV, rapporteur,

Monsieur Francesco MARTUCCI,
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

REMERCIEMENTS

Je remercie le Professeur Fabienne Péraldi-Leneuf pour la rigueur de sa direction, ses précieux conseils, ses encouragements à pousser toujours plus loin la réflexion et la grande liberté intellectuelle qu'elle m'a laissée dans la réalisation de ce travail.

Mes remerciements s'adressent également aux Professeurs Hubert Delzangles, Gabriel Eckert, Loïc Grard et Francesco Martucci pour avoir accepté de participer à ce jury de thèse. Soyez assurés de ma profonde reconnaissance.

Je remercie chaleureusement Martine Cliquennois pour son indéfectible soutien et sa grande disponibilité. Je tiens à remercier les Professeurs Jean-Pierre Bourgois et Pauline Türk, ainsi que Michel Viviano et Alexandre Bonduelle pour m'avoir permis d'enseigner à leurs côtés. Merci aussi à tous ceux qui ont pu partager avec moi leur expérience, et notamment les services juridiques des autorités de régulation étudiées qui ont pris le temps de répondre à mes questions et de me transmettre de précieuses informations.

Je tiens enfin à remercier tout particulièrement mes amis, Gabriel, Cécile et Edouard, celle qui partage ma vie, Valériane, mon frère Rémy et mes parents, pour toutes les fois où je leur ai répondu « quand j'aurai fini ma thèse », pour leur soutien, leur patience et leur compréhension.

TABLE DES ABREVIATIONS

Pour faciliter la lecture, nous avons tenté de limiter l'usage des abréviations. Compte tenu du nombre d'autorités de régulation étudiées, cela n'a toutefois pas toujours été possible. Les autorités de régulation nationales (et leurs abréviations) ont été classées par Etat en annexe.

Abréviations générales :

AAI	Autorité administrative indépendante
AES	Autorité européenne de surveillance
ANFr	Agence Nationale des Fréquences
API	Autorité publique indépendante
ARI	Autorité de régulation indépendante
ARN	Autorité de régulation nationale
BCE	Banque centrale européenne
Cass.	Cour de Cassation
CBE	Comité bancaire européen
CCAS	Convention d'application de l'accord de Schengen
CE	Conseil d'Etat
CEAPP	Comité européen des assurances et des pensions professionnelles
CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
CESE	Conseil économique et social européen
CEVM	Comité européen des valeurs mobilières
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COCOM	Comité des communications
Concl.	conclusions
Conv. EDH	Convention européenne des Droits de l'Homme
cons.	considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel

dir.	sous la direction de
Ed.	Edition
fasc.	fascicule
FESCO	Forum of European Securities Commissions
GRASPE	Groupe de réflexion sur l'avenir du service public
Ibid.	A l'endroit indiqué dans la précédente citation
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
OCDE (OECD)	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
op. cit.	opus citatus (ouvrage précité)
p.	page
pp.	pages
PUF	Presses universitaires de France
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'État ou Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, selon la juridiction citée
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TIC	Techniques d'information et de communication
UE	Union européenne
UIT	Union internationale des télécommunications
Vol.	Volume

Principaux journaux officiels :

BGBI	Bundesgesetzblatt (Allemagne)
BOE	Boletín Oficial del Estado (Espagne)
BRO	Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich (Autriche)
GU	Gazetta Ufficiale (Italie)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JORF	Journal officiel de la République française (France)
Lov.	Lovtidende (Danemark)
LV	<i>Latvijas Vēstnesis</i> (Lettonie)

MB	Moniteur belge (Belgique).
MO	Monitorul Oficial (Roumanie)
NN	Narodne novine (Croatie).
DR	Diário da República (Portugal)
SFS	Svensk författningssamling (Suède)
VL	Virallinen Lehti (Finlande)

Abréviations des principaux organes de régulation :

ABE	Autorité bancaire européenne
ACRE	Agence de coopération des régulateurs de l'énergie
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
ACM	Autoriteit Consument & Markt
ADC	Autorité de la concurrence
AEAPP	Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles
AEEG	Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico
AEMCE	Autorité européenne du marché des communications électroniques
AEMF	Autorité européenne des marchés financiers
AESA	Agence européenne de la sécurité aérienne
AESM	Agence européenne pour la sécurité maritime
AFE	Agence ferroviaire européenne
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AGCOM	Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
AKOS	Agencija za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije (Agency for Communication Networks and Services of the Republic of Slovenia)
ALIA	Autorité Luxembourgeoise Indépendante de l'Audiovisuel
AMF	Autorité des marchés financiers
ANACOM	Autoridade Nacional de Comunicações
ANCOM	Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații
ANRE	Autoritatea Națională de Reglementare în domeniul Energiei

APR	Australia Prudential Regulatory Authority
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
ARAFER	Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières
ARJEL	Autorité de régulation des jeux en ligne
ART	Autorità di Regolazione dei Trasporti
ASF	Autoritatea de Supraveghere Financiară
ASIC	Australia Securities and Investment Commission
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BNetZA	Bundesnetzagentur
BKartA	Bundeskartellamt
CAA	Commissariat aux assurances
CBFA	Commission bancaire, financière et des assurances
CEER	Council of European Energy Regulators (Conseil des autorités réglementaires européennes dans le domaine de l'énergie)
CESR	Conseil européen du risque systémique
CMF	Conseil des marchés financiers
CNCL	Commission nationale de la communication et des libertés
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
COB	Commission des opérations de bourse
CONSOB	Commissione nazionale per le società e la Borsa
COVIP	Commissione di vigilanza sui fondi pensione
CRE	Commission de régulation de l'énergie
CREG	Commission de régulation de l'électricité et du gaz
CMA	Competition and Markets Authority
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CNIL	Commission nationale Informatique et Liberté
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
CSSF	Commission de surveillance du secteur financier
DERA	Energitilsynet (Danish Energy Regulatory Authority)
DFSA	Finanstilsynet (Danish FSA)

DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones
ENISA	Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information
ENRRB	European Network Rail Regulatory Bodies
ERG	European Regulatory Group
ERGEG	European Regulators Group for Electricity and Gas
ERGP :	European Regulators Group for Postal Services
ERSE	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
FCA	Financial Conduct Authority
FCC	Federal Trade Commission
FICORA	Finnish communications regulatory authority
FKTK	Finanšu un kapitāla tirgus komisija (Financial and Capital Market Commission)
FMA	Finanzmarktaufsicht
FSA	Financial Services Authority
FSMA	Autorité des services et marchés financiers
IBPT	Institut belge des postes et des télécommunications
ICC	Interstate Commerce Commission
ILR	Institut luxembourgeois de la régulation
IRA	Independent Regulatory Agencies
IRG	Independant Regulators Group (Groupe des régulateurs indépendants)
ISVAP	Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private
IRG – Rail	Independent Regulators’ Group – Rail
IVASS	Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni
KNF	Komisja Nadzoru Finansowego
MEKH	Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal (Hungarian Energy and Public Utility Regulatory Authority)
MRA	Malta Resources Authority
MSU	Mécanisme de surveillance unique
NMHH	Nemzeti Média és Hírközlési Hatóság (National Media and Infocommunications Authority)
Ofcom	Office of Communications

Ofgem	Office of Gas and Electricity Markets
Ofwat	Water Services Regulation Authority
OPRA	Occupational Pensions Regulatory Authority
ORECE	Organe des régulateurs européens des communications électroniques
ORR	Office of Rail Regulation
PRA	Prudential Regulation Authority
PTS	Post-och Telestyrelsen
PUC	Sabiedrisko pakalpojumu regulēšanas komisija (Public Utilities Commission)
RTR	Rundfunk und Telekom Regulierungs
RÚ	Úrad pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb (Regulatory Authority for Electronic Communications and Postal Services)
SESF	Système européen du risque systémique
SEC	Securities and Exchange Commission
SEWRC	State energy and water regulatory Commission
ÚRSO	Úrad pre reguláciu sieťových odvetví (Regulatory Office for Network Industries)

Abréviations des revues :

AJCT	Actualité juridique, collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique, droit administratif
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJ Pénal	Actualité juridique, pénal
APT	Administration publique. Trimestriel
CMLR	Common Market Law Review
CPN	Competition Policy Newsletter
D.	Recueil Dalloz
DA	Revue Droit Administratif
Europe	Revue Europe
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

J.-Cl.	Juris Classeur
JCP. A.	La semaine juridique (Jurisclasseur périodique) Edition Administrations et collectivités territoriales.
JCP. E.	La semaine juridique (Jurisclasseur périodique) Edition Entreprises et affaires.
JCP. G.	La semaine juridique (Jurisclasseur périodique) Edition générale
JDI	Journal de Droit international
JEPP	Journal of European Public Policy
LPA	Les Petites affiches
MMR	Multimedia und Recht
RAP	Revista de administración pública
RDBF	Revue de Droit bancaire et financier
RDP	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDUE	<i>Revue du Droit de l'Union européenne</i>
REDBF	Revue européenne de Droit bancaire et financier
REF	<i>Revue d'économie financière</i>
RFAP	<i>Revue française d'administration publique</i>
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFE	<i>Revue française d'économie</i>
RIDC	Revue internationale de Droit comparé
RIEJ	<i>Revue interdisciplinaire d'études juridiques</i>
RISA	Revue internationale de Science administrative
RISF	Revue internationale des services financiers
RJEP	<i>Revue juridique de l'économie publique</i>
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RLDA	Revue Lamy Droit des affaires
RLDI	<i>Revue Lamy Droit de l'immatériel</i>
RTD Com.	Revue trimestrielle de Droit commercial
RTD Eur.	Revue trimestrielle de Droit européen
RTDF	Revue trimestrielle de Droit financier

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

LA CONSTRUCTION D'UN CADRE STRUCTUREL ET FONCTIONNEL RATIONALISE POUR LES AUTORITES DE REGULATION _____ 51

Titre I – La nécessaire mutation de l'architecture des autorités de régulation _____ 53

Chapitre 1 – La transformation de l'architecture de l'autorité de régulation nationale : de l'autorité de régulation sectorielle à l'autorité de régulation intégrée _____ 55

Chapitre 2 – La recherche d'un nouvel échelon européen de régulation : l'émergence de nouveaux acteurs _____ 151

Titre II – L'octroi de pouvoirs étendus au profit d'une plus grande efficacité _____ 227

Chapitre 1 – A l'échelle nationale : la constitution d'un socle commun de pouvoirs _____ 229

Chapitre 2 – A l'échelle de l'Union européenne : des pouvoirs en plein essor _____ 315

SECONDE PARTIE

L'INDISPENSABLE MISE EN OEUVRE DES CRITERES DE LA BONNE GOUVERNANCE AUPRES DES AUTORITES DE REGULATION _____ 377

Titre I – L'indépendance, principale protection de l'efficacité du régulateur _____ 379

Chapitre 1 – Les facteurs de l'indépendance des autorités de régulation _____ 382

Chapitre 2 – La mesure de l'indépendance des autorités de régulation _____ 422

Titre II – La quête de la légitimité, nouvelle source de crédibilité du régulateur _____ 547

Chapitre 1 – La recherche d'une légitimité d'entrée des autorités de régulation par la reddition des comptes _____ 549

Chapitre 2 – Les formes alternatives de légitimité comme sources d'une légitimité propre aux autorités de régulation _____ 598

Table des annexes _____ 679

Bibliographie _____ 743

Table des matières _____ 837

INTRODUCTION

Le mouvement de libéralisation qu'ont connu les économies des pays industriels dès la fin du XIX^{ème} siècle a eu pour conséquence de mettre progressivement fin aux monopoles qui caractérisaient certains marchés et secteurs économiques¹. Prenant forme en filigrane de l'achèvement du marché unique et de la libéralisation des mouvements de capitaux², ce mouvement d'ouverture à la concurrence³ atteint tant les marchés financiers européens que les activités en réseaux, avec pour objectif de rendre leurs activités plus performantes en termes de prix et de qualité⁴. Leur libéralisation vint également transformer leur cadre juridique et leurs règles de fonctionnement, en participant à un vaste processus de déréglementation⁵, principale contrepartie à l'introduction de mécanismes de concurrence⁶. Cette évolution, initiée par les Etats-Unis et le Royaume-Uni, se traduit alors par une « remise en question du rôle actif de l'Etat dans le fonctionnement de l'économie »⁷,

¹ Il s'agissait tant des grands monopoles étatiques existant dans les services publics en réseaux, comme les télécommunications, l'électricité, les postes, que des monopoles naturels et historiques, comme les bourses historiques qui fonctionnaient sous forme mutualiste.

² Alors que le traité de Rome de 1957 prévoit la libre circulation des capitaux, les Etats membres avaient adopté des mesures de sauvegarde qui ont largement freiné ce processus, en soumettant les opérations financières réalisées avec d'autres Etats membres à des autorisations préalables appelées « contrôles des changes ». Cette situation prit fin avec la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, JO L 178 du 8/7/1988, p. 5.

³ C. HENRY et M. MATHEU, « New regulations for public services in competition », in C. HENRY, M. MATHEU et A. JEUNEMAÎTRE (dir.), *Regulation of network Utilities, the European experience*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 13 : « To liberalize is to open to competition ».

⁴ F. LEVÊQUE, *Economie de la réglementation*, La Découverte, Coll. Repères, 2004, p. 66.

⁵ La déréglementation ne signifie pas la disparition de toute réglementation, notamment en droit de la concurrence, laquelle est une condition essentielle au bon fonctionnement des marchés, mais ne doit pas être confondue avec la régulation, qui la dépasse et produit une fin en soi. G. MAJONE, « Deregulation or Re-regulation ? Introduction », in G. MAJONE (dir.), *Deregulation or Re-regulation ? Regulatory Reform in Europe and the United States*, Londres, Pinter, 1990, p. 1. Voir également les actes du Colloque sur Les déréglementations, organisé à Paris au Sénat les 6 et février 1987 par l'Institut Français des Sciences Administratives, et notamment l'intervention de Jean-Yves Chérot sur « le droit de la concurrence dans la politique de déréglementation » : « en matière économique, la déréglementation se présente au-delà d'une simplification des règles comme une ouverture de l'économie à la concurrence. Elle ne conduit pas nécessairement à la disparition des réglementations ».

⁶ Ces mécanismes de concurrence visent à constater et à sanctionner ex post les comportements défectueux (ententes, abus de position dominante, etc.) par une autorité de la concurrence qui « répare » le marché. Voir : M.-A. FRISON-ROCHE, « Autorégulation », *Les 100 mots de la régulation*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2011.

⁷ H. COURIVAUD, « Droit de la concurrence et entreprises publiques. L'adaptation des entreprises publiques françaises à un environnement concurrentiel mondialisé », *J.-Cl. Concurrence Consommation*, Fasc. 122, § 18.

encourageant l'autorégulation⁸ des marchés concurrentiels dès lors que ceux-ci étaient considérés comme équilibrés⁹.

Lorsque ces secteurs ne peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes, parce que la libéralisation est trop récente, parce qu'il existe un monopole économiquement définitif, ou parce qu'il y a une asymétrie d'information¹⁰, l'autorégulation n'est toutefois plus permise. Il revient alors au droit de prendre « en charge la construction, la surveillance et le maintien de force de ces grands équilibres »¹¹, et l'Etat, comme « arbitre du jeu économique », joue le rôle d'un « régulateur »¹². On recourt alors traditionnellement au terme de « régulation » pour définir cette nouvelle fonction qui implique une rupture avec la logique de l'Etat providence¹³. Cette « régulation » ne se laisse toutefois pas définir aisément¹⁴, apparaissant comme un terme « flou, polysémique, utilisé dans des sens extrêmement variés, voire passablement contradictoires »¹⁵, de telle sorte qu'il est complexe de déterminer ce qu'elle est et quelle forme elle doit prendre¹⁶. D'un point de vue fonctionnel, nous retiendrons que la régulation doit s'entendre comme la fonction « tendant à réaliser certains équilibres entre concurrence et d'autres impératifs d'intérêt général, à veiller à des équilibres que le marché ne peut produire à lui seul »¹⁷, en somme « un moyen terme entre la gestion étatique

⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Autorégulation », Les 100 mots de la régulation, op. cit. : « L'autorégulation désigne un système apte à définir son équilibre par ses seules forces, ou s'il y a un dysfonctionnement en son sein, à le rétablir par ses seules forces ».

⁹ C'est à dire répondant de l'unique jeu de l'offre et la demande.

¹⁰ L'asymétrie d'information est une notion économique liée à la théorie de la concurrence sur les marchés. Le fonctionnement équitable des marchés requiert que les acteurs économiques présents sur le marché (entreprises, consommateurs, etc.) soient « bien informés ». L'asymétrie d'information désigne une imperfection dans l'information des acteurs qui est de nature à fausser la concurrence.

¹¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », D., 2001, p. 614.

¹² J. CHEVALLIER, « L'Etat régulateur », RFAP, n° 111, 2004, p. 473.

¹³ Ibid. : « l'Etat comme régulateur du jeu économique implique une double rupture avec la logique de l'Etat providence. D'une part, l'Etat ne saurait être un Etat producteur [...]. D'autre part, l'Etat ne saurait être un Etat dirigiste. ». Voir également P. BAUBY, « Service public : de la tutelle à la régulation », Flux, Vol. 14, n° 31, 1998, p. 25.

¹⁴ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, Réflexions sur les autorités administratives indépendantes, EDCE, Paris, La Documentation française n° 52, 2001, p. 279.

¹⁵ J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », Droit et Société 49-2001, p. 830.

¹⁶ Pour une analyse des différentes définitions et types de la régulation, voir : J-P. COLSON, P. IDOUX, Droit public économique, 7^e édition, L.G.D.J, 2014, p. 460 et s. ; D. CUSTOS, « La notion américaine de régulation », in G. MARCOU et F. MODERNE (dir.), Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 : Comparaisons et commentaires, Editions L'Harmattan, 2005, p. 146 et s. ; R. RAMBAUD, L'institution juridique de régulation: recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2012, pp. 24 et s.

¹⁷ M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », AJDA 2005, p. 531.

et le marché »¹⁸. Mais le terme désigne aussi, d'un point de vue organique, un certain « design institutionnel »¹⁹, c'est à dire l'existence d'autorités créées en vue de remplir cette fonction.

La fonction de régulation, initialement partagée entre différentes institutions administratives²⁰, a progressivement subi une évolution dictée par la remise en cause de l'intervention des institutions classiques²¹. En la confiant désormais pour l'essentiel à des institutions de régulation économique²², les « autorités de régulation » – expression dont la commodité ne fait pas oublier son absence de sens juridique²³ – les Etats modernes ont ainsi tenté d'institutionnaliser une catégorie d'autorités sans toutefois la définir. Sans doute est-ce la raison pour laquelle dans un « zoo administratif »²⁴ composé d'une multitude d'agences et d'organismes publics, la doctrine italienne l'évoque sous la métaphore animale de l'ornithorynque, ce mammifère au museau large aboutissant à un grand bec, à la queue plate, au corps aplati, aux pattes courtes et à la fourrure moelleuse²⁵, dont il est difficile de dire s'il relève plus du castor ou du canard. Contraint par le droit de l'Union européenne, ou libre, à des fins d'impartialité et de crédibilité, le mouvement de création de ces autorités n'est donc pas sans poser certaines difficultés, la diversité de leurs statuts étant à l'origine d'une « mosaïque juridique qui nuit à l'unité de cette catégorie d'institutions »²⁶.

¹⁸ L. COHEN-TANUGI, « Une doctrine pour la régulation », *Le Débat*, n° 52, 1988, p. 57.

¹⁹ M. LOMBARD, « Introduction générale », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 3.

²⁰ C. GUENOD, *Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel : modèles communautaires et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie*, Thèse, Université Paris IX, 2009, p. 29 et p. 147 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « La régulation, objet d'une branche du droit », in *Droit de la régulation : questions d'actualité*, *LPA*, n° spécial, 3 juin 2002, p. 4.

²¹ R. RAMBAUD, *L'institution juridique de la régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, op. cit., p. 560.

²² Si par des pratiques et des techniques spécifiques chaque secteur fait l'objet d'une régulation particulière en fonction des caractéristiques des marchés régulés et des objectifs poursuivis, l'institutionnalisation de la régulation a pris une forme identique partout, celle de l'« autorité de régulation ».

²³ G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 351 ; « Introduction », in G. MARCOU et F. MODERNE (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome 2 *Expériences européennes*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2011, p. 20.

²⁴ T. BACH et W. JANN, « Des animaux dans un zoo administratif : le changement organisationnel et l'autonomie des agences en Allemagne », *RISA*, n° 3, Vol. 76, 2010, p. 469.

²⁵ D. SORACE, « Régulation économique et démocratie politique : un point de vue italien », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, op. cit., p. 156 ; G. GIRAUDI et M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti - dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Rome-Bari, Laterza, 2001, p. 201.

²⁶ J.-D. DREYFUS, « Les autorités de régulation indépendantes au croisement des droits administratif, civil et pénal. Etude des règles de procédure, de contrôle juridictionnel et relatives au pouvoir de sanction », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, Vol. 25, 2011, p. 297.

Malgré l'absence de régime uniforme, une finalité commune anime pourtant ces autorités car celles-ci répondent toutes à quatre desseins : encadrer, contrôler, sécuriser et protéger. Une partie de la doctrine française s'est d'ailleurs déjà penchée sur l'opportunité d'une rationalisation de la figure de l'autorité de régulation, et à cet effet, les premières pierres de ce qui pourrait constituer un modèle d'autorité de régulation ont été posées²⁷. Au mieux, ces auteurs n'ont cependant admis que l'émergence d'un « modèle européen d'autorité(s) de régulation, composé d'une diversité d'autorités, du moins pour l'instant »²⁸, ce qui montre bien qu'« un modèle organisationnel idéal pour les autorités de régulation – s'il en existe un – est toujours à construire »²⁹.

Reprenant cette « idée dans l'air » qui n'attendait qu'à être développée et formalisée, la présente thèse, dont l'objet de recherche est l'autorité de régulation (I), a pour problématique de déterminer s'il est possible et souhaitable de construire un modèle européen d'autorité de régulation (II), en s'appuyant sur une analyse comparée des secteurs des économiques en réseaux et des secteurs financiers dans l'Union européenne (III).

I. L'objet de la recherche : l'autorité de régulation

La recherche de la figure de l'autorité de régulation a déjà fait l'objet de plusieurs études³⁰ qui se cantonnent toutefois essentiellement à des recherches de droit interne. Si la

²⁷ Voir notamment : A. BOUJEKA, « Vers un modèle de régulation des marchés financiers dans l'Union européenne », D. 2012, p. 1355 ; J. WALTHER, « Un "modèle allemand" d'autorité de régulation pour l'Europe ? - Concentration et diversification des autorités de régulation sectorielle en Allemagne », RJEP n° 692, Décembre 2011, p. 23 ; H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », RJEP n° 692, Décembre 2011, p. 2 ; T. FOSSIER, « Vers un droit procédural commun des autorités de régulation », RJEP n° 692, Décembre 2011, p. 5 ; G. DELLIS, « Régulation et droit public "continental". Essai d'une approche synthétique », RDP n° 4, 1er juillet 2010, p. 958.

²⁸ H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », op. cit., p. 3.

²⁹ G. DELLIS, « Régulation et droit public "continental". Essai d'une approche synthétique », op. cit., p. 958. Pour l'auteur, ancien référendaire à la CJUE, « on constate que le modèle de la régulation est sans doute synonyme de la remise en question de certaines séparations étanches sur lesquelles reposait pendant longtemps la conception traditionnelle du droit public économique. Dans le cadre des services ici examinés apparaît d'une manière significative une osmose multiple entre droit public et privé, entre « espaces » public et privé, entre les aspects économique et social de l'intérêt général, entre les systèmes juridiques continentaux et anglo-saxons, entre les ordres nationaux et supranationaux, de même qu'entre les sciences juridiques, sociales et économiques. Ces divisions perdent désormais leur clarté, sinon leur raison d'existence ».

³⁰ R. RAMBAUD, *L'institution juridique de la régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, op. cit., p. 583 ; T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2011, p. 61 ; K.F. GÄRDITZ,

doctrine a parfois cherché à encadrer ce type d'autorité³¹, le plus souvent, on fait référence aux autorités de régulation (ou regulatory authorities en anglais) sans se soucier de définir les organismes qui effectivement rentrent dans cette catégorie, ce qui ne permet que difficilement d'entrevoir une notion commune aux différents Etats membres de l'Union. Face à l'absence de catégorie juridique susceptible d'identifier la figure de l'autorité de régulation en droit interne (A), cette démarche doit se faire à partir du droit de l'Union (B).

A. L'absence de catégorie juridique de l'autorité de régulation en droit interne

Ni les législations nationales, ni les catégories juridiques existantes en droit interne ne semblent capables d'identifier une figure homogène de l'autorité de régulation dans les Etats membres de l'Union européenne.

1. Dans les législations nationales

On retrouve peu la notion d'autorité de régulation en droit positif. Aux Etats-Unis, on se réfère à la notion d'Independent Regulatory Agencies (IRA) qui sert de référence à la construction des autorités de régulation³², autorités administratives indépendantes du Président. S'il n'existe pas de définition des IRA, celles-ci se sont développées dans le but de prendre en charge la régulation des marchés des Public utilities³³, pour constituer une notion juridique bien établie³⁴. La première Independent Regulatory Agencies, l'Interstate Commerce Commission (ICC), a ainsi été créée en 1887 afin d'attribuer les licences aux entreprises ferroviaires³⁵, avant que la terminologie de l'IRA ne soit étendue à la Federal Trade Commission (FTC) chargée du respect du droit de la concurrence, puis lors du New Deal à de nombreux autres domaines. Si ces IRA présentent plusieurs points communs au

« Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen », Archiv des öffentlichen Rechts, Vol. 135, 2010, p. 221 ; A. BAKAVECKAS et I. DEVIATNIKOVAITE, « Independent Regulatory Agencies : Possibilities to Identify the Peculiarities of their Activity and their Position in the System of Lithuanian Public Administration Bodies », Societal Studies, Vol. 3, Iss. 3, 2009, p. 333.

³¹ Pour l'« autorité indépendante de marché », voir : J.-Y. CHEROT, Droit public économique, 2^{ème} éd., Economica, p. 314 ; Pour l'« autorité administrative indépendante de marché », voir : S. NICINSKI, Droit public des affaires, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 4^e éd., 2014, p. 53.

³² F. MODERNE, « Etude comparée, les modèles étrangers », in J.-C. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), Les autorités administratives indépendantes, Paris, PUF, 1988, p. 188.

³³ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, Thèse, Université Bordeaux, 2008, p. 45.

³⁴ M. MATHEU, « L'Europe à l'école américaine et britannique », Sociétal n° 30, 2000, p. 57.

³⁵ E. ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis, Paris, Dalloz, 2010, p. 201.

nombre desquels la particularité de cumuler des pouvoirs quasi-législatifs, quasi-réglementaires et quasi-judiciaires³⁶, il faut relativiser la notion d'IRA comme une notion juridique de l'autorité de régulation. L'IRA vise en effet une catégorie très large d'agences qui sont placées hors d'un département ministériel comme la Federal Election Commission ou la Nuclear Regulatory Commission³⁷.

En Europe, le droit positif recourt quant à lui très peu à cette terminologie. Certes, en France, le législateur y a fait directement référence à plusieurs reprises, avec l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL), auxquelles on pourrait ajouter la Commission de régulation de l'énergie (CRE). Ailleurs en Europe, les références à la « régulation » sont toutefois moins nombreuses. Il y a bien la Commission de régulation de l'électricité et du gaz en Belgique et l'Institut luxembourgeois de la régulation au Luxembourg, qui s'en approchent, mais la terminologie « autorité de régulation » n'est pas employée. Au Royaume-Uni, le terme de « régulation » a même disparu concernant l'Office of Rail Regulation (ORR), autorité chargée du secteur du transport ferroviaire, qui a été remplacé par l'Office of Rail and Road depuis l'Infrastructure Act de 2015. En revanche, le législateur britannique recourt à cette terminologie pour des organismes qui n'interviennent pas dans des secteurs économiques, comme l'ancienne Occupational Pensions Regulatory Authority (OPRA)³⁸, organisme chargé de la gestion des pensions de retraites.

Si dans la plupart des Etats membres, les Parlements nationaux utilisent la formule de « l'autorité de régulation » pour faire référence à une catégorie d'institutions dans laquelle ils font entrer des organismes différents, plusieurs législations nationales ont néanmoins recouru ces dernières années à cette appellation pour catégoriser certains types d'institutions. C'est le cas par exemple en Roumanie, où les autorités chargées du contrôle des secteurs des

³⁶ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 67.

³⁷ D. CUSTOS, « La notion américaine de régulation », in G. MARCOU et F. MODERNE (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome 1, Comparaisons et commentaires, op. cit., p. 149. La liste des IRA est disponible sur : <https://www.acus.gov/CIRA>.

³⁸ L'Occupational Pensions Regulatory Authority a été remplacé par le Pensions Regulator depuis le Pensions Act 2004.

communications électroniques, l'ANCOM³⁹, et de l'énergie, l'ANRE⁴⁰, ont reçu cette appellation. Parfois, seules les autorités chargées de certains secteurs économiques reçoivent cette terminologie, comme au Portugal pour le secteur de l'énergie⁴¹ et en République slovaque, où cette terminologie est utilisée pour qualifier l'organisme chargé de la régulation des secteurs énergétiques⁴². En conséquence, et sans toutefois affirmer radicalement qu'« il n'existe nulle part une notion juridique d'autorité de régulation »⁴³, nous constatons que le choix de cette terminologie reste rare dans l'Union européenne, ce qui interdit toute systématisation.

2. Dans les catégories institutionnelles nationales

Comme les autres catégories institutionnelles nationales, celle de l'« autorité administrative indépendante » ne permet pas d'identifier celle de l'« autorité de régulation ».

a. La catégorie juridique de l'autorité administrative indépendante

En France, les autorités de régulation appartiennent pour l'essentiel à la catégorie des autorités administratives indépendantes (AAI)⁴⁴. Consacrée rétrospectivement par l'ordonnance du 28 septembre 1967 instituant la Commission des opérations de bourse (COB)⁴⁵ puis pour la première fois en droit positif par l'article 8 de la Loi 78-17 du 6 janvier 1978 créant la Commission nationale de l'informatique et des libertés, la catégorie juridique de l'AAI connaît en France un succès retentissant que les nombreux rapports et études qui lui sont consacrés ne font que confirmer⁴⁶. Si certains critères communs aux AAI ont été

³⁹ *Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații* ; Litt : Autorité nationale pour la gestion et la régulation des communications

⁴⁰ *Autoritatea Națională de Reglementare în domeniul Energiei* ; Litt : Autorité nationale de régulation du secteur de l'énergie

⁴¹ *Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos - ERSE* ; Litt : Autorité de régulation des services énergétiques

⁴² *Úrad pre reguláciu sieťových odvetví - ÚRSO* ; Litt. : Autorité de régulation des industries de réseaux.

⁴³ G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », op. cit., p. 347.

⁴⁴ Cette qualification a pu être donnée par le législateur. L'ACP est par exemple qualifiée d'autorité administrative indépendante par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010. Elle a pu également l'être par le juge. C'est le cas par exemple de l'ARCEP, par une décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1996, n° 96-378 DC, ou de la CRE, par le Conseil d'Etat dans son rapport public de 2001.

⁴⁵ Même si rien n'indique précisément que la COB constituait une AAI, il semblerait que cet organe de régulation constitue la première de ces autorités. Voir M.-A. FRISON-ROCHE, « Autorités administratives incompréhensibles (AAI) », JCP. G., 29 novembre 2010, 1166.

⁴⁶ Voir notamment : R. DOSIERE et C. VANNESTE, Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, 2010 ; P. GELARD,

identifiés⁴⁷, cette catégorie juridique n'est toutefois pas « précisément définie »⁴⁸ ni « dépourvue d'ambiguïté »⁴⁹. Elle rassemble en effet de très nombreuses entités qui n'ont que peu à voir avec les secteurs économiques et financiers et qui ne participent pas à une fonction de régulation⁵⁰. Cette catégorie juridique née en France s'est exportée avec force dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne⁵¹. C'est le cas de la Belgique qui y recourt pour qualifier plusieurs institutions publiques. Le législateur belge s'étant toutefois abstenu de la définir plus précisément, c'est aux jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation, relayées par d'abondants enseignements doctrinaux, qu'est revenu le mérite d'avoir défini en Belgique l'autorité administrative indépendante⁵². Les critères alors dégagés en droit belge pour qualifier une autorité d'AAI se rapprochent ainsi de ceux de l'AAI française⁵³. En Roumanie aussi, la doctrine relève que la catégorie de l'« autorité administrative indépendante » (*autoritate administrativă autonomă*) est directement inspirée de la catégorie française⁵⁴. Cette inspiration peut justifier que des autorités de régulation roumaines soient qualifiées de la sorte, mais pas uniquement puisque la catégorie de l'AAI y est également beaucoup plus large que celle de l'autorité de régulation⁵⁵.

Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, 2006 ; Conseil d'Etat, Rapport public 2001, op. cit..

⁴⁷ J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », RFDA 2010, p. 896.

⁴⁸ P. GELARD, Rapport sur les autorités administratives indépendantes, op. cit., p. 21.

⁴⁹ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 287.

⁵⁰ Par exemple : l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES), qualifiée d'autorité administrative indépendante par l'article 9 de la loi de programme pour la recherche n°2006 450 du 18 avril 2006 ou l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (ACNUSA), qualifiée d'autorité administrative indépendante par l'article L. 227-1 du code de l'aviation civile.

⁵¹ Pour une étude comparée sur les AAI en général, voir : F. MODERNE, « Etude comparée, les modèles étrangers », in C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), Les autorités administratives indépendantes, PUF, Coll. Les voies du droit, 1988, p. 206.

⁵² D. DELVAX, « Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative », APT, 2001, p. 196 ; M. LEROY, Contentieux administratif, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 268 et s.

⁵³ D. DE ROY, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge », in Rapports belges au 17^e Congrès de l'Académie Internationale de Droit comparé à Utrecht, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 711.

⁵⁴ E. VERESS, « Considerații generale privind autoritățile administrative autonome », Revista Româno-Maghiară de Științe Juridice, n° 2/2011, p. 6.

⁵⁵ L'article 7 de la Loi n° 123/2012 *energiei electrice și a gazelor naturale* qualifie l'ANRE d'autoritate *administrativă autonomă*, comme l'article 1er de la Loi n° 113/2010 du 15 juin 2010 privind înființarea Autorității Naționale pentru Administrare și Reglementare în Comunicatii pour l'ANCOM. A propos de l'Autorité de supervision financière roumaine également qualifiée d'AAI, voir : R. PETRESCU, « Cu privire la înființarea unei noi autorități administrative autonome, Autoritatea de Supraveghere Financiară », Universul Juridic, 14 novembre 2014.

Enfin, les droits espagnols, néerlandais et italiens disposent également d'une catégorie juridique proche de celle de l'AAI. En Espagne, elle prend la forme d'une notion doctrinale qui rassemble plusieurs entités publiques jouissant d'une certaine autonomie par rapport au Gouvernement⁵⁶. La plupart de ces autorités reçoivent la qualification en droit positif d'« organisme public » (organismos públicos) et bénéficient d'une indépendance à l'égard du pouvoir politique. Parmi eux figurent la la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)⁵⁷ qui surveille le marché des valeurs mobilières et la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)⁵⁸ chargée du contrôle des réseaux d'utilité publique et de la concurrence, mais aussi des organes qui n'ont aucun lien avec l'économie, comme le Conseil de sécurité nucléaire (Consejo de Seguridad Nuclear), qui fut par ailleurs la première de ces entités indépendantes de l'administration centrale de l'Etat en 1980. Ces organismes publics ne présentent cependant pas les mêmes caractéristiques que les AAI françaises puisque le législateur espagnol leur octroie par exemple la personnalité juridique⁵⁹. Aux Pays-Bas, il existe également des « organes administratifs indépendants »⁶⁰, mais la plupart d'entre eux sont placés dans un ministère et sous la tutelle du ministre⁶¹. Enfin en Italie, la catégorie de l'autorité administrative indépendante (Autorità amministrative indipendenti) existe mais semble plus restrictive. Si le droit positif n'y fait pas référence dans les différentes lois instituant les organismes chargés de la régulation, la doctrine a toutefois créé elle-même cette catégorie qui fut reprise par le législateur, lequel en a précisé les contours⁶². Figurent ainsi au nombre des Autorità amministrative indipendenti toutes les autorités de régulation des services publics en réseaux et des secteurs financiers. D'autres autorités leurs ont toutefois été ajoutées, comme l'Autorité nationale contre la corruption (Autorità Nazionale Anticorruzione) et l'Autorité de protection des données personnelles (Garante per la protezione dei dati personali).

⁵⁶ A. BETANCOR RODRIGUEZ, « L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes », in Conseil d'Etat, Rapport public 2001, op. cit., p. 412.

⁵⁷ La disposition additionnelle n° 10 de la Loi 6/1997 du 14 avril 1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado fait expressément référence à la CNMV dans la liste des organismos públicos.

⁵⁸ L'article 1er de la Loi 3/2103 du 4 juin 2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia renvoie à la disposition additionnelle n°10 de la Loi 6/1997.

⁵⁹ S. RODRIGUES, Services publics et services d'intérêt économique général dans la communauté européenne : éléments de droit compare et analyse du droit communautaire, Thèse, Paris, 1999, p. 454.

⁶⁰ Il s'agit des Zelfstandig Bestuursorgaan (ZBO) et des Verzelfstandigde Organisaties (OI).

⁶¹ G. MARCOU, « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », in G. MARCOU et F. MODERNE (dir.), Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1, Comparaisons et commentaires, op. cit., p. 42.

⁶² Chambre des députés, *Documento approvato dalla I Commissione permanente a conclusione dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti*, DOC. XVII, n° 17, Rome, 12 février 2012.

Malgré les perspectives d'une catégorie juridique pouvant correspondre à celle de l'autorité de régulation, le constat d'une impossible assimilation à l'AAI s'impose. Concernant le seul cas français, les Professeurs Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux relèvent ainsi qu'« il est préférable de les envisager séparément des AAI pour deux raisons. En premier lieu, même lorsqu'elles interviennent en matière économique, toutes les AAI ne possèdent pas les attributs d'un véritable régulateur [...]. En second lieu, de façon symétrique, tous les régulateurs indépendants intervenant en matière économique n'ont pas un statut d'AAI »⁶³. En France, on pense notamment aux autorités publiques indépendantes (API) qui se sont vues octroyer la personnalité morale⁶⁴.

b. La diversité des catégories institutionnelles nationales

Outre les difficultés rencontrées en France et dans les Etats du sud de l'Europe, le Royaume-Uni et l'Allemagne illustrent également l'impossibilité de recourir à des catégories préexistantes pour qualifier leurs ARN. Au Royaume-Uni, Thomas Perroud a montré que les différentes autorités chargées de contrôler et de surveiller les secteurs des réseaux rentrent bien dans la catégorie des public bodies, mais que ce terme regroupe des instances très diverses⁶⁵. Parmi les autorités chargées d'une fonction de régulation, l'auteur distingue notamment les non-departmental public bodies, aussi appelés Quangos (quasi-autonomous non governmental organisations) des non-ministerial government departments et des public corporations, auxquels il faut ajouter des entités privées (private companies) chargées de certains secteurs, notamment le secteur financier. En Allemagne, il n'existe pas d'autorité administrative indépendante du Gouvernement⁶⁶ et les différentes institutions relèvent de plusieurs catégories d'« autorités administratives ». L'Office fédéral des cartels (Bundeskartellamt – BKartA) et l'Agence fédérale des réseaux (Bundesnetzagentur – BNetzA) sont des « autorités supérieures fédérales autonomes » (selbständige

⁶³ J-P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, op. cit., p.588 et s.

⁶⁴ C'est le cas de l'AMF, qualifiée d'autorité publique indépendante, dotée de la personnalité morale par l'article 11 de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 et de l'ARAFER, qualifiée d'autorité publique indépendante et dotée de la personnalité morale par l'article 2 de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003.

⁶⁵ T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., p. 69.

⁶⁶ G. HERMES, « Les autorités administratives dépendantes et indépendantes. Un aperçu de l'administration fédérale », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne, Société de législation comparée, Coll. de l'UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 25, 2011, p. 101.*

Bundesoberbehörde), alors que l'autorité chargée du contrôle des marchés financiers, la Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) est un établissement public.

Le recours aux catégories institutionnelles existantes ne permet donc pas d'identifier la figure des autorités de régulation, « les autorités ainsi dégagées [appartenant] toujours à une autre catégorie juridique »⁶⁷. Si le droit positif interne en est incapable, le droit de l'Union européenne permet en revanche de solutionner au moins pour partie cette difficulté.

B. L'identification de l'autorité de régulation par le droit de l'Union européenne

L'identification de la catégorie homogène de l'autorité de régulation nationale (ARN) par le droit de l'Union permet de déterminer par extension la figure de l'autorité de régulation, en droit interne et au-delà, grâce à l'harmonisation de la notion faite par la doctrine.

1. L'identification de l'autorité de régulation nationale en droit de l'Union européenne

Cette identification est née du droit dérivé encadrant les secteurs des communications, des postes et de l'énergie. Dans les premières directives portant sur les services publics en réseaux, et notamment dans celles imposant une ouverture à la concurrence des secteurs des télécommunications et des postes, le législateur de l'UE a d'abord recouru à la catégorie de l'« autorité réglementaire nationale ». Furent ainsi imposées dans le secteur des télécommunications, « conformément au principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation et au principe de subsidiarité, les autorités réglementaires nationales »⁶⁸, lesquelles sont définies « dans chaque Etat membre, [comme] l'organe ou les organes qui sont juridiquement distincts et fonctionnellement indépendants des organismes de télécommunications et auxquels l'Etat membre confie, entre autres, les fonctions réglementaires relevant de la présente directive »⁶⁹. La même terminologie, qui est employée dans la directive 97/67/CE relative au secteur postal pour définir les autorités séparées des opérateurs postaux chargées du bon fonctionnement du service universel ainsi

⁶⁷ G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », op. cit., p. 347.

⁶⁸ Cons. 14 de la Directive 92/44/CEE du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, JO L 165 du 19/6/1992, p. 27.

⁶⁹ Art. 2, § 2 de la Directive 92/44/CEE.

que de la mise en œuvre d'une concurrence non faussée⁷⁰, le sera également dans les directives suivantes propres à ces deux secteurs⁷¹. Dans le secteur de l'énergie, seule la référence initialement à une « autorité compétente »⁷², qui est « une autorité ou un organisme public ou privé indépendant des activités de production, de transport et de distribution d'électricité (et du gaz) »⁷³ est faite, sans qu'elle soit qualifiée d'autorité réglementaire. Cette autorité compétente pouvait d'ailleurs se doubler d'une autre autorité chargée de régler les litiges entre entreprises du secteur⁷⁴. Il faut attendre les directives de 2009 pour que soit utilisée la terminologie d'« autorité de régulation nationale » dans les secteurs de l'électricité et du gaz.

L'utilisation de cette formule est intéressante dans la mesure où elle a fait l'objet de réflexions doctrinales importantes en comparaison de celle de l'« autorité réglementaire nationale ». Certains auteurs se sont ainsi interrogés sur la traduction du terme anglo-saxon *regulation* qui signifie en français « réglementation » et non « régulation »⁷⁵. D'autres ont fait remarquer que la notion d'« autorité de régulation » résultait d'abord du droit interne puisque l'autorité de régulation des télécommunications (ART) était créée alors que le droit communautaire ne connaissait en 1996 que la notion d'« autorité réglementaire »⁷⁶. L'analyse comparative détaillée des directives traduit aussi cette différence dans plusieurs langues. En espagnol, une distinction est également opérée entre l'autorité réglementaire (*autoridades nacionales de reglamentación*) et l'autorité de régulation (*autoridades reguladoras nacionales*), comme aux Pays-Bas (*nationale regelgevende instanties* et *nationale regulerende instanties*). Cette distinction n'apparaît toutefois pas en allemand (*nationalem*

⁷⁰ Cons. 39 de la Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, JOCE L 15 du 21/1/1998, p. 14. La définition donnée à l'article 2, § 18 de l'autorité réglementaire nationale est proche de celle donnée dans la directive 92/44/CEE.

⁷¹ La formule de l'« Autorité réglementaire nationale » est aussi conservée dans les directives 97/13/CE, 97/33/CE, 97/51/CE, 98/10/CE, 98/61/CE, 99/5/CE, 99/64/CE ainsi que les directives « accès » 2002/19/CE, « autorisation » 2002/20/CE, « cadre » 2002/21/CE et « service universel » 2002/22/CE pour le secteur des communications, et dans les directives 2002/39/CE et 2008/6/CE relatives au secteur postal.

⁷² Cons. 33, art. 6 et art. 20 de la Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JOCE L 27 du 30.1.1997, p. 20 ; Cons. 21, art. 4 et art. 20 de la Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, JOCE L 204 du 21/07/1998 p. 1.

⁷³ Art. 6, § 5 de la Directive 96/92/CE.

⁷⁴ Art. 13 de la Directive 96/92/CE et art. 12 et 20 de la Directive 98/30/CE.

⁷⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », D., 2004, p. 126.

⁷⁶ R. RAMBAUD, *L'institution juridique de la régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, op. cit., p. 587.

Regulierungsbehörden) et en italien (autorità nazionali di regolamentazione). Aussi bien dans les secteurs des communications, des postes que de l'énergie, les directives montrent en réalité que la terminologie utilisée à l'origine dans les secteurs des communications et des postes, celle de regulatory authorities en anglais, est conservée dans les directives de 2009. Cette conclusion est d'autant plus vraie que pour les pays entrés dans l'UE après 2002, aucune distinction n'est opérée dans les différentes directives⁷⁷. Il s'agirait donc bien d'une figure unique de l'autorité de régulation (regulatory authority) que la traduction a involontairement différencié⁷⁸.

Si le droit de l'Union européenne permet d'identifier, dans les secteurs des communications électroniques, des postes et de l'énergie, la catégorie de l'autorité de régulation nationale, elle permet surtout de déduire de cette catégorie plusieurs critères communs à ces trois secteurs : 1) un champ d'intervention, des secteurs économiques ouverts ou en voie d'ouverture à la concurrence ; 2) un critère organique, une indépendance vis-à-vis des entreprises contrôlées qui se traduit par une impartialité personnelle des membres de l'organe de décision à l'égard des opérateurs⁷⁹, dans le cadre de la séparation des fonctions de régulation et d'exploitation⁸⁰ ; 3) un critère matériel, des pouvoirs importants, de décisions individuelles, réglementaires, de surveillance, et contentieux ; 4) un critère fonctionnel, c'est à dire des missions techniques et des objectifs divers, comme la protection du consommateur, le contrôle du respect des règles par les opérateurs, la contribution au maintien d'un service universel, etc.

En s'appuyant sur les critères d'identification des ARN agissant dans les secteurs des communications, des postes et de l'énergie, il faut déterminer s'il est possible d'étendre cette catégorie à des autorités intervenant dans d'autres secteurs et à différents échelons.

⁷⁷ Par exemple, en Pologne (krajowe organy regulacyjne), et en Roumanie (*autoritățile de reglementare naționale*).

⁷⁸ G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », op. cit., p. 350.

⁷⁹ L'indépendance à l'égard du pouvoir politique, qui constitue un critère déterminant dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie, n'est pas imposée dans le secteur postal. Il ne s'agit donc pas, à ce stade de l'étude, d'en faire un critère de l'Autorité de régulation.

⁸⁰ G. DEZOBRY, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, RFAP, n° 143, 2012, p. 645 ; H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 230 et s.

2. L'extension de la catégorie de l'autorité de régulation

La démarche consiste ici à faire entrer dans la catégorie des autorités de régulation des organismes qui n'ont pas été qualifiés comme tel par le droit de l'UE. Il s'agit donc d'une extension de la catégorie, conformément aux critères dégagés précédemment. Trois mouvements peuvent être observés : un mouvement d'extension horizontal aux autres services publics en réseaux (ou réseaux d'utilité publique, public utilities en anglais), un mouvement d'extension transversal vers d'autres secteurs économiques et un mouvement d'extension vertical à d'autres échelons géographiques.

D'abord, la figure de l'ARN identifiée dans les secteurs des communications électroniques, des postes et de l'énergie s'étend aux autres services publics en réseaux. C'est le cas du secteur des transports, qui fait office de troisième grand service public en réseau dans l'UE. Largement façonné par des contraintes internationales et les exigences de l'Union⁸¹, le secteur des transports a la particularité de faire l'objet d'une ouverture à la concurrence de manière très hétérogène. En effet certains secteurs (transport aérien) sont libéralisés alors que d'autres (transport ferroviaire) ne le sont que très partiellement. Comme toutes les industries de réseaux, ces secteurs s'articulent néanmoins autour de problématiques communes liées à l'accès aux infrastructures. Dans le secteur ferroviaire, ce mouvement a été initié par la directive de 1991 qui impose que les entreprises ferroviaires disposent d'un budget et d'une comptabilité distincts de ceux de l'Etat, et que la gestion des infrastructures ferroviaires et l'exploitation des services de transport fassent l'objet d'une comptabilité distincte⁸². Elle fut suivie de trois « paquets ferroviaires » en 2001⁸³, 2004⁸⁴ et 2007⁸⁵ qui façonnèrent le secteur, auxquels s'ajoute la directive de 2012 instituant l'espace ferroviaire unique européen⁸⁶. Issue du « premier paquet », la directive 2001/14/CE dispose que les Etats

⁸¹ Dans le secteur aérien, voir : L. GRARD, *Du marché unique des transports aériens à l'espace aérien communautaire : contribution à l'étude du droit positif et prospective juridique*, Thèse, Université Bordeaux I, 1992.

⁸² Directive 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires, JO L 237 du 24/8/1991, p. 25.

⁸³ Le premier paquet ferroviaire comporte les directives 2001/12/CE, 2001/13/CE et 2001/14/CE du 26 février 2001.

⁸⁴ Le deuxième paquet comporte le règlement 2004/881/CE et les directives 2004/49/CE, 2004/50/CE et 2004/51/CE du 29 avril 2004.

⁸⁵ Le troisième paquet comporte le règlement 2007/1371/CE et les directives 2007/58/CE et 2007/59/CE du 23 octobre 2007.

⁸⁶ Directive n°2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, JOUE L 343/32, 14/12/2012.

membres créent un « organisme de contrôle » devant être « indépendant des gestionnaires d'infrastructure, des organismes de tarification, des organismes de répartition et des candidats, sur le plan organisationnel, juridique, décisionnel et pour ce qui est des décisions en matière financière »⁸⁷. Chaque paquet ferroviaire apportant sa pierre à l'édifice, l'organisme de contrôle jouit actuellement d'une indépendance importante⁸⁸ et est doté de pouvoirs forts, notamment d'un pouvoir d'enquête et de sanction⁸⁹. Si cet organisme de contrôle en droit interne respecte les dispositions des directives, il doit constituer, selon les critères retenus, une autorité de régulation. On peut alors appliquer un raisonnement identique concernant l'« autorité de surveillance indépendante » chargée du contrôle des redevances aéroportuaires⁹⁰. Enfin, d'autres autorités nationales chargées de la surveillance et du contrôle de services publics en réseaux qui n'ont pas fait l'objet d'intervention du législateur de l'UE doivent être rangées dans cette catégorie, dès lors qu'elles répondent à ces critères en droit interne. On pense notamment au secteur de l'eau, que l'autorité de régulation soit sectorielle, comme la Water Services Regulation Authority (Ofwat) au Royaume-Uni, ou intégrée dans une autre ARN, comme en Italie dans l'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEG).

Ensuite, la catégorie de l'autorité de régulation touche d'autres secteurs économiques comme celui des jeux en ligne⁹¹. Plus qu'ouvrir à la concurrence, il s'agit ici d'encadrer et de contrôler une pratique devenue une réalité grâce à Internet⁹². En France, l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL)⁹³ répond ainsi aux différentes caractéristiques de l'ARN. Elle bénéficie de garanties d'indépendance et d'impartialité, d'une mission de surveillance et de pouvoirs de décision étendus. Dans le domaine des finances (banque, assurance, marché de valeurs), le droit de l'Union et les droits nationaux ont également recouru à des autorités chargées de contrôler et de surveiller les entreprises agissant dans ces

⁸⁷ Art. 30 de la directive 2001/14/CE.

⁸⁸ Art. 55 de la directive 2012/34/UE.

⁸⁹ Art. 65 de la directive 2012/34/UE.

⁹⁰ Directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires, JOUE L 70/11 du 14 mars 2009.

⁹¹ Les jeux d'argent ont été considérés comme une « activité économique de service » par la Cour de justice. CJCE, 24 mars 1994, Schindler, Aff. 275/92, ECLI:EU:C:1994:119, § 37.

⁹² Voir : F. PERALDI-LENEUF (dir.), Jeux et paris en ligne. Vers un cadre juridique européen, Larcier, 2015 ; M. ESCANDE, Les mutations de l'ordre public en droit des jeux d'argent et de hasard, Thèse, Université Toulouse I, 2012, p. 29 et s.

⁹³ Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, JORF n°0110 du 13 mai 2010 p. 8881.

secteurs. Comme les jeux en ligne, ces secteurs sont libéralisés et ouverts à la concurrence mais nécessitent une surveillance et un contrôle permanents. Si le droit dérivé de l'Union recourt aux terminologies d'« autorité de contrôle » et d'« autorité de surveillance », ces autorités constituent de véritables autorités de régulation. En dépit de leurs différences, la doctrine s'accorde d'ailleurs à reconnaître des caractères communs à la régulation des services publics en réseaux et à celle des secteurs financiers. Certes, la doctrine financière opère une distinction entre régulation et supervision, faisant valoir que certaines autorités sont chargées de l'une sans être chargées de l'autre et que la notion de risque dans les secteurs financiers différerait de celle dans la régulation des réseaux⁹⁴. Quant à l'argument selon lequel la supervision porte sur des entreprises et non sur des secteurs, nous lui objecterons que les entreprises qui conservent un statut d'entreprise cruciale dans les secteurs des réseaux doivent également être régulées⁹⁵. Ces différentes missions ne sont pas exclusives mais en réalité cumulativement exercées par les autorités de régulation telles que définies par le droit de l'UE. Qu'il s'agisse de droit public et de services publics, de droit privé et de marchés financiers, réguler, c'est exercer une fonction de la puissance publique, en opposition à l'action privée qui consiste à autoréguler. En cela, les définitions données en matière économique et financière, longtemps marquées du sceau de l'incertitude⁹⁶, se rejoignent aujourd'hui très largement. Les études de droit public économique comparé avancent ainsi que la régulation juridique est une « fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel »⁹⁷. Les mêmes termes sont employés en substance par le Professeur Thierry Bonneau dans les secteurs financiers, pour qui la régulation est décrite comme « le dispositif qui permet de mener, dans des secteurs ouverts à la concurrence, une action publique permettant d'obtenir des résultats non produits par le marché [afin] de faire respecter des équilibres, ce respect étant assuré par une autorité qui

⁹⁴ M. SEVE, La régulation financière face à la crise, Bruylant, Coll. Droit et Economie, 2013, p. 272 et s. Pour l'auteure, qui distingue le risque « systémique » pesant sur les marchés financiers du risque « simple » pesant notamment dans le secteur de l'énergie, le risque serait plus dangereux dans l'industrie financière que dans les autres secteurs de l'économie. Nous partageons pour partie cette analyse dans la mesure où « la nuance entre régulation économique et régulation financière n'est pas le risque, mais plutôt sa dimension ». Cette différence ne permet toutefois pas de distinguer radicalement les différentes autorités du point de vue institutionnel.

⁹⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Réguler les "entreprises cruciales" », D., 2014, p. 1556.

⁹⁶ L. CALANDRI, Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, LGDJ, 2008, p. 1.

⁹⁷ G. MARCOU, « Introduction », in G. MARCOU et F. MODERNE (dir.), Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2, Expériences européennes, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2011, p. 16.

n'est pas l'Etat »⁹⁸. En visant une mission commune de régulation, les autorités chargées du contrôle et de la surveillance des services publics en réseaux et des secteurs financiers se rejoignent donc largement. La doctrine publiciste n'hésite d'ailleurs pas à se pencher sur des problématiques communes aux deux types de secteurs⁹⁹, car la régulation économique, comme « appareillage juridique qui construit des secteurs économiques sur un équilibre entre la concurrence et d'autres impératifs hétérogènes, rend compte de la forte communauté entre les secteurs régulés, la banque, la finance, l'assurance [...], les télécommunications, l'audiovisuel, les énergies et les transports »¹⁰⁰. En conséquence, ces autorités nationales chargées de la surveillance des sociétés du secteur financier sont des autorités de régulation¹⁰¹.

Enfin, la figure de l'autorité de régulation interroge quant à son champ d'intervention géographique. Dans plusieurs Etats fédéraux membres de l'Union, une part de la régulation est exercée par des autorités infranationales. C'est le cas, par exemple, en Allemagne, où les Landesregulierungsbehörde participent pour partie à la régulation de l'énergie dans les Länder. Cette régulation locale a toutefois peu intéressé la doctrine dans la mesure où l'essentiel des tâches de régulation sont exercées à l'échelle nationale¹⁰². A l'inverse, il est une véritable question de savoir si les organismes chargés d'intervenir à l'échelle de l'Union européenne dans ces différents secteurs peuvent être qualifiés d'autorités de régulation. Dans le secteur financier, lequel peut servir d'exemple, la doctrine s'est ainsi interrogée sur la

⁹⁸ T. BONNEAU, « Efficacité et avenir de la régulation financière », RDBF, n° 6, 2010, étude 35.

⁹⁹ Voir notamment : G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, RFAP, n°143, 2012 ; H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », RJEP, n° 692, Décembre 2011, 2, p.6 ; P. IDOUX, « Régulateurs nationaux et régulateurs européens », RDP, n°2, 1er mars 2014, p. 290 ; J-P. KOVAR, « Les autorités de régulation économique et financière et les garanties du procès équitable », Colloque : *Les autorités de régulation et l'article 6 de la CEDH*, 24 février 2010, Strasbourg ; M-A. FRISON-ROCHE, « QPC, Autorités de concurrence, Autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », LPA, 29 septembre 2011 n° 194, p. 25. Voir également les colloques « Les journées de la régulation » organisés chaque année à l'Université de Strasbourg.

¹⁰⁰ M-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », op. cit., p. 126.

¹⁰¹ Augustin Boujeka note à ce propos que « l'UE évoque volontiers la "surveillance" des marchés financiers au lieu de "régulation", pour traduire les missions des Autorités européennes créées en 2010, mais [que] "régulation" eût été plus appropriée » ; A. BOUJEKA, « Vers un modèle de régulation des marchés financiers dans l'Union européenne », op. cit., p. 1355.

¹⁰² Pour une analyse détaillée de la répartition des compétences en Allemagne entre l'Etat fédéral et les Länder, voir : G. HERMANN, *Rundfunkrecht : Fernsehen und Hörfunk mit neuen Medien*, Munich, Editions CH. Beck, 2004, pp. 146 et s.

question de savoir si certaines agences de l'UE pouvaient être qualifiées comme tel¹⁰³. Dépassant les critères de l'ARN pour aborder l'hypothèse de l'existence de l'AER (autorité européenne de régulation), la présente recherche tentera d'apporter à cette question un certain nombre de réponses.

L'objet de l'étude – les autorités de régulation – étant identifié, il reste à préciser l'objectif de la recherche.

II. L'objectif de la recherche : un modèle d'autorité de régulation

La présente recherche a pour problématique de rechercher s'il est souhaitable et possible de construire un modèle d'autorité de régulation (A) dont il faut préciser les contours (B).

A. Ambitions de la recherche

La prise en considération de l'utilité d'une étude est aujourd'hui un des marqueurs de la recherche en sciences sociales¹⁰⁴, l'ambition du chercheur étant « de faire voir en quoi elle apporte des réponses ou des éléments de solution aux problèmes et aux préoccupations des décideurs »¹⁰⁵. Dans les sciences juridiques, cette idée est particulièrement vraie dans la mesure où le droit a vocation à régir l'ensemble des aspects de la vie en société¹⁰⁶, la norme juridique n'existant « que par et pour la société »¹⁰⁷, afin d'instituer celle-ci « dans la

¹⁰³ F. LAFARGE, « L'indépendance des autorités européenne de surveillance », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, op. cit., p. 677 ; J.-P. KOVAR, « Les autorités européennes de surveillance : organes des régulateurs nationaux, agences européennes de régulation ou autorités européennes de régulation ? », RDBF, n°4, Juillet 2011, dossier 24.

¹⁰⁴ N. RAMOGNINO et P. VITALE, « Littérature et sociologie, l'exemple des manuels scolaires de l'enseignement des sciences économiques et sociales », in *A la recherche du meilleur des mondes: littérature et sciences sociales*, Actes du colloque international d'Aix-en-Provence, 25-26 mai 1999 organisé par le Groupe de recherche sur l'art et la littérature et le laboratoire méditerranéen de sociologie, L'Harmattan, 2006, p. 149.

¹⁰⁵ P. N'DA, *Méthodologie et guide pratique du mémoire de recherche et de la thèse de doctorat en lettres, arts, sciences humaines et sociales: informations, normes et recommandations universitaires, techniques et pratiques actuelles*, L'Harmattan, 2007, p. 106. Pour l'auteur, « l'intérêt littéraire, culturel, scientifique, social et même politique d'une recherche s'observe et s'établit dans son aspect pratique et utilitaire ».

¹⁰⁶ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « De quelques difficultés dans les relations entre droit et médecine », in *Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, L'Harmattan, 1999, p. 127.

¹⁰⁷ F. CADET, *L'Ordre public en droit international de la famille : étude comparée France/Espagne*, L'Harmattan, 2005, p. 46. Voir également B. T. BLAGOJEVIC, « Le droit comparé, méthode ou science ? », RIDC, 1953, p. 650.

confiance plutôt que dans la l'urgence »¹⁰⁸. Ainsi, pour procéder à une recherche utile, le juriste doit prendre en considération trois niveaux de connaissance¹⁰⁹, intimement liés les uns aux autres. Le premier est d'avoir une approche objective pour prendre part au réel, car il doit prendre en compte le réel pour construire son objet de recherche. Le second est le traitement normatif de cette réalité. Enfin, le troisième est la systématisation de l'ensemble dans une approche prospective. C'est en cela que la recherche d'un modèle d'autorité de régulation s'inscrit dans cette logique de lier la recherche à la réalité. Pour ce faire, elle cherche à apporter un certain nombre de solutions à une problématique d'actualité axée autour de la question de la difficile rationalisation des autorités de régulation. En outre, la présente recherche n'a pas pour ambition de trouver un noyau minimal de règles communes applicables aux autorités de régulation, mais de participer à la construction d'un modèle.

1. La rationalisation des autorités de régulation

Compte tenu des différentes catégories juridiques servant de base en droit interne à la création des autorités de régulation, on constatait il y a quelques années qu'« aucune conception universellement partagée ne [paraissait] se dégager de l'observation des différentes situations nationales »¹¹⁰. En France, la doctrine s'est essentiellement penchée sur la question de la rationalisation des AAI et très peu sur celle des ARN à l'échelle de l'UE. A propos des AAI, elle est d'ailleurs largement divisée, certains auteurs jugeant la rationalisation illusoire¹¹¹, alors que d'autres la souhaitent tout en reconnaissant la complexité de la démarche¹¹². En référence à la révision constitutionnelle française du 23 juillet 2008 qui

¹⁰⁸ P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *L'accélération du temps juridique*, Publications Fac St Louis, Bruxelles, 2000, p. 13.

¹⁰⁹ X. BIOY, « Notions et concepts en droit : Interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 39.

¹¹⁰ A. LAGET-ANNAMAYER, *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité*, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 311.

¹¹¹ J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », op. cit., p. 896 : « Victime de son succès, la catégorie des AAI, telle qu'elle avait été construite par les juristes, est devenue, au terme d'un mouvement d'éclatement toujours plus accentué, une catégorie souple, qu'il est illusoire de prétendre rationaliser ». Voir également : A. SEE, *La régulation du marché en droit administratif. Etude critique*, Thèse Université Strasbourg, 2010, p. 153.

¹¹² A propos de la rationalisation des AAI en France, Jean-Louis Autin relève notamment que « sur les trente dernières années en effet, que de propos désabusés, que de constats négatifs, que de critiques savamment argumentées à ce sujet ! Aussi bien, rendre conforme à la raison – "rationaliser" – une catégorie institutionnelle – les AAI – qui brille par son développement désordonné et le déséquilibre provoqué dans notre système administratif relève d'une certaine gageure. Le défi mérite pourtant d'être relevé à un moment où le débat sur les AAI, cessant d'être purement doctrinal et jurisprudentiel, suscite enfin l'intérêt des pouvoirs publics et des corps constitués » ; J-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 875 et s.

institua une nouvelle autorité administrative indépendante cumulant les attributions du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants et celles de la Commission nationale de déontologie de la sécurité en la personne du Défenseur des droits, le Premier Président de la Cour de cassation Vincent Lamanda abordait en 2010 l'hypothèse du développement d'un modèle d'AAI en France en tenant les propos suivants : « peut-on véritablement parler de modèle ? La disparité de ces institutions est évidente. Si la plupart d'entre elles ont le pouvoir d'édicter des normes, certaines ne peuvent qu'émettre des recommandations, alors que les plus puissantes prennent des décisions individuelles et sont dotées d'un pouvoir de sanction. Leur indépendance se limite presque exclusivement au niveau organique, c'est-à-dire à l'indépendance statutaire de leurs membres. Mais elles disposent rarement d'une personnalité morale propre et leur statut dépend le plus souvent du législateur »¹¹³.

Ce constat est vrai pour l'autorité administrative indépendante mais ne l'est pas pour l'autorité de régulation. Certes, en France comme dans plusieurs pays d'Europe du sud, « le modèle de l'autorité administrative indépendante s'avère être universellement reconnu comme la forme organisationnelle par excellence d'exercice de la fonction régulatrice »¹¹⁴. Mais nous avons vu qu'assimiler AAI et ARN n'avait que peu de sens. Intervenant dans des domaines aussi divers que variés, les AAI françaises ne participent pas, à quelques exceptions près¹¹⁵, à un mouvement européen comme peuvent le faire les ARN. Leur création et leur multiplication répondent à des logiques nationales, alors que les autorités de régulation s'inscrivent dans une démarche collective, européenne. Il importe peu qu'en France, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé soit composé de professionnels et qu'il n'ait que des pouvoirs consultatifs. En revanche, il est essentiel que toutes les ARN françaises soient indépendantes et disposent de pouvoirs de sanction, car c'est de ces caractéristiques communes à toutes les ARN de l'UE que dépend la réussite de leurs missions. Cette différence a été bien comprise par Vincent Lamanda, lequel suggère non pas une harmonisation des AAI en France mais un développement à l'échelle européenne des relations entre autorités appartenant à un même type, afin que ces autorités puissent, « d'une part, se

¹¹³ V. LAMANDA, « Avant-propos », RFDA, 2010 pp. 873 et s.

¹¹⁴ G. DELLIS, « Régulation et droit public "continental". Essai d'une approche synthétique », op. cit, p. 957.

¹¹⁵ On pense notamment au domaine de la protection des données personnelles qui fait l'objet d'une harmonisation à l'échelle de l'UE. Voir la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE n° L 281 du 23/11/1995, p. 31.

concerter sur le niveau de protection ou de régulation à assurer, et, d'autre part, harmoniser certaines de leurs règles de fonctionnement »¹¹⁶.

Si cette recherche sur la construction d'un modèle d'autorité de régulation dans l'Union européenne serait vraisemblablement de nature à améliorer la visibilité d'un dispositif juridique d'une grande complexité, elle est cependant confrontée à un obstacle particulier lié aux spécificités nationales de la régulation. La recherche d'un modèle global d'autorité de régulation exige une analyse qui dépasse les strictes frontières nationales, et dont la difficulté est double : elle passe à la fois par la recherche d'une harmonisation entre les autorités de régulation de différents pays intervenant dans un même secteur régulé, mais aussi entre les autorités de régulation intervenant dans des secteurs régulés différents. En ce sens, il ne s'agit pas de construire un modèle pour la France, mais un modèle global d'autorités de régulation pour les Etats membres de l'UE applicable à plusieurs secteurs. Dépassant ces difficultés¹¹⁷, nous pensons néanmoins qu'il serait judicieux de chercher à construire un cadre général pour les autorités de régulation dans l'UE. D'abord, une telle harmonisation permettrait une meilleure lisibilité de la régulation, et si le droit ne doit pas être nécessairement simple, au moins doit-il être compréhensible¹¹⁸. Or seul un droit compréhensible peut devenir efficace¹¹⁹. Ensuite, l'harmonisation permettrait de réduire l'inflation du droit¹²⁰, devenue l'un des grands

¹¹⁶ V. LAMANDA, « Avant-propos », op. cit., p. 873.

¹¹⁷ Voir notamment : J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », op. cit., p. 900 : « L'idée de régulation implique ainsi une conception nouvelle des fonctions de l'État, chargé d'encadrer le jeu social en combinant un ensemble de moyens d'action, ainsi que de l'architecture étatique, qui tend à se présenter sous la forme d'un assemblage de dispositifs atomisés de régulation, très diversement articulés sur la société. Mais cette logique ne saurait se traduire par un cadre juridique uniforme, qui constituerait un véritable carcan : répondant à des finalités différentes, la régulation appelle un degré variable d'indépendance et une gamme de pouvoirs, qu'il serait impossible, voire nuisible, de prétendre ramener à l'unité ». Voir également le constat tiré par Hubert Delzangles : « les limites du droit communautaire résident, en la matière, dans ses difficultés à imposer un modèle homogène et efficace de régulation eu égard à l'autonomie revendiquée par les Etats membres. Cette autonomie prend d'autant plus d'ampleur qu'elle concerne des domaines économiques particulièrement sensibles, eu égard à leur caractère d'intérêt général » ; H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, communications électroniques, énergie et postes, op. cit., p. 33.

¹¹⁸ M-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in P. GELARD, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 32.

¹¹⁹ P. MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs* n° 114 2005/3, p. 131. Selon l'auteur, « seule la loi claire, simple, limpide, transparente, compréhensible de tous peut être respectée, devenir efficace et assurer ce que l'on peut attendre du droit : la justice, l'ordre, la prévisibilité, la sécurité, le bien-être, la paix et peut-être le bonheur ».

¹²⁰ Tout ou presque a été dit sur l'inflation du droit. La problématique n'est pas nouvelle - Montesquieu disait déjà que « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires », *De l'esprit des Loix*, 1748 - et demeure encore aujourd'hui d'actualité. En France, l'une de ses dernières manifestations s'observe dans le Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative du 26 mars 2013 établi par Alain Lambert et Jean-Claude Boulard pour le

maux des Etats modernes, mais aussi une préoccupation à l'échelle européenne¹²¹ et mondiale¹²² retrouvée le plus souvent sous l'expression « mieux légiférer ». Plus généralement, cette rationalisation pourrait renforcer la cohérence de la notion en mettant fin à la trop grande diversité des textes traitant des autorités de régulation afin de parvenir à ce que Marie-Anne Frison-Roche appelle la « plénitude des silences et l'uniformisation mécanique »¹²³. En effet, l'éparpillement des textes laisse un vide juridique comblé difficilement par une décision prise au sujet d'une autorité, dans la mesure où l'extension de cette jurisprudence ou de cette réforme à d'autres autorités est indéfinie. Enfin, le souhait d'une rationalisation n'est pas seulement national, mais également européen. Pour renforcer la diffusion des règles européennes vers les législations nationales et la cohérence des ARN, le législateur européen a d'ailleurs déjà initié ce mouvement d'harmonisation, créant un socle réduit de caractéristiques communes à tous les régulateurs.

A partir de celui-ci, la recherche d'un modèle de la régulation est possible par une harmonisation effectuée à la fois entre les autorités nationales de régulation de secteurs économiques différents, et entre les autorités de régulation d'un même secteur à l'échelle supranationale. Cette recherche peut alors prendre deux formes, celle de la recherche des dénominateurs communs a minima, ou celle d'un modèle d'autorité de régulation.

2. La recherche d'un noyau a minima ou d'un modèle d'autorité de régulation

L'hypothèse de l'émergence d'un modèle d'autorité de régulation passe inévitablement par la recherche d'un « noyau de principes communs » à toutes les autorités en question. Cette idée n'est pas dénuée de sens et nous a déjà permis de déterminer la figure de

Gouvernement de Jean-Marc Ayrault. Pour une note plus légère, voir : T. DESJARDINS, *Arrêtez d'emmerder les Français !*, Plon, 2000. L'auteur relate une anecdote de 1966 entre Jacques Chirac et George Pompidou : Pompidou était Premier ministre. Un soir, un de ses collaborateurs, lui-même futur Président de la République, lui présente, comme d'habitude, une pile de décrets à signer. Pompidou s'écrie : « Mais arrêtez donc d'emmerder les français : il y a trop de lois, trop de textes, trop de règlements dans ce pays. On en crève ! Laissez-les vivre un peu et vous verrez que tout ira beaucoup mieux ».

¹²¹ Voir notamment, Commission européenne, Plan d'action pour mieux légiférer, et spécifiquement la Communication de la Commission du 5 juin 2002, « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire » COM(2002) 278 et la Communication de la Commission du 6 juin 2002 « Gouvernance européenne: mieux légiférer » COM(2002) 275, qui aboutirent à l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 16 décembre 2003, JOCE C 321 du 31/12/2003.

¹²² Voir notamment à propos de l'inflation du droit en matière de régulation, Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE: De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation, OCDE, 2003, p. 23s.

¹²³ M-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 33.

l'autorité de régulation. La plus grande manifestation de la recherche de ce « noyau » est l'œuvre de l'Union européenne, qui, pour la régulation des réseaux, n'a pas hésité à imposer un certain nombre de règles et de principes communs applicables aux autorités de régulation nationales¹²⁴. Une sorte de socle de règles communes pour ces autorités de régulation semble donc prendre forme.

La condition de ce socle commun de règles applicables aux autorités de régulation constitue donc une première étape, une condition sine qua non à la construction d'un modèle de régulation. Est-elle pour autant suffisante ? Nous ne le pensons pas car une telle approche exclusivement positiviste ne permettrait au mieux que de « faire le point » sur les acquis et les certitudes, mais écarterait toute approche prospective de la régulation et des perspectives liées à cette problématique. En somme, la seule recherche d'un socle commun aboutirait à une étude de la compréhension du présent, sans considérer l'appréhension du futur et le devenir des autorités de régulation¹²⁵. En outre, une telle étude nous enfermerait dans un carcan, tendant à niveler vers le bas un processus de recherche dont l'ambition est de modifier, d'améliorer le droit, en prenant en considération l'ensemble des idées et des solutions adoptées par les systèmes de régulation, pour en faire ressortir et proposer une solution nouvelle. Si le modèle se construit à partir de données issues du droit positif, nous adopterons pour autant une approche « normative et critique », qui ne se limite pas rendre compte, mais qui recherche ce qui devrait être¹²⁶.

La démarche dépend alors de la portée et du sens que l'on souhaite donner au « modèle ». Dans l'acceptation scientifique du terme, le modèle est une « représentation abstraite d'un système »¹²⁷. Dans un deuxième sens, il représente un « exemplaire parfait »¹²⁸. Ces deux sens du « modèle » ne peuvent servir aux fins de notre recherche. Rechercher un

¹²⁴ R. MEDHI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et J. PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, Coll. A la croisée des chemins, 2010, p. 190 : l'efficacité passe par l'harmonisation, et « permet d'éviter l'adoption d'une multitude d'actes nationaux de transposition tout en assurant, aux parties intéressées, l'homogénéité de règles dont le détail aura été fixé au seul échelon communautaire ».

¹²⁵ J-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », op. cit., pp. 875 et s.

¹²⁶ M. LOMBARD, « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? Typologie de leurs missions », in G. MARCOU et J. MASING, *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit., p. 147.

¹²⁷ E. BAUMGARTNER et P. MENARD, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Livre de poche, 4^e éd., 2004.

¹²⁸ Ibid.

modèle d'autorité de régulation s'apprécie d'abord in concreto et ne constitue pas une « imagination de l'esprit ». Ensuite, nous n'avons pas la prétention de créer un « exemplaire parfait » d'autorité de régulation. A ce titre, si certaines autorités de régulation peuvent attirer notre attention¹²⁹, aucune d'entre elles ne constitue un modèle destiné à être reproduit dans son intégralité. Compte tenu des particularités nationales propres à chaque Etat membre, une telle démarche serait d'ailleurs illusoire et peu pertinente. En revanche, pour chacune des caractéristiques de l'autorité de régulation, un ou plusieurs régulateurs nationaux peuvent faire office de référence à suivre et dont la combinaison servirait de modèle. Ces caractéristiques de référence constitueraient alors un prototype construit en fonction des objectifs à atteindre, une source d'inspiration, tout en prenant soin de conserver certaines spécificités nationales.

B. Les caractéristiques du modèle d'autorité de régulation

Chercher à construire un modèle d'autorité de régulation impose de déterminer sur quels critères le modèle doit s'appuyer. Du point de vue de l'économiste par exemple, il s'agit du critère de l'efficacité¹³⁰, à partir duquel il convient d'évaluer la régulation à partir d'indicateurs économiques chargés de déterminer la « capacités à favoriser le climat des affaires » des autorités de régulation¹³¹. Parmi ces indicateurs figurent notamment les Doing Business nés du cadre analytique développé par La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer et Vishny à la fin des années 90¹³². Les travaux de ces économistes ont pour objectif de déterminer s'il existe un rapport entre le cadre légal d'un pays (Common law ou de tradition civiliste) et le développement de son système financier. Leur recherche conduit à chercher des outils destinés à « hiérarchiser l'efficacité relative des différents systèmes, et notamment des

¹²⁹ A propos des IRA étatsuniennes comme modèle d'inspiration, voir : H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 43.

¹³⁰ De manière schématique, la notion de performance en sciences économiques peut être analysée comme la réunion des trois sommets d'un triangle qui caractérisent les objectifs, les résultats et les moyens de l'action réalisée. Le rapport entre moyens et résultats est l'efficacité. C. BARRERE, « Logique judiciaire et logique de l'efficacité », in A. ALCOUFFE, B. FOURCADE, J.-M. PLASSARD et G. TAHAR (dir.), *Efficacité versus équité en économie sociale*, L'Harmattan, 2000, Tome 1, p. 113.

¹³¹ C. COGLIANESE, *Mesuring regulatory performance, Evaluating the impact of regulation and regulatory policy*, OCDE, Août 2012 ; O. FRITSCH et C. RADAELLI, *Mesuring regulatory performance, Evaluating regulatory management tools and programmes*, OCDE, Juillet 2012.

¹³² R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER et W. VISHNY, « The quality of Government », *Journal of Law, Economics, and Organizations*, Vol. 15, Iss. 1, 1999, p. 222s.

systèmes juridiques »¹³³. Leur objectif est alors d'atteindre un standard du droit¹³⁴ après avoir déterminé la meilleure pratique juridique au regard d'impératifs purement économiques. Très largement critiqués en France¹³⁵, ces Doing Business présentent une approche mesurant les effets partiels d'instruments juridiques spécifiques afin de classer ces derniers en fonction de la compétitivité économique des pays analysés¹³⁶. Ces mesures ont ainsi pour finalité de rechercher l'efficacité économique des systèmes juridiques dans le but d'une standardisation du droit.

La présente recherche ne s'attachera pas à rechercher un modèle d'autorité de régulation efficient (rapport entre les moyens et les résultats). Une telle recherche ressort du domaine purement économique et viserait à apprécier le droit pour favoriser l'économie. En revanche, le critère permettant de construire un modèle d'autorité de régulation que nous retenons est celui de l'efficacité (rapport entre les objectifs et les résultats). Contrairement à ce qu'on pourrait croire, ce critère n'est pas un critère économique et il se différencie de l'efficacité¹³⁷. Certes, il est possible de fixer des objectifs économiques qui ne sont pas étrangers à l'époque durant laquelle le juriste moderne évolue, et pour cette raison, la pratique de la régulation ne peut pas s'inscrire en marge du discours contemporain relatif à l'évaluation des normes et des systèmes juridiques. Mais l'efficacité correspond aussi à la « fonctionnalité du droit »¹³⁸ : la notion d'efficacité, nouvel impératif juridique¹³⁹, suppose

¹³³ B. DU MARAIS, « Les limites méthodologiques des rapports Doing Business », Document de travail ED 2006-1, Programme de recherche « Attractivité économique du Droit », 2006, p. 8.

¹³⁴ L'une des devises des Doing Business est « One size can fit all », c'est à dire « une taille peut s'adapter à tous ». Doing Business 2004, p. XVII.

¹³⁵ B. DU MARAIS, « Les limites méthodologiques des rapports Doing Business », op. cit. ; G. CANIVET, M-A FRISON-ROCHE et M. KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, Coll. Droit et Economie, 2005 ; R. CHIAPPINI, Les indices composites sont ils de bonnes mesures de la compétitivité des pays ?, LAREFI Working Paper n°2012-05, Laboratoire d'Analyse et de Recherche en Economie et Finance internationales, 2012, p. 34. Disponible sur : <http://lare-efi.u-bordeaux4.fr/IMG/pdf/CR12-05.pdf> ; C. KESSEDJIAN, « Le rapport "Doing Business" », *Revue du droit des affaires de l'Université Paris II Assas*, 3 octobre 2005 ; F. ROUVILLOIS, *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005.

¹³⁶ B. DEFAINS et E. LANGLAIS, *Analyse économique du droit : Principes, méthodes, résultats*, De Boeck Supérieur, Coll. Ouvertures économiques, 2009, p. 109 : l'analyse économique du droit permettrait de classer « des systèmes juridiques en fonction de leur efficacité à promouvoir le développement économique ».

¹³⁷ Comme certains auteurs ont pu le rappeler, les notions d'efficacité et d'efficacité ne sont pas synonymes ; Si le contrôle de l'efficacité est lié à la confrontation des moyens utilisés et des résultats atteints, celui de l'efficacité est lié à la confrontation des objectifs visés et des résultats obtenus. Voir notamment : J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2004, p. 15 ; C. MINCKE, « Effets, effectivité, efficacité et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ*, n°40, 1998, p. 133.

¹³⁸ F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in D. LOCHAK (dir.), *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 130.

que le chercheur en droit s'intéresse à la raison d'être de la règle juridique, à son but¹⁴⁰. C'est ce but qui sert de critère pour évaluer l'efficacité d'une règle ou d'un système juridique¹⁴¹, pour « en mesurer le caractère adéquat, adapté »¹⁴². Pourtant, les juristes répugnent parfois à s'en saisir, estimant que la science juridique ne devrait que décrire le droit positif tel qu'il est, comme en France, où « l'impératif d'efficacité de la norme est perçu par certains comme une manifestation de l'impérialisme économique au détriment de certaines valeurs qui fondent les sociétés démocratiques »¹⁴³.

Evaluer le droit n'est pourtant pas dénué d'intérêt, la légitimité du droit s'évaluant non seulement à l'aune des valeurs ou principes dont il se revendique, mais aussi à l'aune de ses performances réelles¹⁴⁴. C'est donc au regard de l'accomplissement des objectifs poursuivis par les autorités de régulation qu'un modèle pourra prendre forme. Pour mener à bien leurs missions, les autorités de régulation se doivent alors de remplir certaines caractéristiques. Les premières sont d'ordre technique. Elles sont connues et s'appuient notamment sur des caractères liés au « savoir-faire » de l'autorité : l'activité de régulation doit être effective, l'autorité doit faire preuve de célérité, en s'appuyant sur son expertise, et en disposant de tous les moyens nécessaires à l'exercice de ses missions. D'autres caractéristiques sont d'ordre qualitatif. L'autorité de régulation doit notamment être crédible, impartiale, les acteurs régulés doivent avoir confiance en elle, elle doit être acceptée, et son action doit être comprise par le citoyen.

¹³⁹ F. ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », Working Paper, Fondation pour l'innovation politique, novembre 2006. Disponible sur : www.fondapol.org.

¹⁴⁰ A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité?*, Bruylant, 2012, p. 61.

¹⁴¹ P. DAUTRY, « Etudes d'impact et procédures d'évaluation : approche de droit comparé et actualité. L'efficacité de la norme juridique bénéficiera-t-elle d'un regain d'AIR ? », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité?*, op. cit., p. 161. Plus récemment, l'Université Paris Descartes a organisé un colloque le 16 mai 2014 sur la thématique de *L'évaluation en droit public*.

¹⁴² L. HEUSCHLING, « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité?*, op. cit., p. 50.

¹⁴³ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET, « Préface », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité ?*, op. cit., p. 23.

¹⁴⁴ L. HEUSCHLING, « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », op. cit., p. 55.

L'ambition de la présente recherche, la construction d'un modèle d'autorité de régulation, justifie l'intérêt de l'étude. Le champ de celle-ci permet de mieux cerner sur quoi porte cet objectif et comment l'encadrer afin de le remplir au mieux.

III. Le champ et la méthode de la recherche : une étude comparée des secteurs des finances et des services publics en réseaux dans l'Union européenne

Une fois l'objectif de la recherche établi, il importe de préciser les secteurs sur lesquels porte l'étude (A), et quelle méthode nous utilisons (B).

A. Champ de recherche

Afin de préciser les contours de la problématique, il convient de délimiter les champs disciplinaire et matériel de la recherche.

1. Champ disciplinaire

Du fait de son objet, le champ juridique principal de la recherche est le droit public. La régulation semble aujourd'hui bien être une notion de droit public¹⁴⁵, plus précisément de droit administratif, à supposer qu'un droit administratif proprement dit existe dans la plupart des Etats modernes¹⁴⁶ utilisant des mécanismes de régulation. A ce titre, la régulation prend une part importante des réflexions liées au droit administratif moderne, et, abordée le plus souvent en qualité de fonction de l'Etat, la régulation peut être considérée comme une fonction principalement de droit public.

¹⁴⁵ Pour reprendre l'idée formulée par le Professeur Yves Gaudemet, bien que les juristes privatistes aient été les premiers à s'interroger sur la régulation, « il s'agit fondamentalement d'une notion de droit public » ; Y. GAUDEMET, « La concurrence des modes et les niveaux de régulation. Introduction », op. cit., p. 13.

¹⁴⁶ F. HAUT, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », RIDC, Vol. 41, n°4, 1989, p. 907. Voir également pour des approches de droit comparé du droit administratif en Europe : S. CASSESE, « L'étude comparée du droit administratif en Italie », RIDC, Vol. 41, n°4, 1989, p. 879 ; S. CASSESE, La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni, Montchrestien, 2000 ; J. BELL, « Le droit administratif comparé au Royaume Uni », RIDC, Vol. 41, n°4, 1989, p. 887 ; E. SCHMIDT-ABMANN, S. DAGRON, « Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand », RFAP, 2008/3, p. 525 ; R. ARNOLD, « Le droit administratif comparé dans l'enseignement et la recherche en Allemagne », RIDC, Vol. 41, n°4, 1989, p. 853 ; S. FLOGAITIS, « Le droit administratif en droit comparé : La Grèce », RIDC, Vol. 41, n°4, 1989, p. 867.

La présente recherche nécessite de faire appel à des schémas provenant du droit étranger afin de dégager une structure de la régulation et de l'organiser d'un point de vue juridique et conceptuel¹⁴⁷. Pour cette raison, la présente recherche s'interdit d'être bloquée dans un univers juridique cantonnée à la seule expérience nationale. Comme unique base de travail, le caractère normatif du système juridique français pourrait constituer une limite et un frein à la réflexion et à la créativité, alors que d'autres systèmes étrangers peuvent offrir des espaces de liberté et d'inventivité¹⁴⁸. En effet, il s'avère que « certains des réflexes acquis avec patience, et qui constituent parfois un dogme dans le système juridique auquel [on] est habitué, se révéleront inexacts et pourront même, dans certains cas, cacher des solutions originales envisageables en dehors de ce cadre »¹⁴⁹. Confinée de la sorte, une réflexion sur la construction d'un modèle de régulation semble donc peu satisfaisante. Confrontée à la pratique étrangère, elle prend à l'inverse tout son sens et sert à la fois de source et de catalyseur¹⁵⁰. S'appuyant sur la formule selon laquelle « il ne faut pas être aveuglé par les règles de notre droit positif »¹⁵¹, il faut savoir emprunter, s'inspirer des autorités de régulation telles qu'elles sont imaginées, décrites et conçues en Europe.

En outre, de par la nature de la recherche, il sera fait une complète intégration du droit de l'Union européenne. L'Union européenne tient le premier rôle dans l'ouverture à la concurrence des industries de réseaux dans le marché commun européen¹⁵² et la politique d'harmonisation de l'Union a sans cesse une incidence sur les régulations nationales¹⁵³, initiant et entretenant la vague de régulation que connaît l'Europe. Pour certains Etats, l'UE est même l'instigatrice de la fonction de régulation à l'échelle nationale. Par ailleurs, la question du développement d'autorités de régulation à l'échelle de l'Union européenne est plus que jamais d'actualité depuis une dizaine d'années, en témoignent tant les interrogations

¹⁴⁷ Voir : O. PFERSMAN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », RIDC, 2001, Vol. 53, p. 287.

¹⁴⁸ L. COHEN TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 1987, p. 10.

¹⁴⁹ R. SAINTE FARE GARNOT, « Des juristes au service d'une entreprise opérant au plan international », RIDC, Vol. 47, n°2, avril juin 1995, p.357

¹⁵⁰ A. LEVI, « L'apport du droit comparé à la recherche juridique prospective », RIDC, Vol. 47 n°2, avril-juin 1995, p 498 : « comment l'analyse des législations étrangères, mais également de leurs modalités d'application, de leur vécu, pourrait-elle ne pas représenter un point de passage obligé pour des travaux qui visent à explorer les voies et moyens possibles d'une amélioration de notre système juridique ? ».

¹⁵¹ R. RODIERE, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979, p. 52

¹⁵² J-P. HANSEN, « La construction d'une culture européenne de régulation faisant l'économie de l'articulation entre régulations hétérogènes », in M-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Droit et économie de la régulation Vol. 2*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 171.

¹⁵³ H. CALVET, « Les incidences du droit européen sur la régulation nationale », in M-A. FRISON-ROCHE (dir), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, op. cit., p. 34 et s..

relatives à la création d'un modèle européen de régulateur¹⁵⁴ que celles liées au devenir des institutions qui ne cessent de se développer¹⁵⁵. Enfin, le droit de l'Union doit s'apprécier en phase avec le droit administratif national des pays étudiés, à travers, notamment, le développement d'un droit public européen¹⁵⁶.

A l'inverse, bien qu'intégrant du droit supranational, et exception faite de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et du contentieux dont celle-ci est à l'origine à propos de l'organisation et des pouvoirs des régulateurs en Europe, seules quelques rares références au droit international public de la régulation seront faites¹⁵⁷. De même, le droit privé sera en principe exclu de l'étude. Néanmoins, certains secteurs régulés¹⁵⁸ relèvent traditionnellement au moins pour partie de ce champ, qu'il s'agisse des ordres de juridictions compétents en appel contre les décisions des régulateurs¹⁵⁹ ou du statut même des autorités de régulation¹⁶⁰. L'étude de certains secteurs nécessitera donc des incartades aux frontières du droit privé dans un nombre restreint de situations.

En outre, la présence d'un champ extra-juridique est nécessaire. Il s'agit même d'une obligation dans l'optique de la construction d'un modèle d'autorité de régulation : afin de mieux comprendre les différents points de vue que peuvent avoir les acteurs de la régulation en Europe, il paraissait nécessaire de procéder à la compréhension des points de vue d'autres

¹⁵⁴ H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », op. cit., p.4 et s ; S. RODRIGUES, « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », AJDA, 2004 pp. 1179 et s.

¹⁵⁵ N. DE GROVE VALDERON, « Les agences de la communauté sont-elles des autorités de régulation ? », in *Autorités de régulation et Droit européen, Cahiers de droit de l'Entreprise*, JCP. E., n°19, 2004, p. 22.

¹⁵⁶ J-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2008.

¹⁵⁷ Voir sur ce point : R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2011 ; M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Le droit international et la régulation », in M. MAILLE (dir), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1995, p. 57 et s.

¹⁵⁸ Les secteurs régulés liés traditionnellement au droit privé sont essentiellement les secteurs financiers et de la concurrence.

¹⁵⁹ En France, en matière de régulation financière, la dualité de compétence entre juge administratif et juge judiciaire a été maintenue après la fusion de la Commission des opérations de bourse, du Conseil de discipline de la gestion financière et du Conseil des marchés financiers en Autorité des marchés financiers en 2003.

¹⁶⁰ Au Royaume-Uni, l'ancien régulateur des marchés financiers, la FSA (Financial Services Authority), tout comme l'une des récentes autorités de régulation créées depuis sa scission en trois opérateurs en 2013, la PRA (Prudential Regulation Authority) sont des sociétés à responsabilité limitée en garantie, donc des régulateurs « privés ».

disciplines, telles que l'économie et la science politique, qui témoignent de l'aspect pluridisciplinaire du sujet.

Outre le champ disciplinaire, la recherche nécessite de préciser à travers le champ matériel de la recherche les secteurs directement concernés par la construction d'un modèle de régulation.

2. Champ matériel

La présente recherche porte sur les autorités de régulation économique. Il s'agit d'abord des autorités de régulation intervenant dans les secteurs des services publics en réseaux. A ces secteurs économiques classiques que sont les communications (postes, communications électroniques) et l'énergie (électricité et gaz) s'ajoutent plusieurs secteurs peu étudiés mais tout aussi pertinents pour l'étude, comme celui du transport (ferroviaire notamment). Parce que l'absence de tels secteurs serait un frein pour une étude conceptuelle globale sur la régulation et parce que leur étude constitue tout autant l'ADN de cette recherche, les secteurs des finances (assurance, banque et marché de valeurs), intimement liés à l'économie et à ses problématiques actuelles, sont également au centre de nos réflexions¹⁶¹. La supervision prudentielle est par ailleurs partie intégrante de la recherche. Nous savons qu'il est communément opéré une distinction entre réglementation et contrôle prudentiel, notamment dans les secteurs financiers. La réglementation viserait le comportement des opérateurs, et les normes qui la composent ont pour objet de maintenir les équilibres du secteur lui-même. La supervision, elle, aurait pour fonction d'assurer la solidité et la stabilité d'acteurs dont la défaillance entraînerait celle du secteur tout entier. Cependant, nous avons vu que la frontière entre les deux activités est poreuse tant la distinction entre les normes prudentielles et celles de réglementation est parfois peu aisée¹⁶², et que la figure de l'autorité

¹⁶¹ Pour une analyse détaillée des liens entre secteur financier et croissance économique, voir : R. LEVINE, « Finance and growth : Theory and evidence », in P. AGHION et S. DURLAUF (dir.), *Handbook of economic growth*, Amsterdam, Elsevier Publisher, 2005, p. 865 et s ; D.W. ARNER, *Financial stability, economic growth, and the role of law*, Cambridge University Press, 2007.

¹⁶² L'une des difficultés rencontrées pour intégrer la supervision prudentielle au champ matériel de la recherche tient à sa proximité avec l'exercice du pouvoir de résolution, qu'il est possible de situer ex-post. En France, l'ACPR dispose à la fois de la mission de contrôle prudentiel et de celui de résolution des crises. A l'échelle de l'UE, la distinction opérée entre la supervision prudentielle (par le Mécanisme de surveillance unique) et la résolution (par le Mécanisme de résolution unique) explique toutefois qu'on puisse distinguer les deux et intégrer le premier dans l'exercice de régulation.

de régulation rassemblait largement ces deux missions¹⁶³.

Certains secteurs sont en revanche écartés de la recherche qui ne peut intégrer l'ensemble des secteurs potentiellement concernés par la création d'un modèle d'autorité de régulation. Ce choix peut paraître contradictoire avec l'objectif même de l'étude. Il se justifie toutefois. Ainsi, certains secteurs économiques sont régulés pour des raisons essentiellement non économiques. On pense au secteur des jeux en ligne, pour des raisons de protection de l'ordre public, et de l'audiovisuel pour des raisons de pluralisme. Ensuite, la régulation ne cessant de s'étendre et restant indéterminée¹⁶⁴, il est normal d'exclure certains secteurs dont la qualité et la qualification de secteur régulé peut faire débat, comme c'est le cas des secteurs de la santé¹⁶⁵. Sont également exclus les secteurs en plein essor mais dont la visibilité est faible, au regard notamment de la complexité de leurs composantes. C'est l'exemple de la régulation du secteur agricole¹⁶⁶, qui doit à la fois intervenir sur les prix de différents produits parfois en compétition, mais aussi sur le foncier, les quotas, les assurances et l'environnement¹⁶⁷. Ces différents secteurs ne font d'ailleurs pas l'objet d'une législation européenne commune imposant la création d'autorités de régulation nationale, et plusieurs Etats membres n'ont pas à ce jour créé d'autorités de régulation dans ces secteurs. Exclure ces secteurs régulés ou en voie de régulation ne signifie cependant pas que les intégrer dans un processus de construction d'un modèle d'autorité de régulation n'est ni possible, ni souhaitable. De par leur

¹⁶³ En cela, le président de l'ACPR range lui-même cette autorité dans la catégorie des régulateurs. Voir : C. NOYER, « La création de la nouvelle Autorité de Contrôle prudentiel : quels enjeux ? », *Les rencontres de l'asses management*, 22 juin 2010. Voir également : F. MARTY, « La sécurité de l'approvisionnement électrique. Quels enjeux pour la régulation ? », *Revue de l'OFCE*, 2002/7, n°101, p. 442.

¹⁶⁴ Voir par exemple : M-A. FRISON-ROCHE, « Les nouveaux champs de la régulation », *RFAP*, 2004/1, n°109, p. 53s ; A. GESLIN, « Le champ de la régulation », *RFDA*, 2010, p. 731s ou encore S. NICINSKI, « Le mode de régulation », *RFDA*, 2010, p. 735s.

¹⁶⁵ La diversité des types de régulation en matière de santé (régulation des professions de santé, régulation du marché du travail de santé, régulation des systèmes de santé) illustre la difficulté de la prise en compte de ce(s) secteur(s). Pour la régulation juridique dans son ensemble des secteurs de santé, voir M-A. FRISON-ROCHE, *La régulation des secteurs de la santé*, Dalloz / Presses de Sciences Po, Coll. Thèmes & commentaires, Droit et économie de la régulation, Vol. 6, 2011 ; L. VIDAL, « Trois années de régulation de la santé », in T. REVET, L. VIDAL (dir), *Annales de la régulation 2009*, volume 2, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, IRJS Editions, 2009, p. 237 ; A-M. BROCAS, « Pour une régulation du système de santé », *Droit social* 1995, p. 608.

¹⁶⁶ Voir notamment M-A. FRISON-ROCHE, « Appliquer le droit de la régulation au secteur agricole », *RLC*, n°4, août/octobre 2005, p. 126-130 ; A. MOLLARD, « L'approche sectorielle de la régulation : L'agriculture entre régulation globale et sectorielle », in R. BOYER, Y. SAILLARD (dir), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, Editions La Découverte, Coll. Recherches, 2002, p. 332s ; P. BARTOLI et D. BOULET, « Conditions d'une approche en termes de régulation sectorielle. Le cas de la sphère viticole », *Cahiers d'économie et de sociologie rurale*, n°17, INRA-ESR, Paris, 1990, p.7.

¹⁶⁷ J-P. JOUYET, C. DE BOISSIEU, S. GUILLON, *Prévenir et gérer l'instabilité des marchés agricoles*, Rapport remis au Ministre de l'agriculture, 22 septembre 2010.

complexité, ces branches de la régulation ne feront simplement pas l'objet d'études comparées afin de nourrir la recherche.

Une fois la problématique et l'intérêt de la recherche explicités, il convient de préciser la méthode retenue afin de remplir les objectifs affichés.

B. La méthode comparatiste

Dans la présente recherche, l'approche comparatiste est au centre de la construction d'un modèle d'autorité de régulation. Si de nombreux auteurs utilisent la méthode du droit comparé¹⁶⁸, ce que chacun entend par cette expression n'est toutefois pas toujours clair. Il existe en effet plusieurs méthodes de droit comparé¹⁶⁹, lesquelles ne permettent pas toutes d'atteindre l'objectif fixé.

Dans un premier temps, nous retiendrons la classification générale de la méthode comparatiste qui en fait un élément de rapprochement entre les différents systèmes juridiques, avec pour objectif de modifier le droit au regard des expériences étrangères¹⁷⁰. Au sein de cette classification, et ce malgré les réticences de certains auteurs estimant qu'une doctrine méthodologique de droit comparé est impossible à construire¹⁷¹, quatre grandes méthodes liées à l'approche comparatiste ont vu le jour. Celles-ci ne s'opposent pas et sont le fruit d'une évolution, chaque nouvelle méthode s'appuyant sur la précédente pour l'aménager et l'améliorer. La première est une méthode purement descriptive proche de la conception précédemment décrite d'une histoire des institutions. Rapidement tombée en désuétude en raison de l'étroitesse de son approche, elle laisse place à une deuxième méthode dite conceptuelle. Celle-ci est encore utilisée aujourd'hui par tous les comparatistes lors de leur

¹⁶⁸ « Sous le nom droit comparé, il faut entendre seulement une méthode : celle qui consiste à étudier en parallèle des règles ou des institutions juridiques pour les éclairer par ce rapprochement ». J. RIVERO, *Droit administratif comparé : recherches sur la notion du système juridique appliqué au droit administratif comparé* : doctorat : 1954-1955, Paris, Cours de droit, 1954-1955, p. 6.

¹⁶⁹ L'approche comparatiste moderne est née avec quatre revues européennes : le *Bulletin de la Société de législation comparée* en France, la *Revue de droit international et de législation comparée* en Belgique, la *Fur vergleichende Rechtswissenschaft einschliesslich der ethnolo-gischen Rechtsforschung* en Allemagne, et le *Journal of Comparative Legislation and international Law* en Angleterre.

¹⁷⁰ E. LAMBERT, *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit*, Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, Procès verbaux et documents, Vol. 1, Paris, 1905, p. 46.

¹⁷¹ J-C. REITZ, « How to do Comparative Law ? », *AJCL*, 1998, p. 617.

première confrontation aux systèmes juridiques étrangers, surtout dans un objectif d'harmonisation du droit. Basée sur des concepts mais éloignée de la réalité, il faut néanmoins la dépasser. La troisième méthode est la méthode fonctionnelle, développée par l'allemand Ernst Rabel¹⁷² et qui sera à l'origine de la Convention de Vienne. Elle prend forme autour de la prise en considération d'une problématique à résoudre, et la finalité des règles et des systèmes juridiques y a une place prépondérante. Au cœur de cette méthode figurent le rôle et l'objectif des institutions juridiques¹⁷³. L'approche fonctionnelle a pour particularité d'imposer au chercheur de se libérer des catégories juridiques de son système d'origine et de reconsidérer l'objet de l'étude sous des angles différents. Prolongement de la méthode fonctionnelle, la méthode factuelle des Professeurs Sacco¹⁷⁴ et Markesinis¹⁷⁵ apparaît à la fin du XX^{ème} siècle. Elle consiste à travailler sur des questions précises rapportées aux faits constatés en recherchant des équivalents factuels entre les systèmes juridiques étrangers. En somme, alors que les méthodes évoquées précédemment ne semblent pas toujours suffisantes pour que l'approche comparatiste ait le résultat escompté, nous voyons qu'il n'y a pas une méthode spécifique au droit comparé, mais des méthodes comparatistes en fonction de l'objectif de la recherche.

La principale critique adressée à ces méthodes est d'aborder la recherche comparative indépendamment de l'objectif poursuivi par la recherche. Reprenant l'idée selon laquelle chaque recherche de droit comparé doit avoir sa propre méthode en fonction de son but¹⁷⁶, Béatrice Jaluzot¹⁷⁷ avance trois nouvelles démarches modernes et prospectives afin d'expliquer les raisons pour lesquelles le juriste utilise le droit comparé au regard des objectifs de sa recherche¹⁷⁸. La première est une méthode macro-comparative : elle vise à classer et à comparer les systèmes juridiques afin de savoir lesquels sont proches et lesquels sont différents. Son objectif est simple : la compréhension des autres systèmes juridiques. La

¹⁷² E. RABEL, « Unification du droit de la vente internationale, ses rapports avec les formulaires ou contrats types des divers commerces », traduction par H. MANKIEWICZ, in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Tome 2, Paris, LGDJ, 1938, p. 688 et s.

¹⁷³ H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Droit comparé. Théorie générale et principes*, Paris, LGDJ, 1978, p. 185.

¹⁷⁴ R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *Economica*, 1991, p. 44.

¹⁷⁵ B. MARKESINIS, « Unité ou divergence ; A la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », *RIDC* 2001, Vol. 53, n°4, p. 810 et s.

¹⁷⁶ E. LAMBERT, *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit*, op. cit, p. 47.

¹⁷⁷ B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC*, 2005, Vol. 57, n°1, p. 29.

¹⁷⁸ « On n'explique qu'en comparant », disait Émile Durkheim. E. DURKHEIM, *Le suicide. Etude de sociologie*, Paris, PUF, 2e édition, Coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1967, p. 1.

seconde est une méthode comparative subversive : elle vise à améliorer son propre système juridique à la lumière des expériences étrangères¹⁷⁹, avec la « migration de concepts juridiques » (legal transplants)¹⁸⁰ propres au droit étranger dans le droit national. C'est aussi actuellement le domaine du droit comparé le plus avancé¹⁸¹. La troisième, enfin, est une méthode comparatiste de recherche d'un droit commun.

Concernant cette dernière méthode, et de l'aveu même de l'auteure, « force est de constater que la question de la méthode dans la recherche d'une réglementation commune ne retient pas encore l'attention de la doctrine »¹⁸². Pourtant, à l'aune d'une ère européenne dans laquelle les juristes sont destinés à participer à et à prendre en considération la construction du droit de l'Union, cette démarche comparatiste semble nécessiter un approfondissement méthodologique¹⁸³. La recherche sur un modèle d'autorité de régulation s'inscrit semble-t-il parfaitement dans cette méthode comparatiste de recherche d'un droit commun. Elle prend en considération les différents formants¹⁸⁴ observés dans les différents systèmes économiques et juridiques étudiés¹⁸⁵, sans en privilégier un par rapport à l'autre¹⁸⁶. Il y a certes une certaine logique à ce que l'appréhension d'un droit étranger soit influencée par les connaissances que

¹⁷⁹ H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », RIDC 2000, Vol. 52, n°3, p. 53 et s.

¹⁸⁰ P. LEGRAND, « What “legal transplants” ? », in D. NELKEN, J. FEEST, *Adapting legal cultures*, Hart, 2001, p. 55.

¹⁸¹ B. MARKESINIS, « Unité ou divergence ; à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », op. cit., p. 807.

¹⁸² B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », op. cit., p. 44.

¹⁸³ F. VAN DER MENSBRUGGHE (dir.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, 2003.

¹⁸⁴ Un formant est un facteur modelant le droit, une règle, une approche identifiée dans un environnement et un contexte spécifique, dont les « sources du droit » seraient un sous-ensemble. Voir R. SACCO, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II) », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, Iss. 1, 1991, p. 343.

¹⁸⁵ I. BIGLINO, « Formants and Institutions: Intellectual Meeting Points between Rodolfo Sacco and Douglass North », *Global Jurist*, Vol. 1, Iss. 2, 2011. L'auteur note le dialogue implicite entre les discours juridiques et économiques de Sacco et de North, tous deux vecteurs de changements et d'approche prospective dans leurs matières respectives, avec pour objectif de construire une méthode de recherche commune aux juristes et aux économistes.

¹⁸⁶ P. LEGRAND, « À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique », RIDC, Vol. 45, n°4, Octobre-décembre 1993, p. 883 et 884 : « Certes, s'agissant de compréhension du système national, il est clair que le juriste national est a priori avantagé car jamais un juriste étranger ne pourra se transmuier en juriste national pour comprendre le système national comme l'entend le juriste national. Mais ce n'est pas dire que le juriste étranger, comparatiste, ne peut comprendre le système national autrement. Car pourquoi n'y aurait-il qu'une manière de comprendre le système national ? L'étranger n'a pas, lui, les soucis du juriste national de préserver ou de susciter une cohérence interne passant par la réconciliation des règles juridiques stricto sensu et autres règles juridiques opérant au sein du système national ».

nous avons de notre propre système juridique¹⁸⁷. S'il est primordial d'appréhender le droit étranger de la manière la plus objective possible, la comparaison¹⁸⁸ reste en effet une activité subjective, ne serait que par l'interprétation à laquelle le chercheur se livre¹⁸⁹.

Dans cette optique, l'approche comparative de la présente recherche s'articulera autour d'une interrogation centrale : comment comparer de la manière la plus objective possible les différents systèmes de régulation pour en tirer les éléments constitutifs d'un modèle d'autorité de régulation ? En premier lieu, il convient de penser la comparaison en termes relationnels plutôt que terme à terme. Cette approche est trop rarement mise en avant dans les travaux comparatistes. Pour la présente recherche, la comparaison ne peut en effet que reposer sur des « analogies de rapports », à la légitimité, au pouvoir, à l'indépendance, à la visibilité, à la transparence : « penser en termes relationnels peut également conduire à privilégier l'analyse de configurations ou à montrer comment différents facteurs s'articulent. Les mêmes combinaisons de variables n'agissent pas nécessairement de la même manière d'un pays à l'autre et inversement »¹⁹⁰. Dès lors, des phénomènes similaires, comme la régulation, peuvent résulter d'histoires, de cultures, et de catégories juridiques de départ relativement différentes au premier abord, et tout de même faire l'objet d'une étude globale. Compte tenu des difficultés rencontrées pour définir les notions de régulation et d'autorité de régulation, cette approche prend tout son sens. En second lieu, il semble nécessaire de déconstruire et de reconstruire les catégories d'analyse. L'objectif est ici d'écarter toute « illusion terminologique »¹⁹¹. En effet, des termes différents peuvent désigner des phénomènes proches, et à l'inverse, des termes similaires peuvent qualifier des réalités différentes. En outre, une difficulté s'ajoute dès lors que la comparaison impose inévitablement une traduction, au risque de trahir. Enfin, chaque système juridique national

¹⁸⁷ F. MELLERAY, « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA*, 2004, p. 1224. Comme le note l'auteur, si le droit administratif français est un « traditionnel produit d'exportation », il doit savoir lui aussi s'inspirer largement des expériences européennes.

¹⁸⁸ La comparaison est l' « opération de l'esprit par laquelle sont réunis dans une confrontation méthodique les objets à comparer, afin que leurs rapports soient précisés ». L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Tome 2, La méthode comparative, Paris, LGDJ, 1974, p. 22.

¹⁸⁹ Voir notamment les propos de Martin Heidegger : « le sens est sur quoi ouvre la projection structurée par les préalables d'acquis, de visée et de saisie et en fonction de quoi quelque chose est susceptible d'être entendu comme quelque chose ». M. HEIDEGGER, *Etre et temps*, Paris, Gallimard, 1990, p. 197.

¹⁹⁰ T. LE BIANIC, L. DE VERDALLE, C. VIGOUR, « S'inscrire dans une démarche comparative. Enjeux et controverses », in *Ce que comparer veut dire*, *Terrains & travaux* n°21, *Revue de sciences sociales*, 2012/2, p. 15.

¹⁹¹ F. SCHULTHEIS, « Comme par raison – comparaison n'est pas toujours raison. Pour une critique sociologique de l'usage social de la comparaison interculturelle », *Droit et société*, Vol. 11, n°1, 1989, p. 222.

naît d'un contexte social et historique, porteur de valeurs, d'approches propres. Pour cette raison, déconstruire les catégories afin de voir ce qu'elles recouvrent¹⁹² est un préalable à une requalification des phénomènes comparés sous une même dénomination. Nous avons déjà procédé de la sorte pour identifier la catégorie de l'autorité de régulation. En troisième lieu se pose la question de l'interprétation et des modalités de restitution¹⁹³. Cette ultime étape fait l'objet de cette recherche. Elle est la plus complexe, puisqu'il faut traiter en termes généraux les données comparées sans négliger les spécificités de chaque système de régulation et faire ressortir un modèle à partir de comparaisons « dissimilaires » des différents secteurs régulés que sont les services publics en réseaux et les secteurs des finances.

Dans la présente recherche, la comparaison doit être pensée comme « un instrument privilégié de connaissances »¹⁹⁴ permettant de s'interroger sur les raisons juridiques, mais aussi économiques et politiques, qui motivèrent les choix opérés à l'échelle nationale, pour ensuite les dépasser. L'objectif est à la fois de comprendre les différences observées puis de les confronter à l'aune de ce qui se passe à l'étranger, afin de poser les bases d'une réflexion sur la construction d'un modèle d'autorité de régulation.

Ayant précisé ce que nous entendons par « modèle d'autorité de régulation », cette étude s'appuiera sur les différentes expériences européennes dans les secteurs des services publics en réseaux et des finances pour contribuer à la construction d'un tel modèle. Compte tenu de la diversité des objectifs poursuivis, il est important de déterminer quelles grandes caractéristiques de l'autorité de régulation doivent dicter la recherche du modèle le plus efficace. Dans le secteur des communications, cette recherche de l'efficacité du régulateur a notamment fait l'objet par l'Union internationale des télécommunications (UIT)¹⁹⁵ de la rédaction d'un « kit d'aide » ou « boîte à outils » (toolkit) pour la régulation des techniques d'information et de communication (TIC) à destination des régulateurs, des décideurs et des praticiens de la régulation¹⁹⁶. Ses auteurs, parmi lesquels on compte plusieurs actuels ou anciens membres d'ARN, ont ainsi indiqué quels sont les « éléments pour un régulateur

¹⁹² G. SARTORI, « Bien comparer, mal comparer », RIDC, Vol. 1, n°1, p. 19.

¹⁹³ Voir notamment le dossier « Mettre en mots la comparaison : analyses de pratiques », RIDC, Vol. 19, n°1, 2012.

¹⁹⁴ T. PERROUD, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op.cit, p. 14.

¹⁹⁵ L'UIT est l'institution spécialisée des Nations Unies pour les technologies de l'information et de la communication.

¹⁹⁶ Ces travaux sont disponibles sur : <http://www.ictregulationtoolkit.org>

efficace » (elements for an effective regulator) en distinguant deux grandes dimensions cumulatives de l'efficacité.

La première est la source de l'efficacité et touche au cadre institutionnel et fonctionnel du régulateur (functional and institutional framework). Pour être efficace, l'autorité de régulation doit d'abord avoir une forme structurelle souple, qui répond rapidement, de manière pertinente et crédible aux problématiques soulevées par la régulation, afin de permettre au régulateur de s'adapter aux réalités du marché. Cette caractéristique architecturale ne peut toutefois pas garantir à elle seule le bon fonctionnement du régulateur, lequel dépend d'une association d'éléments comme des fonctions et des responsabilités bien définies. Il importe donc d'examiner non seulement la conception structurelle et organique mais aussi les aspects fonctionnels de la régulation. Pour réaliser ses missions (ouverture à la concurrence, protection du consommateur, service universel, prévention des risques, etc.) il y a nécessité pour le régulateur de fonctionner de manière efficace, en disposant de pouvoirs appropriés et en les utilisant dans les meilleures conditions. Ces aspects structurels et fonctionnels peuvent néanmoins révéler des différences importantes entre les Etats membres, notamment en termes d'architecture de la régulation. L'UIT note d'ailleurs que « le régulateur doit prendre en compte divers points de vue et intérêts, y compris des objectifs économiques, sociaux et politiques. Cet équilibre devrait se traduire dans la structure institutionnelle et dans l'équilibre des pouvoirs »¹⁹⁷. Ce cadre structurel et fonctionnel de la régulation suppose également une distinction entre l'étude des autorités de régulation nationales et leurs « pendants » européens, car les ARN bénéficient d'un certain « vécu » que n'ont pas leurs homologues de l'Union.

La seconde constitue une garantie de l'efficacité et consiste à analyser la mise en œuvre de la régulation à travers le prisme des critères de la bonne gouvernance¹⁹⁸ qui s'appliquent au régulateur. Pour l'UIT, la bonne gouvernance « promeut la responsabilisation et la légitimité, renforce l'indépendance et réduit l'ingérence des politiques et des industries régulées »¹⁹⁹. Elle participe ainsi au renforcement des autorités de régulation dont l'indépendance permet de définir les conditions d'un « juste équilibre » entre les intérêts

¹⁹⁷ ICT Regulation Toolkit, Module « Elements for an Effective Regulator », p. 11 : « the regulator must take into account various viewpoints and interests, including economic, social and political objectives. This balance should be reflected in the institutional structure and in the system of checks and balances ».

¹⁹⁸ J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », RFAP n° 105-106, 2003/1, p. 203.

¹⁹⁹ ICT Regulation Toolkit, Module « Decision-Making Process and Governance Framework », p. 44.

sociaux, publics et privés, transformant l'« expert » en « sage »²⁰⁰. Mais elle impose également à l'autorité de régulation de rendre des comptes (accountability) aux pouvoirs publics et d'agir de manière légitime aux yeux des citoyens et des parties prenantes, faisant de l'intérêt général le produit d'une délibération collective conforme à l'idée de « démocratie procédurale » chère à Habermas²⁰¹.

Ainsi menée, la présente recherche vise à déterminer, au regard de ces deux dimensions de l'efficacité du régulateur et en s'appuyant sur les expériences des systèmes actuels de régulation, quelle forme pourrait prendre un modèle d'autorité de régulation commun aux secteurs des finances et des réseaux dans l'Union européenne.

Partie I. La construction d'un cadre structurel et fonctionnel rationalisé pour les autorités de régulation

Partie II. L'indispensable mise en oeuvre des critères de la bonne gouvernance auprès des autorités de régulation

²⁰⁰ J. CHEVALLIER, *ibid.*, p. 216. La bonne gouvernance « suppose aussi une connaissance intime du secteur à réguler, des contacts étroits avec ses représentants, qui imposent un rapprochement avec le milieu et le relâchement corrélatif des contraintes résultant de l'appartenance à la machine bureaucratique. Le souci de bonne gouvernance est ainsi devenu le vecteur de développement d'autorités de régulation indépendantes ».

²⁰¹ J. HABERMAS, *Morale et communication*, traduit de l'allemand par C. BOUCHINDHOMME, Ed. du Cerf, 1986, p. 87.

PREMIERE PARTIE

LA CONSTRUCTION D'UN CADRE STRUCTUREL ET FONCTIONNEL RATIONALISE POUR LES AUTORITES DE REGULATION

Depuis la fin du XXème siècle, l'inadaptation des structures administratives classiques à la régulation a impliqué le développement d'un nouveau mode d'organisation des pouvoirs publics. Ce dispositif d'encadrement des règles de marché prit dans l'Union européenne la forme d'autorités chargées de superviser les différents secteurs ouverts à la concurrence. Ces régulateurs se sont alors multipliés en combinant deux spécificités d'un point de vue organisationnel.

Les autorités de régulation nationales ont à l'origine été créés sur la base d'une spécificité structurelle, puisque pour chaque secteur régulé (communications, énergie, postes, transports, banque, assurance, valeurs mobilières), les Etats membres ont opté pour un régulateur spécialisé. Durant les vingt dernières années, les particularités de ces secteurs, mais aussi les modalités de mise en place d'un marché concurrentiel, incitaient en effet à n'envisager qu'« une régulation des secteurs nécessairement spécifique, au moins pendant une période transitoire »²⁰². Les questions posées aujourd'hui sont alors de savoir si cette période transitoire n'arrive pas à son terme et si pour une plus grande efficacité, les mouvements de convergence observés entre les différents secteurs régulés ne permettent pas de renouveler l'architecture de la régulation.

La spécificité fonctionnelle des autorités de régulation est d'un autre ordre. Créées pour assurer le respect des règles d'organisation du marché, surveiller les entreprises cruciales, contrôler les prix et garantir le maintien de la concurrence, les autorités de

²⁰² A. LAGET-ANAMAYER, La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité, op. cit., p. 291.

régulation ont été dotées de pouvoirs divers et variés, leur donnant à la fois l'image « d'un juge, celle d'un expert et celle d'un "chien de garde" »²⁰³. Outils indispensables, ces pouvoirs sont la clé de voute de leur action et les réduire reviendrait à entamer considérablement leur efficacité. Si l'avenir de la régulation passe par l'octroi de pouvoirs étendus, leur exercice n'est toutefois pas sans poser de difficultés, à l'échelle nationale comme à l'échelle de l'Union européenne.

En conséquence, l'efficacité des autorités de régulation ressort ainsi de la combinaison de plusieurs éléments. : leur architecture et leur champ de compétences doivent pouvoir évoluer en même temps que les secteurs qu'ils régulent (Titre I), et les pouvoirs qui leurs sont octroyés doivent être suffisamment étendus pour qu'ils mènent à bien les missions qui leurs sont confiées (Titre 2).

Titre I. La nécessaire mutation de l'architecture des autorités de régulation

Titre II. L'octroi de pouvoirs étendus au profit d'une plus grande efficacité

²⁰³ H. MAISL, « La régulation des télécommunications: changements et perspectives », RFDA, mai-juin 1995, p. 457.

TITRE I

LA NECESSAIRE MUTATION DE L'ARCHITECTURE DES AUTORITES DE REGULATION

Souvent évoquée avec préterition, la question de l'architecture de la régulation²⁰⁴ ne semble intéresser que très peu la doctrine française²⁰⁵ dont les efforts se conjuguent pour l'essentiel sur d'autres caractéristiques de l'autorité de régulation, comme l'indépendance²⁰⁶. Pourtant, l'intérêt du critère architectural dans la recherche d'un modèle d'autorité de régulation est réel. En effet, ce critère contribue grandement à l'efficacité de la régulation, comme ont pu en témoigner les modifications organisationnelles importantes qu'a subi le secteur financier au lendemain des crises des années 2000²⁰⁷. Il met aussi en lumière des différences importantes entre les différents Etats membres, les différents secteurs mais aussi entre les échelons nationaux et européens. Indéniablement et malgré un mouvement commun

²⁰⁴ Le terme « architecture » signifie par analogie « principe d'organisation d'un ensemble, agencement, structure » pour retenir la définition donnée par le Centre national de ressources textuelles et lexicales. Cette formule de l'« architecture de la régulation » est utilisée régulièrement dans le cadre de la régulation financière. Voir notamment : M. SEVE, *La régulation financière face à la crise*, Bruylant, Coll. Droit et Economie, 2013, pp. 284 et s. ; R. VABRES, « Les compétences de la Commission et de l'Autorité européenne des marchés financiers dans l'élaboration de la législation financière européenne », *RDBF*, n° 3, mai 2012, étude 12 ; R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruylant, Coll. Mondialisation et droit international, 2011, pp. 30 et s. ; L.BINI SMAGHI, *Regulation and Supervisory Architecture: Is the EU on the Right Path?* Discours tenu à l'ECON Meeting 2009, Bruxelles, 12 février 2009 ; Cour des comptes, « Les autorités de contrôle et de régulation du secteur financier », in *Rapport annuel de la Cour des comptes 2009*, p. 387. Dans la régulation des secteurs des services publics en réseaux, le terme renvoie aux formules parfois utilisées de « structure », de « structure institutionnelle » et de « forme institutionnelle ». Voir par exemple : L. RODRIGUES, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, Bruylant, 2012, p. 391 et s. ; J. WALTHER, « Un "modèle allemand" d'autorité de régulation pour l'Europe ? – Concentration et diversification des autorités de régulation sectorielle en Allemagne » *RJEP*, n° 692, décembre 2011, p. 22 ; H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », *RJEP*, n° 692, décembre 2011, p. 5 ; H. INTVEN, *Manuel sur la réglementation des télécommunications*, Banque Mondiale, 2000, pp. 5 et s.

²⁰⁵ Certains auteurs semblent toutefois y accorder une importance. Voir : J. WALTHER, « Un "modèle allemand" d'autorité de régulation pour l'Europe ? – Concentration et diversification des autorités de régulation sectorielle en Allemagne », *op. cit.* ; H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, *op. cit.*, pp. 620 et s.

²⁰⁶ Voir, *infra*, pp. 379 et s.

²⁰⁷ M. SEVE, *La régulation financière face à la crise*, *op. cit.*, pp. 272 et s.

au profit d'une approche intégrée, les architectures nationales varient d'abord selon qu'il s'agit du secteur des services publics en réseaux²⁰⁸ ou de celui des finances²⁰⁹. Ensuite, l'analyse de l'architecture de la régulation traduit des différences particulièrement marquées entre les échelons nationaux et européens. Dans le premier cas, la question de l'architecture des autorités de régulation nationales porte essentiellement sur la forme que celles-ci doivent adopter. Pour gagner en efficacité, il est probable que la forme institutionnelle de l'autorité de régulation doive muter, passant d'un modèle de régulation sectorielle à une architecture plus intégrée (Chapitre 1). A l'échelle de l'Union européenne en revanche, la multiplication des acteurs – Commission européenne, association des régulateurs, agences de l'UE – joue un rôle crucial dans la régulation et rend dès le départ complexe la construction d'une architecture stable de la régulation européenne. Pour cette raison, avant de rechercher si l'architecture nationale de la régulation peut servir d'inspiration, le débat doit d'abord porter sur l'opportunité de recourir à de nouveaux acteurs européens de la régulation et sur leurs champs de compétences (Chapitre 2).

Chapitre 1. La transformation du modèle de l'autorité de régulation nationale : de l'autorité de régulation sectorielle à l'autorité de régulation intégrée

Chapitre 2. La recherche d'un nouvel échelon européen de régulation : l'émergence de nouveaux acteurs

²⁰⁸ W. SMITH, « Utility Regulators – Roles and Responsibilities », Public Policy for the Private sector n° 128, octobre 1997.

²⁰⁹ D. T. LLEWELLYN, « Institutional structures of financial regulation and supervision: The basic issues », in Aligning financial supervisory structures with country needs, Washington DC, World bank Institute, 2006, p. 56.

Chapitre 1

La transformation de l'architecture de l'autorité de régulation nationale : de l'autorité de régulation sectorielle à l'autorité de régulation intégrée

Constituant au début du XXI^{ème} siècle le modèle architectural d'autorité de régulation nationale le plus populaire et le plus utilisé dans les Etats membres de l'Union européenne, aussi bien dans le domaine des finances²¹⁰ que dans celui des services publics en réseaux²¹¹, la structure sectorielle de la régulation suppose que pour chaque secteur d'activité (banque, assurance, valeur mobilière, télécommunication, poste, électricité, gaz, transport ferroviaire, etc.) soit mise en place une autorité de régulation spécialisée. Les évolutions récentes qui font suite à l'instauration d'une concurrence effective, notamment dans le secteur des communications électroniques, ou au rapprochement des différents produits financiers, par exemple en matière de « bancassurance », conduisent cependant à remettre en cause progressivement cette approche sectorielle de la régulation (Section 1). Cette remise en cause a conduit les Etats membres à réfléchir à un nouveau cadre architectural de la régulation, en privilégiant progressivement une forme résolument plus intégrée de l'autorité de régulation (Section 2).

Section 1. La remise en cause progressive de la régulation sectorielle

Section 2. Le choix d'une architecture intégrée de l'autorité de régulation

²¹⁰ BCE, Recent developments in supervisory structures in the EU member states (2007-2010), octobre 2010, p. 3 et s.

²¹¹ J.-F. BRISSON, « La diversité des régulateurs nationaux sectoriels », RFDA, 2014, p. 869.

Section 1. La remise en cause progressive de la régulation sectorielle

Dans les Etats membres de l'Union européenne, la remise en cause progressive de l'approche sectorielle s'explique par un certain nombre de limites que présente un tel modèle architectural de l'autorité de régulation, qui n'est plus en phase avec les évolutions récentes de la régulation (I). Cette remise en cause se traduit naturellement par des mouvements de fusion entre autorités sectorielles (II).

I. Les limites de l'approche sectorielle face aux évolutions de la régulation

Même si les autorités de régulation économique relèvent globalement du même mode opératoire, la logique de leur sectorisation a mécaniquement produit un mouvement de diversification dans la mesure où, pour l'essentiel, « elles ont été instituées au coup par coup et sans esprit de système »²¹². Face à une ouverture à la concurrence étalée dans le temps, cette régulation sectorielle des réseaux voit aujourd'hui son existence contestée au profit du droit transversal de la concurrence (A). Dans les secteurs financiers, l'éclatement sectoriel constitue une source d'hétérogénéité et de complexité suite au développement de nouvelles pratiques et à l'utilisation de nouveaux produits financiers (B).

A. Dans les industries de réseaux : droit de la régulation ou droit de la concurrence ?

L'architecture de la régulation des industries en réseaux a essentiellement pris la forme d'autorités de régulation sectorielle spécialisées dans chacun des secteurs libéralisés²¹³. Le caractère transitoire de cette régulation impliquerait à terme la généralisation d'une régulation transversale issue de l'application du droit de la concurrence (1). Cette approche ne semble toutefois pas remettre en question la pérennité des régulateurs des réseaux (2), dans la

²¹² J.-F. BRISSON, « La diversité des régulateurs nationaux sectoriels », op. cit., p. 869.

²¹³ La régulation au Royaume-Uni est un bon exemple de ce type de régulation sectorielle dans la mesure où une autorité avait initialement été créée pour chacun des marchés soumis à concurrence. On comptait l'Office of Telecommunications (OfTel) pour les télécommunications, la Postal Services Commission (PostComm) pour la poste, l'Office of Electricity Regulation (OFFER) pour l'électricité, l'Office of Gas Supply (Ofgas) pour le gaz et l'Office of Rail Regulation (ORR) pour le transport ferroviaire.

mesure où « la libre et égale concurrence [n'] est [qu'] un des objectifs qu'ils poursuivent parmi tant d'autres »²¹⁴.

1. La généralisation de la régulation transversale par le droit de la concurrence

L'idée d'une régulation par le seul droit de la concurrence peut se justifier au regard du caractère transitoire de la régulation sectorielle, mais elle se heurte à des difficultés relatives à l'accès des tiers aux réseaux, qui pourrait être mieux réalisé par une organisation ex ante.

a. Le caractère supposé transitoire de la régulation sectorielle des réseaux

Il est courant de justifier le recours à des dispositifs de régulation sectorielle par la nécessité d'accompagner « la transition entre monopole et concurrence »²¹⁵. En théorie, la régulation sectorielle d'un marché ne devrait être que transitoire et ne durer que le temps nécessaire à ce que ce marché parvienne à s'autoréguler²¹⁶. L'accompagnement de l'ouverture à la concurrence de ces secteurs serait alors l'objectif de la régulation sectorielle des réseaux²¹⁷. Ceci suppose qu'une fois l'objectif initial primordial d'ouverture des marchés à la concurrence atteint, un conflit d'objectif entre le régulateur sectoriel ex ante et celui de la

²¹⁴ T. PEZ, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », RDP, n°2, mars 2014, p. 362.

²¹⁵ J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, 7ème éd., LGDJ, 2014, p. 460.

²¹⁶ F. DUPUIS-TOUBOL, « Le juge en complémentarité du régulateur », LPA, 23 janvier 2003, n° 17, p. 21s. A. PERROT, « Concilier service public et concurrence ; L'économie de la réglementation », in B. FERRANDON (dir.), *Concurrence et régulation des marchés*, La documentation française, 2003, n° 313, p. 51.

²¹⁷ En France, les dispositions législatives qui assignent cette mission aux régulateurs sectoriels des réseaux sont nombreuses. La CRE « veille, en particulier, à ce que les conditions d'accès aux réseaux de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel n'entravent pas le développement de la concurrence » (art. L. 131-1 du Code de l'énergie). L'ARCEP veille « à l'exercice d'une concurrence loyale » (art. L. 5-2 du CPCE), « à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques » et « à l'exercice de la concurrence relative à la transmission des contenus et, lorsque cela est approprié, à la promotion d'une concurrence fondée sur les infrastructures » (art. L. 32-1 II du CPCE). Quant à l'ARAF, celle-ci « veille en particulier à ce que les conditions d'accès au réseau ferroviaire par les entreprises ferroviaires n'entravent pas le développement de la concurrence » (art. L. 2131-3 du code des transports).

concurrence ex post²¹⁸ peut apparaître et laisser à ce dernier le soin de réguler seul la concurrence²¹⁹.

Ce caractère temporaire de la régulation des réseaux est souvent avancé par la Commission européenne. La directive 2009/140/CE aborde ainsi l'avenir des autorités de régulation des communications électroniques en ces termes : « l'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur les marchés jusqu'à ce que, à terme, les communications électroniques soient régies par le seul droit de la concurrence »²²⁰. Et d'ajouter que « compte tenu du fait que les marchés des communications électroniques ont fait preuve d'une forte compétitivité ces dernières années, il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective et durable ». Régulièrement, cette idée selon laquelle une fois l'ouverture à la concurrence atteinte ce serait à l'autorité chargée de la concurrence de se charger du contrôle du secteur, est rappelée par une partie de la doctrine qui retient l'idée selon laquelle la fonction de régulation est une fonction ayant pour objet d'ouvrir à la concurrence un secteur autrefois exploité par un monopole public²²¹.

Les autorités de régulation sectorielle auraient donc été créées pour accompagner l'ouverture à la concurrence de certains secteurs et une fois leur mission achevée - la réalisation de la pleine concurrence sur ces marchés - elles sont donc vouées, sur le long terme, à disparaître²²². Cette évolution constituerait « l'effacement progressif de la

²¹⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulations, Droit et Économie de la Régulation*, Vol. 4, Coll. *Thèmes et commentaires*, 2006, p. 33.

²¹⁹ N. CHARBIT, « Les objectifs du régulateur, entre recherche d'efficacité et rappel de légalité », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Droit et économie de la régulation*, Vol. 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. *Thèmes et commentaires*, 2004, p. 71.

²²⁰ Cons. 5 de la directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009, JOUE n° L 337/37, 18 décembre 2009. La directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès ») abordait déjà cette question par les mêmes termes à son considérant 13 : « l'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché ».

²²¹ Y. GAUDEMET, « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, p. 13 ; P. DELVOLLE, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, p. 42 et p. 561.

²²² J.-M. SAUVE, *Les autorités administratives indépendantes, Intervention du 11 février 2010 dans le cadre de la mission mise en place par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) sur les autorités administratives indépendantes*, p. 6. Ce point de vue n'est pas nouveau : en 1996, dans le cadre du projet de loi de réglementation des télécommunications, certains rapports parlementaires notaient déjà la durée

réglementation sectorielle au profit de l'application d'une régulation reposant sur les principes de droit de la concurrence »²²³. Mais cette évolution est surtout liée à une conception générale de la raison d'être de la régulation. Jean-Louis Autin a par exemple déjà montré en 2010 les différences d'approche française et britannique de la régulation. Alors que la conception française autorise à inscrire l'existence des autorités de régulation sectorielle dans la durée, l'auteur relève que le point de vue britannique peut à terme, les mécanismes du marché et le libre jeu de la concurrence étant assurés, prescrire la suppression de ces autorités²²⁴. La question de la pérennité des dispositifs de régulation sectorielle est donc posée. Une fois la concurrence sur les marchés des services publics en réseaux ayant atteint un stade de développement suffisant, le droit de la régulation sectorielle n'a-t-il pas vocation à s'effacer, laissant place à la régulation transversale par le droit de la concurrence²²⁵ ?

Si comme le relevait Antoine Gosset-Grainville « les nouvelles orientations du droit de la concurrence rendent la distinction entre droit de la concurrence (...) et droit de la régulation (...) de plus en plus floue et étanche »²²⁶, une première difficulté demeure toutefois entière, celle d'assurer un accès au réseau d'infrastructures non reproductibles dans chacun des secteurs. Quel que soit ce réseau, le problème de son accès pour les nouveaux opérateurs dépasse ainsi celui de l'ouverture à la concurrence.

b. La difficulté *persistante de l'accès aux réseaux*

Qu'il s'agisse du gaz et de l'électricité, des transports ou des télécommunications, ces réseaux sont tous dépendants d'infrastructures auxquelles l'accès est indispensable et dont il n'existe aucun substitut réel ou potentiel. Afin d'éviter que l'ouverture à la concurrence ne

de vie limitée de la régulation sectorielle des télécommunications électroniques (C. GAILLARD, Rapport n° 2750 au nom de la Commission de la production de l'Assemblée nationale, 30 avril 1996, pp. 177 et s).

²²³ C. FICHET, « De la régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », LPA, 17 octobre 2003, n° 208.

²²⁴ J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », RFDA 2010 n°5, p. 878.

²²⁵ A. GOSSET-GRAINVILLE, « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur ? », in M.-A. FRISON-ROCHE, Les risques de régulation, Droit et économie de la régulation, Vol. 2, Presses de Science Po et Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 159.

²²⁶ Ibid., p. 158.

demeure virtuelle ou qu'un monopole de fait ne succède à un monopole de droit²²⁷, il est en effet nécessaire d'assurer un accès des tiers à ces réseaux²²⁸.

Pour résoudre cette difficulté, le droit de la concurrence a recours à la théorie dite des facilités essentielles (essential facilities)²²⁹. Cette théorie est une création des tribunaux américains appliquant les dispositions du Sherman Act prohibant la monopolisation. Elle a ensuite été reprise en droit de l'UE²³⁰ et en droit français de la concurrence dans le cadre de l'ouverture à la concurrence de marchés gérés par des monopoles publics, avant d'être étendue à d'autres domaines de l'activité économique. Elle repose sur l'idée selon laquelle la société en situation de monopole qui détient une infrastructure ou une installation non reproductible dans des conditions économiques raisonnables - ressource sans laquelle des concurrents ne peuvent servir leurs clients ou exercer leur activité - peut être contrainte de permettre à ses concurrents d'accéder à cette ressource, afin de protéger le jeu de la concurrence²³¹. Dans les services publics en réseaux, elle signifie qu'un opérateur titulaire de droits exclusifs se rend coupable d'un abus de position dominante s'il n'en accorde pas l'accès dans des conditions raisonnables et non discriminatoires²³². L'autorité de la concurrence peut

²²⁷ L. RICHER, « Droit d'accès et service public », AJDA, 2006, p. 73.

²²⁸ Pour la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 9 sept. 1997, « Heli-inter Assistance », BOCCRF, 7 oct. 1997, p. 691), les facilités essentielles se caractérisent ainsi par le coût prohibitif de leur reproduction et leur importance cruciale pour l'économie : les utilisateurs du réseau doivent pouvoir accéder à l'infrastructure dans des conditions équitables et non discriminatoires.

²²⁹ G. DEZOBRY, La théorie des facilités essentielles. Essentialité et droit communautaire de la concurrence, Bibliothèque de droit international et communautaire, LGDJ, 2009, spéc. pp. 409 et s.

²³⁰ La qualification de facilité essentielle repose sur quatre critères définis par la jurisprudence européenne. En premier lieu, le bien ou le service doit être indispensable à l'activité d'autres entreprises, ou, pour ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, au développement technique d'un produit ou d'un service nouveau, pour lequel existe une demande potentielle sur un marché voisin ou aval. En deuxième lieu, aucun substitut réel ou potentiel ne doit permettre aux entreprises précitées de mener à bien leurs activités et elles ne doivent pas être en mesure de répliquer elles-mêmes la facilité dans des conditions économiques raisonnables. En troisième lieu, aucune justification objective ne doit empêcher la fourniture de la facilité essentielle aux entreprises qui le demandent. En quatrième lieu, l'absence d'accès à la facilité essentielle doit être de nature à éliminer toute concurrence effective. Voir : Décision de la Commission 94/19/CE du 21 décembre 1993 Sea Container c/ Sealink ; CJCE, 6 avril 1995, RTE et ITP c/ Commission (dit « Magill »), Aff. C-241/91 P et C-242/91 P, ECLI:EU:C:1995:98 ; CJCE, 11 novembre 1997, Commission et France c/ Ladbrooke Racing, Aff. C-359/95 P et C-379/95, ECLI:EU:C:1997:531 ; TPICE, 15 septembre 1998, European Night Services, Aff. T 374/94, T 375/94, T 384/94 et T 388/94, ECLI:EU:T:1998:198 ; CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner c/ Mediaprint, Aff. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 ; CJCE, 29 avril 2004, IMS Health GmbH c/ NDC Health GmbH, Aff. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 ; TPICE, 17 septembre 2007, Microsoft corporation, Aff. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289.

²³¹ CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner/ Mediaprint, op. cit.

²³² Communication de la Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, C(2009) 864 final, p. 3 : « il n'est pas illégal en soi pour une entreprise d'occuper une position dominante et cette

alors enjoindre au titulaire du réseau de contracter avec un opérateur souhaitant accéder à ses infrastructures²³³ ou rendre obligatoires certains engagements de l'opérateur²³⁴. L'autorité peut enfin imposer l'accès au réseau lors d'une opération de concentration. Pour être compatible avec le marché, rappelons qu'une telle opération ne doit pas entraver « de manière significative une concurrence effective dans le marché commun (...) du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante »²³⁵. A cette occasion, et lorsque la nouvelle entité dispose d'infrastructures de réseaux, l'autorité de la concurrence peut imposer des mesures correctives en demandant d'autoriser l'accès à la facilité essentielle pour permettre à certains opérateurs d'entrer sur le marché²³⁶.

Si on peut recourir à cette méthode qui laisse aux autorités de la concurrence le soin de surveiller l'accès aux réseaux, ce dernier reste aujourd'hui essentiellement aménagé par la régulation sectorielle, laquelle prévoit en amont les conditions d'accès aux infrastructures dans des textes. Plusieurs raisons poussent d'ailleurs à privilégier le recours à un régulateur ex ante pour l'organisation et la tarification de l'accès aux réseaux. D'une part, la législation européenne, prenant le relais de la Cour²³⁷, a organisé l'accès aux réseaux par la séparation des gestionnaires des réseaux de transport et des entreprises intervenant sur les différents marchés²³⁸. D'autre part, la régulation sectorielle permet de réduire l'asymétrie d'information entre l'entreprise régulée et l'autorité de contrôle. L'autorité de régulation sectorielle a en effet l'avantage de posséder une connaissance approfondie du secteur régulé et dispose,

entreprise dominante peut participer au jeu de la concurrence par ses mérites. Il lui incombe toutefois une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun »

²³³ CJCE, 6 mars 1974, *Commercial Solvents Corporation c/ Commission*, Aff. 6/73 et 7/73, ECLI:EU:C:1974:18.

²³⁴ Art. 9, §1 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE L 1 du 4.1.2003, p. 1.

²³⁵ Art. 2, §2 du règlement (CE) n° 139/2003 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29.1.2004, p. 1.

²³⁶ Ces engagements sont fréquemment utilisés par la Commission à l'échelle de l'UE, que ce soit dans le secteur des télécommunications (décision de la Commission du 12 avril 2000, *Vodafone/Mannesmann*, Aff. COMP/M.1795 ; Décision de la Commission du 10 juillet 2002, *Telia/Telenor*, Aff. COMP/M.2803), dans celui de l'énergie (décision de la Commission du 7 février 2001, *EDF/EnBW*, Aff. COMP/M.1853 ; Décision de la Commission du 14 mars 2006, *DONG/Elsam/Energi E2*, Aff. COMP/M.3868) ou des transports (décision de la Commission du 11 février 2004, *Air France/KLM*, Aff. COMP/M.3280 ; Décision de la Commission du 7 juillet 2005, *Lufthansa/Swiss*, Aff. COMP/M.3770).

²³⁷ CJCE, 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, Aff. C 202/88, ECLI:EU:C:1991:120 ; CJCE, 13 décembre 1991, *RTT c/ GB Inno BM SA*, Aff. C 18/88, ECLI:EU:C:1991:474.

²³⁸ Par exemple pour le secteur des télécommunications, art. 7 §6 de la directive 96/92/CE, pour le secteur de l'électricité, art. 9 de la directive 2009/72/CE et pour le secteur ferroviaire, art. 6 de la directive 2012/34/UE.

contrairement à l'autorité de concurrence, des informations suffisantes pour déterminer les conditions dans lesquelles l'accès au réseau doit être accordé. Enfin, l'autorité de régulation sectorielle a la possibilité d'assurer une surveillance continue du marché régulé et peut notamment vérifier si les conditions encadrant l'accès sont respectées et si l'accès au réseau est effectif. Pour cette raison, il semble que « la gestion de ces règles d'accès requiert une supervision constante qui dépasse le champ des autorités de la concurrence et doit plutôt être confiée à des autorités de régulation spécialisées »²³⁹.

Dans le cas de l'accès au réseau, la régulation est mise en place pour établir « au forceps » la concurrence²⁴⁰. Si l'ouverture à la concurrence constitue l'un des objectifs, elle ne constitue toutefois pas le seul objectif poursuivi par les régulateurs ex-ante.

2. Le caractère pérenne de la régulation économique des réseaux

Malgré les évolutions des dernières années, plusieurs indices laissent penser qu'une régulation ex-ante des secteurs des réseaux continue d'être nécessaire. D'abord, les tentatives de contrôle transversal par le droit de la concurrence ont été des échecs. Ensuite, l'objectif de la régulation d'accompagnement de la concurrence n'est pas encore pleinement rempli, dans le droit comme dans les faits. Enfin d'autres objectifs récemment mis en avant permettent de relativiser l'idée d'un remplacement de la régulation sectorielle par le droit de la concurrence.

a. L'échec de la seule « régulation transversale »

Par le passé, plusieurs Etats ont tenté de ne pas instaurer d'autorité de régulation dans certains secteurs pour privilégier un unique contrôle a posteriori par le droit de la concurrence. L'exemple néozélandais²⁴¹ dans le secteur des télécommunications et l'exemple allemand dans le secteur de l'énergie montrent bien toute la difficulté de ne pas recourir à des autorités de régulation des réseaux.

²³⁹ P. REY, « Concurrence par les mérites », in G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et économie, 2006, p. 159.

²⁴⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Ambition et efficacité de la régulation économique », RDBF, novembre-décembre 2010, p. 60.

²⁴¹ Même si hors de l'UE, cet exemple est symptomatique de l'échec de la seule régulation par le droit de la concurrence dans le secteur des télécommunications.

En ouvrant le secteur des télécommunications à la concurrence par le Telecommunications Act de 1987 et le Telecommunications Amendment Act de 1988, la Nouvelle Zélande décida de recourir au seul droit de la concurrence pour encadrer l'action de l'opérateur historique Telecom New Zealand (aujourd'hui Spark). Pour ce faire, la Nouvelle-Zélande décida de s'appuyer, pour rendre la concurrence effective, sur le Commerce Act de 1986, et en particulier sur ses Sections 36, « Utilisation de la position dominante dans un marché » et 27, « Contrats, accords implicites ou explicites diminuant la concurrence ». Ce choix s'est traduit rapidement par des difficultés considérables liées aux accords d'interconnexion entre concurrents, qui devinrent des instruments de collusion pénalisant les consommateurs par des prix finaux élevés et bloquant l'arrivée de nouveaux entrants²⁴². Dans les faits, les accords d'interconnexion sont vite devenus un problème central, car le choix des charges d'accès avait été laissé à la négociation entre opérateurs, avec un simple recours en justice sur la base du Commerce Act. L'opérateur Clear, entré sur le marché des communications longue distance en 1991, avait notamment négocié des tarifs d'accès au réseau local, puis, cherchant à offrir le téléphone local aux entreprises, avait demandé un nouveau type d'interconnexion, que l'opérateur historique Telecom refusa. Clear porta alors le cas devant la justice. Après une série de décisions contradictoires, la Cour suprême de Nouvelle-Zélande décida que la tarification utilisée (efficient component pricing rule), qui fixait l'accès au coût d'opportunité par le fournisseur d'accès, n'était pas en conflit avec la Section 36 du Commerce Act. Depuis, les conflits se sont multipliés, en particulier entre Bell South et Telecom New Zealand, et aujourd'hui la Nouvelle-Zélande a fait marche arrière depuis son Ministerial Inquiry into Telecommunications rendu en 2000²⁴³. Celui-ci indique qu'« un changement de régime est nécessaire. L'enquête considère que, en accord avec les vues partagées dans la plupart des pays, une régulation spécifique à l'industrie est nécessaire ». L'histoire a donc montré l'inefficacité de ce choix institutionnel pour régler les interconnexions et les accès au réseau. En conséquence, le gouvernement néozélandais décida avec le Telecommunications Act de 2001 de créer l'Office of the Telecommunications Commissioner. Si cet Office ne constitue pas une autorité sectorielle à part entière mais un département de l'autorité de la concurrence de Nouvelle Zélande, la Commerce Commission, il est chargé de manière indépendante de la régulation du réseau des communications

²⁴² Voir également: C. BLANCHARD, « Telecommunications regulation in New Zealand: How effective is "light-handed" regulation? », Telecommunications Policy, Vol. 18, n°2, 1994, p. 154.

²⁴³ Le Ministerial Inquiry into Telecommunications est téléchargeable sur le site : <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?rep=rep1&type=pdf&doi=10.1.1.133.6375>. Le chapitre 9, intitulé Institutional arrangements and enforcement traite de ce retour en arrière.

électroniques, ce qui montre bien les difficultés rencontrées par un contrôle exclusif par le droit de la concurrence, alors même que le secteur était totalement libéralisé²⁴⁴.

A la demande d'une partie de la doctrine²⁴⁵, le législateur allemand avait également confié entre 1998 et 2005 à l'autorité de la concurrence allemande, le Bundeskartellamt (BKartA) le soin de contrôler l'ouverture à la concurrence des secteurs de la poste et de l'électricité. Reposant largement sur l'autorégulation, ce système laissait les acteurs du secteur électrique négocier entre eux les modalités de la régulation, perpétuant ainsi une tradition corporatiste forte. L'intervention publique, par le biais des tribunaux ou des autorités de la concurrence était conçue comme une action de dernier recours et d'arbitrage. Après quelques années, le constat était cependant sans appel. Alors que les coûts de production avaient chuté de moitié, les prix du transport et de l'accès aux réseaux avaient plus que doublé, permettant aux grands groupes énergétiques de faire peser des contraintes fortes sur les nouveaux entrants tout en maintenant leurs recettes. En outre, ce système freinait la concurrence en permettant de subventionner des activités moins rentables grâce au niveau élevé d'intégration des groupes énergétiques, chargés de la production et de la distribution de l'énergie. Ces subventions internes permettaient ainsi aux groupes d'offrir certaines activités à des prix extrêmement bas qui empêchaient l'entrée de nouveaux concurrents, à travers une pratique incompatible avec le droit de la concurrence européen, l'interdiction des subventions croisées. Enfin, les utilisateurs allemands étaient eux aussi pénalisés par ce système car le prix facturé par les grands groupes énergétiques pour l'utilisation des réseaux se situait à environ deux tiers au dessus de la moyenne européenne²⁴⁶. Ce modèle, qui ne fonctionnait donc pas, a été remplacé en 2005²⁴⁷ par un modèle dual, avec d'un côté une autorité unique chargée de la régulation ex-ante de tous les services publics en réseaux, la Bundesnetzagentur (BNetzA), et de l'autre le contrôle classique par le droit de concurrence ex-post.

²⁴⁴ R. PATTERSON, Regulation of Telecommunications: The lessons learned over the last 25 years and their application in a broadband world, Paper delivered to 22 Annual Workshop of the Competition Law and Policy Institute of New Zealand, 5 août 2011.

²⁴⁵ D. WOLF, « La régulation et la concurrence en Allemagne », in L. COHEN-TANUGI et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibres dans le secteur des services publics concurrentiels, LPA, n° 82, 10 juillet 1998, p. 34.

²⁴⁶ M. GABEL, « Régulation de l'énergie : l'exception allemande », *Regards sur l'économie allemande*, Bulletin économique du CIRAC n°76, 2006, p. 13. Disponible sur : <https://rea.revues.org/807#tocto1n2>

²⁴⁷ Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, vom 7. Juli 2005, BGBl. I P. 2009.

b. L'insuffisance de la libéralisation des services publics en réseaux

Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'opposer radicalement droit de la concurrence et droit de la régulation²⁴⁸ et qu'une distinction stricte entre la régulation ex ante et la régulation ex post manque de pertinence²⁴⁹, il demeure que le droit de la régulation vise plus « à prévenir qu'à guérir » et que le droit de la concurrence vise moins à créer une concurrence qu'à la sauvegarder. Or si la régulation a pour objet de construire la concurrence sur les anciens secteurs monopolistiques, rien n'indique que cette mission soit arrivée à terme, l'état actuel de l'ouverture à la concurrence montrant de grandes disparités entre secteurs. Dans celui des communications électroniques, la concurrence semble effective de telle sorte que la régulation est « allégée »²⁵⁰. Les évolutions technologiques des dernières années imposent toutefois le maintien d'un régulateur ce qui ne permet pas d'entrevoir la fin de la régulation dans ce secteur²⁵¹.

Dans les autres secteurs, la concurrence ne semble pas encore pleinement effective²⁵². En 2007, la Commission européenne estimait ainsi que « l'Union européenne [était] encore loin de l'objectif d'un véritable marché intérieur de l'énergie »²⁵³, et malgré le « troisième paquet énergie » transposé non sans mal dans tous les Etats membres en 2014²⁵⁴,

²⁴⁸ L. BOY, « Réflexion sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. FRISON-ROCHE) », D. 2001, p. 3031.

²⁴⁹ Par exemple, l'exercice d'un pouvoir de sanction par les ARN s'effectue ex post, et certaines ARN exercent au moins pour partie une fonction ex post de contrôle de la concurrence, comme l'OfCom au Royaume-Uni.

²⁵⁰ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, communications électroniques, énergie et postes, op. cit., p. 621. L'auteur s'appuie notamment sur le propos de Viviane Reding, ancien Commissaire européen responsable de la société de l'information et des médias, pour qui « lorsque des marchés de télécommunications évoluent vers une situation de concurrence effective, la régulation sectorielle devient superflue » (Télécommunications : la Commission veut diviser la régulation par deux et la recentrer sur la concurrence dans le domaine du haut débit, IP/07/1678, 13/11/2007). Il est par ailleurs intéressant de noter que l'intitulé de cette fonction a été modifiée en 2010 pour devenir celui de Commissaire européen à la société numérique, illustrant sans doute l'intérêt d'une approche globale de la régulation pour les secteurs des communications électroniques et de l'audiovisuel.

²⁵¹ Pour cette raison, il semble en la matière difficile d'accorder du crédit à l'annonce d'une disparition de la régulation ex ante du secteur au plus tard en 2017 faite par le Rapport Retailleau en 2007 ; B. RETAILLEAU, « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, 27 juin 2007, p. 69.

²⁵² Voir infra, pp. 616 et s.

²⁵³ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité, 10 janvier 2007, COM (2006) 841 final, p. 7.

²⁵⁴ Marché intérieur de l'énergie: les législations nationales de 5 États membres ne sont pas encore totalement conformes aux règles de l'UE, IP/12/410, 26/04/2012. Voir également : *Il est temps d'achever la mise en place du marché intérieur de l'énergie*, IP/12/1214, 15/12/12 : « alors que la date limite de transposition, fixée à mars 2011, est dépassée de 20 mois, certains États membres n'ont toujours pas pleinement transposé le troisième

plusieurs des anciens monopoles de droit constituent toujours en pratique des quasi-monopoles de fait, comme EDF en France, ENEL en Italie ou Energias de Portugal au Portugal. Dans le secteur ferroviaire, l'ouverture à la concurrence n'en est quant à lui qu'à ses balbutiements²⁵⁵. Quant au secteur postal, sa libéralisation a été complétée lorsque le secteur confirmait la décroissance de ses volumes, ce qui, à l'exception du Royaume-Uni, marginalise les concurrents des anciens monopoles nationaux²⁵⁶.

Si l'accompagnement de l'ouverture à la concurrence justifie donc à l'heure actuelle le maintien de la régulation économique des réseaux, le maintien d'un dispositif de régulation ex ante peut par ailleurs se justifier au regard d'un déplacement de « son centre de gravité », c'est à dire une évolution de ses objectifs.

c. L'évolution des objectifs de la régulation des industries de réseaux

Si la nécessité d'accompagner la transition entre monopole et concurrence constitue bien un objectif de la régulation, la définition même de la régulation justifie son maintien dès lors que ces secteurs sont gouvernés par la concurrence et par autre chose que la concurrence²⁵⁷. Comme le précisait Hubert Delzangles en 2006, les autorités sectorielles « devraient disparaître si leur fonction actuelle d'autorité garante de l'introduction de la concurrence dans un marché anciennement monopolistique n'[était] pas modifiée »²⁵⁸. Or certains travaux, et notamment ceux du Professeur Marie-Anne Frison-Roche²⁵⁹, permettent d'imaginer la possibilité de recourir à une régulation ex ante des industries de réseaux pour

paquet sur le marché de l'énergie. La Commission continuera de mener des procédures d'infraction pour garantir que les règles européennes en la matière sont correctement mises en œuvre. Les règles de concurrence doivent être appliquées de manière stricte afin de garantir des conditions équitables pour tous les acteurs du marché.

²⁵⁵ Communication de la Commission concernant l'élaboration d'un espace ferroviaire unique européen du 17 septembre 2010, COM(2010) 474 final, p. 3 : « si la part de marché des exploitants non historiques de services de fret ferroviaire dépassait les 40 % dans trois États membres (Roumanie, Royaume-Uni et Estonie), des positions de monopole existent toujours dans de nombreux États membres, tant pour le fret que pour les services de transport de voyageurs ».

²⁵⁶ ARCEP, Les marchés postaux en Allemagne, en Espagne, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Suède, Mai 2012.

²⁵⁷ G. MARCOU, « La notion juridique de la régulation », op. cit., p. 349 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », op. cit., p. 610.

²⁵⁸ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 620.

²⁵⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les nouveaux champs de la régulation », RFAP n° 109, 2004-1, p. 53 ; « Dialectique entre concurrence et régulation », in *Actualité du droit de la régulation*, RLC, 2007, p.168 ; « Régulation versus concurrence », in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Au-delà des codes, Dalloz, Paris, 2011, p. 171.

des raisons autres que celle d'un accompagnement transitoire de l'ouverture à la concurrence des marchés antérieurement dominés par des opérateurs monopolistiques²⁶⁰. La régulation des industries de réseaux pourrait ainsi s'organiser autour d'autres objectifs communs aux différents secteurs des communications électroniques, de l'énergie et des transports : la régulation ne se limiterait plus au seul respect de la concurrence, ce serait également l'aménagement du territoire, la sécurité et le risque, la qualité du service public, l'encadrement des prix ou l'investissement pour le maintien et le renouvellement des infrastructures²⁶¹. Dès lors, ce ne serait plus uniquement l'avancée de l'ouverture à la concurrence qui dicterait l'architecture de la régulation des réseaux, mais bien ces autres objectifs communs²⁶². La régulation des réseaux ne serait plus alors pensée en terme de secteurs concurrentiels, mais en termes d'objectifs. En ce sens, si son approche sectorielle est transitoire, la régulation des réseaux pourrait être appelée à perdurer sous d'autres formes.

d. La coexistence des régulations sectorielle et de la concurrence

Il n'existe à notre connaissance aucun exemple de remplacement total du dispositif de régulation sectorielle au profit d'un système s'appuyant sur l'autorégulation et la régulation de la concurrence. Pour autant, il n'est jamais paru aussi nécessaire que les autorités de la concurrence et les autorités de régulation sectorielle coopèrent de manière formalisée, afin d'éviter un chevauchement de leurs rôles respectifs. Cette coopération peut prendre deux formes.

La première est celle d'une collaboration renforcée entre les différentes autorités de régulation, appelée communément « interrégulation »²⁶³. Celle-ci est horizontale lorsque

²⁶⁰ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux parlent quant à eux d'un « éventuel déplacement du centre de gravité de la régulation ». J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, op. cit., p. 461.

²⁶¹ Les « objectifs de la régulation économique et financière » ont fait récemment l'objet d'un colloque organisé les 28 et 29 janvier 2016 à l'Université de Strasbourg dans le cadre des « journées de la régulation ». Voir également : N. CHARBIT, « Les objectifs du régulateur, entre recherche d'efficacité et rappel de légalité », op. cit., p. 70 ; J.-M. SAUVE, « Introduction », in Conseil d'Etat, *Corriger, équilibrer, orienter : Une vision renouvelée de la régulation économique*, La documentation française, 2013, p. 5.

²⁶² Parmi ces objectifs communs, la doctrine italienne insiste notamment sur le contrôle des prix et la protection du consommateur. M. DE BENEDETTO : « La "giusta misura" della regolazione », *Munus*, Vol. 2, 2011, p. 551. A propos de l'AEEG, l'auteur note que « la protection des consommateurs finaux doit être garantie par l'Autorité, même dans des secteurs entièrement libéralisés ».

²⁶³ Sur ce point, voir : G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *L'interrégulation*, L'Harmattan, 2015 et notamment H. DELZANGLES, « La notion d'interrégulation », p. 13 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », op. cit., p. 614 ; « L'hypothèse de l'interrégulation », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, op. cit., p. 69.

plusieurs autorités de régulation sectorielle coopèrent entre elles et verticalement lorsque des autorités nationales coopèrent avec des organismes supranationaux. Il peut surtout s'agir d'une « interrégulation croisée » pour reprendre la formule du Professeur Loïc Grard²⁶⁴, qui institutionnalise la collaboration entre l'autorité de la concurrence et les autorités sectorielles, à l'image de ce qui existe en France entre l'ADC et la CRE²⁶⁵, l'ARAFER²⁶⁶ et l'ARCEP²⁶⁷. La seconde option est celle d'une coopération endogène au sein d'une autorité chargée à la fois de la régulation de la concurrence et de la régulation sectorielle des réseaux. Ce choix a d'abord été fait en 2013 aux Pays-Bas²⁶⁸ puis par le législateur espagnol, qui a décidé de fusionner les autorités de régulation sectorielle et l'autorité de la concurrence au sein d'une unique autorité (la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia - CNMC). La fusion de l'autorité de la concurrence et des autorités chargées de la régulation des services publics en réseaux est néanmoins loin de faire disparaître la régulation sectorielle au profit du seul droit de la concurrence, comme en témoigne l'organisation interne de la CNMC, qui montre bien que chaque grand secteur dispose encore d'une dirección qui lui est propre. Ce type de fusion témoigne toutefois de l'intérêt que suscite au moins la concentration des différentes autorités de régulation sectorielle au sein d'une même structure²⁶⁹.

Cette triple réflexion sur la régulation des industries de réseaux - échec du seul recours au seul droit de la concurrence, libéralisation inachevée et nouveaux objectifs - met en évidence le besoin de réfléchir à une nouvelle architecture de la régulation des réseaux. Dans cette hypothèse, il semble envisageable de s'interroger sur la possibilité d'une concentration des régulateurs sectoriels. En France, un récent rapport d'information de 2014 qui souligne la persistance de créations anarchiques d'AAI et d'API en dépit de quelques efforts de

²⁶⁴ L. GRARD, « L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », *JCPE, cahier de droit de l'entreprise* n°2/2004, 6 mai 2004, p.11.

²⁶⁵ Art. L. 134-16 du Code de l'énergie. Pour un projet de coopération renforcée entre l'ADC et la CRE, voir : B. BLOTTIN, *Le rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle dans la surveillance de la libéralisation des marchés de l'énergie*, Thèse, 2015, Annexe 2, p. 769.

²⁶⁶ Art. 2135-13 du Code des transports.

²⁶⁷ Art. L. 36-10 CPCE.

²⁶⁸ Aux Pays-Bas, l'Autoriteit Consument & Markt (ACM) est chargée à la fois de la régulation des réseaux et du droit de la concurrence. Néanmoins, des directions différentes, indépendantes les unes des autres, sont chargées de la régulation sectorielle des différents services publics en réseaux (télécommunications, poste, transport et énergie).

²⁶⁹ En Espagne, la doctrine a fortement critiqué la fusion de l'autorité de la concurrence avec les autorités sectorielles, alors que la seule fusion des autorités de régulation sectorielles entre elles ne semblait pas poser de difficultés. Voir notamment : G. ARIÑO ORTIZ et J.M. DE LA CUÉTARA, *Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión*, Working Paper n° 42, Ariño y Asociados, Madrid, 18 avril 2012.

rationalisation²⁷⁰ relève ainsi que c'est en matière économique que les débats relatifs aux rapprochements et aux fusions d'autorités sont les plus nombreux²⁷¹. La combinaison des deux missions de la régulation des réseaux, l'une encore actuelle d'accompagnement de l'ouverture à la concurrence, l'autre plus prospective liée à la détermination d'autres objectifs communs, invite naturellement à s'interroger sur l'architecture actuelle de la régulation financière, laquelle n'est désormais plus chargée de l'ouverture à la concurrence, mais reste nécessaire afin de surveiller perpétuellement le marché.

B. A propos de la régulation financière : l'éclatement sectoriel comme source d'hétérogénéité et de complexité

Dans les secteurs financiers, le déclin progressif de l'approche sectorielle de la régulation (2) témoigne de l'évolution des produits contrôlés et des nouvelles finalités poursuivies par les autorités de régulation (1).

1. L'évolution de l'objectif et de l'objet de la régulation financière

La régulation financière n'est pas confrontée aux mêmes problématiques que celle des réseaux. Certes, il existe également des situations dans lesquelles certaines infrastructures essentielles, les places financières par exemple²⁷², sont « tenues » par des entreprises de marchés qui deviennent des « opérateurs cruciaux »²⁷³, comme peut l'être Euronext dans l'UE. Mais alors que la régulation des réseaux s'inscrit encore dans un objectif d'ouverture à la concurrence, la régulation financière n'a plus cette finalité. En effet, le mouvement de libéralisation que l'Europe connaît depuis les années 1980 est venu mettre fin aux monopoles étatiques et historiques qu'étaient les grandes banques publiques et les bourses mutualistes,

²⁷⁰ P. GELARD, Rapport d'information n°616 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes, 11 juin 2014, p. 8.

²⁷¹ Ibid, p. 13.

²⁷² P.E. PARTSCH, Droit bancaire et financier européen, Larcier, 2009, p. 762.

²⁷³ Même s'ils font l'objet d'une supervision par une autorité de régulation, ces entreprises de marché peuvent alors être considérés comme des « régulateurs de second niveau », comme peut l'être également dans le secteur aéroportuaire la société Aéroport de Paris (ADP). Voir M.-A. FRISON-ROCHE, « Quelle est la nature du "Contrat de Régulation Economique", ouvert à "consultation" le 17 février 2015 par l'entreprise privatisée "Aéroports de Paris (ADP)" ? », The journal of regulation, 18 février 2015.

avant qu'une nouvelle impulsion ne soit donnée avec l'achèvement du marché unique et son application aux services bancaires et financiers²⁷⁴.

Pour autant, le marché ne peut pas s'autoréguler par le seul jeu de la concurrence car il ne s'agit plus d'un endommagement causé par les comportements mais d'une défaillance structurelle de marché durable comme peut l'être l'asymétrie d'information. La régulation est alors définitive²⁷⁵ et doit être pensée au-delà de la concurrence, et privilégier en son cœur la prévention des risques²⁷⁶ et la protection du consommateur²⁷⁷. Dès lors que les secteurs financiers sont soumis à la concurrence et que leur régulation s'articule autour d'autres objectifs, l'organisation entière de la régulation doit évoluer.

Les sociétés financières se sont longtemps caractérisées par une spécialisation et une forte segmentation. Il était donc logique que la régulation financière soit également segmentée, en distinguant la régulation sectorielle des banques de celle des assurances et de celle de la gestion des titres²⁷⁸. Or au cours des quinze dernières années, les lignes de démarcation entre les différents secteurs se sont amenuisées voire ont totalement disparu : les services ont évolué, les produits se distinguent de plus en plus difficilement, et les entreprises de services financiers ont subi des changements structurels importants²⁷⁹. Cette première transformation en a préparé une seconde, celle de la réduction des acteurs et l'augmentation

²⁷⁴ A. POP, « Le processus d'intégration financière en Europe : Quo vadis ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2008/1, n°3, p. 45.

²⁷⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation versus concurrence », op. cit., p. 184 ; M. SEVE, *La régulation financière face à la crise*, op. cit., p. 272.

²⁷⁶ L'identification du risque systémique suppose de définir la crise systémique, laquelle « est une rupture dans le fonctionnement des services financiers (i) causée par la dégradation de tout ou partie du système financier et (ii) ayant un impact négatif généralisé sur l'économie réelle ». Le risque systémique est donc le risque de matérialisation de cette rupture dans le fonctionnement des services financiers susceptible d'affecter l'ensemble du secteur ainsi que l'économie réelle. Voir : FMI – BRI – CSF, *Guidance to Assess the Systemic importance of financial institutions, markets and instruments*, 20 Octobre 2009. La notion de risque n'est toutefois pas étrangère à celle de la concurrence. Ce n'est que parce que les établissements financiers exercent leurs activités sur des marchés concurrentiels que les risques se multiplient. C'est même lorsque la concurrence est la plus forte sur les marchés financiers que le besoin de régulation se fait le plus sentir.

²⁷⁷ Il est intéressant de noter qu'historiquement, le secteur bancaire était exempté de concurrence justement car le monopole de l'activité bancaire était une garantie de stabilité et de solidité.

²⁷⁸ Voir notamment pour l'exemple français : J.-J. DAIGRE, « La complexité de l'architecture institutionnelle du secteur financier en France », *Droit & Patrimoine*, n° 121, 2003, p. 60 ; Cour des comptes, *Rapport annuel 2009*, p. 390 ; B. DELETRE, *Rapport sur la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France*, La Documentation française, 2009, p. 13.

²⁷⁹ S. FEYLER, « Conglomération financière et architecture de surveillance », *Revue d'économie politique*, 2011/4, Vol. 121, p. 530.

de leur taille. La modification de la structure architecturale de la régulation financière constitue alors une adaptation naturelle à ce nouvel environnement financier²⁸⁰.

2. Le déclin de l'approche sectorielle de la régulation financière

Progressivement, les évolutions des produits financiers et des finalités de la régulation financière ont naturellement remis en cause le caractère sectoriel de la régulation financière en Europe²⁸¹. Certes, l'approche sectorielle a l'avantage de s'articuler en théorie autour de plusieurs autorités de régulation bénéficiant chacune d'une expertise pointue et spécialisée, ce qui permet d'appliquer des règles uniformes pour chacun des secteurs. Les difficultés rencontrées par les systèmes de supervision dans lesquels plusieurs autorités interviennent dans un même secteur parfois de manière concurrentielle sont ainsi évitées. L'approche très technique de ce modèle semble d'ailleurs reconnue par les professionnels des secteurs concernés qui estiment que ces autorités sectorielles agissent de manière compétente. Pour cette raison, plusieurs Etats continuent de s'appuyer sur une structure sectorielle, notamment sur le continent américain²⁸². C'est le cas des Etats-Unis, dont le système de régulation financière marqué par une empreinte « hypersectorielle »²⁸³ s'articule autour de

²⁸⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation bancaire, régulation financière », in *Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, Paris, 2009, pp.173.

²⁸¹ Group of Thirty, *The structure of financial supervision, Approaches and Challenges in a Global Marketplace*, Washington, DC, 2008, p. 13 : « there is a general awareness that this may be a somewhat suboptimal structure. Because of this, a number of jurisdictions are moving away from the Functional Approach toward twin peaks or integrated systems »

²⁸² La plupart des Pays d'Amérique latine, comme l'Argentine, le Venezuela et le Panama ont également opté pour un système de régulation financière de type sectoriel. Voir : E. DEMAESTRI, F. GUERRERO, « Financial supervision : Integrated or specialized ? The case of Latin America and the Caribbean », *Financial Market, Institutions & Instruments*, Vol. 14, Iss. 2, 2005, p. 73s. Le cas du Brésil dont le système s'articule autour de quatre autorités constitue un bon exemple. Chacune de ces autorités est responsable de la supervision et de la régulation d'un secteur, banque, les valeurs mobilières, l'assurance et les fonds de pension, tous coordonnés depuis 2006 par le Comité de régulation et de supervision de la finance, des valeurs mobilières, de l'assurance et des fonds de pension (COREMEC). Pour une analyse récente concernant le système de surveillance du secteur financier et le rôle du COREMEC, voir : J. VINALS and N. EYZAGUIRRE, *Brazil: Financial System Stability Assessment*, International Monetary Fund, Washington, D.C., 2012, p. 28s.

²⁸³ Voir : N. FIRZLI, « Les leçons du Glass-Steagall Act », *Revue Analyse Financière* n° 34, Janv-Fev-Mar 2010, p. 49. L'auteur explique notamment les raisons de la séparation des métiers bancaires, ceux de banque commerciale et ceux de banque d'investissement aux Etats-Unis. Voir également : J. ONHESORGE, « Perspectives on U.S . financial regulations », in R. GROTE et T. MARAUHN, *The regulation of international financial market. Perspectives and reform*, Cambridge University Press, 2006, p. 107s ; Group of Thirty , *The structure of financial supervision, Approaches and Challenges in a Global Marketplace*, op.cit, p. 14 et p. 32; B. DELETRE, *Rapport sur la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France*, La Documentation française, 2009, p. 11 et p. 115.

plusieurs agences de régulation chargées du contrôle des activités de la banque²⁸⁴, des valeurs mobilières²⁸⁵ et de l'assurance²⁸⁶. Toutefois, même lorsque les Etats privilégient ce type d'architecture, la tendance générale est à la réduction du nombre des autorités de régulation financière. Aux Etats-Unis, le Dodd-Frank Act de 2010²⁸⁷ prévoit par exemple la disparition de certaines agences de régulation hyperspécialisées, comme l'Office of Thrift Supervision (OTS) qui était chargé du contrôle des caisses d'épargne²⁸⁸.

Le mouvement de concentration des autorités de régulation financière n'est pas étranger à l'Union européenne. Depuis que la Roumanie a décidé de fusionner ses trois autorités sectorielles en 2013²⁸⁹, seuls six des vingt-sept Etats membres de l'UE, parmi lesquels l'Espagne et le Luxembourg²⁹⁰, ont conservé une organisation sectorielle de leur système de régulation financière. Dans ces deux pays, la régulation financière s'organise autour de trois autorités de régulation : la Banque centrale nationale (la Banque d'Espagne - BDE, et la Banque centrale du Luxembourg - BCL) pour la régulation du secteur bancaire,

²⁸⁴ Le secteur bancaire des Etats-Unis est de loin le plus complexe. Les très nombreuses institutions de la banque, qui dépendent le plus souvent de réglementations différentes, exercent leurs activités dans l'un des deux niveaux de régulation : elles sont soit agréées par les Etats fédérés, et sont soumises à leurs propres institutions locales (voir : D. BLACHE, *Le droit bancaire des Etats-Unis : Le modèle pour l'Europe bancaire ?*, Ed. Revue Banque, Coll. Droit - Fiscalité, 2006, p. 175), soit à l'échelle fédérale par l'OCC, autorité nationale chargée de la régulation des institutions financières. En outre, une autorité indépendante créée en 1933, la FDIC (Banking Act of 1933, Pub.L. 73-66, 48 Stat. 162, enacted June 16, 1933), est chargée de veiller à leur stabilité et à leur solvabilité à travers un contrôle micro-prudentiel, en s'assurant notamment du fonctionnement du système d'assurance-dépôt.

²⁸⁵ Le secteur des valeurs mobilières est assuré quasi-exclusivement à l'échelle fédérale par la SEC (Securities Exchange Act, Pub.L. 73-291, 48 Stat. 881, enacted June 6, 1934) depuis la vague de réforme liée au New Deal. Toutefois, la régulation des marchés à terme de matières premières, d'options et de produits dérivés est exercée par la CFTC, agence créée en 1974 (Commodity Futures Trading Commission Act, Pub. L. 93-463, 88 Stat. 1389, enacted October 23, 1974) à la suite de plusieurs scandales financiers liés à l'utilisation de ces instruments financiers.

²⁸⁶ Le secteur des assurances est essentiellement supervisé par les Etats : écartée de la réglementation fédérale avant la décision de la Cour suprême *U.S vs S. E Underwriters Association*, (322 U.S. 533, 1944), l'activité d'assurance reste une activité peu soumise à la réglementation fédérale. Néanmoins, la coordination de la régulation est réalisée à l'échelle fédérale par la NAIC, association de droit privé, qui vérifie notamment la conformité des réglementations des Etats aux engagements internationaux des Etats-Unis.

²⁸⁷ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub.L. 111-203, H.R. 4173, enacted July 21, 2010.

²⁸⁸ Les missions de l'OTS sont essentiellement transférées depuis 2011 à l'OCC et à la FDIC.

²⁸⁹ Loi n° 113/2013 du 23 avril 2013 *pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 93/2012 privind înființarea, organizarea și funcționarea Autorității de Supraveghere Financiară*. *Monitorul Oficial*, Partea I nr. 234 din 23.04.2013. Cette loi opère la fusion des secteurs des valeurs mobilières (Comisiei Nationale a Valorilor Mobiliare), des assurances (Comisiei de Supraveghere a Asigurarilor) et des fonds de pension (Comisiei de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private) au sein d'un unique régulateur, l'Autorité de supervision financière (*Autoritatea de Supraveghere Financiară - ASF*).

²⁹⁰ Les quatre autres Etats sont : Chypre, la Grèce, le Portugal et la Slovaquie.

une deuxième autorité pour le secteur des valeurs mobilières (la Comisión Nacional del Mercado de Valores - CNMV, et la Commission de surveillance du secteur financier - CSSF), et une autre pour le secteur des assurances et fonds de pension (la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones - DGSFP, et le Commissariat aux assurances - CAA).

Compte tenu des évolutions des produits financiers, l'organisation sectorielle de la régulation dans ces deux pays pose toutefois des difficultés. En raison de l'importance systémique des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, la répartition des rôles reste encore floue entre la CSSF et la BCL. Par exemple, si la première est responsable du contrôle des établissements de paiement, la seconde a quant à elle pour objectif la promotion et la surveillance des systèmes de paiements²⁹¹. Pour distinguer les différentes prérogatives de ses régulateurs, le législateur luxembourgeois a donc fait le choix de confier la surveillance de principe à la CSSF et par exception à la BCL, qui exerce par ailleurs la supervision macro-prudentielle. Cet entrelacs de compétences qu'on retrouve aussi entre les différentes autorités espagnoles est à l'origine d'une remise en cause progressive de l'approche sectorielle. En Mai 2008, le ministre de l'Economie, Pedro Solbes, avait ainsi annoncé à la Commission de l'économie et des finances du Congrès que le gouvernement prévoyait une modification du système de supervision financière. L'idée était de fusionner la CNMV et la DGSFP au sein d'un nouvel organisme nommé la Commission nationale des services financiers²⁹², et de transférer le contrôle prudentiel du secteur des assurances à la BDE, afin que celle-ci puisse exercer les contrôles micro et macro-prudentiel sur l'ensemble du secteur financier. Souhaitée par les professionnels, cette réforme n'a toutefois pas abouti à ce jour, le gouvernement ne l'ayant pas jugé prioritaire. Elle témoigne toutefois de l'usure du modèle sectoriel de régulation au profit d'une autre architecture institutionnelle.

²⁹¹ Voir : Loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement, à l'activité d'établissement de monnaie électronique et au caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres. Mémorial A - N°215, 11 novembre 2009.

²⁹² E. YRAOLA, La crisis económica aparca la reforma de la supervisión financiera, Finanzas.com, 19/09/2009.

II. La fusion des autorités de régulation sectorielle comme nouveau mouvement architectural de la régulation

La diversité des autorités de régulation sectorielle peut être appréhendée soit comme une richesse qui contribue à faire de la régulation ex ante une originalité s'inscrivant dans une conception plurielle et éclatée de l'ordre juridique, soit au contraire comme une cause de chevauchement de compétences. Selon le point de vue retenu, la diversité sera revendiquée ou à l'inverse contestée. Dans ce dernier cas, la simplification de la carte des régulateurs économiques et financiers par leur rapprochement est une solution. Outre le critère de l'économie d'échelle (A), la fusion des autorités de régulation sectorielle peut s'expliquer par le rapprochement de leur objet (B) ou par la poursuite d'objectifs communs (C).

A. Le critère économique et financier

L'argument de l'économie d'échelle est parfois avancé pour justifier en Europe la fusion des autorités sectorielles aussi bien économiques (1) que financières (2). Elle ne correspond toutefois à aucune véritable logique de régulation.

1. La fusion des régulations des télécommunications et des postes en France

L'un des arguments souvent invoqués pour justifier la fusion d'autorités de régulation repose sur l'économie de moyens qu'entraînerait le regroupement de plusieurs autorités au sein d'une seule. Cet argument fut avancé pour justifier plusieurs fusions dont la plus manifeste est celle de ne pas créer d'autorité de régulation postale autonome mais de l'intégrer dans l'autorité chargée de la régulation des communications, comme ce fut le cas en France avec la transformation de l'ART en ARCEP²⁹³. Lors de l'ouverture à la concurrence

²⁹³ Les débats parlementaires menés à l'occasion du vote de la Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales sont d'ailleurs très instructifs. De nombreuses voix s'étaient à l'époque élevées contre une régulation commune des télécommunications et des postes. Voir notamment à l'occasion de la discussion du projet de loi, les propos du député François Brotte : « c'est aussi un non-sens économique dans la mesure où l'économie des télécommunications n'a pas grand-chose à voir avec celle de La Poste - ou alors il faudra que vous m'expliquiez quels parallèles on peut faire ! La première est marquée par une concurrence vive entre opérateurs fortement capitalistiques, opérant sur des marchés nouveaux de prestations à forte valeur ajoutée et bénéficiant de taux de croissance élevés. La seconde se caractérise par le déclin de son activité historique, le courrier ; son économie se rapproche plutôt de celle des transports ; la plus grande partie de son chiffre d'affaires est réalisée avec un petit nombre de grandes entreprises ; c'est enfin, à la différence des télécommunications où il

du secteur postal en Europe, l'extension des compétences de l'Autorité de régulation des communications fût ainsi souvent préférée à la création d'une nouvelle entité alors même que les secteurs des postes et des télécommunications semblent obéir à des logiques différentes²⁹⁴. C'est ce que souligne le Professeur Frison-Roche à propos de l'insertion du secteur postal à l'ART en France n'hésitant pas à qualifier cette fusion d'« erreur législative »²⁹⁵. Pour des raisons économiques, cette même fusion entre autorité de régulation des postes et des communications s'opéra il y a peu en Italie²⁹⁶ au sein de l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)²⁹⁷, alors même qu'une autorité de régulation du secteur postal (Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale) avait été créée quelques mois auparavant²⁹⁸.

2. La fusion des régulations des banques et des assurances au Danemark

Il arrive également que le critère économique et financier soit utilisé pour justifier le recours à un modèle de supervision financière intégré. A travers leur étude de l'expérience scandinave, Taylor et Fleming ont été les premiers à mettre en évidence les arguments économiques dans les pays de petite taille, les économies d'échelle jouant significativement dans l'adoption d'une structure intégrée de surveillance financière²⁹⁹. Dans les petits pays qui font face à une rareté tant au niveau de leurs ressources humaines que matérielles, la concentration des activités de régulation accroît les gains liés à la réalisation de synergies, notamment au niveau des fonctions administratives et de support en général. Ces études

s'agit de technologie, une forte activité de main-d'œuvre » ; Assemblée nationale, Première séance du mercredi 19 janvier 2005.

²⁹⁴ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op.cit, p. 617 : « au regard des nécessités de l'interrégulation, la fusion de ces deux régulations n'a aucun intérêt, mais l'évolution technologique démentira peut-être un jour cette affirmation »

²⁹⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Droit et économie de la régulation*, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 165.

²⁹⁶ Décret-loi n° 201 du 6 décembre 2011, Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, GU n°284, 6/12/2011.

²⁹⁷ L'AGCOM avait été créée en 1997. Loi n° 249 du 31 juillet 1997, Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo, G.U. n°177, 31/07/1997.

²⁹⁸ Art. 1, Decreto-Legge 31 marzo 2011, n°58, GU n°98, 29/04/2011.

²⁹⁹ M. TAYLOR et A. FLEMING, « Integrated Financial Supervision : Lessons of Scandinavian Experience », *Finance & Development*, Vol. 36 n° 4, 1999, p. 42 ; M. TAYLOR et A. FLEMING, « Integrated Financial Sector Regulation and Supervision in the Context of EU Accession. Setting the Context: Framework for Financial Sector Developments; Lessons of Northern European Experience », in *Opportunities and Risks in Central European Finances*, World Bank Publications, 2000, p. 145.

confirment l'idée selon laquelle les petites économies et les petits marchés financiers sont plus enclins à élever le degré de concentration de leur structure de surveillance³⁰⁰.

Avec la Norvège en 1986 et la Suède en 1991, le Danemark fut ainsi l'un des premiers pays à opter pour une autorité de supervision intégrée dans le secteur financier. La régulation et la supervision financières y sont exercées par la Finanstilsynet (DFSA), autorité créée en 1988 à la suite de la fusion de l'autorité de supervision des banques et de celle de supervision des assurances. Cette réforme faisait suite au développement de l'assurance sur les moyens de paiements entraînant la multiplication des services financiers intégrant des produits de la banque et de l'assurance : « le désir de parvenir à une régulation plus efficace des conglomérats financiers a été l'un des facteurs qui influença la décision danoise de passer à une approche entièrement intégrée »³⁰¹. Pour parfaire la construction d'un régulateur unifié, le gouvernement décida en janvier 1990 que le contrôle des crédits hypothécaires devait lui être également confié.

Outre l'explosion de la bancassurance, le principal argument invoqué par le gouvernement danois fut celui selon lequel un organisme intégré serait en mesure de réaliser d'importantes économies d'échelle. Tout d'abord, la centralisation des activités de régulation serait utile dans le recrutement et la conservation d'un personnel qualifié en leur ouvrant des perspectives de carrière nettement plus grandes que dans des agences sectorielles. Ensuite, l'approche intégrée permettrait de résoudre des difficultés liées à la répartition de leur personnel « expert ». Alors que les pays scandinaves disposent de ressources humaines limitées, la participation de leurs experts aux autorités supranationales de supervision du secteur financier nécessite une concentration du personnel qualifié au sein d'une seule et même agence, ce que précisent Taylor et Flemming sous l'appellation de l' « argument du petit pays »³⁰².

³⁰⁰ D. MASCIANDARO et A. PORTA, « Single Authority in Financial Market Supervision: Lessons for EU Enlargement », in D. MASCIANDARO (dir.), *Financial Intermediation in the New Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, p. 284.

³⁰¹ M. TAYLOR, A. FLEMING, « Integrated Financial Sector Regulation and Supervision in the Context of EU Accession. Setting the Context: Framework for Financial Sector Developments; Lessons of Northern European Experience », op. cit., p. 150 : « the desire to achieve more effective regulation of financial conglomerates was one of the primary factors influencing the Danish decision to move to a fully integrated approach ».

³⁰² Ibid : « this economy of scale argument - which might equally be termed the "small country argument" - is cited by all the Scandinavian countries as a significant factor in their adoption of an integrated approach ».

Les tâches de surveillance de la Finanstilsynet englobent à la fois le contrôle de toutes les entreprises financières (les établissements de crédit, les établissements de crédit hypothécaires, les compagnies d'assurance, les fonds de pension, les courtiers en assurance) et la surveillance des marchés de valeurs mobilières, y compris les entreprises autorisées à opérer sur les marchés boursiers. Néanmoins, le recours à une autorité unique au Danemark peut être considéré en grande partie comme un aménagement administratif, car aucune révision fondamentale de la législation régissant ses activités de surveillance n'eut lieu au moment de la fusion. Témoignage de l'argument essentiellement économique de la fusion, le fonctionnement de la DFSA s'appuie essentiellement sur les lois héritées des institutions qui l'ont précédé. Ses modalités de gouvernance n'ont d'ailleurs pas été entièrement unifiées : l'organisation de la DFSA s'articule autour de trois grands Kontorerne (titres, valeurs, et protection du consommateur ; assurance et fonds de pension ; banque et crédit) qui correspondraient à des divisions ou des bureaux, dans lesquels chacune des activités est traitée séparément des autres.

B. Le critère de la convergence des objets de la régulation sectorielle

La convergence des régulations peut expliquer le passage d'une régulation fragmentée à une régulation plus intégrée. Ce faisant, la fusion d'autorités de régulation sectorielles témoigne du rapprochement de secteurs initialement différenciés. Ce type de rapprochement institutionnel s'explique selon Marie-Anne Frison-Roche par la prévalence du critère de l'objet économique³⁰³, et peut se justifier en raison de l'évolution (1) ou de la porosité (2) des secteurs régulés.

1. La fusion d'autorités de régulation compte tenu de l'évolution des secteurs régulés

Lorsque l'évolution de secteurs comme ceux de l'énergie et des finances atteint un point tel que leur convergence aboutit à ce que tout les réunit, une fusion des différentes autorités de régulation chargée de leur régulation séparément apparait comme une évidence.

³⁰³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Dialectique entre concurrence et régulation », op. cit. : « le fait de faire prévaloir le critère de l'objet justifie une fusion institutionnelle si des activités économiques naguère distinctes (...), relevant de ce fait de régulateurs indépendants les uns des autres fusionnent ou s'avèrent dépendantes l'une de l'autre ».

a. Le secteur de l'énergie

Le cas de l'énergie reflète cette évolution, illustrant la convergence des secteurs de l'électricité et du gaz depuis plus d'une dizaine d'années. Plusieurs éléments expliquent cette évolution.

En premier lieu, les logiques d'ouverture à la concurrence inhérentes à ces deux secteurs sont fortement similaires. Comme le note Hubert Delzangles, « les directives de libéralisation se fondent sur la séparation, au moins comptable, des activités de production et de négoce, d'une part, des activités de transport et des activités de distribution exercées par les opérateurs intégrés, d'autre part. De plus, la garantie d'un accès non discriminatoire aux réseaux est imposée ainsi que l'absence de subventions croisées³⁰⁴ ». Les mêmes principes encadrant l'ouverture des deux secteurs, il semble naturel de confier leur régulation à une autorité unique. Pour l'auteur, « la logique voudrait que le secteur du gaz et celui de l'électricité soient gérés, en tant que source d'énergie, en commun³⁰⁵ ».

En deuxième lieu, du point de vue technique, l'interdépendance croissante des marchés du gaz et de l'électricité à travers le développement du trading explique que ces secteurs communiquent l'un avec l'autre³⁰⁶. Cette communication est liée en particulier à la forte augmentation de la part du gaz dans la production d'électricité et au développement d'un commerce de négoce et de détail de plus en plus intégré³⁰⁷. Ce faisant, l'instauration d'une autorité de régulation unique est également un moyen de se doter d'un outil efficace ouvrant des perspectives intéressantes d'arbitrage touchant les deux secteurs.

En troisième lieu, l'évolution des marchés de l'énergie s'explique aussi en filigrane de l'évolution et du développement de ses acteurs. Plusieurs grands groupes européens ne sont plus aujourd'hui des groupes industriels spécialisés dans l'électricité ou les hydrocarbures mais interviennent dans tous les secteurs de l'énergie. C'est notamment le cas

³⁰⁴ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 615.

³⁰⁵ Ibid, p. 614.

³⁰⁶ M-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », op. cit. p. 610s.

³⁰⁷ J. BERGOUNOUX, *Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Commissariat général du Plan, Avril 2000, p. 103. Selon le rapport, « la connexité croissante des deux secteurs, l'existence de questions transversales à traiter, comme tout ce qui touche à la cogénération ou à la distribution (...) et le développement de l'activité trading portant à la fois sur le gaz et l'électricité plaident en faveur de la mise en place d'une régulation mixte ».

du groupe franco-belge GDF-Suez, de l'italien ENI (Ente Nazionale Idrocarburi) ou de l'allemand E.ON. Cette évolution traduit le besoin d'une régulation commune de ces deux secteurs au sein d'une même autorité de régulation : pour les professionnels, il n'existe plus un secteur de l'électricité et un autre du gaz, mais un secteur de l'énergie.

En dernier lieu, ce type de fusion s'inscrit généralement dans le cadre d'une meilleure insertion dans le réseau européen de régulation. Créé dans le cadre de la mise en œuvre des directives de 2003³⁰⁸, le Groupe des régulateurs européens pour l'électricité et le gaz³⁰⁹ (European Regulators Group for Electricity and Gas - ERGEG) est à l'initiative de la rédaction de lignes directrices (les Guidelines of Good Practice - GGP) visant à favoriser la régulation du secteur du gaz³¹⁰, de l'électricité³¹¹, et le plus souvent à travers une approche intersectorielle³¹². Cette démarche intersectorielle illustre la synergie existant entre les deux secteurs, tout comme la terminologie employée à l'échelle de l'Union, laquelle fait référence au « secteur de l'énergie » en privilégiant une régulation commune des deux secteurs par l'intermédiaire de l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie.

Cette fusion des secteurs de l'électricité et du gaz au sein d'un régulateur de l'énergie a pu alors résulter de trois types de mouvements institutionnels. Le premier consiste en la création d'emblée d'une autorité unique chargée de la régulation de l'électricité et du gaz. Ce fût l'option choisie en Italie avec *l'Autorità per l'energia elettrica il gas* (AEEG) en 1995³¹³. Le second correspond à la fusion proprement dite de deux autorités distinctes chargées précédemment de la régulation de chacun des secteurs de l'électricité et du gaz. C'est le choix

³⁰⁸ Voir les directives du 26 juin 2003 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE - Déclarations concernant les opérations de déclassement et de gestion des déchets, JOUE L 176/37 du 15 juillet 2003 et 2003/55/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, JOUE L 176/57 du 15 juillet 2003.

³⁰⁹ L'ERGEG fût créé par la décision de la Commission n° 2003/796/CE du 11 novembre 2003 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, JOUE L 296/34 du 14 novembre 2003. Il fût dissout par la décision de la Commission n° 2011/280/UE du 16 mai 2011 abrogeant la décision 2003/796/C et instituant le Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, JOUE L 129/14, 17/05/2011 encadrant la création de l'Agency for the Cooperation of energy Regulators (ACER).

³¹⁰ GGP pour les gaz d'équilibrage, avril 2006, E06-GFG-17-03 ; GGP pour l'accès des tiers aux opérateurs de GNL, mai 2008, E08-GNL-06-03.

³¹¹ GGP de sécurité d'exploitation de l'électricité, Novembre 2008, E08-ENM-02-04 ; GGP Intégration au marché d'électricité d'équilibrage, Décembre 2006, E05-ESO-06-08.

³¹² GGP Séparation fonctionnelle et information pour les GRD, Juillet 2008, C06-CUB-12-04b ; GGP sur la réglementation de dégroupage, avril 2007, E05-CUB-11-02.

³¹³ Loi n° 481 du 14 décembre 1995 Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, G.U n°270, 18/11/1995.

privilegié par le Royaume-Uni, avec la fusion de l'Office of Electricity Regulation³¹⁴ (OFFER) et de l'Office of Gas Supply³¹⁵ (OFGAS) en Office of Gas and Electricity Markets³¹⁶ (OFGEM). Le troisième résulte de l'intégration de la régulation du gaz à l'autorité en charge de la régulation de l'électricité (qui lui est souvent antérieure), comme ce fût le cas en France avec la Commission de régulation de l'électricité³¹⁷ devenue Commission de régulation de l'énergie³¹⁸ en 2003.

Enfin, dans une approche prospective, l'argument du rapprochement d'autorités de régulation en vertu de l'évolution des secteurs régulés peut trouver une nouvelle illustration à travers le rapprochement du secteur de l'énergie et de celui des télécommunications, dans ce que Jeremy Rifkin appelle la « Troisième révolution industrielle »³¹⁹. Dans cette optique, le développement des smart grid et des compteurs intelligents appelle en effet la construction d'une approche commune³²⁰, et donc sans doute une régulation conjointe de ces deux secteurs.

b. Le secteur des finances

La convergence des secteurs financiers implique la fusion des autorités sectorielles de la banque, des assurances et des valeurs mobilières au sein d'une unique autorité de régulation financière intégrée. Le recours à ce modèle parfois appelé « modèle FSA » en référence à l'ancien régulateur intégré du Royaume-Uni tient à l'évolution importante de l'objet économique des secteurs concernés³²¹. Plusieurs justifications de cette fusion peuvent être avancées.

La première est liée à l'évolution des produits financiers et traduit les difficultés que rencontre un système sectoriel face à l'évolution contemporaine des instruments, la

³¹⁴ Voir Electricity Act, 27 juillet 1989.

³¹⁵ Voir Gas Act, 25 juillet 1986.

³¹⁶ Voir Utilities Act, 28 juillet 2000.

³¹⁷ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JO du 11 février 2000, et notamment son article 28.

³¹⁸ Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, JO du 4 janvier 2003.

³¹⁹ J. RIFKIN, La troisième révolution industrielle, Actes Sud, 2013.

³²⁰ Institut Montaigne, Pour des réseaux électriques intelligents, Rapport du groupe de travail présidé par Jean-Paul Tran Thiet, Février 2012.

³²¹ C. BRIAULT, « A Single Regulator for the UK Financial Services Industry », Bank of England Financial Stability Review, November 1998, p. 19s.

diversification des produits et le développement de conglomérats financiers. Un système intégré permet également de régler certains conflits positifs de compétences³²². La distinction entre la nature des produits et instruments financiers est devenue particulièrement floue, et certains produits fournissant des services identiques peuvent être soumis à des règles différentes uniquement parce qu'ils sont fournis par des sociétés financières de types différents, ce qui peut instaurer des différences de traitements injustifiées³²³. Lorsqu'un nouveau produit financier qu'il est impossible de classer comme appartenant à un secteur précis se développe, il arrive que les régulateurs aient des réticences à « céder » la supervision de ce produit à un autre régulateur³²⁴, sous prétexte qu'ils sont eux mêmes compétents. Des règles et des décisions différentes peuvent alors se multiplier, augmentant l'insécurité juridique et rendant complexe en pratique son utilisation. Cette difficulté est souvent citée dans les affaires opposant la SEC à la CFTC³²⁵. Elle s'est traduite notamment par l'impossibilité d'introduire aux Etats-Unis certains produits qui, à la fois qualifiés de valeurs mobilières et de contrats à terme par les deux agences, répondaient donc à des régimes juridiques différents³²⁶. S'il est possible d'estimer cette « concurrence de compétences » favorable aux entreprises régulées – l'instauration de réglementations plus permissives est envisageable – cette pratique peut aussi induire de forts risques de capture : si l'entreprise supervisée a le choix du régulateur pour une activité donnée, et si celui-ci dispose d'une autonomie à l'égard du pouvoir politique au point d'être financé par les sociétés régulées, l'autorité de régulation pourrait voir sa vigilance compromise.

³²² Une autorité de régulation intégrée doit également en principe écarter le risque de conflit négatif de compétence, qui dans le cadre d'autorités sectorielles, peut se traduire par une couverture incomplète de certains secteurs ou par un manque de clarté sur l'agence responsable du contrôle.

³²³ C. BRIAULT, « A Single Regulator for the UK Financial Services Industry », *op.cit.*, p. 22. L'auteur note que certains produits dérivés de crédit, assimilés à des produits sur les valeurs mobilières, sont en pratique très proches de produits d'assurances. En outre, la titrisation des formes traditionnelles de crédit et la prolifération des moyens de plus en plus sophistiqués de regroupement et de reconditionnement ont affaibli la distinction entre la dette et les prêts.

³²⁴ Group of Thirty, *The structure of financial supervision, Approaches and Challenges in a Global Marketplace*, *op.cit.*, p. 35 : « As regulators expand the scope of permissible activities of the entities under their watch, there is a general reluctance to cede to another agency authority for overseeing those new activities ».

³²⁵ E. J. KANE, « Regulatory structure in futures markets: Jurisdictional competition between the SEC, the CFTC, and other agencies », *Journal of Futures Markets*, Vol. 4, Issue 3, 1984, p. 367s.

³²⁶ Voir : W. E. GIPSON, « Are Swap Agreements Securities or Futures?: The Inadequacies of Applying the Traditional Regulatory Approach to OTC Derivatives Transactions », *Journal of Corporation Law*, Vol. 24, Issue 2, Janvier 1999, p. 380.

La seconde raison découle directement du rapprochement des produits, laquelle se répercute sur la nature des sociétés concernées par la supervision³²⁷. Si initialement, la plupart des entreprises régulées étaient spécialisées dans l'un ou l'autre des secteurs régulés, il est courant à l'image des grandes entreprises de l'énergie qu'elles aient diversifié leurs activités. La multiplicité d'interlocuteurs peut alors être un frein au bon développement des sociétés régulées, ce qui rend la distinction entre les trois secteurs de moins en moins opportune. Dès lors, « un système de régulation qui présuppose une séparation claire entre les banques, les valeurs mobilières et l'assurance n'est plus la meilleure façon de réguler un système financier dans lequel ces distinctions sont de moins en moins pertinentes »³²⁸. Conserver une régulation sectorielle impose alors une grande communication entre les autorités, la coopération devenant un point clé du bon déroulement de la supervision. Cette coopération constitue toutefois une difficulté supplémentaire pour ce système, au risque de devoir parfois ajouter une « strate institutionnelle » avec de nouvelles autorités chargées de coordonner les régulateurs, comme c'est le cas en Italie et en Espagne, ce qui est rarement souhaitable.

Enfin, le dernier argument justifiant une régulation commune des industries de la banque, de l'assurance et des titres tient à l'influence accrue que peut avoir une agence unique. Vis à vis des entreprises régulées, il n'y a pas de doute qu'une agence unique reconnue et médiatisée est un argument d'autorité. Dans le même esprit, une structure unique permet également une meilleure visibilité pour les consommateurs, visibilité qui peut avoir un aspect primordial dans le cadre de moyens de régulation connus et utilisés par les pays d'Europe du nord, comme la sunshine regulation³²⁹.

³²⁷ Certains auteurs affirment, en s'appuyant sur les exemples scandinaves et britanniques, que pour être efficace, la structure des organismes de surveillance doit refléter celle de l'entreprise. Voir : R.K. ADAMS et M. TAYLOR, « Issues in the Unification of Financial Sector Supervision », Washington, DC, IMF Working Paper n°00/123, 2000.

³²⁸ M. TAYLOR, *Peak Practice: How to Reform the UK's regulatory System*, London, Centre for Study of Financial Innovation, October 1996, p. 7 : « a regulatory system which presupposes a clear separation between banking, securities and insurance is no longer the best way to regulate a financial system in which these distinctions are increasingly irrelevant ».

³²⁹ La sunshine regulation, ou « régulation par coups de projecteur » est une méthode de régulation utilisée dans les pays scandinaves qui consiste à imposer sans contraintes des baisses de tarifs de la part des opérateurs historiques propriétaires des réseaux en incitant par la publicité et la publication d'une doctrine les consommateurs à pénaliser l'opérateurs en question. Elle nécessite un régulateur crédible et reconnu comme particulièrement compétent. Voir infra, p. 631.

2. La fusion d'autorités de régulation compte tenu de la porosité des secteurs régulés

Le raisonnement suivi en vue de la fusion de plusieurs autorités de régulation en une seule compte tenu de la connexité des secteurs régulés ne doit pas être confondu avec la fusion compte tenu de leur évolution. En effet, il ne s'agit plus de rassembler plusieurs autorités de par la convergence de leurs activités de régulation à la suite de l'unification des secteurs, mais plutôt par l'approche régulatrice similaire appliquée à plusieurs secteurs connexes. La connexité des secteurs n'est pas liée à l'évolution des secteurs, mais elle est ici « naturelle » et s'explique par un dénominateur commun de régulation. Dans cette optique, les transports sont un bon exemple de secteur dont l'accès aux infrastructures (ferroviaires, aéroportuaires et autoroutières principalement) fait l'objet d'une activité de régulation identique.

Cette proximité explique notamment l'instauration d'un méga-régulateur du secteur des transports en Italie. Aujourd'hui aboutie, l'idée d'unifier la régulation des différents types de transport y est d'ailleurs relativement ancienne³³⁰. Un certain nombre de textes législatifs d'initiative gouvernementale³³¹ ou parlementaire³³² ont en effet déjà proposé la création d'une autorité unique de régulation des transports. Il faut toutefois attendre 2011 pour que l'Italie franchisse le pas en instituant l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART)³³³, autorité des transports unifiés chargée de la régulation des infrastructures ferroviaires, aéroportuaires, portuaires et autoroutières³³⁴. Pour les parlementaires italiens³³⁵, ces différents secteurs font tous l'objet d'une régulation publique concernant l'accès et la tarification d'infrastructures non reproductibles (aéroports, autoroutes, rails) qui conservent le caractère de monopoles malgré une libéralisation des activités de services qui les utilisent, en particulier pour des

³³⁰ Chambre des députés, Autorità di regolazione dei trasporti, Dossier di documentazione n°353, 04/06/2012, présentant un rappel historique des « *precedenti tentativi di istituzione dell'Autorità* ».

³³¹ Voir : Projet de loi n°1366 du 2 mai 2007 Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento della Autorità Indipendenti preposte ai medesimi.

³³² Voir : Proposition de loi n°1057 du 8 mai 2008 Istituzione dell'Autorità per i servizi e l'uso delle infrastrutture di trasporto.

³³³ Décret-loi n°201 du 6 décembre 2011, Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, G.U. n°284, 06/12/2011, modifié par le Décret-loi n°1 du 24 janvier 2012 Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, G.U. n°19, 24/01/2012.

³³⁴ Selon l'article 37 du décret-loi n°201, « l'ART assure l'efficacité de la gestion de production, la maîtrise des coûts pour les utilisateurs, les entreprises et les consommateurs, et les conditions à un accès équitable et non discriminatoire aux infrastructures ferroviaires, portuaires, aéroportuaires et aux réseaux autoroutiers ».

³³⁵ Camera dei deputati, L'autorità dei trasporti e l'assetto attuale della regolazione nei settori di interesse, Dossier di documentazione n°59, 08/10/2013.

raisons de coûts ou de rareté des espaces. Réguler au sein d'une unique autorité tous les accès à ces infrastructures de transports, qui répondent à une approche régulatrice identique, relevait donc d'une certaine logique, même si contrairement à d'autres Etats membres les problématiques de sécurité n'ont pas été intégrées à la nouvelle autorité³³⁶.

En France, l'option du recours à un méga-régulateur sectoriel des transports n'a été que peu débattue jusqu'à récemment, le législateur optant préférentiellement pour des autorités sectorielles spécifiques pour chaque type de transport. Ce choix s'explique a priori par l'évolution du cadre communautaire, qui encouragea l'ouverture à la concurrence des activités de réseau de manière progressive. La France n'a donc jamais envisagé ce processus dans sa globalité, mais uniquement au « coup par coup ». Dans le secteur des transports ferroviaires, la directive n°91/440/CE³³⁷ qui initie le mouvement d'ouverture à la concurrence dans les transports a été suivie dans ce secteur par quatre « paquets ferroviaires », qui imposent l'instauration dans chaque Etat membre d'une autorité de régulation nationale. La transposition de ces directives se traduit par la création en 2009 de l'ARAF (Autorité de régulation des activités ferroviaires)³³⁸, devenue ARAFER en 2015, chargée de « [concourir] au bon fonctionnement du service public et des activités concurrentielles de transport ferroviaire, au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire »³³⁹. La même année, la directive 2009/12/CE³⁴⁰ précise à son tour que dans le cadre de l'ouverture à la concurrence du secteur aéroportuaire, une autorité de supervision indépendante devrait être mise en place dans chaque État membre afin d'assurer l'impartialité des décisions³⁴¹. Le choix

³³⁶ Dans plusieurs Etats membres comme le Danemark, la Finlande, la Pologne, le Portugal, le Royaume-Uni et la Suède, la régulation économique est couplée avec la prévention des risques au sein d'une même autorité de régulation. En Italie à l'inverse, la prévention des risques s'exerce encore au sein d'une administration ministérielle, notamment dans le secteur ferroviaire avec la Direzione Generale per il trasporto e le infrastrutture ferroviarie.

³³⁷ Directive 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires, JO L 237 du 24 août 1991.

³³⁸ L. GRARD, « Le transport s'ouvre au concept d'Autorité indépendante de régulation avec l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) », Revue de droit des transports n° 4, Avril 2010, comm. 80.

³³⁹ Code des transports, Art. L2131-1. L'article L2131-3 précise par ailleurs que l'ARAFER « veille en particulier à ce que les conditions d'accès au réseau ferroviaire par les entreprises ferroviaires n'entravent pas le développement de la concurrence ».

³⁴⁰ Directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires, op. cit..

³⁴¹ Art. 11 de la directive 2009/12/CE : « les États membres garantissent l'indépendance de l'autorité de supervision indépendante en veillant à ce qu'elle soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toutes les entités gestionnaires d'aéroports et de tous les transporteurs aériens. Les États membres qui conservent la propriété d'aéroports, d'entités gestionnaires d'aéroports ou de transporteurs aériens, ou le contrôle d'entités gestionnaires d'aéroports ou de transporteurs aériens, veillent à ce que les fonctions liées à cette

français de laisser cette activité de régulation à une composante de la Direction générale de l'aviation civile³⁴² pose donc des difficultés. L'article 11 de la directive 2009/12 dispose en effet que, lorsqu'ils « conservent la propriété d'aéroports, d'entités gestionnaires d'aéroports ou de transporteurs aériens, ou le contrôle de gestionnaires ou de transporteurs, [les États-membres] veillent à ce que les fonctions liées à cette propriété ou à ce contrôle ne soient pas confiés à l'autorité de supervision indépendante ». Telle est précisément la situation de l'État français, principal actionnaire des grands aéroports français³⁴³ et actionnaire d'Air France KLM à hauteur de 15.7%, ce qui pose « l'épineuse question du cumul par l'État de différentes fonctions susceptibles de provoquer des conflits d'intérêts »³⁴⁴. La pérennité du dispositif de régulation actuel, où la Direction des transports aériens joue le rôle de l'autorité de supervision indépendante approuvant les tarifs des redevances aéroportuaires, est selon toute vraisemblance incompatible avec les exigences de l'Union européenne. Pour pallier cette difficulté, l'Autorité de la Concurrence a rendu un avis courant 2011³⁴⁵ dans lequel elle recommande la création d'une autorité indépendante de régulation des activités aéroportuaires³⁴⁶. Dès lors, quid de l'opportunité d'un méga-régulateur sectoriel des activités de transport ? En effet, il est généralement plus efficace d'élargir les compétences d'un régulateur pour des secteurs connexes que de multiplier les régulateurs sectoriels sur des champs de compétences trop étroits³⁴⁷. Pour l'Autorité de la Concurrence, la proposition de

propriété ou à ce contrôle ne soient pas confiées à l'autorité de supervision indépendante. Les États membres veillent à ce que l'autorité de supervision indépendante exerce ses compétences d'une manière impartiale et transparente ».

³⁴² La transposition de cette directive, qui organise un cadre commun pour la régulation des redevances aéroportuaires au sein de l'Union européenne, a été amorcée par l'ordonnance n° 2011-1300 du 14 octobre 2011. Un décret d'application du 23 décembre 2011 vient compléter le processus en instituant la Direction du transport aérien (Direction générale de l'aviation civile, ministère chargé des Transports) en tant qu'Autorité de supervision indépendante (ASI). Celle-ci est notamment chargée d'homologuer les tarifs des redevances.

³⁴³ Agence des participations de l'Etat (APE), Rapport annuel 2014, p. 19 et 22. Selon l'APE, L'Etat français est actionnaire à hauteur de 60% dans les aéroports de Martinique, de Montpellier, de Bordeaux-Mérignac, de la Côte d'Azur, de La Réunion, de Lyon, de Strasbourg-Entzheim, de Toulouse-Blagnac et de Marseille-Provence, à hauteur de 50% dans l'aéroport de Bâle Mulhouse et à hauteur de 50.6% dans ADP.

³⁴⁴ F. VENAYRE, « L'évolution du secteur aéroportuaire français renforce la nécessité de régulation », RLC, Vol. 23, avril-juin 2010, p. 29.

³⁴⁵ Autorité de la Concurrence, Avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français.

³⁴⁶ Id, p. 35. L'Autorité estime également que « cette création permettrait de mettre fin aux situations de conflit d'intérêts qui résultent aujourd'hui du cumul par l'Etat des rôles de régulateur du secteur aéroportuaire et d'actionnaire des principaux opérateurs de ce secteur, gestionnaires d'aéroports et compagnie aérienne nationale ».

³⁴⁷ Conseil de la Concurrence, Avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports, p. 5.

création d'une autorité de régulation indépendante pourrait ainsi « être l'occasion de réfléchir à la constitution d'une autorité de régulation des transports intermodale »³⁴⁸, proposition également formulée par Loïc Grard en 2010³⁴⁹. L'Autorité estime que l'instauration d'une autorité de régulation indépendante dans le secteur aéroportuaire pourrait s'effectuer à partir du socle constitué par l'ARAF, « la nature du contrôle qui [est] exercé par l'ARAF dans le secteur ferroviaire [s'apparentant] à celui qui est exercé pour la régulation des redevances aéroportuaires. La fusion à terme des compétences au sein d'un régulateur unique des transports aurait donc du sens »³⁵⁰. Cette proposition est d'autant plus pertinente que la problématique liée à la régulation des tarifs des infrastructures aéroportuaires s'observe également à propos des tarifs des péages autoroutiers³⁵¹, pour lesquels l'Autorité de la concurrence a rendu des avis similaires³⁵². Et si des autorités sectorielles spécifiques propres à chaque type de transport peuvent peut-être plus facilement coopérer avec les services administratifs tels que le Conseil supérieur du service public ferroviaire et la Direction générale de l'Aviation civile, il n'est pas impensable qu'une autorité de régulation de transports intermodale puisse travailler de concert avec les différents services administratifs chargés des différents types de transports au sein du ministère du même nom, comme c'est le cas en Italie³⁵³. En définitive, la Loi n° 2015-990 dite Macron du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a élargi des compétences de l'ARAF au secteur routier non urbain (pour devenir l'ARAFER). Ses compétences sont donc étendues à la régulation des infrastructures de péage, et le seront peut-être à celle du secteur

³⁴⁸ Autorité de la Concurrence, Avis n° 10-A-04, op. cit., p. 35.

³⁴⁹ L. GRARD, « Répandre la régulation indépendante du transport en transformant l'ARAF en ARTI », *Revue de droit des transports* n°5, mai 2010, comm. 121.

³⁵⁰ Id.

³⁵¹ Cour des comptes, *Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, 24 juillet 2013, p. 43s. La Cour pointait à cette occasion « l'insuffisante régulation des hausses de tarifs » dans le cadre des contrats de plan.

³⁵² Autorité de la concurrence, Avis n°14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires, p. 104s. Voir également pour une position moins tranchée concernant la nécessité du recours à une autorité de régulation indépendante mais abordant la nécessité d'une régulation en la matière : Conseil de la concurrence, avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes ; A. LAGET-ANNAMAYER, « Régulation économique et privatisation », *Contrats Concurrence Consommation* n° 4, Avril 2006, comm. 70.

³⁵³ Il s'agit pour l'essentiel du Bureau de la réglementation de l'industrie ferroviaire (Ufficio per la regolazione del settore ferroviario, Décret du Président n°184/2004), de l'Autorité de surveillance des marchés publics (Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, Loi n°109/1994 et Décret-loi n°163/2006), de l'Autorité nationale de l'aviation civile (Ente nazionale per l'aviazione civile, Décret-loi n°250/1997) et de l'Administration portuaire (Autorità portuali, Loi n°84/1994).

fluvial³⁵⁴. Toutefois, alors que la Belgique a récemment élargi les compétences de son régulateur des transports au secteur aéroportuaire³⁵⁵, la France n'a pas souhaité transformer la Direction du transport aérien et se conformer au droit de l'UE en élargissant les pouvoirs de l'ARAFER aux infrastructures aéroportuaires.

C. Le critère de la convergence des finalités de la régulation sectorielle

Outre les justifications liées aux économies d'échelle et à la convergence des objets sur lesquels porte la régulation, le choix d'un rapprochement des différentes autorités peut s'expliquer par la poursuite d'objectifs communs (1), à l'image de ce qui est observé dans le secteur des finances (2).

1. La régulation selon les objectifs poursuivis

La régulation par objectifs suppose que les secteurs puissent être régulés non plus selon leurs objets, mais selon les finalités de la régulation. Une telle architecture s'appuie sur le constat selon lequel il existe des objectifs communs aux régulations sectorielles et que ceux-ci peuvent faire l'objet d'une régulation commune. L'exemple de l'accès aux réseaux précédemment évoqué illustre bien cette démarche. L'accès aux réseaux constituant un objectif commun aux régulations des différents secteurs des services publics, pourquoi ne pas construire une autorité de régulation chargée de gérer l'accès aux différents réseaux plutôt que de chercher à atteindre cet objectif commun dans chacune des autorités sectorielles. Les accès aux lignes téléphoniques, aux lignes électriques, aux voies ferrées et aux infrastructures aéroportuaires répondent par exemple à une même logique. Chaque problématique commune à tous les secteurs pourrait inviter à construire une autorité de régulation afin d'y répondre. Dans les industries de réseaux, l'idée d'une architecture s'appuyant sur les différents objectifs poursuivis par la régulation n'est toutefois que peu développée. Sans doute la doctrine estime-t-elle que la finalité principale de la régulation des réseaux consiste encore à accompagner

³⁵⁴ L'article 1er, § 1A du projet de loi tel que rédigé suite aux délibérations de l'Assemblée nationale à l'issue de la troisième séance du 14 février 2015, disposait que : « Dans un délai de deux ans à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport évaluant l'opportunité de confier à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, mentionnée à l'article L. 2131-1 du code des transports, la régulation des activités fluviales ».

³⁵⁵ Le Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'Exploitation de l'Aéroport de Bruxelles-National a été créé en tant que régulateur du transport ferroviaire en Belgique par l'arrêté royal du 25 octobre 2004. Ses compétences ont été élargies au secteur aéroportuaire par l'arrêté royal du 1^{er} février 2006.

l'ouverture à la concurrence et qu'envisager une architecture autre que sectorielle n'est pas à l'ordre du jour.

On pourrait toutefois en trouver un exemple au Royaume-Uni avec la fusion du régulateur des postes avec celui des communications électroniques. Contrairement au secteur des télécommunications ouvert très tôt à la concurrence dans la plupart des Etats membres, la libéralisation du secteur postal fut tardive et se traduit surtout par une concurrence peu effective³⁵⁶. Avec les Pays-Bas, le Royaume-Uni est une exception en la matière puisque le secteur postal fut libéralisé en 2000 avec la création d'une autorité de régulation, PostComm³⁵⁷. Conséquence de cette libéralisation, l'accès des tiers aux infrastructures du réseau (le worksharing) de Royal-Mail a été très préjudiciable à l'opérateur historique. La plupart des concurrents de Royal-Mail se sont positionnés sur les stades amont de la filière postale (la collecte, le tri et l'acheminement) pour remettre le courrier à Royal Mail en vue de la distribution finale. Avec une tarification très favorable aux nouveaux entrants, ce système a conduit Royal-Mail à de grandes difficultés économiques et à une baisse de la qualité du service postal. Le rapport *Modernise or decline, Policies to maintain the universal postal service in the United Kingdom* rendu en 2008 par le groupe de réflexion dirigé par Richard Hooper³⁵⁸ faisait état de ces difficultés en proposant une refonte de la régulation du secteur postal. Pour Hooper, l'activité du régulateur PostComm a certes permis une concurrence effective sur le marché postal, mais au détriment de la qualité du service. Estimant que le régulateur n'a pas poursuivi efficacement tous les rôles qui lui étaient attribués, Hooper propose de fusionner PostComm et l'Ofcom au profit de cette dernière³⁵⁹. Selon lui, cette fusion constituerait un avantage pour le secteur postal qui pourrait bénéficier de l'expérience du régulateur des télécommunications en matière de qualité du service universel³⁶⁰. Pour l'auteur, l'Ofcom doit avoir comme objectif principal le maintien du service universel dans chacun des secteurs dans lesquels il intervient³⁶¹, objectif qui doit désormais être privilégié

³⁵⁶ Voir infra, pp. 661 et s.

³⁵⁷ Postal Services Act, 2000.

³⁵⁸ R. HOOPER, *Modernise or decline, Policies to maintain the universal postal service in the United Kingdom*, Independent Review of the UK Postal Services Sector, 16 December 2008.

³⁵⁹ Ibid., p 88.

³⁶⁰ L. MAER, *Postal Services: the Postal Services Act 2011 and recent developments*, House of Commons Library, 12 July 2012, p. 9 : « the Communications Act 2003 provides that universal service shall be Ofcom's principal duty, in carrying out its functions, to further the interests of citizens in relation to communications matters and to further the interests of consumers in relevant markets ».

³⁶¹ R. HOOPER, *Modernise or decline, Policies to maintain the universal postal service in the United Kingdom*, op. cit., p. 91: « the regulator has separate and specific primary duties in relation to broadcasting, spectrum and

également dans le secteur postal³⁶². Bien que le critère du maintien du service universel ne constitue pas l'unique objectif de l'Ofcom, la fusion des deux autorités de régulation³⁶³ s'appuie donc essentiellement sur la base du critère de la finalité de la régulation plutôt que sur ceux de l'économie ou de l'objet.

Si cette situation est rare dans le cadre de la régulation des réseaux, elle se rapproche à l'inverse de celle de la régulation financière dont les secteurs supervisés sont ouverts à la concurrence depuis de nombreuses années. Pour cette raison, la doctrine a envisagé un modèle de supervision des secteurs financiers s'appuyant sur la distinction entre deux objectifs que sont la surveillance du système financier (« prudential supervision ») en vue d'en assurer la stabilité du marché et la solidité des entreprises, et la régulation de la conduite des affaires (« conduct of business ») qui vise à assurer la protection des consommateurs. Cette démarche suppose une réorganisation de la structure institutionnelle de la régulation financière. Les autorités de régulation sectorielle fusionnent dans un premier temps selon le critère de leur objet pour qu'ensuite une nouvelle architecture s'articulant autour de plusieurs autorités de régulation intégrées soit mise en place. Pour cette raison, le modèle de régulation par objectifs n'est pas à proprement parler un modèle pluraliste, mais plutôt, comme le notent certains auteurs, une forme de système intégré³⁶⁴ qui « consiste à créer deux autorités de régulation intégrées : l'une pour la régulation des méthodes de commercialisation et l'autre pour la supervision prudentielle »³⁶⁵.

telecommunications. Each of these must be secured in accordance with its principal duty to pursue the interests of citizens in communications matters and the interests of consumers in relevant markets. Ofcom should, therefore, be required to secure the provision of the universal service as its primary duty in relation to post, to fulfil its overriding duty to citizens and consumers in postal matters ».

³⁶² Ibid.: « we recommend that, as postal regulator, Ofcom's *primary duty should be to maintain the universal service* ».

³⁶³ Le Postal Services Act du 13 juin 2011 annonce l'absorption de PostComm par l'Ofcom. La fusion entra en vigueur le 1er octobre 2011.

³⁶⁴ R.J. HERRING and J. CARMASSI, « The Structure of Cross-Sector Financial Supervision », *Financial Markets, Institutions & Instruments*, Vol. 17, n° 1, février 2008, p. 57.

³⁶⁵ D. T. LLEWELLYN, « Institutional structures of financial regulation and supervision: The basic issues », *World bank*, Washington, DC, 2006, p. 56. La régulation par objectifs « involves creating two integrated agencies: one for prudential supervision and conduct-of-business regulation and one for conduct-of-business regulation ».

2. La régulation par objectifs dans le secteur des finances

Le modèle de régulation par objectifs distinguant la régulation des marchés financiers de la supervision prudentielle est considéré par David T. Llewellyn comme le modèle intermédiaire dans sa matrice de régulation³⁶⁶, telle une alternative intéressante aux modèles classiques de supervision sectorielle et intégrée³⁶⁷. La régulation par objectifs n'impose pas à proprement dit une fusion des autorités de régulation. Mais dès lors que ces objectifs de protection des consommateurs et de prévention des risques sont communs aux différents secteurs de la banque, de l'assurance et des titres boursiers, la logique veut que chacune de ces deux finalités soit poursuivie au sein d'autorités de régulation multisectorielle. L'idée défendue est que les deux objectifs devraient appartenir à deux autorités distinctes, « l'objectif prudentiel (tous secteurs financiers confondus) confié à une autorité et l'objectif commercial (tous secteurs financiers confondus également) confié à une autre autorité »³⁶⁸. Le conflit potentiel d'objectifs entre le contrôle des méthodes de commerce et la surveillance prudentielle est d'ailleurs un élément fréquemment débattu³⁶⁹ qui peut être illustré de la façon suivante : d'un côté, le régulateur des marchés financiers s'attache avant tout au contrôle de la transparence de l'information financière. Son objectif est de veiller à ce que la qualité de la communication financière soit suffisante pour que les consommateurs puissent bénéficier d'informations pertinentes et qu'ils se fassent une opinion valable quant à la valeur du titre et à ses perspectives. De l'autre, la surveillance prudentielle s'attache quant à elle à la stabilité des institutions financières. Son objectif est de prévenir les mouvements de stress des marchés et les crises visant à les déstabiliser.

Preuve de l'intérêt d'une telle architecture de régulation une fois les secteurs libéralisés et ouverts à la concurrence, plusieurs Etats membres ont réorganisé leur régulation financière autour de ce modèle par objectifs. La Belgique est un cas d'étude tout à fait intéressant dans la mesure où l'évolution de son système de régulation reflète bien les développements précédemment évoqués. En 2002, en décidant de fusionner deux anciennes

³⁶⁶ Ibid., p. 36.

³⁶⁷ C.A.E. GOODHART, « Some Regulatory Concerns », *Swiss Journal of Economics and Statistics*, Vol. 132, décembre 1996, p. 649.

³⁶⁸ B. DELETRE, Rapport sur la mission de réflexion et de propositions sur *l'organisation et le fonctionnement* de la supervision des activités financières en France, op.cit, p. 11.

³⁶⁹ B. DELETRE, Ibid., p. 20.

autorités financières³⁷⁰, la Commission bancaire et financière (CBF)³⁷¹ et l'Office de contrôle des assurances (OCA)³⁷², le gouvernement belge avait fait le pari d'une autorité de surveillance intégrée avec la création de la Commission bancaire, financière et des assurances (CBFA). Celle-ci exerçait alors à la fois les activités de régulation du secteur financier et les activités de contrôle micro-prudentiel³⁷³. A la suite de la crise financière, le gouvernement fédéral belge décida de créer un Comité des risques et établissements financiers systémiques (CREFS) permettant d'exercer un contrôle macro-prudentiel à l'échelle fédérale. Il s'agissait de la première étape d'une modification substantielle de l'architecture de la surveillance du secteur financier. Afin de prendre en compte le nécessaire développement de la surveillance macro-prudentielle, ce contrôle du secteur financier est exercé depuis 2010³⁷⁴ selon un modèle par objectifs reposant sur deux entités régulatrices : l'Autorité des services et marchés financiers (FMSA) et la Banque nationale de Belgique (BNB).

Il résulte du modèle de régulation par objectifs belge que « la répartition des compétences entre la BNB (ou les entités créées par la BNB), d'une part, et la [FSMA] d'autre part, que la BNB devient la principale autorité de contrôle prudentiel, tandis que la [FSMA] assurera [...] la surveillance des marchés »³⁷⁵. La FSMA conserve pour objectif d'assurer le bon fonctionnement, la transparence et la surveillance des marchés financiers, d'agréeer et de contrôler les établissements financiers, de veiller au respect des règles de conduite par les différents acteurs du secteur et de superviser la commercialisation des produits d'investissement destinés aux consommateurs³⁷⁶. Elle perd par contre tout contrôle prudentiel des secteurs, qui échoit à la Banque nationale. Celle-ci est désormais responsable

³⁷⁰ Pour une analyse détaillée de l'avènement du contrôle bancaire en Belgique, voir : G. VANTHEMSCHE, « L'élaboration de l'arrêté royal sur le contrôle bancaire », *Revue belge d'histoire contemporaine*, 1980, n° 3, p. 389s.

³⁷¹ Arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions de titres et valeurs, MB 10 juillet 1935.

³⁷² Loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, MB 29 juillet 1975.

³⁷³ Pour une analyse détaillée de la régulation du secteur financier en Belgique avant 2010, voir : E. BUYST et I. MAES, « Financial Crisis and Regulation - An Overview of the Belgian Experience », in *Financial Market Regulation in the Wake of Financial Crises: The Historical Experience Conference*, Banca Italia, 2009, p. 95.

³⁷⁴ Loi du 2 juillet 2010 modifiant la loi 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, et portant des dispositions diverses, MB 28 septembre 2010.

³⁷⁵ H. DAEMS et Y. MAYEUR, Rapport du 19 mars 2010 fait au nom de la Commission des finances et du budget devant la Chambre des représentants de Belgique sur le projet de loi du 2 juillet 2010 modifiant la loi 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, et portant des dispositions diverses, p. 4.

³⁷⁶ Arrêté royal du 3 mars 2011 mettant en œuvre l'évolution des structures de contrôle du secteur financier, MB, 9 mars 2011.

du maintien de la stabilité micro et macroéconomique³⁷⁷ du système financier : chargée de la surveillance individuelle des acteurs du système financier dans son ensemble, elle contribue désormais également au contrôle systémique du système financier d'un point de vue global³⁷⁸.

Section 2. Le choix d'une architecture intégrée de l'autorité de régulation

Si la remise en cause progressive de l'architecture sectorielle de la régulation nationale s'est opérée naturellement pour certains secteurs au profit d'une architecture résolument intégrée, ce mouvement ne touche pas avec la même force les secteurs des services publics en réseaux et ceux des finances. Dans les premiers, l'architecture sectorielle reste privilégiée par les Etats membres. Ce choix se traduit par la mise en place de méga-régulateurs sectoriels, ne laissant à l'approche entièrement intégrée – celle de l'autorité multisectorielle – qu'une place marginale, en dépit des avantages que présente la propagation d'un tel modèle (I). Dans les seconds, l'approche intégrée semble avoir largement convaincu les pouvoirs publics nationaux sous une forme évoluée, celle de la régulation par objectifs. Celle-ci s'appuie sur la création de deux autorités de régulation multisectorielles remplissant des missions différentes (II).

I. Dans les industries de réseaux : des méga-régulateurs sectoriels à une autorité multisectorielle

Dans les industries de réseaux, les raisons qui justifient une rationalisation des autorités de régulation économique sont nombreuses : remise en cause au profit de la régulation de la concurrence, volonté de réduire le coût économique, convergence des régulations, etc. Cette rationalisation qui passe par une reconstruction du paysage institutionnel de la régulation suppose que des mouvements de regroupement et de fusion peuvent être envisagés.

³⁷⁷ Le vice-premier ministre et ministre des Finances et des Réformes institutionnelles notait que la création du CREFS s'inscrivait dans un processus d'« intégration dans le giron de la Banque Nationale de Belgique (BNB) des compétences liées à l'exercice du contrôle systémique et du contrôle prudentiel de différents types d'établissements financiers », H. DAEMS et Y. MAYEUR, Rapport du 19 mars 2010 fait au nom de la Commission des finances et du budget, op.cit, p. 3.

³⁷⁸ Loi du 3 avril 2014 établissant les mécanismes d'une politique macro-prudentielle et précisant les missions spécifiques dévolues à la Banque nationale de Belgique dans le cadre de sa mission visant à contribuer à la stabilité du système financier, MB 7 mai 2014.

La réduction du nombre d'autorités de régulation passe alors par deux options. La première consiste à entrer dans ce que nous appelons un processus de « régulation sectorielle avancée », c'est à dire la constitution de quelques méga-régulateurs sectoriels³⁷⁹ supervisant des secteurs étendus et élargis selon leur objet, comme le secteur de l'énergie, qui intègre la régulation de l'électricité, du gaz, voire de l'eau et des énergies renouvelables³⁸⁰, et comme le secteur des transports, qui peut fusionner les régulations des infrastructures ferroviaires, aéroportuaires, autoroutières, voire portuaires. Dans cette optique, la création d'un méga-régulateur du secteur du numérique et de la société de l'information pourrait s'inscrire dans cette perspective. A la différence de l'énergie et des transports, la régulation du numérique constitue cependant un cas controversé qu'il faut apprécier avec précaution (A). En effet, la régulation du numérique n'est pas uniquement économique mais vise également à renforcer et garantir certaines libertés fondamentales. La volonté de fusionner les différentes autorités de ce secteur, comme en France l'ARCEP, le CSA et la CNIL, ne semble pas constituer une solution à la multiplication des autorités de régulation. En revanche, une autre option plus radicale qui consiste à rassembler les différents régulateurs des secteurs des services publics en réseaux au sein d'un régulateur multisectoriel unique doit attirer notre attention (B). Si ce choix peut sembler moins évident au regard des objets économiques sur lesquels porte la régulation, sans doute marque-t-il le premier pas vers une régulation s'appuyant également

³⁷⁹ L'utilisation de la formule de « méga-régulateur » ou de « super-régulateur » peut faire débat. Comme nous, certains auteurs l'utilisent pour aborder le cas d'autorités de régulation agissant sur des secteurs élargis, comme l'énergie et les transports (voir par exemple : C. VLACHOU, *La coopération entre autorités de régulation en Europe (communications électroniques et énergie)*, Thèse, Paris II Panthéon-Assas, 2014, p. 85). D'autres, comme Benoît Blottin, estiment cette utilisation inappropriée, arguant du fait que « le cas des autorités de régulation bisectorielles relève davantage de la règle que de l'exception, ce qui ferait de la très grande majorité des autorités de régulation des "super-régulateurs" » (B. BLOTTIN, *Le rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle dans la surveillance de la libéralisation des marchés de l'énergie*, Thèse, Paris II Panthéon-Assas, 2015, p. 613). Cet argument peine à emporter notre conviction, car si dans le secteur de l'énergie, la plupart des autorités de régulation sont en effet des autorités bisectorielles, en réalité, l'appellation de « méga » ou « super-régulateur » fait référence à des situations très diverses lorsqu'on étudie l'ensemble des secteurs régulés. La formule s'applique ainsi aussi bien à un régulateur comme l'ART en Italie, qui regroupe la régulation de quatre types de transports, qu'à un régulateur comme l'Ofcom au Royaume-Uni, qui régule les secteurs des communications électroniques, des postes et des services médias tout en exerçant également l'activité d'une autorité de la concurrence, ou encore qu'à un régulateur comme l'AKOS en Slovaquie, qui régule quatre secteurs différents (sans toutefois réguler tous les secteurs des réseaux) : postes, communications électroniques, médias et chemins de fer. Dans la présente recherche, l'appellation de « méga-régulateur » fait référence aux autorités de régulation intervenant dans trois grands secteurs : l'énergie, les transports et les communications.

³⁸⁰ C'est le cas par exemple en Italie, en Bulgarie et à Malte.

sur la poursuite d'objectifs communs en constituant une anticipation sur l'évolution technologique.

A. Le regroupement controversé au sein d'un méga-régulateur du numérique

L'option d'une fusion des régulations des communications électroniques (le contenant) et de l'audiovisuel (le contenu) naît du constat selon lequel il est naturel de penser que les activités caractérisées par un degré élevé d'interactions doivent être régulées par la même autorité de régulation³⁸¹. Leurs interactions fréquentes et complexes seraient ainsi gérées en interne au niveau des positions de travail de cette autorité et non pas par des réunions formelles entre différentes institutions. Dans l'Union européenne, la majorité des Etats conservent toutefois une régulation sectorielle en opérant une distinction entre les secteurs des communications électroniques et de l'audiovisuel³⁸². D'autres ont fait à l'inverse le choix de fusionner les contrôles de ces deux secteurs au sein d'un régulateur unique³⁸³, la porosité des frontières et l'évolution de ces secteurs justifiant leur régulation commune au sein d'une même entité. Ces choix nécessitent de réfléchir à la forme que doit prendre la régulation du numérique (1). En France, la création d'un unique régulateur prônée par de nombreux rapports parlementaires révèle toutefois des difficultés qui peuvent naître d'une fusion s'appuyant sur les objets plutôt que sur les finalités de la régulation, lorsque celles-ci diffèrent d'un secteur à l'autre (2).

1. La convergence des régulations dans le secteur du numérique

La convergence numérique appelle une régulation de tous les contenants et une régulation de tous les contenus. Le rapprochement des objets de ces deux régulations peut pousser à envisager une régulation commune des contenants et des contenus au sein d'une seule autorité de régulation.

³⁸¹ La Communauté européenne abordait déjà en 1997 l'opportunité de construire un cadre réglementaire global adapté à l'évolution des technologies de l'information. Voir Communication de la Commission du 3 décembre 1997, Livre vert La convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation - Vers une approche pour la société de l'information, COM(97) 623 final.

³⁸² Cas de la Bulgarie, de Chypre, de la Croatie, du Danemark, de la France, de la Grèce, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, du Luxembourg, de Malte, des Pays-Bas, de la Pologne, du Portugal, de la République Tchèque, de la Roumanie, de la Slovaquie et de la Suède.

³⁸³ Cas de la Finlande, de la Hongrie, de l'Italie, du Royaume-Uni et de la Slovénie.

a. La régulation des contenants et des contenus *de l'audiovisuel et d'Internet*

La convergence des secteurs de l'audiovisuel et d'Internet nécessite d'abord de réfléchir à une régulation commune de tous les contenants puis à une régulation commune de tous les contenus.

Le premier élément concret en faveur d'une convergence des régulations de l'audiovisuel et d'Internet vise à corriger les asymétries réglementaires entre les différents « contenants ». Les chaînes de TV, les opérateurs de télécom et les sociétés de l'Internet utilisent en effet les mêmes réseaux Internet, fixes et mobiles, pour diffuser leurs contenus sur les mêmes supports (PC, tablettes, smartphones et téléviseurs connectés)³⁸⁴. Or le traitement réservé aux différents acteurs diffère sensiblement : en France, les chaînes de TV utilisent par exemple des fréquences gratuitement en échange d'investissement dans la production audiovisuelle, les opérateurs de télécommunication paient les fréquences pour le développement de l'internet mobile, et les grands groupes de commerce électronique ne paient rien du tout en utilisant les réseaux pour vendre leurs contenus vidéos. Les acteurs classiques de l'audiovisuel arguent ainsi d'une différence significative de traitement entre eux et les diffuseurs de contenu sur les téléviseurs connectés. Alors que les chaînes de TV historiques sont soumises à une régulation stricte, les chaînes de TV accessibles uniquement par internet (GoogleTV, AppleTV, Netflix, etc.) ne sont par exemple pas soumises aux mêmes contraintes tout en exerçant les mêmes activités, entraînant une concurrence déloyale à l'égard des premières. Cette difficulté qui n'est pas franco-française fût à l'origine d'un Colloque organisé par le CSA courant 2011 au cours duquel les différents professionnels concernés ont pu échanger leurs points de vue³⁸⁵ : « tout oppose le monde de l'Internet et le monde de la télévision, que ce soit en matière de protection des enfants, de pluralisme, de droits d'auteur, d'information, de véracité, d'authenticité des informations qui sont diffusées, tout nous

³⁸⁴ L'évolution du droit de l'audiovisuel s'illustre notamment par les nombreux débats relatifs à l'élargissement de l'assiette de la contribution à l'audiovisuel public. Si, en France, plusieurs amendements déposés lors de l'examen du projet de loi de finance pour 2013 (amendements n°I-360 et I-387 du 22 septembre 2013 relatifs à l'élargissement de la redevance audiovisuelle aux ordinateurs privés de loisir connectés à internet) ont été retirés, en Allemagne, le juge a par exemple estimé que ce type de redevance était justifié ; Voir Cour fédérale administrative allemande, 17 août 2011, Aff. 6 C 15.10, 45.10 et 20.11 et Cour constitutionnelle allemande, 22 août 2012, Aff. 1 BvR 199/11.

³⁸⁵ Le colloque sur les téléviseurs connectés fut l'occasion de mieux comprendre les points de vue radicalement opposés de ces deux types de diffuseurs audiovisuels. Le vif échange entre Nonce Paolini, PDG de TF1 et Martin Rogard, DG de Dailymotion (site web proposant un service d'hébergement, de partage et de visionnage de vidéo en ligne, désormais accessible par les téléviseurs connectés) est significatif des tensions nées du développement de la TV connectée.

oppose et dans un univers où il n'y a aucune règle, l'univers de l'Internet, il y a à côté un univers qui est très régulé particulièrement en France qui est celui de la télévision. Or, les deux vont se trouver en compétition sur [le même] écran »³⁸⁶. L'intervention de diffuseurs audiovisuels étrangers dont les programmes sont désormais accessibles sur les téléviseurs connectés entraîne en outre un transfert de valeur du territoire français vers l'étranger via essentiellement des acteurs nord-américains. Comme le note Jérémie Magnine, ce transfert de valeur n'est pas contrôlé, n'est pas taxé et se produit en dehors de toute régulation ou presque. Plus grave, il se fait au détriment de la capacité d'investissement local des entreprises françaises : il dévient primordial de « redonner un équilibre et une chance d'exister aux acteurs français vis-à-vis d'autres acteurs agissant depuis l'étranger dans un mode d'extra-territorialité, qui leur donne un avantage majeur »³⁸⁷.

La convergence des différents secteurs entraîne par ailleurs une convergence des missions des autorités contrôlant le « contenu ». Compte tenu de la concurrence exercée par les sites de streaming à l'égard des chaînes de télévision classiques, la mission de lutte contre les atteintes au droit d'auteur portées par les sites de streaming illégaux se meut progressivement dans le champ de compétence des autorités de régulation de l'audiovisuel. En France, alors que l'HADOPI est une institution dédiée spécifiquement à la protection des droits sur internet, il s'avère que cette protection des droits d'auteur peut légitimement être considérée comme une activité de nature économique³⁸⁸ se chevauchant en grande partie aujourd'hui avec l'activité du CSA, laquelle consiste depuis 2013 à lutter contre les sites de streaming qui proposent des contenus audiovisuels piratés³⁸⁹. En effet, de par leurs contenus illégaux, ces sites de streaming portent à la fois atteinte au droit d'auteur et à la concurrence des programmes audiovisuels classiques. Pour ces raisons, il existe une communauté d'objectifs entre l'HADOPI et le CSA dans la mesure où « le développement de l'offre légale en ligne fait écho à la mission de soutien à la qualité et à la diversité des programmes et la protection des droits d'auteur participe à une politique de développement de la protection et

³⁸⁶ N. PAOLINI, Actes du colloque sur les téléviseurs connectés, Les colloques du CSA, Juin 2011, p. 43.

³⁸⁷ J. MAGNINE, Actes du colloque sur les téléviseurs connectés, Les colloques du CSA, Juin 2011, p. 49.

³⁸⁸ Le récent code de droit économique belge traite ainsi à ses Titres IX et X de la propriété intellectuelle et de la protection des droits d'auteur. En pratique, bien que veillant à la protection des droits, l'action de l'HADOPI vise en effet essentiellement à lutter contre la concurrence des sites proposant illégalement des contenus audiovisuels.

³⁸⁹ Loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, JORF n°0266 du 16 novembre 2013. Le CSA est depuis 2013 considéré comme un véritable régulateur économique.

de la création audiovisuelle nationale »³⁹⁰. Une fusion des deux autorités permettrait alors de simplifier la régulation des mesures techniques de protection (MTP)³⁹¹ aujourd'hui partagées entre l'HADOPI, qui en a la compétence principale, et le CSA, qui veille à ce que les MTP mises en place par les éditeurs ou les distributeurs ne privent pas le public du droit à la copie privée. L'expérience de plusieurs Etats membres de l'Union parle également pour cette fusion. Au Royaume-Uni, le vote du Digital economic Act³⁹² a donné à l'Ofcom les moyens de sanctionner la violation des droits d'auteurs, et en Italie, le processus législatif initié en 2003³⁹³ permet depuis peu à l'AGCOM de protéger les droits d'auteur sur les réseaux de communications électroniques³⁹⁴. Pour cette raison, « il serait logique de confier cette régulation, aujourd'hui exercée par la Haute autorité pour la protection des œuvres et des droits sur Internet, au CSA, en cohérence avec la compétence de régulation de l'offre légale »³⁹⁵. Alors que la présidente de l'HADOPI affirme que celle-ci « n'est pas une porte d'entrée à la régulation des contenus sur internet »³⁹⁶, il semble pourtant, dans le cadre de la lutte contre les sites diffusant des contenus audiovisuels illégaux, qu'une telle fusion ne soit pas dénuée d'intérêts³⁹⁷.

b. La convergence supposée des objets de la régulation des communications et de l'audiovisuel

Plusieurs arguments sont régulièrement avancés pour justifier une régulation commune des communications électroniques et de l'audiovisuel. Ces deux secteurs du numérique connaissant depuis quelques années des évolutions technologiques sans précédent, l'idée se développe ainsi qu'il faudrait les appréhender comme un tout, et non plus comme

³⁹⁰ Audition d'Olivier Schrameck, Président du Conseil supérieur de l'audiovisuel, Table ronde *La régulation dans le domaine des technologies de l'information*, Ibid. Pour le président du CSA, « le projet de confier les missions de l'HADOPI au CSA présente à [ses] yeux une pertinence certaine »

³⁹¹ Les mesures techniques de protection ont pour objectif la gestion des droits numériques (en anglais digital rights management - DRM), c'est à dire le contrôle de l'utilisation qui est faite des œuvres numériques, contrôle qui s'applique à tous les types de supports de transmission (TV, Internet, etc.).

³⁹² Digital economic Act, 12 avril 2010.

³⁹³ Decret-loi n°70, du 9 avril 2003, Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico, G.U. n°87, 14/04/2003.

³⁹⁴ AGCOM, Delibera n°452/13/CONS, 25/07/2013.

³⁹⁵ P. LESCURE, *Mission « Acte II de l'exception culturelle »*. *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, Tome 1, Mai 2013, p. 17. L'auteur propose également « de confier au CSA la mission d'observation des pratiques culturelles en ligne aujourd'hui assumée par l'HADOPI », p. 151.

³⁹⁶ Audition de Marie-Françoise Marais, Présidente de la Haute autorité pour la protection des œuvres et des droits sur Internet, Table ronde *La régulation dans le domaine des technologies de l'information*, Ibid.

³⁹⁷ Voir notamment : L. COSTES, « Le sort incertain de la HADOPI », RLDI, 2013/98, pp. 3 et s.

plusieurs secteurs à réguler. Dans le domaine du numérique, la concrétisation de cette convergence s'illustre avec les triple play et les quadruple play, offres commerciales par lesquels les opérateurs proposent à leur abonnés un ensemble de trois ou quatre services dans le cadre d'un contrat unique : accès à internet, télévision, et téléphonie fixe voire mobile, avec le plus souvent un service de vidéos à la demande. La substitution de la diffusion analogique par une diffusion numérique pose ainsi la question des liens croissants entre des marchés autrefois distincts mais désormais réunis, comme c'est le cas « des acteurs convergents » qui sont à la fois des fournisseurs d'accès à Internet (FAI) et des diffuseurs de contenus en ligne. A l'heure de la prise unique pour le téléphone, la télévision et l'Internet, une séparation entre les instances de régulation ne semblerait plus un gage d'efficacité³⁹⁸. Pour cette raison, la convergence numérique serait à l'origine d'une convergence des régulations. En France, l'élargissement des compétences du CSA en matière de régulation économique³⁹⁹ et la possibilité de contrôler les « services audiovisuels numériques »⁴⁰⁰, indiquent par exemple les nouveaux enjeux qui s'imposent à l'autorité de régulation de l'audiovisuel en matière de personnel expert, ce que possède l'ARCEP. Une fusion des régulateurs de l'audiovisuel et des télécommunications créerait alors un guichet unique pour le consommateur et un bon moyen pour celui-ci, en qualité de « citoyen connecté », de bénéficier d'un interlocuteur unique pour des marchés pour lesquels le consommateur ne fait plus de distinction.

Un autre argument avancé pour expliquer l'intérêt d'une fusion des deux types de régulations est celui du besoin de coopération renforcée entre les deux types de régulateurs, coopération aujourd'hui devenue inefficace⁴⁰¹. Afin de réguler le contenu, les régulateurs de l'audiovisuel semblent ainsi dépendants d'une action menée sur le contenant. A la suite de l'échec des procédures de contrainte lancées contre les moteurs de recherche⁴⁰² et des

³⁹⁸ N. SONNAC et P. WILHELM, *Fusion CSA-ARCEP-Hadopi : le temps de l'action est venu*, Le Cercle Les Echos, 24 septembre 2012.

³⁹⁹ L. FRANCESCHINI, « Les points clés de la loi du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public », RLDI 2014/101.

⁴⁰⁰ CSA, rapport annuel 2013, proposition n°1, p. 20.

⁴⁰¹ Pour certains auteurs, « mettre en place un système de coopération entre régulateurs est long et inefficace » ; D. LESCOP, « Numérique et marchés : vers la régulation ou la dérégulation ? » in « Ateliers du Numérique », Le cercle des échos, 23 mai 2012. Pour l'auteur, docteur en économie et ancien expert de l'ARCEP, « l'architecture institutionnelle de régulation de la société de l'information est aujourd'hui complètement éclatée, inefficace et requiert une réforme en profondeur ». Il propose ainsi de « réformer le système actuel de régulation par la création d'une Autorité de régulation pour la société de l'information ».

⁴⁰² Voir notamment à propos de la responsabilité du moteur de recherche Yahoo ! en Italie : Tribunal de Rome IX sezione civile, sezione specializzata in material di Proprietà Intellettuale, Sentenza Yahoo!, 16 juin 2011. La section de la cour d'appel italienne chargée des affaires relevant de la propriété intellectuelle a

sanctions prononcées à l'égard des internautes⁴⁰³, il semble qu'actuellement, seul le blocage des sites illégaux soit susceptible de lutter efficacement contre les téléchargements illicites⁴⁰⁴. Afin de bloquer un site de téléchargement illégal sur internet le plus souvent basé en dehors des frontières européennes, le seul moyen dont dispose le régulateur est de demander l'interdiction de l'accès aux sites concernés en imposant aux différents FAI de bloquer cet accès. Cette pratique longtemps considérée comme contraire aux dispositions de l'Union européenne⁴⁰⁵ et qui est récemment admise par la CJUE⁴⁰⁶ est utilisée par les juges nationaux sur requête des régulateurs de l'audiovisuel. Au Royaume-Uni, sur demande de l'Ofcom, la Haute Cour a notamment ordonné en 2013 à six fournisseurs d'accès internet de premier plan (représentant 94 % des internautes britanniques) de bloquer l'accès à trois sites de partage de fichiers en peer-to-peer⁴⁰⁷. Quant aux sites de streaming et de téléchargement, plusieurs juges

annulé la décision prise par le tribunal de Rome le 20 mars 2011 dans l'affaire Yahoo ! relative à la suppression des liens qui violent le droit d'auteur. Yahoo! était accusé d'avoir laissé les liens vers des sites pirates, un site P2P et des sites de diffusion en flux continu. Selon la cour d'appel, la responsabilité de Yahoo ! pour complicité de contrefaçon ne peut être engagée et Yahoo ! n'a aucune obligation d'effectuer un contrôle préventif.

⁴⁰³ En France, le système de réponse graduée de l'HADOPI face aux téléchargements illégaux semble en effet peu efficace. La première sanction prononcée par un tribunal pour téléchargement illicite à la suite de cette procédure date de juin 2013 alors même que l'HADOPI relevait en 2011 que 49% des français téléchargeaient illégalement sur internet (*Hadopi, biens culturels et usages d'internet : pratiques et perceptions des internautes* français, 23 janvier 2011, p. 10).

⁴⁰⁴ Contra, voir : Cour d'appel de La Haye, 28 janvier 2014, *Ziggo & XS4ALL v. BREIN*, ECLI:NL:GHDHA:2014:88. La cour a considéré que plusieurs fournisseurs d'accès internet n'étaient pas tenus de bloquer l'accès de leurs abonnés au site The Pirate Bay. La cour estime que le nombre de personnes qui téléchargent illégalement a augmenté, malgré le blocage du site web The Pirate Bay et que le blocage de l'accès au site est par conséquent inefficace dans la mesure où il n'a pas empêché les nouveaux arrivants sur le site web de télécharger du contenu à partir d'une source illicite. En outre, elle note que la diminution du nombre de visiteurs sur le site web n'a pas conduit à une réduction significative du nombre de violations du droit d'auteur commises par les abonnés des fournisseurs d'accès en question. Par conséquent, selon la cour, le blocage du site web The Pirate Bay a été inefficace dans la prévention du téléchargement illicite.

⁴⁰⁵ Voir : CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (Sabam)*, Aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 : la Cour conclut qu'une injonction contraignant un FAI à mettre en place un système de filtrage sur son réseau n'est pas autorisée par la législation de l'Union européenne ; CJUE, 16 février 2012, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV*, Aff. C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 : « les directives 2000/31/CE, 2001/29/CE et 2004/48/CE, lues ensemble et interprétées au regard des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables, doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une injonction faite à un prestataire de services d'hébergement de mettre en place le système de filtrage litigieux ».

⁴⁰⁶ CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, Aff. C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 : la cour estime que « les droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'il soit fait interdiction, au moyen d'une injonction prononcée par un juge, à un fournisseur d'accès à Internet d'accorder à ses clients l'accès à un site Internet mettant en ligne des objets protégés sans l'accord des titulaires de droits ».

⁴⁰⁷ Haute cour d'Angleterre et du pays de Galles, 28 février 2013, *Emi Records and others v. British Sky Broadcasting Ltd and others*, [2013] EWHC 379.

nationaux ont également pris des mesures à l'encontre des FAI leur imposant le blocage de sites illégaux⁴⁰⁸. En France, le 28 novembre 2013, le tribunal de grande instance de Paris a notamment ordonné aux cinq principaux fournisseurs d'accès à internet français le blocage de l'accès à seize sites de streaming dits « de la galaxie Allostreaming » et leur déréférencement par quatre moteurs de recherche⁴⁰⁹. Il s'agit donc, afin de réguler le « contenu », d'opérer un contrôle accru sur le « contenant ».

Une difficulté similaire est rencontrée concernant la diffusion des contenus des chaînes de télévision sur Internet, comme en témoigne une récente décision de l'autorité de régulation de l'audiovisuel lettone relative aux restrictions de la retransmission des chaînes NTV-Mir et Rossiya RTR sur le territoire letton⁴¹⁰. Dans le contexte de la crise en Ukraine et en Crimée, le Conseil national des médias électroniques (*Nacionālā elektronisko plašsaziņas līdzekļu padome* - NEPLP) avait été saisi de nombreuses plaintes selon lesquelles des émissions diffusées par plusieurs chaînes de télévision russophones encourageraient la guerre et une intervention militaire, incitant à la haine et portant atteinte à l'unité territoriale des pays concernés. Le Conseil avait par conséquent décidé le 3 avril 2014 de restreindre pour une durée de trois mois la retransmission par câble de la chaîne de télévision Rossiya RTR sur le territoire de la Lettonie. L'une des difficultés rencontrées par l'autorité lettone de régulation de l'audiovisuel fut de constater que la chaîne en question continuait de diffuser sur internet les mêmes programmes, accessibles en Lettonie. Il fallut alors envisager de demander aux FAI lettons de bloquer les sites de ces chaînes de télévision. Pour pallier ces difficultés, c'est

⁴⁰⁸ Voir : Haute cour d'Angleterre et du pays de Galles, 2 mai 2012, *Dramatico Entertainment et al v. Brisith Sky Broadcasting et al*, [2012] EWHC 1152 ; Haute cour d'Irlande, 13 juin 2013, *EMI Records Ireland Ltd & ors v. UPC Communications Ireland Limited & ors*, [2013] IEHC 274 ; *Tribunal d'instance d'Helsinki, 29 octobre 2012, IFPI v. Elisa Corporation*, Aff. n°2187, concernant le blocage du site de téléchargement The Pirate Bay.

⁴⁰⁹ TGI de Paris, 28 novembre 2013, *Association des producteurs de cinéma, Syndicat de l'édition vidéo numérique et autres c. Yahoo, Bouygues Telecom, Free, Google et autres*. Motif 2.7.2.3, p. 28 : « la limite imposée à la liberté d'expression et de communication des opérateurs des sites litigieux, lesquels ne peuvent bénéficier du même degré de protection, en raison notamment de la nature même de l'objet principal de leur activité, est justifiée par la nécessité de mettre en œuvre des moyens efficaces de lutte contre l'atteinte à leurs droits commise par ces sites. De leur côté, les internautes, qui ne sont pas privés du droit de prendre connaissance des films et séries en cause, dès lors qu'ils peuvent accéder aux sites ayant acquis les droits de les diffuser ou d'en permettre le visionnage, ou par tout autre moyen à leur disposition (replay, DVD, streaming autorisé etc.), ne voient pas leur droit de prendre connaissance des contenus litigieux limité de manière disproportionnée ». Disponible sur : <http://static.pcinpact.com/medias/jugement-allostreaming-20131129.PDF>.

⁴¹⁰ Conseil national des médias électroniques de Lettonie, décision n°95 du 3 avril 2014, Par programmas "Rossija RTR" retranslācijas ierobežošanu Latvijas teritorijā.

donc par un contrôle des FAI, et donc du « contenant », qu'est susceptible d'être aujourd'hui régulé le « contenu ».

Si le phénomène de convergence permet d'avancer un certain nombre d'arguments en faveur d'une régulation commune de l'audiovisuel et des communications électroniques, la grande majorité des Etats membres ont toutefois conservé pour chaque secteur une autorité séparée. A l'échelle de l'UE aussi, l'ERGA (European Regulators Group for Audiovisual Media Services)⁴¹¹, le récent réseau institutionnalisé des régulateurs des médias, a été créé indépendamment du secteur des communications électroniques. En France, la convergence supposée des médias et des télécoms est à l'origine depuis une dizaine d'années de débats intenses visant à réorganiser la régulation des deux secteurs.

2. La convergence des régulations du numérique en France

Hypothèse sérieusement envisagée mais finalement toujours ajournée⁴¹², la fusion de l'ARCEP et du CSA constitue en France un véritable serpent de mer. Justifié au nom du phénomène technique de la convergence, un tel rapprochement ne semble pas en accord avec les finalités poursuivies par les deux régulateurs.

a. Un rapprochement entre le CSA et l'ARCEP longtemps envisagé mais jamais concrétisé

En France, si les régulations des secteurs des communications et de l'audiovisuel furent pensées dans un contexte économique et technologique radicalement différent⁴¹³, les problématiques précédemment abordées ont fait l'objet de vifs débats tous articulés autour de l'opportunité ou non de fusionner les deux régulateurs sectoriels. Cette interrogation est à l'origine de nombreux rapports relatifs aux bienfaits d'un rapprochement de ces secteurs, dont les plus anciens datent de décembre 2006. Selon le premier de ces rapports, intitulé De la fracture numérique à la convergence des réseaux⁴¹⁴, la nécessité d'un rapprochement entre

⁴¹¹ Décision de la Commission du 3 février 2014 instituant le groupe des régulateurs européens des services de médias audiovisuels, C(2014) 462 final.

⁴¹² P. IDOUX, « L'adaptation du dispositif de régulation de l'audiovisuel », RLDI, 2014/38.

⁴¹³ L. RAPP, « Numérique et concurrence », RFDA, 2014, p. 896.

⁴¹⁴ E. BLESSIG, De la fracture numérique à la convergence des réseaux, téléphonie mobile, Internet et TNT dans les territoires de 2002 à 2007, Rapport d'information n°3531 du 19 décembre 2006 présenté à l'Assemblée nationale.

l'ARCEP, le CSA et l'ANFr⁴¹⁵ s'explique par le phénomène moderne de la « convergence numérique »⁴¹⁶, qui permet de diffuser les mêmes contenus sur des réseaux différents et spécialisés⁴¹⁷. Le second, rédigé par la Commission de l'immatériel, soulignait également que la convergence des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel s'annonçait comme une tendance structurante des années futures⁴¹⁸, et arguait quant à lui en faveur d'un « rapprochement du CSA et de l'ARCEP ». Si l'option retenue dans le premier ne semble guère satisfaisante⁴¹⁹, la proposition du second méritait d'attirer l'attention, même si la justification du rapprochement - la compétence parallèle concurrente du CSA et de l'ARCEP dans la régulation d'une partie du spectre des fréquences - s'appuyait sur les mêmes constats.

En 2007 et 2008, de nouveaux rapports virent le jour et semèrent le trouble sur la volonté d'un tel rapprochement, reflétant l'indécision des pouvoirs publics. Le rapport Retailleau de juin 2007⁴²⁰ battit en brèche les projets de rapprochement pour privilégier en revanche « un pilotage régalien du numérique »⁴²¹ se traduisant par la création d'un Commissariat au numérique, pôle d'expertise et d'initiative, rattaché au Premier Ministre et ayant l'autorité sur les services ministériels, et par un transfert à l'ANFr des moyens dont disposent l'ARCEP et la direction des technologies du CSA pour planifier les fréquences. Le rapport se prononce également pour un renforcement de la régulation du contenu aux mains

⁴¹⁵ L'Agence Nationale des Fréquences (ANFr) est un établissement public administratif organisé en cinq directions : la direction générale (DG), la direction de la planification et des affaires internationales (DPSAI), la direction de la Stratégie (DS), la direction de la gestion des fréquences (DGF), la direction du contrôle du spectre (DCS), la direction des conventions (DC). Elle est chargée de la gestion des bandes de fréquences, de l'assignation des fréquences et gestion des sites et du contrôle des fréquences.

⁴¹⁶ « Le concept de convergence est multiforme. J'en retiendrai la définition suivante. La convergence est la capacité de différentes plateformes à transporter des services similaires. Auparavant il y avait une correspondance stricte entre le service et le réseau support : voix sur le réseau téléphonique commuté, télévision sur le câble ou le réseau de diffusion hertzienne et le satellite. La numérisation et le protocole Internet ont tout changé. Les réseaux de télécommunications et le câble sont devenus capables de distribuer tout type de contenu : voix, données, images » ; Intervention de Paul Champsaur, Président de l'ARCEP lors du colloque Convergence numérique, convergence juridique organisé par le Conseil d'Etat, le 28 novembre 2006. Disponible sur : [http://arcep.fr/index.php?id=2124&L=1&tx_gsactualite_pi1\[uid\]=896&tx_gsactualite_pi1\[annee\]=&tx_gsactualite_pi1\[theme\]=&tx_gsactualite_pi1\[motscle\]=&tx_gsactualite_pi1\[backID\]=24&cHash=ae4344d768](http://arcep.fr/index.php?id=2124&L=1&tx_gsactualite_pi1[uid]=896&tx_gsactualite_pi1[annee]=&tx_gsactualite_pi1[theme]=&tx_gsactualite_pi1[motscle]=&tx_gsactualite_pi1[backID]=24&cHash=ae4344d768).

⁴¹⁷ E. BLESSIG, De la fracture numérique à la convergence des réseaux, téléphonie mobile, Internet et TNT dans les territoires de 2002 à 2007, op. cit., p. 66.

⁴¹⁸ M. LEVY et J-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, op. cit., p. 131.

⁴¹⁹ Le rapport proposait une centralisation des pouvoirs régulateurs du CSA et de l'ARCEP au sein de l'ANFr. Or le pilotage administratif de l'ANFr - établissement sous tutelle du ministère - ne permettait pas de répondre correctement à certains impératifs d'indépendance exigés à l'échelle de l'Union européenne.

⁴²⁰ B. RETAILLEAU, Dix ans après, la régulation à l'ère numérique, Rapport d'information n°350, présenté au Sénat le 27 juin 2007.

⁴²¹ Ibid., p. 118.

du CSA et de la régulation du contenant par l'ARCEP⁴²². De facto, le rapport Retailleau s'oppose catégoriquement à une fusion des différentes autorités de régulation⁴²³, rappelant par ailleurs le risque d'un méga-régulateur et la nécessité d'un dialogue permanent avec le Parlement⁴²⁴. Rendus en 2008, les rapports Attali⁴²⁵ (proposition n°66) et Besson⁴²⁶ (action n°37) se déclarent à l'inverse favorables à un rapprochement des différentes autorités. Pour le premier, il est même urgent d'envisager ce rapprochement entre l'ARCEP et le CSA⁴²⁷.

Deux ans plus tard, le rapport des députés René Dosière et Christian Vanneste insiste à son tour sur l'intérêt d'une fusion entre l'ARCEP, le CSA et l'HADOPI⁴²⁸. Enfin, le récent rapport rendu en 2015 par les sénateurs Des Esgaulx et Mézard a lui aussi insisté sur l'opportunité de rapprocher l'ARCEP et le CSA⁴²⁹. Cet effort de rationalisation poursuivi par les parlementaires ne semble pourtant pas rencontrer l'écho escompté auprès des gouvernements successifs⁴³⁰. Si les professionnels du secteur se prononcent régulièrement en

⁴²² Ibid., pp. 123 et s.

⁴²³ Ibid., p. 116, qualifiant de « fausse bonne solution » une fusion ARCEP/CSA sur le modèle de l'Ofcom.

⁴²⁴ Ibid., p. 120.

⁴²⁵ J. ATTALI, Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, La documentation française, 2008.

⁴²⁶ E. BESSON, *France numérique 2012, Plan de développement de l'économie numérique*, La documentation française, octobre 2008.

⁴²⁷ J. ATTALI, Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, *ibid.*, p. 69.

⁴²⁸ R. DOSIERE et C. VANNESTE, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, 2010 ; M-A. FRISON-ROCHE, « Autorités administratives incomprises (AAI) », *op. cit.* ; P. IDOUX, « L'avenir des autorités de régulation : les pistes du rapport Dosière-Vanneste », RLC, 2011/26. L'auteur remarque « qu'un tel rapprochement serait encore incomplet, puisque diverses AAI intervenant plus ou moins directement dans le secteur de la communication demeureraient en dehors de ce regroupement » ; Contra, J-B. AUBY, « La façon de comprendre les AAI », JCP Ed. Générale n° 51, 20 Décembre 2010, 1260 ; N. SONNAC et P. WILHELM, « Fusion CSA-ARCEP-Hadopi : le temps de l'action est venu », *op. cit.* Les auteurs s'interrogent sur les réticences à une telle fusion : « dès lors qu'un seul écran réunit les fonctions du téléviseur, de l'ordinateur et de l'accès à internet, comment traiter séparément et avec des missions distinctes, des questions qui touchent ces secteurs, sans créer de cacophonie ? ».

⁴²⁹ M.H. DES ESGAULX et J. MEZARD, Rapport n° 126 fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, présenté au Sénat le 28 octobre 2015, p. 71.

⁴³⁰ Suite au rapport Dosière-Vanneste, le Gouvernement « se [montra] défavorable à certaines recommandations » parmi lesquelles « les regroupements d'AAI intervenant dans des domaines proches [telles] que le CSA, l'ARCEP et l'HADOPI » ; Rapport d'information n°4020 présenté à l'Assemblée nationale le 1er décembre 2011 sur la mise en oeuvre des conclusions du Rapport d'information du 28 octobre 2010 sur les AAI par MM. Dosière et Vanneste, p. 14 ; Voir également : B. DELAUNAY, M. LE CLAINCHE, J-L. PISSALOUX, L. ROUBAN, D. SUPLISSON, « Chronique de l'administration », in « La réforme des collectivités territoriales », RFAP, 2012/1 n° 141, p. 247s.

faveur d'un rapprochement et d'une coopération renforcée⁴³¹, les autorités de régulation quant à elles ne sont pas sur la même « longueur d'onde », la réticence de l'ARCEP et de l'HADOPI contrastant avec le récent enthousiasme du CSA. C'est dans ce contexte que l'ancien Premier ministre Jean-Marc Ayrault demanda en 2012 à plusieurs de ses ministres de lui faire des propositions de rapprochement entre le CSA et l'ARCEP⁴³². Une initiative à laquelle répondirent les deux autorités concernées, en publiant chacune un rapport⁴³³ dans lequel elles exposent leur avis sur la question et les différentes options de rapprochement et de coopération⁴³⁴. Enfin, les positions de l'ARCEP et de l'HADOPI se sont encore cristallisées dernièrement à la suite de la loi sur l'audiovisuel de 2013⁴³⁵. Lors d'une table ronde organisée au Sénat en 2014, les présidents des trois autorités se sont livrés à une analyse des effets de la convergence numérique, des relations entretenues entre elles et de leur potentiel rapprochement au sein d'une unique autorité et ont de nouveau fait part de leurs

⁴³¹ Voir : S. DAVY et F. HURARD, « Les réflexions autour d'un éventuel rapprochement entre le CSA et l'ARCEP », Etude 321-46 in *La télévision : évolution législative*, Lamy Droit des Médias et de la Communication, 2014 : « la majorité des professionnels du secteur audiovisuel plaide en faveur d'un renforcement de la coopération entre l'ARCEP et le CSA en se fondant sur le fait que sont progressivement gommées les frontières traditionnelles entre contenus régulés et contenus non régulés, entre services linéaires et services non linéaires, entre audiovisuel et télécommunications, entre éditeurs, distributeurs et hébergeurs ». Voir également, parmi d'autres, les interventions médiatiques de Bouygues (*Les Echos*, 29/08/2012) et de SFR (*Le Figaro*, 24/09/2012).

⁴³² J-M. AYRAULT, Communiqué de presse, 21 août 2012 : « face à la convergence des infrastructures numériques, des services et des contenus qu'elles acheminent, des réseaux et des services fixes et mobiles, et des terminaux à l'usage du public, il est aujourd'hui essentiel de s'interroger sur l'efficacité des modes de régulation des communications électroniques et de l'audiovisuel, à l'heure où les contenus audiovisuels sont de plus en plus diffusés par l'internet fixe et mobile. En particulier, la diffusion des programmes audiovisuels acheminés par voie hertzienne est assortie d'une régulation des contenus destinée notamment à en assurer la qualité et la diversité, alors que les contenus diffusés via internet font l'objet d'une régulation plus limitée et parfois inadaptée ».

⁴³³ ARCEP, *Réflexions sur l'évolution, à l'ère d'Internet, de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques et sur ses conséquences*, 11 oct. 2012, pp. 22 et s, et CSA, *Contribution à la réflexion sur l'évolution de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques*, 30 oct. 2012, pp. 12 et s. Pour quelques commentaires sur ces rapports, voir : F. MEURIS, « Centre d'intérêts communs, le début d'une union ? », *Communication Commerce électronique*, n° 12, Décembre 2012, alerte 88 ; E. DERIEUX, « Régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques. Convergence et concurrence », *RLDI*, 2013/89, p. 22.

⁴³⁴ Pour les processus de coopération entre l'ARCEP et le CSA, voir : L. COSTES, « Le nouveau régime de l'audiovisuel public », *RLDI* 2013/99, p. 3 ; E. DERIEUX, « Régulation de l'audiovisuel », *RLDI*, 2013/91, p. 25.

⁴³⁵ Loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, *JORF* n° 266 du 16 novembre 2013. A propos du statu quo relatif aux positions de l'ARCEP et du CSA suite aux deux rapports de l'ARCEP et du CSA et à la loi de 2013, voir : P. IDOUX, « L'adaptation du dispositif de régulation de l'audiovisuel », *op. cit.*

désaccords⁴³⁶. Si le CSA se dit favorable à une fusion de ses compétences avec celles de l'HADOPI, cette dernière s'y oppose radicalement, jugeant la fusion contreproductive. L'ARCEP quant à elle estime que les tâches de régulation du contenant et de régulation du contenu n'ont aucune interaction, que c'est d'abord une adaptation de la régulation audiovisuelle aux évolutions du secteur qui est requise, et que la question institutionnelle reste secondaire. Elle agite par ailleurs le spectre du méga-régulateur disposant de pouvoirs extrêmement vastes et éloignés de tout contrôle démocratique, aboutissant « à déposséder le Gouvernement et le Parlement d'une part significative de leurs prérogatives actuelles »⁴³⁷. En définitive, et s'éloignant d'un rapprochement institutionnel, le Gouvernement français a préféré opter récemment pour un nouveau renforcement de coopération entre les deux régulateurs. Depuis 2013, la nouvelle Commission de la modernisation de la diffusion audiovisuelle a ainsi été créée⁴³⁸, contribuant encore un peu plus, au côté de la Commission consultative des communications électroniques⁴³⁹ et de la Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques⁴⁴⁰, au « désordre institutionnel » de la gestion du spectre⁴⁴¹.

b. La difficulté de concilier objet et objectif de la régulation des communications et de *l'audiovisuel*

Face au phénomène de la convergence numérique, les missions économiques de l'ARCEP – veiller à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les fournisseurs de services de communications électroniques⁴⁴² – et celles du CSA – veiller à favoriser l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services, quel que soit le réseau de communications électroniques utilisé par

⁴³⁶ Table ronde « La régulation dans le domaine des technologies de l'information », Groupe d'études Média et nouvelles technologies du Sénat, 16 janvier 2014.

⁴³⁷ ARCEP, *Réflexions sur l'évolution, à l'ère d'internet, de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques et sur ses conséquences*, op. cit., p. 26.

⁴³⁸ Voir article 6 quater de la Loi organique n° 2013-1026 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, JO 16 novembre 2013, modifiant l'article 21 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication afin de remplacer la Commission du dividende numérique.

⁴³⁹ Code. P et CE, art. D. 99-4 et s.

⁴⁴⁰ Code. P et CE, art. L. 125 et D. 570 et s.

⁴⁴¹ L. CALANDRI, « Les lois du 15 novembre 2013 relatives à l'indépendance de l'audiovisuel public : une révélation du passé récent et de l'avenir lointain », Communication Commerce électronique, n° 4, Avril 2014, étude 7.

⁴⁴² Art. L. 32-1 du CPCE.

ces derniers⁴⁴³ – se rapprochent⁴⁴⁴. Une distinction entre le contenant et le contenu subsiste pourtant, comme le rappelle le rapport de 2012 de l'ARCEP, lequel précise que « la convergence actuellement à l'œuvre est celle existant entre les contenus audiovisuels et les autres contenus, les uns et les autres étant acheminés de façon de plus en plus similaire sur internet jusqu'à l'utilisateur final. Cette convergence est donc celle des contenus entre eux et non celles des contenus et des contenants »⁴⁴⁵. En conséquence, le débat doit porter sur une adaptation de la régulation audiovisuelle⁴⁴⁶ et notamment la délimitation du champ d'action du CSA, quitte à lui assigner les compétences de la HADOPI dans le cadre d'une compétence globale de régulation de l'offre légale. Cette proposition est formulée par la commission Lescure en 2013, dont le rapport souligne que « le champ de compétence [du CSA devrait être] étendu et les moyens d'intervention adaptés aux enjeux de la convergence numérique »⁴⁴⁷.

A l'inverse, la convergence des finalités de la régulation ne tient pour le CSA et l'ARCEP qu'à l'accompagnement et au maintien de la concurrence dans leur secteur respectif. Ces secteurs ayant atteint un stade avancé de libéralisation, cet objectif est moins prégnant. En terme de finalité de la régulation, quel lien subsiste-t-il dès lors entre la régulation du contenu et celle du contenant ? Comme le note Marie-Anne Frison-Roche, si on prend comme premier critère non plus l'objet économique mais l'objectif de la régulation des deux secteurs, « non seulement le droit de la régulation souffrirait d'une fusion du CSA avec l'ARCEP, mais il aurait à gagner à ce que le premier se rapproche plus nettement de la

⁴⁴³ Article 3-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifié par l'article 59 de la loi n°2014-873 du 4 août 2014.

⁴⁴⁴ J. ATTALI, Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, *ibid.*, p. 68. La rapport note que « la convergence entre téléphonie fixe et mobile, télévision et accès à Internet est devenue aujourd'hui une réalité. Elle concerne aussi bien les réseaux que les terminaux ou les services. Internet a permis l'éclosion d'offres triple play ou quadruple play. La vidéo à la demande se développe. Le très haut débit renforcera encore cette convergence, qui pousse les entreprises à s'intégrer verticalement afin de proposer au client final des bouquets de services attractifs, relevant aussi bien de la communication audiovisuelle que des communications électroniques ». Voir également : M.-A. FRISON-ROCHE, *Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes*, *op.cit.*, p. 43. Pour l'auteur, « la convergence (...) rend moins évidente la distinction (...) entre le contenant et le contenu, ce qui remet en discussion la distinction entre l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (le contenant) et Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (le contenu) ».

⁴⁴⁵ ARCEP, *Réflexions sur l'évolution, à l'ère d'internet, de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques et sur ses conséquences*, 11 oct. 2012, p. 1.

⁴⁴⁶ Voir également : P. IDOUX, « L'adaptation du dispositif de régulation de l'audiovisuel », *op. cit.*

⁴⁴⁷ P. LESCURE, *Mission « Acte II de l'exception culturelle ». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, *op. cit.*, p. 13.

CNIL »⁴⁴⁸. De ce point de vue, dans la mesure où les finalités de la régulation des communications électroniques sont l'expansion économique, l'accès au réseau, l'investissement dans les infrastructures ou la protection du consommateur par la transparence des tarifs, et celles de l'audiovisuel la préservation du pluralisme des courants de pensée et d'opinion, notamment politique, la diversité des programmes, le soutien à la création ou encore la protection de l'enfance, une fusion des deux autorités semble exclu.

S'il ne s'agit pas d'opposer la convergence des objets économiques et celle des finalités de la régulation, la réorganisation demande toutefois de bien saisir toutes les particularités des secteurs. Estimant tout redéploiement des compétences et tout rapprochement prématurés, la France a en définitive fait le choix d'étendre en 2013 les compétences du CSA aux services à la demande sur internet. Cette première réforme jugée insuffisante en appelle néanmoins d'autres qui modifieront sans doute le paysage institutionnel de la régulation du numérique une fois les réticences des différents protagonistes dépassées⁴⁴⁹. Plusieurs hypothèses de refontes des compétences ou de rapprochements du CSA et l'ARCEP peuvent alors être envisagées.

c. Les différentes possibilités de rapprochement entre le CSA et l'ARCEP

Souhaitée par les pouvoirs publics, la réorganisation des pouvoirs entre les différentes autorités de régulation du secteur du numérique devrait en toute logique être envisagée dans les années à venir⁴⁵⁰. A la lumière des expériences étrangères, cette réorganisation peut prendre plusieurs formes.

La première option de rapprochement est celle d'une plus grande coopération entre le CSA et l'ARCEP qui se traduirait par la création d'un collège commun aux deux autorités. Ce rapprochement pourrait par ailleurs constituer le premier pas vers une fusion au sein d'une autorité unique tout en conservant des collèges distincts dotés de compétences propres,

⁴⁴⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Dialectique entre concurrence et régulation », op. cit., p. 170.

⁴⁴⁹ Ces propos tenus concernant les réticences des ARN à disparaître au profit de l'autorité de la concurrence s'appliquent également aux ARN réticentes à l'idée de devoir fusionner ou perdre une part de leurs compétences au profit d'une autre.

⁴⁵⁰ Pour Emmanuel Derieux, ne pourrait-on pas « parvenir à fusionner pour quelques-unes au moins de ces institutions, non seulement pour réaliser des économies mais surtout, du fait de la convergence constatée des techniques et de leurs usages, pour plus de cohérence et d'efficacité de ladite régulation dont la notion même mériterait d'être davantage cernée et approfondie ? » ; E. DERIEUX, « Régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques. Convergence et concurrence », op. cit.

comme le proposait le CSA en 2012⁴⁵¹. Composé des membres des deux ARN, le collège commun aurait comme mission de gérer au moins trois domaines considérés comme convergents et qui nécessitent un accord entre les deux autorités : la gestion du spectre, la régulation économique et la régulation des services en ligne⁴⁵². On retrouve ce type d'architecture de la régulation du numérique en Autriche, où les différents services (télécommunications, poste, audiovisuel) qui ont une existence à part entière et des compositions qui leurs sont propres⁴⁵³, coexistent au sein de la RTR (Rundfunk und Telekom Regulierungs). La création d'une instance commune serait une option a minima en ce qu'elle constituerait dans un premier temps une simple institutionnalisation du groupe d'échanges entre l'ARCEP et le CSA créé en 2011 à l'initiative des deux autorités⁴⁵⁴.

Un autre type de changement institutionnel est celui d'une fusion totale entre le CSA et l'ARCEP. Deux options sont alors envisageables. La première est celle d'une architecture rassemblant l'audiovisuel et les communications électroniques comme sous la forme de l'AGCOM en Italie. Le méga-régulateur italien a d'ailleurs créé en son sein un Comitato per lo sviluppo e la tutela dell'offerta legale di opere digitali⁴⁵⁵ chargé de garantir les droits d'auteur sur internet⁴⁵⁶, ce qui pourrait supposer une intégration de la HADOPI dans une nouvelle autorité. Cette option n'a fait l'objet que de peu de développements en France dans la mesure où une fusion totale des collèges des deux autorités actuelles sans augmentation des compétences est une option écartée par le CSA comme par l'ARCEP. A l'inverse, une fusion sur le modèle de l'Ofcom, c'est à dire un méga-régulateur des communications et des médias doté de compétences en matière de contrôle de la concurrence, semble préférée notamment par l'ARCEP⁴⁵⁷. Comme le rappelle l'autorité, l'Ofcom a la particularité d'avoir en plus de ses missions de régulation ex-ante une mission de détection et de répression des pratiques

⁴⁵¹ CSA, Contribution à la réflexion sur l'évolution de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques, op. cit., p. 14.

⁴⁵² Ibid., p. 12.

⁴⁵³ Le seul membre commun aux différents services est le président de la Commission des télécommunications (Telekom-Control-Kommission) qui est également celui de la Commission des postes (Post-Control-Kommission). Celui-ci n'est cependant pas membre de la Commission des médias (KommAustria).

⁴⁵⁴ Pour une analyse récente de l'interrégulation entre l'ARCEP et le CSA, voir : J. CATTAN, « L'interrégulation entre le CSA et l'ARCEP », in G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *L'interrégulation*, L'Harmattan, 2015, p. 135.

⁴⁵⁵ Comité pour le développement et la protection des offres légales d'œuvres numériques.

⁴⁵⁶ AGCOM, délibération n° 452/13/CONS, 25/07/2013.

⁴⁵⁷ ARCEP, *Réflexions sur l'évolution, à l'ère d'internet, de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques et sur ses conséquences*, op. cit., p. 20.

anticoncurrentielles⁴⁵⁸, ce qui, dans le secteur concurrentiel des communications électroniques, permet de pérenniser l'activité de l'autorité⁴⁵⁹.

Outre la gestion des sujets communs aux deux autorités actuelles, cette solution a l'avantage de fusionner les pratiques et les savoir-faire, à l'heure où le CSA manque de personnel expert pour contrôler Internet. Mais des obstacles demeurent. D'abord, l'exemple britannique de la construction de l'Ofcom qui fusionna cinq régulateurs sectoriels⁴⁶⁰ apporta son lot de difficultés organisationnelles⁴⁶¹. En France, les difficultés techniques d'une fusion, liées aux différences de métiers et de cultures, seraient également difficiles à dépasser. Ensuite, le transfert de ces compétences de contrôle de la concurrence n'est pas traditionnel en France et ni l'ARCEP ni le CSA n'ont les moyens humains de les exercer. La question de la répartition de ces compétences ex-post entre la nouvelle autorité et l'Autorité de la concurrence devrait aussi être résolue. L'Ofcom qui a les moyens de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles n'agit en effet pas seule et ne possède pas toutes les armes nécessaires au plein exercice de la régulation de la concurrence⁴⁶². Enfin, transférer des compétences en droit de la concurrence à la nouvelle autorité poserait les bases d'une refonte incertaine de tout le droit de la régulation et de la concurrence. Les interrogations se multiplieraient : la nouvelle autorité aurait-elle un statut transitoire avant de disparaître pour que ces nouvelles compétences n'intègrent le giron de l'autorité générale de la concurrence ? Faudrait-il également transférer ce type de compétences à l'ARAFER et à la CRE, mais aussi à l'AMF ? L'Autorité de la concurrence subsisterait-elle afin de diriger toutes les autorités sectorielles ou

⁴⁵⁸ A. DARODES DE TAILLY, « Le rôle du Conseil de la concurrence dans les secteurs régulés : l'exemple du secteur des communications électroniques », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe: huitièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet*, De Boeck, 2010, p. 173.

⁴⁵⁹ Comme vu précédemment, l'objectif d'accompagnement de l'ouverture à la concurrence est atteint ou est en voie de l'être. L'Ofcom a ainsi décidé en 2008 de déréguler une partie du marché estimant la concurrence de quatre opérateurs comme suffisante pour réduire la régulation ex-ante dessus. Voir : Commission européenne, Communiqué de presse, Télécommunications : la Commission approuve la proposition de l'OFCOM de *déréguler une partie du marché de l'accès haut débit au Royaume-Uni*, IP/08/232, 14/02/2008.

⁴⁶⁰ L'Ofcom naît en 2003 de la fusion de l'Oftel, de l'Independent Television Commission, de la Broadcasting Standards Commission, de la Radio Authority et de la Radio Communications Agency.

⁴⁶¹ B. RETAILLEAU, *Dix ans après, la régulation à l'ère numérique*, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁶² Les problèmes posés par la chaîne BSkyB concernant la diffusion des films premium montrent que l'Ofcom a eu régulièrement recours à des enquêtes réalisées par la Competition Commission (fusionnée avec l'Office of Fair Trading par l'Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 pour constituer la Competition and Markets Authority) ce qui illustre son incapacité à agir en dehors de tout lien avec l'autorité générale de la concurrence. Voir en l'espèce : Ofcom, *Ofcom refers Pay TV movies to Competition Commission*, 4 August 2010 ; F. AMIEL, « Affaires BSkyB et Canal + : vers plus de convergence en matière de régulation de la télévision payante ? », *La lettre Concurrence*, septembre 2011.

disparaitrait-elle au profit du transfert de ses compétences aux autorités de régulation ? Qui représenterait la France au sein du REC (réseau européen de la concurrence) ? Autant d'interrogations qui imposent de ne rien précipiter et qui nécessitent de concevoir une éventuelle fusion sur le modèle de l'Ofcom avec prudence⁴⁶³, d'autant plus que le Royaume-Uni semble progressivement remettre en cause l'opportunité de l'application du droit de la concurrence par ses régulateurs sectoriels⁴⁶⁴.

Enfin, la troisième et dernière modalité de rapprochement est celle d'une spécialisation des deux autorités en réorganisant la répartition de leurs compétences. Cette option a été proposée par l'ARCEP⁴⁶⁵ et avait déjà été envisagée par la commission Attali en 2008. A cette occasion, la commission avait indiqué que « le renforcement de l'efficacité de la régulation [pouvait] trouver deux types de réponses : soit un rapprochement institutionnel sur les modèles américain, britannique ou italien, soit, plus efficacement, une meilleure articulation des responsabilités de chacun des régulateurs en distinguant plus clairement leurs fonctions : la régulation éthique des contenus, confiée au CSA, la régulation économique et technique des supports, relevant de l'ARCEP »⁴⁶⁶.

Ce modèle est celui retenu actuellement en Finlande. Issue de l'administration ministérielle chargée de la gestion des télécommunications dans les années 90⁴⁶⁷, la FICORA dispose dès sa création en 2001 d'un champ de compétences élargi en régulant les communications⁴⁶⁸, la poste⁴⁶⁹, la télévision⁴⁷⁰ et la radiodiffusion⁴⁷¹. Le Code de la société de l'information dispose que la FICORA exerce les compétences technico-économiques de ces quatre secteurs. A l'inverse, le contrôle du contenu, c'est à dire celui « des principes éthiques de la publicité et de la protection des mineurs » est exercé par l'Ombudsman des consommateurs. Ce faisant, les tâches prévues par la directive SMA de 2010 sont réparties

⁴⁶³ N. HOBERDON, Droit de la concurrence et régulation sectorielle : recherche sur un ensemble juridique cohérent, Thèse, Université Paris-Dauphine, 2010, p. 348.

⁴⁶⁴ B. BLOTTIN, Le rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle dans la surveillance de la libéralisation des marchés de l'énergie, *op. cit.*, p. 647.

⁴⁶⁵ ARCEP, *Réflexions sur l'évolution, à l'ère d'internet, de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques et sur ses conséquences*, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁶⁶ J. ATTALI, Rapport pour la libération de la croissance française, *op. cit.*, Décision n° 64, p. 69.

⁴⁶⁷ Le Kommunikationsverket (Telecommunications Administration Centre - TAC).

⁴⁶⁸ Loi sur la gestion des communications (625/2001).

⁴⁶⁹ Loi sur les services postaux (100/2001).

⁴⁷⁰ Loi sur la télévision (80/2001).

⁴⁷¹ Loi sur la radio (1015/2001).

entre les deux autorités⁴⁷². Une difficulté subsiste toutefois à reproduire ce schéma institutionnel. Elle est liée au système français de financement de la création. Comme le note le CSA, « en raison de l'importance des enjeux liés [à ce] financement (...), il serait illusoire, voire destructeur, de déconnecter les différents aspects (techniques, juridiques, économiques) de la régulation des contenus audiovisuels »⁴⁷³. Cette difficulté peut toutefois être tempérée. Le système de financement étant largement mis à mal par les nouveaux acteurs de l'audiovisuel tels que Netflix, il faudra de toute façon le modifier en profondeur afin de le pérenniser⁴⁷⁴. Surtout, si cette réorganisation des compétences aurait pour effet l'intégration des missions de la HADOPI dans celles du CSA, celui-ci perdrait au profit de l'ARCEP ses compétences de régulation économique, ce qui pourrait être ressenti comme une perte de ses pouvoirs⁴⁷⁵.

A l'image du débat portant sur la fusion du CSA et de l'ARCEP, la plupart des autorités sectorielles des Etats membres ont fusionné au sein de méga-régulateurs. Les secteurs de l'électricité et du gaz sont réunis au sein d'autorités de régulation de l'énergie⁴⁷⁶, et l'accès aux infrastructures de transport est de plus en plus régulé au sein d'une autorité unique⁴⁷⁷. Tous ont la spécificité d'être liés à des services publics en réseaux. Cette analogie a poussé certains pays à les rassembler au sein d'une autorité unique.

⁴⁷² <http://www.kkv.fi/en/about-us/the-consumer-ombudsman/consumer-ombudsmans-supervision-tasks/>

⁴⁷³ CSA, Contribution à la réflexion sur l'évolution de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques, op. cit., p. 12.

⁴⁷⁴ Voir : O. SCHRAMECK, Préserver la force de notre système de financement de la production et favoriser le dynamisme rayonnant de notre culture, Discours prononcé à la Journée de la création TV, 4 juillet 2013.

⁴⁷⁵ Or comme le note Anne Perrot, « les institutions ont généralement des difficultés à accepter la réduction de leur pouvoir, et corrélativement de leur budget, et ont tendance à rechercher une certaine pérennité » ; A. PERROT, « Concilier service public et concurrence ; L'économie de la réglementation », op. cit., p. 55.

⁴⁷⁶ Aux composantes de la distribution de l'électricité et gaz, plusieurs Etats membres de l'U.E ont fait le choix d'y ajouter celle de la distribution de l'eau. C'est le cas de la Bulgarie (State energy and water regulatory Commission - SEWRC), de la Hongrie (*Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal - MEKH / Hungarian Energy and Public Utility Regulatory Authority*), de l'Italie (Autorita per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico - AEEGSI), de Malte (Malta Resources Authority - MRA) et de la Slovaquie (*Úrad pre reguláciu sieťových odvetví -URSO / Regulatory Office for Network Industries*).

⁴⁷⁷ La régulation du secteur des transports fusionnerait les régulations des infrastructures ferroviaires, aéroportuaires et autoroutières, comme l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) en Italie.

B. La fusion des régulateurs sectoriels des réseaux au sein d'une autorité multisectorielle

La régulation intégrée des services publics en réseaux au sein d'un unique régulateur constitue un choix peu courant dans l'UE. Si certains Etats, comme l'Italie⁴⁷⁸ ou Malte⁴⁷⁹, ont déjà envisagé d'y recourir, avant d'y renoncer, seuls trois Etats membres de l'Union européenne⁴⁸⁰ ont opté à ce jour pour un régulateur multisectoriel des réseaux (1) : l'Allemagne, le Luxembourg et la Lettonie. Les évolutions récentes et la remise en cause de la régulation économique ex-ante poussent toutefois à s'intéresser plus en avant à ce modèle encore assez méconnu en France. L'étude de ces trois régulateurs multisectoriels permet d'affirmer que le recours à un régulateur multisectoriel se justifie à plus d'un titre (2).

1. La diffusion du modèle du régulateur multisectoriel dans l'UE

Trois Etats membres ont recouru au régulateur multisectoriel dans l'UE : le Luxembourg, l'Allemagne et la Lettonie.

a. L'Institut luxembourgeois de la régulation, pionnier de la régulation multisectorielle des réseaux

Le Luxembourg a été le premier Etat membre de l'Union européenne à privilégier une approche horizontale intégrée de la régulation des industries de réseaux. Son architecture s'articule autour de la première autorité de régulation créée en 1997⁴⁸¹ à l'occasion de l'ouverture à la concurrence des réseaux et des services de télécommunications, l'Institut luxembourgeois des télécommunications (ILT), qui est considéré comme la pierre angulaire

⁴⁷⁸ Chambre des députés, Autorità di regolazione dei trasporti, op. cit. Voir également : Rapport Attias, Concurrence et régulation des services publics, comparaison internationale, Commissariat général du plan, mai 1997, p. 96.

⁴⁷⁹ P. E. MICALLEF, Utility regulation in a small island state - Ensuring a fair deal for consumers in Malta, Association Internationale de Droit de la Consommation, 10e conférence de Lima, Pérou, 4-6 mai 2005. Disponible sur : <http://www.money-advice.de/index.php?id=4&viewid=35305>

⁴⁸⁰ Les cas de l'Authority for Consumers and Markets (ACM) aux Pays-Bas, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en Espagne et de la Konkurentsiamet (ECA) en Estonie, qui cumulent régulation ex-ante et contrôle ex-post de la concurrence, présentent de nombreuses similitudes avec les trois cas précités, mais font aussi office d'autorité nationale de la concurrence, même si des divisions séparées existent pour la régulation et pour le contrôle par le droit de la concurrence. Voir supra.

⁴⁸¹ Loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications, Mémorial A n°18 du 27.03.1997, p. 761, modifiée par la Loi du 17 juillet 2001 portant modification de la loi modifiée du 21 mars 1997 sur les télécommunications, Mémorial A n°95 du 13.08.2001 p. 1898.

de la régulation des réseaux au Luxembourg. L'ouverture à la concurrence des autres réseaux dans le cadre des directives relatives à l'électricité⁴⁸², au gaz⁴⁸³ et aux services postaux⁴⁸⁴ imposa aux pouvoirs publics luxembourgeois une réflexion sur l'organisation de la régulation des réseaux. Le choix de privilégier une unique autorité de régulation multisectorielle, l'Institut luxembourgeois de la régulation (ILR) fut rapide⁴⁸⁵. Il s'explique notamment par une difficulté spécifique aux « petits Etats », celle de ne pas toujours bénéficier d'un personnel expert susceptible d'être réparti dans plusieurs autorités de régulation sectorielles. Lors de l'examen du projet de loi relatif à l'organisation générale de l'ILR, la Chambre des employés privés de la Chambre des députés du Grand-duché de Luxembourg notait d'ailleurs que « les missions de l'ILR [faisant] appel à des connaissances très spécifiques, le personnel disposant des qualifications requises est plutôt rare »⁴⁸⁶. Les différentes lois relatives aux secteurs de l'énergie⁴⁸⁷ et des postes⁴⁸⁸ ajoutèrent donc des compétences supplémentaires à l'ILR plutôt que de contribuer à la création d'autorités sectorielles. Alors que les règles d'organisation de l'ILR étaient encore celles fixées en 1997 pour l'ILT, le gouvernement luxembourgeois, conformément à l'avis du Conseil d'Etat du 21 mars 2000⁴⁸⁹, déposa le 11 juillet 2003 le projet de loi portant adoption de l'Institut luxembourgeois de la régulation. Voté presque deux ans après son dépôt, la loi fixe depuis 2005 le cadre dans lequel l'ILR s'organise⁴⁹⁰. Enfin, le

⁴⁸² Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, op. cit.

⁴⁸³ Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, op. cit.

⁴⁸⁴ Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, op. cit.

⁴⁸⁵ Institut luxembourgeois de la régulation, Rapport annuel, 2000, p. 3.

⁴⁸⁶ Projet de loi portant réorganisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, Avis de la Chambre des employés privés, 22.10.2003, p. 2.

⁴⁸⁷ Loi du 24 juillet 2000 relative à l'organisation du marché de l'électricité, Mémorial n°79 du 21.08.2000 p. 1896 et Loi du 6 avril 2001 relative à l'organisation du marché du gaz naturel et portant modification 1. de la loi du 24 juillet 2000 relative à l'organisation du marché de l'électricité et 2. de la loi modifiée du 14 décembre 1967 portant institution d'un poste de commissaire du Gouvernement, portant création d'un service de l'énergie de l'Etat, et concernant l'exploitation des centrales hydroélectriques d'Esch-sur-Sûre et de Rosport, Mémorial A n°57 du 07.05.2001 p. 1142.

⁴⁸⁸ Loi du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux, Mémorial A n°135 du 22.12.2000 p. 2963.

⁴⁸⁹ CE, Avis du 21 mars 2000 sur le projet de loi relatif à l'organisation du marché de l'électricité. Dans cet avis, le Conseil d'Etat du Grand-duché de Luxembourg avait notamment appelé à « ce qu'à l'avenir, les missions et le cadre de l'ILT (désormais renommé ILR) soient clairement définis dans une loi organique distincte ».

⁴⁹⁰ Loi du 30 mai 2005 portant: 1) organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation; 2) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat, Mémorial A n°73 du 07.06.2005 p. 1162. L'organisation de l'ILR s'articule en 2014 autour d'un Conseil de direction entouré de sept

vote de la loi relative au secteur ferroviaire en 2010⁴⁹¹ clôt pour un temps le processus d'élargissement de l'ILR.

Il est intéressant de noter que les pouvoirs publics luxembourgeois poursuivent sans cesse leur approche évolutive de la régulation des services publics en réseau. Depuis 2012 et à l'occasion de la transposition de la directive relative aux redevances aéroportuaires⁴⁹², l'ILR s'est en effet vu confier la régulation des infrastructures aéroportuaires⁴⁹³ dans la perspective d'une régulation générale du secteur des transports, ce que certains auteurs appellent d'ailleurs de leurs vœux en Allemagne⁴⁹⁴. Il faut voir que la problématique des redevances aéroportuaires est forte au Luxembourg⁴⁹⁵. Le Grand-duché est propriétaire du seul aéroport du pays, l'aéroport de Luxembourg-Findel⁴⁹⁶, et est actionnaire des deux compagnies aériennes nationales, Luxair pour les passagers et Cargolux pour le fret⁴⁹⁷. Dans ce cadre multisectoriel, l'adjonction d'une nouvelle mission à l'Institut semble donc être une façon

services transversaux et de huit chambres sectorielles : Transport Aéroportuaire, Transport ferroviaire, Energie-électricité, Energie-gaz, Services postaux, Communications électroniques, Numérotation et Fréquences.

⁴⁹¹ Loi du 3 août 2010 ayant pour objet A) la transposition en droit national de la directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire; B) la création d'un organisme de contrôle du marché ferroviaire; C) de modifier la loi modifiée du 11 juin 1999 relative à l'accès à l'infrastructure ferroviaire et à son utilisation; D) de modifier la loi modifiée du 10 mai 1995 relative à la gestion de l'infrastructure ferroviaire, Mémorial A n°135 du 12.08.2010, p. 2194.

⁴⁹² Directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires, op. cit.

⁴⁹³ Loi du 23 mai 2012 portant transposition de la directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires et portant modification: 1) de la loi modifiée du 31 janvier 1948 relative à la réglementation de la navigation aérienne; 2) de la loi modifiée du 19 mai 1999 ayant pour objet a) de réglementer l'accès au marché de l'assistance en escale à l'aéroport de Luxembourg, b) de créer un cadre réglementaire dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile, et c) d'instituer une Direction de l'Aviation Civile, Mémorial A n°107 du 30.05.2012 p. 1426.

⁴⁹⁴ S.C. LITTLECHILD, « German airport regulation: Framework agreements, civil law and the EU Directive », *Journal of Air Transport Management* Vol. 21, 2012, p. 63s ; F. MUELLER, J. MUELLER, C. KONIG, A. HOFFJAN, *Regulation of Airport Charges in Germany, First Madrid Workshop on Transport Economics* (Fundación de Estudios de Economía Aplicada), Madrid, 2008.

⁴⁹⁵ Voir : CJUE, 12 mai 2011, Luxembourg c/ Parlement et Conseil, Aff. C-176/09, ECLI:EU:C:2011:290. Le Luxembourg avait demandé à la CJUE l'annulation de la directive du 11 mars 2009 en alléguant la violation du principe d'égalité de traitement. L'aéroport du Grand-Duché est en effet soumis à la directive au titre du seul aéroport du pays, alors que d'autres sites de taille en Europe comparable n'y sont pas. Voir pour plus de précisions : L. GRARD, « Le périmètre de la législation européenne sur les redevances aéroportuaires est validé : grands aéroports et aéroports principaux », *Revue de droit des transports* n° 7, Juillet 2011, comm. 116 ; M. MEISTER, « Transports aériens », *Europe* n° 7, Juillet 2011, comm. 257.

⁴⁹⁶ Lux-Airport, Rapport annuel 2013, p. 24. L'État du Grand-duché de Luxembourg détient 100% des actions de la société Lux-Airport.

⁴⁹⁷ L'aéroport de Luxembourg-Findel est le 6ème aéroport de fret européen et le 25ème mondial ; Principaux aéroports européens selon le volume de fret et de courrier traité en 2013, Insee.

beaucoup plus simple et efficace d'élargir le champ de la régulation à un nouveau secteur que ne pourrait l'être la création d'une nouvelle autorité sectorielle.

Comme au Luxembourg, l'avènement du régulateur multisectoriel allemand s'est inscrit dans un processus d'adjonctions successives de secteurs greffés à une autorité de régulation préexistante. Ne présentant pas les caractéristiques des « petits Etats », l'exemple allemand que Hubert Delzangles qualifiait très justement de « prototype de l'autorité indépendante de régulation des services publics en réseaux »⁴⁹⁸ est donc intéressant à titre de comparaison pour des pays comme la France, le Royaume-Uni ou l'Italie.

b. La Bundesnetzagentur, prototype allemand de la régulation multisectorielle des réseaux

Le choix d'une autorité de régulation unique en Allemagne est né de la remise en cause d'une part de l'autorité bi-sectorielle des télécommunications et des postes créée en 1998, la Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) et d'autre part du système d'autorégulation privilégié dans le secteur de l'énergie, lequel était vivement critiqué à cette époque par la Commission européenne⁴⁹⁹. La nécessité de développer une véritable régulation du secteur de l'énergie au début du siècle ouvrit un débat national sur l'approche régulatrice à adopter en Allemagne. Deux grandes options furent alors envisagées. La première consistait à concentrer la régulation sectorielle dans les mains du Bundeskartellamt, l'autorité de la concurrence allemande⁵⁰⁰. La seconde s'appuyait sur les expériences de la plupart des voisins européens et consistait en la création d'une autorité de régulation sectorielle de l'énergie. L'option retenue fut finalement celle prônée par la Commission des monopoles (Monopolkommission) d'une solution intermédiaire : le régulateur multiréseaux (Allgemeine Regulierungsbehörde für Netzsektoren⁵⁰¹) sous l'appellation provisoire de Regulierungsbehörde für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Post, qui devint Agence fédérale des réseaux (Bundesnetzagentur - BNetzA) en 2005 à la suite de la décision de lui

⁴⁹⁸ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 618.

⁴⁹⁹ M. GABEL, « Régulation de l'énergie : l'exception allemande. Regards sur l'économie allemande », Bulletin économique du CIRAC, 2006, n° 76, p. 13s.

⁵⁰⁰ A. PERROT, « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », RFE, Vol. 16, n° 4, 2002. p. 81s ; N HORSTMANN, « La coordination des autorités de régulation », Actes des Ateliers de la concurrence, 26 janvier 2010, DGCCRF, 2010, p. 20.

⁵⁰¹ Commission des monopoles, *La concurrence des réseaux grâce à la réglementation*, Rapport n°14, 2001.

adjoindre la régulation du secteur des transports ferroviaires⁵⁰². Pour la Commission des monopoles, « il est préférable de créer à côté du Bundeskartellamt un régulateur unique pour les industries de réseaux dont l'activité s'articulera autour de l'accès au réseau (...). Le coût d'une telle régulation devrait être faible. L'avantage consiste en un transfert d'expertise et une rotation des employés entre les différents secteurs ainsi qu'une plus grande indépendance des employés à l'égard du gouvernement et des opérateurs sectoriels (...). Enfin, une diminution future de la nécessité d'une régulation des industries de réseau pourra être plus facilement répercutée par une diminution progressive de la régulation et du personnel que dans le cas de plusieurs autorités de régulation sectorielles »⁵⁰³.

La BNetzA est organisée selon plusieurs logiques dictées par les différentes lois sectorielles, la loi sur l'Agence fédérale des réseaux d'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer de juillet 2005 (BNetzAG) étant très succincte. Elle est divisée en neuf départements dont six se consacrent aux différents secteurs régulés⁵⁰⁴, les trois derniers étant des départements transversaux. La BNetzA est également divisée en neuf collèges décisionnels dont la spécificité tient à ce qu'ils ne sont pas directement rattachés aux départements en fonction des secteurs régulés mais plutôt en fonction des marchés. Chaque chambre étant composée selon la loi organisant le secteur régulé, l'organisation interne des chambres décisionnelles ne répond par ailleurs à aucune véritable logique : celle relative à la régulation du secteur ferroviaire n'est par exemple pas, contrairement aux autres, une instance collégiale, et le choix de la formation échoit tantôt au ministre, tantôt au président de l'Agence⁵⁰⁵. L'une des grandes spécificités de la BNetzA tient à ce que l'autorité de régulation nationale s'intègre dans une logique fédérale en cohabitant et en coopérant avec les autorités de régulation des Länder. En conséquence, une partie de la régulation des réseaux lui échappe. Par exemple, en matière de régulation de l'accès aux réseaux énergétiques⁵⁰⁶, la BNetzA partage sa compétence avec les Länder⁵⁰⁷, ces derniers

⁵⁰² Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, 7 juillet 2005, BGBl. I p. 1970s, modifié par la loi du 5 février 2009, BGBl. I p. 160s.

⁵⁰³ Commission des monopoles, La concurrence des réseaux grâce à la réglementation, op.cit, p. 800s.

⁵⁰⁴ Pour une étude détaillée de l'organisation de la BNetzA, voir : S. NEVELING, « Die Bundesnetzagentur – Aufbau, Zuständigkeit, Verfahren », ZNER, 2005, p. 263.

⁵⁰⁵ G. HERMES, « Les autorités administratives dépendantes et indépendantes - un aperçu de l'administration fédérale », in G MARCOU et J. MASING (dir), Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne, op. cit., p. 123.

⁵⁰⁶ A des fins d'efficacité, certains Länder ont toutefois délégué leur compétence de régulateur de l'énergie à la BNetzA par le biais d'un transfert de compétences (organleihe) accompagné d'un dédoublement fonctionnel. Cette situation est cependant rare, la plupart des Länder conservant cette compétence au sein des

étant notamment compétents lorsqu'il s'agit de réseaux rassemblant moins de 100 000 clients ou lorsque l'affaire ne concerne qu'un seul Land⁵⁰⁸.

Au cours d'une conférence donnée en 2011, l'ancienne vice-présidente de la BNetzA Iris Henseler-Unger affirmait que la régulation multisectorielle présentait plusieurs avantages au regard du « regulatory decision making », car l'approche plurisectorielle de la régulation est une « reflection of market realities », les réseaux étant de plus en plus convergents. Des questions similaires se posent dans tous les secteurs, et l'expertise et l'expérience d'un secteur peuvent facilement influencer et peser sur la régulation d'un autre⁵⁰⁹. Par ailleurs, il est intéressant de noter que le choix d'un modèle unique de régulateur multisectoriel en Allemagne a permis d'assurer « la pérennisation du modèle même de l'autorité et de la régulation »⁵¹⁰. Dans un climat de défiance à l'égard de la régulation sectorielle des télécommunications destinée à terme à relever des outils classiques du droit de la concurrence⁵¹¹, le choix d'un régulateur multisectoriel permet donc d'entrevoir plus sereinement l'avenir d'une régulation ex-ante en la matière, évitant de précipiter des réformes jugées incertaines.

Abordant le cas de la BNetzA, Julien Walther estimait récemment qu'il s'agissait là « d'un "modèle" qui, s'il n'[était] pas transposable en l'état à d'autres pays, [pouvait] les inspirer »⁵¹². Deux éléments rendent en effet le modèle architectural de la BNetzA a priori difficilement transposable à certains autres Etats membres de l'Union, d'abord parce que son caractère multisectoriel est né de l'ajout de nouveaux secteurs à réguler qui ne disposaient pas encore de leur propre autorité, ensuite de par son imbrication dans un système de type fédéral qu'on ne retrouve pas dans tous les Etats membres.

Landesregulierungsbehörde, autorités de régulation de l'énergie qui prennent souvent la forme d'une direction ou d'un service ministériel des Länder. Voir notamment : C. AUTEXIER, *Introduction au Droit public allemand*, PUF, 1997, p. 192.

⁵⁰⁷ EnWG, §54, al. 2.

⁵⁰⁸ P. FRANKE, « Energieregulierungsbehörden und Verfahren », in J. P. SCHNEIDER et C. THEOBALD (dir), *Recht der Energiewirtschaft*, Beck, 2008, p. 1048 et s.

⁵⁰⁹ I. HENSELER-UNGER, « Federal Network Agency for Electricity, Gas, Telecommunications, Post and Railway – A Success Story! », Actes de la Conférence « La régulation multisectorielle. *Défis d'aujourd'hui et de demain* », Riga 2011, p. 10.

⁵¹⁰ J. WALTHER, « Un "modèle allemand" d'autorité de régulation pour l'Europe ? – Concentration et diversification des autorités de régulation sectorielle en Allemagne », RJEP n° 692, Décembre 2011, 4, p. 23.

⁵¹¹ A. PICOT, *Dix années de régulation des industries en réseau en Allemagne - Etat et perspectives de la régulation*, Beck, 2008.

⁵¹² J. WALTHER, « Un « modèle allemand » d'autorité de régulation pour l'Europe ? – Concentration et diversification des autorités de régulation sectorielle en Allemagne », op.cit, p. 20.

c. La transposition du régulateur intégré letton : la Public Utilities Commission

Il y a une petite dizaine d'années, Marie-Anne Frison-Roche relevait, à propos des perspectives d'association et de regroupements des AAI en France, qu'« en toutes hypothèses, l'adjonction d'une nouvelle mission (...) est un exercice moins périlleux que la fusion proprement dite »⁵¹³. Contrairement à l'ILR et à la BNetzA, l'autorité de régulation multisectorielle lettone fût ainsi créée par la fusion des différents organismes chargés de la régulation des secteurs de l'énergie, des communications et des postes, et du transport ferroviaire. Si l'ILT ou la BNetzA pourraient donc constituer des exemples à suivre pour les Etats récemment entrés dans l'UE et dans lesquels des ARN n'ont pas encore été créées pour tous les secteurs (et notamment le secteur ferroviaire), la démarche lettone montre qu'il est possible d'en envisager la fusion pour les Etats dans lesquels il existe déjà plusieurs autorités de régulation sectorielle.

L'un des arguments souvent avancés par les détracteurs des fusions d'autorités de régulation consiste à dire qu'il est difficile de réunir au sein d'un même organisme des cultures et des corps professionnels différents préexistants à la fusion. Exercice périlleux⁵¹⁴, la fusion d'autorités sectorielles n'en est pas pour autant impossible. Lors d'une conférence intitulée « La régulation multisectorielle. Défis d'aujourd'hui et de demain » organisée dans l'enceinte du régulateur letton le 10 juin 2011⁵¹⁵ à l'occasion de son dixième anniversaire, son président Valdis Lokenbahs affirmait dans son discours d'ouverture que les pouvoirs publics lettons s'étaient largement inspirés de l'exemple luxembourgeois pour aménager la régulation multisectorielle des réseaux en Lettonie. Il existe néanmoins une différence de taille dans la démarche qui précéda le recours à un régulateur unique au Luxembourg et en Lettonie, car en Lettonie, la construction d'une autorité unique s'est faite par une véritable fusion des autorités chargées chacune de la régulation d'un secteur et non par l'adjonction de secteurs à une autorité de régulation préétablie.

⁵¹³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op.cit, p. 43. L'auteur relève toutefois que les fusions entreprises dans le secteur financier (COB et CMF en AMF, et plus récemment celles de l'ACAM, du CEA, du CECEI et de la Commission Bancaire en ACPR) sont des réussites, alors même que les professionnels des secteurs de la banque, de l'assurance et des valeurs mobilières furent un temps sceptiques à l'idée de fusionner leurs secteurs respectifs.

⁵¹⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op.cit, p. 43.

⁵¹⁵ Conférence « La régulation multisectorielle. Défis d'aujourd'hui et de demain », Riga, 10 juin 2011 (Regulatora konference *Daudznozaru regulēšana – šodiena un nākotnes izaicinājumi*, Rīga, Latvija, 2011.gada 10.jūnijs).

Avant 2001, la régulation des réseaux en Lettonie s'effectuait au sein d'autorités administratives sous tutelle ministérielle spécialisées dans chacun des secteurs (énergie⁵¹⁶ et télécommunications⁵¹⁷) ou directement par les départements ministériels (transport ferroviaire⁵¹⁸). De l'avis général, une telle fragmentation des organismes de régulation ainsi que les ressources disponibles limitées dont chacune des autorités bénéficiaient ne permettaient pas une régulation efficace⁵¹⁹. Parallèlement, l'opportunité offerte à la Lettonie d'entrer dans l'Union européenne poussa les autorités nationales à réfléchir à une nouvelle architecture de régulation des réseaux afin de rentrer en conformité avec certains des impératifs de l'Union en la matière. Après plusieurs mois d'échanges et de débats, le gouvernement letton décida en 2000, avec le soutien et l'assistance de la Banque mondiale⁵²⁰, de constituer une autorité indépendante unique chargée de la régulation des différents services publics en réseau⁵²¹, la Commission des réseaux d'utilité publique (*Sabiedrisko pakalpojumu regulēšanas komisija* - Public Utilities Commission - PUC).

La PUC s'articule autour d'un Conseil d'administration (*Padome*), organe décisionnel de l'Autorité⁵²², et de sept grands départements⁵²³. Parmi ces départements, trois sont directement rattachés à la régulation des différents secteurs (énergie, télécommunication et postes, transport ferroviaire), les quatre derniers étant quant à eux des départements transversaux (département juridique, département des analyses économiques, département administratif et département informatique). Alors qu'en 2001, l'activité de la PUC se doublait d'une régulation exercée par certains acteurs locaux comme les grandes municipalités, ce double échelon de régulation a disparu en 2009⁵²⁴. Ceci explique que le régulateur letton est chargé de la régulation des services publics locaux. Trois services sont ainsi chargés

⁵¹⁶ Règlement n°163 du 7 mai 1996 instituant le Conseil de régulation de l'énergie (*Energoapgādes regulēšanas padomes un tās izpildinstitūcijas nolikums*, 1996.gada 7.maijā), LV n°83, 14/05/1996.

⁵¹⁷ Décret ministériel n°167 du 7 avril 1998 instituant le Conseil des tarifs des télécommunications (Par *Telekomunikāciju tarifu padomi*, 1998.gada 7.aprīļa), LV n°97/98, 10/04/1998.

⁵¹⁸ Règlement n°111 du 23 mars 1999 instituant l'Administration des chemins de fer (*Dzelzceļa administrācijas nolikums*, 1999.gada 23.martā, LV n°98/99, 26/03/1999).

⁵¹⁹ Public Utilities Commission, Annual report, 2001, p. 12.

⁵²⁰ Ibid., p. 13.

⁵²¹ Loi sur la régulation des services publics du 19 octobre 2000 (Par *sabiedrisko pakalpojumu regulatoriem*, 2000.gada 19.oktobrī, LV n°394/395, 07.11.2000).

⁵²² La Conseil d'administration dispose de la plupart des pouvoirs confiés à la Commission. Il est chargé de prendre les actes réglementaires de la Commission et adopte les sanctions à l'égard des fournisseurs et les usagers des services publics.

⁵²³ Public Utilities Commission, Annual report, 2013, p. 61.

⁵²⁴ ICT regulation Toolkit, Practice Notes, Case Study Multi-Sector Regulator: Latvian Public Utilities Commission (PUC).

d'apporter leur expertise auprès des trois plus grandes régions de Lettonie dans les secteurs de la distribution de l'eau, du traitement des déchets et des tarifs de chauffage⁵²⁵.

Malgré les difficultés connues qu'engendre une fusion, le choix de recourir en 2001 à la Public Utilities Commission, une unique autorité de régulation, plutôt qu'à plusieurs autorités sectorielles est essentiellement politique. Même si avant 2001, les autorités de régulation sectorielles lettones ne répondaient pas aux mêmes critères d'indépendance ou d'impartialité que leurs homologues françaises ou italiennes actuelles, il est intéressant de noter que le choix de réunir les différentes activités de régulation des réseaux au sein d'un même organisme s'est opéré à travers des fusions, et non pas, comme au Luxembourg, à travers un processus d'élargissement des compétences d'une autorité chargée initialement de la régulation d'un seul secteur. Par ailleurs, le choix des pouvoirs publics lettons dépasse le cadre d'une régulation à deux étages que connaît l'Allemagne. La Lettonie n'étant pas un Etat fédéral mais un Etat unitaire, la PUC n'a pas non plus de contrainte en matière de régulation comme c'est le cas précédemment évoqué pour la BNetzA qui partage son activité de régulation avec les autorités de régulation des Länder.

2. Les éléments justifiant le recours à un régulateur multisectoriel des réseaux

Malgré certains inconvénients théoriques⁵²⁶, les éléments justifiant le recours à un régulateur multisectoriel des réseaux sont nombreux.

Outre l'idée selon laquelle les difficultés liées à la fusion d'entités distinctes seraient compensées par une meilleure visibilité pour les consommateurs comme pour les professionnels, cinq séries d'arguments sont généralement avancées.

En premier lieu, le recours à une autorité de régulation des services publics en réseaux constitue une garantie de l'indépendance et de l'impartialité du régulateur⁵²⁷. Celle-ci

⁵²⁵ Il s'agit des sections locales des régions du Kurzeme (*Kurzemes reģiona nodaļa*), du Vidzeme (*Vidzemes reģiona nodaļa*) et du Latgale (*Latgales reģiona nodaļa*).

⁵²⁶ Citons la contamination intersectorielle, l'incompatibilité des différentes régulation et la complexification de celle-ci. Voir : B. BLOTTIN, *Le rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle dans la surveillance de la libéralisation des marchés de l'énergie*, op. cit., p. 662.

⁵²⁷ E. KARNITIS, A. VIRTMANIS, « Multi-sectoral regulation of services of general economic interest. Ten-year experience of Latvia », Actes de la Conférence « La régulation multisectorielle. Défis d'aujourd'hui et de demain », Riga, 2011, p. 13.

s'explique à double titre. D'une part, la « prise en main par les opérateurs », c'est à dire le risque de capture, est par la force des choses moins importante que pour un régulateur sectoriel⁵²⁸. En créant un régulateur responsable de plusieurs secteurs, le risque de voir le processus de régulation annexé par des groupes d'intérêt industriels est faible⁵²⁹. Julien Walther, à propos de la Bundesnetzagentur, notait d'ailleurs que « les personnels sont ainsi réassignés régulièrement au sein de l'autorité qui ne perd pas pour autant son expérience et sa compétence d'ensemble »⁵³⁰. D'autre part, le risque de « prise en main politique » est également moindre⁵³¹, puisqu'« il y a des chances pour que les diverses entités relevant de ce régulateur résistent mieux aux ingérences politiques dans un processus de décision relatif, par exemple, à la réglementation des prix dans un secteur donné »⁵³². Ici, la seule difficulté touche l'enjeu du recours à ce type de régulateur, puisqu'il est a priori plus difficile de faire accepter politiquement aux ministères concernés et aux ARN existantes l'idée de créer un régulateur multisectoriel.

En deuxième lieu, l'argument des économies d'échelle précédemment évoqué à propos de l'intérêt des fusions entre régulateurs est souvent mis en avant par les Etats membres ayant recouru aux régulateurs multisectoriels. Le coût de la régulation ne semble plus anecdotique dans l'Europe d'aujourd'hui, comme en témoigne le Décret « *Salva Italia* » visant à restreindre les moyens financiers et de personnels des autorités de régulation italiennes⁵³³. Cet argument prend quatre formes. La première est liée à l'emploi des

⁵²⁸ W. SMITH, « Utility Regulators – Roles and Responsibilities », in Viewpoint, World bank, note n°128, October 1997., p. 1: « if the industry and the regulator develop too close a relationship, the industry may be able to divert regulatory effort to promote its own interests rather than the public's. The broader responsibilities of a multi-industry agency help to reduce this risk ». Voir également: OECD, Economic Surveys : Germany, OECD 2006, p. 130: « the creation of a single network regulator may also reduce risks of regulatory capture by the interests of the firms operating in the sector, which could reduce the effectiveness of a regulator's pro-competitive policy stance ».

⁵²⁹ L'exemple des Public Utilities Commissions américaines est souvent évoqué pour justifier une régulation multisectorielle : « the advantage of agencies or commissions regulating all the public utilities, as in the United States, over different agencies separately regulating each utility, as in Europe, is their freather resistance to capture by any single industry »; J. PELKMANS, S. LABORY, G. MAJONE, « Better EU Regulatory Quality », in G. GALLI and J. PELKMANS (dir.), Regulatory Reform and Competitiveness in Europe: Horizontal issues, Edward Elgar Publishing, 2000, p. 504.

⁵³⁰ J. WALTHER, « L'indépendance des autorités de régulation en Allemagne », in « L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée », RFAP n°143, 2012, p. 698.

⁵³¹ W. SMITH, « Utility Regulators – Roles and Responsibilities », op. cit., p. 1.

⁵³² H. INTVEN, Manuel sur la réglementation des télécommunications, Banque Mondiale, 2000, p. 8. Cet argument vaut moins pour la BNetzA.

⁵³³ Décret-loi n° 201, 6 décembre 2011, GU n° 300 du 27/12/2011.

« professionnels experts », c'est à dire les économistes, juristes, analystes financiers, etc.⁵³⁴. Ce type d'économies, qui est particulièrement important dans les premiers temps de la libéralisation et de la privatisation des secteurs, lorsqu'il y a un risque de pénurie de personnel possédant une expérience en matière de réglementation, est sans doute moindre à l'échelle de l'Union, où tous les Etats membres ont déjà eu recours à la régulation dans ces secteurs. Plus importantes sont a priori les économies liées au personnel des services administratifs et d'appui (par exemple, informatique, surface de bureaux, personnel d'appoint) qui ont la possibilité de constituer des services transversaux⁵³⁵. La mise en commun de ce personnel nécessaire pour chacun des secteurs régulés permet en effet d'en réduire les coûts. Ensuite, des économies de temps sont envisageables dans le cadre du développement et de la mise en œuvre de l'autorité de régulation. Pour reprendre une formule avancée par l'ancien président de l'autorité canadienne de régulation des télécommunications Hank Intven, des règles uniformes en matière d'octroi des licences ou de procédures de règlement des différends peuvent être étendues à plusieurs secteurs, de sorte qu'il n'y ait pas le besoin de « réinventer la roue » pour chaque secteur⁵³⁶. Enfin, des économies matérielles peuvent être faites, en terme de matériel informatique ou concernant le site unique et les locaux communs pour le régulateur. Du point de vue économique, la régulation multisectorielle permet donc « d'optimiser les moyens et ressources mis en œuvre »⁵³⁷.

Troisièmement, l'un des arguments les plus forts réside dans un accroissement de l'efficacité juridique de la régulation. La pluridisciplinarité du régulateur multisectoriel est d'abord source de sécurité juridique. Une décision prise par le régulateur en matière de réglementation dans un secteur donné mais dont la problématique est commune avec d'autres secteurs peut créer un précédent qui s'appliquera aux autres secteurs⁵³⁸. Elle est également à l'origine d'un transfert de savoir-faire entre les différents services propres à chaque secteur. Ce transfert est particulièrement important dans les petits pays, où l'expérience est parfois limitée. Si certains secteurs connaissent déjà une politique incitative par une réduction des

⁵³⁴ W. SMITH, « Utility Regulators – Roles and Responsibilities », op. cit., p. 1 : « economists, financial analysts, and other professionals can work across industries, and administrative staff and facilities can be shared. This is particularly important in countries where regulatory expertise is scarce ».

⁵³⁵ Voir supra, le cas des services transversaux des régulateurs allemand, letton et luxembourgeois.

⁵³⁶ H. INTVEN, Manuel sur la réglementation des télécommunications, op. cit., p. 9.

⁵³⁷ Institut luxembourgeois de la régulation, Rapport annuel, 2000, p. 3. Cet argument a notamment été avancé pour justifier la régulation du secteur postal au sein de l'ILR.

⁵³⁸ Ceci est particulièrement vrai dans le cadre de l'application d'une réglementation sur les prix plafonds ou sur les règles de la comptabilité des coûts.

couts de l'accès au réseau (price cap), le secteur des transports ferroviaires n'y est par exemple que peu soumis : le transfert du personnel d'un secteur déjà soumis à cette réglementation au secteur ferroviaire permettrait ainsi à celui-ci de bénéficier d'un personnel expert et qualifié en la matière. Cette mobilité du personnel apporte également une souplesse au sein du régulateur dans le traitement des périodes à « charge de pointe », comme c'est le cas lors des réexamens périodiques des prix, où les compétences de réglementation peuvent être étendues à plusieurs secteurs dans le cas de l'autorité multisectorielle, ce qui serait très complexe pour des régulateurs sectoriels.

Quatrièmement, la convergence des objets sur lesquels porte la régulation des réseaux permet d'envisager la régulation à travers une approche globale. Par exemple, l'argument du rapprochement d'autorités de régulation sectorielle en vertu de l'évolution des secteurs régulés peut trouver une nouvelle illustration à travers le rapprochement du secteur de l'énergie et de celui des télécommunications, dans ce que Jeremy Rifkin appelle la « troisième révolution industrielle »⁵³⁹. Dans cette optique, le développement prospectif des réseaux intelligents (smart grids), des compteurs intelligents et de l'Enernet⁵⁴⁰ appelle la construction d'une approche commune⁵⁴¹, et sans doute une régulation conjointe de ces deux secteurs. Il est par ailleurs intéressant de mettre en perspective la problématique évoquée précédemment qui consistait à déterminer si les régulations des communications électroniques et de l'audiovisuel devaient être fusionnées avec les choix opérés par les trois Etats étudiés. Si en Allemagne, il est difficile de tirer des enseignements de la non-adjonction du secteur de l'audiovisuel aux tâches de la BNetzA compte tenu des exigences constitutionnelles⁵⁴², au

⁵³⁹ J. RIFKIN, *La troisième révolution industrielle*, op. cit..

⁵⁴⁰ Le concept d'Internet de l'énergie, ou Enernet, est né du mariage des flux d'énergie, des flux d'informations et des flux financiers, envisagé par la plupart des chercheurs prospectivistes tels que Jeremy Rifkin et Joël de Rosnay. « Le secret de l'Enernet est la distribution de l'énergie électrique dans une grille intelligente capable de s'adapter en permanence à l'offre et à la demande, au jour et à la nuit, à l'été et à l'hiver, à travers ce qu'on appelle en français les RITE, les réseaux intelligents de transport de l'électricité, et en anglais les smart grids. C'est le mariage du numérique et de l'énergétique ». Extrait de l'intervention de J. DE ROSNAY, *Le mariage du numérique et de l'énergétique*, Conférence NetExplo, Unesco, Paris, 16 mars 2012.

⁵⁴¹ Institut Montaigne, *Pour des réseaux électriques intelligents*, Rapport du groupe de travail présidé par Jean-Paul Tran Thiet, Février 2012.

⁵⁴² En matière de régulation des contenus médiatiques, la dichotomie de l'approche régulatrice allemande s'explique par la structure fédérale à laquelle elle est inféodée. Selon l'article 5 de la loi fondamentale allemande, l'autorité nationale de régulation des médias, la Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), est compétente en matière de contrôle des médias au nom des Länder, qui sont compétents pour attribuer les fréquences pour les radios et télévisions. Seuls la délimitation technique des fréquences et l'accès au réseau des télécommunications sont du ressort de la BNetzA.

Luxembourg⁵⁴³ et en Lettonie⁵⁴⁴, le choix a été délibérément fait de conserver des autorités sectorielles distinctes pour les médias. Ici, la distinction entre la régulation du contenant et celle du contenu ne permet pas d'intégrer la régulation de l'audiovisuel dans l'approche globale de la régulation des réseaux.

Enfin, on peut rapprocher les finalités des régulations des réseaux. Ainsi, il ne fait aucun doute que « les processus de base de toutes les industries de réseau sont similaires, en termes de développement de la concurrence, de la qualité générale des services, de l'équilibre réglementaire, de la protection des droits des consommateurs, et de l'importance de la politique sociale »⁵⁴⁵. Ces missions sont communes à tous les régulateurs des réseaux et le régulateur intégré permet leur harmonisation⁵⁴⁶. En général, le choix d'adjoindre au régulateur des télécommunications la régulation du secteur de l'énergie s'inscrit dans le cadre du développement de missions communes aux deux secteurs, comme l'aménagement du territoire avec la construction de nouvelles infrastructures partagées. Le déploiement de nouveaux réseaux communs d'électricité et de télécommunications peut créer des synergies afin de réduire notamment les coûts et d'accélérer le déploiement du très haut débit. Les réseaux d'électricité ont également besoin du savoir-faire des technologies de l'information et de la communication (TIC) et de l'utilisation des infrastructures des télécommunications pour les réseaux intelligents. La fusion de ces secteurs avec celui des transports ferroviaires au sein du régulateur des réseaux s'inscrit dans la même logique : les infrastructures énergétiques conçues pour le développement des chemins de fer peuvent être utilisées pour le transport de l'énergie renouvelable et son évolution, et les infrastructures ferroviaires peuvent également être utilisées par le secteur des communications électroniques pour la mise en place de lignes à très haut débit. Enfin, une telle autorité permet une cohérence dans la régulation, la coopération entre experts de différents secteurs permettant des approches et des mesures cohérentes et communes. Au cours de la conférence organisée en 2011 sur la régulation multisectorielle, plusieurs exemples avaient été mis en avant pour expliquer les bienfaits

⁵⁴³ Autorité Luxembourgeoise Indépendante de l'Audiovisuel (ALIA).

⁵⁴⁴ National Electronic Media Council (*Nacionālā elektronisko plašsaziņas līdzekļu padome* – NEPLP).

⁵⁴⁵ E. KARNITIS, A. VIRTMANIS, « Multi-sectoral regulation of services of general economic interest. Ten-year experience of Latvia », *op. cit.*

⁵⁴⁶ *Ibid.* : « it means necessity of analogous regulatory activities; there would be harmonized, even equal regulatory procedures. Advanced regulation principles, procedures and instruments, which are closely inspected in one sector, can be applied to other sectors (varieties of services and tariffs, methodological principles for cost-based tariffs and payment systems, universal service, soft disconnection schemes, unbundling, communications procedures, etc.), at the same time using specific for this sector tactics, terms, numerical proportions, etc.».

d'une régulation intégrée. Le vice président de la BNetzA donnait une illustration concrète de synergie dans le travail de l'Agence, en notant que les experts des secteurs des télécommunications et de l'énergie avaient largement contribué aux débats relatifs à la détermination des coûts d'investissement dans le secteur ferroviaire⁵⁴⁷. En Lettonie, l'expérience de la régulation sur les marchés libéralisés de communications électroniques a également été utile au développement progressif du marché de l'électricité, notamment en matière de stratégie d'analyse de marché, d'utilisation partagée des infrastructures, et de changement de fournisseurs de services⁵⁴⁸.

Si certains éléments de la régulation multisectorielle permettent de relativiser l'intérêt d'une telle architecture – on pense naturellement à la structure institutionnelle actuelle encore fortement segmentée en départements sectoriels – tant la convergence des objets sur lesquels porte la régulation que les finalités communes de celle-ci permettent de penser qu'à court terme, un rapprochement des régulations de ces services publics en réseaux sera nécessaire. Si elle ne l'est pas aujourd'hui, sans doute est-ce lié à la non-effectivité de la concurrence sur certains secteurs⁵⁴⁹. Mais « l'impulsion concurrentielle »⁵⁵⁰ étant donnée, ce sont d'autres objectifs que celui de l'accompagnement de l'ouverture à la concurrence qui justifieront le maintien d'une régulation ex-ante définitive et qui dicteront l'architecture institutionnelle de la régulation des réseaux de demain. A ce titre, le cas de l'autorité de régulation multisectorielle et de la concurrence néerlandaise, l'ACM, est intéressant : si cette autorité est aussi l'autorité de la concurrence nationale, elle est composée de plusieurs directions parmi lesquelles on compte une direction transsectorielle pour la protection des consommateurs (Directie Consumenten).

Dans les secteurs de la banque, de l'assurance et des valeurs mobilières qui connurent une libéralisation précoce par rapport aux réseaux, ces autres objectifs semblent redéfinir l'organisation institutionnelle de la régulation financière. Ce faisant, les architectures sectorielle et intégrée laissent place depuis plusieurs années à une régulation par objectifs.

⁵⁴⁷ I. HENSELER-UNGER, « Federal Network Agency for Electricity, Gas, Telecommunications, Post and Railway – A Success Story! », op. cit., p. 10.

⁵⁴⁸ E. KARNITIS, A. VIRTMANIS, « Multi-sectoral regulation of services of general economic interest. Ten-year experience of Latvia », op. cit., p. 42.

⁵⁴⁹ Voir infra, pp. 661 et s.

⁵⁵⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Dialectique entre concurrence et régulation », in *Actualité du droit de la régulation*, op. cit., p. 170.

II. Dans le secteur des finances : *l'hypothèse du modèle de régulation financière par objectifs*

Contrairement à l'architecture de la régulation des services publics en réseaux, celle de la régulation financière est marquée par une forte hétérogénéité. Il existe à peu près autant de systèmes nationaux de régulation financière qu'il existe d'Etats, les structures institutionnelles variant sensiblement d'un pays à l'autre⁵⁵¹. Il est toutefois possible de diviser les systèmes actuels de supervision financière en plusieurs catégories⁵⁵², même si au regard de la structure des marchés nationaux et des traditions politiques⁵⁵³, rares sont les systèmes de supervision parfaitement superposables à ces modèles institutionnels. S'il y a quelques années, « aucun modèle institutionnel optimal ne [pouvait] objectivement être désigné »⁵⁵⁴, notamment lorsqu'il est recherché un modèle de supervision à l'échelle internationale⁵⁵⁵, tout porte à croire qu'à l'échelle de l'Union européenne, le modèle de régulation par objectifs (ou Twin Peaks), malgré quelques inconvénients⁵⁵⁶, se distingue des autres⁵⁵⁷ (A). Le recours à une architecture de la régulation financière plutôt qu'à une autre relève toutefois souvent plus d'un choix politique que de choix juridique et économique (B). Dès lors, si de nombreux Etats membres de l'UE se sont inspirés du modèle Twin Peaks, d'autres restent, pour des raisons de politique interne, encore réticents à y recourir.

⁵⁵¹ A. DELION, « Notions de régulation et droit de l'économie », in T. REVET (dir), *Annales de la régulation*, Vol. 1, op.cit, p. 12. Pour le Professeur David T Llewellyn, « given the wide diversity of institutional arrangements for financial regulation and supervision that exists in the world, it is evidently the case that there is no single model for optimal institutional structure. Equally, there is no single model that all countries are converging on. There are advantages and disadvantages of all forms of institutional structure including unified agencies. Nevertheless, there is a trend in many countries for the number of regulatory agencies to be reduced », D. T. LLEWELLYN, « Institutional structures of financial regulation and supervision: The basic issues », op. cit., p. 25.

⁵⁵² Voir supra.

⁵⁵³ Il ne fait aucun doute que les systèmes nationaux de régulation financière ont longtemps été dictés par des impératifs politiques. Le cas de l'Allemagne (voir infra) en est actuellement l'exemple typique.

⁵⁵⁴ R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, op.cit, p. 64.

⁵⁵⁵ D. T. LLEWELLYN, « Institutional structures of financial regulation and supervision: The basic issues », op.cit, p. 26.

⁵⁵⁶ Le rapport Deletré expose plusieurs défauts parmi lesquels la complexité pour les opérateurs qui auraient deux interlocuteurs et la délimitation difficile des responsabilités des deux autorités.

⁵⁵⁷ D. PILHON, « Quelle surveillance prudentielle pour l'industrie de services financiers ? », REF, Vol. 60, n° 60, 2000, pp. 17 et s.

A. « Twin Peaks : a Regulatory Structure for the New Century »⁵⁵⁸

La paternité de l'idée et de la nomenclature « Twin Peaks » revient à Michael Taylor, ancien président de la Banque d'Angleterre et enseignant à la London Guildhall University au début des années 1990. L'auteur, dans un article de 1995⁵⁵⁹, imagine et pose les bases d'un modèle de supervision du secteur financier articulé autour des différents objectifs de la régulation (1), modèle dont l'analyse tend à justifier l'intérêt qui lui est aujourd'hui porté dans l'UE (2).

1. Le modèle de régulation financière par objectifs

Le premier pays à mettre en application le modèle Twin Peaks est l'Australie suite au rapport de la Commission Wallis de 1997⁵⁶⁰. S'appuyant sur les travaux de Taylor, le comité mené par Scott Wallis proposa un système de supervision articulé autour de deux autorités intégrées disposant d'objectifs différents et de la Banque d'Australie : l'Australia Securities and Investment Commission (ASIC) pour la régulation de la « conduct of business » sur tous les secteurs financiers, l'Australia Prudential Regulatory Authority (APRA) pour la surveillance prudentielle des entreprises prises individuellement, et la Reserve Bank of Australia (RBA) chargée du contrôle des risques systémiques. L'une de vraies interrogations posées au Comité Wallis fut de savoir si la RBA pouvait seule exercer le contrôle prudentiel sur tous les secteurs (banque, valeurs, assurances, fonds de pensions, etc.) ou si la création d'une autorité spécialisée était nécessaire. La réponse donnée à l'époque⁵⁶¹, selon laquelle les secteurs des banques et des assurances n'étaient pas susceptibles de contrôle par une même autorité⁵⁶², ne semble plus recevoir le même écho⁵⁶³, en témoigne le choix des Pays-Bas de transférer la totalité du contrôle prudentiel à leur banque centrale. Il n'en est pas moins intéressant de noter que ce modèle de régulation par objectifs, pourtant développé avant les

⁵⁵⁸ Il est fait référence à l'article de Michael Taylor : M. TAYLOR, *Twin Peaks: A Regulatory Structure for the New Century*, London, Centre for Study of Financial Innovation, 1995.

⁵⁵⁹ Id. Il n'existe aucun lien évident entre cette appellation et la série américaine du même nom créée en 1989 par David Lynch.

⁵⁶⁰ S. WALLIS (dir.), *Financial System Inquiry Final Report*, Australian Government Publishing Service, 18 mars 1997.

⁵⁶¹ Ibid, p. 300 et p. 644.

⁵⁶² J. COOPER, *The integration of financial regulatory authorities - the Australian experience*, Australian Securities and Investments Commission, September 2006, p. 4.

⁵⁶³ G.J. THOMPSON, « The Wallis Inquiry: Perspectives from the Reserve Bank », *Reserve Bank of Australia Bulletin*, September 1996, p. 38s. En 1996, la RBA avait ouvertement appuyé les conclusions du Comité Wallis afin de ne pas unifier le contrôle prudentiel sous son autorité.

crises de 2000 à l'origine des bouleversements institutionnels des systèmes de supervision financière dans de nombreux pays, semble particulièrement bien adapté aux besoins actuels de la supervision financière.

En Europe, les Pays-Bas furent les premiers à être séduits par ce type de supervision financière. Jusqu'à la fin des années 1990, la supervision financière dans les Pays-Bas était fondée sur un modèle sectoriel, avec De Nederlandsche Bank (DNB) responsable de la supervision des banques, le Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE) responsable de la régulation des valeurs mobilières et le Pensioen-en Verzekeringskamer (PVK) chargé de la supervision du secteur de l'assurance et des fonds de pension. Chacune de ces autorités exerçait à la fois une tâche de surveillance prudentielle et un contrôle des investissements dans son secteur, sous la supervision d'un Conseil de surveillance financière chargé des questions de coopération.

En 1999, les pouvoirs publics hollandais décidèrent d'abandonner l'approche sectorielle et de remplacer celle-ci par un modèle bipolaire inspiré du cas australien⁵⁶⁴. Cette décision fut prise en réponse à deux tendances claires. La première est liée à la particularité qu'ont les marchés financiers néerlandais d'être dominés par un petit nombre de conglomérats financiers qui offrent à la fois des services bancaires et d'assurance, les banques étrangères ne jouant qu'un rôle limité dans le marché de détail⁵⁶⁵. L'approche sectorielle semblait ainsi de plus en plus complexe en vue d'assurer un contrôle efficace sur ces produits financiers intersectoriels complexes. La seconde est la prise en compte des risques systémiques : le contrôle prudentiel leur semblait plus efficace s'il était réalisé sur tous les secteurs supervisés par une même autorité.

Cette réforme fondamentale du système de surveillance financière en une structure Twin Peaks débuta en 2000 pour aboutir avec la WFT, loi relative aux marchés financiers et à leur supervision, en 2006⁵⁶⁶. Avec cette nouvelle architecture, la DNB a fusionné avec le

⁵⁶⁴ La distinction majeure entre l'Australie et les Pays réside dans la place de la banque nationale. En Australie, la Reserve Bank of Australia (RBA) n'exerce pas la surveillance micro-prudentielle, mais uniquement le contrôle des risques systémiques (surveillance macro-prudentielle).

⁵⁶⁵ J. KREMERS, D.SHOENMAKER, and P. WIERTS, "Cross-Sector Supervision: Which Model?", in *Brookings-Wharton Papers on Financial Services*, 2003, ed. by Richard Herring and Robert Litan, p. 230.

⁵⁶⁶ Loi du 28 septembre 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop. La WFT clarifie et renforce le cadre de la surveillance du secteur financier et définit les exigences que les

PKV et assume seule la responsabilité de la surveillance prudentielle de toutes les institutions financières (surveillance micro-prudentielle) et du système financier dans son ensemble (surveillance systémique). Le STE a quant à lui été renommé Autoriteit Financiële Markten (AFM) et dispose de trois missions : protéger le consommateur, encadrer le fonctionnement des marchés de capitaux et contribuer, avec la DNB, à la stabilité du marché en contrôlant la transparence de la transmission des informations. L'une des grandes interrogations liées au modèle par objectifs aux Pays-Bas est celle de la collaboration entre les différentes entités chargées de la supervision. Depuis 2007, le ministère des finances et la DNB ont signé un protocole d'accord prévoyant des procédures de coordination en cas de crise financière. L'AFM, n'ayant pas de rôle formel dans le cadre de la gestion des crises, n'est pas partie à ce protocole, même si l'organisme est informé des mesures prises par la DNB et le ministère. Toutefois, aucun accord spécifique n'est signé entre la DNB et l'AFM. Cette absence d'échange et de coopération fut notamment à l'origine d'un différend important aux Pays-Bas dans l'Affaire dite Gerrit Zalm⁵⁶⁷ : en 2010, à la suite de la faillite de la DSB Bank, les enquêtes de l'AFM aboutirent à la responsabilité pour négligence du président du conseil d'administration de la banque, Gerrit Zalm. Selon l'autorité des marchés financiers, celui-ci « n'avait pas prêté suffisamment attention aux risques de faillite et de détérioration de la réputation de la DSB Bank »⁵⁶⁸. A l'inverse, la DNB et le gouvernement, suite au rapport de la Commission Scheltema⁵⁶⁹, décidèrent de ne retenir aucune charge contre Gerrit Zalm. Le gouvernement néerlandais déclara alors que ce dernier pouvait rester à la tête de la banque désormais nationalisée, alors que l'AFM avait décidé du contraire. Depuis lors, un certain nombre de procédures de coopération ont vu le jour⁵⁷⁰, mais aucun protocole d'arbitrage n'a été signé, le Ministre des finances étant compétent pour arbitrer entre les deux autorités.

La Belgique, qui a également opté pour une régulation financière par objectifs⁵⁷¹ semble avoir tiré les enseignements des conséquences négatives de cette absence de coopération. Lors des discussions relatives au projet de loi optant pour le modèle par objectifs, certains parlementaires belges avaient pointé du doigt l'absence d'arbitrage en cas

fournisseurs de services financiers doivent satisfaire. Elle remplace les sept lois de supervision qui avaient structurées le système financier selon l'approche sectorielle.

⁵⁶⁷ C.A. HAZEU, « De crisis, de bank en de wet », Tijdschrift voor Openbare Financien, 2011, n° 2, pp. 138 et s.

⁵⁶⁸ J. DE VLIÉGER, « Gerrit Zalm worstelt met zijn DSB verleden », FTM, 6 juni 2014.

⁵⁶⁹ Rapport van de Commissie van Onderzoek DSB Bank, 23 juni 2010..

⁵⁷⁰ La coopération et l'échange d'informations entre la DNB et l'AFM sont prévus dans une convention (« convenue ») signée le 2 juillet 2007 par les deux organismes.

⁵⁷¹ Voir, supra.

de divergence d'opinions entre la FSMA et la BNB, prenant l'exemple néerlandais⁵⁷² en relevant que « le “modèle twin peaks” instauré par le projet de loi présente le même défaut que le “modèle twin peaks” néerlandais, à savoir une absence d'arbitrage. Si les deux piliers du modèle ont une opinion différente (comme ce fut le cas aux Pays-Bas en ce qui concerne l'examen par la DNB de la fiabilité et de l'expertise de M. Gerrit Zalm), aucun mécanisme d'arbitrage n'a été prévu pour parvenir à un accord. Le “modèle twin peaks” australien contient par contre un tel mécanisme d'arbitrage ». Pour cette raison, la loi de 2010 prévoit à son article 36bis §4 une procédure d'arbitrage qui n'est utilisée qu'en cas de défaut de coopération entre la BNB et la FSMA. Afin de parfaire cette échange, les deux autorités de surveillance rédigèrent à ce titre un accord de coopération⁵⁷³ en 2013 encadrant les échanges d'information et précisant les modalités de communication⁵⁷⁴, notamment via des rencontres périodiques dans le cadre d'un Comité de liaison⁵⁷⁵, et plus récemment un protocole d'arbitrage en 2014⁵⁷⁶ précédant les dernières modifications de la loi de 2002⁵⁷⁷.

Né en 1995, le modèle de régulation financière par objectif s'est surtout diffusé depuis les crises systémiques du début du vingt-et-unième siècle. Celles-ci ont montré les limites des modèles sectoriels et intégrés, limites que le modèle par objectifs tendrait à dépasser pour être considéré aujourd'hui comme le modèle de supervision le plus efficace.

⁵⁷² Intervention de M. Dirk Van der Maelen, in H. DAEMS et Y. MAYEUR, Rapport du 19 mars 2010 fait au nom de la Commission des finances et du budget, op.cit, p. 6.

⁵⁷³ Protocole général relatif à la collaboration entre la Banque nationale de Belgique et l'Autorité des services et marchés financiers en vue d'assurer la coordination du contrôle des établissements sous leur contrôle respectif du 14 mars 2013.

⁵⁷⁴ Ibid, p. 3.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 9.

⁵⁷⁶ Protocole du 13 mai 2014 entre la Banque nationale de Belgique et l'Autorité des services et marchés financiers concernant la procédure d'arbitrage prévue à l'article ZS bis, §4 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

⁵⁷⁷ L'article 36bis de la loi du 2 août 2002 fut récemment modifié par l'article 26, 2° de la loi du 25 avril 2014, MB 28 mai 2014. L'article 36bis §3 précise désormais qu' « avant de prendre des mesures à l'encontre d'un établissement de crédit, d'une société de bourse [, d'une contrepartie centrale] ou d'une entreprise d'assurances en application du § 2, 1° et 2°, la FSMA informe la Banque des mesures qu'elle envisage de prendre. A compter de la réception de cette information, la Banque dispose d'un délai de dix jours pour s'opposer aux mesures envisagées. La Banque ne peut s'opposer aux mesures envisagées que si celles-ci sont de nature à compromettre la stabilité du système financier ou si la FSMA a l'intention de suspendre ou d'interdire entièrement l'exercice de l'activité de l'entreprise ».

2. La justification du recours à un modèle de régulation financière par objectifs

Trois séries de réflexions permettent d'expliquer le recours au modèle par objectifs. Est-il opportun de séparer le contrôle des méthodes de commercialisation et la supervision prudentielle ? Doit-on rapprocher les contrôles micro-prudentiels des différents secteurs au sein d'une même autorité ? Enfin, est-il possible d'exercer les contrôles micro et macro-prudentiels au sein d'une même structure, la Banque centrale ?

a. La séparation du « conduct of business » et de la « prudential supervision »

Le conflit potentiel d'objectifs entre le contrôle des méthodes de commerce et la surveillance prudentielle est un élément fréquemment débattu⁵⁷⁸ et peut être illustré de la façon suivante : le régulateur des marchés financiers s'attache avant tout au contrôle de la transparence de l'information financière. Son objectif est de veiller à ce que la qualité de la communication financière soit suffisante pour que les consommateurs puissent bénéficier d'informations pertinentes et qu'ils se fassent une opinion valable quant à la valeur du titre et à ses perspectives. La surveillance prudentielle s'attache quant à elle à la stabilité des institutions financières. Son objectif est de prévenir les mouvements de stress des marchés et les crises visant à les déstabiliser.

Les pays qui attribuent ces responsabilités à deux autorités de supervision différentes accordent en général une grande importance aux risques générés par ce type de conflit d'objectifs. C'est notamment le cas des autorités néerlandaises, qui, décidant de recourir au modèle de supervision Twin Peaks, formulèrent deux séries de remarques pour justifier cette séparation du « conduct of business » et de la « prudential supervision ». Leur raisonnement était le suivant : en premier lieu, rien n'indique que ces deux objectifs de supervision financière doivent être visés au sein d'une même structure, en second lieu, exercer ces deux activités au sein d'une agence unique peut être néfaste. Selon le gouvernement néerlandais, l'objectif de la surveillance prudentielle, c'est à dire la sauvegarde de la stabilité financière, est en effet très différente de celle des méthodes de commercialisation, dont le but est de protéger les consommateurs⁵⁷⁹. En d'autres termes, la régulation des méthodes de

⁵⁷⁸ B. DELETRE, *Rapport sur la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France*, op.cit, p. 20.

⁵⁷⁹ M.TAYLOR, « The Road from “Twin Peaks” - and the way back », *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 16, n° 1, 2009-2010, p. 67. Voir également: *Financial sector supervision : Twin Peaks model technical note*,

commercialisation et la surveillance prudentielle ne requièrent ni le même personnel expert ni les mêmes instruments et outils de contrôle : si dans le premier cas, ce sont souvent des juristes qui y sont affectés, dans le second, il est essentiellement fait appel à des économistes. Rien n'indique donc que ces deux types de supervision doivent nécessairement être réunies au sein d'une même autorité de supervision. Qui plus est, le rapport à l'information diffère sensiblement d'un type de supervision à l'autre : si dans le contrôle des marchés, l'information doit être accessible pour tous, dans le cadre de la surveillance prudentielle, certaines informations doivent être conservées confidentielles car leur divulgation peut être de nature à déclencher des mouvements de panique sur les marchés.

Par ailleurs, les autorités néerlandaises relèvent qu'en temps normal, l'attention de l'autorité intégrée se porte plus volontiers sur la protection des consommateurs que sur la surveillance prudentielle, au détriment de celle-ci⁵⁸⁰. Cette réflexion connaît une illustration pratique intéressante dans l'action de la FSA, l'ancien régulateur intégré du système financier en Grande Bretagne. Son ancien président, Lord Jonathan Adair Turner, dans son rapport sur Northern Rock⁵⁸¹, avait pointé du doigt la prédominance du contrôle commercial par la FSA au détriment de celui de la surveillance prudentielle⁵⁸².

Cette analyse a d'ailleurs permis au Comité des affaires économiques de la Chambre des Lords d'identifier la raison pour laquelle la FSA n'avait pas accordé une attention suffisante à la surveillance prudentielle. Le rapport de la Chambre des Lords rendu en 2009 insiste sur ce paradoxe⁵⁸³ : le contrôle des conduites de commercialisation est important,

IMF Country Report n°11/208, International Monetary Fund, Washington, D.C., juillet 2011, p. 7 : « prudential and conduct-of-business supervisions simply do not mix, despite synergies between them, because they require different skill sets and different tools to achieve their individual objective ».

⁵⁸⁰ M.TAYLOR, « The Road from “Twin Peaks” - and the way back », op. cit., p. 68 : « in normal times, consumer protection is likely to have more political attention than prudential supervision, possibly diverting resources away from prudential supervision ».

⁵⁸¹ Northern Rock est une banque de crédit hypothécaire britannique ayant fait faillite en Septembre 2007.

⁵⁸² House of Lords, Select Committee on Economic Affairs, Banking Supervision and Regulation, Volume 1, 2nd Report of Session 2008–09, §117, p. 33 : « widely held perception that, in recent years, the FSA has emphasised conduct-of-business supervision at the expense of prudential supervision ».

⁵⁸³ Ibid, §118, p. 33: « conduct-of-business is important and politically sensitive, and its results are easy to measure. In contrast, prudential supervision, while arguably more important, is conducted privately; its success is less easily measured, and, most of the time, it has a lower political impact than conduct-of-business supervision though in times of crisis such as the present its political impact, its effect on businesses, individuals and the economy, is very much greater than conduct-of-business supervision. It is natural and rational for a supervisor with responsibility for both activities to concentrate on the one with the greater immediate political sensitivity ».

politiquement sensible et ses résultats sont simples à mesurer. En revanche, la surveillance prudentielle, alors qu'elle est sans doute plus importante encore, est difficilement mesurable, menée en privé et possède un impact politique peu élevé au quotidien. En temps de crise pourtant, l'impact de la supervision prudentielle, aussi bien pour les pouvoirs publics, les entreprises, les consommateurs que pour l'économie, est très supérieur à la régulation des conduites de commercialisation. Et de conclure qu' « il est naturel et rationnel pour une autorité cumulant les deux activités de se concentrer davantage sur celui ayant l'impact politique le plus immédiat ».

S'il existe des synergies entre surveillance prudentielle et conduite de la régulation des affaires, l'exercice de ces deux missions au sein d'une autorité intégrée donne une probabilité non négligeable que l'un des types de supervision vient à dominer l'autre. Bien que la FSA ait recentré son attention sur la surveillance prudentielle après la crise, l'ancien gouverneur de la Banque d'Angleterre Mervyn Allister King a observé que le cumul dans une même autorité de la supervision prudentielle et de la régulation du marché ne fonctionne pas dans la pratique. Pour l'auteur, les deux types de supervision exigent des compétences différentes de telle sorte qu'ils doivent être dorénavant séparés⁵⁸⁴.

b. Le rapprochement des contrôles micro-prudentiels des banques, des assurances et des valeurs mobilières

Si, compte tenu de l'évolution des produits financiers, l'exercice du contrôle des méthodes de commercialisation des différents secteurs de la banque, des valeurs mobilières et de l'assurance au sein d'une même autorité ne semble pas faire de difficultés⁵⁸⁵, la question est plus sensible concernant une surveillance prudentielle commune de ces différents secteurs.

D'abord, il est souvent avancé qu'en vertu de leur nature même, les activités portant sur les valeurs mobilières ne sont pas des sources d'instabilité et de fragilité pour le système

⁵⁸⁴ Ibid, § 121, p. 34 : « putting prudential regulation into the same organization as the oversight of consumer protection and market conduct didn't work in practice (...). Regulatory bodies are subject to conflicting political pressures. There is a danger that, when a single institution has responsibility for conduct of business and prudential supervision, one will be emphasized at the expense of the latter ».

⁵⁸⁵ C. BRIAULT, « Revisiting the Rationale for a Single National Financial Services Regulator », op. cit., p. 6 : « Banks, insurance companies, and securities firms are now competing in the same markets for the same customers, with similar and often identical products and with the same distribution channels ».

financier comme peuvent l'être les banques⁵⁸⁶. Dès lors il n'y aurait aucune raison qu'une autorité unique opère un contrôle prudentiel commun sur ces deux secteurs, le type de contrôle n'étant pas comparable. Il arrive cependant que des mouvements de panique se développent sur les marchés des valeurs mobilières, laissant la place à des « rush to sell » en direction de produits à faibles risques comme le précise l'ancien ministre de l'Économie et des Finances italien et ancien membre du directoire de la BCE Tommaso Padoa-Schioppa.

Par ailleurs, le secteur bancaire serait à l'origine des crises financières et serait la source d'une contagion aux autres secteurs, contrairement aux crises nées des marchés de valeurs, pour lesquelles les risques de contagion sont faibles, même si un « rush to sell » de titres se produit. Cependant, outre les risques liés à leurs activités sur les marchés des valeurs mobilières, les banques pourraient en fait être affectées de deux manières différentes par la faillite d'institutions financières de valeurs mobilières. Premièrement, les banques pourraient être sérieusement affectées par leurs expositions aux risques de contrepartie⁵⁸⁷. Considérant que les plus importants risques de crédit avaient traditionnellement lieu dans le secteur bancaire, la multiplicité des instruments financiers complexes a conduit à une délocalisation des risques de crédit des banques vers les sociétés de valeurs mobilières. Deuxièmement, il existe un canal de contagion des sociétés de valeurs vers les banques, provenant de l'impact que peut avoir la faillite d'une société de valeurs sur les prix de marché et sur les liquidités. La défaillance d'un acteur majeur du marché des valeurs mobilières pourrait faire fortement baisser les prix sur les marchés, à un tel point que les banques ayant des concentrations importantes de risques de crédit sur les mêmes marchés devraient également subir des pertes importantes face au risque d'insolvabilité des sociétés de valeurs⁵⁸⁸. Ces difficultés loin d'être théoriques furent mises en lumière dans l'affaire Long Term Capital Management (LTCM)⁵⁸⁹. LTCM était un hedge fund⁵⁹⁰ dont la faillite en septembre 1998 fit courir un risque majeur au

⁵⁸⁶ T. PADOA-SCHIOPPA, « Securities and banking: bridges and walls », BNL Quarterly Review, n°222, September 2002, p. 250. Pour l'auteur, « analogous to bank runs, securities investors can run in favour of higher liquidity and lower risk ».

⁵⁸⁷ Le risque de contrepartie désigne la probabilité qu'une entreprise fasse défaut sur sa dette. Ce risque dépend de la santé financière de l'entreprise et de sa qualité de crédit qui est définie par une note (de AAA à D) attribuée par des agences de rating. Évaluer le risque de contrepartie, ou risque de crédit, revient à déterminer la solvabilité de l'entreprise bénéficiaire des activités de la banque.

⁵⁸⁸ T. PADOA-SCHIOPPA, « Securities and banking: bridges and walls », op.cit, p. 252.

⁵⁸⁹ Pour une analyse de la quasi-faillite de LTCM, voir: R. LOWEINSTEIN, *When Genius Failed: The Rise and Fall of Long-Term Capital Management*, Random House LLC, 2001.

⁵⁹⁰ Les hedge funds sont des fonds d'investissement spéculatifs pratiquant une gestion alternative des valeurs et des titres. S'appuyant sur des procédés tels que les ventes à découvert ou les effets de levier (emprunts pour augmenter la taille fictive du portefeuille), les hedge funds sont très performants mais aussi très opaques. C'est

système bancaire international. Suite la crise asiatique de 1997, LTCM paria sur un retour à la hausse des taux obligataires pour la fin 1998. Alors que la crise asiatique allait se propager vers la Russie à l'exact opposé de ses anticipations, LTCM vit son capital détruit presque instantanément en quelques jours. Face au risque d'insolvabilité (de nombreux emprunts avaient été accordés à LTCM), les banques durent recapitaliser le fonds d'investissement afin d'éviter une crise systémique. L'exemple de LTCM montre ainsi la possible exposition des banques par le canal de contagion surgissant à partir de nombreux dérivés de crédits (dérivés de gré à gré, de courtage et de compensation, ainsi que des prêts ordinaires) octroyés par les banques à ce type de sociétés de valeurs mobilières.

Face à ces difficultés, Danièle Nouy, ancienne secrétaire générale de l'ACPR et actuelle présidente du conseil de supervision de la BCE, note que la question de la transmission de l'information est centrale : « il semble (...) essentiel de vérifier que les systèmes internes d'information des banques sont bien à même de capturer l'ensemble des expositions de ces dernières sur toutes leurs contreparties individuelles, en particulier les hedge funds, et que les autorités de contrôle peuvent, en tant que de besoin, obtenir ces informations »⁵⁹¹. Il est alors primordial tant pour les professionnels que pour les autorités de contrôle « d'avoir une vue globale de ces risques, qui pourraient sembler suffisamment diversifiés en temps normal, mais s'avérer fortement corrélés en période de crise »⁵⁹². Dans une perspective micro-prudentielle, il est important que ce type d'information soit accessible aux autorités de supervision afin de vérifier que « les banques disposent d'un véritable outil de suivi de l'ensemble de leurs risques malgré la diversité de leurs activités avec les hedge funds ». Une approche globale de surveillance micro-prudentielle permettrait aux autorités de régulation d'évaluer efficacement le degré de vulnérabilité du système financier⁵⁹³. Cette

cette opacité qui conduit à augmenter considérablement le risque de crédit pour les banques. A propos des hedge funds, voir : N. AMENC, S. BONNET, G. HENRY, L. MARTELLINI et A. WEYTENS, *La gestion alternative*, Economica, 2004.

⁵⁹¹ D. NOUY, « La supervision indirecte des hedge funds », Banque de France, *Revue de la stabilité financière*, Numéro spécial hedge funds, n° 10, Avril 2007, p. 112. L'auteur précise que les expositions directes des banques « peuvent résulter de plusieurs types de transactions qui peuvent être classées en deux grandes catégories : d'une part, les opérations pour lesquelles les banques sont la contrepartie d'un fonds, tels les prêts non garantis, les financements sécurisés, les activités de prime broker et les dérivés de gré-à-gré ; d'autre part, les opérations pour lesquelles les banques jouent le rôle d'investisseur dans un fonds, à des fins de négociation, placements pour compte propre ou encore en vue de commercialiser à la clientèle des produits traditionnels ou structurés, par exemple indexés sur les rendements d'un fonds mais offrant un capital garanti ».

⁵⁹² Ibid.

⁵⁹³ Voir A. A. WEBER, « Hedge funds : un point de vue de banque centrale », *Revue de la stabilité financière*, Banque de France, Numéro spécial hedge funds, op.cit, pp. 179 et s.

difficulté liée aux relations qu'entretiennent le secteur de la banque et celui des sociétés de valeurs se retrouve dans le cadre des investissements faits par les fonds communs de placement, fonds de pension et d'assurance-vie sur ce même marché⁵⁹⁴. Un certain nombre d'institutions régulées investissent de plus en plus dans les sociétés de valeurs mobilières ou immobilières⁵⁹⁵, et notamment les hedge funds. Cette situation peut susciter des inquiétudes quant à l'adéquation de ces investissements avec le mandat de leurs sociétés, sur leur profil de risque, et « quant à savoir si [leurs] gérants disposent d'une expertise suffisante pour comprendre les choix d'investissement »⁵⁹⁶.

Enfin, la difficulté la plus complexe à résoudre pour les tenants de la supervision par objectifs est l'acceptation d'un superviseur commun pour les secteurs de la banque et de l'assurance⁵⁹⁷. Cette difficulté n'est pas nouvelle et conduit à s'interroger sur la pertinence d'un rapprochement de ces deux types de contrôles prudentiels au sein d'une même structure. Si les professionnels du secteur bancaire n'y voient que peu d'inconvénients, ceux de l'assurance y sont plus réticents. En France⁵⁹⁸ et au Royaume-Uni⁵⁹⁹, ils ne s'y sont pas opposés, malgré certaines interrogations de la doctrine⁶⁰⁰. En Allemagne à l'inverse, les professionnels de l'assurance semblent peu enclins à confier le contrôle prudentiel de leur

⁵⁹⁴ T. PADOA-SCHIOPPA, « Securities and banking: bridges and walls », *op.cit.*, p. 244.

⁵⁹⁵ P-E. DUPONT, « Financements immobiliers par les sociétés d'assurance : première approche des contraintes juridiques », *RDBF* n° 2, Mars 2013, étude 6.

⁵⁹⁶ J. DANIELSSON et J-P. ZIGRAND, « Quelle forme de régulation pour les hedge funds? », *Banque de France, Revue de la stabilité financière, Numéro spécial hedge funds*, *op.cit.*, p. 33.

⁵⁹⁷ E. DENTERS, « Global Financial Architecture and the Insurance sector », in P.M. LIEDTKE and J. MONKIEWICZ (dir.), *The Future of Insurance Regulation and Supervision: A Global Perspective*, Editions Palgrave Macmillan, 2011, p. 41.

⁵⁹⁸ B. DELETRE, *Rapport sur la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France*, *op.cit.*, p. 52.

⁵⁹⁹ L. HODGSON and S. BAKER, « Insurers and the "twin peaks" regulatory system - are two heads really better than one? », *British Insurance Law Association Journal*, n°123, November 2011, pp. 3 et s.

⁶⁰⁰ Voir : J. BIGOT et J-L. BELLANDO, « La nouvelle Autorité de contrôle prudentiel et l'assurance : aspects structurels », *JCP Ed. Générale* n° 13, 29 Mars 2010, doct. 364. Les auteurs s'interrogeaient « sur l'opportunité de ce regroupement au moment où certains États membres de l'Union européenne s'apprêteraient à séparer ces autorités qu'elles avaient précédemment fusionnées et [se demandaient] si à raison des différences des métiers de banquier et d'assureur, l'Autorité y gagnera en efficacité, compte tenu de la complexité de ses structures et de leurs attributions respectives ». Voir également : H. SYNDET, « L'Autorité de contrôle prudentiel sous le regard de la Cour des comptes », *D.* 2012 p. 544. Pour l'auteur, « on perçoit en filigrane le sentiment qu'éprouvent les professionnels de l'assurance de ne pas participer à une "fusion entre égaux", mais d'avoir fait l'objet d'une sorte d'offre publique les plaçant dans la mouvance de la Banque de France : la disparition du corps des commissaires-contrôleurs des assurances est à cet égard emblématique. Sans doute l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM) n'avait-elle plus la dimension requise, compte tenu de l'importance prise par les négociations européennes et internationales. Mais il ne faudra pas perdre de vue que les modèles économiques de la banque et de l'assurance sont nettement différents et que leur impact sur la stabilité financière n'est pas le même ».

secteur à la Bundesbank⁶⁰¹. Aux Pays-Bas, le rapprochement entre la DNB et le PVK, décidé en 2002, n'est pleinement effectif que depuis 2009, lors de la fusion des sièges de gouvernance⁶⁰². Les autorités néerlandaises souhaitaient en effet laisser un temps d'adaptation aux équipes de supervision du secteur de l'assurance face à des craintes de perte de la culture assurantielle au profit de la culture bancaire et de démotivation du personnel du PKV « avalé » par la DNB⁶⁰³.

En effet, les métiers de l'assurance et de la banque, ainsi que le type de contrôle opéré respectivement sur l'un et l'autre secteur, restent éloignés⁶⁰⁴. Le banquier prête à son client et les risques qui pèsent sur lui sont liés « à l'actif », puisque ce sont des risques directs de solvabilité (il doit récupérer l'argent prêté) et de liquidité (il doit faire face aux retraits des déposants). L'assureur reçoit quant à lui une prime de son client et le service consiste dans le versement d'un capital lors de la survenance du sinistre ou du décès sans crainte de rush, il s'agit donc d'un risque lié « au passif ». Si les deux professions sont différentes, elles n'en demeurent pas pour autant diamétralement opposées, puisque dans un cas comme dans l'autre, la surveillance prudentielle est similaire, en ce sens que l'autorité de régulation doit avant tout vérifier l'existence d'un « matelas de sécurité » en imposant des contraintes et des obligations en matière de fonds propres.

Il existe d'ailleurs un certain nombre de « zones de recouvrement » sur lesquelles les secteurs de l'assurance et de la banque sont susceptibles de se retrouver. D'une part, les activités des sociétés d'assurance et des banques peuvent s'exercer sur des marchés communs, comme le sont ceux de l'épargne et des placements financiers, avec le développement de l'assurance-vie. D'autre part, il arrive que des activités bancaires et de l'assurance s'entremêlent⁶⁰⁵. Les compagnies d'assurance opérant désormais sur des marchés qui leur

⁶⁰¹ K.C. ENGELEN, « Germany's fight over BaFin. The ramifications of a Bundesbank takeover », *The International Economy*, Winter 2010, p. 55.

⁶⁰² De 2002 à 2009, bien que fusionnés au sein de la DNB, la DNB et le PVK conservaient chacun leur siège, Amsterdam et Apeldoorn. Depuis 2009, l'ensemble de la supervision s'opère depuis Amsterdam.

⁶⁰³ Voir le rapport de la DNB : *Bouwen aan vertrouwen, Maatschappelijk verslag, 2009*, sect 2 ;13, p. 14. Cette difficulté a également fait l'objet de débats dans le cadre de l'organisation de la supervision financière en France : B. DELETRE, *Rapport sur la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France*, op.cit, pp. 60 et 61.

⁶⁰⁴ B. DELETRE, *ibid.*, pp. 52 et 53.

⁶⁰⁵ C'est le cas des Monolines Insurance Companies qui jouent un rôle dans le cautionnement et dans l'assurance-crédit.

étaient initialement exclus⁶⁰⁶, les risques de crédit ont eux aussi migré⁶⁰⁷. La multiplication des conglomérats financiers, parfois appelés bancassurances, dont les activités s'exercent dans les deux secteurs, semble également jouer en faveur d'un contrôle prudentiel commun aux banques et aux compagnies d'assurance⁶⁰⁸. Enfin, alors qu'ils furent longtemps considérés comme n'ayant pas ou que peu d'impact systémique, les grands groupes d'assurance font aujourd'hui peser des risques considérables sur l'ensemble du système financier⁶⁰⁹. Le cas d'American International Group (AIG), qui reçut en 2008 le soutien financier de la FED afin d'éviter la faillite et la panique sur les marchés financiers en est une bonne illustration.

Alors même que les secteurs de la banque, de l'assurance et des valeurs mobilières présentent de nombreuses différences, la pesée des arguments précédemment développés devrait permettre d'aboutir à la construction d'une structure commune chargée de leur supervision micro-prudentielle. En effet, compte tenu de l'interdépendance de ces secteurs financiers, les frontières entre ces secteurs sont devenues particulièrement poreuses, et ces distinctions n'ont plus forcément toujours lieu d'être lors de leur surveillance micro-prudentielle⁶¹⁰. L'exercice de la surveillance prudentielle des secteurs de la banque, de l'assurance et des valeurs mobilières au sein d'une même entité permettrait enfin de lutter efficacement contre le « shadow banking », pratique apparue au cours des années 2000 qui vise les entreprises non soumises au contrôle bancaire mais qui effectuent des activités similaires voire identiques à celles exercées par les banques⁶¹¹.

⁶⁰⁶ P-G. MARLY, « Le sort des opérations de banque réalisées par les sociétés d'assurance », D. 2009, p. 2731.

⁶⁰⁷ V.V. ACHARYA, J. BIGGS, M. RICHARDSON and S. RYAN, On the Financial Regulation of Insurance Companies, NYU Stern School of Business, August 2009, p. 5: « as an illustration of this credit risk transfer from banks to insurance companies, the credit default swap spreads for the largest monoline insurers ».

⁶⁰⁸ Voir : T. BONNEAU, « Conglomérat financier », RDBF n° 3, Mai 2012, comm. 108. L'auteur insiste notamment sur « la nécessité de renforcer les pouvoirs des autorités de supervision et la prise en compte des risques liés aux activités et aux entités non régulées des conglomérats financiers ».

⁶⁰⁹ Le Conseil de stabilité financière a listé un certain nombre de groupes d'assurance identifiés comme « à gros risque » en cas de faillite. Il s'agit dans l'ordre alphabétique de l'allemand Allianz, de l'américain AIG, de l'italien Generali, du britannique Aviva, du français Axa, de l'américain MetLife, du chinois Ping An, et des américains Prudential Financial et Prudential plc ; Financial Stability Board, Global systemically important insurers and the policy measures that will apply to them, Bâle, 13 July 2013, p. 4.

⁶¹⁰ V.V. ACHARYA, J. BIGGS, M. RICHARDSON and S. RYAN, On the Financial Regulation of Insurance Companies, op.cit, p. 10 : « one should think of a "financial firm" as not just the commercial bank taking deposits and making loans, but also include investment banks, money-market funds, mutual funds, insurance firms, and potentially even hedge funds and private equity funds ».

⁶¹¹ Le shadow banking system est défini « as the system of credit intermediation that involves entities and activities outside the regular banking system »; FSB, Shadow banking : strengthening oversight and regulation. Recommendations of the Financial Stability Board, 27 October 2011, note 3, p. 1. Pour de plus amples précisions, voir : P-H. CASSOU, « Réguler le shadow banking system implique une approche globale et

c. Le rôle de la Banque centrale dans le rapprochement des supervisions micro et macro-prudentielles

Si les banques centrales ont une proximité naturellement forte avec le secteur bancaire, elles participent également, en qualité de prêteur en dernier ressort, au soutien financier des sociétés des autres secteurs, comme en témoignent les cas évoqués précédemment de soutien à LTCM et à AIG. C'est à ce constat que font échos les propos de David T. Llewellyn, pour qui la position et le rôle de la banque centrale constitue une question clé dans toute structure institutionnelle de régulation et de supervision⁶¹². Si la supervision macro-prudentielle s'exerce habituellement au sein de la Banque centrale⁶¹³ et si la régulation des méthodes de commercialisation est traditionnellement exercée par une autorité qui lui est distincte, la question la plus importante lors de l'examen du cadre institutionnel du modèle Twin Peaks est l'insertion ou non de la supervision micro-prudentielle au sein des activités des Banques centrales⁶¹⁴.

A priori, ce serait en raison de leurs propres compétences que les banques centrales sont à même d'exercer le contrôle micro-prudentiel⁶¹⁵ des secteurs bancaire, de l'assurance et des valeurs. Tout d'abord parce que la banque centrale sera toujours responsable de la stabilité systémique dans le secteur financier. Si la banque centrale n'est pas responsable de la surveillance micro-prudentielle, il y aura nécessairement un certain degré de chevauchement des efforts et de la collecte de l'information entre la Banque centrale et l'autorité de surveillance. Ensuite parce que la Banque centrale a besoin de renseignements sur les banques en raison de ses opérations de politique monétaire mais aussi sur toutes les sociétés

différenciée », *Revue Banque* n°746, mars 2012, p. 46 ; S. FRANCIS, « Shadow banking and the financial crisis », *International Financial Regulation Review*, 16 mai 2012, p. 160 ; Y. TADJEDDINE, « Le shadow banking », in C. DE BOISSEAU et J. COUPPEY-SOUBEYRAN (dir), *Les systèmes financiers. Mutations, crises et régulation*, 4e édition, p. 102.

⁶¹² D. T. LLEWELLYN, « Institutional structures of financial regulation and supervision: The basic issues », *op.cit.*, p. 56 : « a key issue in any institutional structure of regulatory and supervisory agencies is the position and role of the central bank ».

⁶¹³ T.J. JORDAN, *A changing role for central banks?*, Swiss National Bank, Bern 2010, p. 7.

⁶¹⁴ D. MASCIANDARO, « Unification in financial sector supervision: The trade-off between central bank and single authority », *Journal of Financial Regulation and Compliance*, Vol. 12 Iss: 2, 2004, p.151; Voir également: ECB, *The role of central banks in prudential supervision*, 22 march 2001, p. 3: « while [macro-prudential analysis] is performed, in some way, by all central banks, the activities relating to investor protection, especially in the securities markets, are very rarely included in their mandate, [but by separate supervisory agencies]. The critical issue when discussing the most efficient institutional framework is the performance of micro-prudential supervision ».

⁶¹⁵ S. OOSTERLOO and J. HAAN, « A Survey of Institutional Frameworks for Financial Stability », *Occasional Studies* Vol 1, n° 4, De Nederlandsche Bank, Amsterdam, 2003.

financières concernant leur solvabilité et leur liquidité lors de l'examen de son rôle de prêteur en dernier ressort. Il y a par conséquent des synergies de l'information entre la conduite de la politique monétaire et le rôle de prêteur d'une part, et la surveillance prudentielle des banques d'autre part⁶¹⁶. Ce sont ces raisons qui poussèrent les autorités néerlandaises à décider que la supervision micro-prudentielle allait être exercée aux côtés du contrôle du risque systémique par la DNB⁶¹⁷.

Si un choix différent est opéré, la principale préoccupation concernant la qualité d'un superviseur micro-prudentiel à l'extérieur de la Banque centrale est de savoir si celui-ci sera en mesure de coopérer efficacement avec cette dernière en période de crise⁶¹⁸. L'échange d'informations entre la Banque centrale et l'autorité qui en est séparée est ici primordiale, comme le précisent Richard Herring et Jacopo Carmassi : « une coopération étroite avec la banque centrale est essentielle parce que la surveillance micro-prudentielle nécessite une compréhension du contexte macroéconomique et que la supervision macro-prudentielle exige une compréhension des institutions et des marchés d'importance systémique »⁶¹⁹.

Cette coordination n'est pas un exercice facile, et un défaut de coopération peut aboutir à des situations critiques, comme le fut la gestion de Northern Rock en 2007 lorsque la Banque d'Angleterre et la FSA ne parvinrent pas à échanger suffisamment vite les informations nécessaires afin d'anticiper les risques pesant sur la faillite de la banque britannique. Pour ces raisons, si la supervision micro-prudentielle n'est pas exercée directement par la Banque centrale, au moins doit-elle l'être par une autorité rattachée à celle-ci, comme l'ACPR l'est à la Banque de France. C'est ce que dit en substance Ben Bernanke, ancien président de la FED, qui soulignait en 2007 que sans la participation des Banques centrales à la surveillance micro-prudentielle, la politique monétaire pourrait en souffrir et les

⁶¹⁶ C. GOODHART and D. SCHOENMAKER, « Should the Functions of Monetary Policy and Banking Supervision Be Separated? », *Oxford Economic Papers*, Vol. 47, Iss. 4, Oxford University Press, 1995, pp. 539 et s.

⁶¹⁷ Financial sector supervision : Twin Peaks model technical note, op.cit, p. 7 : « it has become evident during the recent crisis that, with all prudential oversight located in DNB, it is able to take a view of systemic issues across the financial sector as a whole, and react quickly and decisively in a crisis ».

⁶¹⁸ B. BORN, M. EHRMANN and M. FRATSCHER, « Macroprudential policy and central bank communication », *BIS Papers chapters, Macroprudential regulation and policy*, Vol. 60, p. 107.

⁶¹⁹ R.J. HERRING and J. CARMASSI, « The Structure of Cross-Sector Financial Supervision », op. cit., p. 63 : « close cooperation with the central bank is essential because microprudential supervision requires an understanding of the macroeconomic context and macroprudential supervision requires an understanding of systemically important institutions and markets ».

Banques centrales seraient moins en mesure de gérer les crises liées aux faillites des sociétés financières⁶²⁰.

B. Le rôle du pouvoir politique dans la diffusion du modèle de régulation financière par objectifs

Du point de vue de l'efficacité juridique et économique, le recours au modèle de supervision par objectifs semble actuellement une solution aux problématiques rencontrées lors de la crise débutée en 2007. Le secteur financier n'en demeure pas moins un secteur particulier dont l'impact d'une mauvaise gestion se répercute aisément sur l'économie au quotidien, ce qui en fait un secteur tout particulièrement « surveillé » par la classe politique. Pour cette raison, l'évolution de la régulation financière vers un modèle par objectifs peut se faire de manière pragmatique (1), le législateur jugeant qu'il devient nécessaire d'adapter la régulation aux contraintes de la réalité. A l'inverse, des indécisions politiques peuvent être un frein à toute modification de la structure de la supervision financière (2).

1. Le pragmatisme et la consultation comme préludes à une réforme structurelle de la supervision financière

Les constats tirés en Europe de la crise de 2007 ont poussé certains Etats pourtant ancrés dans un système de supervision financière à modifier substantiellement l'architecture de celui-ci. La tendance générale observée est un abandon des architectures traditionnelles que sont les systèmes sectoriel et intégré au profit de l'approche par objectifs.

a. L'abandon du modèle sectoriel au profit du modèle par objectifs en France et en Italie

Initialement organisés selon des modèles sectoriels, plusieurs systèmes de supervision européens ont connu de profondes mutations au cours des quinze dernières années, illustrant ce mouvement global selon lequel le modèle par objectifs s'impose au modèle sectoriel.

⁶²⁰ B.S. BERNANKE, Central Banking and Bank Supervision in the United States, Remarks before the Allied Social Science Association Annual Meeting, Chicago, Illinois, January 5, 2007 : « without involvement in microprudential oversight of banks, its monetary policy would suffer and it would be less able to manage the full range of crises from bank failures ».

Malgré plusieurs propositions de rationalisation⁶²¹, le système de supervision français était jusque récemment marqué sectoriellement et fonctionnellement, constituant l'un des systèmes les plus diffus et les plus complexes d'Europe au sein duquel pas moins de dix entités exerçaient des activités de supervision : la Commission des Opérations de Bourse (COB), le Conseil des Marchés Financiers (CMF), le Conseil de Discipline de la Gestion Financière (CDGF), la Commission Bancaire, le Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement (CECEI), le Comité de la Réglementation Bancaire et Financière (CRBF), la Commission de Contrôle des Assurances, des Mutuelles et des Institutions de Prévoyance (CCAMIP), la Commission de Contrôle des Assurances (CCA), le Comité des Entreprises d'Assurance (CEA) et la Banque de France. La réforme initiée en 2003⁶²² posa les prémises d'un système marqué par une grande dichotomie que l'ordonnance du 21 janvier 2010 finalisera avec la création de l'ACPR⁶²³. La lettre de mission signée par la ministre de l'économie et des finances en 2008 à destination de Bruno Deletré résume l'objectif de cette réforme. Elle avait notamment « comme objectif l'efficacité et la compétitivité [du] système de supervision et de contrôle⁶²⁴ » au « regard de la crise financière subie depuis l'été 2007 ». La mission, qui s'appuya sur de nombreuses auditions et consultations⁶²⁵, devait notamment envisager « les rapprochements entre autorités, pour augmenter la visibilité et l'efficacité [du] dispositif et favoriser les synergies entre autorités, notamment prudentielles ». Depuis 2010, le premier pôle dédié à la régulation des marchés financiers chargé de l'objectif commercial est assuré par l'AMF, autorité indépendante issue de la fusion de la COB, du CMF et du CDGF. Chapeautant l'ensemble de la supervision financière, la Banque de France est responsable du « bon fonctionnement et [de] la sécurité des systèmes de paiement⁶²⁶ ». N'exerçant pas de contrôle direct sur les institutions financières, c'est surtout par l'intermédiaire de l'ACPR, chargée de l'agrément et du contrôle des établissements bancaires et des organismes d'assurance que la Banque de France manifeste désormais son influence.

⁶²¹ J.-J. DAIGRE, « La complexité de l'architecture institutionnelle du secteur financier en France », op. cit., p. 60 ; N. DECOOPMAN, « La nouvelle architecture des autorités financières. Le volet institutionnel de la loi de sécurité financière », JCP. G, 2003, n°42, p. 1817.

⁶²² Loi de sécurité financière n°2003-706 du 1er août 2003, JO n°177 du 2 août 2003

⁶²³ Ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, JO n°0018 du 22 janvier 2010.

⁶²⁴ Lettre de mission, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 30 juillet 2008.

⁶²⁵ Voir Annexe I : Liste des personnes rencontrées par la mission, in B. DELETRE, Rapport sur la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France, op.cit, pp. 97 et s.

⁶²⁶ Art L 141-4 du CMF.

Ce nouveau système met ainsi fin à « une architecture complexe héritée du passé »⁶²⁷, illustrant une « régulation insuffisamment efficace face aux mutations des activités financières »⁶²⁸. Le nouveau système bipolaire français se rapproche ainsi du modèle Twin Peaks australien⁶²⁹, qui présente la particularité d'organiser la supervision prudentielle par une autorité distincte de la Banque centrale, bien que lui étant adossée. Elle est en outre marquée par une spécificité, l'AMF se cantonnant à l'épargne et l'ACP ne traitant pas des questions relatives aux valeurs mobilières.

Bien que n'étant pas marqué d'une telle empreinte fonctionnelle, le système de régulation financière italien s'est depuis longtemps organisé autour de quatre autorités sectorielles : la *Banca d'Italia*, créée en 1893, la Commissione nazionale per le società e la Borsa⁶³⁰ (CONSOB), l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private⁶³¹ (ISVAP) et la Commissione di vigilanza sui fondi pensione⁶³² (COVIP). Fin 2003, les scandales financiers de la société Parmalat et de la banque Capitalia⁶³³ conduisirent le gouvernement italien à procéder à une profonde réévaluation du fonctionnement du système financier. Le projet du ministre de l'économie Giulio Tremonti, présenté au conseil des ministres le 3 février 2004⁶³⁴ puis déposé devant les parlementaires⁶³⁵, envisageait la création d'une autorité de supervision intégrée calquée sur la FSA britannique, l'Autorità per la tutela del risparmio (Autorité pour la protection de l'épargne). La réforme aboutit finalement en 2005⁶³⁶ à un renforcement de la CONSOB comme autorité des marchés financiers⁶³⁷ et l'exercice de la surveillance

⁶²⁷ Cour des comptes, « Les autorités de contrôle et de régulation du secteur financier », in Rapport public annuel 2009 de la Cour des comptes, 2009, p. 389

⁶²⁸ Ibid, p. 397.

⁶²⁹ B. DELETRE, Rapport sur la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France, op.cit, p. 75.

⁶³⁰ Loi n° 216 du 7 juin 1974, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 1974, n. 95, recante disposizioni relative al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli azionari, G.U n°149, 8/06/1974.

⁶³¹ Loi n° 576 du 12 août 1982, Riforma della vigilanza sulle assicurazioni, G.U n°229, 20/08/1982.

⁶³² Décret-loi n° 124 du 21 avril 1993, G.U n°40, 27/04/1993.

⁶³³ A. NUZZO, « Parmalat, Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d'impresa », *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1-2009, giugno 2009, p. 105. Voir également : B. MARX, « Parmalat. C'est arrivé près de chez vous », La lettre de Confrontations Europe, n°66, février-mars 2004, p. 4.

⁶³⁴ Conseil des ministres, Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, 03/02/2004.

⁶³⁵ Projet de loi n° 4747 du 25 février 2004, Istituzione del Sistema di Tutela del Risparmio.

⁶³⁶ Loi n° 262 du 28 décembre 2005, Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, G.U n° 301, 28/12/2005.

⁶³⁷ G. PAROLA et M. POTO, « La Consob : l'AMF italienne ? Création, développement et réformes de l'Autorité italienne des marchés financiers », *Gaz. Pal.*, 22 septembre 2007, n° 265, p. 11.

prudentielle par la *Banca d'Italia* (banque), l'ISVAP (assurance) et la COVIP (fonds de pension). Depuis quelques années, la coexistence de ces empreintes sectorielles du système italien tend définitivement à s'effacer suite aux réformes engagées après la crise de 2008. Celles-ci se traduisent par le renforcement d'un cadre bipolaire similaire à celui choisi en France : depuis le décret-loi du 7 août 2012⁶³⁸, l'autorité administrative indépendante chargée de la surveillance du secteur de l'assurance, l'ISVAP, est remplacée par l'Instituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS), nouvelle autorité exerçant la supervision prudentielle de ce dernier sous l'autorité de la Banque d'Italie. Depuis le 30 avril 2014, le projet de modifier le statut de la COVIP pour adosser également celle-ci à la Banque centrale fut ouvert à consultation publique⁶³⁹ et est désormais à l'étude par le gouvernement Renzi⁶⁴⁰. Le souhait de simplification de la structure institutionnelle en Italie sera ainsi exaucé par la constitution d'un grand pôle de supervision prudentielle au sein de la Banque d'Italie.

b. L'abandon du modèle intégré au profit du modèle par objectifs au Royaume-Uni

Laissant longtemps une grande liberté aux institutions privées du secteur financier afin de les laisser réguler leurs activités, le système britannique était traditionnellement marqué par l'autodiscipline de ses propres acteurs⁶⁴¹. Ce n'est qu'à la fin des années 1990⁶⁴² que le gouvernement britannique emprunta le chemin vers un modèle de régulation intégré organisé autour d'une agence unique, la Financial Services Authority (FSA)⁶⁴³. Depuis lors, la FSA supervisait la quasi-totalité des activités financières, la Bank of England (BoE) ne

⁶³⁸ Décret-loi n° 135 du 7 août 2012, G.U n° 189, 14/8/2012.

⁶³⁹ Les résultats de la consultation publique sont publics sur le site <http://www.funzionepubblica.gov.it>. Le point n°19 traite de l'intégration de la COVIP dans la *Banca d'Italia*. En France, une consultation publique sur les propositions du rapport de la mission de Bruno Deletré sur la commercialisation des produits financiers et le respect des obligations des banques vis-à-vis de leur clientèle avait également été lancée par C. Lagarde du 1er novembre au 31 décembre 2009.

⁶⁴⁰ Voir : C. GIURO, « Renzi intende trasferire le competenze della Covip alla Banca d'Italia », *Pensione & Welfare italia*, 6 maggio 2014 ; C. LINGUELLA, « Risoppressa la Covip, Previdenza Complementare », *Previdenza complementare*, 5 maggio 2014 ; C. GIURO, « Ma Renzi fa bene a rispolverare l'abolizione della Covip? », *Milano Finanza*, 10 maggio 2014.

⁶⁴¹ F. PERIER, « L'Organisation Internationale des Commission de Valeurs (OICV) et le rôle des régulateurs boursiers dans l'internationalisation des marchés », *REF*, Vol. 33, n° 2, 1995, pp. 124 et s.

⁶⁴² Le Financial Services and Markets Act de 2000, entré en vigueur en décembre 2001 en abrogeant le Banking Act (1982), le Financial Services Act (1986) et l'*Insurance Companies Act* (1982), institue par la loi la FSA comme régulateur unique.

⁶⁴³ C. BRIAULT, « The Rationale for a Single National Financial Regulator », *FSA Occasional Paper n°2*, London, FSA, 1999 ; E. FERRAN, « Examining the United Kingdom's experience in adopting the single financial regulator model », *Brooklyn Journal of International Law*, Vol 28, n°2, 2003, pp. 260 et s.

conservant qu'une responsabilité générale de stabilité sur l'ensemble du secteur⁶⁴⁴. Longtemps considérée comme un modèle – on parlait de « modèle FSA » pour qualifier un système de supervision unifié – l'architecture intégrée de la FSA fut toutefois récemment remise en cause par la crise financière débutée en 2007. Celle-ci n'épargna pas le Royaume-Uni et affecta largement le système bancaire britannique, entraînant notamment l'intervention de l'Etat auprès de plusieurs grandes banques afin d'en éviter les faillites⁶⁴⁵. C'est dans ce contexte qu'une réflexion sur une réforme institutionnelle du système de supervision financière vit le jour.

Cette réflexion sur l'évolution de la régulation financière fût entamée par différents acteurs dès 2008. Le premier est Lord Jonathan Adair Turner, ancien président de la FSA nommé en 2008 au sortir de la crise. Dans une intervention publique dans le magazine *Prospect*⁶⁴⁶ et dans un discours à la Mansion House le 22 septembre 2009⁶⁴⁷, Turner pointe du doigt les défaillances de la FSA en matière de contrôle prudentiel, le défaut de transmissions d'informations à la BoE et l'absence de communication et d'échange entre les deux autorités⁶⁴⁸. Pour Lord Turner, c'est l'approche globale de la régulation au Royaume-Uni qu'il convient de modifier : « we need radical change. Regulators must design radically changed regulations and supervisory approaches, but we also need to challenge our entire past philosophy of regulation »⁶⁴⁹. Le second est George Osborne, Chancelier de l'Echiquier depuis 2010. S'appuyant sur les remarques formulées par Lord Turner, celui-ci décide dès 2010 de réformer en profondeur le système britannique et lance une consultation de grande ampleur au mois d'août de la même année à la suite d'un premier rapport établissant les grands axes de la réforme⁶⁵⁰. Ces phases de consultations aboutirent à deux nouveaux rapports aux titres explicites, en février⁶⁵¹ et juin 2011⁶⁵². Ils soulignent l'échec de l'organisation

⁶⁴⁴ R. BISMUTH, La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public, op.cit, p. 88.

⁶⁴⁵ Nationalisation totale des banques Northern Rock et Royal Bank of Scotland, nationalisation partielle du Lloyds banking group.

⁶⁴⁶ Lord J.A. TURNER, « How to tame global finance ? », *Prospect Magazine*, August 27, 2009.

⁶⁴⁷ Lord J.A. TURNER, Mansion House Speech, The City Banquet, September 22, 2009, The Mansion House, London. Consultable sur le site www.fsa.gov.uk.

⁶⁴⁸ Cette dernière critique fit d'ailleurs l'objet d'une analyse menée par Alistair Darling, Chancelier de l'Echiquier de 2007 à 2010 dans ses mémoires publiées en 2011. Voir : A. DARLING, *Back from the Brink: 1000 Days at Number 11*, Hardcover edition, 2011.

⁶⁴⁹ Lord J.A. TURNER, Mansion House Speech, op. cit.

⁶⁵⁰ HM Treasury, *A new approach to financial regulation: judgement, focus and stability*, Cm 7874, July 2010.

⁶⁵¹ HM Treasury, *A new approach to financial regulation: building a stronger system*, Cm 8012, February 2011.

⁶⁵² HM Treasury, *A new approach to financial regulation: the blueprint for reform*, Cm 8083, June 2011.

tripartite de la supervision financière entre le HMT, la BoE et la FSA, qui n'a pas permis d'identifier et de prévenir l'instabilité des banques et l'augmentation rapide et insoutenable de la dette au Royaume-Uni⁶⁵³. Le constat est sévère : la défaillance du système de supervision britannique dans la prévention et la gestion de la crise est complète ; La régulation légère et limitée voulue par Gordon Brown en 2005⁶⁵⁴ doit faire place à une régulation plus stricte⁶⁵⁵.

La nouvelle architecture du système de supervision financière décidée en 2013 rompt radicalement avec les choix opérés jusqu'alors. Désormais, la Banque centrale est responsable de la surveillance prudentielle par l'intermédiaire de deux entités qui lui sont adossées : le Financial Policy Committee (FPC) chargé de la prévention du risque systémique et la Prudential Regulation Authority (PRA) pour la supervision micro-prudentielle des institutions financières prises individuellement. A leur côté, une autre autorité est créée, la Financial Conduct Authority (FCA), destinée à réguler la « conduct of business » des secteurs de la banque, de l'assurance et des fonds d'investissement et chargée de la protection des consommateurs. S'appuyant sur des « balanced statutory objectives »⁶⁵⁶, cette architecture se rapproche ainsi du système néerlandais de type Twin Peaks.

L'objectif de rationalisation envisagé depuis les années 2000 par les gouvernements français, italien et britannique n'a toutefois pas été atteint dans tous les Etats membres de l'Union européenne, comme les Etats scandinaves et l'Allemagne.

2. L'indécision politique comme frein à une réforme structurelle de la supervision financière

Contrairement aux exemples précédents, un certain nombre d'Etats de l'Union européenne n'analysent pas les différents modèles de supervision du système financier en fonction de leur seule efficacité mais également au regard de l'agenda électoral. Ce fut le cas dans une certaine mesure au Royaume-Uni avec la FSA et son modèle intégré soutenu par les travaillistes pendant de nombreuses années et rejeté récemment par les Tories. C'est le cas

⁶⁵³ G. OSBORNE, Mansion House Speech, Lord Mayor's dinner for bankers and merchants of the City of London, June 16, 2010, Mansion House, London. Consultable sur le site www.gov.uk.

⁶⁵⁴ Voir : E. ENGELN, I. ERTÜRK, J. FROUD, S. JOHAL, A. LEAVER, M. MORAN, and K. WILLIAMS, « Misrule of experts? The financial crisis as elite debacle », *Economy and Society*, Vol. 41, Issue 3, 2012, p. 360.

⁶⁵⁵ G. OSBORNE, Mansion House Speech, op. cit.

⁶⁵⁶ HM Treasury, *A new approach to financial regulation: building a stronger system*, op.cit, p. 6.

encore actuellement en Allemagne où la question du choix de recourir ou non à l'Agence fédérale de contrôle des services financiers (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht - BaFin) dépasse le strict cadre de l'avantage d'un système unifié de supervision sur un autre en vue d'un meilleur contrôle, pour illustrer essentiellement des conflits entre la CDU et le SPD, de telle sorte que le choix opéré est fortement marqué du sceau du pouvoir politique.

a. La remise en cause progressive du modèle intégré de supervision financière en Allemagne

Le choix d'un modèle intégré de supervision financière en Allemagne naît en 2002 par le vote au Bundestag de la Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG), qui fusionne l'Office fédéral de surveillance bancaire (Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen - BAKred), l'Office fédéral de surveillance des valeurs mobilières (Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel - BAWe) et l'Office fédéral des assurances de surveillance (Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen - BAV) au sein d'une seule autorité, la BaFin⁶⁵⁷. Calquée sur le Allfinanz-Konzept⁶⁵⁸ du modèle britannique de la FSA tout en conservant certaines spécificités sectorielles⁶⁵⁹, la BaFin ne fut pas épargnée par la crise des subprimes débutée en 2007 et montra les défaillances de son système de supervision financière et notamment le défaut d'une supervision prudentielle efficace. Prenant ses fonctions fin 2009, le Gouvernement soutenu par la coalition formée des démocrates-chrétiens de la CDU et des libéraux du FPD décida de restructurer le système allemand de surveillance des marchés financiers, la BaFin ayant été jugée défaillante et principale responsable de la crise en Allemagne⁶⁶⁰. L'élément central de la réforme envisagée était de concentrer le contrôle des banques aux mains de la Bundesbank (BuBa)⁶⁶¹. Selon l'actuel article 7 de la loi bancaire fédérale (KWG), la Bundesbank et la BaFin partagent les compétences en matière de supervision bancaire. Cette réforme voulait retirer les compétences bancaires à la BaFin et lui

⁶⁵⁷ Pour une présentation de l'architecture de la supervision financière avant 2002, voir : M. ANDENAS, J-H. BINDER, « Financial market regulation in Germany : the new institutional framework », in M. ANDENAS, Y. AVGERINOS (dir), *Financial markets in Europe. Towards a single regulator?*, London/New York, Kluwer Law International, 2003, p 368.

⁶⁵⁸ T. PARK, « Kapitalmarktstrafrecht: Handkommentar », Nomos, 2004, p. 28.

⁶⁵⁹ Pour une analyse des spécificités organisationnelles de la BaFin, notamment à propos de ses divisions sectorielles, voir : K.K. MWENDA, « Legal aspects of unified financial services supervision in Germany », *German Law Journal*, Vol 4, n°10, 2003, p. 1024s.

⁶⁶⁰ P. MÜLBERT, « Finanzmarktregulierung – Welche Regelung empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? », *Juristenzeitung*, 65/17, 2010, p. 834.

⁶⁶¹ Voir : Coalition Agreement, Wachstum, Bildung, Zusammenhalt, Koalitionsvertrag zwischen der CDU, CSU und FDP, 26 October 2009.

laisser les seules tâches de contrôle des secteurs de l'assurance et des valeurs mobilières. Bien que recevant le soutien de l'Institut de recherche économique de Cologne⁶⁶², ce type de séparation ne semblait pas une réponse adéquate à la défaillance de la BaFin, la concentration du contrôle des différents secteurs financiers au sein d'une même entité n'étant pas a priori la principale cause de la crise. Suite aux annonces du gouvernement, le porte-parole de la politique financière de la CDU-CSU auprès du Bundestag, Leo Dautzenberg, proposa un « Holding Modell » visant à faire travailler de concert la Bundesbank, la BaFin et le fonds spécial de stabilisation des marchés financiers (Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung - SoFFin) sous le contrôle de l'administration et du ministère des finances⁶⁶³. Cette proposition fût rejetée par la Bundesbank qui voyait dans ce projet une entrave à son indépendance⁶⁶⁴. En réaction à ces propositions, le président de la Bundesbank, Axel Weber, proposa en 2010 un « Integrationsmodell » visant à transférer une partie des compétences de la BaFin à la Bundesbank. Cette proposition rapprocherait étroitement le système de supervision financière allemand du modèle néerlandais de type Twin Peaks. En effet, Weber estima que les défaillances de la BaFin étaient dues à la confusion des activités de contrôle des conduites de commercialisation et de supervision prudentielle, la première étant privilégiée au détriment de la seconde⁶⁶⁵. En outre, le dialogue et la communication entre la BuBa et la BaFin à propos de la supervision de la stabilité des différentes institutions financières étaient défaillants⁶⁶⁶. Pour ces raisons, Weber proposa que les compétences de supervision prudentielle de tous les secteurs financiers – banques, assurances, valeurs mobilières – soient assurées par la Bundesbank, la BaFin étant limitée à la « surveillance du marché » et à la protection du consommateur⁶⁶⁷.

⁶⁶² M. HÜTHER, M. JÄGER, M. HELLWIG, T. HARTMANN-WENDELS, *Arbeitsweise der Bankenaufsicht vor dem Hintergrund der Finanzmarktkrise*, Institut der deutschen Wirtschaft Köln, 2009.

⁶⁶³ Voir S. HANDKE, « Die Ruhe nach dem Sturm – Steuerungskonflikte als Hemmnis für institutionellen Wandel in der deutschen Finanzmarktaufsicht », *Leviathan*, Vol. 40, Iss. 1, 2010, p. 24.

⁶⁶⁴ Contrairement aux autres autorités de régulation allemandes, la Bundesbank est la seule entité publique considérée en Allemagne comme complètement indépendante. Ce statut lui est conféré par l'article 88 de la Loi fondamentale allemande.

⁶⁶⁵ K.C. ENGELEN, « Germany's fight over BaFin. The ramifications of a Bundesbank takeover », *op.cit.*, p. 56.

⁶⁶⁶ S. PAUL, S. STEIN, A. UHDE, « Measuring the relationship between supervisory authorities and banks: An assessment of the German banking sector », *Journal of Risk Management in Financial Institutions*, 2008, Vol. 2, p. 69.

⁶⁶⁷ K.C. ENGELEN, *op.cit.*, p. 55.

b. L'impasse politique autour de la réforme structurelle à l'origine du statu quo

Afin de bien cerner les enjeux architecturaux de la supervision financière en Allemagne, il est important de savoir que la régulation du secteur financier a toujours fait l'objet d'âpres débats au sein du Bundestag quant à savoir si le modèle intégré de la BaFin était le modèle à privilégier pour la supervision du secteur financier. Outre Rhin, les deux grands partis politiques que sont le SPD et la CDU n'ont jamais eu le même point de vue sur comment organiser la supervision financière. En 2002, le gouvernement dirigé par Gerhard Schröder (SPD) à l'initiative de la BaFin fit ce choix contre l'avis de l'opposition conservatrice⁶⁶⁸ ; A l'inverse, le changement de majorité en 2009 modifia considérablement les forces politiques en présence en faveur d'une plus grande concentration des pouvoirs régulateurs dans les mains de la BuBa. Si la proposition d'Alex Weber reçut dès 2011 le soutien de la majorité parlementaire composée de la CDU et du FPD, le SPD s'y opposa en insistant pour bénéficier de plus de temps afin d'entrevoir une réforme de cette importance et en émettant d'importantes réserves à l'égard de cette proposition au regard de l'impossibilité pour les banques centrales de superviser le secteur de l'assurance⁶⁶⁹. Cet argument fut repris par le secteur de l'assurance qui rejeta fermement la réforme, l'Association générale des assureurs allemands ajoutant que la BuBa ne doit pas exercer la surveillance des assureurs, pas même indirectement via la surveillance des conglomerats financiers⁶⁷⁰. En conclusion, non seulement l'attitude des banques et des assureurs à l'égard des différents modèles de surveillance varie, mais les positions des acteurs politiques, de la majorité et de l'opposition, de la BaFin et de la Bundesbank, sont également inconciliables⁶⁷¹. De fait, les changements institutionnels sont davantage déterminés par le souhait de contrôler les organes chargés de la supervision financière que par la recherche de l'amélioration de cette dernière. En raison de l'absence de consensus sur ces points, l'Allemagne est dans une impasse politique que les

⁶⁶⁸ Voir notamment les débats parlementaires sur la FinDAG dans le Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 192. Sitzung, Berlin, Donnerstag, den 11. Oktober 2001. Cet argument s'appuie sur l'impossibilité pour la BCE de superviser à l'heure actuelle le secteur des assurances. Voir infra, p. 214.

⁶⁶⁹ S. HANDKE, « Political Deadlock in German Financial Market Policy », German Policy Studies, Vol. 8, N°1, 2012, p. 53.

⁶⁷⁰ GDV, The positions of German insurers 2013, Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft, Avril 2013, p. 17 : « Bundesbank should not exercise any supervision over insurers, not even indirectly via the supervision of financial conglomerates. Such supervision would also lead to conflicts with the actually competent insurance supervisory authorities ».

⁶⁷¹ S. HANDKE, « Political Deadlock in German Financial Market Policy », op.cit, p. 68. Selon l'auteur, « not only have the attitudes of banks and insurers towards the supervisory models differed, but also the positions of political actors, BaFin, the BMF and the Bundesbank ».

dernières élections fédérales ne permettent pas de résoudre⁶⁷². Cette impasse conduit ainsi à la procrastination, à l'échec des réformes institutionnelles de supervision financière⁶⁷³ et à un statu quo.

En définitive, l'analyse des ARN des Etats membres de l'UE indique que si l'approche sectorielle n'est pas totalement dénuée d'intérêts, d'autres modèles architecturaux existent. Aussi, des modifications architecturales de la régulation économique et financière qui se traduiraient par des mouvements de fusion des ARN sont envisageables. Ces mouvements, initiés pour l'essentiel dans les secteurs financiers pour des raisons d'efficacité, ne sont pas toutefois étrangers aux secteurs des réseaux, pour lesquels un argument supplémentaire est avancé, celui du risque à terme de disparition des ARN ex ante au profit d'autorités de la concurrence. Certes, le modèle architectural de la régulation des réseaux et celui de la régulation financière diffèrent, notamment parce que la première s'inscrit encore dans une optique d'ouverture à la concurrence, alors que la seconde a déjà dépassé ce stade. Mais elles suivent un chemin similaire vers plus d'intégration qu'il est par ailleurs envisageable de reproduire à l'échelle de l'Union européenne.

⁶⁷² Les élections fédérales allemandes de 2013 ont abouti à une majorité composée de la CDU - favorable à la proposition d'Alex Weber - et le SPD - favorable au maintien du système intégré au sein de la BaFin. Une telle situation conduit actuellement à une impasse du point de vue politique.

⁶⁷³ S. HANDKE, « Political Deadlock in German Financial Market Policy », op.cit, p. 70: « simultaneously, no single political actor can decide alone and regardless of other positions, because political costs – in terms of lost voter or clientele support – would be too high. The struggle for new structures and institutional change in German financial market supervision showed a typical back and forth situation in politics, where no group of actors was able to prevail. Consequently, institutional change in terms of regulation and supervision turned out to be limited ».

Chapitre 2

La recherche d'un nouvel échelon européen de régulation : l'émergence de nouveaux acteurs

Malgré l'impulsion donnée par l'UE en faveur du développement des ARN, la fonction de régulation à l'échelle européenne a longtemps été exercée exclusivement par la Commission. Depuis le début du XXI^{ème} siècle, la régulation européenne est toutefois entrée dans une nouvelle phase de mutation au cours de laquelle il a été constaté que la régulation européenne ne peut se bâtir uniquement sur les deux niveaux que sont la Commission et les Etats membres. Ce constat est à l'origine d'une réorganisation de l'architecture de la régulation dans l'UE, avec l'émergence de nouveaux acteurs faisant le lien entre ces deux niveaux décisionnels (Section 1). Parmi ces différents acteurs, seules les agences de régulation semblent pouvoir constituer avec réussite un niveau de régulation intermédiaire situé entre les Etats membres et la Commission. Dans leur état actuel, elles souffrent toutefois de plusieurs défauts auxquels il faudrait remédier, en renouvelant leur architecture et leur champ de compétences (Section 2).

Section 1. Le besoin d'une réorganisation de la régulation européenne marquée par l'émergence de nouveaux acteurs

Section 2. Vers un renouvellement de l'architecture et du champ de compétences des agences européennes de régulation

Section 1. Le besoin d'une réorganisation de la régulation européenne marquée par l'émergence de nouveaux acteurs

Les interrogations liées à l'organisation de la régulation en Europe s'inscrivent dans celle plus globale de la perception que les européens ont de l'architecture de l'Union, avec à la fois un enjeu majeur et un dilemme structurel à l'origine de toutes les controverses, aussi bien politiques, économiques, que juridiques : celui de savoir quel doit être l'échelon décisionnel. La régulation économique n'échappe pas à cette problématique. Face à l'insuffisance de l'organisation dichotomique de la régulation européenne reposant d'un côté sur la Commission et de l'autre sur les Etats membres (I), la solution consiste à donner une plus grande place aux agences européennes dans l'architecture de la régulation économique et financière en Europe (II).

I. L'insuffisance d'une organisation dichotomique de la régulation européenne

Les difficultés rencontrées par une organisation dichotomique de la régulation européenne dans laquelle la Commission et les Etats membres entretiennent parfois des rapports conflictuels laissent penser qu'une meilleure coopération entre les différents décideurs nécessite de rechercher un échelon plus efficace pour la régulation (A), dès lorsque les acteurs traditionnels sont dans l'incapacité de remédier aux lacunes de la régulation « bicéphale » (B).

A. La recherche d'un échelon plus efficace de la régulation européenne

La confrontation des thèses classiques relatives à l'échelon optimal de la régulation en Europe (1) impose le recours à un échelon décisionnel intermédiaire entre la Commission et les Etats membres (2).

1. Les théories traditionnelles de l'échelon optimal de la régulation

Durant les vingt-cinq dernières années, la controverse portant sur la localisation territoriale et la forme institutionnelle de la régulation en Europe a permis de distinguer deux thèses principales qualifiées de traditionnelles : l'une favorable à l'échelon européen

régulateur et l'autre à l'échelon national régulateur. La première, initialement développée par Giandomenico Majone dès les années 1990⁶⁷⁴, s'appuie sur l'idée qu'une délégation de la fonction de régulation de l'échelon national vers l'échelon européen est nécessaire. Pour Majone, l'« Etat régulateur » n'est plus l'« Etat-nation » et les tâches de la régulation doivent être traitées par les institutions européennes⁶⁷⁵. La seconde, favorable à une régulation par l'Etat sans contester la nécessité de réguler les marchés, maintient que la régulation doit s'exercer essentiellement au niveau national⁶⁷⁶. Si ses défenseurs concèdent que dans les secteurs des réseaux, la libéralisation des marchés s'est réalisée sur la base de décisions prises au niveau européen, ils affirment néanmoins que la régulation des services publics en réseau doit essentiellement provenir des Etats membres. Empiriquement, cet argument est lié à la mise en place des autorités nationales de régulation dans les secteurs privatisés et libéralisés, et dont le renforcement ne s'explique pas seulement en référence à l'intérêt qu'ont les Etats membres de conserver leurs propres compétences, mais aussi en référence à l'incapacité de la politique européenne à mener une « intégration positive »⁶⁷⁷. Selon cette thèse, le niveau régulateur approprié est donc l'« Etat-nation ». Or il est difficile de déterminer laquelle de ces thèses doit être privilégiée dans la mesure où chacune d'entre elles présente des avantages qui

⁶⁷⁴ G. MAJONE, *Deregulation or Re-Regulation? Regulatory Reform in Europe and the United States*, London, Pinter, 1990 ; G. MAJONE, « The rise of the regulatory state in Europe », in W.C. MÜLLER and V. WRIGHT (dir.), *The State in Western Europe: Retreat or Redefinition?*, London, Frank Cass, 1994, p. 77 ; *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996.

⁶⁷⁵ G. MAJONE, « The regulatory state and its legitimacy problems », *West European Politics*, Vol. 22, Iss. 1, 1999, p. 1. L'auteur fait notamment valoir que la politique de régulation n'étant pas soumise aux mêmes contraintes que les programmes de distribution et de redistribution, elle est devenue pour la Commission le moyen le plus sûr de réaliser l'intégration européenne.

⁶⁷⁶ J.-E. LANE, *Public Sector Reform. Rationale, Trends and Problems*, London, Sage, 1997 ; K. KÖNIG and A. BENZ, *Privatisierung und staatliche Regulierung. Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk*, Baden-Baden, Nomos, 1997 ; M. MÜLLER and R. STURM, « Ein neuer regulativer Staat in Deutschland? Die neuere Theory of the Regulatory State und ihre Anwendbarkeit in der deutschen Staatswissenschaft », *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, Vol. 9, 1998, p. 507 ; F. GILARDI, « Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis », *JEPP*, Vol 9, Iss. 6, 2011, p. 873.

⁶⁷⁷ Parmi de nombreuses publications, voir : J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur l'ordre juridique économique de la Communauté européenne », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Interventions publiques et droit communautaire*, Etudes de droit des communautés européennes, Pedone, 1988, p. 35 ; M. HECQUARD-THERON, « La notion d'Etat en droit communautaire », *RTD Eur*, n°4, 1990, p. 693 ; F.W. SCHARPF, « Negative and positive integration in the political economy of European welfare states », in G. MARKS (dir.), *Governance in the European Union*, Sage, 1996, p. 15 ; A. MASSON, *Droit communautaire: Droit institutionnel et droit matériel*, Larcier, 2009, pp. 182 et s ; C.M. RADAELLI, « Européanisation », in L. BOUSSAQUET, S. JACQUOT et P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de sciences Po, 2010, p. 247.

ont pu être évalués en appliquant la théorie du fédéralisme juridique à la régulation économique⁶⁷⁸.

Quatre arguments sont généralement avancés pour justifier une régulation à l'échelon européen. En premier lieu, le transfert des pouvoirs de régulation au niveau européen est généralement considéré comme quelque chose de rationnel du point de vue des États membres, étant donné que la solution alternative, la coordination des régulations nationales par la voie intergouvernementale, est longue et laborieuse. Une régulation centralisée serait la seule à même de pouvoir harmoniser de manière efficace⁶⁷⁹. Deuxièmement, une régulation confiée à la Commission garantirait pleinement une entrée sur les marchés régulés de « nouveaux entrants » et une meilleure ouverture à la concurrence des marchés nationaux pour les opérateurs étrangers, alors qu'une régulation nationale peut être jugée comme « protectionniste ». En troisième lieu, la régulation européenne est moins sujette au risque de capture et aux pressions politiques que ne le sont les régulateurs nationaux qui peuvent plus facilement favoriser un opérateur plutôt qu'un autre. Cet argument ancien est toujours d'actualité pour les nouveaux membres de l'UE. Enfin, le quatrième argument serait d'ordre économique, puisqu'il s'agit d'économies faites par les opérateurs⁶⁸⁰. D'abord car les opérateurs n'ont pas besoin de mettre leurs pratiques en conformité avec des régulations nationales différentes (coûts des transactions, niveau d'incertitude, nécessités d'investir, etc.), ensuite car ils ne sont pas impactés par les externalités négatives transfrontalières causées par des mesures nationales. En définitive, et pour reprendre les propos tenus sur la régulation des réseaux par deux membres du Département d'études économiques européennes du Collège d'Europe, les Professeurs Jacques Pelkmans et Andrea Renda, « a more centralised and harmonised regulatory system for these network industries is necessary for solving the remaining problems in regard to a sound regulatory regime »⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ R. VAN DEN BERGH, « Towards an Institutional Legal Framework for Regulatory Competition in Europe », *Kyklos* (International Review for Social Sciences), Vol. 53, Iss. 4, November 2000, p 455 ; W. KERBER, « European System of Private Laws: An Economic Perspective », in F. CAFAGGI et H. MUIR WATT (dir.), *The Making of European Private Law*, Cheltenham, 2008, p. 64 ; F. TRILLAS, « Electricity and telecommunication reforms in the EU: insights from the economics of federalism », *Utilities Policy*, Vol. 18, Iss. 2, 2010, p. 66 ; W. KERBER and J. WENDEL, « Regulation of network sectors in the EU: A federalist perspective », Joint Discussion paper series in Economics MAGKS, n° 22-2014, March 2014.

⁶⁷⁹ U.E. BERGER-KÖGLER, « Regulierung des Auslandsroaming-Marktes », *MMR*, 2007, p. 294.

⁶⁸⁰ W.E. KOVACIC, *Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence*, IESE Conference on the 50th Anniversary of the Treaty of Rome, 2007.

⁶⁸¹ J. PELKMANS and A. RENDA, « Single eComms Market? No Such Thing... », *Communications & Strategies*, Vol. 82, 2011, p. 21.

A l'échelon européen, c'est la Commission qui constitue l'organe « centralisateur-harmonisateur » apte à exercer cette activité de régulation⁶⁸². En effet, la Commission est d'abord gardienne des traités et peut entamer une procédure d'infraction sur le fondement de l'article 258 TFUE lorsqu'un Etat membre viole le droit de l'Union. En matière de régulation, la Commission use régulièrement de ce pouvoir, notamment à l'égard d'Etats membres ne respectant pas les exigences d'indépendance de leurs régulateurs nationaux⁶⁸³. Ensuite, la Commission européenne n'a pas hésité à utiliser les règles et les procédures du droit de la concurrence, et notamment la notion de tarif « équitable » figurant à l'ancien article 82 (actuel article 102 TFUE) du Traité pour interférer dans le processus de régulation au niveau des États membres. Lorsqu'elle constate des abus de position dominante⁶⁸⁴, la Commission est par exemple intervenue pour négocier directement les tarifs de dégroupage d'un opérateur historique de télécommunication, tarif qui sont en principe soumis au contrôle du régulateur sectoriel national⁶⁸⁵. Enfin, la Commission bénéficie d'un transfert d'informations de la part des ARN⁶⁸⁶ et dans le cadre de son pouvoir d'initiative, elle peut adresser des recommandations et des lignes directrices en vue d'une harmonisation des règles applicables dans les secteurs régulés⁶⁸⁷.

⁶⁸² Certains auteurs n'ont par ailleurs pas hésité à qualifier la Commission européenne d' « autorité suprême de régulation à l'échelle européenne » (S. RODRIGUES, « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », op. cit., p. 1181), de « régulateur à part entière » (B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences po et Dalloz, Paris, 2004, p. 509) et de « super régulateur » (A. DELION, « Notion de régulation et droit de l'économie », op. cit., p. 15).

⁶⁸³ Voir infra, pp. 507 et s.

⁶⁸⁴ Voir par exemple les décisions de la Commission du 21 mai 2003, *Deutsche Telekom AG*, Aff. COMP/C-1/37.451, 37.578 et 37.579, du 17 juillet 2003, *Wanadoo Interactive*, Aff. COMP/38.233 ou du 4 juillet 2007 *Telefonica*, Aff. COMP/38.784.

⁶⁸⁵ P. CHONE, « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre ex ante et ex post », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulations*, *Droit et Économie de la Régulation*, Vol. 4, 2006, p. 52.

⁶⁸⁶ Par exemple dans le secteur de l'énergie, transfert des ARN à la Commission d'informations relatives au montant des compensations pour les coûts engendrés par l'accueil de flux d'électricité transfrontaliers sur le réseau d'un gestionnaire ; Art. 5 et 8 du règlement n°1228/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, JOCE L 176/1, du 15 juillet 2003. Par exemple dans le secteur des communications électroniques, transfert des ARN à la Commission des informations « qui lui sont nécessaires pour mener à bien sa mission au titre du traité » ; Art. 5 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, JOCE, L 108/33 du 24/03/2002.

⁶⁸⁷ Dans les secteurs financiers, la Commission a par exemple participé à la stabilité, à la surveillance et au contrôle des grands risques des établissements de crédit (recommandation de la Commission n° 87/62/CEE du 22 décembre 1986, JOCE L 33 du 04/02/1987), à l'instauration de systèmes de garantie des dépôts (recommandation de la Commission n° 87/63/CEE du 22 décembre 1986, JOCE L 33 du 04/02/1987), ou encore à une meilleure transparence des instruments financiers utilisés par les banques (recommandation de la

A l'opposé, deux arguments ont été avancés pour justifier une régulation déconcentrée exercée à l'échelle de l'Etat, par les pouvoirs publics ou les autorités de régulation. La première justification, avancée par Fritz Scharpf, s'appuie à la fois sur les intérêts structurels des Etats membres et sur le « decision making » de la Commission. Si l'intégration négative peut être poursuivie par la Commission « dans le dos de la politique »⁶⁸⁸, les mesures d'intégration positive de régulation des réseaux exigent une légitimité politique dont seuls les Etats disposent⁶⁸⁹. Pour l'auteur, le processus de décision en Europe impose des consensus nés d'un nivellement de la régulation par le bas, à l'origine non pas d'un « Etat régulateur », mais d'un « Etat dérégulateur ». La seconde se fonde sur les particularismes nationaux et l'aspect néfaste d'une régulation centralisée. Une régulation à l'échelle nationale serait plus pertinente car proche et directement axée sur les difficultés locales⁶⁹⁰. Certaines difficultés pour lesquelles des solutions communes n'ont pas été trouvées peuvent être résolues à l'échelle nationale par des expérimentations. Une telle pratique est même « cruciale pour améliorer l'efficacité de la régulation des réseaux et son adaptation rapide aux changements technologiques et économiques »⁶⁹¹. En outre, les régulateurs nationaux étant moins enclins à souffrir de l'asymétrie d'informations qu'un régulateur centralisé, ils sont plus en mesure de répondre rapidement et efficacement aux problématiques locales, et les préoccupations nationales en matière de finances ou de réseaux de services publics sont plus à même d'être prises en compte par des régulateurs nationaux⁶⁹². Ces préoccupations (densité de la population nécessaire, services publics dans les zones rurales, etc.) diffèrent en effet substantiellement d'un Etat à l'autre, et un pouvoir discrétionnaire donné aux ARN permettrait une meilleure adaptation de la régulation aux besoins spécifiques des citoyens. Enfin, une régulation centralisée semble rendre difficile la régulation de nouveaux marchés, qui nécessite un compromis entre, d'un côté, l'investissement et

Commission n° 2000/408/CE du 23 juin 2000, JOCE L 154/36 du 27/06/2000). A propos de l'utilisation des recommandations et de la soft law par les autorités de régulation en général, voir : infra, pp. 238 et s.

⁶⁸⁸ « *The opening of the market ("negative integration") can be pursued by the supranational institutions (particularly the Commission and the European Court of Justice) "as it were, behind the back of politics" »*, F.W. SCHARPF, « Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt », in M. JACHTENFUCHS and B. KOHLER-KOCH (dir.), *Europäische Integration*, Opladen, Leske Budrich, 1996, p. 224.

⁶⁸⁹ Sur le déficit de légitimité de l'UE dans le cadre de la régulation, voir infra, pp. 557 et s.

⁶⁹⁰ R. BALDWIN and C. WYPLOSZ, *The Economics of European Integration*, McGraw-Hill Education, 2015, p. 79.

⁶⁹¹ J. HAUCAP and J. KÜHLING, « Eine effiziente vertikale Verteilung der Exekutivkompetenzen bei der Regulierung von Telekommunikationsmärkten Europa », *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*, Vol. 55, Iss. 3, 2006, p. 336 : « experimentation with different regulatory innovations might be crucial for improving the effectiveness of network regulation and its fast adaptation to technological and economic change ».

⁶⁹² Ibid., p. 342.

l'innovation pour les opérateurs, et de l'autre, leur ouverture à la concurrence. Pour illustration, l'adoption de l'article 9 bis de la loi allemande sur les télécommunications en 2009 qui permettait une suppression temporaire de la régulation ex ante pour le haut débit de quatrième génération et qui avait pour objectif d'inciter les investissements sur cette technologie a été perçue par la Commission européenne comme une infraction au droit dérivé de l'UE relatif aux communications électroniques⁶⁹³. Pourtant, les évolutions technologiques particulièrement rapides dans le secteur des télécommunications pourraient laisser une plus grande place à l'expérimentation de nouvelles solutions imaginées par les régulateurs nationaux. Un bon exemple d'un tel processus de diffusion de l'innovation est le système de dégroupage de la boucle locale, mis en place par l'autorité de régulation allemande et qui s'est ensuite étendue à d'autres Etats membres⁶⁹⁴.

2. La solution à la cristallisation des rapports de force : la thèse de la différenciation

La confrontation de ces deux thèses n'est pas que théorique puisqu'elle aboutit en pratique à une impasse qui ne satisfait personne : « d'un côté, la résistance politique des Etats membres n'a permis jusqu'à présent aucun transfert de grande envergure des pouvoirs de régulation à un "Etat régulateur supranational", d'un autre côté, le cadre des règles de l'UE auquel les régimes de régulation des États membres sont soumis ne correspond pas à des règles qui d'un point de vue fonctionnel doivent nécessairement être harmonisées dans l'UE »⁶⁹⁵. Selon Burkard Eberlein et Edgar Grande, la difficulté de déterminer « l'échelon régulateur » peut être rattachée aux rapports conflictuels qu'entretiennent les Etats membres et la Commission, rapports que l'échec de l'institutionnalisation de l'« Autorité européenne du marché des communications électroniques » a mis en lumière. Faisant suite à la proposition de règlement⁶⁹⁶, l'ERG (European Regulatory Group - Groupe des régulateurs

⁶⁹³ L'exemple est donné par Julia Wendel et Wolfgang Kerber : W. KERBER and J. WENDEL, « Regulation of network sectors in the EU: A federalist perspective », op. cit., p. 5.

⁶⁹⁴ Voir l'interview de Matthias Kurth : W. KÖNIG, « Interview mit dem Präsidenten der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post Matthias Kurth zu Aufgaben und Lösungsansätzen seines Hauses », *Wirtschaftsinformatik*, Vol. 44, Iss. 6, 2002, p. 592.

⁶⁹⁵ B. EBERLEIN and E. GRANDE, « Beyond delegation: transnational regulatory regimes and the EU regulatory state », *JEPP*, Vol. 12, Iss. 1, February 2005, p. 92. Traduction libre de : « on the one hand, thus far the political resistance of member states has not allowed any far-reaching transfer of regulatory powers to a supranational "regulatory state"; while, on the other hand, the EU framework of rules to which member state regulatory regimes are subject does not fully match the functional need for uniform EU rules ».

⁶⁹⁶ Commission européenne, COM (2007) 699 final, op. cit.

européens des communications électroniques) d'abord⁶⁹⁷, puis les Etats membres⁶⁹⁸ et plusieurs ARN⁶⁹⁹, s'étaient ainsi vivement opposés à l'institution de l'Autorité. Le Comité des régions avait également critiqué cette initiative. Dans son avis du 18 juin 2008, il considérait « que la création d'une autorité européenne des télécommunications qui, de facto s'ajouterait à l'actuel arrangement institutionnel concernant la régulation des marchés des communications électroniques, n'[était] pas compatible avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité et [risquait] d'ajouter un niveau de complexité au lieu de simplifier le processus qui fait l'objet de ce paquet de propositions ». Le Comité se prononçait alors, comme les régulateurs nationaux, pour « un organisme des régulateurs européens dans le secteur des télécoms ». Un tel organe pouvait « prendre à son compte nombre de fonctions évoquées dans la proposition sur une Autorité et partager de nombreux éléments envisagés pour l'Autorité dans la proposition de la Commission sans revêtir la forme d'une agence⁷⁰⁰ et donc en évitant certains des problèmes susceptibles de se poser dans le cas de l'EECMA ». A l'inverse, et alors que la plupart des organes représentant les Etats membres s'étaient fermement opposés à la création de l'Autorité, le CESE, composé de professionnels, s'y déclarait pourtant favorable quelques mois plus tard⁷⁰¹.

Toujours dans le domaine des communications électroniques, la récente proposition de règlement de la Commission visant à consolider le marché unique européen et à faire de

⁶⁹⁷ ERG, Communiqué de presse, E.R.G. ready for extended role, ERG (07) 70, 13/11/2007, p. 1 : « the Group argues in its letter to the Commissioner that a proposed Commission power to veto remedies and new layers of unnecessary centralism risk undermining at a European level the very independence which the Commission is concerned to protect at the national level. As a result, also Commission's proposals for a new institutional set-up appear, at a prima facie analysis, not to be in line with the evolution of the cooperation amongst regulators toward a federal and non-bureaucratic model, as advocated by the ERG ».

⁶⁹⁸ Voir : « Télécoms : les États membres opposés à la création d'une autorité européenne de régulation », 29 novembre 2007, <http://www.euractiv.fr/>.

⁶⁹⁹ Voir notamment : S. FABER et G. SROUSSI, « Révision du "Paquet Télécom" : quel(s) régulateur(s) pour demain ? », RLDI n°45, 2009, pp. 68 et s ; H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., pp. 786 et s, à propos des réticences de l'ARCEP et de l'Ofcom.

⁷⁰⁰ Il est paradoxal de noter que le Comité des régions imaginait un renforcement de l'ERG mais sous une forme autre que celle de l'agence, quand on sait que l'ORECE est bel et bien une agence européenne décentralisée.

⁷⁰¹ Avis du Comité économique et social européen sur la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, 29 mai 2008, TEN/327-329, §1.5 : « la création d'une autorité européenne du marché des communications électroniques, indépendante de la Commission, qui renforce les pouvoirs des ARN, peut s'avérer positive dans la mesure où elle offrirait les moyens nécessaires pour établir une association efficace entre la Commission et les autorités de régulation nationales, sur des sujets qui exigent une cohérence au niveau européen, comme les définitions des marchés, les analyses et solutions concernant ces derniers, l'harmonisation de l'utilisation du spectre radioélectrique ou la définition des marchés transnationaux ».

l'Europe un continent connecté⁷⁰² fut une nouvelle occasion de constater les rapports conflictuels nés de ce système de régulation à double niveau. A travers la notion de « fournisseur européen », la Commission avait ainsi souhaité instaurer, si ce n'est un droit de veto à son profit⁷⁰³, à tout le moins un pouvoir d'arbitrage. Cette proposition fut à l'origine d'un débat qui illustre aussi bien le souhait de la Commission de concentrer la fonction de régulation que celui des ARN de l'entraver. D'un côté, la liberté dont bénéficient les régulateurs nationaux dans le secteur des communications électronique est assez faible⁷⁰⁴ puisqu'essentiellement limitée aux articles 7 et 7bis de la directive cadre. Cette nouvelle réduction de leur champ de compétence ne permettrait par ailleurs en aucune façon de renforcer le marché intérieur ou la concurrence. Les arguments invoqués précédemment d'une meilleure expertise nationale (sur les marchés et les opérateurs nationaux) ainsi que les avantages d'une expérimentation de nouvelles approches de régulation permettent également de penser que cette compétence doit rester du ressort des ARN. De l'autre, il est finalement naturel en l'état actuel du droit que la Commission se place dans une situation d'arbitre lorsqu'un conflit oppose plusieurs ARN en désaccord sur « la détermination de l'Etat membre ». Finalement, le Parlement européen amenda cette partie du texte⁷⁰⁵ pour qu'en définitive le cadre réglementaire des communications électroniques ne soit pas modifié sur ce point.

Pour finir, David Levi-Faur voit également dans les luttes de pouvoir entre les Etats membres et la Commission l'explication du retard pris en matière d'institutionnalisation de la

⁷⁰² Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 11 septembre 2013 établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, et modifiant les directives 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1211/2009 et (UE) n° 531/2012, COM (2013) 627 final.

⁷⁰³ Article 4 §7 du projet de règlement : « si une ou plusieurs autorités réglementaires nationales de différents États membres considèrent que l'État membre d'origine indiqué dans une notification présentée conformément au paragraphe 2 ou qu'une modification apportée aux informations communiquées conformément au paragraphe 3 ne correspond pas ou plus à l'établissement principal de l'entreprise conformément au présent règlement, elles saisissent la Commission de la question en exposant les éléments sur lesquels elles fondent leur appréciation. Une copie de ce document est adressée à l'Office de l'ORECE pour information. La Commission, ayant donné au fournisseur de communications électroniques européen et à l'autorité réglementaire nationale de l'État membre d'origine dont la détermination est litigieuse la possibilité d'exprimer leur avis, adopte, dans les trois mois à compter de la date à laquelle elle a été saisie de la question, une décision déterminant l'État membre d'origine de l'entreprise concernée conformément au présent règlement ».

⁷⁰⁴ T. VEITH, « The national regulatory structure against the background of the European regulatory system », ZEW, Discussion Papers, 89, 2010, pp. 6 et s.

⁷⁰⁵ Résolution législative du Parlement européen du 3 avril 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, P7_TA-PROV(2014)0281

régulation des réseaux à l'échelle européenne, par rapport, notamment, au développement des agences de sécurité⁷⁰⁶. En effet, les régulateurs nationaux des communications électroniques furent parmi les premiers à voir le jour au cours du mouvement de libéralisation des réseaux d'utilité publique. Ils ont depuis plusieurs années une autonomie, si ce n'est une indépendance considérable et disposent de pouvoirs importants. Le recours à une autorité européenne de régulation constitue pour eux à la vérité, au mieux, un statu quo dans l'étendue de leurs pouvoirs, au pire, un transfert de certains d'entre eux à l'échelon européen, même si une telle autorité vise aussi à améliorer la coordination et l'harmonisation. Pour Adriaan Schout, la plupart des régulateurs nationaux ont en substance cette approche très conservatrice qui peut limiter le développement d'une régulation européenne efficace⁷⁰⁷. L'auteur estime notamment qu'à la différence du domaine de la sécurité dans les transports à l'origine de la création de l'AFE, de l'AESA et de l'AESM, pour lequel les services nationaux restent « under ministerial control », celui de la régulation économique confronte les points de vue de la Commission à ceux d'une « régulocratie » nationale peu encline à partager des compétences parfois difficilement acquises.

En conséquence, le constat tiré de la cristallisation des rapports conflictuels entre les Etats membres et la Commission en matière de régulation économique suppose que la régulation peut difficilement s'exercer uniquement à l'un ou l'autre échelon : « les pouvoirs de régulation ne peuvent pas être exclusivement exercés au niveau national, comme la thèse de la nationalisation l'affirme ; Et ils ne peuvent pas non plus être massivement transférés au niveau européen, comme les partisans de la thèse de l'eupéanisation le prétendent »⁷⁰⁸. Il faut donc imaginer un nouvel échelon entre les Etats membres et la Commission, et repenser dans sa globalité l'architecture de la régulation en Europe.

Pour ce faire, il faut alors dépasser le cadre de l'« european two-level system of regulation »⁷⁰⁹ et construire cet échelon intermédiaire par une solution « mixte » qui n'est ni

⁷⁰⁶ D. LEVI-FAUR, « Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space », JEPP, Vol. 18, Iss. 6, 2011, p. 824.

⁷⁰⁷ A. SCHOUT, « Changing the EU's Institutional Landscape? The Added Value of an Agency », in M. BUSUIOC, M. GROENLEER et J. TRONDAL (dir.), *The Agency Phenomenon in the European Union*, Manchester, Manchester University Press, 2012, pp. 63 et s.

⁷⁰⁸ B. EBERLEIN et E. GRANDE, « Beyond delegation: transnational regulatory regimes and the EU regulatory state », op. cit., p. 97.

⁷⁰⁹ W. KERBER et J. WENDEL, « Regulation of network sectors in the EU: A federalist perspective », op. cit., p. 1.

celle de la centralisation aux mains de la Commission, ni celle d'une décentralisation à l'échelle des Etats membres. Dans ce contexte, au cours des dernières années, une troisième voie, que certains ont appelé thèse de la différenciation, ou « differentiation thesis »⁷¹⁰ chez les anglo-saxons, a émergé dans la doctrine juridique et politiste. Selon cette thèse, l'« Etat régulateur » n'est ni l'Etat-nation seul, ni le niveau européen seul, mais il doit s'intégrer dans un « multi-level policy-making system »⁷¹¹ européen couvrant à la fois le niveau national, le niveau européen, et un nouvel échelon situé entre les deux⁷¹². Cette thèse reste cependant vague quant à la forme institutionnelle et le niveau de compétences que doivent avoir les différents échelons, tout comme elle l'est sur l'interaction des différents niveaux dans l'exercice de leurs tâches de régulation respectives.

Dans un premier temps, ce nouvel échelon a pris la forme de différents organes visant à instituer une coopération entre la Commission et les Etats membres. Ces acteurs traditionnels de la coopération que sont les comités et les réseaux de régulateurs n'ont toutefois pas pu prétendre constituer ce nouvel échelon régulateur.

B. L'incapacité pour les acteurs traditionnels de construire un nouvel échelon de la régulation européenne

L'étude des acteurs traditionnels de l'UE permet de déterminer que ni les comités de comitologie (1) ni les groupements de régulateurs (2) ne peuvent prétendre constituer un nouvel échelon de la régulation dans l'UE.

1. Le rôle variable de la comitologie dans la régulation européenne

Le terme de comitologie désigne la façon dont la Commission exerce les compétences d'exécution conférées par le législateur européen avec l'aide et sous le contrôle de comités composés de représentants des États membres de l'UE⁷¹³, afin de disposer, « plus

⁷¹⁰ B. EBERLEIN et E. GRANDE, « Beyond delegation: transnational regulatory regimes and the EU regulatory state », op. cit., p. 89.

⁷¹¹ Ibid., p. 97.

⁷¹² D. COEN and C. DOYLE, « Designing economic regulatory institutions for European network industries », *Current Politics and Economics of Europe*, Vol. 9, Iss. 4, 2000, p. 462.

⁷¹³ La comitologie, selon Cédric Montfort, constitue « la pratique institutionnelle qui implique des représentants des Etats membres, des experts scientifiques, ou des représentants des milieux économiques et professionnels, pour gérer, réglementer ou donner un avis sur une compétence exécutive de la Commission, qu'elle soit propre

que [d']une institution, ou même [d']un dispositif organique, [d']une pratique institutionnelle propre au droit communautaire, qui vient s'insérer dans les complexes, et souvent conflictuels, rapports entre la Commission et le Conseil »⁷¹⁴. Si la procédure de comitologie dite Lamfalussy a permis aux comités des secteurs financiers de prétendre à un rôle important dans la régulation, les comités de comitologie classiques intervenant dans les secteurs des industries de réseaux n'ont pas cette possibilité.

a. Un rôle très limité dans la régulation des services publics en réseau

Chacun des secteurs économiques de réseau dispose d'au moins un comité institué par la directive cadre du secteur. Le plus connu d'entre eux, relatif au marchés des communications électroniques, est prévu à l'article 22 de la directive cadre 2002/21/CE⁷¹⁵ en remplacement du comité des licences et du comité Open Network Provision. Ce Comité des communications (COCOM) qui se réunit en général quatre à six fois par an⁷¹⁶ est composé de représentants de tous les Etats membres et d'un représentant de la Commission qui le préside. L'une des spécificités des comités est la présence sur leur demande de représentants d'Etats tiers au titre du principe de participation aux programmes, agences et comités de l'UE. Ce principe, qui vise à aider les pays candidats à l'élargissement à se familiariser avec les politiques et instruments européens et à améliorer la coopération avant l'adhésion a en effet

ou déléguée par le Conseil en vertu de l'article 202 CE » ; C. MONTFORT, « La comitologie », in A. BARAV et V. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, PUF, Paris, 2001. Le cadre de la procédure de comitologie permet aujourd'hui de regrouper les comités selon deux procédures : une procédure consultative, par laquelle les comités adressent leur avis à la Commission, qui doit « en tenir compte le plus grand compte », et une procédure d'examen, par laquelle les comités, remplaçant les comités de gestion (compétents lorsqu'il s'agissait de mesures d'exécution liées à la gestion des programmes et qui avaient des incidences budgétaires) et les comités de réglementation (compétents lorsqu'il s'agissait de mesures d'exécution liées à la législation applicable dans toute l'Union européenne), interviennent en particulier lors de l'adoption d'actes d'exécution de portée générale et dans quelques domaines prévus spécifiquement dans le règlement. En outre, une procédure de réglementation avec contrôle, fondée sur l'article 5 bis de la décision relative à la comitologie de 1999, reste d'application pour les quelques actes juridiques de base qui lui font référence. Voir art. 2 al. 2, art. 2 al.3, art 4 et art 5 du Règlement (UE) n°182/2011 du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, JOUE L 55/13, du 28/02/2011. Voir également : Conseil de l'Union européenne, Fiche d'information 7070/11, Entrée en vigueur de nouvelles règles de comitologie, 28 février 2011.

⁷¹⁴ C. BLUMANN, « Comitologie », in A. BARAV et V. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993.

⁷¹⁵ Article 22 al. 1 : « la Commission est assistée par un comité (comité des communications) ».

⁷¹⁶ A titre d'illustration, le COCOM s'est réuni 5 fois en 2010, 4 fois en 2011, et 6 fois en 2012. Voir : Commission européenne, Rapports de la Commission sur les travaux des comités COM(2011) 879 final du 12/12/2011, COM(2012) 685 final du 23/11/2012, COM(2013) 701 final du 10/10/2013.

été adopté par le Conseil européen de Luxembourg en décembre 1997 pour les pays candidats et par le Conseil européen de Thessalonique en 2003 pour les pays des Balkans occidentaux.

Ces dernières années, le COCOM a adopté plusieurs recommandations et publié plusieurs documents de travail en vue d'assister la Commission dans l'exercice de ses pouvoirs exécutifs. Parmi les principaux textes adoptés figurent des recommandations sur les liaisons louées d'interconnexion et sur les courants porteurs en ligne, et des documents de travail sur le traitement réglementaire des tarifs des terminaisons fixes et mobiles dans l'UE⁷¹⁷ et sur l'indépendance des ARN⁷¹⁸. Des comités identiques, qui fonctionnent selon la procédure de consultation et d'examen conformément au règlement comitologie de 2011 mais sur lesquels peu d'informations filtrent, existent dans les secteurs de l'énergie⁷¹⁹, du gaz⁷²⁰, des transports ferroviaires⁷²¹ et des services postaux⁷²². Par ailleurs, la Commission est à l'origine d'initiatives intersectorielles en matière de comitologie, ce qui ouvre des perspectives intéressantes d'approches multisectorielles à l'avenir. C'est le cas par exemple du Comité consultatif intitulé Forum européen de l'énergie et des transports⁷²³, créé suite aux conclusions du Conseil « Transports » du 20 septembre 2000 qui invitait la Commission à établir un forum « transports » et à la nécessité de remplacer le Comité consultatif de l'énergie créé en 1996 dont le mandat a expiré en février 2001. Pour la Commission, « compte tenu de l'interdépendance des politiques de l'énergie et des transports et de la nécessité de rapprocher ces politiques, il est utile et pertinent de rassembler au sein d'une même instance de dialogue les représentants des secteurs de l'énergie et des transports ».

⁷¹⁷ COCOM, Draft Commission Recommendation on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU, COCOM 09-05, 19/02/2009.

⁷¹⁸ COCOM, Implementation of the revised Framework Directive – Independence of National Regulatory Authorities, COCOM 10-16, 15/04/2010.

⁷¹⁹ Art. 13 du règlement (CE) n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, JOUE L 171/1 du 15/07/2003.

⁷²⁰ Art. 30 de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, JOUE L 176/57 du 15/07/2003.

⁷²¹ Art. 21 de la directive n°2004/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 96/48/CE du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse et la directive 2001/16/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel, JOCE L 220/40 du 21/06/2004.

⁷²² Art. 21 de la directive n°97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, JOCE L 15/14 du 21/01/1998.

⁷²³ Décision de la Commission n° 2001/546/CE du 11 juillet 2001 portant création d'un comité consultatif intitulé "Forum européen de l'énergie et des transports", JOCE L 195/58, 19/07/2001.

Au premier abord, les comités de comitologie sont un parfait exemple de coopération réussie entre les Etats membres du Conseil et la Commission. Pour chaque projet d'acte d'exécution, celle-ci doit recueillir l'avis d'un comité composé de représentants des Etats, avis qui sera selon la procédure soit sera consultatif soit liera la Commission. Plusieurs critiques peuvent toutefois être adressées à ces procédures et permettent d'affirmer que les comités de comitologie ne sont pas susceptibles de jouer le rôle coopératif recherché dans le cadre de l'architecture de la régulation dans l'UE. D'abord, le fonctionnement de la comitologie souffre d'un important défaut de transparence⁷²⁴. Par exemple, la plate forme du Centre de ressources de communication et d'information pour les administrations, les entreprises et les citoyens de la Commission européenne constitue le seul moyen d'accéder aux travaux du COCOM, or la grande majorité des rubriques du site sont vides⁷²⁵. De même, le fonctionnement de ces comités est extrêmement complexe et opaque⁷²⁶, notamment en matière de prise de décision⁷²⁷. L'imperméabilité de ce cadre induit ainsi des difficultés à se procurer des informations sur leur fonctionnement. A ce titre, le Rapport Retailleau avait préconisé un renforcement du Groupe des régulateurs européens (ERG) au détriment du COCOM, auquel il devait se substituer⁷²⁸. La solution retenue par l'UE fut cependant celle d'un renforcement relatif de l'ERG dans le cadre des agences européennes tout en maintenant le COCOM. Surtout, le recours aux comités constitue dans la plupart des cas un renforcement des prérogatives de la Commission. En effet, le plus souvent, « les comités ne gèrent rien et ne règlent rien, puisque les décisions sont toujours prises in fine par la Commission »⁷²⁹. A l'inverse, lorsque le comité peut opposer son veto contre un acte exécutif pris par la Commission dans le cadre de la procédure d'examen, ce veto peut être utilisé pour des raisons politiques dans la mesure où les représentants des Etats membres siégeant dans les comités sont des fonctionnaires gouvernementaux qui ne sont pas indépendants de leur exécutif national, et non des représentants des ARN : aux débats techniques se substituent ainsi des intérêts politiques nationaux.

⁷²⁴ K. CAUNES, « Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image... », RTD Eur., 2007, p. 297.

⁷²⁵ Voir : <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/communications-committee> (dernière consultation : 14/06/2016).

⁷²⁶ D. BIANCHI, « La comitologie est morte ! Vive la comitologie ! », RTD Eur., 2012, p. 75.

⁷²⁷ La Commission européenne a d'ailleurs déjà proposé de remplacer ces comités par des agences exécutives. Voir : Communication de la Commission du 25 juillet 2001, Gouvernance européenne, Un livre blanc, COM (2001) 428 final, p. 36.

⁷²⁸ B. RETAILLEAU, *Dix ans après, la régulation à l'ère numérique*, op. cit., p. 134.

⁷²⁹ L. RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, Bruylant, Coll. Droit administratif, 2012, p. 168.

Dans le secteur financier contrairement aux secteurs des réseaux, le choix original de recourir à une procédure de comitologie spéciale a eu pour effet de « doubler » ces comités classiques (ou politiques, composés de représentants des Etats membres) de comités techniques (composés des représentants des ARN).

b. Un rôle plus important dans la régulation des secteurs financiers

Dans le cadre de l'objectif d'intégration financière⁷³⁰, du Plan d'action pour les services financiers (PASF) et en vertu d'un mandat confié en 2000 par le Conseil ECOFIN, un Comité présidé par Alexandre Lamfalussy fut en 2001 à l'origine d'une réflexion globale sur l'espace financier européen. Le mandat du Comité précisait que « compte tenu du cadre institutionnel existant, l'exigence d'une réaction efficace aux défis liés à l'intégration des marchés financiers (...) le comité axera (...) sa réflexion sur les modalités de mise en œuvre pratique de la réglementation communautaire dans les domaines identifiés par le plan d'action et proposera différents scénarios pour adapter la pratique de la régulation et de la coopération entre régulateurs aux évolutions actuelles »⁷³¹, avec pour objectif d'édifier « un marché intégré des capitaux et des services financiers »⁷³². Le constat opéré dans le rapport rendu par le Comité s'articulait autour de trois points : la législation de base demeurait insuffisante, le système d'élaboration des normes manquait de rapidité et de flexibilité, et les incohérences au niveau de la mise en œuvre entravent sérieusement l'émergence d'un marché paneuropéen⁷³³.

Afin de garantir une exécution rapide du plan d'action pour les services financiers dans une structure législative plus responsable et plus efficace⁷³⁴, le Comité proposa de recourir à une procédure de comitologie spéciale⁷³⁵ qui eut pour effet de « doubler » les

⁷³⁰ Cet objectif a été affirmé dans l'Acte unique européen de 1986 et récemment incorporé dans les axes du Traité de Lisbonne du 1er décembre 2009. Il consiste à réaliser les libres prestations et circulations des services et des capitaux.

⁷³¹ Mandat du Comité des sages donné par les ministres de l'économie et des finances de l'Union européenne le 17 juillet 2000.

⁷³² Rapport final du Comité des sages sur la régulation des marchés européens des valeurs mobilières, op. cit., p. 13.

⁷³³ Ibid., p. 27.

⁷³⁴ Ibid., p. 14.

⁷³⁵ Voir : R. VABRES, *Comitologie et services financiers, Réflexions sur les sources européennes du droit bancaire et financier*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 90, 2009 ; « Les compétences de la Commission et de l'Autorité européenne des marchés financiers dans l'élaboration de la législation financière européenne », RDBF n° 3, Mai 2012, étude 12 ; H. DAOUD-RUMEAU MAILLOT, *Les autorités de régulation dans le domaine bancaire et financier. Vers la mise en œuvre d'un cadre institutionnel européen*, Thèse, Lyon 3, 2008.

comités politiques composés de représentants des Etats de comités techniques composés des représentants des ARN, en s'appuyant sur quatre niveaux⁷³⁶. Au niveau 1 auquel le Parlement et le Conseil adoptaient la législation-cadre par voie de directive ou de règlement selon la procédure de codécision s'ajoutaient trois niveaux dont deux faisant intervenir des procédures de comitologie. Le niveau 2 visait l'adoption de mesures d'exécution de la législation du premier niveau par la Commission aidée des comités. Le niveau 3 constituait la mise en place d'un réseau de régulateurs nationaux visant à renforcer leur coopération et assurer une transposition efficace des actes pris aux niveaux 1 et 2. Enfin, le niveau 4 visait à garantir une plus grande efficacité de l'application du droit communautaire par une coopération renforcée entre les États membres, leurs autorités de régulation et le secteur privé.

La spécificité de cette procédure ne tient pas à l'instauration d'un processus décisionnel qui prolonge la procédure comitologie. Elle tient plutôt à la qualité de ces comités⁷³⁷. Cantonnée initialement au marché des valeurs mobilières, la procédure Lamfalussy faisait ainsi intervenir deux comités, le Comité européen des valeurs mobilières⁷³⁸ (CEVM) et le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières⁷³⁹ (CERVM, plus connu sous sa dénomination anglo-saxonne : Committee of European Securities Regulators, CESR). Le premier, composé de représentants des Etats membres et intervenant au niveau 2 pour conseiller la Commission sur la politique à mener, figure dans le processus au titre de la comitologie classique vu précédemment. Le second à l'inverse, composé de représentants des autorités de régulation compétentes du secteur, marquait une innovation dans le processus de comitologie en impliquant directement les ARN dans un souci de coopération et d'efficacité. Étendu dès 2003⁷⁴⁰ aux secteurs de la banque et des

⁷³⁶ Rapport final du Comité des sages, op. cit., p. 29.

⁷³⁷ R. VABRES, « L'influence des comités européens des régulateurs sur le droit des services financiers », Euredia/REDBF, 2007-2008/3, p. 293 s.

⁷³⁸ Décision de la Commission n°2001/528/CE du 6 juin 2001 instituant le Comité européen des valeurs mobilières, JOCE L 191/45, 13/07/2001, modifiée par la Décision de la Commission n°2004/8/CE du 5 novembre 2003 modifiant la décision 2001/527/CE instituant le comité européen des valeurs mobilières, JOUE L 3/33, 07/01/2004.

⁷³⁹ Décision de la Commission n°2001/527/CE du 6 juin 2001 instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, JOCE L 191/43, 13/07/2001, modifiée par la Décision de la Commission n°2004/7/CE du 5 novembre 2003 modifiant la décision 2001/527/CE instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, JOUE L 3/32, 07/01/2004.

⁷⁴⁰ Le cadre général des comités fut précisé par la Directive de du Parlement européen et du Conseil n°2005/1/CE du 9 mars 2005 organisant selon une nouvelle structure les comités compétents en matière de services financiers, JOUE L 79/9, 24/3/2005

assurances avec la création du Comité bancaire européen (CBE)⁷⁴¹, du comité européen des contrôleurs bancaires (CECB)⁷⁴², du comité européen des assurances et des pensions professionnelles (CEAPP)⁷⁴³ et du comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles (CECAPP)⁷⁴⁴, la procédure Lamfalussy illustre bien l'architecture de l'espace financier européen reposant sur ces trois secteurs (banque, assurance, valeurs mobilières), « lesquels, en dépit d'activités distinctes, obéissent à une même logique »⁷⁴⁵, celle d'un même risque systémique appelant une même surveillance prudentielle.

Ce processus de comitologie spécial appelle trois séries de remarques. En premier lieu, les comités composés des ARN ont vu leurs missions augmenter au fil des années, plusieurs décisions de 2009⁷⁴⁶ réformant et renforçant leur cadre opérationnel. Ils furent ainsi chargés d'une double mission⁷⁴⁷ : assister la Commission dans l'élaboration de ses propositions de réforme (niveaux 1 et 2) et définir des recommandations communes facilitant la mise en œuvre du droit communautaire (niveau 3). En second lieu, l'extension du processus au secteur bancaire a fait l'objet de vives critiques, plusieurs auteurs l'estimant inapproprié⁷⁴⁸ dans la mesure où il complexifiait la situation existante. En effet, les directives bancaires de 1977⁷⁴⁹ et de 1989⁷⁵⁰ et le code bancaire de 2000 prévoyaient déjà des mécanismes de coopération et l'intervention d'un Comité consultatif bancaire pour constituer une procédure qui présentait, avec le mécanisme des annexes techniques, de nombreux avantages par rapport

⁷⁴¹ Décision de la Commission n°2004/10/CE du 5 novembre 2003 instituant le comité bancaire européen, JOUE L 3/36, 07/01/2004.

⁷⁴² Décision de la Commission n°2004/5/CE du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des contrôleurs bancaires, JOUE L 3/28, 07/01/2004.

⁷⁴³ Décision de la Commission n°2004/9/CE du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des assurances et des pensions professionnelles, JOUE L 3/34, 07/01/2004.

⁷⁴⁴ Décision de la Commission n°2004/6/CE du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles, JOUE L 3/30, 07/01/2004.

⁷⁴⁵ A. RAYNOUARD, Répertoire de droit communautaire, Banque, Dalloz, janvier 2006, Chapitre 2, Section 2, Article 2 § 3.

⁷⁴⁶ Voir les décisions de la Commission du 23 janvier 2009 C(2009)176, C(2009)177 et C(2009)178.

⁷⁴⁷ R. VABRES, « Le système européen de supervision : état des lieux et perspectives », RDBF n° 1, Janvier 2010, étude 3.

⁷⁴⁸ Voir notamment : A. RAYNOUARD, Répertoire de droit communautaire, Banque, op. cit.

⁷⁴⁹ Directive du Conseil n°77/780/CEE du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JOCE L 322/30, 17/12/1977.

⁷⁵⁰ Directive du Conseil n°89/646/CEE du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, JOCE L 386/1, 30/12/1989.

aux comités Lamfalussy⁷⁵¹. En troisième lieu, la crise financière a révélé rétrospectivement les failles du système européen de supervision s'appuyant sur ces comités de régulateurs. Bien qu'ayant un rôle essentiel dans l'élaboration et l'application du droit communautaire, la valeur juridique de leurs actes était incertaine et ils ne constituaient pas un organe capable de prendre des mesures rapides⁷⁵². Ce constat entraîna ainsi leur suppression après la réforme de 2010 instituant les agences européennes de surveillances (AES)⁷⁵³. Pour autant, il est intéressant de noter que ces comités spéciaux composés de représentants des ARN permirent une innovation considérable dans l'évolution de la régulation. Prévus dans le processus d'élaboration des normes, encadrés et organisés dans le cadre de l'Union, ces comités de régulateurs se rapprochaient finalement plus, de par leur composition, des associations institutionnalisées que des comités classiques composés de représentants des Etats.

2. L'activité encadrée des associations et réseaux de régulateurs

Contrairement aux comités de comitologie, les réseaux de régulateurs ont la particularité d'être composés des représentants des ARN. Ils constituent pour cette raison des cadres de coopération et de corégulation plus à même de jouer le rôle d'acteur concret dans la régulation européenne. S'appuyant sur des processus non contraignants et cantonnés à un rôle consultatif auprès de la Commission, ils n'ont toutefois pas permis de pleinement combler les lacunes de la régulation européenne. On peut distinguer deux types d'associations et de réseaux de régulateurs⁷⁵⁴ ayant permis ou permettant aux ARN de coopérer. Il s'agit tantôt de groupements informels, tantôt d'associations institutionnalisées par la Commission.

a. Les rassemblements informels, simples lieux d'échanges et de discussion

Dans les secteurs financiers, la Commission avait dès 1999, dans le PASF⁷⁵⁵, identifié les barrières qui devaient encore être levées pour mettre en œuvre un marché unique

⁷⁵¹ Voir sur ce point : B. SOUSI-ROUBI, « L'extension de la procédure Lamfalussy à la coordination bancaire européenne : quiproquo et faux débat », D., 2003, p. 1346.

⁷⁵² R. VABRES, « Le système européen de supervision : état des lieux et perspectives », op. cit.

⁷⁵³ T. BONNEAU, Régulation bancaire et financière européenne et internationale, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 1^{ère} éd., 2012, p.41s ; B. DE SAINT MARS, « L'intégration européenne des activités de marché : le plus difficile reste à faire », Bulletin Joly Bourse, 01 décembre 2012 n° 12, p. 619.

⁷⁵⁴ Voir : D. COEN and M. THATCHER, After Delegation: The Evolution of European Networks of Regulatory Agencies, ECPR Regulation Conference: 8th to 10th September, Bath University, 2006.

⁷⁵⁵ Communication de la Commission du 11 mai 1999 pour la mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers : plan d'action, COM (99) 232 final.

intégré. Les régulateurs nationaux avaient toutefois anticipé cette évolution⁷⁵⁶ dès 1997 en se regroupant spontanément pour préparer ensemble la régulation au quotidien du Marché unique de services financiers au sein du Forum européen des commissions de valeurs⁷⁵⁷ (Forum of European Securities Commissions - FESCO). Pour les membres du FESCO, la mise en œuvre des directives européennes dans le domaine financier, et l'introduction prochaine de l'euro, impliquaient une intégration croissante des activités financières en Europe. Considérant que la protection des investisseurs, que l'efficacité, l'intégrité, la transparence des marchés et que la sécurité globale du système financier étaient essentielles à la réalisation de marchés financiers stables, dix-sept des commissions de valeurs mobilières d'Etats membres de l'Espace économique européen (EEE), lors de leur réunion à Paris le 8 Décembre 1997, ont adopté une charte créant le FESCO. Les membres du FESCO avaient pour objectif « de partager leur expérience en travaillant ensemble pour faciliter la réalisation équitable et efficace du marché unique européen des services financiers, d'unir leurs efforts afin d'élaborer des normes réglementaires communes en ce qui concerne la supervision des activités financières où les marchés concernant les aspects qui ne sont pas harmonisées par les directives européennes existantes et où une approche commune est approprié, et de fournir, dans la mesure permise par la loi, l'assistance réciproque la plus large et de renforcer la coopération transfrontalière afin de renforcer la surveillance du marché et l'application effective contre les abus⁷⁵⁸ ». Bien qu'informel, le FESCO avait un rôle important⁷⁵⁹ puisqu'il établissait des standards qui enrichissaient et précisaient les grands principes fixés par les directives, en apportant à la Commission la vision des régulateurs de marché pour la définition des priorités dans le PASF. De manière moins visible, le FESCO offrait également un moyen pour les présidents des ARN de s'accorder sur des réponses communes à apporter aux changements rapides qui caractérisaient les marchés financiers européens. Enfin, le FESCO englobait une enceinte et un réseau spécialisé et opérationnel, le FESCOPOL, au sein

⁷⁵⁶ Voir notamment : J-P. VALETTE, « La régulation des marchés financiers », RDP, n°1, 2001, p. 183.

⁷⁵⁷ FESCO, Communiqué de presse, The creation of the Forum of European Securities Commissions, Paris, 09/12/1997.

⁷⁵⁸ Traduction libre de « to share their experience and work together to facilitate the fair and efficient realisation of the European Single Market in financial services to unite their efforts in order to develop common regulatory standards in respect of the supervision of financial activities or markets concerning aspects that are not harmonised by the existing European Directives and where a common approach is appropriate to provide, to the extent permitted by law, the broadest possible mutual assistance and to strengthen cross-border cooperation so as to enhance market surveillance and effective enforcement against abuse », FESCO, The creation of the Forum of European Securities Commissions, op. cit.

⁷⁵⁹ F. DEMARIGNY, « Le Forum of European Securities Commissions (FESCO) : une première réponse aux besoins de régulation du marché unique des services financiers », REF, 2000, Vol. 60, n° 60, p. 125.

duquel les ARN mettaient en commun leurs difficultés, s’alertaient mutuellement sur certains faits délictueux et enfin, resserraient la coopération transfrontière pour lutter contre les infractions boursières. Néanmoins, les décisions prises au sein du FESCO n’étaient pas contraignantes et relevaient d’un consensus de la part de ses membres. Aussi en 2001, le Rapport des sages notait l’importance du FESCO mais soulignait également la nécessité d’aller encore plus loin en l’institutionnalisant⁷⁶⁰. La création du CERVM dans le cadre de la procédure de comitologie Lamfalussy le remplaça ainsi en 2001.

Dans les secteurs des services publics en réseau, plusieurs associations informelles ont également regroupé les autorités de régulation nationales. Dans le secteur des communications électroniques d’abord, avec la constitution dès 1997 du Groupe des régulateurs indépendants (Independent Regulators Group - IRG). Le Groupe avait pour objectif de permettre aux ARN d’échanger leurs expériences et de promouvoir le développement du marché européen. Depuis 2002 et la création de l’ERG, l’IRG est toutefois « en sommeil », puisque les positions de l’ERG associaient généralement l’IRG. Dans le secteur de l’énergie, le Conseil des autorités réglementaires européennes dans le domaine de l’énergie (Council of European Energy Regulators - CEER) a été créé par dix régulateurs nationaux à leur propre initiative en 2000. Tous les membres de l’UE sont aujourd’hui représentés au sein du CEER, ainsi que la Norvège et l’Islande⁷⁶¹. Depuis la création de l’EREGG et a fortiori depuis l’institutionnalisation de l’ACRE, le CEER concentre ses travaux sur des thèmes annexes ou prospectifs⁷⁶². Enfin, depuis le 9 Juin 2011 et à l’initiative de l’ARAF, le récent Groupe des régulateurs indépendants du rail (*Independent Regulators’ Group - Rail - IRG - Rail*) a été créé afin de permettre une meilleure coopération entre régulateurs nationaux et de faciliter la création d’un unique, efficace et durable marché interne des chemins de fer en Europe. Compte tenu des travaux et des rapports publics accessibles sur son site⁷⁶³, l’IRG - rail est sans doute le plus actif des groupes informels de régulateurs puisque son activité dépasse même celle du groupe institutionnalisé par la Commission.

⁷⁶⁰ Rapport final du Comité des sages sur la régulation des marchés européens des valeurs mobilières, 15 février 2001, pp. 42, 49 et 60.

⁷⁶¹ Y figurent également en tant qu’observateurs la Suisse et la Macédoine, voir : CEER, Annual Report 2013, p. 27.

⁷⁶² Il est intéressant de noter que parmi ces thèmes de discussion figure celui des « réseaux intelligents ». Ces derniers, qui touchent tant le secteur de l’énergie que celui des communications électroniques, ne concentrent pas encore l’attention des agences de l’UE, ce qui peut sembler regrettable dans la mesure où ils font déjà l’objet de réflexions poussées à l’échelle nationale.

⁷⁶³ <http://www.irg-rail.eu/>.

La plupart du temps, ces associations de régulateurs constituent essentiellement des lieux d'information et de dialogue privilégiant un modèle d'échanges souples et participatifs. Même s'ils élaborent des textes avec l'accord ou à la demande de la Commission, cette dernière pouvant éventuellement les reprendre à son compte⁷⁶⁴, ces réseaux informels ont tous un point commun : celui de ne prendre des résolutions que de manière consensuelle et sans aucune forme de contrainte.

b. Les organisations institutionnalisées, acteurs délibératifs au service de la Commission

Plus récemment et dans la continuité de ces rassemblements informels, des groupes institutionnalisés se sont multipliés dans les secteurs soumis à régulation. Bien que bénéficiant parfois d'une réelle autonomie, ceux-ci ont la particularité de s'être constitués sous l'égide de la Commission, qui en a été à l'initiative⁷⁶⁵ et qui y participe.

Dans les secteurs financiers, et avant la procédure de comitologie Lamfalussy initiée en 2001, l'essentiel de la coopération institutionnalisée en matière de régulation à l'échelle de l'Union s'exerçait dans le cadre du Plan d'action pour les services financiers (PASF) initié en 1999 par la Commission⁷⁶⁶. Celle-ci y prévoyait la constitution de plusieurs groupes de travail (forum groups) pour l'aider à identifier les imperfections et les obstacles au fonctionnement des marchés financiers. Six groupes ont ainsi été réunis au cours des années 1999 et 2000⁷⁶⁷. Leurs travaux furent poursuivis par le Groupe politique des services financiers (Financial Services Policy Group - FSPG) dont les objectifs étaient de faciliter la coopération des Etats membres, de modifier et améliorer la législation existante, de développer des normes de surveillance bancaire, de proposer des règles prudentielles dans le secteur de l'assurance, et

⁷⁶⁴ P.-A. JEANNEREY, « Le régulateur producteur de droit », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 50.

⁷⁶⁵ Voir notamment la communication de la Commission du 12 mai 2004, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final, p. 20 : « la Commission entend favoriser la mise en place et le renforcement d'une coopération étroite entre régulateurs dans le cadre des réseaux d'autorités de régulation ».

⁷⁶⁶ Communication de la commission COM (99) 232 final du 11 mai, op. cit.

⁷⁶⁷ Il s'agissait du Groupe d'experts sur le livre vert sur la directive sur les services d'investissement, du Groupe d'experts sur la manipulation des marchés, du Groupe d'experts chargé des questions concernant l'utilisation transfrontière des garanties sur titres, du Groupe d'experts sur l'information, du Groupe d'experts sur les obstacles au Marché intérieur, et du Groupe d'experts sur la simplification des services financiers transfrontaliers entre entreprises.

d'encadrer les conglomérats financiers⁷⁶⁸. Ce groupe, créé à l'initiative de la Commission et qui s'est réuni à quinze reprises jusqu'en 2002 était toutefois essentiellement composé de représentants des gouvernements des Etats membres, alors que seuls quelques représentants d'ARN y figuraient⁷⁶⁹.

Dans les secteurs des services publics en réseaux, c'est également la Commission qui est à l'origine de la création des groupes de régulateurs. Dans le secteur des transports ferroviaires, la Commission décida dans un premier temps de promouvoir la coopération entre les ARN ou les organismes de contrôle nationaux dans la directive de 2001 sur les infrastructures ferroviaires⁷⁷⁰ avant de créer en 2013 un réseau d'échange d'informations rassemblant les régulateurs nationaux : le réseau européen des régulateurs ferroviaires (European Network Rail Regulatory Bodies - ENRRB). Dans le secteur postal, la Commission institua aussi en 2010⁷⁷¹ un groupe européen des régulateurs des services postaux (European Regulators Group for Postal Services - ERGP), comme ce fut le cas dans le secteur des communications électroniques, avec la création en 2002 du Groupe des régulateurs européens (European Regulatory Group - ERG)⁷⁷² dans le cadre de la directive cadre de la même année⁷⁷³. Enfin, le secteur de l'énergie témoigne plus que tous les autres de la multiplication des acteurs institutionnalisés de la régulation dans le cadre de l'Union. Aux manifestations connues⁷⁷⁴ de Florence pour l'électricité (1998) et de Madrid pour le gaz (1999) se sont ainsi

⁷⁶⁸ Ibid., p. 1.

⁷⁶⁹ Financial Services Policy Group, First meeting, Brussels, 28 January 1999, p. 4s. Les seules ARN représentées lors de la première réunion du Groupe en 1999 étaient: la BaFin, la DFSA et la CSSF.

⁷⁷⁰ Article 31 de la Directive n°2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire, JOCE L 75/29, 15/03/2001 : « les organismes de contrôle nationaux échangent des informations sur leur travail et leurs principes et pratiques décisionnels afin de coordonner leurs principes décisionnels dans l'ensemble de la Communauté. La Commission les assiste dans cette tâche ».

⁷⁷¹ Décision de la Commission n° 2010/C 217/07 du 10 août 2010 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des services postaux, JOUE C 217/7, 11/08/2010.

⁷⁷² Décision de la Commission n°2002/627/CE du 29 juillet 2002 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, JOCE L 200/38, 30/07/2002.

⁷⁷³ Considérant 36 de la Directive 2002/21/CE, op. cit. : « la Commission a indiqué son intention d'instituer un groupe européen des autorités réglementaires pour les réseaux et services de communications électroniques, qui constituerait un mécanisme approprié pour encourager la coopération et la coordination entre les autorités réglementaires nationales afin de promouvoir le développement du marché intérieur pour les réseaux et services de communications électroniques et de tendre vers une application cohérente, dans tous les Etats membres, des dispositions énoncées dans la présente directive et dans les directives particulières, notamment dans les domaines où la législation nationale mettant en œuvre le droit communautaire confère aux autorités réglementaires nationales de très larges pouvoirs discrétionnaires pour ce qui est de l'application des règles pertinentes ».

⁷⁷⁴ Voir notamment : L. RODRIGUE, Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux, op. cit., p. 32s.

ajoutées les forums d'Amsterdam sur le développement durable énergétique⁷⁷⁵ (Sustainable Energy Forum), de Berlin sur les combustibles fossiles⁷⁷⁶ (Fossil Fuels Forum) depuis 2005, de Prague et Bratislava sur l'énergie nucléaire⁷⁷⁷ (European Nuclear Energy Forum) depuis 2007 et de Londres sur l'énergie citoyenne⁷⁷⁸ (Citizens' Energy Forum) depuis 2008, auxquels il est possible d'ajouter le Smart Grids Task force⁷⁷⁹, un Groupe de travail sur les réseaux intelligents mis en place par la Commission en 2009. A coté de ces forums⁷⁸⁰, un réseau rassemblant les ARN de l'énergie s'est ensuite développé en 2003 à la suite de la directive 2003/54/CE, laquelle précisait que « la Commission a manifesté l'intention d'instituer un groupe des organes de régulation européens de l'électricité et du gaz »⁷⁸¹. Cette résolution prit la forme d'une décision de la Commission instituant le Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz (*European Regulators' Group for Electricity and Gas - ERGEG*)⁷⁸².

Ces groupes de régulateurs institutionnalisés ont donc été créés par la Commission européenne elle-même, à partir d'expériences spontanées, avec pour objectif de développer la coopération entre les ARN en vue de la conseiller. Pour cette raison, la Commission est présente dans la plupart de ces organes et ce sont essentiellement les requêtes qu'elle formule qui sont à l'origine du travail de ces groupes. Outre une mission de coopération des ARN, ces réseaux institutionnalisés ont essentiellement pour objectif de conseiller la Commission. Par exemple, l'ENRRB a pour mission de fournir une expertise à la Commission lors de la préparation des mesures d'exécution (avant que celle-ci ne les soumettent à un comité de comitologie), jouant un rôle d'expert pour ces travaux de préparation de la législation

⁷⁷⁵ L'ancien site du forum (www.senternovem.nl/amsterdamforum/index.asp) n'est plus accessible et les manifestations du forum d'Amsterdam semblent avoir pris fin en 2008.

⁷⁷⁶ http://ec.europa.eu/energy/oil/berlin_forum/berlin_forum_en.htm.

⁷⁷⁷ http://ec.europa.eu/energy/nuclear/forum/forum_en.htm.

⁷⁷⁸ http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/forum_citizen_energy_en.htm.

⁷⁷⁹ http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/smartgrids/taskforce_en.htm.

⁷⁸⁰ Considérant 5 de la Décision n°2003/796/CE : « le Forum européen de régulation de l'électricité et le Forum européen de régulation du gaz ont apporté d'importantes contributions. Ces deux forums continueront à jouer un rôle non négligeable de plates-formes de discussion génériques associant tous les acteurs concernés, qu'il s'agisse des pouvoirs publics, des autorités de régulation ou des entreprises, mais il faut désormais donner à la coopération et à la coordination dans le domaine de la régulation un statut plus officiel, en vue de faciliter la réalisation du marché intérieur et dans la perspective de l'adhésion prochaine de nouveaux États ».

⁷⁸¹ Considérant 16 de la Directive n°2003/54/CE.

⁷⁸² Décision de la Commission n°2003/796/CE du 11 novembre 2003 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, JOUE L 296/34, 14/11/2003.

secondaire prévue dans la directive de 2012⁷⁸³. Dans le secteur postal, l'ERGP doit apporter conseil et assistance à la Commission dans le domaine des services postaux⁷⁸⁴, avec l'objectif de promouvoir l'innovation dans le secteur de la distribution postale⁷⁸⁵. L'ERGP a également pour mission de « faciliter la consultation, la coordination et la coopération entre les autorités réglementaires nationales indépendantes dans les États membres, ainsi qu'entre ces autorités et la Commission, en vue de consolider le marché intérieur pour les services postaux et de garantir l'application uniforme de la directive 97/67/CE dans tous les États membres »⁷⁸⁶. Dans le secteur des communications électroniques, l'ERG avait également pour mission « de conseiller et d'assister la Commission dans la consolidation du marché intérieur des réseaux et des services de communications électroniques » et de « servir d'interface entre les autorités réglementaires nationales et la Commission, de manière à contribuer au développement du marché intérieur et à l'application uniforme, dans tous les États membres, du cadre réglementaire des réseaux et des services de communications électroniques »⁷⁸⁷. Enfin, avant sa transformation en Agence européenne de coopération des régulateurs de l'énergie, les attributions de l'ERGEG étaient similaires à celles de l'ERG, en ayant pour mission « de conseiller et d'assister la Commission dans son action visant à consolider le marché intérieur de l'énergie, notamment pour la préparation de projets de mesures d'application dans les domaines de l'électricité et du gaz et pour toute question liée au marché intérieur du gaz et de l'électricité »⁷⁸⁸.

Pour finir, ces différentes organisations institutionnalisées ayant pour mission d'assister la Commission, leurs décisions ont une portée très limitée. En effet, ces différents

⁷⁸³ Directive n°2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, op. cit..

⁷⁸⁴ Article 2 de la Décision de la Commission n° 2010/C 217/07. De 2011 à 2013, le groupe a travaillé sur les questions suivantes : répartition des coûts communs, calcul du coût net des obligations de service universel, exonérations de TVA, satisfaction de l'utilisateur final, suivi du Livre vert sur la livraison transfrontalière de colis, réglementation selon le principe end-to-end. Voir : ERGP, Rapport d'activités (14) 20, Draft outline of the ERGP activity report for the period 2011 -2013, pp. 2-3.

⁷⁸⁵ Tim Brown, vice-président de l'ERGP en 2011, a ainsi déclaré que « la constitution de ce groupe et les engagements pris aujourd'hui quant à ses différents domaines de travail représentent un pas très important dans l'évolution du secteur postal à l'échelle européenne. L'ERGP contribuera à la réalisation de notre objectif commun, à savoir la mise en place d'un secteur de la distribution postale innovant au profit de l'ensemble des citoyens de l'UE. Ce but ne pourra être atteint que si le cadre réglementaire de l'UE est appliqué de manière solide et cohérente en suivant à la fois l'esprit et la lettre des directives postales », ARCEP, Communiqué de presse, 2 décembre 2010.

⁷⁸⁶ Considérant 6 de la Décision n° 2010/C 217/07.

⁷⁸⁷ Article 3 de la Décision n°2002/627/CE, op. cit.

⁷⁸⁸ Article 1er de la Décision n°2003/796/CE.

acteurs n'ont jamais eu, de l'avis général, les pouvoirs nécessaires pour effectivement organiser la régulation à l'échelle européenne. Ils sont consultés pour rendre des avis, et au mieux ont les moyens de faire coopérer les autorités de régulation nationales lorsqu'un consensus à l'unanimité est trouvé. Le mécanisme reste souple et la Commission décide seule si elle consulte ou non ces associations institutionnalisées, et choisit seule des suites à donner à leurs travaux. En conséquence, les décisions prises par les différents groupes n'ont aucun caractère contraignant : les ARN peuvent les faire appliquer et la Commission peut s'en inspirer si elle le souhaite. Dans une publication de 2006⁷⁸⁹, l'ERG avait pourtant mis en avant sa « liberté » et son « indépendance » à l'égard de la Commission : « les opinions et les décisions de l'ERG reflètent les opinions et les décisions des ARN. Celles-ci peuvent ne pas toujours s'aligner sur celles de la Commission, même si des membres de la Commission européenne ont participé aux travaux⁷⁹⁰ ». Il n'en demeure pas moins que les avis rendus par l'ERG ne liaient pas la Commission et n'étaient donc suivis d'effet que selon le bon vouloir de celle-ci.

Qu'ils agissent dans les secteurs économiques ou financiers, la plupart des acteurs traditionnels ont en outre deux autres points communs. Ils témoignent d'abord de la forte sectorisation de leur approche régulatrice. Or face à une convergence accrue des réseaux et de leur régulation, il serait opportun de se pencher sur une approche commune de la régulation de ces secteurs. L'idée, a minima, d'un *UK Regulators' Network*⁷⁹¹ (UKRN) à l'européenne aurait mérité d'attirer l'attention, à supposer que l'option de régulateurs multisectoriels européens ne soit pas envisageable⁷⁹². Ensuite, qu'il s'agisse des comités Lamfalussy ou des associations institutionnalisées des secteurs des communications électroniques (ERG) et de l'énergie (ERGEG), ces acteurs ont la particularité d'avoir constitué un premier pas vers une coopération renforcée, en disparaissant au profit d' « agences européennes ».

⁷⁸⁹ Independent Regulators Group / European Regulators Group, *A guide to who we are and what we do*, ERG (06) 03, February 2006.

⁷⁹⁰ Traduction libre de : « the views and decisions of the ERG *reflect NRAs' views and decisions*. *These may not always align with those of the Commission even though the European Commission officials may have participated in the work* », ERG (06) 03, op. cit., p. 6.

⁷⁹¹ Remplaçant le Joint Regulators Group, le Réseau des régulateurs britanniques (*UK Regulators' Network*) créé le 19 Mars 2014 réunit les différents présidents des autorités britanniques de la régulation économique et financière (Ofgem, CAA, ORR, Ofcom, Ofwat, FCA, UREGNI) avec pour objectif d'améliorer la cohérence de la réglementation dans tous les secteurs, d'offrir une efficacité de la réglementation et d'améliorer la compréhension de la façon dont la régulation s'exerce dans l'intérêt des consommateurs, des marchés, l'investissement et la performance économique.

⁷⁹² Voir infra, pp. 221 et s.

II. Le recours aux agences européennes dans l'architecture de la régulation économique et financière en Europe

L'intégration européenne de la régulation conduit depuis plusieurs années les acteurs classiques de la régulation que sont les comités et les organisations regroupant les régulateurs nationaux à converger vers une forme institutionnelle nouvelle et intégrée, celle de l' « agence européenne »⁷⁹³. Le recours aux agences européennes est une réponse aux enjeux de la régulation européenne, même si leur intégration dans l'architecture européenne peut poser de nouvelles difficultés (A). En définitive, l'agence constitue l'acteur le plus adapté pour enrichir le cadre de la régulation économique et financière (B).

A. Les enjeux et les difficultés de l'exercice d'une régulation intermédiaire par les agences européennes

Alors que les acteurs traditionnels de la régulation en ont été incapables, les agences européennes doivent répondre à certains enjeux importants liés aux déficits d'harmonisation et de coopération de la régulation dans l'UE (1). Elles doivent par ailleurs s'intégrer dans l'architecture européenne de la régulation, ce qui n'est pas sans poser des difficultés (2).

1. Pallier les insuffisantes harmonisation et coopération de la régulation dans l'UE

L'insuffisance des formes traditionnelles de régulation économique et financière et le recours aux agences s'explique tant par l'insuffisante harmonisation des cadres nationaux de la régulation que par l'insuffisante coopération entre les ARN.

a. L'insuffisante harmonisation des législations nationales

L'un des arguments souvent invoqué en faveur d'une harmonisation de la régulation à l'échelon européen est que pour être efficace, le marché unique doit disposer d'un ensemble de règles de base pour réduire le manque de cohérence des règles applicables dans l'Union. Cette situation s'explique notamment par la possibilité, pour les Etats membres, de disposer

⁷⁹³ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 2013, 5^e éd., Coll. Manuel, n°417s ; J. PERTEK, *Droit des institutions de l'Union européenne*, PUF, Thémis, 3^e éd., p. 415 ; D. DERO-BUGNY, « Agences européennes », *Juris Cl. Europe*, Fasc. 245 ; J. MOLINIER, « Agences de l'Union européenne », *Répertoire Dalloz de droit communautaire*.

d'une grande latitude et d'un grand nombre de choix, tant pour la mise en œuvre des normes européennes que des outils que les ARN ont à leur disposition pour leur activité de régulation. L'idée rejoint ici celle débattue dans le Rapport Larosière selon laquelle, pour pallier ce défaut d'harmonisation, « certains arrangements institutionnalisés et contraignants sont nécessaires »⁷⁹⁴.

D'abord, l'application des directives européennes peut manquer de cohérence et d'harmonisation à la suite de leur transposition dans les droits nationaux. Le rapport de Larosière notait par exemple que la directive sur l'intermédiation en assurance⁷⁹⁵ avait abouti à des transpositions très divergentes selon les États membres. Si certains États l'avaient transposée telle quelle, d'autres l'avaient complétée de nombreuses dispositions nationales. Dans l'application de cette directive, qui vise à encadrer les intermédiaires d'assurance en Europe en leur octroyant un « passeport » unique, ces différences de transposition créent une distorsion de la concurrence. Constatant les variations de l'application de la directive, la Commission nota en 2012 que les marchés de l'assurance étaient fragmentés et que des disparités, notamment en ce qui concerne les exigences d'information imposées aux vendeurs de produits d'assurance, s'étaient multipliées. Ce n'est que dans le cadre d'une consultation avec l'Agence européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP), le 3 juillet 2012, que la Commission a adopté une proposition de révision de la directive sur l'intermédiation en assurance⁷⁹⁶. Le constat fut le même dans le secteur des communications électroniques, dont l'étude en 2010 mit en lumière un certain nombre de problèmes importants à résoudre, « notamment le manque de cohérence dans l'application des règles de l'UE et le morcellement réglementaire du marché intérieur »⁷⁹⁷. La Commission notait ainsi que les autorités nationales adoptaient des approches réglementaires diverses « dont le manque de cohérence [freinait] l'avancement technologique et [représentait] de plus en plus, pour les entreprises, un obstacle à la fourniture de services transnationaux ou paneuropéens »⁷⁹⁸.

⁷⁹⁴ J. DE LA ROSIERE, Rapport du Groupe de haut niveau sur la supervision financière en Europe, Bruxelles, février 2009, p. 31.

⁷⁹⁵ Directive n°2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, JOCE n° L 9/3 du 15/01/2003.

⁷⁹⁶ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 3 juillet 2012 sur l'intermédiation en assurance (refonte), COM(2012) 360 final, p. 4.

⁷⁹⁷ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, COM (2007) 699 final, p. 2.

⁷⁹⁸ Ibid.

Ensuite, les pouvoirs dévolus aux régulateurs nationaux et les moyens d'exercer la fonction de régulation ne sont pas identiques puisque non fixés par les textes européens. En conséquence, les outils de la régulation qui peuvent manquer d'harmonisation et l'activité de la régulation peut être exercée différemment selon les Etats membres. Dans le secteur des communications électroniques, les politiques de régulation sur les coûts appliquées aux opérateurs de téléphonie mobile et évoquées par Bertrand Du Marais⁷⁹⁹ sont un bon exemple des risques d'un manque de cohérence de régulation⁸⁰⁰. L'auteur note l'existence de deux politiques contraires en la matière. La première s'appuie sur le mécanisme de plafonnement des prix (price cap) et signifie que l'opérateur est libre de fixer ses prix en dessous d'un plafond prévu par le régulateur dont le niveau évolue en fonction d'un certain nombre de paramètres. La seconde s'appuie à l'inverse sur le coût du service (cost plus) et son taux de rendement (rate of return), à travers un système de récupération sur le tarif des programmes d'investissement de l'opérateur. Dès lors, un opérateur installé sur plusieurs marchés nationaux (comme en Europe) peut se voir imposer des contraintes de régulation par price cap sur un marché national qu'il peut récupérer sur un autre soumis au mécanisme cost plus. De la même manière, la Commission regrettait en 2007 que les règles appliquées en matière de régulation de l'énergie différaient énormément, le travail effectué au sein de l'ERGEG étant insuffisant en termes d'harmonisation⁸⁰¹. Par exemple, la Bundesnetzagentur ne se prononce sur la légitimité des tarifs énergétiques qu'a posteriori, et seuls les régulateurs français et britanniques disposent du pouvoir d'approuver les programmes d'investissement des gestionnaires de réseaux de transports. Le constat d'une grande incohérence était identique en 2010 dans les secteurs financiers⁸⁰².

Outre le manque de cohérence d'un État membre à l'autre en ce qui concerne les pouvoirs de surveillance⁸⁰³, les mêmes outils régulateurs étaient utilisés différemment : par

⁷⁹⁹ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 504.

⁸⁰⁰ Ces politiques de régulation sur les coûts sont entre autres également utilisées à propos des tarifs aéroportuaires ou autoroutiers.

⁸⁰¹ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 19 septembre 2007 instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, COM(2007) 530 final, p. 11 : « les règles techniques que les entreprises d'électricité doivent utiliser, les "codes de réseau", diffèrent considérablement entre les États membres et souvent même au sein d'un même État membre. Il est indispensable de les mettre en convergence puis de les harmoniser si l'on veut intégrer les marchés énergétiques de l'UE ».

⁸⁰² J. DE LA ROSIERE, *Rapport du Groupe de haut niveau sur la supervision financière en Europe*, op. cit., p. 33.

⁸⁰³ J. DE LA ROSIERE, *Rapport du Groupe de haut niveau sur la supervision financière en Europe*, op. cit., p. 47 : « les pouvoirs reconnus aux autorités de surveillance nationales présentent de fortes variations d'un État membre à l'autre, en ce qui concerne d'une part ce qu'elles peuvent faire dans le cadre de leurs compétences et

exemple, les pratiques comptables différaient pour les provisions relatives aux pensions, ce qui créait de sérieuses différences dans le calcul des fonds propres prudentiels selon les pays et dans celui des provisions techniques des entreprises d'assurance. Ces pratiques rendaient alors difficile la comparaison de la solvabilité des différents assureurs dans l'UE et il n'existait pas de méthodologie unique de validation de l'évaluation des risques par les établissements financiers. Enfin, les obligations d'information variaient fortement dans l'UE, puisque certains établissements, notamment ceux qui n'étaient pas cotés, n'étaient soumis à aucune obligation de présentation d'informations comptables. Il était donc nécessaire de rechercher une plus grande cohérence entre les pratiques de la régulation, par exemple avec l'intégration par la « méthode du réseau ». A l'instar du réseau européen de la concurrence, le système européen de stabilité financière est une manifestation de cette nouvelle méthode d'intégration dans l'Union européenne. A l'intégration normative classique fondée sur la relation hiérarchique et verticale entre ordres juridiques, doit donc s'ajouter « une convergence spontanée »⁸⁰⁴ entre autorités. Enfin, l'absence d'harmonisation dans les outils de la régulation se double parfois de grandes disparités en matière de définition des objets régulés⁸⁰⁵.

b. L'insuffisante coopération entre les Etats membres

Le second constat tiré de l'action des réseaux de régulateurs fut celui de leur insuffisante coopération. Certes, les groupements de régulateurs, en conseillant la Commission, ont toujours eu pour objectif de tendre vers une harmonisation des règles applicables en matière de régulation. Mais ils ne sont pas pour autant un gage de coopération et de coordination entre les Etats membres et leurs ARN. Des exemples de défaillances sont connus mais il est toujours intéressant de les rappeler.

d'autre part les actions coercitives (y compris les sanctions) auxquelles elles peuvent recourir lorsqu'une entreprise ne remplit pas ses obligations ».

⁸⁰⁴ F. MARTUCCI, « Régulation financière dans l'Union européenne : les instruments de convergence », RDBF n° 4, Juillet 2011, dossier 23.

⁸⁰⁵ Le Rapport de Larosière notait notamment en 2010 que certains pays appliquaient une définition large de l'établissement de crédit, tandis que d'autres utilisent une définition beaucoup plus restrictive, ce qui entraînait des divergences problématiques entre États membres et une surveillance plus relâchée ; J. DE LA ROSIERE, Rapport du Groupe de haut niveau sur la supervision financière en Europe, op. cit., p. 33.

Dans le secteur des communications électroniques par exemple, la délivrance des licences UMTS⁸⁰⁶ illustre bien les difficultés rencontrées par certains Etats du fait du manque de coopération de leurs ARN. En matière d'attribution des licences sur leur territoire, les Etats membres bénéficient d'une large marge de manœuvre en conformité des directives Licences⁸⁰⁷ et Interconnexions⁸⁰⁸. Ils ont pu ainsi attribuer les licences par des procédures d'enchères ou de soumission comparative sans règle commune dans l'UE⁸⁰⁹. Les différences de procédure et de prix des licences ont alors entraîné une distorsion entre les opérateurs, ce qui bouleversa les conditions concurrentielles sur les marchés des communications électroniques. Lors des premières enchères ouvertes en Grande Bretagne, le prix des licences fut extrêmement élevé. Comme le note Elie Cohen, « c'est l'accès au premier marché ouvert plus que la valeur de la ressource hertzienne qui [fut] valorisé. Pour les nouveaux entrants comme pour l'opérateur historique l'enjeu [était] de prendre position pour faire partie des survivants au terme du marathon des attributions de licence »⁸¹⁰. Le résultat défie toute logique : en quelques mois, le marché passe « d'une franche euphorie, voire d'une frénésie, à l'impression diffuse d'un fiasco »⁸¹¹. Dans certains Etats, les licences sont attribuées pour des sommes faramineuses⁸¹², alors que dans d'autres, les enchères des licences sont de véritables échecs⁸¹³, et les investissements colossaux engagés par les opérateurs commencent à mettre en cause leur viabilité⁸¹⁴. L'échec de l'attribution des licences UMTS illustre la façon désordonnée avec laquelle les membres de l'UE ont traité l'implantation de la 3G. Pour les

⁸⁰⁶ L'Universal Mobile Telecommunications System est la norme européenne des transmissions pour la 3G.

⁸⁰⁷ Directive n°97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997, relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, JOCE L 117/15, 07/05/1997.

⁸⁰⁸ Directive n°97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997, relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), JOCE L. 199/32, 26/07/1997.

⁸⁰⁹ N. CURIEN, « Enchères et télécommunications. Echecs et leçons », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Presses de Science Po et Dalloz, 2004, p. 94.

⁸¹⁰ E. COHEN, « Design institutionnel communautaire et UMTS », in C. STOFFAËS (dir.), Vers une régulation européenne des réseaux, op. cit., Annexe III. C., p. 34.

⁸¹¹ B. DU MARAIS, « U.M.T.S. : l'idée de régulation est-elle encore soutenable ? », LPA, 15 mars 2001, n°53, p. 13.

⁸¹² En 2000, l'attribution de cinq licences 3G au Royaume-Uni rapporte à l'Etat près de 38 milliards d'euros, 50 milliards en Allemagne.

⁸¹³ En Belgique, Autriche et Italie par exemple, certaines licences ne trouvent pas d'acquéreur. Voir : P. HUBERT, « La confrontation des enchères avec les principes généraux du droit de la concurrence », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, op. cit., p. 132.

⁸¹⁴ En 2001, France Télécom annonçait une dette de 60 milliards d'Euros, 50 milliards pour Deutsche Telecom comme pour British Telecom. KPN (Pays-Bas) ou Sonera (Finlande), proches de la faillite, ont du consentir des recapitalisations très dilutives et des cessions d'actifs à des prix bas alors que Telecom Italia a été sauvé part la défiance des actionnaires qui lui ont interdit de trop investir sur le marché UMTS.

rédacteurs du Rapport Stoffaës, une coopération accrue des ARN organisée au sein d'une autorité européenne disposant de plus de pouvoirs de régulation aurait sans doute permis d'éviter de tels évènements⁸¹⁵.

Une meilleure coopération entre les Etats membres est également une nécessité en matière de sécurité des marchés. Les évènements liés à des pannes d'électricité en 2003 en Italie⁸¹⁶, et surtout en 2006 dans tout le réseau UCTE⁸¹⁷ montrent que la sécurité d'approvisionnement énergétique nécessite une coordination des gestionnaires et des opérateurs. Dans un Rapport publié en décembre 2006 relatif aux perturbations liées au black-out européen, l'ERGEG recommandait ainsi la construction d'un cadre juridique et réglementaire amélioré pour minimiser le risque d'interruptions futures ainsi qu'une meilleure coordination et coopération par les GRT, le tout sous la surveillance d'un organe européen⁸¹⁸. Le réseau des régulateurs de l'énergie s'inquiétait que l'événement n'ait pas été déclenché par une défaillance technique ou par des évènements extérieurs, comme des conditions météorologiques extrêmes, concluant que les mesures d'urgence s'imposaient pour éviter de telles perturbations à l'avenir⁸¹⁹. Parmi ces mesures, l'ERGEG avait préconisé en substance la construction d'un cadre juridique à double échelon, composé des régulateurs nationaux, dont

⁸¹⁵ C. STOFFAËS (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, La Documentation française juillet 2003, p. 38 : « on peut raisonnablement penser que si une autorité de régulation européenne de télécommunication avait existé, on n'aurait pas enregistré une telle distorsion dans les conditions d'attribution des licences ni une telle spéculation dans les tarifs d'acquisition par les opérateurs. Certes, en principe, l'harmonisation et la coordination pouvaient résulter du dispositif actuel, à savoir d'une décision du Conseil, sur proposition de la Commission. Mais on a pu constater que tel n'a pas été le cas, faute d'un degré suffisant de cohérence du pouvoir de la fonction régulatrice ».

⁸¹⁶ Le 28 septembre 2003, une ligne reliant les réseaux italien et suisse est découplée après sa mise hors tension. Ceci se traduit par un report de la charge sur la seconde interconnexion entre les deux pays. L'impossibilité pour l'Italie d'augmenter la production d'électricité dans un court laps de temps entraîna une réaction de protection de la ligne surchargée et des interconnexions avec la France, la Slovénie et l'Autriche. Ce système entraîna la séparation complète du réseau italien au réseau UCTE (aujourd'hui ENTSO - European Network of Transmission System Operators for Electricity), l'association européenne des GRT d'électricité. Coupée des autres réseaux, l'Italie perd alors plus de 25% de ses sources d'alimentation et l'ensemble de l'alimentation du pays s'interrompt.

⁸¹⁷ Le 4 novembre 2006, toute l'Europe de l'ouest est à deux doigts de subir un black-out total. A la suite d'une défaillance survenue sur le réseau allemand (le GRT allemand E.ON coupa 2 lignes pour permettre le passage d'un paquebot norvégien sur l'Ems), les pays interconnectés (France, Royaume-Uni, Italie, Suisse, Pays-Bas, Danemark, Belgique, Espagne et Portugal) subissent une panne d'électricité concernant dix millions d'européens.

⁸¹⁸ ERGEG, *Interim Report on the lessons to be learned from the large disturbance in European power supply on 4 November 2006*, E06-BAG-01-05, 20/12/2006, p. 12 : « it is worrying to note that this event was not triggered by technical failures or external events (like extreme weather conditions). Therefore it is concluded that measures are urgently necessary to avoid such disturbances in the future as far as possible », p. 3.

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 14.

les pouvoirs et les responsabilités devraient être accrus, et d'un échelon européen fixant des règles obligatoires aux gestionnaires et opérateurs. L'ERGEG souhaitait également une surveillance accrue du marché et un partage des informations entre les GRT. Cette analyse est identique à celle de la Commission, qui début 2007 insistait sur l'absence de coopération entre les GRT lors de la crise de 2006, les autres gestionnaires de réseaux de transport d'électricité n'ayant pas été informés des actions prises par E.ON, le gestionnaire allemand à l'origine de la panne⁸²⁰.

Enfin, en matière de sécurité des marchés, les travaux menés sur les insuffisances des mécanismes de régulation du secteur financier (dans le cadre du processus de comitologie Lamfalussy) aboutirent de la même manière au constat que les différents comités de niveau 3 composés des représentants d'ARN n'étaient pas non plus à même de permettre une efficace coopération entre les autorités nationales⁸²¹. Le diagnostic de ce défaut de coopération, essentiellement tiré d'un manque de franchise entre les ARN⁸²², s'est traduit par des flux d'information entre autorités de surveillance loin d'être optimaux, notamment pendant la phase d'accumulation de la crise, qui conduisirent à une érosion de la confiance mutuelle entre autorités de surveillance⁸²³. Une coopération accrue entre les ARN est ainsi nécessaire, spécifiquement pour la surveillance des grands établissements transfrontaliers à l'origine des risques systémiques affectant l'ensemble de l'Union.

⁸²⁰ Commission européenne, Communiqué de presse, Principaux enseignements à tirer de la panne électrique de novembre 2006, IP/07/110, 30/01/2007. Pour la Commission, il est urgent « d'accélérer l'adoption, dans le cadre d'un nouveau mécanisme et d'une nouvelle structure communautaires, de normes communes, essentielles et contraignantes, pour la sécurité des réseaux, de renforcer la coordination entre les gestionnaires de réseaux de transport pour garantir une gestion efficace en temps réel du réseau européen, et d'améliorer les investissements dans le réseau européen afin de garantir sa fiabilité et construire un marché européen véritablement concurrentiel ».

⁸²¹ J. DE LA ROSIERE, Rapport du Groupe de haut niveau sur la supervision financière en Europe, op. cit., p. 53 : « après avoir examiné les mécanismes actuels, et notamment la coopération au sein des comités de niveau 3, le Groupe considère que la structure et les rôles dévolus aux comités existants ne sont pas suffisants pour assurer la stabilité financière dans l'UE et l'ensemble de ses États membres. Bien que les comités de niveau 3 aient contribué d'une manière importante au processus d'intégration financière en Europe, certaines inefficacités ne peuvent plus être traitées avec leur structure juridique actuelle ».

⁸²² Ibid., p. 46 : « lorsque la crise s'est répandue, dans de trop nombreux cas, les autorités de surveillance des États membres n'ont pas été disposées à discuter avec la franchise requise et suffisamment tôt des points faibles des établissements financiers dont elles assuraient la surveillance ».

⁸²³ Ibid., p. 46. Le groupe de Larosière était ainsi « convaincu que des échanges d'informations beaucoup plus francs sont indispensables et formule des recommandations à cet effet ».

2. La délicate insertion des agences dans l'architecture de la régulation européenne

Le renforcement d'un échelon européen de régulation implique de s'interroger sur l'architecture globale de la régulation dans l'Union⁸²⁴. Lors des propositions de création d'agences européennes dans les secteurs économiques et financiers, une difficulté a dû par ailleurs être prise en considération, celle de la superposition des différents niveaux de régulation. Cette difficulté liée à la superposition des différents niveaux de régulation en Europe est double et touche tant les autorités nationales de régulation que les groupes de régulateurs.

a. L'impact sur les autorités de régulation nationales

La superposition de mécanismes de régulation nationaux et européens nécessite de réfléchir à l'intérêt d'un double niveau de régulation entre les autorités nationales et l'agence européenne. Certains acteurs de la régulation se sont ainsi interrogés sur le maintien des autorités nationales de régulation dans l'hypothèse où des agences de régulation devaient être créées au niveau européen⁸²⁵. Il ne semble pas pour autant opportun de remplacer les ARN par une structure européenne unique dotée de larges compétences⁸²⁶. En effet, le principe de subsidiarité doit être respecté, ce qui conduit à « restreindre la création d'autorités européennes à des cas où le besoin est impératif »⁸²⁷. Pour autant qu'il constitue un moyen efficace de coordonner les ARN, l'échelon européen ne semble donc pas en mesure d'effectuer seul la fonction de régulation⁸²⁸. A l'inverse, une répartition des missions et des compétences entre les différents échelons pourrait permettre la construction de cette architecture souhaitée. Le Rapport Stoffaës précisait ainsi quelle forme devrait prendre l'échelon européen. Si des autorités nationales continuaient d'exercer une activité de régulation, « il conviendrait alors d'organiser des mécanismes de coopération entre ces différentes autorités. Il faudra également que les règles définissent le plus clairement possible

⁸²⁴ Les paragraphes suivants se concentreront sur la place donnée aux agences européennes dans l'architecture actuelle de l'UE. Une réflexion plus globale sur la place donnée à la fonction de régulation en Europe sera menée dans la section II du présent chapitre.

⁸²⁵ C. STOFFAËS (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, op. cit., p 56.

⁸²⁶ D. GERADIN, « Hiérarchie des pouvoirs dans les systèmes communautaires de régulation », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, op. cit., p. 20.

⁸²⁷ C. STOFFAËS (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, op. cit., p 56.

⁸²⁸ Voir : H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 738 : « les A.R.N. disposent de compétences au titre des différents droits nationaux et les tâches que les vingt-sept autorités nationales de chaque secteur effectuent conformément au droit communautaire ne pourraient en aucun cas être réalisées par une seule autorité européenne ».

les compétences de chaque autorité et qu'elles définissent le cas échéant des procédures de règlement des conflits ». Dans certains domaines de compétences, aucun doute ne subsiste sur le fait que l'ARN ne constitue plus l'échelon unique au niveau duquel doit s'effectuer la régulation. C'est le cas notamment dans le secteur de la finance à propos des grands conglomérats financiers transnationaux⁸²⁹. La situation est la même pour les marchés transfrontaliers dans le secteur de l'énergie. En outre, certaines fonctions peuvent être transférées à l'échelon européen pour une plus grande efficacité de la régulation, la disparition de certaines compétences détenues à l'échelon national étant dans ce cas inévitable⁸³⁰. Cette nouvelle répartition des compétences justifie la coexistence d'autorités nationales et d'un échelon européen de régulation.

b. L'impact sur les groupes de régulateurs

Lorsque des difficultés liées à l'eupéanisation des marchés ont été constatées, il a été observé que l'organisation de la régulation au sein des mécanismes de coopération était insuffisante⁸³¹ ou à tout le moins inadéquate dans certaines situations. Dès lors qu'un échelon supérieur de régulation allait apparaître, le maintien des autres structures européennes, dont l'objectif essentiel était la coordination des autorités nationales, devenait superflu. C'est en ce sens que se prononçaient les rédacteurs du Rapport Stoffaës, qui estimaient que « la création d'autorités sectorielles de régulation communautaire ne paraît envisageable que si ces autorités se substituent aux formes de coopération existantes [car] il faut alléger et simplifier, et non alourdir et compliquer. Si un échelon supplémentaire doit être créé, il faut alléger par ailleurs »⁸³². Le même constat fut tiré par la Commission elle-même dans ses différentes interventions, notamment à propos de l'ERGEG en 2007 : « au fil du temps, le secteur de l'énergie est devenu plus complexe et plus détaillé, faisant de plus en plus intervenir des intérêts financiers divergents. La pratique actuelle au sein de l'ERGEG, qui exige généralement l'assentiment de 27 régulateurs et de plus de 30 gestionnaires de réseau de

⁸²⁹ Voir : Communication de la Commission du 4 mars 2009, *L'Europe, moteur de la relance*, COM(2009) 114 final, p. 6 : « les modèles nationaux ne sont plus adaptés au contexte transfrontalier dans lequel opèrent un nombre croissant de banques et d'entreprises d'assurance ».

⁸³⁰ C'est ce qu'inspire la récente réforme du Mécanisme de Surveillance Unique (MSU) concentrant la surveillance des banques au sein de la BCE.

⁸³¹ Voir supra, à propos de la gestion des crises financières ou des black-out.

⁸³² C. STOFFAËS (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, op. cit., p 56.

transport pour parvenir à un accord, ne donne pas de résultats satisfaisants »⁸³³. Le dépassement des groupes de régulateurs fut également souhaité dans le secteur financier⁸³⁴. Le Rapport de Larosière affirmait ainsi que pour pallier les insuffisances de la coopération en matière financière, il était urgent de transformer les comités de niveau 3 (composés des représentants des ARN) en autorités européennes⁸³⁵. En conséquence, un mouvement identique s’observa tant dans les secteurs financiers qu’économiques, avec les transformations des groupements de régulateurs, qu’il s’agisse des comités Lamfalussy (CECB, CERVM, CECAPP) ou des réseaux de régulateurs (ERGEG et ERG) en agences européennes. Subsistent toutefois les autres formes de coopération et de coordination, sous la forme de comités politiques (le COCOM, le CBE, le CEVM, le CEAPP) et de groupements informels non institutionnalisés, comme le CEER.

Alors que l’approfondissement de la coopération entre ARN au sein des groupes de régulateurs constituait une option que certains auteurs et professionnels des secteurs concernés appelaient de leurs vœux⁸³⁶, le recours à des agences européennes s’est finalement imposé. Parmi celles-ci, les agences exécutives ne semblent pas en mesure d’exercer la fonction de régulation, à l’inverse des agences dites de régulation.

B. Les agences européennes, nouveaux acteurs de la régulation économique et financière

L’analyse des différents types d’agences de l’Union (1) confirme l’idée selon laquelle le recours aux agences décentralisées constitue la solution la plus pertinente pour l’exercice intermédiaire des fonctions de régulation (2).

⁸³³ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 19 septembre 2007 instituant une Agence de coopération des régulateurs de l’énergie, COM(2007) 530 final p. 11.

⁸³⁴ R. VABRES, « Le système européen de supervision : état des lieux et perspectives », op. cit.

⁸³⁵ J. DE LA ROSIERE, Rapport du Groupe de haut niveau sur la supervision financière en Europe, op. cit., p. 56.

⁸³⁶ Voir H. DELZANGLES, *L’indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 784s. L’auteur relève que si les régulateurs du secteur de l’énergie étaient plutôt favorables à la création d’une agence européenne de régulation chargée de leur secteur, ceux des communications électroniques s’y opposaient fermement.

1. Les différents types d'agences européennes

Depuis les développements initiés par la Commission européenne en 2001 sur les conditions d'une bonne gouvernance et l'amélioration de la mise en œuvre des politiques communautaires⁸³⁷, une réflexion globale sur la place des agences européennes s'est fait jour au sein des institutions de l'Union. Même si l'appellation « agence » est, pour reprendre la formule de Majone, « an omnibus label »⁸³⁸, cette réflexion s'inscrit dans une analyse permettant de distinguer deux types d'agences européennes⁸³⁹, les agences exécutives et les « autres agences ».

a. Les agences exécutives

Les agences exécutives agissent sous le contrôle de la Commission en exécutant diverses tâches relatives à la gestion de programmes européens. Leur structure et leur fonctionnement sont précisés dans le règlement n°58/2003 du Conseil⁸⁴⁰ qui constitue une véritable « constitutionnalisation de l'administration communautaire »⁸⁴¹. Les agences exécutives s'organisent autour de trois caractéristiques. En premier lieu, elles ne disposent d'aucune réelle autonomie. La Commission décide seule de leur création et de leur suppression⁸⁴², même si le texte précise que certains critères doivent être pris en compte lors d'une analyse coûts/avantages préalable à toute création⁸⁴³. En second lieu, le règlement 58/2003 détermine les trois types de tâches dont elles peuvent leurs être chargées⁸⁴⁴ : gestion de tout ou partie des phases du cycle d'un projet, dans le cadre de l'exécution du programme communautaire et des contrôles nécessaires à cet effet, en adoptant les décisions pertinentes

⁸³⁷ Communication de la Commission, Gouvernance européenne, Un livre blanc, op. cit.

⁸³⁸ G. MAJONE, « Functional Interests : European Agencies », in J. PETERSON and M. SHACKLETON (dir.), *The Institutions of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 300.

⁸³⁹ Cette distinction est opérée par la Commission elle-même. Toutefois, de nombreux auteurs ont proposé leur propre classification des agences européennes, sans jamais emporter une totale adhésion de la doctrine. Voir : R. WETTENHALL, « Exploring Types of Public Sector Organizations : Past Exercises and Current Issues », *Public Organization Review*, Vol. 3, Issue 3, 2003, p. 215s ; D. GERARDIN et N. PETIT, *The development of agencies at EU and National Levels : Conceptual Analysis and Proposals for Reform*, Jean Monnet Working paper 01/04, p. 47 ; W.R. VIDAR et P.G. RONESS, *Mapping Organizational Units in the State: Challenges and Classifications*, Paper presented at COST-CRIPO Meeting in Brussels 20-21 April 2009.

⁸⁴⁰ Règlement n°58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires, JOCE L 11/1, 16/01/2003.

⁸⁴¹ P. CRAIG, *The Constitutionnalization of Community Administration*, Jean Monnet Working paper 3/2003.

⁸⁴² Article 3 du Règlement n°58/2003.

⁸⁴³ Article 3 du Règlement n°58/2003.

⁸⁴⁴ Article 6 du Règlement n°58/2003.

sur la base de la délégation de la Commission, adoption d'actes d'exécution budgétaire en recettes et en dépenses, en effectuant sur la base de la délégation de la Commission, toutes les opérations nécessaires à la mise en œuvre du programme communautaire, et enfin, analyse et transmission à la Commission de toutes les informations nécessaires pour orienter l'exécution du programme communautaire. La troisième et dernière caractéristique est liée au contrôle de légalité de leurs actes. Le règlement 58/2003 précise les modalités du contrôle de légalité des actes d'une agence exécutive faisant grief à un tiers⁸⁴⁵. Directement lié à leur absence d'autonomie, ce contentieux des actes des agences exécutives est symptomatique de leur dépendance à l'égard de la Commission, dans la mesure où les recours administratifs se font à l'encontre des décisions de la Commission. Afin de conclure ce court développement et compte tenu des points évoqués, il est simple de constater que les agences exécutives ne sont donc pas à même d'exercer la fonction de régulation à l'échelon de l'Union, tant leur statut reflète le prolongement de la Commission dont ils sont issus.

b. Les « autres agences »

Les autres formes d'agences dont celles dites « de régulation » firent l'objet de plusieurs communications de la Commission au cours des années 2000, et pour la première fois au cours des débats de 2001 relatifs au Livre blanc sur la gouvernance européenne⁸⁴⁶. Dans le cadre de celui-ci, la Commission souhaitait agir sur cinq critères, c'est à dire l'ouverture (et la transparence), la participation, la responsabilité, l'efficacité et la cohérence des politiques communautaires⁸⁴⁷. A cette occasion, le recours aux agences fut donc abordé dans la mesure où elles peuvent être considérées comme « un moyen de mieux gérer l'espace européen de régulation »⁸⁴⁸. Pour autant, il n'existe pas de définition des agences et encore moins de celles disposant d'un pouvoir de régulation. Au mieux, elles sont des « organismes décentralisés présentant les caractéristiques suivantes : création par voie réglementaire, personnalité juridique, organes de direction autonomes, autonomie financière, personnel soumis aux réglementations applicables aux fonctionnaires et autres agents de la Communauté, missions et tâches déterminées »⁸⁴⁹. Pour préciser leur statut, la Commission

⁸⁴⁵ Article 22 du Règlement n°58/2003.

⁸⁴⁶ Communication de la Commission, Gouvernance européenne, Un livre blanc, op. cit.

⁸⁴⁷ Ibid., p. 7.

⁸⁴⁸ F. SAUER (dir.), *Rapport du groupe de travail sur l'établissement d'un cadre pour des agences de régulation à vocation décisionnelle*, Chantier n°3 : Mieux exercer les responsabilités européennes par la décentralisation, in Commission européenne, Gouvernance européenne, Travaux préparatoires au Livre blanc, juin 2001, p. 151.

⁸⁴⁹ Ibid., p. 155.

indiqua les conditions de leur création au niveau européen⁸⁵⁰, en s'appuyant sur sept principes dégagés dans le Rapport Sauer⁸⁵¹. Il s'agit tout d'abord de la spécialisation - le mandat des agences de régulation doit être déterminé et correspondre à un objectif précis – de l'autonomie – les agences disposent de la personnalité juridique et des moyens budgétaires et humains nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches – et de la transparence – les procédures d'adoption d'actes et de fonctionnement de l'agence doivent être transparents. Viennent ensuite des principes liés à l'organisation des agences : taille limitée de l'organe de supervision, parité des exécutifs et représentation des ayants droit. Enfin, le septième et dernier principe touche à la responsabilité démocratique directe en ce sens que « l'agence doit être soumise à un contrôle démocratique direct et renforcé de la part du Parlement européen ». Ensuite, la Commission souhaitait encadrer l'attribution directe de leurs compétences et de leurs responsabilités. Pour la Commission, certaines agences peuvent se voir conférer le pouvoir de prendre des décisions individuelles dans des domaines spécifiques, sans pouvoir adopter pour autant des mesures réglementaires générales. Elles ne peuvent pas non plus se voir confier des responsabilités pour lesquelles le traité CE a conféré un pouvoir de décision direct à la Commission (c'est le cas de la politique de concurrence) et ne peuvent se voir conférer un pouvoir de décision dans des domaines où elles devraient arbitrer des conflits entre des intérêts publics, exercer un pouvoir d'appréciation politique ou procéder à des évaluations économiques complexes⁸⁵².

Suite au Livre blanc, la Commission publia une communication consacrée à l'encadrement des agences européennes de régulation courant 2002⁸⁵³. C'est dans cette communication qu'une première vraie réflexion sur la nature des fonctions exercées par ces agences eut lieu. A cette occasion, la Commission distinguait trois sous-catégories d'agences de régulation. Les deux premières étaient qualifiées d'agences d'assistance et se rapprochaient fortement des agences exécutives⁸⁵⁴, à tel point que le Parlement européen n'utilisait pas le

⁸⁵⁰ Communication de la Commission COM (2001) 428 final, Gouvernance européenne, Un livre blanc, op. cit., p. 20.

⁸⁵¹ F. SAUER (dir.), *Rapport du groupe de travail sur l'établissement d'un cadre pour des agences de régulation* à vocation décisionnelle, op. cit., p. 163.

⁸⁵² CJCE, 13 juin 1958, Meroni c/ Haute Autorité. Voir infra, pp. 338 et s.

⁸⁵³ Communication de la Commission du 11 décembre 2012 sur L'encadrement des agences européennes de régulation, COM (2002) 728 final.

⁸⁵⁴ D. GERADIN et N. PETIT, *The development of agencies at EU and National Levels : Conceptual Analysis and Proposals for Reform*, op. cit., p. 47.

vocabulaire « régulation » lorsqu'il y faisait référence⁸⁵⁵. La dernière les dotait à l'inverse d'un pouvoir d'adoption de mesures individuelles et qualifiait les agences qui en faisaient partie d'agences décisionnelles. L'entrée en vigueur du règlement 58/2003 relatif aux agences exécutives⁸⁵⁶ marqua un tournant dans la poursuite de la rationalisation des agences de régulation. Souhaitant qu'un cadre commun aux agences de régulation soit élaboré, la Commission adopta un projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation au cours de l'année 2005⁸⁵⁷. Celui-ci établissait un cadre global proposant une définition de ces agences et des missions qui leurs incombent. Le projet déterminait également les conditions de leur création, prévoyait les modalités de fonctionnement et les différents contrôles auxquels elles devaient être soumises. Bien qu'ayant reçu le soutien du Parlement européen⁸⁵⁸, le projet d'accord se heurta à une vive opposition du Conseil, qui arguait de l'absence de base juridique dans le Traité et du caractère inapproprié de l'instrument proposé par rapport à l'objectif recherché⁸⁵⁹.

A la suite de ce refus mais face à l'augmentation du nombre d'agences aussi diversifiées les unes que les autres, la Commission décida dès 2008 de relancer le dialogue tripartite en adoptant une nouvelle communication sur les agences⁸⁶⁰, réaffirmant le besoin d'un accord entre les institutions sur un socle de règles communes. A cette occasion, la Commission formula trois propositions concrètes : la première touchait au retrait du projet d'accord interinstitutionnel, la seconde au lancement d'une évaluation d'ampleur des agences et la troisième portait sur la création d'un groupe de travail interinstitutionnel composé de représentants de la Commission, du Parlement, et du Conseil. Cette nouvelle approche permit finalement aux membres du triangle institutionnel de signer une Déclaration commune sur les agences décentralisées en juin 2012⁸⁶¹. De l'avis de la doctrine, cette déclaration commune constitue un « accord a minima »⁸⁶², même si certaines avancées sont perceptibles⁸⁶³, par

⁸⁵⁵ Voir la Résolution du Parlement européen du 13 janvier 2004 sur la Communication de la Commission sur L'encadrement des agences européennes de régulation, P5_TA(2004)0015, JOCE C92 E119, 16/04/2004.

⁸⁵⁶ Voir supra.

⁸⁵⁷ Communication de la Commission du 25 février 2005, *Projet d'accord interinstitutionnel* pour un encadrement des agences européennes de régulation, COM (2005) 59 final.

⁸⁵⁸ Résolution du Parlement européen du 1er décembre 2005 P6_TA(2005)0460.

⁸⁵⁹ L. RODRIGUE, Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux, op. cit., p. 241.

⁸⁶⁰ Communication COM(2008) 135final de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 11 mars 2008, Agences européennes, Orientations pour l'avenir.

⁸⁶¹ Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil de l'UE et de la Commission européenne du 12 juin 2012 sur les agences décentralisées.

⁸⁶² E. BERNARD, « Accord sur les agences européennes : la montagne accouche d'une souris », RDUE, 2012/3, p. 399

exemple en ce qui concerne la terminologie employée pour qualifier ces agences, qui deviennent des « agences décentralisées ». Si ces modifications ne concernent pas les agences déjà créées qui nous concernent, au moins cette approche commune permet-elle en partie de rationaliser pour l'avenir la catégorie des agences décentralisées⁸⁶⁴.

2. Les agences européennes pour la régulation économique et financière

Dans les années 2000, des agences de régulation ont été créées dans la plupart des secteurs des finances et des services publics en réseaux. Il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre d'entre elles n'exercent pour ainsi dire aucune « activité de régulation économique » prise au sens large du terme, comme les agences de sécurité. A contrario, d'autres s'inscrivent dans les processus de régulation économique et financière proches de ceux suivis à l'échelle nationale.

a. Le cas particulier des agences de sécurité

Dans les secteurs qui nous intéressent, quatre agences décentralisées ont la qualification ou peuvent être assimilées à des agences de sécurité. Il s'agit de l'Agence ferroviaire européenne (European Railway Agency - AFE)⁸⁶⁵, de l'Agence européenne pour la sécurité aérienne (European Aviation Safety Agency - AESA)⁸⁶⁶, de l'Agence européenne pour la sécurité maritime (European Maritime Safety Agency - AESM)⁸⁶⁷ et de l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (European Union Agency for Network and information Security - AESRI)⁸⁶⁸. Si la dernière reste méconnue⁸⁶⁹, les trois

⁸⁶³ L'accord précise notamment les conditions de création et de disparition des agences décentralisées, ainsi que les modalités des contrôles politique et financiers auxquels elles sont soumis.

⁸⁶⁴ Sur les « points noirs » de cet accord, notamment en ce qui concerne la composition des Conseils d'administration, voir infra, pp. 358 et s.

⁸⁶⁵ Règlement (CE) n° 881/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, instituant une Agence ferroviaire européenne, JOUE L 164/1, 30/04/2004.

⁸⁶⁶ Règlement (CE) n° 1592/2002 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2002, instituant une Agence européenne pour la sécurité aérienne, JOCE L 240/1, 07/09/2002.

⁸⁶⁷ Règlement (CE) n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002, instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime, JOCE L 208/1, 05/08/2002.

⁸⁶⁸ Règlement (CE) n° 460/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004, instituant l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information, JOUE L 77/1, 13/03/2004

⁸⁶⁹ Pour quelques développements sur l'ENISA, voir : L. RODRIGUE, Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux, op. cit., p. 266s.

premières ont toutefois fait l'objet de plusieurs développements doctrinaux approfondis⁸⁷⁰. De ces quatre agences de sécurité, l'AESA est sans nul doute celle qui bénéficie des plus grandes prérogatives⁸⁷¹. Ses compétences ont d'ailleurs été élargies avec les règlements de 2008⁸⁷² et de 2009⁸⁷³. L'AESA exerce ainsi ses compétences en vue d'assister la Commission dans le développement de règles communes dans le domaine de l'aviation civile et d'apporter un soutien technique, scientifique et administratif à l'accomplissement de ses missions. Elle effectue aussi des inspections de normalisation pour s'assurer de la bonne application de ces règles dans les Etats membres, délivre les certificats aux entreprises européennes dans le domaine de la conception d'aéronefs et certifie les aéronefs utilisés en Europe ainsi que les transporteurs aériens, organismes d'entretien ou de formation situés dans les pays tiers. Si on admet que la régulation constitue la recherche d'un équilibre entre la concurrence et autre chose que la concurrence⁸⁷⁴, la prévention des risques peut constituer l'un des fondements de la régulation des réseaux, comme elle l'est dans les secteurs financiers⁸⁷⁵. Toutefois, si les agences européennes de sécurité telles qu'elles existent aujourd'hui constituent un laboratoire pour les agences de régulation, elles ont toutes un certain nombre de points communs les éloignant substantiellement de l'exercice d'une activité de régulation économique.

⁸⁷⁰ Voir, parmi les nombreuses contributions en la matière : F. PERALDI-LENEUF, « La mise en agence de l'administration de la sécurité des transports : quelle régulation? », in L. GRARD (dir.), *L'Europe des transports*, Actes du colloque d'Agen, Université Montesquieu Bordeaux IV, 7 et 8 octobre 2004, Paris, La documentation française, 2005, p. 663 ; L. GRARD, « Sécurité et transport dans l'Union européenne, le recours aux agences de régulation », *Europe*, Chr. N° 10, octobre 2003, p. 4 ; « Les transports dans le débat juridique sur les agences de régulation de la Communauté Européenne », in *50 ans de droit communautaire*, Mélanges en mémoire du Professeur Guy Isaac, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 373 ; « Sécurité aérienne : toujours plus d'intégration ! », *RTD Eur.*, 2014, p. 217 ; « Réforme de l'Agence européenne pour la sécurité maritime (AESM) : compétences nouvelles et subsidiarité dans leur mise en œuvre », *RTD Eur.*, 2014, p. 218.

⁸⁷¹ A l'inverse des trois autres agences européennes de sécurité dont les compétences semblent restreintes à des avis consultatifs.

⁸⁷² Règlement (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, et abrogeant la directive 91/670/CEE du Conseil, le règlement (CE) n° 1592/2002 et la directive 2004/36/CE, JOUE L 79 du 19/03/2008, p. 1.

⁸⁷³ Règlement (CE) n° 1108/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 modifiant le règlement (CE) n° 216/2008 dans le domaine des aérodromes, de la gestion du trafic aérien et des services de navigation aérienne, et abrogeant la directive 2006/23/CE, JOUE L 309 du 24/11/2009, p. 51.

⁸⁷⁴ Voir supra.

⁸⁷⁵ Voir : S. ABOUDRAR, « Les rencontres du forum de la régulation : régulation, risque et crise », *LPA* n° 250, 16 décembre 2003, p. 4.

D'abord, leurs compétences sont exclusivement limitées à un champ technique, à l'exclusion de toute compétence économique⁸⁷⁶. Comme leur nom l'indique, leur activité vise essentiellement à maintenir un haut degré de sécurité dans les différents types de transports. L'AFE, l'AESA et l'AESM ont ainsi pour mission principale d'assurer à un niveau élevé et uniforme le fonctionnement et le développement de la sécurité du rail européen⁸⁷⁷, du secteur maritime⁸⁷⁸ et aérien⁸⁷⁹, en bénéficiant, le cas échéant, de pouvoirs d'enquête et d'inspection⁸⁸⁰. Au mieux, l'assistance aux Etats membres peut prendre la forme d'une coordination de l'exécution des politiques européennes, comme le renforcement du niveau d'interopérabilité des systèmes de transports, que Loïc Gard a pu qualifié d'« embryon d'une régulation en réseau »⁸⁸¹. L'activité des agences de sécurité reste toutefois essentiellement cantonnée à un champ technique. D'aucune manière ces agences de sécurité n'exercent de fonction de régulation économique : ni les problématiques liées aux règles d'accès au réseau, ni celles liées à la fixation des tarifs d'utilisation des infrastructures et encore moins celles des conflits d'intérêts dus aux cumuls des fonctions de régulateur, d'opérateur et de gestionnaire par les Etats membres ou entre ARN ne peuvent être abordés ou traités par leurs soins. Sur ce dernier point, les agences de sécurité exercent une mission d'assistance à l'égard de la Commission mais n'entretiennent aucune relation de coopération avec les ARN opérant dans leurs secteurs. Dans le secteur ferroviaire, qui constitue le secteur des transports le plus représentatif⁸⁸², quinze des vingt-sept autorités de régulation nationales ne coopèrent pas avec l'AFE⁸⁸³. Et les dix ARN⁸⁸⁴ qui en sont membres ne le sont qu'au titre de leurs compétences

⁸⁷⁶ C. STOFFAËS (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, op. cit., op. cit., p. 26.

⁸⁷⁷ Article 1er du Règlement (CE) n° 881/2004 instituant l'AFE : « l'Agence a pour objectifs de contribuer, sur le plan technique, à la mise en œuvre de la législation communautaire visant (...) à développer une approche commune en matière de sécurité du système ferroviaire européen, afin de contribuer à la réalisation d'un espace ferroviaire européen sans frontières et garantissant un niveau de sécurité élevé ».

⁸⁷⁸ Article 1er du Règlement n°1406/2002 instituant l'AESM : « le présent règlement institue une Agence européenne pour la sécurité maritime (...) en vue d'assurer un niveau élevé, uniforme et efficace de sécurité maritime et de prévention de la pollution causée par les navires dans la Communauté ».

⁸⁷⁹ Article 17 §2 du Règlement n° 1592/2002 instituant l'AESA : « [elle] garantit le bon fonctionnement et le bon développement de la sécurité de l'aviation civile »

⁸⁸⁰ Voir l'article 17 §2 d. du Règlement n° 1592/2002 instituant l'AESA.

⁸⁸¹ L. GRARD, « Sécurité et transport dans l'Union européenne : Le recours aux agences de régulation », op. cit.

⁸⁸² Le même raisonnement peut être mené dans le secteur aérien quand les Etats membres ont institué une ARN. L'ART italienne ou l'ILR au Luxembourg, qui sont chargés de la régulation des infrastructures aéroportuaires, ne participent pas au réseau de coopération de l'AESA. Y figurent à l'inverse l'*Ente Nazionale per l'Aviazione Civile* et la Direction de l'Aviation Civile du Luxembourg, qui correspondent à la Direction générale de l'aviation civile en France.

⁸⁸³ Les ARN du secteur des transports ferroviaires de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, de la Croatie, du Danemark, de l'Espagne, de l'Estonie, de la France, de l'Italie, de la Lettonie, de la Lituanie, du Luxembourg,

en matière de sécurité, leurs Etats membres n'ayant pas de National safety authority spécialisée. Les agences de sécurité ne constituent donc en rien l'émanation européenne des régulateurs nationaux, comme elles ne proviennent pas de l'évolution des réseaux de régulateurs. Dans le secteur des communications électroniques également, alors que les membres de l'ORECE sont des représentants des ARN du secteur, les membres de l'AESRI sont tous des représentants gouvernementaux, ce qui contribue au déficit d'indépendance considérable dont souffrent ces agences de sécurité, comme en témoigne un récent rapport de la Cour des comptes de l'UE⁸⁸⁵.

b. Les agences destinées à exercer la fonction de régulation économique et financière

Parmi les agences européennes, cinq agences interviennent en revanche directement au titre de la régulation économique et financière⁸⁸⁶. Cette « nouvelle génération »⁸⁸⁷ d'agences comprend l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (Body of European Regulators for Electronic Communications - ORECE)⁸⁸⁸, l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (Agency for the Cooperation of Energy Regulators - ACRE)⁸⁸⁹, et les trois Autorités européennes de surveillance, l'Autorité européenne des

des Pays-Bas, du Portugal et de la Roumanie ne participent pas à cette coopération et sont remplacées par des administrations dépendantes du ministère des transports.

⁸⁸⁴ Il n'existe aucune autorité de régulation du secteur ferroviaire à Chypre et à Malte dans la mesure où il n'existe pas de réseau ferroviaire.

⁸⁸⁵ Cour des comptes européenne, Management of conflict of interest in selected EU Agencies, Special Report n° 15/2012. L'étude, menée également sur trois autres agences (l'Agence européenne des produits chimiques, l'ECHA, l'Agence européenne de sécurité des aliments, l'EFSA et l'Agence européenne des médicaments, l'EMA) pointe du doigt de nombreuses failles dans la prévention des conflits d'intérêts et les garanties d'indépendance des agences. L'AESA est par ailleurs de loin la moins bien notée des quatre agences sur ce point. Voir pp. 50-53.

⁸⁸⁶ Encore appelées « agences de réseau » par David Levi-Faur. Voir : D. LEVI-FAUR, « Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space », op. cit., p. 818.

⁸⁸⁷ Voir : L. GRARD, « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », in F. PERALDI LENEUF (dir.), *La légistique dans le droit de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2012, p. 140. L'auteur estime que « la "quatrième génération" d'agences pointe avec la création de l'ACER ». Pour une étude complète des trois premières générations d'agences, voir : S. ANDOURA et P. TIMMERMAN, *Governance of the EU: The Reform Debate on European Agencies Reignited*, Working Paper n° 19/2008, EPIN.

⁸⁸⁸ Règlement (CE) n°1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office, JOUE L 337/1, 18/12/2009. Même si la qualification d'agence fait débat, l'UE classe l'ORECE parmi ses agences décentralisées sur son site internet. Voir : http://europa.eu/about-eu/agencies/index_fr.htm.

⁸⁸⁹ Règlement (CE) n°713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, JOUE L 211/1, 14/08/2009.

marchés financiers (European Securities and Markets Authority - AEMF)⁸⁹⁰, l'Autorité bancaire européenne (European Banking Authority - ABE)⁸⁹¹, et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (European Insurance and Occupational Pensions Authority - AEAPP)⁸⁹². Ces organismes d'un nouveau type qui modifient substantiellement l'organisation de la régulation européenne sont tous issus de la transformation d'organes institutionnalisés par la Commission dans l'optique d'une plus grande intégration et d'une meilleure harmonisation des règles applicables aux autorités de régulation nationales, à travers ce que certains auteurs anglo-saxons appellent le phénomène d'« agentification »⁸⁹³ : l'ORECE est issu de l'ERG, l'ACRE remplace l'ERGEG, et les AES constituent les évolutions des Comités Lamfalussy de niveau 3.

Dans la continuité des associations de régulateurs, ces nouvelles agences exercent donc leurs activités dans les mêmes champs de compétences que leurs prédécesseurs. Cette question du champ de compétences est intéressante à l'échelle de l'Union dans la mesure où le développement de certains pans de la régulation européenne n'en est qu'à son commencement et que celle-ci est appelée à subir des modifications importantes dans les années futures. Récemment, le paysage institutionnel de la régulation financière européenne a ainsi été témoin de ce type d'évolution. Aux autorités européennes de surveillance a ainsi été ajouté un Mécanisme de surveillance unique (MSU) piloté par la BCE et chargé de la surveillance macroprudentielle des établissements bancaires et de crédit. La création de ce nouvel acteur de la régulation européenne suppose par ailleurs une nouvelle délimitation des champs de compétences d'autres acteurs de la régulation, comme les ARN, ou l'ABE⁸⁹⁴. Ces « nouvelles agences européennes »⁸⁹⁵ que sont l'ORECE, l'ACRE et les AES constituent donc la dernière pierre posée dans l'édifice architectural de la régulation économique et

⁸⁹⁰ Règlement (UE) n°1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission, JOUE L 331/84, 15/12/2010.

⁸⁹¹ Règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, JOUE L 331/12, 15/12/2010.

⁸⁹² Règlement (UE) n°1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision n°716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission, JOUE L 331/48, 15/12/2010.

⁸⁹³ D. LEVI-FAUR, « Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space », op. cit., pp. 810 et s.

⁸⁹⁴ Voir, infra, pp. 200 et s.

⁸⁹⁵ E. CHITI, « Existe-t-il un modèle d'agence de l'Union européenne ? », in J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, p. 66.

financière et le niveau institutionnel le plus abouti de la régulation dans l'UE. Cependant, leur exercice de la fonction de régulation semble encore très hétérogène et soumise à des modifications d'ampleur. De récentes évolutions institutionnelles permettent toutefois de penser qu'un renouveau architectural de la régulation européenne est possible. A ce titre, le cas de la régulation financière, à travers l'articulation entre les récentes Autorités européennes de surveillance et la création d'un Mécanisme de surveillance unique articulé autour de la BCE, constitue un très bon exemple de la voie que la régulation des réseaux d'utilité publique pourrait suivre.

Section 2. Vers un renouvellement de l'architecture et du champ de compétences des agences européennes

L'organisation de la régulation économique et financière à l'échelle de l'Union européenne relève d'un étrange paradoxe. Alors que dans les secteurs économiques des services publics en réseau, la multiplication d'autorités de régulation nationales fut largement dictée par l'Union, dans les secteurs financiers à l'inverse, des autorités de régulation nationales préexistaient à toute velléité régulatrice de l'UE. Pourtant, c'est dans les seconds que la régulation européenne est la plus aboutie tandis qu'elle reste un vaste chantier dans les premiers. L'expérience fragile mais réussie de l'architecture duale SESF – MSU dans le secteur financier devrait pour cette raison inciter les gouvernants nationaux et européens à poursuivre sur la voie du renouveau institutionnel de la régulation européenne (I). Cette démarche passe toutefois par une simplification du cadre de la régulation financière et par un aménagement de celui de la régulation des réseaux. Pour ce faire, l'Union européenne gagnerait alors à s'inspirer de l'architecture des modèles nationaux de régulation (II).

I. La régulation financière européenne, premier pas vers un cadre global de la régulation européenne

Depuis 2013, la régulation financière européenne s'est considérablement renforcée autour d'une structure duale composée du Système européen de surveillance financière (SESF) et du Mécanisme de surveillance unique (MSU). Alors même que plusieurs réserves pèsent sur chacun d'eux, leur articulation permet une régulation plus forte et plus efficace des

secteurs financiers (A). Fortement influencée par des considérations de politique nationale, cette architecture complexifie pourtant la compréhension de la régulation du secteur des finances dans l'Union européenne⁸⁹⁶. Elle met surtout en lumière les difficultés existantes pour construire un environnement propice à une véritable régulation européenne au carrefour d'enjeux juridiques, économiques et politiques, lesquels encouragent ou freinent son développement (B).

A. Le cadre novateur de la régulation européenne du secteur des finances

Celui-ci s'articule autour de deux structures de régulation, le Système européen de surveillance financière (1) et le Mécanisme de surveillance unique (2).

1. Le Système européen de surveillance financière

Près de deux ans après la crise bancaire de 2008 et suite aux recommandations du Rapport de Larosière⁸⁹⁷, l'Union européenne a institué en 2010 une nouvelle architecture de la régulation financière⁸⁹⁸. Celle-ci s'articule autour des trois nouvelles autorités de surveillances précédemment abordées - l'AEMF pour les marchés financiers, l'ABE pour le secteur bancaire et l'AEAPP pour les assurances remplaçant chacune un Comité Lamfalussy de niveau 3 - et d'un nouvel organe, le Conseil européen du risque systémique (European Systemic Board - CERS)⁸⁹⁹ chargé de la surveillance macro-prudentielle⁹⁰⁰, ces quatre organismes constituant le Système européen du risque systémique (European System of Financial Supervision - SESF)⁹⁰¹. Cette réforme institutionnelle présentait en 2010 un double intérêt : d'une part elle mettait en lumière et remédiait aux défaillances observées lors de la

⁸⁹⁶ S. LÉBOUCHER, « Supervision européenne, Intégration ou complexification », *Revue Banque*, n°757, Février 2013, p. 20.

⁸⁹⁷ J. DE LA ROSIERE, Rapport du Groupe de haut niveau sur la supervision financière en Europe, op. cit.

⁸⁹⁸ P.-H. CONAC et V. CAILLAT : « Du CESR à l'ESMA : le rubicon est franchi », *Bull. Joly bourse*, novembre/décembre 2010, n° 6, 2010, p. 500.

⁸⁹⁹ Règlement (UE) n° 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, JOUE L 331/1, 15/12/2010.

⁹⁰⁰ Article 3 du règlement (UE) n° 1092/2010 : l'ESRB « est responsable de la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union, dans le but de contribuer à la prévention ou à l'atténuation des risques systémiques pour la stabilité financière de l'Union »

⁹⁰¹ Voir : F. MARTUCCI, J. LASSERRE CAPDEVILLE et J.-P. KOVAR, « Le système européen de surveillance financière », *Europe* n° 6, 2011, Etude p. 4 ; T. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 2012, p. 44.

crise, d'autre part elle permettait une plus grande intégration des problématiques gouvernant les services financiers au sein de l'UE. Elle marque surtout une étape nouvelle dans l'accomplissement de vingt-cinq années d'évolution en matière de régulation financière pour la construction d'un marché européen intégré⁹⁰².

Instituées en 2010, les autorités européennes de surveillance ont pour mission « de protéger l'intérêt public en contribuant à la stabilité et à l'efficacité à court, moyen et long terme du système financier, pour l'économie de l'Union, ses citoyens et ses entreprises »⁹⁰³. A cet objectif général s'ajoutent de façon téléologique les obligations d'« améliorer le fonctionnement du marché intérieur, notamment en assurant un niveau de réglementation et de surveillance élevé, efficace et cohérent »⁹⁰⁴, de « renforcer la coordination internationale de la surveillance »⁹⁰⁵, de veiller « à l'intégrité, à la transparence, à l'efficacité et au bon fonctionnement des marchés financiers »⁹⁰⁶, ou encore de veiller à « la protection des investisseurs et des consommateurs »⁹⁰⁷. De façon fonctionnelle⁹⁰⁸, les AES assurent l'application cohérente, efficace et efficiente des textes de l'UE, fournissent des avis aux différentes institutions de l'UE, procèdent à des analyses économiques et favorisent la convergence des surveillances.

Sans s'attarder sur les pouvoirs⁹⁰⁹ et l'indépendance⁹¹⁰ de ces autorités de surveillance⁹¹¹, il est intéressant de noter que d'un point de vue organisationnel, la régulation

⁹⁰² B. DE SAINT MARS, « L'intégration européenne des activités de marché : le plus difficile reste à faire », op. cit., p. 620.

⁹⁰³ Article 1 §5 des règlements précités instituant l'ESMA, l'EBA et l'EIOPP..

⁹⁰⁴ Considérant 11 et article 1er, §5, a. des règlements précités.

⁹⁰⁵ Considérant 11 et article 1er, §5, c. des règlements précités.

⁹⁰⁶ Considérant 27 et article 1er, §5, b. des règlements précités.

⁹⁰⁷ Considérant 22 et article 1er, §5, e. et f. des règlements précités.

⁹⁰⁸ Article 1er, §5 des règlements précités.

⁹⁰⁹ Une analyse des pouvoirs nécessaires à une activité de régulation économique et financière efficace fait l'objet d'une réflexion globale dans le Titre II de cette même Partie.

⁹¹⁰ Une analyse l'indépendance des autorités de régulation économique et financière fait l'objet d'une réflexion globale dans le Titre I de la Partie II.

⁹¹¹ Pour certains auteurs, les pouvoirs et l'indépendance des ESA permettent de dire que ces autorités deviennent « progressivement [de] véritables autorités de régulation ». Voir L. VILLABLANCA, *Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Etude de droit comparé*, Thèse, Paris II, 2013, p. 346 ; O. BEATRIX, « L'indépendance des agences européennes de régulation » in *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : comparaison institutionnelle*, Colloque L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée, 4e édition des Journées Européennes de la Régulation, Strasbourg, 3-4 février, 2012.

financière européenne s'inscrit dans un cadre sectoriel⁹¹² puisque pour chacun des secteurs financiers – le secteur bancaire, les marchés de valeur et les assurances – a été constituée une autorité de surveillance. La convergence intersectorielle des régulations ayant toujours constitué un défi dans les services financiers⁹¹³, l'une des ambitions de l'approche Lamfalussy était de rendre plus cohérente la réglementation financière à travers l'ensemble du secteur financier⁹¹⁴. Un protocole de coopération signé entre les comités de niveau 3 (CEBS, CEIOPS, CESR) en novembre 2005 invitait ainsi les secrétariats et les présidents respectifs des trois comités à se réunir régulièrement⁹¹⁵. Un Comité européen des conglomérats financiers au niveau 2 et un groupe de travail conjoint banques/assurances créé par le CEBS et le CEIOPS (Interim Working Committee on Financial Conglomerates - IWCFC) avaient également vu le jour⁹¹⁶. Le SESF aborde cette question de la convergence des régulations sous un regard identique. Certes les AES interviennent toutes dans des secteurs différents, mais il est tenu compte du fait qu'une approche par secteur s'avère insuffisante, et plusieurs indices illustrent leur approche globale de la régulation. En premier lieu, chacun des conseils des autorités de surveillance est composé, outre d'un directeur, des représentants des ARN et d'un représentant de la Commission, d'un représentant de chacune des deux autres AES et d'un membre du CESR⁹¹⁷. Deuxièmement, la commission de recours chargée des recours formés contre les décisions des AES est commune aux trois autorités et composée de six membres, deux par AES⁹¹⁸. En troisième lieu, cette approche intersectorielle est au cœur d'un Comité mixte des autorités européennes de surveillance⁹¹⁹. Ce Comité mixte, chargé d'assurer « la cohérence transsectorielle des activités », traduit leurs positions communes⁹²⁰. Enfin, l'objectif du SESF consiste à « veiller à ce que les règles applicables au secteur financier

⁹¹² Comme le précise Francesco Martucci, il peut sembler inquiétant de constater que « la régulation demeure sectorielle, alors que les opérateurs financiers se déspecialisent sur des marchés perméables, allant de la bancassurance aux valeurs mobilières ». Voir : F. MARTUCCI , « Régulation financière dans l'Union européenne : les instruments de convergence », op. cit.

⁹¹³ Voir : H. RUMEAU-MAILLOT, « L'Europe et la régulation des services financiers : entre principes et réalité », RDBF n°4, juillet 2011, dossier 22. Pour l'auteur, le défi du SESF « tient à l'impératif de coopération renforcée entre les autorités de surveillance financière ».

⁹¹⁴ D. NOUY, « La coopération entre superviseurs bancaires nationaux », REF, Vol. 87, n°87, 2007, p. 132.

⁹¹⁵ Les travaux de ce triumvirat portaient sur la cohérence des pratiques des régulateurs et superviseurs des trois secteurs, dans des domaines tels que la gouvernance interne, les exigences de reporting, les pratiques de supervision transfrontalière et l'externalisation des activités.

⁹¹⁶ Ce comité existe toujours et figure à l'article 57 §1 des règlements précités en tant que « sous-comité des conglomérats financiers ».

⁹¹⁷ Article 40 des règlements précités.

⁹¹⁸ Article 58 des règlements précités.

⁹¹⁹ Article 55 des règlements précités.

⁹²⁰ Article 54 des règlements précités.

soient mises en œuvre de façon adéquate, de manière à préserver la stabilité financière et à garantir la confiance dans le système financier⁹²¹ ». Même si peu de dispositions lui sont consacrées, le SESF participe à cette logique puisqu'il est lui-même composé des trois AES, du Comité mixte et du CERS. Cette architecture fait du SESF un véritable réseau intégré d'autorités de surveillance nationales et européennes à l'origine d'une remarquable « convergence opérationnelle de la surveillance »⁹²². Ce système aussi novateur soit-il en 2010 ne semblait toutefois pas en mesure de répondre seul aux défis de la régulation financière européenne, la création du MSU en 2014 marque une nouvelle étape de la supervision financière.

2. Le Mécanisme de surveillance unique

Né d'un règlement du 15 octobre 2013⁹²³ pris sur le fondement de l'article 127 §6 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁹²⁴, le Mécanisme de surveillance unique (Single Supervisory Mechanism - MSU)⁹²⁵ est le pilier le plus avancé de l'Union bancaire européenne⁹²⁶, au sein de laquelle participent également un mécanisme de résolution bancaire⁹²⁷ et un régime de garantie des dépôts. L'objectif du MSU est double puisqu'il vise à

⁹²¹ Article 2 des règlements précités.

⁹²² F. MARTUCCI, « Régulation financière dans l'Union européenne : les instruments de convergence », op. cit.

⁹²³ Règlement n°1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, JOUE L 287/63, 29/10/2013 (règlement BCE).

⁹²⁴ « Le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure législative spéciale, à l'unanimité, et après consultation du Parlement européen et de la Banque centrale européenne, peut confier à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit et autres établissements financiers, à l'exception des entreprises d'assurances ». Lors des travaux préparatoires en vue de la création de la BCE, la question s'était posée de savoir s'il fallait lui donner une mission de contrôle prudentiel des banques, en plus de sa compétence en matière de politique monétaire. Il a été décidé de prévoir une disposition ouvrant la possibilité de conférer de telles missions à la BCE Cette disposition sert pour le SSM. Voir : B. SOUSI-ROUBI, Le champ d'application du Mécanisme de surveillance unique (MSU) . - « Dessine-moi le MSU », Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2014, dossier 27.

⁹²⁵ Pour une contribution extrêmement détaillée du SSM, voir : E. WYMEERSCH, *The single supervisory mechanism or "SSM", part one of the Banking Union*, National Bank of Belgium, Working Paper Research n°255, Avril 2014.

⁹²⁶ T. BONNEAU, « Mécanisme de surveillance unique et Union bancaire », JCP. E, 2012, p. 1645 ; C. NOYER, Pourquoi l'Union économique et monétaire a besoin d'une union bancaire, Conférences Lamfalussy, Le dilemme de l'euro : l'adopter ou pas ?, janvier 2014 ; A. GOURIO et L. THÉBAULT, « Union bancaire : volet supervision », RDBF, n° 2, Mars 2014, Com. 67 ; T. BONNEAU, « L'Union bancaire européenne. Propos introductifs », RDBF, n° 4, Juillet 2014, dossier 25.

⁹²⁷ Pour plus de précisions sur le mécanisme de résolution unique, voir : A. GOURIO, « Le mécanisme de résolution unique : les nouveaux instruments et pouvoirs des autorités de résolution bancaires », RDBF, n° 4, Juillet 2014, dossier 30.

restaurer la confiance dans les banques et dans l'euro en permettant l'exercice d'une surveillance unique, directe et efficace sur les banques d'une part, et à construire la confiance nécessaire entre les Etats membres eux-mêmes pour la mise en place du mécanisme européen de stabilité⁹²⁸ afin de garantir la stabilité financière de la zone euro d'autre part. Opérationnel douze mois après l'entrée en vigueur du règlement l'instituant, le MSU s'appuie sur la Banque centrale européenne qui se voit confier de nouvelles missions de surveillance du secteur bancaire, mais également sur les ARN qui l'assistent dans l'exercice de ses missions.

La liste des missions confiées à la BCE et exercées « à l'égard de tous les établissements de crédits agréés dans les États membres participants et de toutes les succursales qui y sont établies⁹²⁹ » figure à l'article 4 du règlement : octroi ou retrait de l'agrément d'un établissement de crédit, évaluation des acquisitions ou cessions de participations dans les établissements de crédit, fixation d'exigences prudentielles plus élevées et application de mesures supplémentaires, participation à la surveillance complémentaire des conglomérats financiers, prise des mesures d'intervention précoce lorsqu'un établissement ne répond pas ou risque de ne plus répondre aux exigences prudentielles applicables et coordination et expression de la position commune des autorités nationales au sein de l'ABE. L'exercice de ces nouvelles missions a par ailleurs nécessité la création d'un nouvel organe, le Conseil de Surveillance. Il s'agit d'un organe interne à la BCE créé pour mener « la planification et l'exécution des missions confiées à la BCE »⁹³⁰. Celui-ci est composé de quatre représentants de la BCE nommés par le conseil des gouverneurs de la BCE, d'un représentant de l'ARN compétente dans chaque État membre participant, d'un président et d'un vice-président. La création de cet organe indépendant au sein de la BCE est une réponse à ceux qui doutaient de la pertinence de confier à une seule et même institution les missions de stabilité des prix et de surveillance prudentielle des banques⁹³¹.

Compte tenu de la révolution qu'elle instaure, la mise en œuvre du Mécanisme de surveillance unique appelle trois séries de remarques. La première est liée à son champ

⁹²⁸ Traité instituant le mécanisme européen de stabilité, 12 février 2012.

⁹²⁹ Considérant 16 du règlement BCE.

⁹³⁰ Art. 26 du règlement BCE.

⁹³¹ S. LÉBOUCHER, « La BCE comme superviseur, Un risque de conflit d'intérêt ? », *Revue Banque* n°757, février 2013, p. 40.

d'application⁹³² : l'espace MSU s'étend à un certain nombre d'Etats membres et sur un certain nombre d'établissements de crédits⁹³³. D'abord, il couvre tous les Etats de la zone euro (dix-huit à ce jour) mais également les autres États de l'Union européenne qui manifesteront leur intention de participer au Mécanisme⁹³⁴. Ensuite, tous les établissements de crédit exerçant dans cet espace relèvent du MSU, même s'ils en relèvent différemment selon leur taille : les « plus importants⁹³⁵ » sont sous le contrôle direct de la BCE⁹³⁶, alors que les autres restent soumis à la surveillance des ARN, même si la BCE exerce dessus un contrôle diffus. La seconde touche les pouvoirs de la BCE dans le cadre du Mécanisme. Ils sont nombreux et dépassent ceux des AES⁹³⁷. Pour l'exercice de ses pouvoirs de surveillance énumérés aux articles 4 et 5 §2, la BCE se substitue par exemple aux autorités nationales compétentes et dispose des mêmes pouvoirs et obligations que les ARN en vertu des dispositions applicables du droit de l'Union. La troisième remarque n'est pas la moindre et concerne les relations qu'entretiennent au sein du mécanisme la BCE et les ARN⁹³⁸. Le règlement BCE ainsi que le règlement-cadre de la Banque centrale européenne⁹³⁹ prévoient l'obligation tant pour la BCE que pour les ARN de coopérer de façon loyale et de s'échanger toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission⁹⁴⁰. Surtout, la coopération et la coordination n'est plus restreinte aux relations multilatérales entre ARN (comme dans les AES) mais touche essentiellement les relations de celles-ci avec la BCE dans une organisation hiérarchique, centralisée, sur laquelle la BCE a autorité⁹⁴¹. Comme le note André Prüm, « la coopération n'est, dans ce nouveau contexte, plus une question de dialogue et d'entraide entre des autorités nationales indépendantes, mais devient un instrument de l'autorité reconnue à la BCE pour la supervision de tous les établissements de crédit à l'intérieur de l'espace

⁹³² J. PISANI-FERRY, A. SAPIR, N. VÉRON AND G.B. WOLFF, What kind of European Banking Union?, Bruegel Policy contribution, Iss. 2012/12, june 2012, pp. 6 et s.

⁹³³ E. WYMEERSCH, The Single Supervisory Mechanism or « SSM », Part One of the Banking Union, op. cit., p. 29s.

⁹³⁴ Art. 7 du règlement BCE.

⁹³⁵ Pour une détermination du caractère « important » ou « moins important » des banques, voir les articles 39 et s. du règlement-cadre.

⁹³⁶ Art. 6 §4 du règlement BCE.

⁹³⁷ Voir infra, pp. 346 et s.

⁹³⁸ A. PRÜM, « L'Union Bancaire européenne et les autorités de surveillance nationales », RDBF, n° 4, Juillet 2014, dossier 28.

⁹³⁹ Règlement de la Banque central européenne du 16 avril 2014 établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la Banque centrale européenne, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales, BCE/2014/17, JOUE L 141/1, 14/05/2014 (règlement-cadre BCE).

⁹⁴⁰ Art. 6 §2 du règlement BCE et 20 du règlement-cadre.

⁹⁴¹ Les ARN doivent sont par exemple tenues de se conformer aux instructions de la BCE (article 6 du règlement BCE).

MSU »⁹⁴². Ces choix architecturaux sont totalement inédits dans l'Union européenne, de telle sorte que le MSU constitue une avancée extraordinaire pour la régulation financière à tel point qu'il pourrait constituer un modèle pour la régulation européenne⁹⁴³. Sa réussite dépendra en grande partie de la manière dont la BCE et les ARN coopéreront de façon concrète pour en faire une vraie réussite⁹⁴⁴.

Il existe donc aujourd'hui deux acteurs de la régulation financière en Europe. Le premier, le SESF constitue un réseau d'ARN qui dispose cependant d'assez peu de pouvoirs, notamment dans certains secteurs comme le secteur bancaire. Mais il a l'avantage de couvrir l'ensemble des secteurs financiers et de concerner l'ensemble des Etats membres. Le second, le MSU, pourrait déjà constituer une référence dans la régulation supranationale⁹⁴⁵. Mais tout modèle présente des faiblesses et il n'y échappe pas, puisqu'il n'intervient que sur la zone euro et dans le seul secteur bancaire. A n'en pas douter, la confrontation de ces deux acteurs dans le paysage institutionnel actuel de la régulation financière interroge. Cette architecture trouve en réalité ses explications non dans des considérations juridiques et économiques, mais à travers des choix politiques.

B. La régulation européenne au croisement des enjeux juridiques, économiques et politiques

Si de l'avis général, le Mécanisme de surveillance unique constitue une évolution considérable tant pour la régulation financière que pour l'intégration européenne, il est légitime de s'interroger sur son articulation avec le SESF et sur l'impact de ces acteurs sur la régulation financière. Attirant l'attention face à la multiplication des instruments et des

⁹⁴² A. PRÜM, « L'Union Bancaire européenne et les autorités de surveillance nationales », op. cit.

⁹⁴³ E. FERRAN, *European Banking Union: Imperfect, But It Can Work*, Paper n°30/2014, University of Cambridge, Legal Studies Research Paper Series, April 2014, p. 28.

⁹⁴⁴ Se faisant l'écho des propos tenus par Danièle Nouy, présidente du conseil de surveillance prudentielle du mécanisme de surveillance unique : « je ne peux malheureusement pas promettre que la BCE pourra une fois pour toutes éliminer le risque d'une autre crise financière. Mais je suis profondément convaincue que jamais auparavant une institution européenne n'a disposé d'outils aussi élaborés pour minimiser ce risque. Partie intégrante de la BCE, le mécanisme de surveillance unique constitue un élément puissant et indépendant au cœur du système bancaire européen. Et lorsque je vois que les autorités nationales de surveillance de vingt-huit pays œuvrent ensemble pour mettre en place cette organisation, je me sens confortée dans ma conviction que nous sommes en train d'accomplir quelque chose d'historique et que cette réalisation fera de l'Europe un espace plus propice à l'activité économique, favorisant la réussite » ; D. NOUY, *Tribune libre* publiée dans plusieurs journaux européens, 30 septembre 2014.

⁹⁴⁵ Voir sur ce point : N. BECK, *L'évolution du cadre institutionnel de la régulation prudentielle*, Thèse, Paris II Panthéon-Assas, 2012.

acteurs de la régulation, Léa Rodrigue invitait ses lecteurs en 2011 à éviter « ce travers de créer toujours plus de nouvelles structures aux contours mal définis se superposant à d'autres structures dont on aurait oublié l'existence »⁹⁴⁶. Pour cette raison, la création du MSU alors qu'existe déjà une autorité bancaire européenne au sein du SESF peut surprendre. C'est le cas quand on se place du point de vue du juriste. En revanche, tout s'explique lorsque sont mis en perspectives certains enjeux politiques de la régulation européenne. Si dans les secteurs financiers, ces contraintes politiques ont pu être partiellement écartées (1), l'absence de régulateurs européens forts dans les secteurs des réseaux peut pour partie s'expliquer par les réticences nationales à l'égard de la multiplication d'agences perçues comme sous le contrôle de la Commission (2).

1. Des contraintes politiques au développement de la régulation financière européenne partiellement écartées

Nous ne sommes pas sans savoir que l'évolution du cadre de la régulation financière est fortement dépendante de deux types de facteurs. Le premier est un facteur de dynamique économique et concerne les différentes marques laissées par les crises financières successives. Comme l'affirme Christian de Boissieu, « il est évident que nous n'arrêterons pas l'innovation financière. Il y a donc une course entre la réglementation et l'innovation »⁹⁴⁷. Les évolutions architecturales du cadre de la régulation financière sont ainsi le plus clair du temps des réponses aux crises auxquelles les gouvernements ont été confrontés. Plus que dans tous les autres domaines, elle constitue une science inexacte dès lors qu'on tente de les anticiper. Le second est politique et a un impact direct sur le degré d'intégration de la supervision à l'échelle européenne. Face aux crises financières, la réponse est avant tout politique et sans une démarche politique commune et intégrée, il est impossible de constituer une régulation financière efficace à un échelon supranational. C'est à l'aune de l'analyse de ces deux facteurs que peut s'expliquer le choix de recourir actuellement à cette double architecture de la régulation financière.

En 2010, à la suite du rapport de Larosière, trois autorités européennes de surveillance étaient instituées sur le plan européen par la transformation des comités Lamfalussy de niveau 3, à l'origine du Système européen de supervision financière. Cette

⁹⁴⁶ L. RODRIGUE, Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux, op. cit., p. 419.

⁹⁴⁷ C. DE BOISSIEU, « La refonte de la régulation bancaire et financière : une vue prospective », Bull. Joly Bourse, 1er octobre 2012, n° 10, p. 457.

structure peut être analysée de différentes manières. De prime abord, le chemin parcouru sur la voie de l'intégration des activités de marché était considérable⁹⁴⁸ à tel point que les AES semblaient dépasser la forme traditionnelle de l'agence européenne décentralisée pour constituer de véritables « prototypes d'autorité européenne de régulation »⁹⁴⁹. Alors que les règles de la régulation financière demeuraient nationales, les AES constituaient un véritable instrument de convergence en matière de la régulation, pour reprendre les termes de Francesco Martucci⁹⁵⁰. Néanmoins, « les progrès de l'institutionnalisation ne signifient pas pour autant une communautarisation de la régulation financière »⁹⁵¹ puisque l'essentiel de la régulation financière continuait de s'effectuer à l'échelle nationale par les ARN, les AES n'intervenant essentiellement que dans le cadre d'une coopération et d'une coordination accrue entre les autorités nationales. Ces éléments indiquent qu'il était en pratique impossible de les considérer dès le départ comme de véritables autorités de régulation européennes⁹⁵². Le scénario initial, s'inscrivant dans l'action par effet-clicquet de la Commission⁹⁵³, était toutefois celui d'une hausse progressive de leurs pouvoirs et de leurs compétences au fil des années. En matière de régulation des marchés financiers, l'AEMF a ainsi ouvert la voie. Ses compétences s'accrurent au fil des règlements, comme en témoignent les pouvoirs qui lui ont été confiés de sanctionner les agences de notation⁹⁵⁴ et de surveiller les référentiels centraux⁹⁵⁵.

C'est dans ce contexte que la politique est venue jouer les « trouble-fêtes ». A la suite de la victoire électorale des Tories au Royaume-Uni en 2010, le gouvernement de David Cameron se montra très réticent à toute évolution de la régulation financière à l'échelle de

⁹⁴⁸ B. DE SAINT MARS, « L'intégration européenne des activités de marché : le plus difficile reste à faire », *op. cit.*, p. 622.

⁹⁴⁹ J.-P. KOVAR, « Les autorités européennes de surveillance : organes des régulateurs nationaux, agences européennes de régulation ou autorités européennes de régulation ? », RDBF n°4, juillet 2011, dossier 24.

⁹⁵⁰ F. MARTUCCI, « Régulation financière dans l'Union européenne : les instruments de convergence », *op. cit.*

⁹⁵¹ F. MARTUCCI, J. LASSERRE CAPDEVILLE et J.-P. KOVAR, « Le système européen de surveillance financière », Europe n° 6, Juin 2011, étude 6.

⁹⁵² J.-P. KOVAR, « Les autorités européennes de surveillance : organes des régulateurs nationaux, agences européennes de régulation ou autorités européennes de régulation ? », *op. cit.*

⁹⁵³ Pour une explication illustrée de l'effet clicquet de la Commission, voir : H. DUMEZ et A. JEUNEMAITRE, « La régulation restructurante en Europe. Le cas du contrôle aérien », Concurrences n° 1, 2008, p. 3.

⁹⁵⁴ Art. 36 bis du règlement (CE) n°1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit, JOUE L 302/1, 17/11/2009, dans sa rédaction issue du Règlement (CE) n°513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 modifiant le règlement (CE) n°1060/2009 sur les agences de notation de crédit, JOUE L 145/30, 31/05/2011.

⁹⁵⁵ Art. 62 et 36 du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, JOUE L 201/1, 27/07/2012 (règlement EMIR).

l'Union européenne⁹⁵⁶, puisque dans le secteur bancaire, il refusa catégoriquement toute nouvelle délégation de compétences. Or c'est précisément dans le secteur bancaire que les réformes structurelles étaient les plus attendues, l'Autorité bancaire européenne n'ayant à l'époque que trop peu de pouvoir pour exercer la réelle supervision prudentielle des banques que commande pourtant la succession de crises financières. Le Royaume-Uni constituant un point de blocage à plus d'intégration⁹⁵⁷, la solution retenue fut finalement, après de nombreux échanges entre les différentes institutions de l'UE⁹⁵⁸, de recourir à un système de surveillance prudentielle concentré à la zone euro mais également ouvert aux Etats membres souhaitant l'intégrer. Les britanniques ne s'y opposèrent pas, estimant même qu'une intégration plus avancée de la zone euro était souhaitable mais sans que le Royaume-Uni en fasse partie⁹⁵⁹. Dans un contexte dans lequel l'ABE ne pouvait plus exercer cette future supervision prudentielle à l'échelle de l'Union, c'est à l'échelle de la zone euro qu'une intégration de la régulation financière pouvait être réalisée.

Cette architecture est toutefois loin d'être satisfaisante et appelle à être précisée dans les années futures. En effet, quels sont les rôles respectifs du MSU et de l'ABE ? A priori, l'autorité bancaire européenne se retrouve en marge de la supervision financière. Il est vrai que le MSU ne s'applique pas à tous les États de l'Union européenne (le Royaume-Uni a fermement manifesté son intention de ne pas y participer) mais il concerne néanmoins ces derniers. Si un établissement de crédit agréé dans un Etat membre de l'UE mais hors de l'espace du Mécanisme veut venir exercer son activité dans cet espace (par voie de succursale

⁹⁵⁶ Pour une explication complète des rapports qu'entretient le Royaume-Uni avec l'UE dans ce domaine, voir : J. BULLER and N. LINDSTROM, « Hedging its Bets: The UK and the Politics of European Financial Services Regulation », *New Political Economy*, Vol. 18, Iss. 3, 2013, p. 391.

⁹⁵⁷ P. WAHL, « "No, they can't!" The potential and limitations of the EU (as a supranational state in the making) to reform finance and overcome the crisis », *PSL Quarterly Review*, Vol. 65, n° 263, 2012, p. 403.

⁹⁵⁸ Communication de la Commission du 30 mai 2012, *Agir pour la croissance, la stabilité et l'emploi*, COM(2012) 299 final, p. 6 : « ce processus pourrait inclure, notamment, l'évolution vers une union bancaire comportant une surveillance financière intégrée et un système unique de garantie des dépôts » ; Déclaration du sommet de la zone euro du 29 juin 2012, durant lequel les chefs d'Etat de la zone euro s'accordent en vue de la création d'un « mécanisme de surveillance unique, auquel sera associée la BCE » ; Communication de la Commission du 12 septembre 2012 au Parlement européen et au Conseil, Feuille de route pour une union bancaire, COM(2012) 510 final ; Avis de la BCE du 27 novembre 2012 sur une proposition de règlement du Conseil confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit et sur une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) n°1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne, CON/2012/96) ; Rapport des quatre présidents, Vers une véritable union économique et monétaire, 5 décembre 2012.

⁹⁵⁹ N. VERON, « Autorités européennes, L'EBA, arbitre des différends entre le Royaume-Uni et l'Union bancaire », *Revue Banque*, n°757, février 2013, p. 36.

ou de libre prestation de services), il tombe sous le coup du Mécanisme. Pour Nicolas Véron, le MSU change les équilibres, et le centre de gravité de la régulation financière se déplace à son profit⁹⁶⁰. Selon l'auteur, l'activité de l'Autorité bancaire européenne s'articulera désormais autour de deux uniques missions : arbitrer les différends entre le Royaume-Uni et l'Union bancaire, et harmoniser les pratiques de supervision à l'échelle de l'Union à travers la rédaction d'un Single Supervisory Handbook. La BCE quant à elle concentrera l'essentiel des missions de supervision des banques à l'échelle de la zone euro, et ce champ de compétences est appelé à s'étendre progressivement⁹⁶¹, même si le cadre actuel ne le permet pas. Si par le truchement de l'Union bancaire, la régulation financière a pu se développer à l'échelle de l'UE, les freins politiques similaires existent également dans les secteurs des industries de réseaux.

2. Des contraintes politiques persistantes au développement d'une régulation européenne des industries de réseaux

Comme dans les secteurs financiers, il ne fait aucun doute que la Commission recourt naturellement à l'agence européenne comme outil visant à développer la régulation économique à l'échelle de l'Union⁹⁶². Mais si des difficultés d'ordre juridique existent – on pense à la question de la délégation de pouvoirs⁹⁶³ – le développement d'agences européennes efficaces dans les secteurs des réseaux est essentiellement freiné par des considérations politiques nationales. Sur ce point, la Commission et les Etats membres sont les acteurs d'un paradoxe. D'un côté, la Commission entend déléguer aux agences certaines de ses compétences, notamment les tâches techniques. Mais elle ne souhaite pas déléguer au point de

⁹⁶⁰ Ibid., p. 37.

⁹⁶¹ Voir : BCE, avis du 17 juin 2010 sur un projet de loi portant sur la restructuration de la Central Bank and Financial Services Authority d'Irlande, CON/2010/48, point 2.2. La Banque centrale européenne répondait à la question de savoir quels étaient les futurs enjeux de la régulation financière dans cet avis rendu en 2010 : « les frontières traditionnelles entre les segments de la banque, des assurances et des titres, du système financier, s'estompent de plus en plus, comme le démontre l'émergence des produits financiers hybrides, l'utilisation croissante des instruments de transfert du risque, tels que les dérivés de crédit, entre les secteurs, et le rôle croissant des conglomérats financiers ».

⁹⁶² D. LEVI-FAUR, « Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space », op. cit., p. 812 : « the agencification of networks in electricity and gas in 2009, and in securities, insurance and banking in 2010, suggests a trend toward agencification of the SERS. It is likely that in the coming decade agencies will be part of the regulatory space also in other economic regulation spheres such as telecoms, post, water, product safety, consumer protection, broadcasting and competition » ; p. 823 : « agencification is not, of course, a guarantee of successful Europeanization, especially given the small size of the EU regulatory budget when compared with that of the federal government in the US. Moreover, it is neither the sole nor the most effective mechanism of governance. Yet it is fast becoming a dominant form ».

⁹⁶³ Voir infra, pp. 339 et s.

perdre le contrôle sur les agences. Elle en réduit donc les moyens d’actions ou conserve en leur sein un contrôle sur les organes décisionnels. De l’autre, les Etats membres, qui souhaitaient un temps l’émergence de nouveaux organismes pour limiter les pouvoirs de la Commission, peuvent désormais avoir la sensation d’être abusés, car l’ACRE et l’ORECE restent sous le giron de la Commission.

Ces luttes de pouvoirs sont sans doute moins prégnantes que dans le domaine financier dans lequel le Royaume-Uni se positionne clairement pour « moins d’Europe ». Mais elles existent aussi dans les secteurs des réseaux, d’autant plus que les deux agences de régulation existant dans les secteurs des communications électroniques et de l’énergie sont perçues comme exerçant leurs prérogatives sous l’autorité de la Commission. Tant que la forme actuelle de l’ACRE et l’ORECE ne sera pas modifiée, ces agences constitueront un moyen pour la Commission d’exercer la régulation au niveau européen tout en faisant mine de la décentraliser. En 2007, dans le cadre de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, la Commission avait déjà fait part de la conception qu’elle avait de ce type d’agence, alors même que l’AEMCE disposait de plus de pouvoirs que l’ORECE actuel. Ainsi avait-elle noté que « la proposition [d’instituer l’autorité] est conforme au principe de proportionnalité puisque l’Autorité aura un rôle consultatif en aidant la Commission à mettre en œuvre la politique dans le domaine des communications électroniques »⁹⁶⁴. Ce choix d’une agence sous l’autorité de la Commission avait déjà à l’époque cristallisé les positions des différents acteurs politiques⁹⁶⁵, alors que les opérateurs du secteur n’y voyaient que des avantages⁹⁶⁶. Le recours aux agences et la tentative de concentration de la fonction de régulation par la Commission européenne confirment ainsi l’analyse de Colin Scott selon laquelle la Commission maintient sa préférence depuis longtemps pour des instruments de contrôle reposant sur « un exercice centralisé du

⁹⁶⁴ COM(2007) 699 final, op. cit., p. 9.

⁹⁶⁵ La création de l’AEMCE fut essentiellement appréciée au regard de choix politiques nationaux. Selon le site Euractiv, « le Royaume-Uni adopte habituellement une approche critique vis-à-vis de nouvelles autorités publiques, les considérant comme onéreuses et inutiles. La France et l’Espagne tendent à défendre la position de leurs opérateurs historiques, respectivement France Telecom et Telefonica, qui ne voient pas la nécessité de créer un nouvel organe susceptible d’interférer avec leurs activités. L’Allemagne est vivement opposée à la commissaire Reding, particulièrement depuis l’ouverture en février 2007 d’une procédure d’infraction contre Berlin à la suite de la "pause réglementaire" octroyée à Deutsche Telekom sur le marché allemand du haut débit. L’Italie a adopté une position plus souple, mais a insisté sur la nécessité de l’indépendance d’une nouvelle autorité par rapport à Bruxelles ».

⁹⁶⁶ European Competitive Telecommunications Association, *New regulatory framework is best package to deliver Europe’s broadband future*, Bruxelles, 13 novembre 2007, p. 3.

pouvoir »⁹⁶⁷. C'est ainsi que le recours aux agences européennes telles que l'ORECE ou l'ACRE n'est pas en pratique synonyme d'une décentralisation de ses compétences, contrairement à la terminologie employée pour les qualifier (agences « décentralisées »). Dans le cadre des deux agences précitées, la Commission continue de concentrer les pouvoirs de régulation, les règlements instituant les deux agences ne leur permettant pas d'exercer une véritable activité de régulation.

Outre les fonctions consultatives autrefois remplies par l'ERG, l'ORECE intervient par exemple dans les cas où la Commission européenne et les régulateurs nationaux sont en désaccord sur des mesures réglementaires⁹⁶⁸. Dans le cadre de l'article 7 de la directive cadre de 2002, il arrive qu'avant de prendre une décision⁹⁶⁹, le régulateur national doive informer la Commission européenne (dans le cas où le projet peut affecter le commerce entre États membres), qui peut être en accord avec la décision proposée ou s'y opposer. En cas de désaccord et après que la Commission ait soulevé de « graves doutes » sur la compatibilité du projet avec le droit de l'Union, l'ORECE peut être appelé à donner son point de vue sur le différend. Mais l'ORECE n'est pas un véritable arbitre entre la Commission européenne et les régulateurs nationaux. L'organe ne dispose en réalité d'aucun pouvoir de décision. Une étude intéressante menée par Olga Batura depuis 2011⁹⁷⁰ montre d'ailleurs que l'ORECE est en réalité assez peu appelé à se prononcer. Mieux, lorsqu'il se prononce, ses avis ne sont pas toujours suivis. A l'occasion du nouveau « paquet télécom »⁹⁷¹ de 2013, l'Organe s'est par exemple prononcé contre un droit de veto au bénéfice de la Commission⁹⁷², en jugeant que

⁹⁶⁷ C. SCOTT, « The Governance of the European Union: The Potential for Multi-Level Control », *European Law Journal*, Vol. 8, Iss. 1, 2002, p. 70 : « the Commission is maintaining its long-standing preference for instruments of control premised on the centralized exercise of hierarchical power ».

⁹⁶⁸ Article 3 du Règlement 1211/2009.

⁹⁶⁹ Article 7 §3 et §4 de la directive cadre 2002/21/CE.

⁹⁷⁰ O. BATURA, *Single market considerations in the practice of BEREC: Study of BEREC opinions, Article 7/7a cases*, 24th European Regional Conference of the International Telecommunication Society, actualisé chaque régulièrement sur: <https://www.econbiz.de/Record/single-market-considerations-in-the-practice-of-berec-study-of-berec-opinions-in-article-7-7a-cases-batura-olga/10010954898> (dernière consultation: 15/6/2015).

⁹⁷¹ Communication de la Commission, COM (2013) 627 final, op.cit ; Voir également : P. ACHILLEAS et L. BINET, « Un an de régulation du marché des communications électroniques », *Communication Commerce électronique* n° 5, Mai 2014, chron. 5.

⁹⁷² BEREC, BoR (13) 142 2013, p. 4 : « the proposed Commission veto power over remedies proposed by NRAs in the case of European providers is unjustified and detrimental - the evaluation of BEREC commissioned by the Commission highlighted how well the system of checks and balances under Article 7/7a has been operating over the last 3 years, yet the Commission now seeks the ability to override it. A Commission veto represents lost opportunities for regulatory innovation – which inevitably happens when one NRA tries something new, which is then shown to work, and goes on to be adopted by other NRAs and the Commission itself. This is how best practice is identified and disseminated – not by regulatory decree from above ».

l'élargissement du veto de la Commission n'était ni justifié ni bénéfique, notamment en ce qu'il représentait un frein aux innovations régulatrices et à un accroissement de la coopération entre les ARN et la Commission. En définitive, cet avis négatif n'a pas empêché la Commission de transmettre son projet tel quel au Parlement, ce qui confirme bien l'idée selon laquelle l'ORECE est à l'heure actuelle « fort éloigné du véritable régulateur européen »⁹⁷³.

Si les autorités de régulation sont prêtes à rentrer dans une relation non plus de coopération mais d'autorité au bénéfice d'une agence européenne, elles ne le sont que lorsqu'elles « gardent la main » au sein de l'agence. Dans le cadre du SESF, il s'est agi « de mettre en place un niveau européen de supervision susceptible de s'imposer à l'échelon national en cas de manquement au droit de l'Union ou d'urgence découlant d'une situation de crise, ainsi que de prendre certaines décisions individuelles à l'égard des opérateurs »⁹⁷⁴. Dans ce cadre et dans celui du MSU, les Etats membres et les ARN acceptent de perdre une part de leurs pouvoirs au profit d'un régulateur européen parce qu'ils continuent d'intervenir directement dans le processus décisionnel. La situation diffère pour l'ACRE, l'ORECE ou pour l'ancien projet d'AEMCE puisque ces organismes européens ne donnent pas suffisamment de garanties aux régulateurs nationaux. Sans doute est-ce ce que le Conseil des régulateurs de l'ORECE a voulu signifier en 2014 lorsqu'au lendemain de son évaluation, il critiquait la position de la Commission qui souhaite s'appuyer « sur la conviction que l'objectif du marché intérieur est servi au mieux et de façon plus durable par le biais de l'imposition d'une façon européenne de voir le monde venant du haut et imposée sur les autorités de régulation »⁹⁷⁵. Alors que la Commission semble souhaiter une modification du rôle de l'Office afin qu'une dimension européenne soit intégrée aux décisions de l'ORECE, c'est à dire le point de vue de la Commission, pour le Conseil des régulateurs, c'est au contraire une « approche ascendante » (« bottom up » approach) qui doit être privilégiée⁹⁷⁶.

Si la Commission cherche à maintenir un haut niveau de contrôle sur les agences, les Etats membres sont quant à eux soucieux de ne pas transférer des compétences supplémentaires à ces organismes car ils savent que c'est indirectement la Commission qui les

⁹⁷³ P. IDOUX, « Régulateurs nationaux et régulateurs européens », op. cit., p. 293.

⁹⁷⁴ P. IDOUX, idib., p. 294.

⁹⁷⁵ ORECE, BEREC Evaluation: Recommendations and Follow-up Actions Report 2014, BoR(14) 61, 6 juin 2014, p. 12.

⁹⁷⁶ Ibid., pp.3 et 12.

exercera. Pour cette raison et en vertu de la thèse de la différenciation déjà avancée⁹⁷⁷, seules les autorités de régulation nationales indépendantes peuvent jouer ce rôle intermédiaire entre la Commission et les Etats membres comme elles le font dans le cadre de la supervision financière. Il conviendrait alors de reproduire la structure organisationnelle interne des AES aux agences européennes de régulation des réseaux, et non pas, comme le sous-entend le récent accord interinstitutionnel, préférer un conseil d'administration composé de membres choisis par les seuls organes de l'UE⁹⁷⁸. Comme le rappelle le Professeur Esla Bernard, l'agence « doit (...) bénéficier d'une certaine autonomie par rapport aux États, comme par rapport aux institutions européennes et aux opérateurs du secteur dans lequel elle agit »⁹⁷⁹. On voit donc que dans le cadre actuel de la régulation à l'échelle de l'UE, et ce malgré les difficultés soulevées précédemment, les AES constituent actuellement de « véritables autorités européennes de régulation »⁹⁸⁰ au contraire des agences de régulation des services publics en réseaux.

Pour pallier ces difficultés, différents aménagements architecturaux peuvent être imaginés afin de rendre la régulation économique et financière plus efficace. Ces transformations sont envisageables et s'inscrivent dans une vue prospective juridiquement concevable, ce qui fait d'eux des sujets de débats intéressants que plusieurs auteurs, sous différents aspects, ont déjà abordé⁹⁸¹. Comme le note toutefois le Rapport Stoffaës, « il ne suffit pas en effet que l'opportunité soit démontrée pour que la faisabilité soit aisée »⁹⁸². Les propositions d'évolution de la régulation européenne que nous abordons supposent donc un consensus politique à leur sujet, ce qui constitue à n'en pas douter leur plus grand obstacle.

⁹⁷⁷ Voir supra.

⁹⁷⁸ Accord interinstitutionnel de 2012, op. cit., p. 4 : les conseils d'administration devraient à l'avenir être composés « d'un représentant de chaque État membre; de deux représentants de la Commission, sans préjudice des arrangements en vigueur pour les agences existantes; s'il y a lieu, d'un membre désigné par le Parlement européen, sans préjudice des arrangements en vigueur pour les agences existantes; s'il y a lieu, d'un nombre assez réduit de représentants des parties prenantes ».

⁹⁷⁹ E. BERNARD, « Accord sur les agences européennes : la montagne accouche d'une souris », op. cit., p. 417.

⁹⁸⁰ F. LAFARGE, « L'indépendance des autorités européennes de surveillance », op. cit., p. 677.

⁹⁸¹ W. KERBER and J. WENDEL, « Regulation of network sectors in the EU: A federalist perspective », op. cit. ; D. LEVI-FAUR, « Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space », op. cit. ; E. CHITI, « Existe-t-il un modèle d'agence de l'Union européenne ? », op. cit., pp. 68 et s. ; L. RODRIGUE, Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux, op. cit., pp. 413 et s.

⁹⁸² C. STOFFAËS (dir.), Vers une régulation européenne des réseaux, op. cit., p. 53.

II. Les modèles nationaux de régulation comme source d'inspiration pour le nouveau architectural de la régulation européenne

Dès lors qu'on admet, comme le fait Marc Janssen, ancien Président du CSA de la Communauté française de Belgique, que « la régulation n'a pas vocation à être simple, rigide, immanente, [mais qu'] elle est adaptative, réactive, parfois inductive, [qu'elle] épouse les changements, les accompagne, les structure, [afin d'] offrir de nouvelles réponses aux nouvelles questions »⁹⁸³, le nouveau institutionnel de la régulation économique et financière est parfaitement envisageable, voire même souhaitable. Toutefois, si dans les secteurs financiers, tout indique qu'une architecture proche de celle du modèle par objectifs peut voir concrètement le jour à court terme (A), l'état de la régulation européenne des réseaux suppose en revanche des bouleversements conceptuels d'importance (B).

A. L'hypothèse concrète d'une architecture de la régulation financière européenne par objectifs

La refondation d'une architecture efficace de la régulation financière européenne imposerait de séparer clairement les compétences des AES et celles du MSU. Pour cette raison, le choix d'une régulation par objectifs constituerait probablement la solution adéquate aux difficultés précédemment évoquées. Elle suppose une fusion des AES (1) et une réorganisation du MSU (2).

1. La fusion souhaitée des autorités européennes de surveillance

Dans le secteur financier, cette hypothèse a déjà été envisagée. Le SESF se pose d'ailleurs, dans une certaine mesure, comme une structure de régulation intégrée, rassemblant les secteurs de la banque, de l'assurance et des valeurs. Certes, le système reste largement sectoriel, puisque chaque secteur dispose d'une AES qui lui est propre. Mais le SESF témoigne néanmoins de la prise de conscience de la convergence de ces secteurs, et avec la probable perte de vitesse de l'ABE et le développement du MSU, il semble aujourd'hui qu'une approche intersectorielle, entre les secteurs de la banque, de l'assurance et des valeurs mobilières, soit à construire.

⁹⁸³ M. JANSSEN, Actes du colloque sur les téléviseurs connectés, Les colloques du CSA, Juin 2011, p. 42.

Plusieurs pistes peuvent accréditer cette thèse. D’abord, l’idée de fusionner les trois comités Lamfalussy de niveau 3 avait déjà été abordée avant même leur transformation en agences décentralisées⁹⁸⁴. Mais de l’avis de l’ancien président du CESR Eddy Wymeersch, cette option semblait trop avant-gardiste pour l’époque. Il fallait en priorité concentrer les efforts sur le renforcement des pouvoirs des nouvelles agences et ne pas rentrer dans des discussions politiques sur l’architecture dont on ne connaissait pas les issues⁹⁸⁵. Depuis lors toutefois, suite aux fusions opérées à l’échelle nationale entre les régulateurs bancaires et assuranciers ainsi qu’au développement du modèle par objectifs dans plusieurs Etats membres, il ne semble pas possible d’exclure l’hypothèse d’une réorganisation de l’architecture de la supervision à l’échelle de l’UE sous la forme du modèle Twin Peaks⁹⁸⁶.

Ensuite, depuis l’avènement du MSU, la Commission a également admis dans son rapport sur le fonctionnement des AES de 2014 que « compte tenu de l’établissement de l’union bancaire, les demandes de changements structurels, tels que fusionner les autorités en un siège unique, ou l’adoption d’un modèle "double", [devaient] être soigneusement étudiées »⁹⁸⁷. A ce titre, le Gouvernement des Pays-Bas, à l’initiative du mouvement Twin Peaks en Europe, s’est depuis longtemps prononcé en faveur d’un modèle européen de régulation par objectifs. Dans le cadre de cette consultation initiée en mars 2013, le ministre des finances des Pays-Bas s’était ainsi interrogé sur « the question whether it is still appropriate to continue separate supervision of banking, insurance occupational pensions, securities and financial markets. [Netherlands] still believe that the twin peaks model is preferable and we are encouraged by statements supporting this model during the high-level conference on Financial Supervision in the EU of last May »⁹⁸⁸. En effet, la structure régulatrice articulée autour des trois secteurs financiers au sein de le SESF ne semble plus exactement en adéquation avec les évolutions récentes liées au MSU. Ses imperfections pourraient en effet permettre d’envisager le recours à un modèle de régulation par objectifs

⁹⁸⁴ Voir par exemple : Parlement européen, Commission des affaires économiques et monétaires, Communiqué de presse, 25 novembre 2009.

⁹⁸⁵ E. WYMEERSCH, *The institutional reforms of the European Financial Supervisory System*, an interim report, Financial Law institute, Working paper series 2010/1, p. 12.

⁹⁸⁶ Ibid. : « one cannot exclude that taking into account political developments in that direction a reorganisation of the EU wide form of supervisory cooperation along the lines of a “twin peaks” model will be considered ».

⁹⁸⁷ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 8 août 2014 sur le fonctionnement des autorités européennes de surveillance (AES) et du système européen de surveillance financière (SESF), COM(2014) 509 final, p. 12.

⁹⁸⁸ Response Ministry of Finance from the Netherlands on the European Commission consultation on the Review of the European System of Financial Supervision, p. 3.

européen. Le but étant de séparer la surveillance prudentielle et la discipline de marché, il serait envisageable de constituer deux « structures » régulatrices, chacune chargée d'un objectif.

Pour ces raisons, il convient de rechercher si un modèle de régulation par objectifs est concevable. Or tout indique que les institutions actuelles peuvent s'inscrire dans ce schéma de régulation financière. Certes, il faudrait préciser leurs rôles respectifs, mais compte tenu des nouvelles missions du MSU, il ne semble pas illogique d'attribuer à celui-ci la mission de surveillance prudentielle dans la mesure où jusque là, jamais de tels pouvoirs n'avaient été confiés à une autorité européenne. Ce serait donc au SESF que reviendrait la mission de protection des consommateurs. En son sein, les trois AES qui possèdent de nombreux points communs tirés des comités Lamfalussy pourraient alors fusionner en une seule Autorité européenne de surveillance selon la conception néerlandaise de la régulation financière. Theodor Kockelkoren va également dans ce sens en se déclarant favorable à la construction d'un « european Twin Peaks system » au sein duquel la protection des consommateurs pourrait prendre une place conséquente aux côtés de la supervision financière⁹⁸⁹. Le secrétaire général de la Netherlands Authority for the Financial Markets (AFM) propose ainsi que « the financial-consumer protection could also be strengthened if regulators such as ESMA and the European Insurance and Occupational Pensions Authority would be merged ». L'hypothèse est assez simple : la fusion des différentes AES permettrait de constituer une structure de régulation attachée à la protection des consommateurs en conservant le statut d'agence européenne décentralisée, dans la mesure où la conduite de la commercialisation doit rester une prérogative largement dictée par des considérations nationales⁹⁹⁰. En conservant quelques pouvoirs forts, comme en matière de règlement des différends ou sur les agences de notation, cette nouvelle Autorité pourrait également se concentrer sur la diffusion de règles de bonnes conduites (handbook) que devraient suivre les ARN.

⁹⁸⁹ C. RUHE and M. VAN GAAL, « ECB Urged to Integrate With Financial-Conduct Watchdogs », Bloomberg, 24/06/2014 : « I think it would be very wise if we would contemplate ways to harmonize those approaches and combine those activities, ” instead of sticking to a “sectoral” approach (...) ».

⁹⁹⁰

2. La réorganisation nécessaire du MSU

Si la fusion des AES permettrait à la régulation financière européenne de s'orienter progressivement vers un modèle de régulation par objectifs, deux difficultés subsistent toujours concernant le MSU. La première touche le risque de conflits d'intérêts existant au sein de la BCE, entre d'un côté la supervision et de l'autre la stabilité monétaire. Nous avons déjà pu observer que cette difficulté pouvait être écartée, notamment quand l'autorité chargée de la supervision agissait au sein de la Banque centrale mais disposait d'une indépendance dans la prise de décision⁹⁹¹. Au sein de la BCE, ce n'est toutefois pas le cas du MSU puisque les décisions de ce dernier peuvent faire l'objet d'un veto de la part du Conseil des gouverneurs. En conséquence, une modification du cadre actuel consisterait à restructurer le Conseil de surveillance, afin que ce dernier exerce toujours ses prérogatives au sein de la BCE⁹⁹² mais que ses décisions ne soient pas soumises au Conseil des Gouverneurs (comme c'est le cas en France pour l'ACPR et la Banque de France). Ceci permettrait alors d'écartier les risques de conflits d'intérêts entre politique monétaire et surveillance prudentielle des banques, tout en garantissant une réaction rapide et une transmission efficace des informations. La seconde touche à l'impossibilité actuelle pour la BCE de superviser le secteur des assurances. En l'état actuel des choses, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne exclut explicitement du champ de surveillance les « entreprises d'assurances »⁹⁹³. Dès lors qu'on s'oriente vers une structure architecturale de régulation par objectifs, la surveillance prudentielle doit s'opérer sur tous les secteurs financiers. Or si les compagnies financières holding et les compagnies financières holding mixtes⁹⁹⁴ sont supervisées par la BCE, les entreprises d'assurance sont toujours exclues du contrôle. Il conviendrait donc de modifier l'article 127 §6 TFUE pour permettre au Conseil de surveillance d'exercer un contrôle prudentiel sur les sociétés d'assurances actuellement exclues de la supervision de la BCE. Lors des négociations portant sur le Traité de Lisbonne, certaines voix s'étaient

⁹⁹¹ Voir supra.

⁹⁹² D. NOUY, « Point de vue de l'autorité nationale, "Un superviseur adossé à la BCE est un vrai avantage" », Revue Banque n°757, février 2013, p. 24.

⁹⁹³ Art. 127, §6 TFUE : « le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure législative spéciale, à l'unanimité, et après consultation du Parlement européen et de la Banque centrale européenne, peut confier à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit et autres établissements financiers, à l'exception des entreprises d'assurances ».

⁹⁹⁴ Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, JOUE L 176, 27 juin 2013, p. 1.

d'ailleurs déjà élevées pour faire disparaître cette exclusion jugée illogique⁹⁹⁵, en vain. Le texte était resté tel que rédigé lors du Traité de Maastricht, les mentalités dans le secteur des assurances n'étant pas encore prêtes pour une telle avancée⁹⁹⁶. Le recours dans plusieurs Etats membres au modèle de régulation par objectifs peut toutefois laisser croire à une évolution des mentalités favorables à ce cadre.

A supposer même que les acteurs concernés n'y soient pas opposés, se pose toutefois un problème de faisabilité juridique. En d'autres termes, une révision des traités semble nécessaire. Considérée comme peu probable depuis le Traité de Lisbonne, une révision des traités n'est toutefois plus impossible depuis les récentes évolutions relatives à l'Union bancaire. Dans un article publié en 2013⁹⁹⁷, l'économiste Nicolas Véron analysait d'ailleurs l'avenir de l'Union bancaire européenne à travers la formule imagée du « pont », ouvrage architectural dont la construction s'effectue par étapes successives d'un point A à un point B⁹⁹⁸. Pour l'auteur, la création du MSU n'est qu'une première étape dans la construction de l'Union bancaire, et si celle-ci s'est opérée à droit constant, les autres phases de son développement nécessiteront une modification du Traité.

Plusieurs auteurs partagent ce point de vue, la complexité de l'Union bancaire rendant en pratique impossible sa création en une seule grande étape⁹⁹⁹. Wolfgang Schaeuble, l'actuel ministre fédéral des finances d'Allemagne, exprimait par exemple cette préoccupation en 2013 en se référant à deux étapes dans la constitution de l'Union bancaire¹⁰⁰⁰. Annoncée en juin 2012, la première étape, celle d'une « timber-framed banking union » qui consistait à transférer la mission et les pouvoirs de supervision bancaire à la BCE, a été menée à terme en 2014 avec l'établissement du Conseil de surveillance prudentielle et de la structure juridique

⁹⁹⁵ J.-V. LOUIS, *L'Union européenne et sa monnaie*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Coll. Institut d'Etudes Européennes, 3e éd., 2009, p. 162, § 226.

⁹⁹⁶ B. SOUSI-ROUBI, « Le champ d'application du Mécanisme de surveillance unique (MSU) - "Dessine-moi le MSU" », *op. cit.*

⁹⁹⁷ N. VERON, « A realistic bridge towards European Banking Union », *Bruegel Policy contribution*, Iss. 2013/9, juin 2013. Pour l'auteur, « Treaty change will be needed. But not now » (p. 5).

⁹⁹⁸ Avec une réserve toutefois concernant cette image du pont, puisqu'en pratique, les ponts se construisent, non pas d'une berge à l'autre, mais à partir de deux parties indépendantes qu'on relie au milieu.

⁹⁹⁹ Les premiers développements sur l'Union bancaire européenne sont antérieurs à la crise financière de 2008, mais ils n'avaient pas été accompagnés par un cadre juridique et politique adéquat. Voir : N. VERON, *Is Europe ready for a major banking crisis ?*, *Bruegel Policy contribution*, Iss. 2007/03, Bruegel, august 2007 ; M. CIHAK et J. DECRESSIN, *The Case for a European Banking Charter*, Working Paper 07/173, International Monetary Fund, 2007.

¹⁰⁰⁰ W. SCHAEUBLE, « Banking union must be built on firm foundations », *Financial Times*, 13 Mai 2013.

de coopération des autorités compétentes nationales au sein du mécanisme de surveillance unique¹⁰⁰¹. Si le MSU est en place, son cadre et celui de l'Union bancaire sont toutefois imparfaits et manquent encore de cohérence. Pour Nicolas Véron, plusieurs éléments du cadre juridique actuel doivent ainsi être modifiés¹⁰⁰². Et cette modification ne pourra se faire que par une modification des traités européens afin de constituer ce que Wolfgang Schaeuble appelle une Union bancaire « à charpente d'acier » (« steel-framed banking union »).

Compte tenu des nombreuses raisons incitant à une modification des traités¹⁰⁰³, les responsables politiques européens semblent avoir accepté à la fois la nécessité d'envisager des mesures à court terme vers l'union bancaire (première étape) et le caractère inévitable d'une modification du traité (seconde étape). En Avril 2013, les États membres de l'UE ont ainsi déclaré que, en plus de la mise en œuvre des conclusions de la réunion du Conseil européen du 14 Décembre 2012 et l'établissement du MSU en 2014, « the members States are also ready to work constructively on a proposal for Treaty change made in accordance with

¹⁰⁰¹ Voir Règlement-cadre BCE.

¹⁰⁰² N. VERON, « A realistic bridge towards European Banking Union », op. cit., p. 5. Pour l'auteur, « a sustainable banking union cannot be completed within the legal framework defined by the current European treaties ».

¹⁰⁰³ Si l'article 127 §6 TFUE est considéré comme une base juridique solide pour l'Union bancaire, il présente plusieurs défauts. En permettant au Conseil de « confier à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit et autres établissements financiers », la formulation implique que d'autres tâches de surveillance doivent rester au niveau national. Cette difficulté fut écartée partiellement puisqu'une répartition des compétences entre la BCE et les ARN respectueuse des principes de subsidiarité et de proportionnalité a été prévue. Elle manque toutefois de clarté quant à l'intervention de la BCE sur les banques de petite importance. Par ailleurs, les autres piliers de l'union bancaire sont ou seront difficilement mis en œuvre dans le cadre juridique actuel. Ainsi, le récent mécanisme de résolution unique (MRU) n'implique pas seulement le transfert des pouvoirs de résolution des autorités nationales vers une autorité européenne, mais « comporte également la mutualisation entre les banques des États participants des conséquences financières des défaillances bancaires, sous la forme d'un fonds de résolution bancaire unique » (A. GOURIO, « Le mécanisme de résolution unique : les nouveaux instruments et pouvoirs des autorités de résolution bancaires », RDBF n° 4, Juillet 2014, dossier 30). Or à la différence de la mission de surveillance prudentielle, celle de résolution n'est pas prévue à l'article 127 §6 du TFUE. Ce n'est donc pas la BCE mais un Conseil de résolution unique, qui prend la forme d'une agence européenne décentralisée, qui sera chargée de cette mission. A côté du règlement du 5 juillet 2014, applicable au 1er janvier 2016, un pan entier du mécanisme de transfert et de mutualisation des contributions financières a été renvoyé à un accord intergouvernemental signé par 26 États membres le 21 mai 2014 (Declaration of the Informal Meeting of [Finance] Ministers and [Central Bank] Governors, Dublin, 12 April 2013, Declaration by Member States, annexed to Revised Note of the Council of the European Union 8417/1/13 REV 1, 17 April 2013 ; Les États non signataires sont le Royaume Uni et la Suède). Alors que certains États, comme l'Allemagne, souhaitaient une modification du traité, le choix de recourir à un système encore considéré comme imparfait devrait être aménagé. Quant au système d'assurance-dépôts européen, il est largement tributaire de dispositions nationales, et ne peut être envisagé de manière crédible sans une fiscalité européenne, car il nécessite une garantie d'État qui doit jouir d'une grande crédibilité, ce que le préfinancement par le secteur bancaire n'apportera pas seul.

provisions of Article 48 TEU »¹⁰⁰⁴. Même s'il est prématuré de fixer une date limite ou même un calendrier provisoire pour ces changements, ceux-ci seront nécessaires à moyen terme compte tenu de l'ampleur des défis politiques et stratégiques associés. Gageons que ce temps peut servir la réflexion afin de construire enfin un cadre architectural cohérent et efficace de la régulation financière en modifiant l'article 127, §6 du TFUE.

A coté de la régulation financière européenne, celle des réseaux d'utilité publique est encore en cours de mutation. Sans doute est-ce pourquoi le développement d'une architecture de la régulation européenne dans ces secteurs revêt plus la forme d'une virtualité que d'une réalité. Si les développements suivants n'en sont pas pour autant extravagants, au moins nécessitent-ils une approche conceptuelle de la régulation européenne des réseaux.

B. L'hypothèse conceptuelle d'une architecture intégrée de la régulation des réseaux

Dans les secteurs des services publics en réseaux, la régulation prend aujourd'hui deux formes. D'un coté, on trouve une régulation économique exercée par des agences composées de membres des ARN, comme l'ACRE et l'ORECE. De l'autre, plusieurs agences européennes, créées en vue du traitement transnational des problématiques de sécurité, comme l'AESA, AFE et l'ENISA, s'appuient sur l'objectif de prévention des risques. Dans cette architecture européenne de la régulation, des failles subsistent et des interrogations persistent, comme l'absence d'agence de sécurité de l'énergie ou d'agence européenne de régulation économique des transports. Il est possible de conserver l'architecture actuelle, tout en renforçant les compétences et les statuts de l'ACRE et de l'ORECE pour en faire de véritables autorités de régulation, et en maintenant le statut actuel des « agences de sécurité ». C'est d'ailleurs l'option qui semble privilégiée à l'échelle de l'UE à l'heure actuelle, et celle que nous tiendrons pour acquis pour le reste de la recherche. D'une manière générale et en visant une plus grande cohérence de cette architecture à la fois avec les politiques européennes et les évolutions de la régulation nationale, deux autres mouvements sont toutefois envisageables et doivent s'apprécier sur le long terme. Le premier est celui d'une réorganisation des agences par secteur, avec comme objectif une meilleure visibilité et une

¹⁰⁰⁴ Conseil européen, Declaration of the Informal Meeting of [Finance] Ministers and [Central Bank] Governors, Dublin, 12 April 2013, Declaration by Member States, annexed to Revised Note of the Council of the European Union 8417/1/13 REV 1, 17 April 2013.

régulation s'appuyant sur un objet commun (1). Le second conserve la dichotomie entre agences de sécurité et agences de régulation économique. Les premières pourraient fusionner entre elles, alors que les secondes s'émanciperaient du joug de la Commission pour constituer une véritable « autorité européenne de régulation » (2).

1. L'option des mégarégulateurs sectoriels européens

Le premier mouvement serait celui d'une approche sectorielle forte qui suppose le rassemblement en raison de leur objet commun des missions de régulation économique et de celles de prévention des risques au sein de « mégarégulateurs sectoriels européens ». Ce type de rapprochement a été un temps imaginé dans le secteur des communications électroniques par la Commission lorsque celle-ci souhaitait institutionnaliser le GRE en agence décentralisée. L'idée était alors de fusionner l'AESRI avec le GRE pour constituer l'AEMCE¹⁰⁰⁵. A l'heure actuelle, une telle restructuration impliquerait la fusion de l'ORECE et de l'AESRI en une seule agence de régulation des communications électroniques. Ce type de fusion n'est pas a priori totalement dénué de sens, d'autant plus que la création de l'AESRI s'inscrit dans une démarche économique : si l'agence poursuit un objectif de prévention des risques, celui-ci s'inscrit dans une finalité plus globale de rétablissement de la confiance¹⁰⁰⁶, comme le laisse supposer le règlement 460/2004¹⁰⁰⁷. Dans le secteur de l'énergie, on sait que l'objectif de prévention des risques n'a pas conduit l'UE à mettre en place une agence de sécurité, à l'inverse de ce qui a été fait dans les autres secteurs des réseaux, alors que les problématiques de sécurité y sont pourtant importantes¹⁰⁰⁸. A défaut d'avoir créé cette « agence européenne de sécurité énergétique », la Commission semble ces

¹⁰⁰⁵ Selon Léa Rodrigues, la Commission souhaitait effectivement étendre le champ d'application et les compétences de l'ENISA pour créer une nouvelle agence, l'AEMCE. Voir L. RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, op. cit., p. 413.

¹⁰⁰⁶ M. BLANQUET et N. DE GROVE-VALDEYRON, « Le recours à des agences de l'Union en réponse aux questions de sécurité », in J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, op. cit., p. 91.

¹⁰⁰⁷ Règlement (CE) n° 460/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 instituant l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information, JOCE L 77 du 13.3.2004, p. 1. Voir notamment le cons. 2 du règlement : « le nombre croissant des violations de la sécurité a déjà provoqué des dommages financiers considérables, a ébranlé la confiance des utilisateurs et a été préjudiciable au développement du commerce électronique. Les particuliers, les administrations publiques et les entreprises ont réagi en recourant à des mesures technologiques de sécurité et à des procédures de gestion de la sécurité. Les États membres ont adopté plusieurs mesures de soutien, telles que des campagnes d'information et des projets de recherche, afin d'améliorer la sécurité des réseaux et de l'information dans la société ».

¹⁰⁰⁸ L. RODRIGUES, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, op.cit, p. 411.

dernières années privilégier un accroissement des compétences de l'ACRE en la matière¹⁰⁰⁹. Ainsi, l'élargissement progressif des pouvoirs de celle-ci dans certains domaines liés à l'approvisionnement de l'énergie et à la sécurité des infrastructures¹⁰¹⁰ peut supposer que la Commission emprunte la voie d'un exercice centralisé des fonctions de régulation économique et de supervision des risques¹⁰¹¹. Enfin, dans le secteur des transports, la situation est plus complexe. D'abord, les trois agences de sécurité s'inscrivent dans des cadre sectoriels marqués. Pourtant, et malgré des pouvoirs différents, elles répondent aux mêmes objectifs et agissent dans des secteurs connexes. Ensuite, il n'existe pas d'agence de régulation européenne de « quatrième génération »¹⁰¹², c'est à dire composée des ARN, dans le secteur des transports, même si des réseaux de régulateurs ont été créés¹⁰¹³. Par ailleurs, la régulation des activités de transport diffère d'un type de transport à l'autre, notamment au regard de l'ouverture à la concurrence. Enfin, les missions de régulation économique et de prévention des risques dans les secteurs des transports sont exercées de manière très hétérogène à l'échelle nationale¹⁰¹⁴, ce qui complexifie d'autant une potentielle fusion. La création d'une agence des transports chargée de la sécurité et de la régulation nécessiterait donc à la fois un transfert des compétences de sécurité nationales des administrations ministérielles aux ARN et une augmentation des pouvoirs du groupe de régulateurs nationaux, qui devrait fusionner avec les agences de sécurité.

¹⁰⁰⁹ C. VLACHOU, La coopération entre autorités de régulation en Europe (communications électroniques et énergie), Thèse, Paris II, 2014, p. 215.

¹⁰¹⁰ Règlement (UE) n ° 347/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 concernant des orientations pour les infrastructures énergétiques transeuropéennes, et abrogeant la décision n ° 1364/2006/CE et modifiant les règlements (CE) n ° 713/2009, (CE) n ° 714/2009 et (CE) n ° 715/2009, JOUE L 115 du 25/4/2013, p. 39.

¹⁰¹¹ Voir : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 7 septembre 2011 sur la sécurité de l'approvisionnement énergétique et la coopération internationale intitulée « La politique énergétique de l'UE : s'investir avec des partenaires au-delà de nos frontières », COM(2011) 539 final ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions 17 novembre 2010 « Priorités en matière d'infrastructures énergétiques pour 2020 et au-delà - Schéma directeur pour un réseau énergétique européen intégré », COM(2010) 677 final ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions du 13 novembre 2008 « Deuxième analyse stratégique de la politique énergétique : plan d'action européen en matière de sécurité et de solidarité énergétiques », COM(2008) 781 final.

¹⁰¹² L. GRARD, « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », op. cit., p. 140.

¹⁰¹³ Voir supra.

¹⁰¹⁴ Si tous les Etats membres se sont dotés d'une autorité de régulation intervenant dans le secteur ferroviaire, certaines ARN sont également chargées de la régulation d'autres types de transports, alors que d'autres restent confinées au secteur ferroviaire, mais sont également en charge des questions de sécurité.

A la lumière des bouleversements qu'imposerait cette première option de réorganisation architecturale, on comprend toute la difficulté de rassembler les différentes fonctions de la régulation au sein de mégarégulateurs sectoriels européens, ce type de rapprochement du aux objets communs sur lesquels portent les régulations ne semblant pas opportun dans tous les secteurs. Ceci est d'autant plus vrai que d'autres limites à un tel mouvement peuvent être également constatées. D'une part, les problématiques liées à la régulation économique et à la prévention des risques ne nécessitent pas le même type de compétences, ce qui suppose que pour chaque agence, du personnel expert de différents horizons est nécessaire. D'autre part, les questions de la prévention des risques et de la régulation économique n'imposent pas les mêmes exigences. Comme le note Jacques Ziller¹⁰¹⁵, les problématiques de sécurité et de prévention des risques dans les secteurs des réseaux s'intègrent parfois difficilement au sein des autorités de régulation traditionnelles. C'est le cas par exemple de l'indépendance qui n'est pas centrale à la prévention du risque, alors qu'elle constitue l'élément fondateur de la régulation économique¹⁰¹⁶.

Est-ce dire pour autant qu'aucune réforme architecturale de la régulation n'est envisageable dans l'UE ? A l'image de ce qui peut être observé dans la régulation financière, une autre option est concevable et sous-entend cette fois qu'on aborde la régulation non plus selon les objets mais selon les finalités des régulateurs européens, en conservant la séparation entre les objectifs de prévention des risques et de régulation économique.

2. La création d'une unique autorité européenne de régulation des réseaux

En préservant la dichotomie entre agence de sécurité et agence de régulation économique, la possibilité de recourir à une architecture organisée autour de régulateurs européens exerçant des fonctions similaires avec une organisation interne identique est une réalité. Pour les agences de sécurité, les administrations ministérielles continueraient à intervenir très largement, comme c'est le cas aujourd'hui, alors que pour les agences de régulation économique, un cap serait franchi en les rapprochant du modèle de l'AES.

¹⁰¹⁵ J. ZILLER, « La régulation comme prévention des risques », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, op. cit., p. 57

¹⁰¹⁶ Ibid. Pour l'auteur, la prévention des risques nécessite « une procédure permettant d'inclure suffisamment d'acteurs, de parties prenantes (stakeholders) et le cas échéant (...) le public ». Cette vision est fortement éloignée des procédures menées par les ARN, lesquelles doivent être indépendantes des opérateurs régulés.

En premier lieu, les agences de sécurité intervenant dans les secteurs des transports ferroviaire, maritime et aérien présentent de nombreuses similitudes¹⁰¹⁷ malgré des pouvoirs plus ou moins étendus¹⁰¹⁸. Même plus généralement – on pense à l’AESRI – il semble possible, au delà des particularités propres à chaque secteur, d’identifier de nombreux aspects qui les relient toutes dès lors que la sécurité est en cause et que la prévention du risque figure comme l’objectif principal de l’agence : souci du fonctionnement du marché intérieur, recherche d’implication des parties prenantes et des acteurs des secteurs, coopération entre les Etats membres, entretien et rétablissement de la confiance, etc. Dès lors que ces agences semblent avoir pris leur « rythme de croisière »¹⁰¹⁹, peut-être leur fusion est-elle envisageable, d’autant plus que la mutualisation des coûts de certains services communs permettrait de contrebalancer la baisse des effectifs prévues d’ici à 2020 pour certaines d’entre elles¹⁰²⁰.

En second lieu, deux interrogations, liées à l’extension du modèle architectural de l’agence européenne de régulation à de nouveaux secteurs et à leur potentiel rapprochement peuvent attirer l’attention. Dans un premier temps, la perspective d’une réforme architecturale des agences de régulation s’inscrit naturellement dans une refonte de leur organisation afin, selon les termes de François Lafarge, de compter l’ACRE et l’ORECE parmi les « véritables autorités de régulation ». Pour ce faire, la forme de l’agence de régulation devrait s’inspirer très largement du modèle de l’AES pour constituer une « autorité européenne de régulation » (AER)¹⁰²¹, chargée de la régulation économique et composées des ARN. Pouvoirs, indépendance, organisation interne, tout devrait en toute logique se rapprocher du modèle de l’AES pour s’éloigner de celui de l’agence de « troisième génération ». Dans ce contexte, il est inévitable que la question de l’extension de l’autorité européenne va se poser à propos du secteur des transports et de leurs infrastructures. A ce sujet, le Rapport Stoffaës estimait déjà

¹⁰¹⁷ M. GROENLEER, M. KAEDING et E. VERSLUIS, « Regulatory governance through agencies of the European Union? The role of the European agencies for maritime and aviation safety in the implementation of European transport legislation », JEPP, Vol. 17, Iss. 8, 2010, p. 1212; L. RODRIGUE, Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux, op. cit., p. 266 ; L. GRARD, « Sécurité et transport dans l’Union européenne : le recours aux agences de régulation », in C. STOFFAËS (dir.), Vers une régulation européenne des réseaux, Annexe 3. H, op. cit., p. 61.

¹⁰¹⁸ L. GRARD, « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », op. cit.

¹⁰¹⁹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 10 juillet 2013 sur la programmation des ressources humaines et financières destinées aux organismes décentralisés pour 2014-2020, COM(2013) 519 final, p. 6.

¹⁰²⁰ Ibid., p. 23s.

¹⁰²¹ Calquée sur la terminologie choisie dans les secteurs financiers (Autorité européenne de surveillance), l’Autorité européenne de régulation conserverait au moins pour le moment le statut d’agence décentralisée, comme les AES.

en 2003 que plusieurs secteurs économiques des réseaux pouvaient faire l'objet d'une régulation européenne de manière pertinente. Pour le déterminer, le rapport s'appuyait sur une évaluation secteur par secteur de l'opportunité et de la faisabilité d'une telle régulation¹⁰²². Parmi ces secteurs dans lesquels une régulation à l'échelle de l'UE semblait opportune (critère de l'opportunité), figuraient les secteurs des télécommunications, de la télédiffusion par satellites, de l'électricité, du gaz, des postes, et différents transports¹⁰²³. Parmi ces secteurs, le rapport notait ensuite que le critère de faisabilité limitait la pertinence d'une régulation européenne dans les secteurs des postes et du transport ferroviaire de voyageurs. Le rapport concluait en revanche que certains services publics en réseaux étaient donc à même d'être régulés à l'échelle de l'UE, comme le secteur du fret ferroviaire. Une transformation progressive de l'ENRBB en agence décentralisée est donc possible, dès lors que des garanties fortes d'indépendance et des pouvoirs seraient donnés à la nouvelle autorité, et que les craintes dont faisaient part les ARN en 2011¹⁰²⁴ ne sont plus d'actualité dans la mesure où la directive 2012/34/UE devait être transposée au plus tard le 16 juin 2015.

Dans un second temps, et à l'image de ce que nous observons dans les secteurs financiers, la convergence déjà observée à l'échelle nationale des secteurs des réseaux et de leur régulation pourrait se diffuser à l'échelle européenne. L'idée développée ici est qu'une convergence des régulations entre les secteurs des communications électroniques, de l'énergie et des transports pourrait aboutir à terme à la création d'une unique autorité européenne de régulation. Plusieurs indices montrent d'ailleurs que la convergence est déjà une réalité à l'échelle de l'UE. D'une part, les avancées technologiques à l'origine de la convergence des régulations poussent les régulateurs nationaux à s'y intéresser de manière concertée. Par

¹⁰²² C. STOFFAËS (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, op. cit., p. 73.

¹⁰²³ Parmi les secteurs pour lesquels une régulation européenne était considérée comme peu pertinente figuraient les services publics locaux, à savoir les transports urbains, l'eau, l'assainissement et la cablo-distribution.

¹⁰²⁴ IRG-Rail, *Third Position Paper on the Recast Regulatory questions arising from the ongoing discussion on the Recast*, 28/29 November 2011 : « we believe that the establishment of a rail regulatory body at European level would not offer sufficient flexibility and room for manoeuvre at national level which are essential for taking specific national conditions into account. Rail regulation is most effective and efficient when performed by strong and independent national regulatory bodies. They have the knowledge, flexibility and proximity necessary to establish and ensure non-discriminatory access to railways. The proposal to create a European regulatory body no later than two years after the publication of this directive would directly contradict the strengthening of *national regulatory bodies' independence*. *In the light of the expected timescales for transposition* of the Recast by Member States, this would leave only six months for national regulatory bodies to demonstrate the full potential of their functions and powers, and for the effectiveness of regulation to be measured. This may discourage those Member States, where national regulatory bodies have not yet reached independence as they may see no reason to strengthen their regulatory powers, if these are only to be superseded by a European regulatory body ».

exemple, les ARN agissant au sein du CEER concentrent leur attention et leurs travaux de recherche sur les smart grids et les réseaux intelligents¹⁰²⁵. Or ces derniers font intervenir tant le secteur des communications que ceux de l'énergie et des transports. Une approche globale et centralisée de ces nouvelles problématiques, plus liées à l'aménagement du territoire et au développement des infrastructures qu'à l'ouverture à la concurrence, est donc envisageable. D'autre part, la Commission elle-même a montré l'intérêt que susciterait une approche multisectorielle des réseaux. Par exemple, l'Agence exécutive du réseau transeuropéen de transport (AE RTE-T), qui assurait depuis 2006 la mise en œuvre et la gestion techniques et financières du programme du réseau transeuropéen de transport, a été transformée en Agence exécutive « Innovation et réseaux » (Innovation & Networks Executive Agency - INEA) en 2014 afin de gérer « les projets d'infrastructure et de recherche dans le domaine des transports, de l'énergie et des télécommunications »¹⁰²⁶. Depuis 2013, l'approche multisectorielle des réseaux prend ensuite forme dans les communications de la Commission¹⁰²⁷ et dans le droit dérivé, avec en filigrane certaines missions de régulation, comme l'aménagement du territoire et le développement d'infrastructures de réseaux. Le règlement « MIE »¹⁰²⁸ (Mécanismes pour l'interconnexion en Europe) vise ainsi à « accélérer l'investissement dans le domaine des réseaux transeuropéens et à mobiliser les financements (...) tout en renforçant la sécurité juridique [et à] exploiter au mieux les synergies entre les secteurs des transports, des télécommunications et de l'énergie, renforçant ainsi l'efficacité de l'intervention de l'Union et permettant une optimisation des coûts de mise en œuvre »¹⁰²⁹. Enfin, et alors que l'une des principales réserves formulées à l'encontre de la constitution de régulateurs multisectoriels nationaux consistent en la délicate fusion d'ARN sectorielles leur préexistant, cette difficulté n'existe pas dans l'UE puisqu'il n'existe aucune autorité de régulation à proprement dit. Tout restant à faire au niveau européen, évoquer prospectivement

¹⁰²⁵ CEER, Final CEER 2015 Work Programme, p. 7.

¹⁰²⁶ <http://ec.europa.eu/inea/en/mission-objectives>.

¹⁰²⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 13 avril 2011 « L'Acte pour le marché unique Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance "Ensemble pour une nouvelle croissance" », COM(2011) 206 final, p. 11 : « les réseaux d'énergie, de transports et de communications électroniques constituent la colonne vertébrale du marché unique. En effet, des infrastructures performantes favorisent la libre circulation rapide et à un coût raisonnable des personnes, des marchandises, des différentes énergies et des données (...). Une intégration économique efficiente repose sur l'intégration d'infrastructures de réseaux performantes ».

¹⁰²⁸ Règlement (UE) n° 1316/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant le mécanisme pour l'interconnexion en Europe, modifiant le règlement (UE) n° 913/2010 et abrogeant les règlements (CE) n° 680/2007 et (CE) n° 67/2010, JOUE L 348 du 20.12.2013, p. 129

¹⁰²⁹ Cons. 2 du règlement n° 1316/2013.

une régulation unique des services publics en réseau au sein d'une seule « autorité européenne de régulation » semble donc concevable.

La volonté de développer une véritable régulation européenne autour des représentants des ARN s'est traduite par l'émergence depuis 2009 de nouveaux acteurs à l'échelle de l'Union. Ces derniers sont des agences décentralisées qui interviennent actuellement au titre de la régulation des communications électroniques (ORECE), de l'énergie (ACRE), de la banque (ABE), des marchés financiers (AEMF) et des assurances (AEAPP), auxquelles il convient d'ajouter le Mécanisme de surveillance unique (MSU). Agissant initialement comme un reflet de l'architecture nationale, la régulation européenne s'articule ainsi profondément autour de champs de compétences sectoriels. Cependant, les évolutions institutionnelles nationales récentes qui tendent à concentrer les régulateurs nationaux et à limiter leur nombre pourraient également, par effet de ricochet, aboutir dans un futur proche à un mouvement d'intégration de la régulation européenne.

Conclusion du Titre I

L'examen des régulateurs des secteurs des services publics en réseaux et des finances dans l'Union européenne indique que dans les années à venir, le cadre architectural des autorités de régulation pourrait suivre de manière globale un mouvement d'intégration. On assisterait, pour différentes raisons – remise en cause de la régulation ex ante, fusion des produits, évolution et convergence des secteurs, etc. – à une réduction du nombre des autorités de régulation intervenant spécifiquement sur un secteur donné au profit de leur rapprochement au sein de régulateurs résolument intégrés.

Ce mouvement prendrait forme en trois étapes. D'abord, tout indique que cette dynamique qui existe déjà dans le secteur des finances – rapprochement des objets de la régulation des banques, des assurances et des valeurs mobilières – s'étendra aux secteurs des services publics en réseaux. D'ailleurs, quelques Etats, comme l'Allemagne, le Luxembourg et la Lettonie, ont déjà franchi le pas en rapprochant la régulation des différents secteurs dans

une autorité multisectorielle unique : la régulation des services d'utilité publique. Ensuite, ce mouvement devrait se répercuter progressivement sur l'architecture européenne de la régulation, laquelle se développe « par ricochet », en s'inspirant très largement de l'architecture nationale. Enfin, une fois l'objectif principal de l'ouverture à la concurrence rempli dans les secteurs des services en réseaux, la structure institutionnelle de la régulation financière pourra encore servir de modèle à suivre dès lors que des objectifs différents, mais communs à plusieurs secteurs – protection du consommateur, maintien du service public universel, développement des infrastructures, etc. – pourraient faire l'objet d'une régulation par différentes autorités de régulation intégrées, comme c'est le cas dans le secteur des finances. En filigrane de ces évolutions, le secteur des finances s'impose donc, à l'échelle nationale comme à l'échelle de l'UE, comme un modèle à suivre du point de vue architectural.

Le choix de la structure institutionnelle de la régulation n'est toutefois pas uniquement un choix juridique mais est également un choix politique. Dans des secteurs économiquement aussi importants que les services publics en réseaux ou les finances, les intérêts juridiques et politiques se télescopent, et ce sont même souvent les seconds qui déterminent quelle forme doit prendre la régulation nationale. Ce constat est encore plus vrai à l'échelle de l'UE, où au détriment d'un pragmatisme juridico-économique, les divergences politiques sur « plus » ou « moins » d'Europe, entre les différents Etats membres ou entre les Etats membres et la Commission, n'ont cessé de freiner l'évolution de la régulation. Néanmoins, si l'importance de la structure institutionnelle du régulateur est loin de relever de la « cosmétique »¹⁰³⁰, elle semble constituer le paramètre le moins important parmi ceux nécessaires à la construction d'un modèle d'autorité de régulation. L'architecture ne constitue en effet qu'une enveloppe dont c'est le contenu qui détermine plus clairement si le régulateur peut effectuer ses missions efficacement, contenu qui prend la forme de pouvoirs dont l'étendue varie substantiellement que le régulateur soit national ou européen.

¹⁰³⁰ R. BISMUTH, La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public, op. cit., p. 37.

TITRE II

L'OCTROI DE POUVOIRS ETENDUS AU PROFIT D'UNE PLUS GRANDE EFFICACITE

A l'heure de la maturation du marché unique¹⁰³¹, il ne fait que peu de doutes que l'attribution de pouvoirs importants aux autorités de régulation contribue à un accroissement de leur efficacité¹⁰³². Ces pouvoirs sont nombreux et il est possible d'en distinguer cinq sortes. Il s'agit d'un pouvoir consultatif qui fait de l'autorité de régulation le spécialiste, l'expert du secteur, d'un pouvoir réglementaire, qui permet au régulateur de prescrire des règles générales à destination des opérateurs régulés, d'un pouvoir de décisions individuelles qui rend possible l'attribution d'agrément, de visas et de licences afin d'encadrer les acteurs et les produits présents sur les marchés, d'un pouvoir de surveillance qui autorise l'autorité de régulation à enquêter et à mener des investigations, et d'un pouvoir contentieux¹⁰³³, lequel permet de contraindre un acteur qui contrevient aux règles fixées par le régulateur lui-même ou par la loi.

A l'échelle nationale, il est désormais admis que les autorités de régulation cumulent toutes ces attributions, à tel point que certains auteurs s'interrogent sur l'existence d'un quatrième pouvoir à côté des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire¹⁰³⁴. Les pouvoirs exercés se consolident un peu plus à chacune des interventions du législateur, et même si des doutes subsistent quant à l'exercice de certains d'entre eux – et notamment du pouvoir de sanction aujourd'hui confronté au respect de certaines garanties procédurales – un socle commun de pouvoirs s'est constitué (Chapitre 1). A l'échelle de l'Union européenne, la

¹⁰³¹ C. FRANCHINI, « Les notions d'administration indirecte et de co-administration », in B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, LGDJ, 2008, p. 249.

¹⁰³² Q. EPRON, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », RFDA 2011, p. 1007.

¹⁰³³ Pour une définition de la fonction contentieuse dans le domaine de la régulation, voir : P. QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger, Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », AJDA, 2004 p. 1060 : solution juridique d'une situation contentieuse, comme « l'activité qui consiste à dire le droit, en mettant fin à un litige ».

¹⁰³⁴ R. DRAGO, « Le Conseil de la Concurrence », JCP.G., n° 42, p. 3300.

question de l'octroi de pouvoirs décisionnels aux régulateurs se pose différemment, puisqu'elle semble porter moins prioritairement sur l'exercice que sur l'attribution même de tels pouvoirs à des autorités européennes de régulation. Nous verrons qu'en dépit de nombreuses difficultés, ces pouvoirs se développent progressivement au profit d'une plus grande efficacité du régulateur (Chapitre 2).

Chapitre 1. A l'échelle nationale : la constitution d'un socle commun de pouvoirs

Chapitre 2. A l'échelle de l'Union européenne : des pouvoirs en plein essor

Chapitre 1

A l'échelle nationale : la constitution d'un socle commun de pouvoirs

En France comme dans tous les Etats membres de l'Union européenne, les autorités de régulation nationales se sont vues attribuer des pouvoirs importants de telle sorte qu'il est possible de considérer qu'il en existe désormais un socle commun à toutes. Si ce socle commun de pouvoirs s'élargit au fil du temps, ces derniers restent toutefois encadrés. On observe en effet que ces pouvoirs ne s'exercent pas en totale liberté¹⁰³⁵, soit qu'ils sont partagés avec l'exécutif, soit qu'ils sont encadrés par les dispositions constitutionnelles nationales (Section 1). L'exercice original par les autorités de régulation d'un pouvoir répressif mérite par ailleurs une attention particulière, car il se distingue des autres par son rapport très étroit avec des sources externes telles que la protection des droits et libertés garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (Section 2).

Section 1. L'exercice par les ARN de pouvoirs élargis mais encadrés

Section 2. L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'exercice du pouvoir de sanction des ARN

Section 1. L'exercice par les ARN de pouvoirs élargis mais encadrés

Placées sous l'influence du droit de l'Union européenne qui se montra favorable à un élargissement de leurs pouvoirs au détriment de ceux détenus par l'administration traditionnelle¹⁰³⁶, les autorités de régulation nationales exercent leur activité de régulation en

¹⁰³⁵ Sur l'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation, voir infra, pp. 488 et s.

¹⁰³⁶ Les directives européennes relatives aux secteurs étudiés prévoient en effet que les autorités de régulation nationales exercent certains pouvoirs le plus souvent détenus initialement par les services administratifs des ministères concernés.

jouissant de pouvoirs étendus¹⁰³⁷. Outre les pouvoirs purement consultatifs qui font d'elles des interlocuteurs uniques en termes d'expertise et de connaissance des secteurs régulés¹⁰³⁸, les compétences des autorités de régulation peuvent s'analyser en deux groupes : des pouvoirs normatifs effectifs mais limités (I), et des pouvoirs de contrôle plus étendus mais soumis au respect de certaines obligations procédurales (II).

I. Des pouvoirs normatifs effectifs mais limités

Outre un pouvoir réglementaire limité (A), les ARN exercent un pouvoir consultatif qui participe au pouvoir normatif, d'abord par un pouvoir d'influence auprès de l'exécutif, puis par le recours au droit souple (B). Les autorités de régulation nationales exercent également un pouvoir de décision individuelle en délivrant des licences ou des agréments (C).

A. L'exercice contesté du pouvoir réglementaire

Pour mener à bien leurs missions, les autorités de régulation nationales des Etats membres de l'UE possèdent un pouvoir que nous qualifions en France de « réglementaire », c'est à dire un pouvoir d'édicter des normes infra-législatives générales, abstraites, impersonnelles et contraignantes. L'octroi d'un pouvoir réglementaire en constante expansion (2) pose toutefois des difficultés d'ordre constitutionnel qui nécessitent de le restreindre (1).

1. Un pouvoir réglementaire restreint

L'octroi d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation dans l'UE – et plus généralement aux autorités administratives indépendantes – ne s'impose pas avec la force de l'évidence, la constitutionnalité du procédé faisant le plus souvent débat en droit interne. La plupart des Constitutions nationales prévoient en effet que le pouvoir réglementaire ne peut être exercé que par les organes désignés à cette fin par le Constituant, comme par exemple en

¹⁰³⁷ L'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation, c'est à dire les circonstances dans lesquelles elles exercent leurs pouvoirs, sera abordée ultérieurement.

¹⁰³⁸ Les pouvoirs consultatifs, comme la faculté de rendre un avis, permettent essentiellement aux ARN de faire connaître leur opinion, sans lier leur destinataire. Voir : A. LAGET-ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité, op. cit., p. 344 ; H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, Communications électroniques, Energie et Postes, op. cit., p. 393. Certains pouvoirs a priori consultatifs se rapprochent toutefois du pouvoir normatif. Voir : infra, p. 238.

Espagne¹⁰³⁹, en France¹⁰⁴⁰, en Allemagne¹⁰⁴¹, en Pologne¹⁰⁴², en Belgique¹⁰⁴³ ou encore au Portugal¹⁰⁴⁴. Or dans ces cas, la Constitution ne fait aucune référence à l'exercice de ce type de pouvoirs par des autorités de régulation, puisque seuls les exécutifs nationaux (Rois, Présidents et gouvernements) sont mentionnés comme détenteur d'un tel pouvoir. Comme l'a expliqué le Conseil d'Etat belge, cette analyse « réside dans le principe constitutionnel selon lequel les pouvoirs sont d'attribution et doivent être personnellement exercés par les autorités que la Constitution investit de la fonction réglementaire. Ces autorités sont des autorités responsables politiquement devant les assemblées législatives de l'usage qu'elles font du pouvoir réglementaire qui leur est ainsi attribué »¹⁰⁴⁵. Dès lors qu'il n'y est pas fait explicitement référence, l'autorité de régulation ne pourrait donc pas exercer un tel pouvoir.

Des tempéraments existent toutefois. Appréhendant avec réalisme les obstacles qui entravent la progression vers l'octroi d'un pouvoir réglementaire aux ARN, les Etats membres et leurs juges constitutionnels ont le plus souvent prudemment toléré l'attribution d'un tel pouvoir, non sans assortir pareille concession d'exigences particulières. La doctrine a relevé que deux éléments récurrents sont systématiquement observés¹⁰⁴⁶ : une base législative reconnaissant l'exercice du pouvoir réglementaire et la publication des actes pris en vertu de ce pouvoir dans un journal officiel, conditions qui semblent par exemple suffire en Italie¹⁰⁴⁷. Ensuite, plusieurs Etats membres de l'UE ont ajouté des contraintes supplémentaires afin d'encadrer et de limiter l'exercice d'un tel pouvoir. Elles sont de deux types et on les retrouve alternativement ou cumulativement dans les différents droits nationaux.

¹⁰³⁹ Art. 97 de la Constitution espagnole du 6 décembre 1978.

¹⁰⁴⁰ Art. 21 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

¹⁰⁴¹ Art. 20 de la Loi fondamentale du 8 mai 1949.

¹⁰⁴² Art. 10 de la Constitution polonaise du 2 avril 1997.

¹⁰⁴³ Art. 33 de la Constitution de la Belgique fédérale du 17 février 1994.

¹⁰⁴⁴ Art. 111 de la Constitution portugaise du 25 avril 1976.

¹⁰⁴⁵ Conseil d'Etat, section de la législation, avis n° 27.994/4 du 9 juillet 1998, sur le projet devenu arrêté royal du 17 juillet 1998 portant des dispositions complémentaires relatives à la réforme des structures de gestion de l'aéroport de Bruxelles national.

¹⁰⁴⁶ Y. MARIQUE, « The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies ("QUANGOs") », *Electronic Journal of comparative law*, Vol. 11, Iss. 3.

¹⁰⁴⁷ G.F. FERRARI, « The Rule-making Powers of Independent Administrative Agencies ("Quangos") in Italy », *Relazione al 17th International Congress of Comparative Law*, Utrecht, The Netherlands 2006.

La première vise à limiter le champ matériel du pouvoir réglementaire de l'ARN, comme en Finlande, où les domaines d'interventions sont strictement précisés par la loi¹⁰⁴⁸. En France, la Constitution réserve l'exercice du pouvoir réglementaire au Premier Ministre et ne prévoit de délégation possible qu'au profit des autres membres du gouvernement¹⁰⁴⁹. Seul un pouvoir réglementaire encadré et limité peut alors être délégué par une habilitation législative à des autorités non gouvernementales, et en particulier à certaines ARN. Appelé à statuer sur la constitutionnalité de telles lois, le Conseil constitutionnel a reconnu que l'article 21 de la Constitution ne faisait « pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité autre que le Premier Ministre le soin de fixer les normes permettant de mettre en œuvre une loi »¹⁰⁵⁰, mais l'habilitation législative ne peut concerner pour les autorités de régulation que « des mesures limitées tant par leur champ d'application que par leur contenu »¹⁰⁵¹. En Allemagne, cet encadrement ne s'opère pas par la loi, mais par les normes réglementaires applicables prises par le Gouvernement et qui s'imposent aux ARN¹⁰⁵². Par exemple, l'article 24 de la loi sur l'énergie (EnWG)¹⁰⁵³ indique que les règlements applicables sur l'accès à l'approvisionnement en électricité et en gaz et sur les tarifs de l'accès aux réseaux doivent préciser quel type de décision peut ou doit être pris par la BNetzA et selon quelles modalités¹⁰⁵⁴. Dans tous les cas, il ne s'agit donc que d'un pouvoir réglementaire résiduel attribué aux autorités de régulation, qui ne vient que compléter le pouvoir réglementaire détenu par le pouvoir exécutif.

¹⁰⁴⁸ O. SUVIRANTA, « The rule-making powers of independent administrative agencies in Finland », in R. HOLLO (dir.), *Finnish Legal System and Recent Development*, Edita, Helsinki, 2006, p. 201.

¹⁰⁴⁹ Art. 21 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

¹⁰⁵⁰ Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC.

¹⁰⁵¹ Par exemple, le Conseil constitutionnel n'a pas admis que le CSA puisse déterminer « par voie réglementaire, non seulement les règles déontologiques concernant la publicité mais également l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues », Cons. const., 17 janvier 1989, décision 88-248 DC. Voir également : Cons. const., 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, n° 96-378 DC ; Cons. const., 1er juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, n° 2004-497 DC.

¹⁰⁵² K.FISHER, « Quangos - An Unknown Species in German Public Law ? German Report on the Rule-making Powers of Independent Administrative Agencies », in H. EIBE et R. WOLFRUM (dir.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law: German Reports Presented to the XVIIth International Congress on Comparative Law*, Utrecht, 16 to 22 July 2006, Springer, 2010, p. 153.

¹⁰⁵³ *Energiewirtschaftsgesetz vom 7. juillet 2005*, BGBl. I S. 1970, 3621.

¹⁰⁵⁴ C. MÖLLERS, « Les règles juridiques matérielles applicables aux autorités indépendantes », in G. MARCOU et J. MASING, *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit., p. 276.

La seconde touche au contrôle exercé par le pouvoir exécutif sur les actes pris par l'ARN¹⁰⁵⁵. Outre un champ d'intervention limité, plusieurs Etats prévoient également que le pouvoir exécutif puisse contrôler l'action des ARN. Les modalités d'intervention de l'organe appelé à contrôler le pouvoir réglementaire de l'ARN sont variables. En France, cette approbation prend la forme d'une homologation, par exemple lorsque l'ARCEP et l'ARAF exercent leur pouvoir réglementaire résiduel prévu respectivement aux articles L. 36-6 du code des postes et des communications électroniques et L. 2137-7 du code des transports, ou lorsque l'AMF édicte son règlement général¹⁰⁵⁶. Les décisions prises dans le cadre de ces articles ne sont en effet publiées au journal officiel qu'après homologation par le ministre compétent. Il peut s'agir également d'un pouvoir d'amendement. En Belgique, le législateur accorde par exemple au Roi, chargé d'approuver les règlements de la FSMA, un pouvoir important inspiré des mécanismes de la tutelle administrative. Celui-ci peut ainsi apporter des modifications à ces règlements ou suppléer à la carence de cette autorité d'établir ces règlements¹⁰⁵⁷. Enfin, ce contrôle peut prendre la forme d'instructions. En Allemagne et en Autriche, le respect de la « chaîne de légitimation démocratique » qui suppose que tous les pouvoirs proviennent du peuple et donc du pouvoir législatif oblige les ARN à se plier aux éventuelles instructions émises par le Gouvernement, lequel est responsable des actes des autorités de régulation devant le Parlement¹⁰⁵⁸.

Comme en France, le pouvoir réglementaire ne peut être transféré aux ARN néerlandaises que sous ces deux conditions, prévues par les lignes directrices relative à la légistique¹⁰⁵⁹. Le pouvoir réglementaire peut d'abord être octroyé « à la condition que le ministre puisse conserver le pouvoir de (dés)approuver les règles prises par l'autorité ». Il s'agit donc ici d'une approbation par l'exécutif de l'acte pris par l'ARN. Ensuite, il peut être octroyé « pour ce qui concerne les questions techniques ou d'organisation du secteur ». A ce titre, la doctrine a relevé que les lignes directrices ne définissent pas ce que l'on doit entendre par « questions techniques ou d'organisation du secteur ». Par conséquent, il semble qu'une

¹⁰⁵⁵ Il est important de noter dès à présent que plusieurs de ces contrôles rentrent directement en conflit avec certains impératifs d'indépendance fonctionnelle des ARN. Voir infra, pp. 492 et s.

¹⁰⁵⁶ Art. L. 621-6, CMF.

¹⁰⁵⁷ Art. 64 § 3 de la Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers : « Les règlements de la FSMA ne sortent leurs effets qu'après leur approbation par le Roi et leur publication au Moniteur belge. Le Roi peut apporter des modifications à ces règlements ou suppléer à la carence de la FSMA d'établir ces règlements ».

¹⁰⁵⁸ C. MÖLLER, « Les règles juridiques matérielles applicables aux autorités indépendantes », op. cit., p. 273.

¹⁰⁵⁹ Art. 124 f de l'Aanwijzingen voor de regelgeving, Circulaire du Minister-President du 18 novembre 1992.

marge d'appréciation soit laissée aux ARN néerlandaises, leur permettant d'agir avec une certaine liberté et de s'émanciper progressivement de la tutelle exercée par le gouvernement sur leurs actes¹⁰⁶⁰. Néanmoins, pour certains actes comme la fixation de tarifs réglementés, l'ARN doit encore recueillir l'accord du ministre compétent¹⁰⁶¹.

En conséquence, les ARN ne peuvent qu'exercer un pouvoir réglementaire résiduel, encadré et limité. Pour cette raison, le juge national n'hésite pas à sanctionner une autorité de régulation lorsque celle-ci outrepassa la délégation de pouvoirs consentie par le législateur. Ce fut le cas par exemple pour la CRE en 2011, lorsque le régulateur de l'énergie approuva les barèmes établis par les gestionnaires de réseaux pour la facturation des opérations de raccordement des utilisateurs aux réseaux publics de distribution d'électricité, lesquels devaient également être arrêtés par les ministres compétents. Pour le Conseil d'Etat, « l'article 2 de l'arrêté du 28 août 2007 fixant les principes de calcul de cette contribution n'a pu, sans méconnaître la portée de la délégation consentie par le législateur au pouvoir réglementaire, renvoyer à la CRE la prérogative d'approuver les barèmes établis par les gestionnaires de réseaux pour la facturation des opérations de raccordement des utilisateurs aux réseaux publics de distribution d'électricité qui leur sont concédés »¹⁰⁶².

Malgré ces contraintes, il est toutefois possible de distinguer des situations dans lesquelles le pouvoir réglementaire des ARN tend à s'accroître.

¹⁰⁶⁰ R.A.J. VAN GESTEL, P. EIJLANDER et J.A.F. PETERS, « The Regulatory Powers of Quangos in the Netherlands: Are Trojan Horses Invading Our Democracy? », in J.H.M. VAN ERP et L.P.W. VAN VLIET (dir.), *Netherlands Reports to the Seventeenth of International Congress of Comparative Law*, Intersentia NV, 2006, pp. 438 et s.

¹⁰⁶¹ Art. 17, §1 de la Loi-cadre du 2 novembre 2006 fixant les règles régissant les organes administratifs indépendants : « Si un organe administratif indépendant a le pouvoir de fixer les prix, le niveau des taux fixés par l'autorité administrative indépendante requiert l'approbation du ministre compétent ».

¹⁰⁶² Par exemple : CE, 23 décembre 2011, Fédération française des installateurs électriciens, n° 316596. En vertu de l'article 18 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, les principes généraux permettant de fixer cette contribution due au gestionnaire de réseau maître d'ouvrage des travaux de raccordement, qui peuvent prendre la forme de barèmes, doivent être arrêtés conjointement par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie après avis de la CRE.

2. Un pouvoir réglementaire en constante expansion

Si l'expansion du pouvoir réglementaire au profit des autorités de régulation s'explique d'abord par le souhait de ces dernières de se voir octroyer un tel pouvoir¹⁰⁶³, elle s'explique surtout par l'obligation issue du droit dérivé de l'UE de transférer certaines compétences réglementaires aux autorités chargées de la régulation des réseaux¹⁰⁶⁴, ainsi que par la spécificité du secteur financier qui nécessite d'étendre de manière substantielle leur champ d'intervention.

Alors que certains Etats membres n'ont pas attendu que le droit de l'UE impose l'octroi d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation économique¹⁰⁶⁵, la plupart des ARN intervenant dans les secteurs des réseaux n'ont vu ce pouvoir s'accroître que sous l'inspiration des directives européennes prises dans le cadre de ces différents secteurs. L'influence du droit de l'Union en la matière est considérable puisqu'il a permis de dépasser des difficultés d'ordre constitutionnel auxquelles l'octroi du pouvoir réglementaire a été confronté et aux ARN de voir leurs pouvoirs augmenter. C'est notamment le cas du secteur de l'énergie où au fil des directives, les compétences des ARN se sont élargies¹⁰⁶⁶. La directive 2003/54/CE sur l'électricité prévoyait par exemple que la compétence de fixation des méthodes tarifaires en matière de transport et de distribution d'énergie revenait aux autorités de régulation tout en permettant aux Etats de maintenir une tutelle d'approbation sur les décisions de ces autorités¹⁰⁶⁷. Cette disposition qui permettait aux régulateurs nationaux

¹⁰⁶³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 119.

¹⁰⁶⁴ Dans la directive 2002/22/CE dite « service universel » (telle que modifiée par la directive 2009/136/CE), les pouvoirs d'imposer une obligation d'information (art. 21.3), de fixer les exigences minimales en matière de qualité de service (art. 22.3), ou de fixer des conditions en matière de services de renseignement téléphonique (art. 25.3) constituent de bons exemples de pouvoirs réglementaires octroyés aux ARN par le droit de l'UE.

¹⁰⁶⁵ En Italie, le pouvoir réglementaire octroyé aux ARN dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie a été très étendu dès leur création. Voir : H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 415.

¹⁰⁶⁶ Voir : N. GRIMM, *The shift of energy regulatory powers under the framework of Directive 2009/72/EC*, Thèse, Université de Vienne, Autriche, 2011, pp. 64 et s.

¹⁰⁶⁷ Art. 23, § 2 et § 3 de la directive 2003/54/CE : « 2. Les autorités de régulation se chargent de fixer ou d'approuver, avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodologies utilisées pour calculer ou établir : a) les conditions de connexion et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs de transport et de distribution. Ces tarifs, ou méthodologies, doivent permettre de réaliser les investissements nécessaires à la viabilité des réseaux ; b) les conditions de la prestation de services d'équilibrage. 3. Nonobstant le paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que les autorités de régulation soumettent à l'organe compétent de l'État membre, en vue d'une décision formelle, les tarifs ou au moins les méthodologies visées dans ce paragraphe, ainsi que les modifications visées au paragraphe 4. L'organe compétent a, dans un tel cas, le pouvoir d'approuver ou de rejeter le projet de

d'intervenir directement dans les procédures de fixation des tarifs a d'ailleurs été soutenue par la Cour de justice lorsqu'elle n'a pas été pleinement transposée dans tous les Etats. La Cour a ainsi estimé que la loi belge n'était pas conforme à cette directive dès lors qu'elle prévoyait également l'intervention du pouvoir exécutif dans la détermination d'éléments importants pour la fixation des tarifs¹⁰⁶⁸. En exécution de cette loi, le Roi prenait un arrêté en matière tarifaire sur la base de propositions de la CREG mais en les modifiant. Contesté, cet arrêté royal avait été confirmé par une loi dont fût saisie la Cour constitutionnelle, qui l'annula au motif que la confirmation législative d'un arrêté royal contraire au droit de l'Union européenne ne couvrait pas l'irrégularité de cette réglementation¹⁰⁶⁹. Ce faisant, la Cour constitutionnelle belge admet que le pouvoir de réglementation échappe au Roi et revient à l'autorité de régulation en raison d'une directive européenne¹⁰⁷⁰. Surtout, la directive 2009/72/CE indique désormais que l'autorité de régulation est investie de la mission de « fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul »¹⁰⁷¹. Le législateur français, à l'instar des dispositions prévues pour la fixation du prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH), a aussi prévu avec la loi NOME¹⁰⁷² que soit opéré un transfert progressif de la responsabilité de la fixation des tarifs réglementés au profit de la CRE. Ainsi, à titre transitoire jusqu'en décembre 2015, les tarifs réglementés ont été arrêtés par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie après avis de la CRE et depuis 2016, c'est à la CRE de proposer les tarifs aux ministres, sa proposition entrant en vigueur en l'absence d'opposition de l'un des ministres dans un délai de trois mois suivant sa transmission¹⁰⁷³.

Dans les secteurs financiers, les Etats membres n'ont pas attendu que le droit dérivé confie aux autorités de régulation nationales des pouvoirs étendus pour octroyer aux ARN un pouvoir réglementaire. En Italie, la CONSOB a dès 1974 pu intervenir dans de nombreux

décision qui lui est soumis par l'autorité de régulation. Les tarifs, les méthodologies ou les modifications qui y sont apportées sont publiés avec la décision lors de l'adoption formelle. Tout rejet formel d'un projet de décision est aussi rendu public, avec sa justification ».

¹⁰⁶⁸ CJUE, 29 octobre 2009, Commission c/ Belgique, Aff. C-474/08, ECLI:EU:C:2009:681.

¹⁰⁶⁹ Cour constitutionnelle belge, 31 mai 2011, n° 97/2011.

¹⁰⁷⁰ P. NIHOUL, « Les autorités administratives indépendantes en Belgique », RFDA 2013, p. 897.

¹⁰⁷¹ Art. 37 § 1 de la directive 2009/72/CE.

¹⁰⁷² Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant organisation du marché de l'électricité, JO n° 284 du 8 décembre 2010.

¹⁰⁷³ C. LEBIHAN GRAF et O. BEATRIX, « La nouvelle organisation du marché de l'électricité », AJDA 2011, p. 432.

domaines¹⁰⁷⁴, le législateur ne souhaitant pas limiter les pouvoirs de la nouvelle autorité¹⁰⁷⁵. Mieux, les parlementaires italiens laissèrent à la CONSOB la faculté d'intervenir de manière libre en suppléant largement une législation considérée comme clairsemée dans les domaines de la protection de l'épargne et le bon fonctionnement du marché financier¹⁰⁷⁶. En France aussi, l'AMF s'est vue confier un pouvoir réglementaire étendu¹⁰⁷⁷. Pour l'exécution de ces missions, l'AMF édicte ainsi un règlement général certes homologué par arrêté du ministre chargé de l'économie¹⁰⁷⁸, mais elle utilise librement son pouvoir réglementaire dans des domaines énumérés à l'article L. 621-7 du CMF ainsi que dans quelques textes épars¹⁰⁷⁹. Or, alors que l'énumération des questions relevant du pouvoir réglementaire du Conseil des marchés financiers était limitative, celle à laquelle procède l'article L. 621-7 ne l'est pas, puisqu'il est prévu que « le règlement général de l'Autorité des marchés financiers détermine notamment » (nous soulignons). Cette différence qu'un auteur a justifié par le fait que les missions dévolues à l'AMF impliquent une compétence générale, comme ce fût le cas de la COB avant elle¹⁰⁸⁰, permettrait à l'AMF d'intervenir dans des domaines non prévus et encadrés a priori. Compte tenu du domaine très technique dans lequel elles sont amenées à intervenir, les autorités de régulation du secteur financier disposeraient donc d'un champ d'intervention particulièrement large. La raison est simple : dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, l'ARN est sans cesse attentive à l'évolution des marchés financiers, aux nouvelles pratiques qui s'y développent ainsi qu'aux nouveaux acteurs qui y apparaissent. Pour agir et réagir de manière efficace, le régulateur du secteur financier doit disposer d'une réelle marge de manœuvre.

¹⁰⁷⁴ G. PARULA et M. POTO, « La CONSOB : l'AMF italienne ? Création, développement et réformes de l'Autorité italienne des marchés financiers », op. cit., p. 11.

¹⁰⁷⁵ G.L. PIETRANTONIO, CONSOB : Aspetti istituzionali, regolamentari, amministrativi e civili. Prospettive e problematiche del nuovo quadro normativo dalla riforma del risparmio alla direttiva MIFID, Thèse, Université de Pise, 2007, p. 14.

¹⁰⁷⁶ Ibid., p. 44.

¹⁰⁷⁷ Le Règlement général de l'AMF est d'ailleurs considéré par certains comme un véritable « code de la régulation des marchés financiers ». L. TERTRAIS et C. UZAN, « Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers », Gaz. Pal. n° 356, 22 décembre 2005, p. 12.

¹⁰⁷⁸ Art. L 621-6 du CMF.

¹⁰⁷⁹ Art. L. 233-7, L. 233-8 et L. 233-11 du code de commerce, art. L. 621-7-1 et L. 621-18-3 du CMF.

¹⁰⁸⁰ T. BONNEAU, « Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière », JCP. E. n° 38, 2003, p. 1325.

Ceci n'est toutefois pas sans poser un certain nombre de difficultés au regard des exigences constitutionnelles¹⁰⁸¹. En France, doit-on dès lors s'inquiéter de la dissémination du pouvoir réglementaire ? Selon Arnaud Haquet, l'exercice du pouvoir réglementaire par les ARN n'affecte pas la compétence constitutionnelle du premier ministre si l'on prend soin de distinguer pouvoir réglementaire d'exécution et pouvoir réglementaire d'application de la loi¹⁰⁸², ce dernier étant déjà confié à des autorités très variées. Cette distinction présentée par Jean-Marie Auby¹⁰⁸³ est intéressante : d'un côté, les règlements d'exécution de la loi, c'est à dire qui précisent le contenu de la loi, doivent être pris par le Premier ministre en vertu de l'article 21 de la Constitution (ou le Président de la République, selon l'article 13), de l'autre, lorsqu'un règlement ne fait que mettre en application un dispositif législatif, il est pris par l'autorité désignée par la loi. Ce peut être le Premier ministre, mais également une ARN, et lorsque c'est le cas, le règlement peut être pris par l'ARN et ne fait pas concurrence au pouvoir réglementaire d'exécution de la loi, puisque l'objet des règlements est différent.

Il n'en demeure pas moins que le pouvoir réglementaire des ARN dans l'UE reste essentiellement un pouvoir encadré. Mais le droit de la régulation est surtout un droit « factuel », ce qui signifie qu'on accorde souvent plus d'importance à ce qui est dit et à qui le dit qu'à la forme prise pour le dire. En ce sens, une partie des rule-making powers des autorités de régulation ne rentrent pas dans le champ du pouvoir réglementaire bien que s'imposant en pratique aux opérateurs régulés : c'est le recours au « droit souple ».

B. L'évolution des pouvoirs consultatifs : du pouvoir d'influence au « droit souple »

Il existe deux grands types de pouvoirs consultatifs : les avis et les propositions. Le pouvoir d'avis permet le plus souvent à une ARN de faire connaître son point de vue auprès de l'exécutif national, même s'il arrive que des avis soient donnés auprès d'autres ARN¹⁰⁸⁴. Les avis sont utilisés pour des questions importantes mais pour lesquelles les compétences

¹⁰⁸¹ M. ROUSILLE, « Levée de boucliers contre les QPC mettant en cause le pouvoir réglementaire de l'AMF », Bull. Joly Bourse, n° 9, 1er septembre 2011, p. 506 ; Y. PACLOT, « Quelques remarques sur le pouvoir normatif de l'AMF », Lexbase Hebdo, n° 101, janvier 2004 ; J.-J. DAIGRE, « L'inversion des sources formelles en droit des marchés financiers », RTDF n° 2, 2006, p. 105.

¹⁰⁸² A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité », RDP n° 2, 1er mars 2008, p. 393. Voir également : M. DEGOFPE, « Constitution et compétences normatives économiques des "autorités de régulation" », LPA n° 16, 22 janvier 2009, p. 18.

¹⁰⁸³ J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », AJDA 1984, p. 468.

¹⁰⁸⁴ Par exemple, l'avis de la CRE peut être demandé par le Conseil de la concurrence (art. L 134-16 du code de l'énergie) ou par l'AMF (art. L 134-17 du code de l'énergie).

n'ont pas été transférées à l'ARN alors que la parole et l'opinion de l'expert sont nécessaires. Pour cette raison, les textes de loi prévoient le plus souvent quand l'avis de l'ARN doit être demandé, par une disposition expresse¹⁰⁸⁵ ou générale¹⁰⁸⁶. En principe, le pouvoir de proposition laisse en revanche plus de liberté aux ARN, même s'il est lui aussi limité à certains domaines de compétences de l'autorité. C'est le cas par exemple pour l'AMF, qui « peut formuler des propositions de modifications des lois et règlements concernant l'information des porteurs d'instruments financiers et du public, les marchés d'instruments financiers et d'actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1 et le statut des prestataires de services d'investissement »¹⁰⁸⁷. S'ils ne sont pas contraignants, les pouvoirs d'avis et de propositions permettent ainsi d'influencer leurs destinataires dans la mesure où en qualité d'experts, ils se voient reconnaître une certaine crédibilité. En ce sens, les autorités de régulation participent indirectement à l'élaboration du pouvoir normatif de leurs exécutifs nationaux.

En usant de ces pouvoirs consultatifs, les ARN ne se contentent toutefois pas que d'une mission d'assistance ou de conseil auprès du pouvoir exécutif. En effet, dans de nombreux Etats membres, il arrive qu'au « pouvoir réglementaire » soient ajoutées toutes les « prises de position » de l'autorité, comme les recommandations ou les lignes directrices, qui constituent un « droit souple » utilisé par les régulateurs¹⁰⁸⁸. Ces pouvoirs accordés aux ARN qui s'ajoutent au pouvoir réglementaire sont alors appréciés de manière plus globale et on parle de « rule-making powers », c'est à dire un « pouvoir d'élaboration de règles »¹⁰⁸⁹.

Selon la définition donnée par le Conseil d'Etat français¹⁰⁹⁰, le « droit souple » rassemble l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives : ils ont pour

¹⁰⁸⁵ Par exemple, l'article L 134-10 du code de l'énergie indique que « la Commission de régulation de l'énergie est préalablement consultée sur les projets de dispositions à caractère réglementaire relatifs à l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, aux ouvrages de transport et de distribution de gaz naturel et aux installations de gaz naturel liquéfié et à leur utilisation. Elle est également consultée sur le projet de décret en Conseil d'Etat fixant les obligations d'Electricité de France et des fournisseurs bénéficiant de l'électricité nucléaire historique et les conditions de calcul des volumes et conditions d'achat de cette dernière ».

¹⁰⁸⁶ Par exemple, l'article L 131-2 du code de l'énergie dispose que la CRE « peut formuler des avis (...) favorisant le bon fonctionnement et la transparence, notamment en matière de prix, du marché de détail ».

¹⁰⁸⁷ Art. L 621-19 II CMF.

¹⁰⁸⁸ J. ZILLER, « Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe », AJDA, 1999, p. 635.

¹⁰⁸⁹ Y. MARIQUE, « The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies ("QUANGOS") », op. cit., p. 589 : « rule-making is the whole or a part of an agency statement of general or particular comparative standpoint ».

¹⁰⁹⁰ CE, Le droit souple, Etude annuelle du Conseil d'Etat, 2013, p. 5.

objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion, ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires, enfin ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. Il s'agit donc d'actes qui ont dans la hiérarchie des normes une place infra-réglementaire, c'est à dire situés en dessous du « réglementaire », qui « ne sont pas juridiquement contraignants » mais qui « ont une réalité administrative essentielle »¹⁰⁹¹. En référence au « droit souple » ou à la soft law, ces actes qui relèvent parfois plus de la science administrative que du droit ont donc, spécifiquement en droit de la régulation, ce point commun de ne pas en principe avoir d'effets contraignants du point de vue théorique mais d'avoir en pratique des effets sur l'attitude des acteurs régulés¹⁰⁹².

Ces instruments juridiques de soft law¹⁰⁹³ ne relèvent donc plus de la réglementation mais de la prescription ou de la proposition d'un modèle de conduite¹⁰⁹⁴. A l'échelle nationale, il n'est toutefois pas aisé d'établir une catégorisation des actes non contraignants pris par les ARN. La terminologie employée différant d'une autorité à l'autre, opérer une classification est d'une réelle complexité que l'analyse de droit comparé accroît d'autant plus. Outre les publications analytiques et informationnelles dans des bulletins ou revues¹⁰⁹⁵, il est

¹⁰⁹¹ J.-M. PONTIER, « L'infra-réglementaire, puissance méconnue », AJDA, 2014, p. 1251.

¹⁰⁹² Aujourd'hui, la doctrine s'entend désormais pour prendre en compte ces nouveaux outils. Voir notamment : P. SABLIERE, « Une nouvelle source du droit ? Les "documents référents" », AJDA n° 2, 2007, p. 66. L'auteur, conseiller juridique à la CRE, s'interroge sur leur qualité de « nouvelles sources de droit et note ainsi qu'une conception moderne et dynamique n'hésite pas à ajouter aux sources traditionnelles du droit que sont la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine, « une soft law issue de la pratique administrative et professionnelle et que l'on a pu appeler, à juste titre, le droit spontané [dont] un exemple déjà ancien est fourni par les normes techniques, et ce, même si leur impact juridique a surtout retenu l'attention de spécialistes du fait de leur complexité, voire de leur opacité ». Pour une analyse sociologique de l'influence de la soft law, voir : A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? », Revue européenne des sciences sociales, n° 144, 2009, p. 73

¹⁰⁹³ La doctrine s'entend désormais pour prendre en compte ces nouveaux outils. Voir notamment : P. SABLIERE, « Une nouvelle source du droit ? Les "documents référents" », AJDA, n° 2, 2007, p. 66. L'auteur, conseiller juridique à la CRE, s'interroge sur leur qualité de « nouvelles sources de droit et note ainsi qu'une conception moderne et dynamique n'hésite pas à ajouter aux sources traditionnelles du droit que sont la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine, « une soft law issue de la pratique administrative et professionnelle et que l'on a pu appeler, à juste titre, le droit spontané [dont] un exemple déjà ancien est fourni par les normes techniques, et ce, même si leur impact juridique a surtout retenu l'attention de spécialistes du fait de leur complexité, voire de leur opacité ».

¹⁰⁹⁴ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 654.

¹⁰⁹⁵ En France par exemple, le Bulletin bimensuel de la CRE ou La lettre de l'ARCEP, au Royaume-Uni, le Primary Market Bulletin de la FCA, aux Pays-Bas la rubrique Visie & Opinie de l'ACM.

toutefois possible de distinguer plusieurs types d'actes selon leur finalité et la démarche du régulateur.

D'abord, les ARN prennent des actes de droit souple « provoqués », lorsqu'il leur est demandé de prendre une position. Certains de ces actes n'ont qu'une valeur consultative ou s'imposent aux personnes qui en sont à l'origine, comme le prescrit. D'autres prennent la forme d'avis qui, tout en ne liant pas l'autorité destinataire, peuvent confier à un régulateur un pouvoir considérable. L'un des exemples les plus marquants est sans doute celui des avis tarifaires rendus par les ARN à la demande des gouvernements. Deux cas pris dans des secteurs différents et à quinze années d'intervalle montrent bien le pouvoir d'influence des régulateurs et l'impact de leurs avis. Dans le secteur des communications électroniques, France Télécom avait offert en 1998 des tarifs particulièrement bas aux établissements scolaires afin que ces derniers puissent proposer internet à leurs élèves. Ce tarif était si bas qu'aucun autre opérateur, compte tenu des charges d'interconnexion versées à France Télécom, ne pouvait concurrencer l'opérateur historique. Appelée à se prononcer, l'ART avait alors émis un avis public défavorable¹⁰⁹⁶ que le ministre n'avait pas suivi, ce dernier homologuant les tarifs proposés. Saisi par une association d'opérateurs, le Conseil de la concurrence demanda l'opinion de l'ART qui renouvela son avis défavorable. Le Conseil de la concurrence s'appuya alors sur cet avis pour priver d'effets la décision d'homologation du ministre¹⁰⁹⁷, ce qui démontre bien qu'un simple avis peut revêtir « une portée réelle qui va bien au-delà de ce que la seule lecture de la loi peut laisser croire »¹⁰⁹⁸. Dans un autre registre, une affaire plus récente mit en lumière de façon identique la portée des avis de la Commission de régulation de l'énergie concernant les tarifs régulés de l'électricité. En 2012, la CRE avait rendu un avis défavorable pour les tarifs « jaunes » et « bleus », estimant que le « mouvement tarifaire envisagé » concernant ces tarifs ne couvraient pas ce qui doit être pris en compte a minima, c'est-à-dire « les coûts comptables des opérateurs historiques »¹⁰⁹⁹. Les tarifs « jaunes » et « bleus » avaient toutefois été publiés sans prendre en compte cet avis. Le Conseil d'Etat, dans une décision du 11 avril 2014¹¹⁰⁰ s'est pourtant appuyé sur le contenu de cet avis défavorable de la CRE pour censurer une erreur manifeste d'appréciation commise

¹⁰⁹⁶ ART, avis n° 00-1026 du 4 octobre 2000.

¹⁰⁹⁷ Cons. conc., 15 décembre 2000, n° 2000-MC-19.

¹⁰⁹⁸ P.-A. JEANNENEY, « Le régulateur producteur de droit », in M.-A. FRISON-ROCHE, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, op. cit., p. 47.

¹⁰⁹⁹ Commission de régulation de l'énergie, délibération du 19 juillet 2012 portant avis sur le projet d'arrêté relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité.

¹¹⁰⁰ CE, 11 avril 2014, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE), n° 365219.

par les ministres compétents. Si plusieurs auteurs ont relevé que le juge conférait à cet avis une portée qui anticipe dans une certaine mesure sur la date à laquelle la CRE exercera son pouvoir de proposition¹¹⁰¹, il n'en demeure pas moins qu'à l'époque, l'avis en question n'avait pas force contraignante pour le ministre.

Ensuite, les autorités de régulation prennent des actes « d'interprétation » qui permettent à l'ARN d'expliquer comment elle interprète un texte en fonction de certaines hypothèses. Ces actes d'interprétation sont essentiellement des actes prospectifs, afin de dissiper des risques techniques. En application de l'article L. 621-6 du Code monétaire et financier, l'AMF peut par exemple « publier des instructions (...) aux fins de préciser l'interprétation du règlement général ». Ces instructions sont importantes car elles ont pour objet de préciser l'interprétation qui doit être faite des règles de fond et de forme établies par l'ARN. Dans le secteur financier, l'AMF a ainsi publié des instructions sur la procédure d'agrément des sociétés de gestion de portefeuille, obligations d'information et passeport¹¹⁰² ou sur les modalités de déclaration, de modifications, établissement d'un prospectus et informations périodiques des fonds professionnels spécialisés et des fonds professionnels de capital investissement¹¹⁰³. Le plus souvent, ces instructions sont des actes émis spontanément par l'autorité régulatrice. Mais il arrive également que l'autorité de régulation édicte des actes en réaction à une accumulation de sollicitations individuelles. En Espagne, le site de la CNMV¹¹⁰⁴ permet ainsi d'accéder à des critères (criterios), des guides (guías), et des clarifications (aclaraciones). La CNMV se prête également à un jeu de questions & réponses (preguntas y respuestas) lorsqu'une réforme nécessite des précisions sur son application, comme ce fut le cas en matière d'OPCVM¹¹⁰⁵.

Enfin, les ARN prennent des actes « de recommandation ». Ce sont ces actes qui ressemblent le plus à la soft law telle qu'elle est connue en droit international¹¹⁰⁶ et européen¹¹⁰⁷. Ces recommandations peuvent être prospectives, pour prévenir des conflits en

¹¹⁰¹ M. LOMBARD, S. NICINSKI, E. GLASER, « Chronique d'un désastre tarifaire annoncé », AJDA, 2014 p. 1242.

¹¹⁰² AMF, Instruction DOC-2008-03.

¹¹⁰³ AMF, Instruction DOC-2012-06.

¹¹⁰⁴ <http://www.cnmv.es/portal/home.aspx>.

¹¹⁰⁵ Voir la rubrique : Organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios : preguntas y respuestas.

¹¹⁰⁶ M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », Annuaire français de droit international, Vol. 2, n° 2, 1956, p. 66.

¹¹⁰⁷ L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, 2004.

amont, et rétrospectives, afin d'éviter qu'une situation ne se réitère. Elles peuvent être prévues par le législateur, par exemple lorsque la loi confie à l'ACPR le rôle de veiller au respect des règles destinées à assurer la protection de la clientèle et résultant « de toute disposition européenne, législative et réglementaire ou des codes de conduite approuvés à la demande d'une association professionnelle, ainsi que des bonnes pratiques de leur profession qu'elle constate ou recommande »¹¹⁰⁸. L'« approbation » des codes de conduite et le respect des « bonnes pratiques » s'effectuent alors par la voie d'un acte de recommandation, son non-respect pouvant se traduire éventuellement par une sanction. Le plus souvent, ces recommandations sont prises volontairement par l'ARN dans un domaine précis et visent à encadrer le comportement des opérateurs régulés. En matière de régulation, les doctrines italienne et espagnole utilisent souvent la formule de moral suasion (litt. : pression morale) pour qualifier ce pouvoir dont dispose une autorité de contrôle dans un domaine lui permettant d'inciter les entités surveillées à se comporter correctement, sans recourir aux pouvoirs confiés par la loi. L'acte pris par l'autorité n'a alors aucune force juridique, mais l'effet incitatif ou dissuasif suffit¹¹⁰⁹. Les recommandations (recomendaciones) prises par les régulateurs espagnols s'imposent de fait aux opérateurs régulés car ceux-ci savent que c'est en s'appuyant sur elles que l'autorité de régulation contrôlera leur comportement¹¹¹⁰.

Si on écarte le cas des avis rendus par les régulateurs et que les destinataires ont tout intérêt à suivre compte tenu de la crédibilité dont jouit l'autorité de régulation sur ces questions auprès du juge¹¹¹¹, les actes infra-réglementaires tels que les interprétations et les recommandations posent un problème général lié à leur valeur juridique. Leur place dans la hiérarchie des normes est très indéterminée, si tant est qu'ils puissent y figurer. Mais ils ont en pratique des effets considérables. De cette situation naît un hiatus : la place juridique de l'infra-réglementaire est secondaire, alors que la réalité administrative, elle, est tout autre et en fait un instrument essentiel. Ce serait une erreur de supposer que ces instruments, n'ayant pas une valeur juridique réglementaire, n'ont pas une grande importance. Les abordant sous cette

¹¹⁰⁸ Art. L. 612-1 du CMF.

¹¹⁰⁹ E. GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Wolters Kluwer Italia, 2008, p. 590s ; G. PARULA et M. POTO, « La CONSOB : l'AMF italienne ? Création, développement et réformes de l'Autorité italienne des marchés financiers », op. cit., p. 11.

¹¹¹⁰ R. PALÁ LAGUNA, « Soft Law, moral suasion y autorregulación. ¿Tibieza de legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas? », *Estudios Nulidad sobre invalidez e ineficacia*, 2010. Disponible sur : www.codigo-civil.org

¹¹¹¹ Pour une illustration plus récente concernant l'ARAF, voir : CE, 30 janvier 2015, Région Provence-Alpes-Côte d'Azur, n° 374022.

terminologie d'actes « infra-réglementaires », Jean-Marie Pontier note ainsi que « de nombreux secteurs de l'économie relèvent désormais de telles manières de procéder, c'est une partie de ce que l'on appelle la régulation. Dès lors, ces recommandations sont en fait déterminantes, elles ne modifient pas directement l'ordonnancement juridique, mais contribuent indirectement à le former, à l'infléchir »¹¹¹². En effet, ces actes sont d'abord adoptés après une période de consultation et de concertation de telle sorte qu'ils reflètent une sorte de consensus¹¹¹³. Ensuite, ils sont légitimés par l'intérêt des différents acteurs¹¹¹⁴. En termes d'efficacité, ils répondent au « besoin de sécurité et de confiance que l'opérateur est en droit d'attendre du régulateur »¹¹¹⁵ et c'est pour cette raison que les entités régulées y sont sensibles. Traitant de questions techniques, juridiques et économiques qui nécessitent des qualités qu'on ne retrouve que chez le régulateur, il est difficile de les contester. En ce sens, il suffit qu'une autorité de régulation « formule des observations générales, ou des anticipations, ou des souhaits, pour que le crédit dont elle dispose entraîne le respect de ces formulations générales par les parties prenantes »¹¹¹⁶. Enfin, et surtout, ces actes sont respectés par les opérateurs car ces derniers savent que s'ils s'en écartent, ils pourront être sanctionnés par la suite.

Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat français a très récemment estimé que ces actes de droit souple ayant une portée générale et comportant des dispositions impératives, mais également ceux susceptibles d'avoir un impact économique peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir¹¹¹⁷ : c'est le cas d'un communiqué publié par l'AMF sur son site internet mettant en garde les investisseurs contre les conditions dans lesquelles étaient commercialisés certains produits de placement¹¹¹⁸, d'une prise de position de l'ADC reconnaissant à une société, pour l'exécution d'une décision de concentration, la possibilité

¹¹¹² J.-M. PONTIER, « L'infra-réglementaire, puissance méconnue », AJDA, 2014, p. 1251.

¹¹¹³ C. BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial System: Rule Making in the 21st Century*, Cambridge University Press, 2012, pp. 210 et s.

¹¹¹⁴ H. PAULIAT, « La consécration du droit souple : insuffisance des règles normatives, renforcement de la qualité du droit ? », JCP. A., n° 48, 25 novembre 2013, act. 912.

¹¹¹⁵ A. MASSON, « La force juridique de la doctrine des autorités de régulation », Bull. Joly Bourse, n°3, 1er mai 2006, p. 292.

¹¹¹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 120.

¹¹¹⁷ Voir notamment sur ce point : N. MATHEY, « Vers une solidification du droit souple », RDBF n°3, mai 2016, comm. 108 ; T. PERROUD, « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de soft law des autorités de régulation », JCP. G. n°22, 30 mai 2016, 623 ; R. VABRES, « Recours contre les instruments de "soft law" », Droit des sociétés n°6, juin 2016, comm. 108.

¹¹¹⁸ CE, Assemblée, 21 mars 2016, Société Fairvesta International GmbH et autres, n° 368082, 368083 et 368084.

d'acquérir des droits de distribution exclusive de chaînes de télévision sur la plateforme de diffusion d'une autre société¹¹¹⁹, ou encore d'une recommandation émise par l'ACPR sur les conventions conclues entre les entreprises d'assurance et les intermédiaires en assurance concernant la distribution des contrats d'assurance vie, qui ont pour objet d'inciter leurs signataires à modifier sensiblement leurs relations réciproques¹¹²⁰.

Les autorités de régulation utilisent ainsi un pouvoir réel qui déborde du champ de leurs compétences formelles¹¹²¹. En conséquence, « la fonction de réguler comporte une normativité informelle, inhérente et étendue qui complète les pouvoirs réglementaires classiques – souvent limités et insuffisants – qui sont attribués au régulateur »¹¹²². Ce constat peut interpeller le juriste sur l'intérêt de réduire drastiquement le pouvoir réglementaire des ARN pour leur permettre d'intervenir « en dehors du droit ». Jean-Marie Pontier s'interroge ainsi sur la question de savoir si « pour certains secteurs, l'infra-réglementaire n'a pas pris le pas sur le réglementaire, la norme légale étant "trop lointaine" pour avoir quelque incidence »¹¹²³. Actuellement, les actes de soft law, instructions, recommandations, rapports, voire les prises de parole dans des revues ou des colloques ont autant si ce n'est plus de valeur aux yeux des opérateurs que les actes publiés au JO. Sans doute, sous certains aspects, vaudrait-il mieux que « le droit confère, c'est-à-dire organise et limite, des pouvoirs plutôt que de feindre d'ignorer ceux qui sont exercés de fait »¹¹²⁴.

C. Le pouvoir de décision individuelle

Contrairement au pouvoir réglementaire, l'octroi d'un pouvoir de décisions individuelles aux autorités de régulation nationales n'a pas posé de difficulté dans la mesure où la plupart des administrations disposent déjà de ce type de ce pouvoir. Le pouvoir de décisions individuelles est représentatif à la fois du pouvoir global de l'autorité de régulation

¹¹¹⁹ CE, Assemblée, 21 mars 2016, Société NC Numéricable, n° 3900023

¹¹²⁰ CE, 20 juin 2016, *Fédération française des sociétés d'assurances*, n° 384297.

¹¹²¹ Dans les pays anglo-saxons et scandinaves, l'utilisation d'avis et de recommandations constitue une véritable pression sur les opérateurs concernés à tel point qu'ils s'imposent à leurs destinataires sans pour autant être juridiquement contraignant. On appelle cette façon de réguler la « sunshine regulation ». Voir infra, p. 631.

¹¹²² G. DELLIS, « Régulation et droit public "continental". Essai d'une approche synthétique », RDP, n° 4, 1er juillet 2010, p. 958.

¹¹²³ J.-M. PONTIER, « L'infra-réglementaire, puissance méconnue », op. cit., p. 1251.

¹¹²⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 120.

et de l'évolution du secteur régulé. Aussi constate-t-on que selon les secteurs étudiés, l'étendue et l'hétérogénéité de ce pouvoir varient fortement.

Dans le secteur des communications électroniques, les pouvoirs de décisions individuelles sont en voie de réduction dès lors que la phase d'ouverture à la concurrence a évolué vers une situation concurrentielle établie. Cette évolution s'est traduite par l'aménagement du dispositif de régulation et a progressivement conduit à un abandon du régime de l'autorisation préalable au profit de la déclaration¹¹²⁵. Dernière entrée dans l'UE, la Croatie a ainsi mis à jour sa législation en la matière par la loi du 30 mai 2014 en ce sens¹¹²⁶. En France par exemple, la transposition du « paquet télécom » de 2002 a ainsi pour partie conduit à une réduction des pouvoirs de l'Autorité de régulation des télécommunications. L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques¹¹²⁷ et l'installation des exploitants de réseau indépendant¹¹²⁸ qui relevaient d'un régime d'autorisation de l'ART ou du ministre après instruction de l'ART sont désormais libres sous réserve d'une déclaration préalable à l'ARCEP. Les autorités de régulation nationales du secteur conservent toutefois le pouvoir de prendre des décisions individuelles dans au moins trois domaines¹¹²⁹. D'abord, les ARN sont responsables des ressources rares et sont chargées d'attribuer les fréquences radioélectriques. Cette compétence est partagée en France avec l'ANFr et le CSA¹¹³⁰, ce qui n'est pas le cas dans les Etats dans lesquels l'ARN chargée du secteur des communications électroniques est aussi celle chargée du respect de la concurrence du secteur audiovisuel, comme au Royaume-Uni¹¹³¹ et en Italie¹¹³². Le régulateur est également chargé de déterminer l'opérateur chargé du service universel et de calculer les coûts et le financement de celui-ci. Enfin, les ARN sont toutes compétentes pour déterminer les opérateurs ayant une puissance significative de marché au sens de l'article 14 de la directive 2002/21/CE.

¹¹²⁵ L. RAPP, « Le droit des communications entre réglementation et régulation », AJDA, 2004, p. 2047.

¹¹²⁶ Loi du 30 mai 2014 sur les communications électroniques (*zakon o elektroničkim komunikacijama*), NN n° 71/14.

¹¹²⁷ Art. L 33-1 du CPCE.

¹¹²⁸ Art. L 33-2 du CPCE.

¹¹²⁹ Pour l'ARCEP, voir l'article L 36-7 du CPCE.

¹¹³⁰ Art. L 41s du CPCE.

¹¹³¹ § 15 du Wireless Telegraph Act 2006.

¹¹³² Art. 13 du Codice delle comunicazioni elettroniche.

A l'inverse, quand le secteur est encore en voie d'ouverture à la concurrence, l'exercice du pouvoir de décisions individuelles varie substantiellement d'une ARN à l'autre. Dans le secteur de l'énergie, on relève ainsi des différences importantes de pouvoirs entre les autorités de régulation. En Allemagne par exemple, la loi sur l'électricité et le gaz prévoit un nombre réduit d'attributions pour la BNetzA¹¹³³, laquelle ne peut par ailleurs exercer ses compétences que dans le cadre des règlements d'applications pris par le Gouvernement allemand¹¹³⁴. Contrairement à l'autorité allemande, la CRE dispose de pouvoirs plus variés compte tenu des différentes missions qui lui sont dévolues. Garante de l'indépendance des gestionnaires de réseaux, elle dispose par exemple de pouvoirs en matière de dissociation comptable des activités des opérateurs intégrés en approuvant les règles d'imputation, les périmètres comptables et les principes de dissociation comptable¹¹³⁵. Le constat est identique dans le secteur du transport ferroviaire, où les pouvoirs de décisions individuelles varient également d'un Etat à l'autre. Cette différence est toutefois due essentiellement aux missions confiées aux ARN. Ainsi, l'ARAFER participe activement au contrôle de l'accès au réseau ferroviaire¹¹³⁶ mais n'est pas chargée d'attribuer les licences aux opérateurs ferroviaires¹¹³⁷ et les certificats de sécurité¹¹³⁸, contrairement à l'Office of Rail and Road au Royaume-Uni qui cumule les fonctions d'autorité de régulation et d'agence de sécurité¹¹³⁹.

Enfin, dans le secteur financier, le cadre juridique européen moins rigoureux concernant l'ARN titulaire des compétences et les évolutions rapides des dernières années empêchent de déterminer précisément quels régulateurs détiennent quels pouvoirs de décisions individuelles. Ces différents pouvoirs prévus par les directives et règlements de l'UE sont ainsi exercés par l' « autorité compétente » ou l' « autorité financière

¹¹³³ Art. 29 et art. 54 de l'EnWG.

¹¹³⁴ C. MÖLLER, « Les règles juridiques matérielles applicables aux autorités indépendantes », op. cit., pp. 264 et s.

¹¹³⁵ Art. 25 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et art. 8 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie.

¹¹³⁶ Art. L 2133-1s du code des transports.

¹¹³⁷ Ce pouvoir appartient au ministre en vertu du décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national.

¹¹³⁸ Cette compétence revient à l'Etablissement public de sécurité ferroviaire (EPSF) en vertu du décret n°2006-1279 du 19 octobre 2006 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire.

¹¹³⁹ L'attribution des licences et des certificats est une compétence partagée entre le Secrétaire d'Etat et l'ORR. Voir § 8 du Railway Act 7 avril 2005.

compétente »¹¹⁴⁰, ce qui ne manque pas, dans les Etats membres n'ayant pas opté pour une architecture simplifiée comme le modèle intégré ou par objectifs, de disperser leur exercice. En principe, les ARN sont en charge d'un pouvoir général d' « approbation » qu'elles exercent sur différents documents d'information. On notera, à titre d'exemple, le pouvoir d'approuver les documents d'information financière qui doivent être produits lorsqu'il est procédé à certaines opérations financières, comme le prévoient la directive de 2003 dite « prospectus »¹¹⁴¹ et la directive de 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence¹¹⁴². Le pouvoir de décisions individuelles des autorités de régulation financière porte également, à l'image de l'octroi de licences dans les secteurs des réseaux, sur l'attribution d'agrément auprès de différents établissements financiers, comme les entreprises d'investissements¹¹⁴³ ou les entreprises de crédits¹¹⁴⁴. « Victime » des récentes évolutions législatives européennes, ce dernier pouvoir d'octroi de l'agrément des établissements de crédit exercé par les ARN a toutefois été transféré à la BCE dans le cadre du MSU depuis 2014¹¹⁴⁵.

II. Des pouvoirs de contrôle élargis mais soumis à des règles de procédure

Alors que les pouvoirs d'enquête et d'investigation permettent au régulateur de contrôler l'activité des entreprises régulées (A), l'octroi de pouvoirs contentieux permet de contraindre ces dernières à respecter la législation en vigueur (B).

¹¹⁴⁰ Cette terminologie est en principe employée pour différencier l' « autorité de régulation compétente » du secteur de l'énergie de celle du secteur financier, dans le cadre des directives et règlements impliquant les deux secteurs. Voir : art. 2, § 9 du règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie, JOUE L 326 du 8/12/2011, p. 1.

¹¹⁴¹ Directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, JOUE L 345 du 31/12/2003, p. 73.

¹¹⁴² Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE, JOUE L 390 du 31/12/2004, p. 38.

¹¹⁴³ Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, JOUE L 173 du 12/6/2014, p. 349.

¹¹⁴⁴ Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, JOUE L 176 du 27/6/2013, p. 338.

¹¹⁴⁵ Art. 1er du règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013.

A. Les pouvoirs d'enquête et d'investigation

L'ensemble des autorités de régulation nationales ont un devoir de surveillance sur les marchés régulés par leurs soins et sur leurs opérateurs. Cette surveillance implique à la fois un accès direct aux informations concernant les entreprises régulées et le fonctionnement du secteur, mais aussi la possibilité pour les autorités de régulation de mener des investigations. Dans un souci d'harmonisation, l'Union européenne contribue à la construction de ce socle de compétences communes en prévoyant pour chacun des secteurs régulés que les ARN doivent être en mesure à la fois d'exiger des informations (1) et de mener des enquêtes (2). Illustrant ce mouvement particulièrement avancé dans les secteurs financiers, le droit de l'UE indique ainsi que les ARN « sont investies de tous les pouvoirs de collecte d'informations et d'enquête nécessaires à l'exercice de leurs fonctions »¹¹⁴⁶.

1. L'accès à l'information

De par leur pouvoir général de surveillance sur le secteur qu'elles régulent, la communication d'informations peut être spontanée ou exigée par l'ARN. Les autorités de régulation nationales ont en effet le pouvoir d'exiger de la part des acteurs régulés les informations nécessaires à la poursuite de leurs missions¹¹⁴⁷. Dans le secteur des communications électroniques, les autorités réglementaires nationales « ont le pouvoir d'exiger que ces entreprises fournissent des informations concernant l'évolution des réseaux ou des services susceptible d'avoir une incidence sur les services qu'ils fournissent en gros aux concurrents »¹¹⁴⁸. La directive « cadre » étend cette compétence sur les entreprises disposant d'une puissance significative sur les marchés en précisant que celles-ci « peuvent également être tenues de fournir des données comptables sur les marchés de détail associés à ces marchés ». Dans le secteur de l'énergie, les ARN peuvent « exiger des entreprises d'électricité toute information nécessaire à l'exécution de ses tâches, y compris la justification de tout refus de donner accès à un tiers, et toute information sur les mesures nécessaires pour

¹¹⁴⁶ Art. 64, § 4 de la directive 2013/36/UE et art. 23, § 3 du règlement (UE) 596/2014. Voir également le considérant 137 de la directive 2014/65/UE : il est désormais « nécessaire de faire converger davantage les pouvoirs dont disposent les autorités compétentes, en vue de tendre vers une intensité équivalente de l'exécution des règles à l'intérieur du marché financier intégré. Un socle minimum commun de pouvoirs, assorti des ressources appropriées, devrait garantir l'efficacité de la surveillance. La présente directive devrait prévoir par conséquent un minimum de pouvoirs de surveillance et d'enquête que les autorités compétentes des États membres devraient se voir confier conformément au droit national ».

¹¹⁴⁷ Cons. 13 de la directive 2002/21/CE.

¹¹⁴⁸ Art. 5, § 1a. 1er de la directive 2002/21/CE telle que modifiée par la directive 2009/140/CE.

renforcer le réseau »¹¹⁴⁹. Cette formule s'apparente largement à une compétence générale puisqu'elle porte sur « l'exécution des tâches » de l'autorité. En conséquence, les législations nationales ont prévu une compétence large en la matière pour leurs ARN. En Belgique, la CREG peut ainsi, dans l'accomplissement des missions qui lui sont assignées « requérir le gestionnaire du réseau et les gestionnaires de réseaux de distribution ainsi que les producteurs, fournisseurs et intermédiaires intervenant sur le marché belge, toute entreprise liée ou associée ainsi que toute entreprise gérant ou exploitant une plate-forme commerciale multilatérale sur laquelle sont négociés des blocs d'énergie ou des instruments financiers ayant trait aux blocs d'énergie, entretenant un lien direct avec le marché belge de l'électricité ou ayant un impact direct sur celui-ci, de lui fournir toutes les informations nécessaires, y compris la justification de tout refus de donner accès à un tiers, et toute information sur les mesures nécessaires pour renforcer le réseau, pour autant qu'elle motive sa demande »¹¹⁵⁰. L'étendue de cette compétence est identique dans le secteur ferroviaire, pour lequel la directive 2012/34/UE indique que l'autorité de régulation peut « demander les informations utiles au gestionnaire de l'infrastructure, aux candidats et à toute autre partie intéressée dans l'État membre concerné »¹¹⁵¹. Enfin, les nombreux actes de droit dérivé, directives ou règlements, qui touchent à la supervision des secteurs financiers prévoient également systématiquement que les ARN peuvent accéder à toutes les informations qui leurs semblent nécessaires¹¹⁵². L'article L 621-8-4 du code des marchés financiers indique ainsi que l'AMF « peut se faire communiquer, par les personnes ou entités mentionnées [sous son contrôle], tous documents ou informations, quel qu'en soit le support, utiles à l'exercice de sa mission de veille et de surveillance ».

¹¹⁴⁹ Art. 37, § 4 de la directive 2009/72/CE.

¹¹⁵⁰ Art. 26, § 1er de la Loi modifiée du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

¹¹⁵¹ Art. 56, § 8 de la directive 2012/34/UE.

¹¹⁵² Par exemple, art. 23 du règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission : « afin de mener à bien leurs missions au titre du présent règlement, les autorités compétentes sont dotées, conformément au droit national, au moins des pouvoirs de surveillance et d'enquête suivants : a) avoir accès à tout document et à toute donnée, sous quelle que forme que ce soit, et en recevoir ou en prendre une copie ; b) exiger des informations de toute personne ou leur en demander, y compris les personnes qui interviennent successivement dans la transmission des ordres ou dans l'exécution des opérations en cause ainsi qu'aux mandants de celles-ci, et, si nécessaire, convoquer une personne et l'interroger afin d'obtenir des informations ; c) en ce qui concerne les instruments dérivés sur matières premières, demander des informations aux participants au marché opérant sur les marchés au comptant qui leur sont liés selon des formats standards, obtenir des rapports sur des transactions et avoir un accès direct aux systèmes des opérateurs ».

Point qui mérite d'attirer l'attention, le droit de l'Union a souhaité rendre les demandes d'informations efficaces en insistant pour que le délai octroyé aux entreprises régulées pour fournir les documents demandés soit relativement réduit. La directive « cadre » précise ainsi que les entreprises fournissent ces informations « rapidement (...), en respectant les délais et le niveau de détail exigés par l'autorité réglementaire nationale »¹¹⁵³. La directive établissant un espace ferroviaire unique européen va encore plus loin puisqu'elle plafonne le délai pour fournir les informations à un mois et demie¹¹⁵⁴. On peut être surpris qu'une directive encadre ce type de délai. A la lecture des législations nationales, on comprend mieux toutefois qu'une telle précision n'est pas dénuée d'intérêt dans la mesure où peu d'ARN disposent en droit interne de telles garanties¹¹⁵⁵.

2. Le pouvoir d'investigation et les enquêtes

Les autorités de régulation procèdent essentiellement à des enquêtes lorsqu'elles ont repéré à l'occasion de leur mission de surveillance et de contrôle des anomalies et que les explications qui ont pu leur être fournies n'ont pas été jugées satisfaisantes. Dans les secteurs financiers, l'objectif de stabilité du système financier poursuivi par les ARN justifie l'attribution de pouvoirs larges qui s'apparentent fortement à des compétences juridictionnelles¹¹⁵⁶. Le récent règlement (UE) 596/2014 sur les abus de marché confie ainsi aux ARN des compétences considérables : possibilité de procéder à des inspections sur place et à des enquêtes sur des sites, y compris les résidences privées de personnes physiques, possibilité de pénétrer dans les locaux de personnes physiques et morales afin de saisir des documents et des données, sous quelle que forme que ce soit, lorsqu'il existe des raisons de suspecter que des documents ou des données liés à l'objet de l'inspection ou de l'enquête

¹¹⁵³ Art. 5, § 1 al. 2 de la directive 2002/21/CE telle que modifiée par la directive 2009/140/CE.

¹¹⁵⁴ Art. 56, § 8 de la directive 2012/34/UE : « les informations sont fournies dans un délai raisonnable, fixé par l'organisme de contrôle, ne dépassant pas un mois, à moins que, dans des circonstances exceptionnelles, l'organisme de contrôle n'accepte et n'autorise une prorogation limitée dans le temps n'excédant pas deux semaines supplémentaires ».

¹¹⁵⁵ Au mieux, les ARN fixent elles-mêmes les délais dans lesquels elles souhaitent recevoir l'information demandé, comme c'est le cas l'IBPT. Voir l'article 14, § 2 de la Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges : l'IBPT « peut exiger, par demande motivée, de toute personne concernée toute information utile. L'Institut fixe le délai de communication des informations demandées ».

¹¹⁵⁶ S. THOMASSET-PIERRE, « L'Autorité des marchés financiers: une autorité publique ambivalente », in H. DE VAUPLANE et J.-J. DAIGRE (dir.), *Droit bancaire et financier IV*, Mélanges AEDBF, Ed. Revue banque, 2004, p. 427 ; *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, LGDJ, Coll. Thèses, 2003, p. 439.

peuvent se révéler importants pour apporter la preuve d'un cas d'opération d'initié ou de manipulation de marché, possibilité de se faire remettre les enregistrements des conversations téléphoniques, des communications électroniques ou des enregistrements de données relatives au trafic détenus par des entreprises d'investissement, des établissements de crédit ou des institutions financières, ou de se faire remettre les enregistrements existants de données relatives au trafic détenus par un opérateur de télécommunications, lorsqu'il existe des raisons de suspecter une violation et que de tels enregistrements peuvent se révéler pertinents pour l'enquête¹¹⁵⁷. Dans les secteurs de réseaux, ces pouvoirs sont naturellement moins importants dès lors que les infractions potentiellement constatées sont actuellement sans commune mesure avec celles sanctionnées par les régulateurs des secteurs financiers. Outre les enquêtes procédées en amont des procédures de sanction, les ARN sont néanmoins susceptibles de mener des investigations dans plusieurs domaines. Nous citerons, à titre d'exemple, les enquêtes menées sur les cas de non conformité aux contrôles de sécurité des réseaux des communications électroniques¹¹⁵⁸, les enquêtes sur le fonctionnement des marchés de l'énergie¹¹⁵⁹ et les enquêtes menées afin de vérifier le respect des dispositions relatives à la séparation comptable des entreprises ferroviaires gestionnaires d'infrastructures¹¹⁶⁰. Dans certains Etats membres, les pouvoirs d'enquête et d'investigation sont même particulièrement importants. En Espagne par exemple, les enquêteurs de la CNMC disposent de compétences larges identiques à celles des régulateurs des secteurs financiers¹¹⁶¹.

De par leur caractère « quasi-juridictionnel », les enquêtes et les investigations menées par les ARN sont soumises à certaines garanties procédurales. Outre les garanties apportées par le droit interne propres à chaque Etat membres, des garanties minimales sont toutefois imposées par le droit dérivé. Dans les secteurs financiers, les enquêtes doivent ainsi

¹¹⁵⁷ Art. 23 du règlement (UE) 596/2014.

¹¹⁵⁸ Art. 13 ter de la directive 2002/21/CE telle que modifiée par la directive 2009/140/CE.

¹¹⁵⁹ Art. 37, § 4 de la directive 2009/72/CE.

¹¹⁶⁰ Art. 56, § 12 de la directive 2012/34/UE.

¹¹⁶¹ Art. 27 de la Loi 3/2013 : les enquêteurs peuvent a) pénétrer dans les locaux, installations, terrains et moyens de transport des entreprises et des associations d'entreprises et le domicile des entrepreneurs individuels, les gestionnaires et les autres membres du personnel des entreprises. Ils peuvent également contrôler les actifs affectés à des services, des activités ou des opérations qui touchent aux activités auxquelles se réfère la présente loi. b) examiner les dossiers et autres documents relatifs à l'activité en question, quelle que soit leur support, y compris les logiciels informatiques, magnétiques, optiques ou tout autre type de fichiers. c) prendre ou obtenir des copies ou des extraits, de tout format, de ces documents. d) conserver pour une période maximale de dix jours, les documents visés au point b). e) placer sous scellé les locaux, des affaires, des livres ou des documents et autres biens de la société pendant la période et dans la mesure nécessaire à l'inspection. f) demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'association d'entreprises des explications sur des faits ou documents relatifs à l'objet et le but de l'inspection.

être menées en garantissant le respect des droits fondamentaux, de telle sorte que ces pouvoirs n'entrent pas « en contradiction avec le droit au respect de la vie privée et familiale, de l'inviolabilité du domicile et des communications »¹¹⁶². Par exemple, lorsque des investigations autorisent l'enregistrement de conversations électroniques, celles-ci doivent être compatibles avec la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹¹⁶³. Lorsque les missions de supervision se poursuivent par l'ouverture d'une enquête, l'ouverture d'une procédure plus formelle impose donc le respect d'un certain nombre de garanties¹¹⁶⁴. Ceci explique la nécessité de protéger les droits des personnes objets de l'enquête, par exemple en soumettant l'ouverture de celle-ci à l'autorisation d'un juge¹¹⁶⁵.

B. Les pouvoirs contentieux

Les pouvoirs contentieux comportent des mécanismes de résolution extrajudiciaires des litiges (1), comme la médiation, l'arbitrage et le règlement des différends, ainsi que de véritables pouvoirs de sanction exercés par les régulateurs (2).

1. Les mécanismes de résolution extrajudiciaires des litiges

On distingue traditionnellement trois mécanismes de résolution des litiges : le règlement des différends, la médiation et l'arbitrage. Ils ont pour point commun de constituer des mécanismes subsidiaires de résolution des litiges et de s'appliquer à un même objet : un litige né d'un désaccord de volonté entre deux sujets de droit aux prétentions opposées. Les trois procédures diffèrent toutefois sur plusieurs points qu'il faut préciser pour lever toute ambiguïté.

a. Le règlement des différends

L'attribution d'un pouvoir de règlement des différends constitue l'un des aspects les plus novateurs des ARN comparativement à l'administration classique, voire aux autorités

¹¹⁶² Cons. 138 de la directive 2014/65/UE.

¹¹⁶³ Cons. 67 de la directive 2014/65/UE.

¹¹⁶⁴ Cons. 40 de la directive 2013/36/UE : les différentes procédures d'enquêtes « doivent être sans préjudice des droits de défense garantis à tout accusé ».

¹¹⁶⁵ Le considérant 138 de la directive 2014/65/UE relative aux marchés d'instruments financiers prévoit ainsi que soient prévues « des garanties appropriées et efficaces contre tout abus, comme, le cas échéant, une autorisation préalable appropriée de la part des autorités judiciaires d'un État membre concerné ».

administratives indépendantes¹¹⁶⁶. Il correspond à un glissement vers la fonction contentieuse des ARN, les rapprochant de l'office du juge, tout en conservant un impératif de rapidité et d'efficacité. Cela signifie qu'une telle procédure aboutit à une décision contraignante prise par le régulateur, et qui s'impose aux parties. Il ne s'agit donc pas d'un règlement amiable du différend. En principe, le régulateur est amené à arbitrer le conflit et à faire respecter la loi à la demande de l'une des deux parties au litige qui se sent lésée. La spécificité du règlement de différends réside dans le champ de compétences de l'ARN qui est strictement encadré par la loi. Pour cette raison, l'ARN ne constitue jamais un « gendarme multifonctionnel des litiges nés sur ces marchés »¹¹⁶⁷, et le juge de droit commun reste compétent pour les autres types de litiges, comme a pu l'expliquer Elisabeth Rolin à propos du régulateur des télécommunications¹¹⁶⁸.

Considérée comme une procédure originale adaptée aux particularités de la régulation¹¹⁶⁹, la procédure de règlement des différends s'est essentiellement développée en filigrane de l'ouverture à la concurrence des services publics en réseaux. Le secteur des télécommunications a été le pionnier en la matière¹¹⁷⁰ puisqu'on trouve pour la première fois la possibilité de recourir au règlement des différends à l'article 27 de la directive 95/62/CE¹¹⁷¹, lequel est intitulé « Conciliation et règlement national des litiges ». Tout en se développant dans les secteurs des télécommunications¹¹⁷², cette fonction dévolue aux ARN apparaît dans d'autres secteurs, comme celui de l'électricité¹¹⁷³, avant de se généraliser au

¹¹⁶⁶ C. LE BIHAN-GRAF et E. CREUX, « Le règlement des différends, instrument moteur de la régulation sectorielle », *Energie - Environnement - Infrastructures* n° 6, Juin 2016, étude 13.

¹¹⁶⁷ M. GUENAIRE, « L'expérience du règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, op. cit., p. 191.

¹¹⁶⁸ E. ROLIN, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques, légitimité et efficacité, Droit et économie de la régulation* Vol.1, Presses de Sciences Po et Dalloz, Coll. *Thèmes et commentaires*, 2004, p. 153.

¹¹⁶⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation et règlement des différends : présentation du terme et synthèse du 10^e forum de la régulation », *LPA*, n° 212, 22 octobre 2004, p. 6.

¹¹⁷⁰ R. METTOUDI, *Les fonctions quasi juridictionnelles de l'Autorité de régulation des télécommunications*, Thèse, Nice, 2004.

¹¹⁷¹ Directive 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1995, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale, JOCE L 321 du 30/12/1995 p. 6.

¹¹⁷² Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), JOCE L 199 du 26/7/1997 p. 32. Art. 9 : cette fonction s'exerce au titre des « responsabilités générales des ARN (...), en cas de litige en matière d'interconnexion entre des organismes au sein d'un État membre ».

¹¹⁷³ Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JOCE L 027 du 30/1/1997, p. 20. Art. 20, § 3 : « Les

début des années 2000, dans tous les secteurs régulés des réseaux : communications électroniques¹¹⁷⁴, électricité¹¹⁷⁵, gaz¹¹⁷⁶ et transports¹¹⁷⁷. Ces différents textes ont l'avantage de préciser quelles conditions doivent être remplies pour recourir à la procédure de règlement des différends. Le litige doit intervenir entre le « gestionnaire » du réseau ou de l'infrastructure et un « utilisateur » du réseau ou de l'infrastructure. Le gestionnaire peut aussi bien être chargé de la gestion d'un réseau de transport, de distribution, que d'installations de stockage (gaz naturel, dioxyde de carbone) et d'infrastructures comme le rail ou l'aéroport. Dans tous les cas, le litige doit naître du souhait d'un utilisateur de bénéficier de l'accès à cette infrastructure, laquelle lui est refusée aux conditions souhaitées. On le voit, le différend a donc pour objet l'accès aux infrastructures, lequel constitue ici le principal « critère de compétence »¹¹⁷⁸ de l'ARN. Enfin, il doit s'agir d'un litige national, puisque les litiges transfrontaliers relèvent de règles spécifiques liées à l'activité des régulateurs européens.

Le droit de l'UE a donc eu une importance notable dans la diffusion du pouvoir de règlement des différends, dans la mesure où le champ de compétences des ARN en la matière dépend directement des critères introduits par les différentes directives. Dans le secteur des communications électroniques, la BNetZA ne règle ainsi que les litiges nés entre « les entreprises qui exploitent des réseaux publics de télécommunications ou fournissent des services de télécommunications accessibles au public, ou entre celles-ci et d'autres entreprises en vertu des obligations d'accès et d'interconnexions »¹¹⁷⁹. Les termes sont identiques en France, puisqu'il est prévu que l'ARCEP peut être saisie d'un différend « en cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques »¹¹⁸⁰. Dans le secteur de l'énergie, le Comité de règlement des différends de la CRE, le CoRDIS, ne peut être saisi que des litiges « entre les gestionnaires et

États membres désignent une autorité compétente, qui doit être indépendante des parties, pour régler les litiges relatifs aux contrats et aux négociations en question. Cette autorité doit notamment régler les litiges concernant les contrats, les négociations et le refus de l'accès et d'achat ».

¹¹⁷⁴ Art. 20 de la directive 2002/21/CE.

¹¹⁷⁵ Art. 23 de la directive 2003/54/CE.

¹¹⁷⁶ Art. 25 de la directive 2003/55/CE.

¹¹⁷⁷ Concernant le transport ferroviaire : art. 30 de la directive 2001/14/CE ; Concernant les redevances aéroportuaires : art. 11 de la directive 2009/12/CE.

¹¹⁷⁸ T. PERROUD, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit., p. 400.

¹¹⁷⁹ § 133 TKG.

¹¹⁸⁰ Art. L 38-6 du CPCE.

les utilisateurs des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité (...), entre les opérateurs et les utilisateurs des ouvrages de transport et de distribution de gaz naturel (...), entre les exploitants et les utilisateurs des installations de stockage de gaz naturel ou entre les exploitants et les utilisateurs des installations de gaz naturel liquéfié (...) et entre les exploitants et les utilisateurs des installations de transport et de stockage géologique de dioxyde de carbone »¹¹⁸¹. Plus simplement, la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité belge prévoit quant à elle que la CREG « statue sur les différends entre le gestionnaire et les utilisateurs du réseau relatifs à aux obligations imposées au gestionnaire du réseau, aux gestionnaires de réseaux de distribution et aux gestionnaires de réseaux fermés industriels en vertu de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, à l'exception des différends portant sur des droits et obligations contractuels »¹¹⁸². Dans le secteur ferroviaire, « tout candidat, tout gestionnaire d'infrastructure ou tout exploitant d'installation de service peut saisir l'Autorité de régulation des activités ferroviaires dès lors qu'il s'estime victime d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice liés à l'accès au réseau ferroviaire »¹¹⁸³. Enfin en Espagne, la loi 3/2013 a également confié à la CNMC la fonction de régler les différends dans les différents secteurs régulés ce qui permet d'apprécier cette fonction avec une vue d'ensemble. Pour les secteurs qui nous concernent¹¹⁸⁴, les conflits ne portent là encore que sur des « conflits liés à l'accès, l'interconnexion et l'interopérabilité »¹¹⁸⁵.

Dans les secteurs des services publics en réseaux, le recours à la procédure de règlement des différends est fortement lié à l'ouverture à la concurrence de ces secteurs. Il est intéressant de noter que le recours à une telle procédure a eu pour principal objectif de ne pas retarder l'ouverture à la concurrence par la multiplication de recours devant les tribunaux de la part des opérateurs historiques qui souhaitaient freiner l'entrée de nouveaux opérateurs sur les marchés, lesquels avaient besoin d'accéder aux réseaux et aux infrastructures. L'essentiel des recours ont en effet été formés par des opérateurs concurrents des anciens monopoles qui

¹¹⁸¹ Art. L 134-19 du code de l'énergie.

¹¹⁸² Art. 29 de la Loi modifiée du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

¹¹⁸³ Art. L 2134-2 du code des transports.

¹¹⁸⁴ La CNMC est également chargée de résoudre les conflits nés entre des opérateurs de services en ligne et des opérateurs de réseaux téléphoniques publics fixes.

¹¹⁸⁵ Art. 12 de la Loi 3/2013 du 4 juin 2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

ne pouvaient pas accéder aux réseaux dans de bonnes conditions¹¹⁸⁶. Cette spécificité explique pourquoi la décision de l'ARN est contraignante et qu'une telle procédure n'existe pas à l'échelle nationale dans les secteurs financiers, puisqu'il n'existe plus en toile de fond un objectif similaire.

b. La médiation et l'arbitrage

Les procédures de médiation et d'arbitrage sont radicalement différentes de celle de règlement des différends. En effet, le recours à de telles procédures s'effectue sur le volontariat. L'ARN n'est plus saisie par l'une des deux parties mais d'un commun accord. Par ailleurs, le champ de compétences en la matière est différent de celui du règlement des différends, l'ARN étant la plus souvent compétente pour traiter des litiges « entrant dans son champ d'intervention », comme c'est le cas par exemple de l'AMF concernant la médiation. Cela signifie que le champ d'intervention de l'ARN est particulièrement élargi. Une distinction doit toutefois être opérée entre la médiation et l'arbitrage.

Dans le cadre de la médiation, il ne s'agit pas d'une fonction contentieuse détenue par l'ARN, puisque la décision finale ne revient pas au régulateur qui ne peut contraindre. Il s'agit donc d'un règlement amiable des différends. Ainsi, l'article L 621-19 du CMF prévoit que l'Autorité des marchés financiers « est habilitée à recevoir de tout intéressé les réclamations qui entrent par leur objet dans sa compétence et à leur donner la suite qu'elles appellent. Elle propose, lorsque les conditions sont réunies, la résolution amiable des différends portés à sa connaissance par voie de conciliation ou de médiation ». La médiation suppose donc que les pouvoirs du régulateur sont restreints. Au mieux, l'autorité propose des solutions aux deux parties afin de trouver un accord¹¹⁸⁷. Dans le cas de l'arbitrage en revanche, les deux parties s'engagent librement à accepter le « verdict » de l'arbitre. L'ARN conserve ici le pouvoir de prendre la décision qui s'imposera en définitive aux deux parties, comme en Espagne, où les autorités de régulation disposent ainsi de la possibilité d'arbitrer un différend selon les règles de la loi sur l'arbitrage de 2003¹¹⁸⁸. La CNMC peut donc recourir

¹¹⁸⁶ R. METTOUDI, « L'expérience du règlement des différends par l'Autorité de régulation des télécommunications », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, op. cit., p. 197.

¹¹⁸⁷ Ce pouvoir de proposition permet une distinction, dans le cas de l'AMF, entre la conciliation (absence de proposition) et la médiation (présence de proposition).

¹¹⁸⁸ Loi 60/2003 du 23 décembre 2003, de Arbitraje.

à ce type de procédure en plus de celle de règlement des différends¹¹⁸⁹. En Allemagne en revanche, et même si le recours à l'arbitrage est prévu, une fois que l'arbitre en tant que tiers neutre est choisi, la BNetZA n'est plus impliquée dans le processus¹¹⁹⁰.

Ces procédures de médiation et d'arbitrage restent essentiellement l'apanage des régulateurs du secteur financier. Plusieurs autorités, comme la CONSOB en Italie¹¹⁹¹ et la KNF (Komisja Nadzoru Finansowego) en Pologne¹¹⁹² ont même mis en place une chambre spécialisée au sein de l'autorité chargée de la médiation et de l'arbitrage. En revanche, on peut regretter que toutes les ARN des secteurs des services publics en réseaux ne permettent pas de recourir à des procédures de médiation. La mise à disposition de l'expertise juridique et économique de l'ARN permettrait sans doute de trouver un compromis sous l'œil attentif du régulateur et d'éviter le recours au juge. En France, depuis que cette possibilité a été retirée à l'ARCEP dans le secteur des communications électroniques¹¹⁹³, seul le secteur postal permet de recourir à la conciliation¹¹⁹⁴. La combinaison des procédures de résolution des litiges permettrait pourtant d'ouvrir de nouvelles perspectives. En Italie par exemple, lorsque les critères de compétences requis pour l'ouverture d'une procédure de règlement des différends sont réunis, l'article 3 du Règlement relatif à la résolution des litiges de l'AGCOM prévoit le passage obligé par une procédure de conciliation avant un potentiel règlement des différends (« tentativo obbligatorio di conciliazione »)¹¹⁹⁵.

Il est important de noter par ailleurs que toutes ces procédures menées dans le cadre des mécanismes de résolution des litiges doivent garantir, en application de sources internes et externes, le respect de certains impératifs propres aux procédures juridictionnelles, comme l'égalité des armes, le principe du contradictoire ou l'obligation de motivation de la

¹¹⁸⁹ Art. 5 de la Loi 3/2013 du 4 juin 2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

¹¹⁹⁰ Par exemple dans le secteur des communications électroniques : § 124 TKG.

¹¹⁹¹ Il s'agit de la Camera di Conciliazione e Arbitrato. Les informations relatives à la chambre de la conciliation et de l'arbitrage de la CONSOB sont disponibles sur : <http://www.camera-consob.it/>.

¹¹⁹² Il s'agit de la *Sqd Polubowny*. Les informations relatives à la chambre d'arbitrage de la KNF sont disponibles sur : http://www.knf.gov.pl/regulacje/Sad_Polubowny/index.jsp.

¹¹⁹³ Art. 1 36-9 du CPT. Voir : A. LAGET-ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité, op. cit., p. 365.

¹¹⁹⁴ Art. L 5-7 du CPCE.

¹¹⁹⁵ AGCOM, Délibération n° 173/07/CONS, Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, 19 avril 2007.

décision¹¹⁹⁶. Ces obligations posent toutefois une difficulté en la matière puisque le règlement des litiges est une compétence qui doit, selon le souhait du législateur de l'Union, être exercée avec célérité. Les délais prévus sont donc courts¹¹⁹⁷, ce qui rend le respect de ces garanties parfois difficile¹¹⁹⁸.

2. Le pouvoir de sanction

Outre le pouvoir de régler les différends, les ARN disposent toutes d'un pouvoir de sanction, lequel constitue « le gage de l'efficacité de leur pouvoir de régulation »¹¹⁹⁹. Élément indispensable de la panoplie des pouvoirs du régulateur, le pouvoir de sanction n'est toutefois pas aisé à définir. Dès lors qu'il n'existe pas de modèle général de sanction administrative¹²⁰⁰, nous retiendrons dans la présente étude la notion de sanction administrative prise dans un sens large, en nous référant à la définition donnée par le Conseil de l'Europe afin que la définition soit la plus consensuelle possible. Sont donc des sanctions administratives « les actes administratifs qui infligent une pénalité aux personnes, en raison d'un comportement contraire aux normes applicables, qu'il s'agisse d'une amende ou de toute autre mesure punitive d'ordre pécuniaire ou non. Ne sont pas considérées comme telles : les mesures que l'autorité administrative est tenue de prendre en exécution d'une condamnation pénale ; les sanctions disciplinaires »¹²⁰¹.

Cette définition permet ainsi de relever plusieurs critères : l'auteur de l'acte est une autorité publique, la sanction a un caractère répressif, l'acte sanctionne un caractère illicite. Elle permet par ailleurs de distinguer plusieurs types de sanctions administratives : la sanction pécuniaire et les « autres » sanctions, telles que le retrait et la suspension d'une

¹¹⁹⁶ Ces garanties semblent constituer un socle minimal commun à toutes les procédures de règlement des litiges. Voir pour une analyse détaillée Etat par Etat, sans toutefois traiter uniquement du cas des ARN : D.C. DRAGOS et B. NEAMTU (dir.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, 2014.

¹¹⁹⁷ Par exemple dans le secteur de l'énergie, l'article 37 § 11 de la directive 2009/72/CE impose un délai de deux mois qui peut être éventuellement prolongé de deux mois supplémentaires.

¹¹⁹⁸ J.-D. DREYFUS, « les autorités de régulation indépendantes au croisement des droits administratif, civil et pénal. Etude des règles de procédure, de contrôle juridictionnel et relatives au pouvoir de sanction », in G. MARCOU et J. MASING, *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit., p. 306.

¹¹⁹⁹ M. GUYOMAR, « Les sanctions administratives », LPA, n° 9, 12 janvier 2006, p. 9

¹²⁰⁰ Ibid.

¹²⁰¹ Recommandation R 91/1 adoptée le 13 février 1991 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et relative aux sanctions administratives. Voir également : T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., p. 446. L'auteur définit la sanction administrative comme une décision administrative qui inflige une peine pour réprimer un manquement aux lois et aux règlements.

autorisation¹²⁰². Si cette définition écarte les sanctions issues du droit disciplinaire, comme l'avertissement et le blâme, elle rapproche en revanche fortement la sanction administrative de la sanction pénale, même s'il existe un point de divergence fondamental : l'auteur de la sanction. Pour cette raison, l'octroi d'un pouvoir de sanction a posé une difficulté juridique tenant à la conformité de cette répression administrative au principe de séparation des pouvoirs. En effet, dès lors qu'elle possède un pouvoir normatif, l'ARN peut-elle également exercer un pouvoir de sanction ? Cette difficulté n'en est en réalité plus une puisque tous les Etats membres ont aujourd'hui admis que les autorités de régulation et l'administration dans son ensemble exercent une fonction contentieuse¹²⁰³. Mais elle a probablement freiné la reconnaissance par le droit de l'UE d'un pouvoir de sanctions octroyé aux ARN.

Les premières directives touchant à la libéralisation des secteurs des télécommunications et des postes n'intégrèrent donc pas à proprement parler de pouvoir de sanction. Aussi, les premières manifestations de celui-ci n'apparaissent dans les services publics en réseaux que dans la directive 97/33/CE au terme de laquelle les ARN pouvaient simplement « exiger le respect de [certaines] obligations », comme la justification des redevances perçues¹²⁰⁴ et l'obligation de l'interconnexion des installations¹²⁰⁵. Quant à la directive postale de 1997, elle confiait aux autorités nationales la mission « d'assurer le respect des obligations découlant de la présente directive »¹²⁰⁶ sans pour autant préciser le possible recours à des sanctions. En revanche, le droit dérivé de l'UE relatif au secteur financier déjà soumis à concurrence a rapidement multiplié les possibilités de recours au pouvoir de sanction offertes aux « autorités compétentes »¹²⁰⁷. En 2009, les directives relatives aux secteurs des communications électroniques et de l'énergie franchirent également

¹²⁰² Nous considérerons ici que le retrait et la suspension en raison du comportement de l'entreprise régulée constituent une pénalité au sens de cette définition compte tenu de l'intention répressive du régulateur.

¹²⁰³ A titre d'illustration, voir au Royaume-Uni : K. YEUNG, « Better Regulation, Administrative Sanctions and Constitutional Values », *Legal Studies*, Vol. 33, Iss. 2, juin 2013, p. 312 ; En Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas : Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas Analyse comparée, Actes du colloque organisé par les Conseils d'Etat du Benelux et la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 octobre 2011. En France, le Conseil constitutionnel a admis le principe d'une sanction échappant à la compétence du juge, à la condition d'être « exclusive de toute privation de liberté » et de « sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ». Voir Cons. const., 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC. Une difficulté d'ordre constitutionnel subsiste toutefois en Suède et au Danemark, où les sanctions administratives réprimant les mêmes infractions que des sanctions pénales sont interdites en raison de la règle *ne bis in idem*. Voir infra, pp. 297 et s.

¹²⁰⁴ Art. 7, § 2 de la directive 97/33/CE.

¹²⁰⁵ Art. 9, § 6 de la directive 97/33/CE.

¹²⁰⁶ Art. 22, al. 3 de la directive 97/67/CE.

¹²⁰⁷ Par exemple : art. 14 de la Directive 2003/6/CE et art. 51 de la Directive 2004/39/CE

ce pas dans les secteurs des réseaux en imposant aux ARN d'infliger des sanctions aux entreprises régulées défaillantes. Les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE imposent ainsi aux Etats membres de confier aux ARN la compétence d' « infliger des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives à l'encontre des entreprises d'électricité / de gaz naturel qui ne respectent pas les obligations qui leur incombent »¹²⁰⁸. Ce mouvement est confirmé par la directive ferroviaire 2012/34/UE qui habilite les autorités de contrôle nationales à assortir leurs demandes d'informations aux gestionnaires d'infrastructures de sanctions appropriées, y compris d'amendes¹²⁰⁹.

Les Etats membres conservent toutefois une très grande autonomie dans le choix des sanctions applicables au niveau national, à tel point qu'on observe parfois des situations très différentes d'un Etat à l'autre, voire même des lacunes dans certains régimes nationaux. Certaines sanctions ne paraissent en effet pas suffisamment contraignantes, surtout dans le secteur financier. Sensible à cette difficulté, la Commission européenne a publié une communication fin 2010 portant sur le régime des sanctions dans le secteur financier¹²¹⁰ visant à assurer une application effective et cohérente des sanctions dans tous les Etats membres¹²¹¹. A cette occasion, la Commission note que les directives se bornent à poser l'exigence de sanctions sans en prévoir le détail et les conditions d'application. Dans un objectif d'harmonisation des législations nationales, il conviendrait de définir au niveau de l'UE les types de sanctions appropriées en fonction des infractions. Le législateur n'est d'ailleurs pas insensible à cette idée. Ainsi, la directive 2014/65/UE¹²¹² et le règlement 596/2014¹²¹³ précisent les différentes sanctions applicables aux infractions constatées, de telle sorte que le régime de sanctions appliqué par les ARN est harmonisé. Si ces précisions font défaut dans la régulation des réseaux, révélant un exercice très variable de ce pouvoir dans ces secteurs¹²¹⁴, il n'en demeure pas moins que cette compétence contentieuse s'en trouve élargie un peu plus à chaque intervention du législateur de l'UE.

¹²⁰⁸ Art. 37, § 4 de la directive 2009/72/CE et art. 41, § 4 de la directive 2009/73/CE.

¹²⁰⁹ Art. 56, § 8 de la directive 2012/34/UE.

¹²¹⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 8 décembre 2010, Renforcer les régimes de sanctions dans le secteur des services financiers, COM(2010) 716 final. Sur ce point, voir : T. BONNEAU, « Autorités, Régimes de sanction », RDBF n° 3, 2011, comm. 116.

¹²¹¹ Ibid., p. 5.

¹²¹² Art. 70 de la directive 2014/65/UE.

¹²¹³ Art. 30 du règlement (UE) n° 596/2014.

¹²¹⁴ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 433.

Une fois admis que le pouvoir de sanctions est exercé par les autorités de régulation nationales conformément au droit de l'UE, une difficulté subsiste. Progressivement, le régime juridique de la sanction administrative est en voie d'alignement sur celui de la sanction pénale¹²¹⁵. En conséquence, le juge a prévu dans quelles conditions des sanctions administratives peuvent être prises par les ARN¹²¹⁶. Outre les garanties procédurales applicables aux règlements des différends, d'autres grands principes comme la motivation de la sanction¹²¹⁷, la proportionnalité des sanctions¹²¹⁸, la légalité des délits et des peines¹²¹⁹, le respect des droits de la défense, ou encore la rétroactivité de la loi plus douce¹²²⁰, s'appliquent à la répression administrative comme à la répression pénale. Un autre facteur de convergence entre sanction pénale et sanction administrative est identifiable : celui de la soumission de la procédure de sanctions à la Convention européenne des droits de l'Homme. Ces éléments ont poussé la France à modifier l'organisation interne de plusieurs de ses autorités de régulation en conséquence, en développant l'idée que des commissions spécialisées, sous la forme de commission de sanction, devaient être créés. Les autres Etats membres n'ont toutefois pas unanimement suivi cette voie.

Section 2. L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'exercice du pouvoir de sanction des ARN

Compte tenu du mouvement de convergence existant entre les sanctions administrative et pénale, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme a d'importantes conséquences sur l'exercice du pouvoir de sanction par les autorités de régulation nationales¹²²¹. La Cour européenne a pour cette raison encadré certains aspects de

¹²¹⁵ J.-D. DREYFUS, « les autorités de régulation indépendantes au croisement des droits administratif, civil et pénal. Etude des règles de procédure, de contrôle juridictionnel et relatives au pouvoir de sanction », op. cit., p. 315.

¹²¹⁶ Le Conseil constitutionnel rappelle en effet régulièrement l'application aux sanctions administratives de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen depuis sa décision du 17 janvier 1989, relative aux pouvoirs du CSA. Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC.

¹²¹⁷ Cons. const., 1er juillet 2004, n° 2004-497 DC.

¹²¹⁸ Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC.

¹²¹⁹ Cons. const., 30 décembre 1987, n° 87-237 DC.

¹²²⁰ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC.

¹²²¹ Voir parmi de nombreuses publications auxquelles il sera fait référence par la suite : J.-D. DREYFUS, « les autorités de régulation indépendantes au croisement des droits administratif, civil et pénal. Etude des règles de

la répression administrative, par le respect de l'article 6 de la Convention (I) et du principe de non cumul de poursuites et de sanctions (II). Ces deux protections doivent toutefois être appréciées différemment. En vertu d'un impératif de souplesse et d'efficacité, la première semble constituer une protection différée qui ne s'impose pas au stade de l'autorité de régulation. En effet, les actes pris par l'ARN doivent pouvoir faire l'objet d'un recours contentieux devant un juge, étape au cours de laquelle les dispositions de l'article 6 s'imposent. Il faudra alors s'interroger sur l'opportunité de l'appliquer ou non au cours de la procédure administrative, dans la mesure où elle imposerait une organisation interne spécifique, avec la création de plusieurs organes. La seconde en revanche semble s'imposer aux sanctions administratives du régulateur lorsqu'une sanction pénale réprime la même infraction. La question portera donc sur les moyens à mettre en œuvre pour la respecter, sans réduire l'efficacité de l'ARN.

I. Le respect des critères de l'article 6 de la CEDH : vers une juridictionnalisation des autorités de régulation

L'application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme aux autorités de régulation usant de leur pouvoir de sanction (A) interroge sur l'hypothèse d'un modèle procédural qui leur serait commun (B).

A. L'application de l'article 6 aux autorités de régulation

Dès lors que la Cour européenne des droits de l'Homme admet que les sanctions administratives prises par les autorités de régulation peuvent être soumises aux garanties protégées par l'article 6 de la Convention (1), le juge et le législateur français ont pris le parti d'appliquer strictement celui-ci aux ARN, procédant ainsi à leur progressive « juridictionnalisation » (2).

procédure, de contrôle juridictionnel et relatives au pouvoir de sanction », op. cit., R. METTOUDI, *Les fonctions quasi juridictionnelle de l'Autorité de régulation des télécommunications*, op. cit. ; S. THOMASSET-PIERRE, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, Paris, LGDJ, Coll. Thèses, 2003 ; F. SUDRE, « A propos d'un bric-à-brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction », JCP. G. n° 10, 8 mars 2000, p. 10267 ; F. STASIAK, *Nature des autorités de régulation aux pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, Thèse, Nancy, 1995.

1. L'applicabilité de l'article 6 Conv. EDH aux autorités de régulation

L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme garantit au justiciable un procès équitable et un « tribunal impartial »¹²²² dans la détermination du bien fondé d'« accusations en matière pénale »¹²²³. L'interprétation par la CEDH des termes utilisés dans cet article peut toutefois différer de celle qu'en font les Etats parties au sens de leur droit interne, d'autant plus que pour recourir et appliquer l'article 6 de la Convention, la Cour analyse les cas auxquels elle est confrontée en plusieurs étapes, au cours desquelles elle apprécie souvent de manière autonome les critères de l'article.

Dans un premier temps, il apparait nécessaire de rappeler ce que constitue selon le juge une « accusation en matière pénale ». Pour la Cour, la notion d' « accusation » revêt ainsi un caractère autonome par rapport au droit interne et doit être entendue dans une acceptation matérielle et non formelle. C'est la réalité de la procédure en litige, et non les apparences, qui définissent donc l'existence ou non d'une accusation¹²²⁴. Par ailleurs, la Cour a jugé dans son arrêt Engel¹²²⁵ que les Etats parties étaient libres de maintenir des distinctions entre leurs droits pénal et administratif, tant que celles-ci ne violent pas les dispositions de la Convention. Dans cette affaire, la Cour établit trois critères permettant de déterminer si une accusation revêt ou non un « caractère pénal ». Le premier critère qui n'est pas déterminant pour la Cour est celui de la classification en droit interne. Si l'accusation est classée comme pénale, l'article 6 s'applique. Mais si toutefois l'accusation n'est pas considérée comme telle,

¹²²² Le critère de l'indépendance qui s'articule en principe avec celui de l'impartialité personnelle, sera dans son ensemble étudié par ailleurs, sans concerner uniquement le cas du « tribunal », mais plutôt celui des ARN précisément.

¹²²³ Art. 6 Conv. EDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». La Cour privilégie également une conception large la notion de « droits et obligations de caractère civil » dans la mesure où l'article 6 §1 est applicable à des procédures relevant du droit public. La Cour a en effet estimé que cet article s'applique à « toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé » et que « peu importent dès lors la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée (loi civile, commerciale, administrative, etc.) et celle de l'autorité compétente en la matière (juridiction de droit commun, organe de droit administratif, etc.) ». Voir : CEDH, 16 juillet 1971, Ringeisen c/ Autriche, n° 2614/65, §94 ; Par ailleurs, la Cour, neutralisant les distinctions nationales entre droit privé et droit public, a peu à peu imposé un critère : l'aspect patrimonial du droit revendiqué et du but poursuivi. Voir : CEDH, 28 mars 1992, Editions Périscope c. France, n° 11760/85.

¹²²⁴ CEDH, 27 février 1980, Deweer c/ Belgique, n° 6903/75, § 42, § 44 et § 46.

¹²²⁵ CEDH, 8 juin 1976, Engel et autres c/ Pays-Bas, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

cela ne signifie pas pour autant que l'article 6 ne doit pas s'appliquer¹²²⁶. En effet, la Cour relève que « si les Etats contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction "mixte" sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention »¹²²⁷. Aussi faut-il se demander si la solution retenue en ce domaine à l'échelle nationale est ou non décisive au regard de la Convention : l'article 6 doit-il cesser de jouer pour peu que les organes compétents d'un Etat partie qualifient d'administrative une action ou omission et les poursuites engagées par eux contre son auteur, ou s'applique-t-il au contraire dans certains cas nonobstant cette qualification ?

La qualification de droit interne n'étant pas déterminante pour le juge, ce dernier s'appuie sur deux autres critères. Il s'agit d'abord de la « nature de l'infraction », qui se divise elle-même en deux sous-critères : la portée de la norme violée et le but de la peine. D'une part, la portée de la norme violée doit avoir en principe un effet général pour revêtir un caractère pénal¹²²⁸. D'autre part, le but de la peine permet à la Cour de distinguer les sanctions pénales des sanctions purement administratives. Alors même que le droit national peut qualifier une sanction d'administrative, le juge européen vérifie si l'aspect punitif de la sanction peut avoir un caractère pénal. Enfin, la nature et la sévérité de la peine sont étudiées

¹²²⁶ Ibid., § 80 : « Tous les États contractants distinguent de longue date, encore que sous des formes et à des degrés divers, entre poursuites disciplinaires et poursuites pénales. Pour les individus qu'elles visent, les premières offrent d'habitude sur les secondes des avantages substantiels, par exemple quant aux condamnations infligées: en général moins lourdes, celles-ci ne figurent pas au casier judiciaire et entraînent des conséquences plus limitées. Il peut cependant en aller autrement; en outre, les instances pénales s'entourent d'ordinaire de garanties supérieures ».

¹²²⁷ Ibid., § 81.

¹²²⁸ CEDH, 22 mai 1990, *Weber c/ Suisse*, n° 11034/84, § 33. Dans cette affaire, le requérant avait intenté des poursuites pénales en diffamation et tenu une conférence de presse pour informer le public de son initiative. Il fut alors condamné à une amende pour violation du secret de l'enquête. Pour la Cour, « les sanctions disciplinaires ont en général pour but d'assurer le respect, par les membres de groupes particuliers, des règles de comportement propres à ces derniers. Par ailleurs, la divulgation de renseignements sur une enquête encore pendante constitue, dans une large majorité des Etats contractants, un acte incompatible avec de telles règles et réprimé par des textes de nature diverse. Tenus par excellence au secret de l'instruction, les magistrats, les avocats et tous ceux qui se trouvent étroitement mêlés au fonctionnement des juridictions s'exposent en pareil cas, indépendamment de sanctions pénales, à des mesures disciplinaires qui s'expliquent par leur profession. Les "parties", elles, ne font que participer à la procédure en qualité de justiciables ; elles se situent donc en dehors de la sphère disciplinaire de la justice. Comme l'article 185 [du code de procédure pénale] concerne virtuellement la population tout entière, l'infraction qu'il définit, et qu'il assortit d'une sanction punitive, revêt un caractère "pénal" au regard du deuxième critère ».

par la Cour afin de déterminer si la garantie d'un procès équitable devant un tribunal impartial est ou non justifiée. Aussi, en règle générale, une privation de liberté constitue une peine pénale. Lorsque la sanction est une amende en revanche, la Cour doit rechercher si celle-ci doit être perçue comme un moyen de réparation, auquel cas l'article 6 ne s'applique pas, ou s'il s'agit d'une sanction, auquel cas l'article 6 doit s'appliquer. En matière de régulation, la conséquence de cette interprétation de l'« accusation en matière pénale » est qu'une sanction, notamment pécuniaire, infligée par une ARN à un opérateur pourrait revêtir au sens de la CEDH la caractéristique d'une sanction de nature pénale alors même qu'elle est définie comme une sanction administrative en droit national¹²²⁹.

Dans un second temps, c'est l'interprétation par la CEDH du recours à un « tribunal impartial » qui mérite d'attirer notre attention. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, un tribunal se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel, qui consiste à « trancher, sur la base de normes du droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »¹²³⁰, ce qui sous-entend que les ARN peuvent recevoir cette qualification lorsqu'elles sont amenées à prononcer des sanctions. Ce tribunal doit ensuite être impartial, c'est à dire répondant à la fois à des impératifs d'impartialité subjective ou personnelle, et à des impératifs d'impartialité objective ou structurelle. Si l'impartialité subjective relève de la personne du juge et s'articule avec l'impératif d'indépendance pris dans sa globalité, l'impartialité objective concerne la structure du tribunal. Précisée dans l'arrêt *Fey c/ Autriche*, l'impartialité objective « conduit à se demander si, indépendamment de la conduite du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au justiciable, à commencer, au pénal, par les prévenus. Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme

¹²²⁹ CEDH, 21 février 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, n° 8544/79. En l'espèce, une amende, qui avait le caractère de sanction administrative au regard du droit allemand, relevait selon la Cour de la matière pénale.

¹²³⁰ Voir : CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, n°7819/77 et 7879/77 ; CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, n° 8790/79, § 35 ; CEDH, 30 novembre 1987, *H. c/ Belgique*, n° 8950/80, § 50 ; CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, n° 10328/83, § 64 ; CEDH, 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte*, n° 13057/87, § 39. La Cour ajoute en principe que le tribunal « doit aussi remplir une série d'autres conditions - indépendance, notamment à l'égard de l'exécutif, impartialité, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure - dont plusieurs figurent dans le texte même de l'article 6 § 1 ».

objectivement justifiées »¹²³¹. Pour la Cour, l'impartialité objective est une impartialité qui « se donne à voir » et prend forme à travers la théorie de l'apparence, notamment à propos du cumul des fonctions de poursuite et de jugement exercées au sein des tribunaux. Aussi, pour la Cour, « le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution »¹²³². Ainsi, le requérant « a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux ne se sentissent liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question, ce qui dispense la Cour d'examiner les autres aspects du grief ».

Appliquée aux autorités de régulation, la jurisprudence de la CEDH sembla prendre une tournure décisive avec son célèbre arrêt *Dubus* de 2009¹²³³. Dans cette affaire, la CEDH semble avoir été encore plus loin dans l'application de l'article 6 aux procédures de sanction des ARN. A cette occasion, la Cour s'appuie sur la théorie de l'apparence pour d'abord relever « l'imprécision des textes qui régissent la procédure devant la Commission bancaire, quant à la composition et aux prérogatives des organes appelés à exercer les différentes fonctions qui lui sont dévolues »¹²³⁴ puisqu' « il ne ressort pas du [code monétaire et financier], ni d'un éventuel règlement intérieur, de distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction dans l'exercice du pouvoir juridictionnel de la Commission bancaire »¹²³⁵. Rappelant toutefois que si « le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité [et que] ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès », la Cour précise que « si le cumul des fonctions d'instruction et de jugement peut être compatible avec le respect de l'impartialité garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, [celui-ci] est subordonné à la nature et l'étendue des tâches du rapporteur durant la phase d'instruction, et notamment à l'absence d'accomplissement d'acte d'accusation de sa

¹²³¹ CEDH, 24 février 1993, *Fey c/ Autriche*, n° 14396/88, § 30.

¹²³² CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, n° 14570/89, § 45.

¹²³³ CEDH, 11 juin 2009, *Dubus c/ France*, n° 5242/04.

¹²³⁴ *Ibid.*, § 56. La Cour observait que la Commission bancaire exerçait deux types de fonctions, l'une de contrôle, englobant un contrôle administratif et un pouvoir d'injonction, prévu par les articles L. 613-6, L. 613-15 et L. 613-16 du CMF selon lesquels « Le secrétariat général de la Commission bancaire, sur instruction de la Commission bancaire, effectue des contrôles sur pièces et place » et au cours de laquelle la Commission bancaire peut adresser une mise en garde, une recommandation ou une injonction, et une seconde disciplinaire par laquelle la Commission bancaire exerce son pouvoir de sanction en agissant à ce titre comme une « juridiction administrative ».

¹²³⁵ *Ibid.*, § 57.

part »¹²³⁶. Or pour la CEDH, le requérant pouvait raisonnablement avoir l'impression que ce sont les mêmes personnes qui l'avaient poursuivie et jugée¹²³⁷, ce qui contrevenait aux obligations de l'article 6¹²³⁸.

En matière de régulation, la combinaison de l'arrêt Dubus et des jurisprudences précédentes laisse supposer qu'une ARN exerçant son pouvoir de sanction pourrait se voir obligée d'appliquer les règles de l'article 6 de la Conv. EDH. Cela reviendrait notamment à imposer à l'autorité de régulation, lors de sa procédure de sanction, qu'elle « montre » que les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement ne sont pas cumulées. La Cour avait toutefois, dès le début des années 80, précisé qu'elle appréciait le recours à un tribunal impartial dans sa globalité. Cela signifie que les personnes poursuivies doivent obligatoirement être jugées au moins une fois par un tribunal impartial au sens de sa jurisprudence avant qu'une décision en dernier ressort ne soit rendue : « l'article 6 § 1, s'il consacre le "droit à un tribunal", n'astreint pas pour autant les États contractants à soumettre les [contestations] à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des "tribunaux" conformes à ses diverses prescriptions », avant d'ajouter que « les impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions ; un tel système peut se réclamer de la tradition juridique de beaucoup d'États membres du Conseil de l'Europe »¹²³⁹. Dans l'arrêt précité de 2002 *Didier c/ France*¹²⁴⁰, la CEDH reprenait d'ailleurs cette argumentaire dans le cadre de la requête dirigée contre l'ancien Conseil des marchés financiers en notant la possibilité pour le requérant de former devant le Conseil d'État un recours en pleine juridiction contre la décision du CMF¹²⁴¹. Or cette précision est d'une importance capitale, car elle a conditionné dans la très grande majorité des

¹²³⁶ Reprenant en substance les termes utilisés dans l'arrêt de la CEDH du 27 août 2002, *Didier c/ France*, n° 58188/00.

¹²³⁷ *Ibid.*, § 59. La Cour relevait que la décision de poursuivre et d'ouvrir une procédure avait été prise par le secrétaire général et la Commission bancaire, que la notification des griefs à son égard incombait au président la Commission, que le secrétariat général avait déposé un mémoire en réplique en réponse aux observations de la requérante et que la décision de sanction avait été prise par le président de la Commission bancaire et cinq membres de celle-ci.

¹²³⁸ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La procédure applicable devant la Commission bancaire méconnaît l'article 6 § 1 de la Conv. EDH », *AJ Pénal* n° 9, septembre 2009, jurisprudence, p. 354.

¹²³⁹ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, n° 6878/75; 7238/75 § 51.

¹²⁴⁰ CEDH, 27 août 2002, *Didier c/ France*, n° 58188/00.

¹²⁴¹ Art. 8 du décret n° 97-872 du 3 octobre 1996 relatif aux formations disciplinaires du Conseil des marchés financiers.

Etats parties à la Convention l'organisation structurelle de leurs ARN, lesquelles relèvent en principe de la catégorie de « l'organe administratif ». En revanche, les juges et le législateur français, anticipant et interprétant la jurisprudence Dubus, semblent s'être servis de celle-ci comme d'un « tremplin » pour imposer l'application des impératifs d'impartialité objective de l'article 6 de la Convention aux autorités de régulation lorsque celles-ci sont amenées à prononcer des sanctions, les assimilant de véritables juridictions.

2. *L'article 6 Conv. EDH et la juridictionnalisation progressive des autorités de régulation en France*

En France, les juges du fond n'ont pas attendu que la CEDH se prononce sur le cas des autorités de régulation dans son arrêt Dubus pour appliquer l'article 6 § 1 aux ARN prononçant des sanctions. Les jurisprudences du juge judiciaire et du juge administratif divergeaient toutefois. A la fin des années quatre-vingt-dix, la Cour de cassation fût la première, dans sa décision Oury¹²⁴², à juger la procédure tenue devant la Commission des opérations de bourse (COB) contraire à l'article 6 de la Conv. EDH. Pour la Cour de cassation, c'était la structure même de la COB posait ainsi problème, puisque les mêmes personnes exerçaient en pratique les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement. Pour mettre un terme à cette situation jugée insatisfaisante, le législateur avait d'ailleurs tiré les conséquences de cette jurisprudence par la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, qui fût à l'origine de la création de l'Autorité des marchés financiers et qui prévoit pour cette dernière une structure comportant deux organes distincts : le Collège et la Commission des sanctions¹²⁴³. A la même époque, le Conseil d'Etat s'était également prononcé sur l'applicabilité de l'article 6 aux ARN dont les recours relevaient de sa juridiction. Par le revirement de jurisprudence¹²⁴⁴ de son arrêt Didier¹²⁴⁵, le Conseil d'Etat avait lui aussi estimé que, lorsqu'il était saisi d'agissements pouvant donner lieu à des sanctions pécuniaires, le Conseil des marchés financiers « devait être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale » au sens des stipulations de l'article 6, § 1 de

¹²⁴² Cass. ass. plén., 5 févr. 1999, Oury, n° 97-16.440 et 97-16.441.

¹²⁴³ Art. L. 621-2 du CMF.

¹²⁴⁴ Le Conseil d'Etat s'est initialement prononcé contre l'applicabilité de l'article 6 aux institutions administratives, lequel ne s'appliquait qu'aux « juridictions ». Voir : CE, Avis contentieux, 31 mars 1995, Ministre du budget c/ SARL Autoroute-Industrie Méric ; CE, 4 mai 1998, Société de bourse Patrice Wargny, n° 164294

¹²⁴⁵ CE, ass. 3 décembre 1999 Didier, n° 207434.

la CEDH. Mais rappelant que le CMF n'était pas une juridiction¹²⁴⁶ et reprenant à son compte la jurisprudence de la CEDH Le Compte, le Conseil notait cependant que « compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6-1 précité n'[était] pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ». Cette solution fut alors conservée près de dix ans par le Conseil d'Etat¹²⁴⁷ qui continua par ailleurs d'appliquer aux ARN statuant dans les procédures de sanction les exigences de la Conv. EDH de manière très souple¹²⁴⁸.

Seulement, l'interprétation de l'article 6 prit une tournure toute autre avec l'affaire Dubus. Le 30 janvier 2003¹²⁴⁹, le Conseil d'Etat, suivant sa jurisprudence, affirmait concernant la Commission bancaire « qu'aucun principe général du droit, non plus que les stipulations du premier paragraphe de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'impose la séparation des phases d'instruction et de jugement au sein d'un même procès ; que ni le secrétariat général, chargé des contrôles sur pièces et sur place sur instruction de la commission, ni les personnes qui procèdent pour lui à ces contrôles, ne prennent part à la décision de la commission relative à la sanction susceptible d'être infligée à l'entreprise contrôlée ; qu'ainsi la procédure suivie par la commission n'est pas contraire à l'exigence d'impartialité rappelée au premier paragraphe de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹²⁵⁰. Or la Commission bancaire, qualifiée de « juridiction » par le législateur

¹²⁴⁶ Il est intéressant de noter que si pour le Conseil d'Etat, le Conseil des marchés financiers « n'est pas une juridiction au regard du droit interne », cela supposait a contrario qu'au regard d'un autre ordre juridique cette qualification lui était adéquate.

¹²⁴⁷ CE, 27 octobre 2006, Parent, n° 276069 ; CE, 26 mai 2008, Société Norelec, n° 288583 : « compte tenu du fait que les décisions de l'AMF sont soumises au contrôle de pleine juridiction du Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie ne serait pas en tout point conforme aux prescriptions de l'article 6 § 3 n'est pas de nature à entraîner, dans tous les cas et de manière générale, une méconnaissance du droit à un procès équitable ».

¹²⁴⁸ Concernant l'application des dispositions de la Convention, le retrait d'agrément prononcé par une autorité de régulation à titre de mesure de police ne relève pas de la matière pénale (CE, 22 juin 2001, Société Athis, n° 193392). Il en est de même des décisions rendues dans le cadre des procédures de règlement des différends (CE, 11 juin 2003, *Électricité de France et Société nationale d'électricité et de thermique*, n° 240512) ou des décisions procédant du contrôle administratif exercé par le régulateur sur les opérateurs (CE, 25 juillet 2007, Société Dubus, n° 266735). Voir : P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », RFDA, 2010, p. 920.

¹²⁴⁹ CE, 30 juillet 2003, Sté Dubus SA, n° 240884. Voir : A. LAGET-ANNAMAYER, « Les pouvoirs de sanction de la Commission bancaire », AJDA 2004, p. 26.

¹²⁵⁰ Ibid., Cons. 7.

lorsqu'elle se prononçait au cours d'une procédure de sanction, jugeait en premier et dernier ressort, seul un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat étant prévu¹²⁵¹. Il s'agissait donc, concernant spécifiquement cette autorité de régulation, d'une atteinte réelle au principe du tribunal impartial tel que protégé par la Convention¹²⁵², atteinte que le juge aurait pu anticiper¹²⁵³. Nous savons que la CEDH sanctionna la France pour méconnaissance du principe d'impartialité objective¹²⁵⁴. Le Conseil d'Etat opéra alors un revirement concernant la Commission bancaire¹²⁵⁵, et s'ensuivit une inévitable modification de l'autorité réalisée par l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 à l'origine de la création de l'ACPR¹²⁵⁶. Depuis lors, l'AMF, comme l'ACPR, sont organisées autour de deux organes, un Collège et une Commission des sanctions, de telle sorte que les fonctions de poursuite et de jugement sont identifiées clairement et ne sont plus exercées par les mêmes membres de l'autorité. Cette structure duale ne permet donc plus a priori un cumul des fonctions et les deux autorités sont « en phase » avec les exigences de la Conv. EDH, comme en témoignent plusieurs décisions prises à leur sujet, tant par la Cour de cassation¹²⁵⁷ que par le Conseil d'Etat¹²⁵⁸. Cette séparation des fonctions voulue par la Cour de cassation pour la COB et admise par le Conseil d'Etat dans le cadre de la Commission bancaire a eu deux conséquences.

¹²⁵¹ Art. 48 de la Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, art. 48, JORF 25 Janvier 1984 / Art. L. 613-23 ancien du CMF.

¹²⁵² J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Inconstitutionnalité du pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire », Bull. Joly Bourse, n° 2, 1er février 2012, p. 55.

¹²⁵³ A. COURET : « La Commission bancaire à l'épreuve de l'article 6, § 1 de la Convention EDH », D., 2009, p. 2247. Pour l'auteur, « il est évidemment regrettable que le terrain n'ait pas été "démîné" par le juge national ».

¹²⁵⁴ Voir supra.

¹²⁵⁵ CE, 8 novembre 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*, n° 329384 :

¹²⁵⁶ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La Commission bancaire face à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme », RDBF n° 3, mai 2010, dossier 21.

¹²⁵⁷ Cass. com., 25 février 2014, n° 13-18871 QPC : la structure duale de l'AMF permet « une stricte séparation entre l'organe chargé des fonctions de poursuite et celui investi du pouvoir de sanction, lequel ne dispose pas de la faculté de se saisir d'office, de sorte que la question posée ne présente pas un caractère sérieux au regard des exigences d'indépendance, d'impartialité, de respect des droits de la défense et de séparation des autorités de poursuite et de jugement qui découlent du principe de valeur constitutionnelle invoqué ».

¹²⁵⁸ CE, 25 juillet 2013, n° 366640 QPC : il résulte des dispositions du CMF « qu'au sein de l'Autorité de contrôle prudentiel, l'organe habilité à déclencher des poursuites disciplinaires est séparé de l'organe qui instruit l'affaire et prononce la sanction ; que la commission des sanctions, à qui la notification des griefs est transmise par le président du collège de l'Autorité, ne dispose pas, en tout état de cause, du pouvoir de se saisir d'office ; qu'en outre, le membre du collège désigné par la formation qui a décidé de l'ouverture de la procédure de sanction ne participe pas au délibéré de la commission des sanctions ; que, dès lors, contrairement à ce que soutient la banque requérante, les dispositions relatives aux conditions dans lesquelles la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel statue ne peuvent être regardées comme méconnaissant, par elles-mêmes, le principe d'impartialité rappelé par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

La première est celle d'un renforcement des obligations pesant sur les ARN en matière d'impartialité structurelle. Si le Conseil constitutionnel avait eu l'occasion, lors de son contrôle de constitutionnalité de la loi a priori, de se prononcer sur l'étendue du pouvoir de sanctions exercé par les ARN¹²⁵⁹, c'est à l'occasion des questions prioritaires de constitutionnalité qu'il a pu préciser les impératifs d'impartialité qui s'imposaient à elles.

D'abord, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de reprendre à son compte l'obligation de séparer les fonctions de poursuite et de jugement de la Commission bancaire¹²⁶⁰, ce qui n'est pas une surprise depuis la décision Dubus, dans la mesure où elle était une juridiction sans possibilité d'appel contre ses décisions. Dans cette décision, le Conseil va toutefois plus loin que ce qui est exigé par la Cour européenne des droits de l'Homme¹²⁶¹ et suit le chemin emprunté par le juge judiciaire¹²⁶². Dans le commentaire de sa décision¹²⁶³, le Conseil affirme en effet qu'« il ne faisait pas de doute que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes ce qui laisse ces dernières libres de s'organiser selon des règles d'indépendance fonctionnelle ou de séparation organique ». Par cette formule, le Conseil constitutionnel semble donc souhaiter une séparation des fonctions de poursuite et de jugement pour toutes les autorités de régulation lorsqu'elles sont amenées à prononcer des sanctions, alors même qu'un recours en plein contentieux est autorisé contre leurs décisions. Ici, les termes utilisés ne sont pas anodins car le Conseil regrette que les ARN ne respectent pas « le principe d'impartialité des

¹²⁵⁹ Voir : Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, à propos du CSA : « Le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa mission » ; Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, à propos de la COB : la sanction susceptible d'être alors infligée devait être « exclusive de toute privation de liberté » et que « l'exercice du pouvoir de sanction [devait être] assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »

¹²⁶⁰ Cons. const., 2 décembre 2011, Banque populaire Côte d'Azur, n° 2011-200 QPC, cons. 8 : « Considérant que les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution ».

¹²⁶¹ M. LOMBARD, « Pouvoir répressif des autorités de régulation », AJDA 2012, p. 578.

¹²⁶² Il semblerait que le juge judiciaire se soit toujours inscrit ainsi « dans un mouvement de juridictionnalisation progressive des fonctions étatiques, les administrations étant conduites à se mimétiser sur les juridictions en se transformant en arbitres impartiaux du jeu social » ; J. CHEVALLIER, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices* 1995, n° 1, p. 81.

¹²⁶³ Commentaire du Conseil constitutionnel : disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011200QPCccc_200qpc.pdf

juridictions ». Or si la Commission bancaire était explicitement qualifiée comme telle par le législateur, ce n'est manifestement pas le cas des autres autorités de régulation.

Ensuite, le Conseil est à l'origine d'un glissement progressif du débat sur l'impartialité des ARN du terrain traditionnel de la CEDH vers celui de la Constitution et de la DDHC¹²⁶⁴. Désormais, afin d'imposer la séparation des fonctions, le Conseil constitutionnel s'appuie sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Ce mouvement s'est opéré à travers deux décisions relativement récentes. La première concernait l'Autorité de la concurrence et le défaut d'impartialité supposé de sa procédure de sanction. Le Conseil releva que « le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une AAI, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis (...) ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »¹²⁶⁵. Pour le Conseil, les différentes dispositions du code de commerce, notamment la nomination du rapporteur par le ministre, « ont pour objet de garantir l'indépendance du rapporteur général et de ses services à l'égard des formations de l'Autorité de la concurrence compétentes pour prononcer les sanctions »¹²⁶⁶. En conséquence, elles « ne méconnaissent pas les principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante ». La seconde concernait l'ARCEP¹²⁶⁷. Une nouvelle fois, le juge constitutionnel rappelle que « doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »¹²⁶⁸. Or l'article L 31-11 du CPCE autorisait le Directeur général à exercer les poursuites et lui permettait de participer au jugement¹²⁶⁹. Pour le Conseil, « les dispositions

¹²⁶⁴ G. ECKERT, « Impartialité des juridictions et efficacité de la régulation », RJE, n° 699, juillet 2012, comm. 39.

¹²⁶⁵ Cons. const., 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre, n° 2012-280 QPC, cons. 16.

¹²⁶⁶ Ibid., cons. 18.

¹²⁶⁷ Cons. const., 5 juillet 2013, Société Numéricâble SAS et autre, n° 2013-331 QPC.

¹²⁶⁸ Ibid., cons. 10.

¹²⁶⁹ F. CHALTIELTERRAL, « L'ARCEP devant le juge constitutionnel : à propos de la décision QPC du 5 juillet 2013 », LPA n° 208, 17 octobre 2013, p. 7 : « il ressort des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État, fondées sur une analyse détaillée du rôle du rapporteur de l'autorité dans la procédure de sanction, que ce dernier ne peut participer à la formation de jugement s'il exerce des pouvoirs relatifs à l'identification des griefs et à la détermination des poursuites, qui constituent des prises de position. Ainsi, il s'agit de déterminer si

des 12 premiers alinéas de l'article L. 36-11 du CPCE, qui n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité ».

La seconde conséquence est pour partie liée à la première et touche la juridictionnalisation progressive des autorités de régulation en France¹²⁷⁰. A l'origine de la construction d'un « véritable droit processuel de la régulation »¹²⁷¹, l'article 6 de la Conv. EDH est désormais utilisé, en articulation avec l'article 16 de la DDHC¹²⁷², pour imposer aux autorités de régulation françaises la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement. La similitude de certaines prérogatives exercées par les autorités de régulation et les juridictions commanderait l'application graduée des mêmes garanties procédurales. Le juge, et notamment le juge judiciaire, a ainsi tendance, par un effet de contagion, à exiger de l'autorité qu'il contrôle le respect des principes de décision qu'il s'applique à lui-même¹²⁷³. A ce propos, une partie de la doctrine reste interrogative¹²⁷⁴ alors qu'une autre, réticente au pouvoir de sanctions des ARN, entretient d'ailleurs l'idée que celles-ci doivent être considérées comme des juridictions. Au point de prétendre que les Commissions de sanctions auraient déjà franchi ce pas¹²⁷⁵, « n'ayant plus d'autre mission que répressive »¹²⁷⁶. Les autorités de régulation elles-mêmes sont contaminées par le mouvement, comme en témoigne

la participation, à la formation chargée de délibérer, du rapporteur qui a conduit des mesures d'instruction en amont, est contraire au principe d'impartialité défini par l'article 6, § 1 de la CEDH ».

¹²⁷⁰ T. PERROUD, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit., p. 657s ; D. CUSTOS, « Independent administrative Authorities in France : structural and procedural change at intersection of Americanization, Europeanization and Gallicization », in S. ROSE-ACKERMAN et P.L. LINDSETH (dir.), Comparative Administrative Law, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 283.

¹²⁷¹ Q. EPRON, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », op. cit., p. 1007.

¹²⁷² L'article 16 de la DDHC était un fondement réservé jusqu'alors aux juridictions. On peut d'ailleurs s'étonner du recours à cet article dans la mesure où le Conseil constitutionnel affirme, à propos de l'Autorité de la concurrence, que « le législateur a laissé le soin de prononcer [la sanction] à une autorité de nature non juridictionnelle ».

¹²⁷³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », Rev. éco. fin., n° 60, 2000, p. 95.

¹²⁷⁴ D. COSTA, « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », RFDA, 2005, p.1174.

¹²⁷⁵ A. COURET et B. DONDERO, « La commission des sanctions de l'ACP est une juridiction dont il n'est pas sérieux de contester l'indépendance », JCP. G, 2011, p. 1544.

¹²⁷⁶ J.-J. DAIGRE, « Les commissions des sanctions de l'ACP et de l'AMF ne sont-elles pas des juridictions ? », Bull. Joly Bourse n° 12, 1er décembre 2011, p. 629. Nous n'insisterons pas suffisamment sur le fait que sans doute d'autres missions devraient leur être confiées, comme le règlement des différends, à l'image de ce qui existe pour le CORDIS au sein de la CRE, ou la composition administrative dans le secteur financier, actuellement aux mains du Président de l'AMF.

l'exemple de la Commission des sanctions de l'ACPR, laquelle s'est qualifiée de juridiction en mai 2011¹²⁷⁷, avant que cette qualification ne soit démentie par le Conseil d'État¹²⁷⁸, et abandonnée par la Commission des sanctions de l'ACPR elle-même¹²⁷⁹.

Cette qualification n'emporte pas la conviction pour au moins deux raisons. D'abord, s'il est clair que c'est au regard de leur pouvoir de sanction que les autorités de régulation peuvent, en dépit du fait qu'elles ne sont pas des juridictions sur le plan institutionnel, être considérées comme des tribunaux au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH, leur « "processualisation" fonctionnelle » ne doit pas avoir pour corollaire « leur "juridictionnalisation" institutionnelle » pour reprendre les termes employés par Stéphane Braconnier¹²⁸⁰. Si plusieurs autorités de régulation ont une structure duale qui met en lumière la fonction contentieuse exercée par leur Commission de sanction¹²⁸¹, il n'y aurait aucun sens à vouloir qualifier de juridiction les autorités de régulation qui conservent un unique organe et qui exercent tous les pouvoirs qui leurs sont dévolus, parmi lesquels le pouvoir de sanction, ce dans le respect du principe d'impartialité¹²⁸², comme l'ARCEP, le CSA et l'Autorité de la concurrence. Ensuite, une partie de la doctrine a relevé très justement l'intérêt limité de recevoir la qualification de juridiction¹²⁸³, sauf peut être à vouloir étendre davantage les garanties offertes par l'article 6 de la Conv. EDH, ce qui n'est pas souhaitable pour

¹²⁷⁷ ACPR, Commission des sanctions, 13 mai 2011, n° 2010-06 bis. T. BONNEAU, « Un nouveau 2 décembre 1804 », JCP. G, 2011, p. 949 ; Y. PACLOT, « De la nature de la commission des sanctions de l'ACP et quelques autres questions », RDBF, septembre 2011, n° 5, alerte 26 ; A. COURET et B. DONDERO, « La commission des sanctions de l'ACP est une juridiction dont il n'est pas sérieux de contester l'indépendance », op. cit.

¹²⁷⁸ CE, 30 janvier 2013, Caisse de crédit municipal de Toulon, n° 347357.

¹²⁷⁹ ACPR, Commission des sanctions, 10 janvier 2013, n° 2012-04, p. 4 : « même si la Commission des sanctions est organisée et fonctionne de manière similaire à une juridiction, le législateur n'a pas entendu lui conférer cette qualité ».

¹²⁸⁰ S. BRACONNIER : « Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique ? », RDP, n° 2, 1er mars 2014, p. 263.

¹²⁸¹ On pense à l'AMF, l'ACP, la CRE, l'ARAFER ainsi qu'à l'ARJEL dans le secteur des jeux en ligne.

¹²⁸² M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 102. Pour l'auteure, « c'est la forme, voire l'effet, du pouvoir exercé qui donne la qualification de l'organe qui le manie. Ce raisonnement à la fois trivial et téléologique, assez étranger à l'esprit français, mais qui s'impose désormais, conduit à considérer que les Autorités administratives indépendantes sont tantôt des organes d'administration, tantôt des organes de juridiction, suivant le type de pouvoir que, dans un cas concret, elles exercent. Cela engendre un certain désordre car la catégorie juridique devient par nature changeante, mais cette complexité nouvelle doit être intégrée. Ainsi, lorsque la matière civile ou la matière pénale sont en jeu, c'est en tant qu'elles sont des tribunaux, au sens européen du terme, que les Autorités administratives indépendantes doivent aménager les garanties liées au procès équitable et à la juridiction impartiale ».

¹²⁸³ J.-P. KOVAR, « La commission des sanctions de l'ACP : juridiction ou administration ? », LPA, n° 225, 9 novembre 2012, p. 29 ; L. MILANO, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », RFDA, 2014, p. 1119.

l'efficacité du régulateur. Et cela même si c'est pour, à terme, les doter d'un pouvoir de sanction élargi dans le sillage du juge pénal, voire, en lieu et place de celui-ci¹²⁸⁴, ce dont nous pouvons douter.

En conséquence, il est patent de constater qu'en France, la juridictionnalisation croissante des autorités de régulation s'opère au nom des garanties consacrées par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais qu'elle ne découle plus désormais des exigences du juge européen en allant bien au-delà de celles-ci¹²⁸⁵. Le juge français rechercherait ainsi à « promouvoir un "modèle" institutionnel et procédural commun à toutes les autorités de régulation »¹²⁸⁶. Quel serait-il précisément et ce modèle aurait-il un potentiel de diffusion en Europe ?

B. L'hypothèse d'un modèle procédural commun aux autorités de régulation

L'hypothèse de la construction d'un modèle procédural commun aux ARN nécessite d'observer quelles obligations en la matière sont imposées dans les autres Etats membres, notamment en ce qui concerne la séparation des fonctions (1), avant de s'interroger sur la conception souhaitée de la régulation et sur l'organisation interne des autorités qui en sont chargées (2).

1. La séparation des fonctions comme modèle pour les autorités de régulation ?

En France, on s'accorde à retenir comme modèle procédural appliqué aux autorités de régulation celui d'une séparation entre les fonctions de poursuite et d'enquête et les fonctions de jugement, dans la mesure où le Conseil constitutionnel a jugé que le principe d'impartialité, qui est « indissociable de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante »¹²⁸⁷, est garanti lorsque sont effectivement séparés « les

¹²⁸⁴ G. ECKERT, « Vers l'interdiction du cumul des poursuites administratives et pénales », RJEP, n° 724, novembre 2014, comm. 48 : « Il pourrait cependant en aller autrement si, plutôt que de se contenter d'ajouter les exigences, le législateur en tirait parti pour conforter le pouvoir des autorités de régulation. En effet, à bien y réfléchir, si le droit interne traite les autorités de régulation comme des juridictions, il n'y a plus gère d'obstacle de principe à les doter d'un pouvoir de sanction, non seulement à côté des juridictions répressives mais aussi, parfois, en lieu et place de celles-ci. »

¹²⁸⁵ L. MILANO, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », op. cit., p. 1119.

¹²⁸⁶ S. BRACONNIER : « Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique ? », op. cit., p. 266.

¹²⁸⁷ Cons. const., 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre, cons. 19.

fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction »¹²⁸⁸. Rien n'indique toutefois si cette séparation doit être fonctionnelle ou organique. Le commentaire du Conseil sous sa décision du 2 décembre 2011, n° 2011-200 QPC Banque populaire Côte d'Azur précisait d'ailleurs qu'« il ne faisait pas de doute que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes ce qui laisse ces dernières libres de s'organiser selon des règles d'indépendance fonctionnelle ou de séparation organique »¹²⁸⁹. La doctrine distingue dès lors plusieurs « modèles »¹²⁹⁰, qui sont toutefois difficilement transposables aux ARN des autres Etats de l'UE, tant les exigences françaises vont le plus souvent bien au delà de celles de ses partenaires européens. De manière un peu schématique, sans doute est-il possible néanmoins de distinguer trois grandes options actuellement choisies dans le cadre des procédures de sanction des autorités de régulation dans l'Union¹²⁹¹.

La première possibilité est celle qui garantit le moins bien l'application de l'article 6 de la Conv. EDH aux procédures de sanction des ARN. Le cumul des trois fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement est y alors patent et un organe unique concentre tous les pouvoirs. Cette situation n'existe plus en France mais elle continue d'être privilégiée dans plusieurs pays. Thomas Perroud a par exemple détaillé, dans les secteurs des réseaux au Royaume-Uni, l'impact limité de la Convention sur le système managérial britannique, notant que le législateur et le juge « se [rangent] facilement derrière la protection que l'existence d'un recours effectif peut procurer » pour laisser les autorités de régulation économique libres de leur procédure de sanction¹²⁹². Le raisonnement semble être identique dans la plupart des pays d'Europe de l'Est, comme en Lettonie, où le collège de la PUC décide seul des poursuites et de la sanction. C'est également le cas au Luxembourg, où l'ILR ne dispose pas d'une « commission de sanction » mais simplement d'un Conseil et d'un Comité de direction,

¹²⁸⁸ Ibid., cons. 21. Voir aussi Cons. const., 5 juillet 2013, Société Numéricâble SAS et autre, cons. 12.

¹²⁸⁹ Voir supra.

¹²⁹⁰ H. DELZANGLES, « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation. Propos autour de la réforme des pouvoirs de sanction du CSA », AJDA, 2014, p. 1021 ; M. LOMBARD, « Reconstruire le pouvoir de sanction de l'ARCEP (et du CSA) », AJDA, 2013, p. 1955.

¹²⁹¹ Pour un récapitulatif des différentes options choisies pour les ARN françaises, voir : J.B. AUBY, P. IDOUX, P. LIGNIERES et T. PERROUD, « L'élaboration des décisions repressives et "contentieuses" des régulateurs », JCP. E., n°48, novembre 2015, p. 1580.

¹²⁹² T. PERROUD, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit., p. 639. L'auteur relève que l'Ofcom a toutefois mis en place un comité de sanctions dans le secteur de la radiodiffusion, le Broadcasting Sanctions Committee.

ce dernier étant à l'origine des poursuites et exerçant le pouvoir de sanction¹²⁹³. Cette procédure ne semble d'ailleurs pas gêner outre mesure le juge luxembourgeois. Certes, le Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, afin de respecter les exigences de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, rappelle régulièrement dans ses avis que « le législateur doit veiller à établir une séparation nette entre les deux fonctions (...) au sein de l'autorité dans le chef des personnes appelées à les exercer afin d'écartier tout doute quant à une juste application du principe d'impartialité »¹²⁹⁴. Mais il insiste surtout sur le fait que les textes prévoyant des sanctions administratives considérées comme des peines « doivent prévoir la possibilité d'un recours en réformation, afin de permettre au juge administratif d'examiner l'opportunité de la décision attaquée et, pour le cas où la sanction émane d'une autorité administrative qui ne remplit pas elle-même les conditions d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article de la prédite convention, d'y substituer sa propre décision »¹²⁹⁵, ce qui revient à faire application de la jurisprudence de la CEDH¹²⁹⁶. Dans ces Etats, les problématiques de l'application de l'article 6 ne se posent donc pas dès lors que la décision de l'autorité peut être contestée devant une instance qui elle, remplit les conditions de l'article en question¹²⁹⁷.

La seconde possibilité, privilégiée par la plupart des pays d'Europe continentale de l'ouest, consiste à séparer l'exercice des différentes fonctions entre plusieurs personnes ou organes mais sans la création de « commission de sanction ». L'organe central de l'ARN, le « collège », est alors chargé du prononcé de la sanction, et « autre chose » est chargé de la poursuite et de l'instruction. On retrouve ce schéma en France pour le CSA et l'Autorité de la concurrence, puisque dans ces deux autorités, un rapporteur, choisi par le ministre compétent dans le cas de l'ADC et par le vice-président du Conseil d'Etat pour le CSA, est chargé des

¹²⁹³ Par exemple, dans le secteur de l'énergie : art. 65 de la Loi du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité, Mémorial A n° 152 du 21/08/2007, page 2764, et art. 60 de la Loi du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel, Mémorial A n° 153 du 21/08/2007, page 2798.

¹²⁹⁴ Conseil d'Etat, avis du 16 mars 2004 sur le projet de loi relative à la concurrence (doc. parl. n° 5229, p. 3).

¹²⁹⁵ Cour administrative, avis du 29 octobre 2009 sur le projet de loi portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure y applicable en matière d'échange de renseignements sur demande (doc. parl. n° 6072, p. 3). Les lois instituant les procédures de sanctions de l'ILR prévoient ainsi qu'un recours de plein contentieux contre les décisions de sanction est possible : art. 65 § 6 de la Loi du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité et art. 60 § 6 de la Loi du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel : « Contre les décisions visées (...), assorties ou non d'une astreinte, un recours en réformation est ouvert devant le tribunal administratif ».

¹²⁹⁶ Voir notamment les interventions du juge luxembourgeois au Colloque ACA Europe, organisé à Versailles les 15, 16 et 17 juin 2014.

¹²⁹⁷ F. SUDRE, « Droit à un procès équitable » in « Fasc. 6526 : Convention européenne des droits de l'Homme - Droits garantis », J.-Cl. Europe Traités, n° 84.

poursuites et de l'instruction, alors que l'ARN prononce les sanctions. En Espagne et en Italie, les « collèges » de la CNMC¹²⁹⁸, de la CNMV¹²⁹⁹, de l'AEEG¹³⁰⁰ et de la CONSOB¹³⁰¹ sont également chargés de prononcer les sanctions mais n'interviennent pas directement dans les autres phases de la procédure. La fonction d'enquête et d'instruction revient alors en principe à des « directions » ou des « bureaux » de l'autorité. Seulement, en pratique, on peine parfois à déterminer précisément de quelle indépendance jouit l'organe ou la personne chargé d'exercer ces fonctions de poursuite et d'instruction. Dans ces deux Etats, les différentes directions ou sections administratives en charge des fonctions de poursuite et d'instruction sont en effet « subordonnées » aux collèges, ce qui leur fait perdre toute garantie d'indépendance, à l'inverse des exemples français de l'ADC et du CSA dans lesquels le rapporteur dispose de telles garanties.

La diversité des systèmes existants ne permet en outre pas de déterminer une « procédure type » en la matière, même si le plus souvent dans un même Etat, les procédures sont similaires d'un secteur à l'autre. Aux Pays-Bas par exemple, la loi instituant le régulateur multisectoriel et de la concurrence, l'ACM (Autoriteit Consument & Markt), impose une simple séparation entre l'enquête et l'instruction d'un côté, et le jugement de l'autre : « la décision d'imposer une sanction administrative ne peut pas être prise par des personnes ayant été impliquées dans les procédures d'enquête et d'instruction »¹³⁰². Plus précise mais relativement proche, la procédure de sanction prévue dans le secteur financier devant l'AFM semble mieux garantir son impartialité puisque le Conseil nomme des « officier de sanction » (boetefunctionaris) chargés de la poursuite et de l'instruction qui ne sont pas des membres du Comité de direction, lequel prend les décisions de sanction.

¹²⁹⁸ Art. 29, § 2 de la Loi 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia : la phase d'enquête et d'instruction est réalisée par la direction sectorielle compétente et la sanction est prononcée par le Conseil.

¹²⁹⁹ Art. 36, § 2 et 3 du Reglamento interior de la CNMV (2013) : le Conseil peut être à l'origine des poursuites et prononce la sanction. Le Comité de direction instruit.

¹³⁰⁰ AEEG, Délibération n° 243/2012/E/COM, 14/06/2012 : le Conseil est chargé du prononcé de la sanction et la Direzione Sanzioni e Impegni est chargée des poursuites et de l'instruction.

¹³⁰¹ CONSOB, Délibération n° 18750, 19/12/2013 adoptant le Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob : la Conseil prononce la sanction et l'Ufficio Sanzioni Amministrative, s'appuyant sur le travail d'autres bureaux, se charge des poursuites et de l'instruction.

¹³⁰² Art. 12 q de la Loi du 28 février 2013 fixant les règles relatives à la création de l'ACM.

Enfin, la troisième « voie » est celle suivie en France pour plusieurs autorités de régulation¹³⁰³, c'est à dire une structure composée de deux ou trois « organes » en principe indépendants les uns des autres, ce qui garantit un parfait respect des dispositions de l'article 6 de la Convention. Ainsi, l'idée est d'au moins séparer les organes chargés des fonctions de poursuite et d'enquête de ceux chargés de prononcer les sanctions. Dans leur rapport relatif à la recherche de principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives, le Club des juristes avait d'ailleurs proposé la création systématique d'une « commission des sanctions chargée de la fonction de jugement »¹³⁰⁴. Dans cette optique, le cas de l'Autorité des marchés financiers est ici particulièrement intéressant puisque les trois fonctions sont exercées séparément. Le Collège entame les poursuites, le rapporteur, désigné par la Commission des sanctions, est chargé de l'instruction, et la Commission des sanctions prononce la sanction. Afin de bien séparer les différentes fonctions, le code monétaire et financier prévoit par ailleurs que le rapporteur ne participe ni aux décisions d'ouvrir l'enquête et de notifier les griefs, ni au délibéré de la commission des sanctions¹³⁰⁵.

Les autorités françaises ne sont pas les seules à s'articuler autour de plusieurs organes indépendants. En Autriche, les régulateurs des réseaux ont également une structure duale mais d'une nature différente. Les collèges des autorités de régulation cumulent les trois fonctions de poursuite, d'enquête et de jugement, mais pour chaque ARN, une Control Kommission a été mise en place. Celle-ci est une juridiction d'appel indépendante et impartiale pour les recours exercés contre les décisions de l'ARN. Au Royaume-Uni, la procédure de sanction de la FCA connaît également une séparation organique. Seulement ce n'est pas le législateur mais l'autorité de régulation des marchés financiers britannique elle-même qui s'est organisée autour d'une structure duale, avec le Board et un Regulatory Decisions Committee, ce dernier étant indépendant et chargé de prononcer les sanctions. En Belgique en revanche, la structure de la FSMA est très proche de celle de l'AMF. L'article 47 de la Loi relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers¹³⁰⁶ prévoit ainsi que « les organes de la FSMA sont le conseil de surveillance, la commission des sanctions, le comité de direction et le président du comité de direction ». Lors des procédures

¹³⁰³ Dans les secteurs qui nous concernent, c'est le cas de l'AMF, de l'ACP, de la CRE et de l'ARAF.

¹³⁰⁴ Club des juristes, *Des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives*, op.cit, proposition n° 7. Comm. G. ECKERT, « Pour un régime commun des sanctions prononcées par les autorités de concurrence et de régulation sectorielle », JCP. G., n° 28, 9 juillet 2012, p. 813.

¹³⁰⁵ Art. L 621-15 IV du CMF.

¹³⁰⁶ Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, MB, 4 septembre 2002.

de sanction, le comité de direction engage les poursuites et choisit un auditeur (et un auditeur adjoint) parmi les membres de la FSMA qui va instruire le dossier¹³⁰⁷. Puis le comité de direction décide des suites qu'il donne au rapport d'instruction¹³⁰⁸, et transmet le dossier à la Commission des sanctions le cas échéant, pour que celle-ci se prononce sur d'éventuelles sanctions¹³⁰⁹.

Pour une partie de la doctrine française, l'AMF constitue un modèle qui a largement inspiré la Commission des sanctions de l'ACP et le CoRDIS de la CRE et qui devrait être élargi à toutes les autorités de régulation¹³¹⁰. On peut toutefois relever que les procédures suivies par les différentes ARN françaises ne respectent pas totalement les dispositions de l'article 6 de la Convention. Dans la procédure de sanction suivie par la CRE, le rapporteur chargé de l'instruction ne peut pas avoir connu du premier stade de l'affaire pour éviter toute confusion des fonctions de poursuite et de sanction, et ne participe pas au délibéré. Toutefois, les poursuites peuvent être engagées d'office par le Comité qui peut s'autosaisir¹³¹¹, ce qui pose de grandes difficultés au regard du principe d'impartialité. En effet, l'organe qui engage les poursuites se fonde sur son intime conviction de l'opportunité de ces poursuites et de l'existence d'un manquement aux obligations pesant sur les opérateurs. Il ne devrait donc pas pouvoir être chargé de prononcer la sanction par la suite¹³¹². L'AMF n'est pas en reste puisque deux modifications importantes de sa procédure de sanction ont été récemment apportées. D'abord, il est donné la possibilité pour le collège de l'autorité d'effectuer un recours contre les décisions de la Commission des sanctions. Pour une auteure qui estime qu'« on voit bien qu'il en irait de la crédibilité et du sérieux de l'institution qu'est l'AMF si,

¹³⁰⁷ Art. 70 de la loi du 2 août 2002. L'article ajoute que la fonction d'auditeur est une fonction à plein temps. Il est par ailleurs intéressant de noter que la Loi du 25 avril 2014 a mis fin à l'autosaisine possible de l'auditeur, afin de séparer de manière claire les trois fonctions.

¹³⁰⁸ Art. 71.

¹³⁰⁹ Art. 72.

¹³¹⁰ H. PAULIAT, « Séparation des autorités de poursuite et de sanction : mise en conformité des procédures devant le CoRDIS », JCP. A., n° 10-11, 9 mars 2015, act. 231 ; H. DELZANGLES, « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation. Propos autour de la réforme des pouvoirs de sanction du CSA », op. cit. ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La convergence du droit régissant l'Autorité des marchés financiers et l'autorité de contrôle prudentiel », RDBF, n° 4, juillet 2011, dossier 21 ; J.-P. KOVAR, « La soumission des autorités de régulation aux garanties du procès équitable », RDBF, n° 3, mai 2010, dossier 19.

¹³¹¹ Art. L. 134-25 du code de l'énergie.

¹³¹² H. DELZANGLES, « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation. Propos autour de la réforme des pouvoirs de sanction du CSA », op. cit. L'autosaisine ne semble pas toutefois constituer pour le juge français une atteinte à l'article 6. CE, 20 octobre 2000, Sté Habib Bank, Rec. p. 433.

régulièrement, le collège et la commission se déjugeaient ou s'opposaient »¹³¹³, la possibilité d'interjeter appel offerte au Collège pose un problème d'indépendance de la Commission des sanctions vis-à-vis de celui-ci. Ce n'est pas tout à fait exact puisque le collège ne juge pas alors qu'il revient à la Commission le soin de rendre la décision. Mais l'appel est un moyen de « juridictionnaliser » davantage la procédure, comme peut le faire, toute proportion gardée, le procureur dans le procès pénal. On sait toutefois les raisons qui poussèrent le législateur à octroyer au Collège la possibilité de faire appel, après les décisions connues de la Commission de sanctions du 27 novembre 2009 sur l'affaire EADS¹³¹⁴. On rejoint en revanche l'idée selon laquelle la possibilité depuis la loi du 22 octobre 2010 pour le Collège de formuler des observations et de proposer une sanction¹³¹⁵ peut poser problème si on souhaite totalement respecter le principe d'impartialité objective. On sait en effet toute l'importance donnée à l'apparence de partialité. Pour la CEDH, qui reprend à son compte l'adage anglais « Justice must not only be done, it must also be seen to be done » rejoignant l'idée que l'impartialité doit se donner à voir¹³¹⁶, une telle confusion des genres pourrait paraître contraire à l'article 6 de la Convention.

L'analyse des différents modèles de ces procédures de sanction démontre ainsi que la très grande majorité des ARN ne respectent pas à l'heure actuelle les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme de manière stricte. La voie suivie par les autorités françaises reste toutefois, de loin, la plus proche des prescriptions de l'article. Doit-on pour autant espérer avec Marie-Anne Frison-Roche que « la seule séparation fonctionnelle au sein de l'autorité ne suffira plus à les sauver du grief de partialité » et qu' « il faudrait passer à la séparation institutionnelle, comme en procédure pénale par l'organe d'un parquet [faute de quoi] les principes de droits de la défense et d'impartialité sont

¹³¹³ A.-V. LE FUR, « L'organisation structurelle de l'AMF suffit-elle à garantir le respect des exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité ? », Bull. Joly Bourse, n° 4, 1er avril 2014, p. 200.

¹³¹⁴ AMF, Commission des sanctions, décision du 27 novembre 2009.

¹³¹⁵ Art. L. 621-10 I du CMF : « Un membre du collège, ayant examiné le rapport d'enquête ou de contrôle et pris part à la décision d'ouverture d'une procédure de sanction, est convoqué à l'audience. Il y assiste sans voix délibérative. Il peut être assisté ou représenté par les services de l'Autorité des marchés financiers. Il peut présenter des observations au soutien des griefs notifiés et proposer une sanction ». L'article L. 612-38 CMF prévoit également, dans le cadre de la procédure de sanctions prononcées par l'ACPR, que « le membre du collège de supervision ou du collège de résolution désigné par la formation qui a décidé de l'ouverture de la procédure de sanction est convoqué à l'audience. Il y assiste sans voix délibérative. Il peut être assisté ou représenté par les services de l'Autorité. Il peut présenter des observations au soutien des griefs notifiés et proposer une sanction ».

¹³¹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », D., 1999, p. 53.

objectivement méconnus »¹³¹⁷ ? La réalité est plus complexe, car s'il est indéniable que le modèle de l'AMF garantit le mieux le respect de l'article en question, rien n'indique qu'il soit nécessaire et efficace de « juridictionnaliser » de la sorte nos régulateurs.

2. Quelle organisation interne pour les autorités de régulation : efficacité vs. Droits de l'Homme

Lorsqu'on analyse la portée de l'article 6 de la Conv. EDH sur les ARN, on oublie trop souvent que l'autorité de régulation qui faisait l'objet de la décision de la CEDH Dubus, la Commission bancaire, différait substantiellement des autres autorités de régulation. Elle était d'abord qualifiée expressément de juridiction par le législateur lorsqu'elle était amenée à prononcer des sanctions, ce qui pouvait justifier pour partie l'application de l'article 6 de la Convention. Surtout, le seul recours prévu par la loi contre ses décisions consistait en un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat, et non un recours en plein contentieux. Faute de recours en pleine juridiction, les décisions de la Commission bancaire étaient donc rendues en premier et dernier ressort. Dès lors que l'article 6 doit être respecté strictement à au moins un stade d'une procédure de sanction en matière pénale, cela ne pouvait être qu'au stade de la Commission bancaire¹³¹⁸. En réalité, la jurisprudence de la CEDH n'a pas évolué depuis ses arrêts *Le Compte* et rien n'a jamais semblé obliger qu'au cours d'une procédure devant une ARN, les dispositions de l'article 6 doivent toutes être respectées.

Ce constat a été rappelé par la récente décision *Grande Stevens* que la Cour européenne a rendu courant 2014¹³¹⁹. Cet arrêt, largement commenté en raison de l'application de la règle *ne bis in idem* au cumul de sanctions pénale et administrative¹³²⁰, concernait également la portée de l'application de l'article 6 aux autorités de régulation, ce qui semble n'avoir attiré que très peu l'attention de la doctrine¹³²¹. Pourtant, le texte de l'arrêt vient rappeler cette position. La Cour débute son analyse sur l'impartialité objective en relevant que le règlement de l'autorité de régulation italienne en cause, la CONSOB, « prévoit

¹³¹⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « QPC, Autorités de concurrence, Autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », op. cit., p. 27.

¹³¹⁸ M. BAZEX et S. BLAZY, « L'ambivalence des interventions de la Commission bancaire : juridiction ou régulation ? », DA, n° 12, décembre 2007, comm. 172.

¹³¹⁹ CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c/ Italie*, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.

¹³²⁰ Voir infra, p. 297.

¹³²¹ Voir toutefois : G. ECKERT, « Vers l'interdiction du cumul des poursuites administratives et pénales », RJEP, n° 724, novembre 2014, comm. 48.

une certaine séparation entre les organes chargés de l'enquête et l'organe compétent pour décider de l'existence d'une infraction et de l'application des sanctions. Notamment, l'accusation est formulée par le bureau IT, qui accomplit également des investigations, dont les résultats sont résumés dans le rapport de la direction contenant des conclusions et des propositions quant aux sanctions à appliquer. La décision finale quant à l'infliction de ces dernières revient uniquement à la commission »¹³²². Pourtant continue-t-elle, il n'en demeure pas moins que le bureau IT, la direction et la commission « ne sont que des branches du même organe administratif, agissant sous l'autorité et la supervision d'un même président »¹³²³. En conséquence, la procédure de sanction de la CONSOB ne respecte pas l'article 6 de la Conv. EDH. Toutefois, la Cour précise que « les constats qui précèdent, relatifs au manque d'impartialité objective de la CONSOB et à la non-conformité de la procédure devant elle avec les principes du procès équitable ne suffisent pourtant pas pour conclure à la violation de l'article 6 en l'espèce. À cet égard, la Cour observe que les sanctions dont les requérants se plaignent *n'ont pas été infligées par un juge à l'issue d'une procédure judiciaire contradictoire*, mais par une autorité administrative, la CONSOB. Si confier à de telles autorités la tâche de poursuivre et de réprimer les contraventions n'est pas incompatible avec la Convention, il faut souligner cependant que les requérants doivent pouvoir saisir de toute décision ainsi prise à leur encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 »¹³²⁴ (nous soulignons). Or un recours en pleine juridiction devant la Cour d'appel de Turin ainsi qu'un pourvoi en cassation sont possibles. La Cour en déduit donc qu'il n'y a pas violation, sur ce point, de l'article 6 de la Convention.

Ces précisions apportées par l'arrêt Grande Stevens illustrent une nouvelle fois que l'interprétation qu'a fait le juge français de la jurisprudence Dubus va plus loin que celle de la Cour européenne. Elles rappellent également qu'il n'est nullement obligatoire de respecter toutes les dispositions de l'article 6 dans les procédures de sanction des ARN dès lors qu'un recours en pleine juridiction est possible contre leurs décisions. Comme la Cour l'analysait déjà dans ses anciennes jurisprudences, ce non respect des prescriptions relatives à l'impartialité objective peut en effet s'expliquer par « des impératifs d'efficacité ». Or le respect des règles du procès équitable semblent avoir pour conséquence d'« entamer l'efficacité fonctionnelle des autorités de régulation », constituant un « travers inévitable du

¹³²² CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c/ Italie, § 136.

¹³²³ Ibid., § 137.

¹³²⁴ Ibid., § 138.

perfectionnisme procédural que justifie toujours la sauvegarde des droits individuels »¹³²⁵. En permettant aux autorités de régulation de cumuler, au moins partiellement, les différentes fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement, la CEDH préserve le principe d'efficacité qui doit leur être appliqué. En raison de la complexité des dossiers, notamment dans le secteur financier, face à des groupes bien informés, ce principe d'efficacité justifierait que celui qui connaît le mieux le dossier participe au jugement, ou au moins fasse entendre sa voix¹³²⁶. En France, le « souci zélé » du juge puis du législateur pour prendre les devants et aller très en amont et parfois même au-delà des exigences découlant de l'article 6 n'a pas été sans créer certaines difficultés dans le fonctionnement quotidien des ARN¹³²⁷. Car aujourd'hui, le juge français fait plus qu'inspirer et contrôler le régulateur. Il le contraint¹³²⁸ et le fragilise¹³²⁹. Cette difficulté est d'ailleurs bien comprise par une partie de la doctrine française qui met en garde contre le risque d'une remise en cause trop profonde du modèle des autorités de régulation¹³³⁰, mais aussi étrangère, qui note qu'il n'est ni nécessaire, ni souhaitable de suivre à la lettre les dispositions de l'article 6 dans le cadre des procédures menées par les ARN¹³³¹.

¹³²⁵ J.-F. BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », *AJDA* 1999, p. 847

¹³²⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « QPC, Autorités de concurrence, Autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », *LPA* n° 194, 29 septembre 2011, p. 27.

¹³²⁷ M. GUYOMAR, « Les sanctions administratives », *op. cit.*, p. 9. Il est curieux de constater que les propos que tenait l'auteur il y a déjà dix ans sont plus que jamais d'actualité : « alors que c'était l'efficacité qui s'est trouvée à l'origine du besoin de sanction administrative, c'est aujourd'hui plus compliqué d'infliger des sanctions administratives que d'infliger des sanctions pénales. C'est plus compliqué de bâtir un régime de sanctions administratives que de créer des sanctions pénales et je peux vous dire qu'infliger une sanction, c'est plus délicat, et je dirai plus risqué, par exemple pour l'Autorité des marchés financiers, que de rendre une ordonnance pénale. Il y a un luxe de procédures, de garanties à respecter, de chausse-trappes à éviter qu'on ne retrouve pas dans l'instruction pénale, comme si la seule intervention du juge qui est la différence même entre la sanction pénale et la sanction administrative, constituait une garantie si forte qu'elle pouvait dispenser l'autorité investie du pouvoir de sanction d'un luxe de garanties qui pèsent et qui pèseront de plus en plus sur la répression administrative ».

¹³²⁸ G. ECKERT, « Vers l'interdiction du cumul des poursuites administratives et pénales », *op. cit.* Cette situation a été parfaitement analysée par l'auteur, lequel estime que « cette singularité du droit interne conduit à une accumulation des contraintes qui menace d'affecter l'efficacité de la régulation des marchés »

¹³²⁹ Q. EPRON, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 1007.

¹³³⁰ S. HOYNCK, « L'obscur clarté du régime des sanctions administratives prononcées par les autorités de régulation », *RJEP*, n° 724, novembre 2014, repère 10 ; G. ECKERT, « Les autorités de régulation et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : quelle cohérence ? », *RDBF*, n° 3, mai 2010, dossier 18 ; M. GUYOMAR, « Les sanctions administratives », *op. cit.* ; J.-F. BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », *op. cit.*

¹³³¹ M. ALLENA, « La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo », *Diritto Processuale Amministrativo*, n° 2, 2012, p. 569 ; « Art. 6 ECHR : New Horizons for Domestic Administrative Law », *IUS Publicum Network Review*, décembre 2014. Pour l'auteur, « le système actuel présente un élément de flexibilité, le recours en pleine juridiction, lequel constitue une sorte de compensation ex post dans le cas où les ARN ne respectent pas les dispositions de l'article 6 ». Voir également :

La reconnaissance du caractère juridictionnel des organes de sanction se heurterait donc à la jurisprudence qui admet la non soumission des ARN aux dispositions de l'article 6 dès lors que sa décision peut faire l'objet d'un recours en plein contentieux, et ce pour un motif d'efficacité du régulateur. Mais l'efficacité du régulateur est-elle réellement remise en cause par l'instauration d'une procédure de sanction respectueuse des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ? Cette question impose de réfléchir à l'hypothétique conciliation de ces deux exigences contraires¹³³², et plusieurs indices permettent de répondre par la négative afin qu'un tel mouvement puisse s'étendre aux autres Etats membres. D'abord, d'un point de vue théorique, on pourrait trouver des avantages à « juridictionnaliser » la procédure de sanction des ARN. La distinction entre différentes formations ou organes indépendants auxquels les différentes fonctions seraient dévolues pourrait scinder les difficultés juridiques : une procédure annulée pour défaillance de l'organe « juridictionnel » chargé de la sanction – par exemple pour impartialité subjective – pourrait être reprise sur le fondement que les investigations menées par l'organe administratif ne souffrent d'aucune contestation¹³³³. Ce point a d'ailleurs été porté à notre attention par le Professeur Gabriel Eckert à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 avril 2012 *Banque populaire Côte d'Azur*¹³³⁴. Ensuite d'un point de vue pratique, un certain nombre d'ARN qui ne respectent pas les dispositions de l'article 6 de la Conv. EDH ont tout de même choisi en leur sein de recourir à une séparation organique, comme les ARN italiennes et espagnoles. Une plus grande rigueur dans l'indépendance des organes chargés des différentes fonctions, sans pour autant recourir à la création d'une commission des sanctions, est donc envisageable. Par ailleurs, lorsque ces autorités disposent d'un organe spécifique chargé du règlement des différends, comme la CONSOB dans le secteur des finances ou la CREG dans le secteur de l'énergie¹³³⁵, lequel est soumis au respect des règles d'impartialité et du procès équitable, on peut regretter que cet organe ne soit pas également chargé du prononcé des sanctions, à l'image du CoRDIS. Enfin, il ne fait aucun doute qu'une autorité de régulation doit une part

S. WILKS, « Institutional Reform and the Enforcement of Competition Policy in the UK », *European Competition Journal*, Vol. 7, Iss. 1, 2011, p. 1, à propos de la nouvelle procédure de sanction de la nouvelle Autorité de la concurrence britannique, la Competition and Market Authority.

¹³³² Pour une tentative de conciliation entre droits de la défense et efficacité du régulateur, voir : F.-L. SIMON, *Le juge et les autorités du marché boursier*, LGDJ, 2004.

¹³³³ F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, p. 113.

¹³³⁴ G. ECKERT, « Impartialité des juridictions et efficacité de la régulation », *op. cit.*

¹³³⁵ Il s'agit de la « chambre des litiges » créée à l'article 29 de la loi modifiée du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

de son pouvoir à sa crédibilité. Or si la célérité d'un régulateur constitue un critère déterminant, le respect du principe d'impartialité objective garanti à l'article 6 de la Conv. EDH est un facteur de confiance pour les opérateurs.

Il est vrai que les modifications institutionnelles imposant une séparation des fonctions par la création systématique de commissions des sanctions « risquent d'aller à l'encontre des impératifs de rapidité des agents économiques »¹³³⁶. Un « socle » de garanties d'impartialité pourrait néanmoins être préservé. Pour cette raison, le choix opéré en France pour l'ADC pourrait servir d'exemple à suivre¹³³⁷. Ce système qui suppose qu'un rapporteur indépendant puisse engager les poursuites et instruire l'affaire, semble un excellent compromis afin de ne plus heurter les principes protégés par l'article 6 tout en conservant une certaine souplesse dans les procédures. Le rapporteur devrait également pouvoir, sans pour autant participer au délibéré, faire entendre sa voix lors d'une séance à laquelle est convoquée la personne mise en cause, en donnant son opinion sur les faits dont il a connaissance et les griefs notifiés, et proposer une sanction. Désigné parmi les membres de l'ARN, si possible pour une durée fixe et importante de l'ordre de quatre ou cinq ans, le rapporteur serait à même de connaître parfaitement les spécificités du secteur et de l'affaire – à l'inverse d'un magistrat – et pourrait agir avec vitesse et efficacité. Cette solution aurait le mérite de constituer un bon compromis entre les différentes procédures nationales actuelles. Il n'en demeure pas moins que la liberté offerte aux Etats membres laisse une marge de manœuvre importante au juge et au législateur nationaux pour privilégier librement l'une ou l'autre solution selon la conception qu'ils ont de la régulation.

Outre la juridictionnalisation des autorités de régulation, la confrontation du pouvoir de sanction des ARN à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme pose également des difficultés lorsque le régulateur (sanction administrative) et le juge pénal (sanction pénale) sanctionnent une entreprise en s'appuyant sur les mêmes faits.

¹³³⁶ G. HOUILLON, « La procédure devant la Commission bancaire censurée par la CEDH », DA, n° 8, août 2009, comm 111.

¹³³⁷ P. IDOUX, « L'évolution de l'Autorité chargée de la concurrence », AJDA, 2016, p. 770. L'auteure parle d'un « avant-garisme procedural ».

II. L'application du principe ne bis in idem : vers un aiguillage des sanctions

Dérivé à l'origine du principe de l'autorité de la chose jugée¹³³⁸, la règle ne bis in idem est aujourd'hui fondamentalement incontestée tant elle est largement consacrée par les droits nationaux¹³³⁹ et dans les textes internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme¹³⁴⁰. Toutefois, la mise en œuvre du principe pose de nombreuses difficultés, dans la mesure où ses contours sont souvent flous et définis très différemment d'un Etat à l'autre, sans doute parce que littéralement – pas deux fois dans la même affaire – la règle est avare en précision. Les tentatives d'harmonisation de l'application du principe ne bis in idem par les cours européennes (A) sont toutefois parvenues à influencer sur les règles nationales encadrant le cumul d'une sanction pénale avec une sanction administrative prononcée par une autorité de régulation (B).

A. La difficile harmonisation du principe ne bis in idem en Europe

Les interprétations autonomes et partiellement divergentes de la règle ne bis in idem par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union européenne (1) influent sur la réception du principe en droit interne (2), d'autant plus que certains Etats n'ont pas encore ratifié le protocole additionnel n° 7 à la Convention EDH.

1. Les interprétations partiellement divergentes du principe ne bis in idem par les cours européennes

A une interprétation stricte de la CEDH, la CJUE répond quant à elle par une interprétation plus souple du principe ne bis in idem.

¹³³⁸ Sur l'évolution du principe, voir : J. LELIEUR-FISCHER, La règle non bis in idem : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive : étude à la lumière des droits français, allemand et européen, Thèse, Paris I, 2005.

¹³³⁹ Par exemple l'article 40 de la Charte des droits et libertés fondamentaux de la République tchèque, l'article 103 de la Loi fondamentale de République fédérale d'Allemagne, l'article 23 de la Constitution de la République d'Estonie, l'article 31 de la Constitution de la République de Lituanie, l'article 39.9 de la Constitution de Malte, l'article 29 de la Constitution de la République portugaise, l'article 31 de la Constitution de la République de Slovénie ou encore l'article 50 de la Constitution de la République Slovaque.

¹³⁴⁰ Par exemple l'article 14-7 du Pacte international sur les droits civils et politiques, l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'art. 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

a. L'appréciation stricte par la CEDH

Pour harmoniser l'application du principe *ne bis in idem*, la Cour européenne des droits de l'homme s'appuie sur l'article 4 du protocole additionnel n° 7 de la Convention, lequel dispose que « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État » (nous soulignons). Les termes utilisés lors de la rédaction de cet article ne sont pas anodins, car l'article n'était censé pouvoir s'appliquer qu'aux infractions, procédures et décisions qualifiées de pénales par la loi interne. La CEDH décida toutefois de s'affranchir rapidement des termes précis de l'article en en donnant sa propre interprétation dans l'arrêt *Gradinger c/ Autriche*¹³⁴¹, pour désigner expressément « la matière pénale »¹³⁴² comme domaine d'application de la règle *ne bis in idem*. A l'occasion de cette affaire dans laquelle le requérant avait été condamné à la fois au titre du code pénal mais également au titre du code de la route, la Cour se prononça sur l'applicabilité de l'article 4 du protocole n° 7 au cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative « de nature pénale »¹³⁴³ pour une même infraction. Pris à la lettre, l'article 4 n'est pourtant pas applicable aux poursuites qui ne relèvent pas de la procédure pénale. Néanmoins, sans ignorer que « les dispositions en cause se distinguent non seulement sur le plan de l'appellation des infractions mais aussi sur celui, plus fondamental, de leur nature et de leur but » et « que l'infraction punie par l'article 5 du code de la route ne représente qu'un aspect du délit sanctionné par l'article 81 par. 2 du code pénal » la Cour estima que « les deux décisions litigieuses se fondent sur le même comportement. Partant, il y a eu violation de l'article 4 du Protocole n° 7 »¹³⁴⁴, rejoignant l'idée généralement admise par la doctrine selon laquelle « la répression administrative est en fait une répression pénale qui ne dit pas son nom »¹³⁴⁵.

¹³⁴¹ CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c/ Autriche*, n° 15963/90.

¹³⁴² Nous avons vu que la CEDH fait de la « matière pénale » de l'article 6 de la Convention une notion autonome couvrant un domaine nettement plus vaste que celui du droit pénal traditionnel. Voir *supra*.

¹³⁴³ Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'existence ou non d'une « accusation en matière pénale » doit s'apprécier sur la base de trois critères, que l'on désigne couramment sous le nom de « critères Engel » (CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, n° 5100/71 ; n° 5101/71 ; n° 5102/71 ; n° 5354/72 ; n° 5370/72). Le premier est la qualification juridique de l'infraction en droit interne, le second la nature même de l'infraction et le troisième le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé.

¹³⁴⁴ CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c/ Autriche*, § 55.

¹³⁴⁵ T. BONNEAU, « Haro sur le cumul des poursuites administrative et pénale », *Bull. Joly Bourse*, n° 5, 1er mai 2015, p. 206.

Après quelques hésitations¹³⁴⁶, la CEDH considéra que le principe ne bis in idem pouvait s'appliquer lorsque la qualification juridique des infractions à l'origine des sanctions étaient identiques¹³⁴⁷, avant d'opérer un revirement de jurisprudence par son arrêt *Zolotoukhine c/ Russie*¹³⁴⁸. A cette occasion, la Cour juge que « l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention »¹³⁴⁹. En conséquence, l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris « comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde "infraction" pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »¹³⁵⁰. Cette décision marque un tournant dans l'appréciation du principe ne bis in idem, puisqu'une fois admis qu'une sanction administrative est « de nature pénale », c'est l'identité de faits qui importe afin de déterminer s'il y a ou non cumul de sanctions. La Cour européenne des droits de l'homme n'a alors pas tardé à faire application de sa jurisprudence *Zolotoukhine*, dans plusieurs arrêts dans lesquels la CEDH constata le cumul de sanctions pénale et fiscale¹³⁵¹ et celui de sanctions pénale et douanière¹³⁵².

Parmi ces décisions faisant application du principe ne bis in idem tel qu'apprécié depuis la jurisprudence *Zolotoukhine*, un arrêt *Grande Stevens c/ Italie*¹³⁵³ peut attirer particulièrement notre attention puisqu'il traite directement des pouvoirs de sanction administrative des autorités de régulation¹³⁵⁴. Dans cette affaire, la société FIAT, dont

¹³⁴⁶ CEDH, 30 mai 2000, *R.T. c/ Suisse*, n° 31982/96, jugeant l'absence de cumul en raison de sanctions prononcées par des autorités différentes (pénale et administrative) et CEDH, 20 mars 2001, *Hangl c/ Autriche*, n° 38716/97 ; CEDH, 10 mai 2001, *G.S. c/ Autriche*, n° 38237/97, jugeant le cumul au regard de l'identité de faits.

¹³⁴⁷ CEDH, 29 mai 2001, *Ficher c/ Autriche*, n° 37950/97.

¹³⁴⁸ CEDH, 10 février 2009, *Zolotoukhine c/ Russie*, n° 14939/03.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, § 81.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, § 82.

¹³⁵¹ Voir notamment : CEDH, 27 nov. 2014, *Lucky Dev c/ Suède*, n° 7356/10.

¹³⁵² Voir notamment : CEDH, 30 avril 2015, *Kapetanios c/ Grèce*, n° 3453/12, n° 42941/12 et n° 9028/13.

¹³⁵³ CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c/ Italie*, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.

¹³⁵⁴ Voir notamment : G. ECKERT, « Vers l'interdiction du cumul des poursuites administratives et pénales », *op. cit.* ; F. DRUMMOND, « Le fabuleux destin de la règle non bis in idem », *Bull. Joly Bourse*, n° 12, 31 décembre 2014, p. 605 ; H. MATSOPOULOU, « Le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales, pour les mêmes faits, n'est pas conforme à la règle ne bis in idem », *Revue des sociétés*, 2014, p. 675 ; E. DEZEUZE et N. RONTCHEVSKY, *RDTF*, 2014, Chr. p. 149 ; J. CHACORNAC, « Interprétation du principe non bis in idem confirmée par la Cour de Strasbourg : la fin annoncée de la double répression des infractions

l'actionnaire majoritaire était la société italienne Exor and Agnelli, avait signé en 2002 un contrat de financement avec huit banques qui expirait le 20 septembre 2005. Ce contrat prévoyait qu'en cas de non-remboursement du prêt, les banques pouvaient compenser leur créance en souscrivant à une augmentation du capital social de FIAT pour en devenir l'actionnaire majoritaire. Le président de Exor and Agnelli cherchant à conserver le contrôle de la société souhaita renégocier l'un des contrats avec la banque Merrill Lynch, afin d'éviter le lancement d'une OPA sur FIAT. Peu après, l'avocat du groupe avait demandé l'avis de la CONSOB, laquelle est chargée au même titre que l'AMF en France d'assurer la protection des investisseurs et l'efficacité, la transparence et le développement des marchés financiers. La CONSOB avait alors demandé à la société intéressée de diffuser un communiqué de presse faisant notamment état de toute initiative prise en vue de l'échéance du contrat de financement avec les banques, de tout fait nouveau concernant la société FIAT et de tout fait utile pour expliquer les fluctuations des actions de cette dernière sur le marché. Or, aucune mention n'avait été faite de l'éventuelle renégociation du contrat avec la banque anglaise. Ce comportement intégrant l'infraction de « fausse information au marché » qui s'accompagne de sanctions administratives et pénales, les intéressés furent d'abord condamnés par la CONSOB à des sanctions pécuniaires ainsi qu'à l'interdiction temporaire d'administrer des sociétés cotées. Ils furent ensuite poursuivis pénalement. Condamnés en appel, les intéressés se pourvurent en cassation, notamment pour violation du principe ne bis in idem. Pour la CEDH, il convenait de « déterminer si ces nouvelles poursuites avaient pour origine des faits qui étaient en substance les mêmes que ceux ayant fait l'objet de la condamnation définitive »¹³⁵⁵ et plus précisément si les faits reprochés aux requérants devant la CONSOB puis devant le juge pénal « se referaient à la même conduite ». En l'espèce, elle estime « qu'il s'agit clairement d'une seule et même conduite de la part des mêmes personnes à la même date »¹³⁵⁶, à savoir la diffusion de fausses informations, de sorte que « les nouvelles poursuites concernaient une seconde "infraction" ayant pour origine des faits identiques à ceux qui avaient fait l'objet de la première condamnation définitive »¹³⁵⁷, ce constat suffisant pour conclure à la violation de l'article 4 du Protocole n° 7. En conséquence, le cumul de poursuites par l'ARN et le juge pénal, ainsi que le cumul d'une sanction administrative « de

boursières... », Bull. Joly Bourse, avril 2014, n° 4, p. 209 ; S. TORCK, « Chronique d'une mort annoncée ou la vaine résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation », Droit des sociétés n° 5, Mai 2014, comm. 87.

¹³⁵⁵ Ibid., § 224.

¹³⁵⁶ Ibid., § 227.

¹³⁵⁷ Ibid., § 228.

nature pénale » prononcée par l'ARN et d'une sanction pénale prononcée par le juge sont contraires au principe ne bis in idem dès lors qu'elles portent sur les mêmes faits.

b. L'appréciation souple par la CJUE

S'appuyant sur l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE¹³⁵⁸ qui dispose que « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi », l'œuvre de la CJUE concernant l'application du principe ne bis in idem n'est pas moins complexe que celle de la CEDH, bien au contraire.

D'abord, la Cour de justice, depuis son arrêt *Gözütok c/ Brügge*¹³⁵⁹ interprète depuis longtemps le principe ne bis in idem au cours d'affaires concernant des cumuls de sanctions pénales en précisant la notion de « jugement définitif »¹³⁶⁰ et en se penchant sur la question des « mêmes faits ». Ensuite, la Cour a été confrontée, comme la Cour européenne des droits de l'homme, au cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative ou fiscale. A cette occasion et reprenant largement les critères de la jurisprudence *Engel* de la CEDH dans son propre arrêt *Bonda*¹³⁶¹, elle a jugé que le « caractère pénal » d'une sanction administrative ou fiscale était déterminé à partir de trois critères : la qualification juridique de l'infraction en droit interne, la nature de l'infraction et le degré de gravité de la sanction. Mais c'est dans son arrêt *Fransson*¹³⁶² que la CJUE a déterminé précisément la portée du principe ne bis in idem en cas de cumul de sanctions pénales et administratives/fiscales. Or dans cette décision, la Cour juge que « le principe ne bis in idem énoncé à l'article 50 de la Charte ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d'obligations déclaratives dans le domaine de la TVA, successivement une sanction fiscale et une sanction pénale dans

¹³⁵⁸ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOCE C 364, 18/12/2000, p. 1

¹³⁵⁹ CJCE 11 févr. 2003, *Gözütok c/ Brügge*, Aff. C-187/01 et C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87.

¹³⁶⁰ Selon la jurisprudence de la Cour, un jugement définitif interdit à la juridiction d'un autre État d'engager des poursuites lorsqu'elle déclare l'action publique éteinte en raison de l'accomplissement des obligations du sursis (CJCE, 18 juill. 2007, *Jürgen Kretzinger c/ Hauptzollamt Augsburg*, Aff. n° C-288/05, ECLI:EU:C:2007:441), lorsque la première décision consiste à ne pas poursuivre (CJCE 10 mars 2005, *Miraglia*, Aff. n° C-469/03 ECLI:EU:C:2005:156) et lorsqu'elle relaxe le prévenu pour cause de prescription de l'action publique (CJCE, 8 juill. 2004, *Gasparini*, Aff. n° C-467/04, ECLI:EU:C:2006:610) ou pour insuffisance de preuves (CJCE, 25 mars 2005, *Van Straaten*, Aff. n° C-150/05, ECLI:EU:C:2006:614).

¹³⁶¹ CJUE 5 juin 2012, *Bonda*, Aff. C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319.

¹³⁶² CJUE, grande ch., 26 févr. 2013, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, Aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal »¹³⁶³, ce qui rejoint la position de la CEDH. Mais la Cour ajoute immédiatement « qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier » si cette première sanction est de nature pénale. La Cour note par ailleurs que la Convention EDH « ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union », et que par conséquent, « le droit de l'Union ne régit pas les rapports entre la CEDH et les ordres juridiques des États membres et ne détermine pas non plus les conséquences à tirer par un juge national en cas de conflit entre les droits garantis par cette convention et une règle de droit national »¹³⁶⁴. Contrairement à la CEDH qui accepte de se livrer à l'appréciation de la nature des sanctions sur le fondement d'une notion autonome de la matière pénale, la Cour de justice semble considérer que ce pouvoir d'appréciation ne lui appartient pas¹³⁶⁵. Comme le notent certains auteurs, cette interprétation restrictive du principe ne bis in idem « valorise en effet le rôle du juge national : celui-ci est appelé à trouver un point d'équilibre entre l'exigence de garantir, d'une part, l'interdiction de la double punition et, d'autre part, la protection adéquate des intérêts de l'Union. Une telle lecture du principe, qui implique que les intérêts de l'Union peuvent, à certaines conditions, prévaloir sur le droit à ne pas être poursuivi ou condamné deux fois »¹³⁶⁶.

Enfin, si la Cour de justice est chargée du respect du principe ne bis in idem prévu dans la Charte, elle l'est aussi en vertu de la Convention d'application de l'accord de Schengen (CCAS)¹³⁶⁷ dont l'article 54 dispose qu' « une personne qui a été définitivement jugée par une Partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie contractante de condamnation ». Si elle ne concerne pas le cumul de sanctions pénales et administratives, cette situation est intéressante car la confrontation de ces deux textes pose d'emblée une difficulté. En effet, le principe dégagé par la CCAS semble moins stricte que celui de la Charte, dès lors qu'une exception y est prévue. Dans un récent arrêt Spasic¹³⁶⁸, la

¹³⁶³ Ibid., point 37.

¹³⁶⁴ Ibid., point 44.

¹³⁶⁵ C. MAURO, « Le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales en matière financière est conforme à la Charte des droits fondamentaux », JCP. G., n° 12, 24 mars 2014, p. 533.

¹³⁶⁶ L. D'AMBROSIO et D. VOZZA, « Le "dialogue des juges" à l'épreuve du ne bis in idem : quelques réflexions à partir de l'expérience italienne », RTD Eur., 2015, p. 235.

¹³⁶⁷ Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990, JOCE, L 239, **22/09/2000 p. 19**.

¹³⁶⁸ CJUE, grande ch., 27 mai 2014, Zoran Spasic, Aff. C-129/14PPU, ECLI:EU:C:2014:586.

CJUE a été confrontée au non respect du principe ne bis in idem au sens de la Charte mais dans des conditions tout à fait spécifiques¹³⁶⁹ qui posaient la question de la conformité de l'article 54 de la CAAS à l'article 50 de la Charte, le premier étant rédigé de manière plus restrictive. Pour la Cour il n'y a pas contradiction et des exceptions au principe ne bis in idem peuvent être apportées, par exemple quand il s'agit de lutter contre l'impunité.

2. Les difficultés d'application du principe ne bis in idem par le juge national

Compte tenu des interprétations divergentes du principe ne bis in idem, la réception du principe dans l'ordre juridique interne devient, pour le juge national, « un véritable casse-tête »¹³⁷⁰ que la législation européenne relative aux sanctions des abus de marché ne fait que renforcer.

D'un coté, la Convention EDH interdit très strictement le cumul de poursuites et de sanctions pénales et administratives « de nature pénale » portant sur les mêmes faits. En 1984, date de l'adoption du protocole, la formulation de l'article 4 du protocole n° 7, sans être tout à fait claire, semblait pourtant limiter la règle ne bis in idem à la matière pénale telle que déterminée par chacun des Etats signataires. Pour replacer les choses dans leur contexte, il faut savoir que l'adoption du protocole survenait peu après l'arrêt *Oztürk c/ Allemagne* du 21 février 1984 dans lequel la CEDH condamna l'Allemagne pour avoir violé l'article 6 de la Convention, applicable aux accusations « en matière pénale », dans le cadre d'une procédure expressément qualifiée par le droit allemand d'administrative. Plusieurs Etats avaient donc pris soin de formuler une réserve de telle sorte que cet article 4 du protocole n° 7 ne puisse s'appliquer qu'aux infractions, procédures et décisions qualifiées de pénales par la loi

¹³⁶⁹ Zoran Spasic était poursuivi dans plusieurs pays pour des escroqueries en bande organisée en Italie, en Allemagne et en Autriche entre 2008 et 2010. Il tombe sous le coup de plusieurs mandats d'arrêt européen émis en août 2009 et en mars 2010 pour l'acte d'escroquerie commis à Milan sur une victime allemande. Arrêté en Hongrie en octobre 2009, M. Spasic est ensuite remis aux autorités autrichiennes et condamné par un arrêt du 26 août 2010, devenu définitif. Il est par ailleurs condamné par contumace par le Tribunale ordinario di Milano par un arrêt de juin 2012 à une peine privative de liberté d'un an ainsi qu'à une amende de 800 euros, dont le jugement est devenu définitif le 7 juillet 2012. Remis par les autorités autrichiennes aux autorités allemandes, il se retrouve en détention provisoire en Allemagne en décembre 2013. Spasic attaque alors la décision de maintien en détention, en soutenant en substance que, en vertu du principe ne bis in idem, il ne pouvait être poursuivi pour les faits commis à Milan, pour lesquels un jugement définitif et exécutoire a déjà été prononcé à son encontre par le Tribunale di Milano. La question se posait de savoir si la condition d'exécution prévue à l'article 54 de la CAAS pouvait ou non restreindre la portée de l'article 50 de la CDFUE, sachant que le prévenu avait déjà exécuté la peine prononcée par le tribunal italien en payant l'amende de 800 euros.

¹³⁷⁰ L. D'AMBROSIO et D. VOZZA, « Le "dialogue des juges" à l'épreuve du ne bis in idem : quelques réflexions à partir de l'expérience italienne », op. cit., p. 235.

interne¹³⁷¹. C'était notamment le cas de l'Autriche¹³⁷², du Portugal¹³⁷³, de l'Allemagne¹³⁷⁴, de l'Italie¹³⁷⁵ et de la France¹³⁷⁶. Or avec l'arrêt *Gradinger c/ Autriche* et concernant les autorités de régulation l'arrêt *Grande Stevens c/ Italie*, la CEDH n'a toutefois pas hésité à écarter ces réserves au motif que manquait un « bref exposé » des lois nationales concernées et que faisaient défaut des garanties en matière de sécurité juridique¹³⁷⁷. Il appartient donc aux juges nationaux de tirer les conséquences de cette jurisprudence et de ne plus se fonder sur la réserve formulée pour justifier l'exercice de poursuites et de sanctions devant le juge pénal et l'ARN dotée d'un pouvoir répressif¹³⁷⁸.

De l'autre, l'Union européenne, qui n'est pas membre de la Convention EDH et dont l'adhésion ne semble pas aujourd'hui possible si on en croit un récent avis de la CJUE¹³⁷⁹, permet au juge national de disposer d'une marge de manœuvre plus importante afin d'autoriser le cumul. D'abord, la jurisprudence de la CJUE ne semble pas faire obstacle au cumul des sanctions. Prenant appui sur la jurisprudence *Fransson*, la Cour de cassation française a par exemple dernièrement considéré que l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne autorisait le cumul d'une sanction administrative prise par l'AMF et d'une sanction pénale prise par le juge dans le secteur financier, à condition, selon le principe de proportionnalité, que le montant global des amendes susceptibles d'être

¹³⁷¹ La liste des réserves concernant le protocole n°7 est consultable sur le site du Conseil de l'Europe. Disponible sur : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListaDeclarations.asp?CL=FRE&NT=117&VL=0>

¹³⁷² Pour l'Autriche : « les articles 3 et 4 se réfèrent uniquement aux procédures pénales dans le sens du Code pénal autrichien ».

¹³⁷³ Pour le Portugal : « par "infraction pénale" et "infraction", aux articles 2 et 4 du présent Protocole, le Portugal considère seulement les faits qui constituent une infraction pénale d'après son droit interne ».

¹³⁷⁴ Pour l'Allemagne : « par "infraction pénale" et "infraction" aux articles 2 à 4 du présent Protocole, la République fédérale d'Allemagne ne comprend que les actes qui sont des infractions pénales selon son droit ».

¹³⁷⁵ Pour l'Italie : « la République italienne déclare que les articles 2 à 4 du présent Protocole ne s'appliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées pénales par la loi italienne ».

¹³⁷⁶ Pour la France : « le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole ».

¹³⁷⁷ CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c/ Autriche*, § 49 : « La Cour relève d'emblée l'absence d'un "bref exposé" de la loi qui ne serait pas conforme aux articles 3 et 4 du Protocole n° 7 » ; CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c/ Italie*, § 205 : « l'article 57 de la Convention (...) n'autorise pas les réserves de caractère général, [or] la déclaration litigieuse ne se rattache pas à "une loi" en vigueur au moment de sa formulation et ne renferme pas un "bref exposé" de cette loi. La déclaration en question serait donc sans incidence quant aux obligations assumées par l'Italie ».

¹³⁷⁸ Le juge national français s'est en effet toujours retranché derrière la réserve formulée par la France pour justifier le cumul de sanctions : Cass. crim., 20 juin 1996, n° 94-85.796 ; Cass. crim., 1er mars 2000, n° 99-86.299 ; Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-10.965.

¹³⁷⁹ CJUE, avis 2/13 du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454. Voir également : CJUE, Communiqué de presse n° 180/14 du 18 décembre 2014.

prononcées ne dépasse pas le plafond de la sanction encourue la plus élevée¹³⁸⁰. Ensuite, le droit dérivé de l'UE entretient l'ambiguïté puisque les récents règlements et directives relatifs aux abus de marché prévoient explicitement le cas des cumuls de sanctions. Si la directive 2014/57/UE jette le trouble sur le cumul en précisant que « lors de l'application du droit national transposant la présente directive, les États membres devraient veiller à ce que l'application de sanctions pénales en cas d'infractions conformément à la présente directive et de sanctions administratives conformément au règlement UE n° 596/2014 n'entraîne pas une violation du principe ne bis in idem »¹³⁸¹, le règlement dispose que « rien n'empêche les États membres d'établir des règles prévoyant à la fois des sanctions administratives et des sanctions pénales pour les mêmes infractions », avant de préciser que « les États membres ne sont pas tenus d'infliger à la fois des sanctions administratives et pénales pour la même infraction, mais ils en ont le loisir si leur droit national l'autorise »¹³⁸².

Comme le notent certains auteurs, « l'ambiguïté qui affecte ainsi le règlement et la directive provient du souci de certains États, au premier rang desquels figure l'État français, de préserver un temps encore leur système de double répression »¹³⁸³. Il n'en demeure pas moins que cette situation, à laquelle la Commission des affaires juridiques du Parlement européen avait tenté de mettre fin¹³⁸⁴, permettait encore récemment au juge national de justifier le cumul de sanctions¹³⁸⁵. Avec l'arrêt *Grande Stevens*, les États prenaient toutefois le risque de se faire condamner sur les mêmes fondements que l'Italie s'ils ne changeaient pas radicalement leur système répressif. Plusieurs États, dont la France, durent donc proposer une alternative au cumul traditionnel de sanctions prononcées par leurs ARN et le juge pénal.

¹³⁸⁰ Cass. crim., 22 janvier 2014, n° 12-83.579.

¹³⁸¹ Cons. 23 de la directive 2014/57/UE.

¹³⁸² Cons. 72 du règlement n° 596/2014.

¹³⁸³ O.-T. TIEU et D. HERVEY, « Le principe ne bis in idem dans le règlement et la directive Abus de marché 2 », D. 2014, p. 2311.

¹³⁸⁴ Commission des affaires juridiques de la Commission, avis du 20 juin 2012 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché, COM(2011) 0654, amendement n° 12 visant à créer un article 8 bis : « Les États membres veillent, dans le cadre des mesures qu'ils prennent au titre de la présente directive, à ce qu'un acte qui constitue une infraction pénale et qui est passible de mesures ou de sanctions administratives ne soit sanctionné qu'en tant qu'infraction pénale. Les États membres veillent en outre à ce qu'un tel acte puisse donner lieu à des sanctions administratives si la sanction pénale n'est pas exécutée ».

¹³⁸⁵ TGI Paris, 11^e chambre correctionnelle, 26 septembre 2014, n° 5158092056, p. 63s.

B. L'influence du principe ne bis in idem sur l'exercice du pouvoir de sanction des ARN

A l'image des ARN françaises, la plupart des autorités de régulation nationales sont confrontées à la problématique du cumul des sanctions (1). L'application de la jurisprudence de la CEDH nécessite alors de proposer plusieurs réponses afin de résoudre cette difficulté (2).

1. Le cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative prononcée par une ARN en France

En France, le cumul des sanctions administratives et pénales en matière boursière date de la loi n°89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier. Cette loi confiait à la COB des pouvoirs lui permettant de sanctionner les opérations d'initié, de diffusion de fausses informations et de manipulation de cours, alors que ces infractions pouvaient déjà être sanctionnées pénalement. Appelé à se prononcer sur ce double système de sanctions, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 89-260 du 28 juillet 1989 estima que celui-ci n'était pas contraire à la Constitution dès lors que « le principe de proportionnalité, [qui] implique, en tout état de cause, [que] le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues » était respecté et garanti. C'est donc une appréciation a posteriori du cumul des sanctions qui fut privilégiée : pour peu qu'il s'agisse d'une sanction pénale et d'un autre type de sanction, le cumul est possible dès lors qu'est sauvegardé le principe de nécessité des peines, lequel impose que le montant total des peines prononcées ne dépasse pas, s'agissant des mêmes faits, pour le même individu, le montant le plus élevé de la peine encourue¹³⁸⁶. La sanction pécuniaire administrative doit alors s'imputer sur la sanction pénale, l'autorité de régulation se prononçant en principe avant le juge pénal.

Alors qu'il y a peu, la Chambre criminelle jugeait encore que « l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'une personne sanctionnée pour un manquement relevant de la compétence de l'AMF puisse, en raison des

¹³⁸⁶ On retrouve en substance cette formule dans plusieurs arrêts en droit français : Cass. crim., 1^{er} mars 2000, n° 99-86299 ; CE, 30 juillet 2003, Houle, n° 232238 ; Cass. crim., 28 janvier 2009, n° 07-81674.

mêmes faits, être poursuivie et condamnée pour un délit »¹³⁸⁷, la même chambre, tirant les enseignements de l'arrêt Grande Stevens, décida récemment de transmettre trois questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel concernant la double répression des abus de marché en France dans les affaires EADS et Oberthur Technologies. Les deux premières touchaient à la question des doubles poursuites, puisque les personnes concernées avaient été mises hors de cause devant le régulateur du secteur financier mais renvoyées devant le tribunal correctionnel¹³⁸⁸. La troisième touchait quant à elle à la question de la potentielle double peine puisque les personnes poursuivies avaient été sanctionnées par l'AMF puis renvoyées devant le TGI¹³⁸⁹.

Très attendue et inspirant fortement la doctrine¹³⁹⁰, la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015¹³⁹¹ concernant l'affaire EADS marque une évolution importante de sa jurisprudence. Il est intéressant de noter que si les requérants avançaient naturellement l'argument selon lequel « les dispositions du code monétaire et financier contestées relatives au délit d'initié et au manquement d'initié, qui permettent de poursuivre et de réprimer deux fois un même fait, portent atteinte, en méconnaissance du principe non bis in idem, aux principes de nécessité des délits et des peines et de proportionnalité des peines, au principe de la séparation des pouvoirs et au droit au maintien des situations légalement acquises »¹³⁹², le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnel le cumul des sanctions des

¹³⁸⁷ Cass. crim., 22 janvier 2014, n° 12-83.579. Voir également : TGI Paris, 11e ch. corr., 20 nov. 2014, affaire dite Oberthur ; TGI Paris, 11e ch. corr., 26 sept. 2014, affaire dite Péchiney bis ; TGI Paris, 11e ch. corr., 4 juin 2014, affaire dite Altran.

¹³⁸⁸ Cass. crim. 17 déc. 2014, n° 14-90.042 et n° 14-90.043.

¹³⁸⁹ Cass. crim. 28 janv. 2015, n° 14-90.049.

¹³⁹⁰ Voir, parmi de nombreuses publications : P. IDOUX, « L'inconstitutionnalité du cumul des répressions administrative et pénale en matière financière », DA, n° 7, juillet 2015, p. 19 ; T. PERROUD, « Sanction administrative et pénale », DA, n° 6, juin 2015, p. 30 ; S. TORCK, « Double répression pénale et administrative des opérations d'initié : le principe de nécessité est-il soluble dans la jurisprudence Grande Stevens ? », Droit des sociétés n° 5, mai 2015, comm. 94 ; J.-M. MOULIN, « Le cumul des poursuites et sanctions en matière d'abus de marché : fin de partie ? », Gaz. Pal., n° 132, 12 mai 2015, p. 7 ; T. BONNEAU, « Haro sur le cumul des poursuites administrative et pénale », op. cit., p. 204 ; F. SUDRE, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel » JCP. G., n° 13, 30 mars 2015, p. 605 ; J.-H. ROBERT, « Plus de cumuls entre les poursuites pour manquement et pour délit d'initié », JCP. G., n° 13, 30 mars 2015, p. 609 ; O. DUFOUR, « C'est la fin des doubles poursuites ... au terme de 26 ans de combat », LPA, n° 59, 24 mars 2015, p. 4 ; A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « La réforme du contentieux financier imposée par le Conseil constitutionnel », D. 2015, p. 894 ; A.C. BEZZINA, « L'identité menacée de la règle non bis in idem en droit public français », RDP, n°4, 2015, p. 945.

¹³⁹¹ Cons. Const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC, n° 2015-462 QPC.

¹³⁹² Cons. 16.

articles 465-1 et 621-15 du code des marchés financiers réprimant les manquements et délits d'initiés mais en se fondant sur d'autres critères que ceux employés par la CEDH.

Dans un premier temps, la convergence avec la jurisprudence de la CEDH est double. D'abord, la solution du Conseil constitutionnel est la même que celle de la Cour européenne : le cumul des sanctions pour manquement d'initié devant la commission des sanctions de l'AMF et des sanctions pour délit d'initié devant le juge pénal est contraire à la Constitution. Le Conseil constitutionnel rend donc sur ce point « une décision parfaitement en phase avec l'arrêt Grande Stevens de la Cour européenne »¹³⁹³. Ensuite, la convergence entre les deux décisions est renforcée en ce que celle du Conseil constitutionnel vise autant le cumul de sanctions que celui de poursuites, comme la jurisprudence de la CEDH : dès lors que rien n'exclut « qu'une personne (...) puisse faire l'objet, pour les mêmes faits, de poursuites devant la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers sur le fondement de l'article L. 621-15 et devant l'autorité judiciaire sur le fondement de l'article L. 465-1 », ces articles « méconnaissent le principe de nécessité des délits et des peines »¹³⁹⁴.

La doctrine s'est toutefois rapidement accordée pour relever dans un second temps que « la grille d'analyse proposée par le Conseil constitutionnel s'insère très imparfaitement dans la jurisprudence de la CEDH »¹³⁹⁵. Pour la mise en œuvre de la règle ne bis in idem, la Cour européenne procède en effet à un raisonnement en deux étapes. D'abord, le juge se demande si la disposition critiquée mettant œuvre la sanction administrative est liée à « une accusation en matière pénale ». Pour ce faire, la CEDH a recours à trois critères alternatifs¹³⁹⁶ : la qualification juridique de la mesure en droit national, la nature de l'intérêt protégé par la règle et le degré de sévérité de la sanction. Si la sanction administrative a exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature ou son degré de sévérité, ressort de la matière répressive, alors elle est qualifiée de sanction « de nature pénale ». Ensuite, la CEDH détermine si les faits reprochés sont les mêmes que ceux ayant justifié la première décision, passée en force de chose jugée. Si c'est le cas, le principe ne bis in idem s'applique.

¹³⁹³ F. SUDRE, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », op. cit., 607.

¹³⁹⁴ Cons. 28.

¹³⁹⁵ S. TORCK, « Double répression pénale et administrative des opérations d'initié : le principe de nécessité est-il soluble dans la jurisprudence Grande Stevens ? », op. cit.

¹³⁹⁶ Voir supra.

En revanche, la démarche suivie par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 mars 2015 s'éloigne substantiellement de cette approche dans la mesure où pour répondre à la problématique du cumul des poursuites, il rattache son examen de constitutionnalité au principe de nécessité des peines et non à la règle *ne bis in idem*¹³⁹⁷. Il est vrai que de prime abord, on pourrait estimer indifférent de recourir au premier ou au second principe dès lors que le résultat obtenu est le même, c'est à dire l'interdiction du cumul. Mais tel qu'appliqué par le Conseil constitutionnel, le principe de nécessité des peines n'interdit le cumul lorsque des faits identiques ou très proches font l'objet de sanctions de même nature que lorsque quatre critères « d'identité » sont réunis¹³⁹⁸.

Le premier critère est celui de l'identité de définition des infractions (éléments constitutifs) qu'il ne faut pas confondre avec l'identité de fait recherchée par la CEDH. Ici, le Conseil recherche si « les dispositions contestées tendent à réprimer les mêmes faits »¹³⁹⁹. On peut être surpris de cette analogie dans la mesure où le manquement d'initié est dépourvu de l'élément moral que comprend le délit. Pourtant, le juge constitutionnel estime que « les dispositions contestées définissent et qualifient de la même manière le manquement d'initié et le délit d'initié ». Moins contestable est sans doute la découverte d'une identité de finalité entre les deux sanctions. Le Conseil, raisonnant par comparaison des articles L. 465-1 et L. 621-15 du code des marchés financiers, recherche dans cette hypothèse spécifique s'il existe une identité de finalité entre la sanction du manquement et celle du délit d'initié, or ces deux sanctions « poursuivent une seule et même finalité de protection du bon fonctionnement et de l'intégrité des marchés financiers »¹⁴⁰⁰. La découverte dans un troisième temps d'une identité de sanction n'est en revanche pas pleinement convaincante, le Conseil, sans ignorer l'emprisonnement prévu par l'article L. 465-1, estimant que les deux sanctions « ne sont pas de nature différente »¹⁴⁰¹. Enfin, pour le quatrième critère, le juge recherche si les deux

¹³⁹⁷ Pour cette raison, le Conseil constitutionnel ne se prononce pas sur une valeur constitutionnelle du principe « *ne bis in idem* ». Voir en ce sens : F. SUDRE, « Principe *ne bis in idem* et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel » op. cit. ; A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « La réforme du contentieux financier imposée par le Conseil constitutionnel », op. cit.

¹³⁹⁸ B. DE LAMY, « Le non cumul des sanctions par la constitutionnalisation du principe *ne bis in idem* », RSC n° 3, 2015, p. 705.

¹³⁹⁹ Cons. 24.

¹⁴⁰⁰ Cons. 25 : « l'article L. 465-1 du code monétaire et financier relatif à la répression du délit d'initié est inclus dans un chapitre de ce code consacré aux "infractions relatives à la protection des investisseurs" [et] qu'aux termes de l'article L. 621-1 du même code, l'Autorité des marchés financiers veille à "la protection de l'épargne investie" dans les instruments financiers, divers actifs et tous les autres placements offerts au public »

¹⁴⁰¹ Cons. 26.

infractions relèvent de la même juridiction¹⁴⁰². Dès lors que tous ces critères sont cumulés, le Conseil reconnaît que « les sanctions du délit d'initié et du manquement d'initié ne peuvent (...) être regardées comme de nature différente »¹⁴⁰³ et déclarent les articles L. 465-1 et L. 621-15 du code des marchés financiers contraires à la Constitution.

En conséquence, « la décision du 18 mars 2015 ne constitue pas une soumission pure et simple à la jurisprudence européenne »¹⁴⁰⁴ mais au contraire elle s'en éloigne assez nettement. Selon les principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme, la seule chose qui importe est que les faits en cause soient réprimés par des dispositions relevant de la matière pénale et que, préalablement sanctionnés sur le fondement de l'une, ils soient secondairement poursuivis sur le fondement de l'autre. Surtout, il importe peu que le prononcé des sanctions relève du même ordre de juridiction. Or ce point constitue pour le Conseil une condition nécessaire à la qualification de cumul. Si dans le cadre de la régulation des secteurs financiers et des délits et manquements d'initiés, le juge judiciaire est compétent dans l'un ou l'autre cas, cette situation est différente lorsque les sanctions administratives relèvent de l'ordre administratif, ce qui n'est pas sans poser plusieurs difficultés.

En définitive, si la décision du Conseil constitutionnel aboutit à la condamnation du cumul du manquement et du délit d'initié, la jurisprudence selon laquelle le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire « l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts devant leurs propres ordres de juridictions », sous réserve que « le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »¹⁴⁰⁵ est maintenue. On peut donc y voir, au mieux, un principe non bis in idem « au rabais »¹⁴⁰⁶. Dès lors, estimant qu'il ne lui appartenait pas d'indiquer les modifications qui devaient être retenues pour qu'il

¹⁴⁰² Cons. 27 : « la sanction encourue par l'auteur d'un manquement d'initié autre qu'une personne ou entité mentionnée au paragraphe II de l'article L. 621-9 et la sanction encourue par l'auteur d'un délit d'initié relèvent toutes deux des juridictions de l'ordre judiciaire ».

¹⁴⁰³ Cons. 28.

¹⁴⁰⁴ A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « La réforme du contentieux financier imposée par le Conseil constitutionnel », op. cit., p. 895.

¹⁴⁰⁵ Cons. 19.

¹⁴⁰⁶ F. SUDRE, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel » op. cit., p. 608.

soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée¹⁴⁰⁷, le Conseil avait confié au législateur le soin de résoudre les difficultés soulevées avant le 1er septembre 2016, ce qui ouvrait la porte plusieurs possibilités de réformes, lesquelles pouvaient avoir des incidences sur l'étendue du pouvoir de sanction des autorités de régulation.

2. Les solutions envisagées afin de résoudre la problématique du cumul des poursuites et des sanctions

La jurisprudence de la CEDH appelle donc une réforme pour les pays dans lesquels les sanctions administratives et pénales sont appliquées cumulativement pour les infractions d'initié et les abus de marché. Mais c'est globalement toute l'imbrication entre ces deux types de sanctions qu'il est nécessaire de repenser.

En France, la décision du Conseil constitutionnel différant de celle de la CEDH, une solution simple serait d'entraver l'une des conditions cumulatives posées par la décision du 18 mars 2015. En effet, un auteur a très justement relevé que dans l'affaire EADS, les quatre critères cumulatifs dégagés par le Conseil constitutionnel « ne sont pas des justifications de la solution adoptée (...) mais des conditions qu'il met à la prohibition du cumul, de manière à limiter sévèrement la portée de sa décision »¹⁴⁰⁸. Par exemple, on pourrait imaginer que les sanctions administratives prises par l'AMF relèvent à l'avenir de la juridiction administrative et non plus du juge judiciaire. Il faut dire qu'en interdisant le cumul de sanctions uniquement lorsque les dispositions critiquées relèvent du même ordre de juridiction, le Conseil met au moins provisoirement à l'abri un grand nombre de possibilités de cumul, notamment de sanctions pénales et disciplinaires¹⁴⁰⁹. La solution ne serait pas dénuée de sens, mais on voit qu'elle serait difficilement concevable pour une partie de la doctrine pour laquelle le transfert de ce contentieux au juge administratif ne semble guère une solution¹⁴¹⁰. Il n'en demeure pas moins que cette spécificité peut être considérée comme une anomalie dans la mesure où peu

¹⁴⁰⁷ Cons. 35.

¹⁴⁰⁸ J.-H. ROBERT, « Plus de cumuls entre les poursuites pour manquement et pour délit d'initié », op. cit., p. 611.

¹⁴⁰⁹ S. TORCK, « Double répression pénale et administrative des opérations d'initié : le principe de nécessité est-il soluble dans la jurisprudence Grande Stevens ? », op. cit. ; J.-H. ROBERT, « Plus de cumuls entre les poursuites pour manquement et pour délit d'initié », op. cit., p. 611.

¹⁴¹⁰ P.-H. CONAC, « L'application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marché. Proposition de réforme », *Revue des sociétés*, 2015, p. 473. Pour l'auteur, « la situation est pourtant claire : le juge judiciaire est le juge naturel du contentieux boursier. Dans ce domaine qui relève de la « matière pénale », il ne saurait en être autrement ». Voir également : A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « La réforme du contentieux financier imposée par le Conseil constitutionnel », op. cit., p. 895.

de choses justifient que les sanctions administratives prises par les AAI et API en France relèvent de l'ordre administratif et que seuls les recours contre certaines sanctions prises par l'AMF soient traités par le juge judiciaire¹⁴¹¹, ce qui constitue par ailleurs une exception au principe de séparation des pouvoirs entre les autorités administratives et judiciaires. Dans son rapport rendu le 19 mai 2015 relatif à l'application du principe *ne bis in idem*, l'AMF propose ainsi d'unifier les voies de recours devant le même ordre de juridiction, rappelant qu' « une telle unification semble aujourd'hui plus que jamais justifiée. En effet, pour une sanction de même nature prononcée par la même Commission des sanctions, le juge compétent pour statuer sur les recours dépend de la qualité professionnelle de la personne objet de la sanction »¹⁴¹². Mais l'AMF se garde bien d'indiquer quel ordre juridictionnel devrait être compétent, preuve que le groupe de travail n'avait pas une position commune sur ce sujet. D'autres solutions existent, comme redessiner les contours des incriminations financières (identité des éléments constitutifs) ou réviser à la baisse les sanctions susceptibles d'être prononcées par l'AMF (identité des sanctions encourues)¹⁴¹³. Mais aucune de ces solutions ne permet en réalité à la France de rentrer en conformité avec les décisions de la CEDH sur le long terme, qui ne s'intéresse qu'à l'identité des faits. Trois solutions peuvent alors être envisagées. Si les deux premières entament largement les pouvoirs des autorités de régulation, la troisième, qui est désormais celle choisie en France, semble constituer un bon compromis entre les impératifs d'efficacité et la garantie des droits.

a. L'hypothèse excessive de la disparition d'un type de sanction au profit d'un autre

Deux solutions alternatives sont parfois envisagées : mettre un terme à la possibilité de prononcer des sanctions administratives et dépenaliser la matière.

¹⁴¹¹ Depuis la loi de sécurité financière du 1er août 2003, l'article L. 621-30 du CMF dispose que « l'examen des recours formés contre les décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers autres que celles, y compris les sanctions prononcées à leur encontre, relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 est de la compétence du juge judiciaire ». Les recours contre les décisions de portée individuelle prises par l'AMF relatives aux agréments ou aux sanctions concernant les personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 sont portés quant à eux devant le Conseil d'Etat en application de l'article R. 621-45 du même code.

¹⁴¹² AMF, *L'application du principe ne bis in idem* dans la répression des abus de marchés, Proposition de réforme, mai 2015, p. 31.

¹⁴¹³ Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs déjà fait application de ce critère dans une récente décision de 2016. Cons. constit., 14 janvier 2016, n° 2015-513/514/526 QPC. Sur ce point, voir : O. DECIMA, « Tombeau de *ne bis in idem* », D. n° 16, 2016, p. 931 ; K. DECKERT, « Le cumul des poursuites et sanctions pour délit d'initié et pour manquement d'initié. Acte 2 devant le Conseil constitutionnel », Lettre CREDA-Sociétés n° 2016-06 du 15 février 2016.

S'il ne s'agit pas de retirer le pouvoir de sanction des autorités de régulation, au moins l'une des solutions serait, pour les infractions qui relèvent actuellement également de la matière pénale, de laisser dans le secteur financier au seul juge pénal le soin de sanctionner les abus de marché (infraction d'initié et manipulation de marché). Si cette solution n'est pas privilégiée en Europe, deux Etats toutefois, le Danemark et la Suède, n'autorisent pas leur ARN à sanctionner les abus de marché, laissant au juge pénal cette faculté, pour des raisons constitutionnelles¹⁴¹⁴. Certains auteurs français militent également pour que seules des sanctions pénales puissent être prononcées en la matière¹⁴¹⁵. Pour Thierry Bonneau par exemple, « l'Union européenne devrait (...) abandonner la double répression et faire prévaloir le juge : le recours à une autorité administrative pour sanctionner est (...) fondé sur des arguments peu convaincants et n'est pas conforme aux principes fondamentaux d'une démocratie »¹⁴¹⁶. Confrontée à la pratique, cette solution n'est pas totalement satisfaisante¹⁴¹⁷. En confiant un pouvoir répressif à l'autorité de régulation nationale, l'idée est de confier ce pouvoir à des spécialistes du secteur financier, capables de se prononcer rapidement et efficacement. Comme le note l'AMF, sa Commission de sanction rend ses décisions en matière d'abus de marché dans un délai moyen de deux ans et demi, alors qu'il arrive que le juge pénal ne se prononce qu'au bout de dix ans¹⁴¹⁸. Or pour reprendre une célèbre formule

¹⁴¹⁴ Ibid., p. 48. Les autres Etats membres de l'UE autorisent tous le cumul de poursuites et pour la moitié d'entre eux le cumul de sanctions.

¹⁴¹⁵ Voir par exemple : S. PIERRE, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, Thèse, 2001.

¹⁴¹⁶ T. BONNEAU, « Haro sur le cumul des poursuites administrative et pénale », op. cit., p. 206. Voir également : F.M. LAPRADE, « Le tribunal des marchés financiers à la lumière du rapport Coulon (tentative de synthèse) », *Bull. Joly Bourse*, n° 3, 1er mars 2015, p. 141. L'auteur voit dans l'abandon par l'AMF du contentieux « toxique » de l'abus de marché une chance d'étendre le recours à la composition administrative., «), laquelle serait d'autant plus facilement acceptée par les personnes mises en cause que les manquements restant de la compétence de la commission des sanctions seraient désormais dénués de toute coloration "pénale" ».

¹⁴¹⁷ Contra, voir : A.-V. LE FUR, « La rationalisation des sanctions, une exigence démocratique en faveur de leur efficacité », *D.*, 2016, p. 1091.

¹⁴¹⁸ AMF, *L'application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marchés*, Proposition de réforme, op. cit., p. 6 : « les délais de traitement sont beaucoup plus élevés dans la voie pénale en raison notamment des délais liés aux incidents de procédure et aux lourdeurs de l'instruction alors que la matière financière nécessite une grande rapidité de réaction afin d'être dissuasive. Ainsi, les délais de jugement de grandes affaires médiatiques ont été largement supérieurs à 10 ans contre un délai moyen de traitement de 2 ans et demi devant la Commission des sanctions ». Sur ce point, voir également : P.-H. CONAC, « L'application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marché. Proposition de réforme », op. cit., p. 471. Sur le ton de l'humour, l'auteur s'interroge devant l'aberration d'un tel système : « dans de tels cas, certains témoins sont morts, d'autres ne se rappellent plus de rien et les accusés se demandent et demandent à la presse ce qu'ils font là si longtemps après les faits. Ces délais excessifs décrédibilisent la répression pénale ».

de Cesare Beccaria, « plus le châtement sera prompt, plus il suivra de près le crime qui a été commis, plus il sera juste et utile »¹⁴¹⁹.

La seconde option serait d'éliminer les sanctions pénales pour privilégier les sanctions administratives d'abus de marché prononcées par l'ARN. Cette solution aurait le mérite de bien « coller » avec la réalité pratique du contentieux, puisque même si l'actualité est riche d'exemples en France, cette situation de cumul est marginale. En réalité, on dénombre très peu de vrais cas de cumuls entre les sanctions administratives et les sanctions pénales¹⁴²⁰. Elle permettrait aussi de rentrer en conformité de manière simple avec la règle du non cumul des sanctions. Il est toutefois improbable d'y recourir pour au moins deux raisons¹⁴²¹. D'abord parce qu'écarter la voie pénale reviendrait à limiter la sanction à des amendes. Or comme le notent plusieurs auteurs, « chacun sait que l'amende est souvent, dans les grandes entreprises, intégrée dans un calcul coût-avantage, et n'a donc aucun effet dissuasif »¹⁴²², à l'inverse de la peine d'emprisonnement que seul le juge pénal peut prononcer. Il serait d'ailleurs opportun que ce dernier use plus souvent de ce type de sanction, ce qu'il ne fait pas suffisamment actuellement, en France comme à l'étranger¹⁴²³. Le législateur européen est d'ailleurs conscient de cette difficulté puisque la directive 2014/57/UE précise bien que « l'adoption de sanctions administratives par les États membres s'est révélée jusqu'ici insuffisante pour assurer le respect des règles relatives à la prévention et à la lutte contre les abus de marché »¹⁴²⁴. Ensuite parce que la législation européenne oblige aujourd'hui de recourir à des sanctions pénales pour sanctionner les abus de marchés les plus graves, puisque nous avons vu que la directive précitée dispose que « l'introduction par tous les États membres de sanctions pénales au moins pour les formes graves d'abus de marché est donc essentielle pour assurer une mise en œuvre efficace de la politique de l'Union en matière de lutte contre les abus de marché »¹⁴²⁵. Pour cette raison, les États membres sont tenus

¹⁴¹⁹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Ed. de Londres, 2013, p. 109.

¹⁴²⁰ A. MARECHAL, « Les pistes explorées par l'AMF », RLDA, n° 101, 2015, p. 96.

¹⁴²¹ D'autres raisons sont parfois évoquées, comme celle d'une meilleure garantie du respect des droits fondamentaux par le maintien de la voie pénale. J.-P. FELDMAN, « L'AMF respecte-t-elle les droits de la défense ? », D., 2009, p. 2756.

¹⁴²² J. LASSERRE CAPDEVILLE, C. MASCALA et S. NEUVILLE, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe non bis in idem en matière financière », D., 2012, p. 694.

¹⁴²³ Voir l'intervention du Président de la FSMA Jean-Paul Servais lors du 7^e colloque de la commission des sanctions de l'AMF organisé le 7 octobre 2014 au siège de l'autorité. Disponible sur : <http://www.amf-france.org/Reglementation/Dossiers-thematiques/l-AMF/Fonctionnement-de-l-AMF-et-reformes-du-secteur-financier/7e-Colloque-de-la-commission-des-sanctions-de-l-AMF.html>

¹⁴²⁴ Cons. 5 de la directive 2014/57/UE.

¹⁴²⁵ Cons. 8 de la directive 2014/57/UE.

d'ériger en infractions pénales au moins les formes graves d'opération d'initié, de manipulation de marché et de divulgation illicite d'informations privilégiées lorsqu'elles sont commises intentionnellement¹⁴²⁶. Plus qu'improbable, la disparition des sanctions pénales au profit uniquement de sanctions administratives est donc impossible en l'état actuel du droit.

b. L'hypothèse circonscrite au secteur boursier de l'unification des sanctions

En France, l'hypothèse de l'unification des sanctions administratives et pénales prononcées dans le secteur boursier au sein d'un unique Tribunal des marchés financiers (TMF) est née des propos tenus par la présidente de l'AMF lors du 4ème colloque de l'Autorité en 2011¹⁴²⁷ et a été essentiellement défendue depuis 2014 par deux auteurs français, les Professeurs et avocats Anne-Valérie Le Fur et Dominique Schmidt¹⁴²⁸. En remplaçant la commission des sanctions de l'AMF qui exerce déjà une fonction contentieuse à finalité punitive et à forts accents juridictionnels, le TMF viserait à harmoniser le large domaine d'intervention de celle-ci et le pouvoir décisionnel d'un tribunal. Le TMF serait ainsi une juridiction spécialisée, composée selon un mode fortement inspiré de la Commission des sanctions actuelle, c'est-à-dire sur le mode de l'échevinage avec, d'une part, des professionnels des marchés financiers, et, d'autre part, des magistrats, de sorte que chacun puisse bénéficier de la formation, de l'expérience et de la compétence des autres. En outre, il aurait une compétence exclusive pour connaître de tous les manquements qui ressortent aujourd'hui de la compétence de la Commission des sanctions et pour traiter du pénal, c'est-à-dire pour connaître des délits d'abus de marché.

¹⁴²⁶ Cons. 10 de la directive 2014/57/UE.

¹⁴²⁷ C. NOQUET, « Propos introductifs », Compte rendu du 4^e colloque de la commission des sanctions de l'AMF, Paris, 5 oct. 2011, p. 3. Disponible sur : http://www.amf-france.org/technique/multimedia?docId=workspace://SpacesStore/68027840-a047-41c2-96ae-c25c953338d0_fr_1.0_rendition

¹⁴²⁸ A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « Le TMF au regard du droit de l'UE relatif aux sanctions administratives », Bull. Joly Bourse, n° 5, mai 2015, p. 236 ; « La réforme du contentieux financier imposée par le Conseil constitutionnel », op. cit. ; « Pour un tribunal des marchés financiers », Bull. Joly Bourse, n° 1, janvier 2015, p. 24 ; « Il faut un tribunal des marchés financiers », D. 2014, p. 551 ; A.-V. LE FUR, « Pour un tribunal des marchés financiers », RLDA, n° 101, février 2015, p. 91 ; D. SCHMIDT, « Quel tribunal unique pour traiter l'ensemble du contentieux boursier ? », RLDA, n° 101, février 2015, p. 93. Voir également en ce sens : J.-P. BARBIERI, « Cumul sanctions administratives – sanctions pénales : quel avenir ? », Bull. Joly Sociétés, n° 1, 01 janvier 2015, p. 1.

Le recours à ce TMF présente ainsi plusieurs avantages¹⁴²⁹. La distinction manquement/délit concernant les abus de marché serait conservée selon qu'il existe un élément intentionnel ou non, afin de bien marquer le degré de gravité des faits. La distinction actuelle entre le manquement commis par un professionnel des marchés et celui commis par un non professionnel, qui permet d'orienter les recours devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, serait supprimée. Enfin, le respect du principe ne bis in idem serait garanti. Outre les interrogations nées de la façon dont seront menées les enquêtes, de l'attribution des moyens financiers au Tribunal et du déclenchement de la saisine, plusieurs difficultés majeures peuvent toutefois être opposées à cette solution.

A supposer que le TMF soit compétent pour toutes les sanctions actuellement prononcées par l'AMF, la procédure ad hoc prévue devant le tribunal risquerait de se différencier de la procédure pénale classique, alors même que d'autres délits financiers seraient traités par le juge pénal selon la procédure traditionnelle. Ceci poserait l'épineux problème de l'égalité de traitement, sauf à vouloir prendre le risque d'apporter de la procédure pénale normale tous ses inconvénients, et notamment les délais de traitement extrêmement longs. Or nous avons vu l'intérêt de disposer de procédures rapides et efficaces dans ce domaine. A l'inverse, si on accepte que le contentieux des abus de marché soit confié au Tribunal des marchés financiers, cela ne signifie pas que les autres manquements administratifs doivent relever de lui, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas concernés par un éventuel cumul de sanctions pénales et administratives et qu'ils peuvent également résulter d'une erreur ou encore d'une faute simple¹⁴³⁰. Une telle unification des sanctions administratives et pénales serait même en contradiction avec la législation de l'UE sur les abus de marché, puisque le règlement n° 596/2014 dispose que « sans préjudice de toute sanction pénale et des pouvoirs de surveillance des autorités compétentes (...), les États membres, conformément au droit national, font en sorte que les autorités compétentes aient le pouvoir de prendre les sanctions administratives et autres mesures administratives appropriées »¹⁴³¹. Ces critiques sont pertinentes et montrent que l'unification des sanctions administratives et pénales concernant les abus de marché est difficilement réalisable. Pour cette raison, nous rejoignons l'idée selon laquelle « la prudence impose de conserver un

¹⁴²⁹ A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « Pour un tribunal des marchés financiers », op. cit., p. 38.

¹⁴³⁰ F.M. LAPRADE, « Le tribunal des marchés financiers à la lumière du rapport Coulon (tentative de synthèse) », op. cit., p. 142.

¹⁴³¹ Art. 30 du règlement n° 596/2014 sur les abus de marché.

système qui a prouvé son efficacité plutôt que de tout basculer dans le système judiciaire dont la poigne répressive a jusqu'à présent laissé à désirer »¹⁴³².

Surtout, le recours à un tribunal des marchés financiers ne constitue qu'une solution spécifique à un secteur particulier sans prendre en compte la problématique globale du cumul des sanctions, en matière de régulation mais aussi pour le droit administratif répressif en général. Selon les deux auteurs, la création d'une juridiction spécialisée pour le contentieux financier se justifie par le fait que seules les dispositions relatives aux abus de marché remplissent cumulativement certaines caractéristiques¹⁴³³ : sanctions administratives de nature pénale, infractions de manquement et de délit définies en termes identiques, répression obligatoire par le droit de l'UE et le droit national, sanctions prononcées à l'égard de personnes non régulées. En réalité, il n'est pas utile de mettre en doute que ces critères sont réunis dans le seul système répressif applicable aux abus de marchés. Mais la vraie difficulté est ailleurs. Dans tous les autres cas dans lesquels une sanction administrative de nature pénale – sanction pécuniaire par exemple – qui peut être prononcée par une autorité de régulation nationale autre que l'AMF s'appuie sur les mêmes faits qu'une sanction prise par le juge pénal, que fait-on ?

Cette hypothèse n'est pas que théorique et concerne autant les secteurs financiers que les autres secteurs économiques. En droit bancaire, plusieurs dispositions du code monétaire et financier autorisent l'ACPR à sanctionner pécuniairement les entreprises régulées, sur des faits pouvant également faire l'objet de sanction pénale¹⁴³⁴. Dans la récente affaire UBS¹⁴³⁵, il était par exemple demandé au Conseil d'Etat de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le cumul de sanctions prononcées par l'ARN et par le juge pénal. Le refus du juge administratif de transmettre cette QPC¹⁴³⁶ avait d'ailleurs été analysé par certains auteurs comme « un usage abusif de la fonction de filtrage »¹⁴³⁷ dans la mesure

¹⁴³² P.-H. CONAC, « L'application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marché. Proposition de réforme », op. cit., p. 472.

¹⁴³³ A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « Pour un tribunal des marchés financiers », op. cit., p. 33.

¹⁴³⁴ J. LASSERRE CAPDEVILLE et J.-P. KOVAR, *Droit de la régulation bancaire*, Revue Banque, Coll. Droit-Fiscalité, 2012, p. 203. Voir également : J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Droit pénal bancaire : quelle utilité aux délits prévus par l'article L. 511-8 du code monétaire et financier ? », *Banque et Droit* n° 139, 2011, p. 9.

¹⁴³⁵ CE, 5 novembre 2014, Société USB (France) SA, n° 371585.

¹⁴³⁶ « la décision du 15 janvier 2014 par laquelle le Conseil d'Etat statuant au contentieux n'a pas renvoyé au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la société UBS (France) SA ».

¹⁴³⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Droit de la régulation. Vers une conformité au droit européen », *Revue Banque* n° 783, avril 2015, p. 39.

où en l'espèce, le cumul des sanctions contrevenait au principe ne bis in idem. Dans les secteurs des réseaux, la possibilité pour les ARN de prononcer des sanctions administratives de nature pénale est également réelle. En France, si le code de l'énergie interdit le cumul d'une sanction prononcée par la CRE avec une sanction pénale¹⁴³⁸, dans les autres Etats membres¹⁴³⁹ et dans d'autres secteurs, les cumuls sont autorisés. C'est le cas dans le secteur des communications électroniques, puisque le CPCE autorise explicitement le cumul d'une sanction administrative de nature pénale et d'une sanction pénale¹⁴⁴⁰, et dans le secteur ferroviaire, où des sanctions pécuniaires de nature pénale peuvent se cumuler¹⁴⁴¹. Faudrait-il alors un « tribunal prudentiel » lorsqu'un cumul de sanctions prises par l'ACPR et le juge pénal sur les mêmes faits est envisageable, ou devrait-on rattacher ce contentieux au TMF ? Faudrait-il un « tribunal économique » quand la sanction administrative de nature pénale est prononcée par l'ARCEP¹⁴⁴² ? Cette hypothèse qui modifierait l'organisation interne des ARN n'est pas sérieuse et montre combien le recours à un Tribunal des marchés financiers ne résoudrait que très partiellement la problématique globale du cumul des sanctions. En effet, la décision Grande Stevens de la CEDH est historique, et ce bien au delà du seul domaine des abus de marché¹⁴⁴³ : tous les pouvoirs de sanction administrative, dont

¹⁴³⁸ Art. L. 134-27 2) du Code de l'énergie : le comité de règlement des différends et des sanctions peut prononcer « si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale, une sanction pécuniaire, dont le montant est proportionné à la gravité du manquement, à la situation de l'intéressé, à l'ampleur du dommage et aux avantages qui en sont tirés ».

¹⁴³⁹ Voir notamment pour l'Allemagne et le Royaume-Uni dans les secteurs des réseaux : M. RUFFERT, « Commentaire », in G. MARCOU et J. MASING, « Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne », op. cit., p. 341 ; T. PERROUD, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit., p. 586.

¹⁴⁴⁰ Art. L. 36-11 III du CPCE : « lorsque le manquement est constitutif d'une infraction pénale, le montant total des sanctions prononcées ne peut excéder le montant de la sanction encourue le plus élevé. Lorsque la formation restreinte a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, ce dernier peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce ».

¹⁴⁴¹ Par exemple les sanctions prises sur le fondement de l'article L. 2135-7 du code des transports et des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce. En cas de cumul, « la sanction pécuniaire éventuellement prononcée par la commission des sanctions [de l'ARAF] est limitée de sorte que le montant global des sanctions pécuniaires ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ».

¹⁴⁴² Le Club des juristes avait un temps imaginé le recours à un tel tribunal, pour toutes les sanctions des ARN, dans les secteurs des réseaux comme dans les secteurs financiers, avant de l'écarter. Voir : O. DUFOUR, « Les droits de la défense ne sont pas les ennemis de l'efficacité », LPA, n° 217, 30 octobre 2012, p. 3 : « Nous nous sommes posé la question en effet de l'intérêt d'une procédure unique pour toutes les AAI. Nous avons même envisagé la création d'un tribunal économique qui aurait en charge de recueillir leur pouvoir de sanction ».

¹⁴⁴³ Voir notamment : A. MARECHAL, « Les pistes explorées par l'AMF », Séminaire du CREDA, 11 décembre 2014., p. 96. L'auteur s'interrogeait « sur l'opportunité et l'acceptabilité politique d'un tel système (le TMF) », craignant qu'on accuse le secteur financier « de vouloir créer un système spécifique à la finance, dérogoratoire au droit commun avec un risque de "petits arrangements entre amis" ».

sont titulaires toutes les autorités de régulation économique et financière, dès l'instant qu'à propos des mêmes faits des sanctions pénales peuvent être prévues, sont concernés¹⁴⁴⁴. L'obligation de repenser l'articulation entre les sanctions administratives et les sanctions pénales vaut donc « pour toutes les autorités de régulation dotées d'un pouvoir de sanction. Or elles le sont toutes désormais »¹⁴⁴⁵.

c. L'hypothèse d'un aiguillage généralisé entre sanction administrative et sanction pénale

L'hypothèse de l'aiguillage entre les sanctions administratives de nature pénale et les sanctions pénales suppose que l'ARN conserve son pouvoir de sanction administrative alors même qu'une sanction pénale basée sur les mêmes faits peut être prononcée par le juge pénal, mais qu'un choix doit être opéré pour savoir quel type de sanction « s'effacera » devant l'autre. Malgré les critiques d'une partie de la doctrine¹⁴⁴⁶, ce choix est privilégié dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne¹⁴⁴⁷, y compris en France depuis juin 2016.

A défaut de véritable aiguillage, plusieurs législations nationales ont prévu d'autoriser le cumul de poursuites tout en interdisant le cumul de sanctions, comme l'Allemagne et le Portugal, deux Etats qui avaient d'ailleurs formulé une réserve proche de celles de la France et l'Italie pour l'application de l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH. En Allemagne, l'article 84 de l'*Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)*¹⁴⁴⁸ et au Portugal, l'article 79 du *Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO)*¹⁴⁴⁹ interdisent ainsi que le juge pénal puisse prononcer une sanction dès lors que l'ARN a déjà pris une décision sur les mêmes faits, et inversement si le juge pénal s'est prononcé en premier. Condamnée par la CEDH, l'Italie pourrait suivre les exemples allemand et portugais et prendre le parti de maintenir le

¹⁴⁴⁴ Pour deux illustrations récentes de QPC suite aux problèmes posés par le cumul de sanctions pénale et fiscale, voir : T. corr. 10 février 2016 Cahuzac et T. corr., Paris, 6 juin 2016 Wildenstein.

¹⁴⁴⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Délits financiers : le virage juridique français », *Les Echos*, 20 mars 2015. Pour l'auteur, « il faut analyser tout le droit administratif répressif [et] le confronter au droit pénal économique ».

¹⁴⁴⁶ A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « Sanctions des abus de marché : "l'aiguillage", source de déraillement », *D.*, 2015, p. 1450.

¹⁴⁴⁷ AEMF, Rapport, Actual use of sanctioning powers under MAD, 26 avril 2012, ESMA/2012/270. L'enquête de l'AEMF n'est toutefois plus actualisée.

¹⁴⁴⁸ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung 19 février 1987, BGBl. I S. 602. Pour une analyse détaillée de la législation allemande en matière de cumul des sanctions, voir : J. LELIEUR-FISCHER, La règle non bis in idem : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive : étude à la lumière des droits français, allemand et européen, op. cit., p. 177s.

¹⁴⁴⁹ Décret-loi n° 244/95 du 14 septembre 1995, *Regime Geral das Contra-Ordenações*.

cumul de poursuites, mais en privilégiant les sanctions pénales au détriment des sanctions administratives¹⁴⁵⁰. A tout le moins est-ce la proposition formulée par la Cour de cassation italienne lors de la saisine de la Cour constitutionnelle au lendemain de la décision Grande Stevens¹⁴⁵¹. Soulevant la question de constitutionnalité du cumul des sanctions administrative et pénale¹⁴⁵², la Cour de cassation a sollicité une interprétation de la Cour constitutionnelle en ce sens que l'infraction pénale serait qualifiée de « règle spéciale », ce qui conduirait à une application prioritaire de la loi pénale et éviterait le cumul de sanctions. Dans l'attente, le gouvernement a reçu une habilitation législative pour mener à bien la réforme¹⁴⁵³, malgré les critiques de la doctrine transalpine¹⁴⁵⁴. En mai 2016, la Cour constitutionnelle italienne n'a guère fait évoluer la situation puisqu'elle refusa de se prononcer sur cette question, jugeant la requête irrecevable¹⁴⁵⁵ et renvoyant le gouvernement à ses obligations. Comme le note en substance le Professeur Marco Scoletta, l'interprétation proposée par la Cour de cassation risque de facto de faire disparaître la sanction administrative de l'infraction d'initié infligée par la CONSOB si le juge pénal se saisit du dossier¹⁴⁵⁶. Une telle solution est donc jugée peu satisfaisante¹⁴⁵⁷.

Deux autres options sont envisageables. La première est celle choisie au Royaume-Uni, qui présente la particularité de ne pas avoir ratifié le protocole n° 7. Outre manche, l'autorité de régulation mène en pratique une politique qui consiste à ne pas cumuler les sanctions administratives et pénales, ce qui sans doute se justifie par le fait que la FCA (et non un juge d'instruction) instruit et poursuit devant le juge pénal, en remplacement de la sanction administrative lorsque celle-ci est jugée insuffisante.

¹⁴⁵⁰ Il faut savoir qu'en Italie, les poursuites pénales sont obligatoires dès lors que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis, car le principe du caractère obligatoire des poursuites pénales est un principe constitutionnel. Voir : « Faut-il un tribunal unique pour traiter l'ensemble du contentieux boursier ? », actes du colloque organisé le 11 décembre 2014 au CREDA (Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France), Compte-rendu des débats, Intervention du Professeur Frederico Pernazza, RLDA n° 101, 2015, p. 102.

¹⁴⁵¹ Cour de cassation italienne, Ordinanza n° 3333 du 10 novembre 2014.

¹⁴⁵² L'article 117, al. 1er de la Constitution italienne constitutionnalise le respect des obligations tirées des engagements internationaux.

¹⁴⁵³ Loi n° 114 du 9 juillet 2015, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2014, GU n° 76, 31/7/2015.

¹⁴⁵⁴ F. VIGANO, « Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani », *Diritto penale contemporaneo*, 8 février 2016.

¹⁴⁵⁵ Cour de cassation italienne, 12 mai 2016, n° 102.

¹⁴⁵⁶ M. SCOLETTA, « Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem », *Diritto penale contemporaneo*, 17 novembre 2014.

¹⁴⁵⁷ G.-M. FLICK, V. NAPOLEONI, « Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? », *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* n° 3, 2014.

La seconde option est celle choisie en Belgique et aux Pays-Bas. En Belgique, la Cour constitutionnelle est intervenue à plusieurs reprises ces dernières années pour mettre le droit national en conformité avec la jurisprudence de la CEDH¹⁴⁵⁸. D'abord dans une décision d'avril 2014 dans laquelle elle interdit les cumuls de poursuites et de sanctions en imposant le principe *una via*¹⁴⁵⁹. Puis plus récemment, où elle a émis une réserve constitutionnelle pour rejeter le grief d'inconstitutionnalité portant sur les pouvoirs de sanction de la FSMA¹⁴⁶⁰. La pratique belge consiste donc à ne poursuivre au pénal que si l'ARN n'a prononcé aucune sanction administrative¹⁴⁶¹. Aux Pays-Bas également, bien qu'il soit prévu tant des sanctions administratives que pénales en matière boursière, un seul type de sanction est appliqué, car l'AFM applique le principe de l'aiguillage des dossiers entre la voie pénale et la voie administrative¹⁴⁶². La coopération entre l'ARN et le juge pénal est même obligatoire puisque la loi prévoit que l'ARN et le parquet doivent se concerter afin d'aiguiller le dossier entre les deux voies répressives lorsque les faits qui font l'objet d'une incrimination administrative peuvent faire l'objet d'une qualification au regard du droit pénal.

En s'inspirant de ces expériences et du Rapport Coulon de 2008¹⁴⁶³, l'AMF proposa dans un premier temps¹⁴⁶⁴ : d'interdire le cumul de sanctions dans la loi¹⁴⁶⁵, de réserver la voie pénale aux infractions les plus graves, via des critères législatifs précis et objectifs,

¹⁴⁵⁸ M. GREGOIRE, « Le cumul des sanctions administratives et pénale dans la nouvelle législation bancaire belge », *International Journal of Financial Studies* n° 1, 2015, p. 19

¹⁴⁵⁹ Cour constitutionnelle belge, 3 avril 2014, n° 61/2014.

¹⁴⁶⁰ Cour constitutionnelle belge, 11 juin 2015, n° 86/2015, pt. B.20.4

¹⁴⁶¹ Le cas des sanctions prononcées par la FSMA a fait l'objet d'une longue intervention de son président, M. Jean-Paul Servais lors du 7^e colloque de la commission des sanctions de l'AMF organisé le 7 octobre 2014 au siège de l'autorité. Disponible sur : <http://www.amf-france.org/Reglementation/Dossiers-thematiques/l-AMF/Fonctionnement-de-l-AMF-et-reformes-du-secteur-financier/7e-Colloque-de-la-commission-des-sanctions-de-l-AMF.html>

¹⁴⁶² Voir : Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas Analyse comparée, Actes du colloque organisé à Bruxelles par les Conseils d'Etat du Benelux le 21 octobre 2011. Disponible sur : <http://www.raadvst-consetat.be/?action=doc&doc=929>

¹⁴⁶³ J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, La Documentation française, Coll. des rapports officiels, 2008.

¹⁴⁶⁴ AMF, *L'application du principe ne bis in idem* dans la répression des abus de marchés, Proposition de réforme, op. cit., p. 19.

¹⁴⁶⁵ Comme en Allemagne et au Portugal. Cette proposition a déjà été formulée à plusieurs reprises. Voir : Club des juristes, *Des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives*, op.cit, proposition n° 12.

d'imposer dans ces situations une concertation entre l'autorité de régulation et le parquet¹⁴⁶⁶, et de pouvoir se constituer partie civile devant le juge¹⁴⁶⁷. La solution proposée est donc celle d'un aiguillage des dossiers, solution aussi formulée par le Club des juristes¹⁴⁶⁸. Compte tenu des délais imposés¹⁴⁶⁹, le législateur français dû œuvrer rapidement ces derniers mois pour modifier le droit en vigueur¹⁴⁷⁰. D'abord par deux propositions de lois des sénateurs Raynal et Montgolfier¹⁴⁷¹, puis par une proposition de loi des députés Baert et Lefebvre en mars 2016¹⁴⁷², laquelle retint l'attention du gouvernement qui recourut à la procédure accélérée. La nouvelle loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché permet ainsi à la France de se mettre en conformité avec la jurisprudence de la CEDH, en interdisant le cumul de poursuites et de sanctions, et en privilégiant un système d'aiguillage des dossiers entre l'AMF et le parquet¹⁴⁷³.

Même s'il n'est pas sans poser de difficultés, ce système semble intéressant dans la mesure où il peut être étendu à toutes les autorités de régulation. Lorsqu'une autorité de régulation a la capacité de prononcer une sanction administrative de nature pénale, l'instauration d'un dialogue entre l'ARN et le juge pénal devrait permettre de résoudre les difficultés posées par le cumul. Il est vrai qu'un tel dialogue entre les ARN et les juges entamera sans doute pour partie la capacité des premières à prononcer des sanctions efficaces et rapides. Mais cette solution semble surtout moins radicale que les précédentes et si les situations de cumul sont marginales dans le secteur boursier, elles le sont actuellement encore

¹⁴⁶⁶ Cette proposition visait à développer la coopération prévue à l'article L 621.20-1 de CMF qui dispose que « si, dans le cadre de ses attributions, l'Autorité des marchés financiers acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, elle est tenue d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. ».

¹⁴⁶⁷ Une proposition similaire visant à faire de l'ARN un *amicus curiae* avait déjà été formulée par la doctrine afin que la Commission des sanctions de l'AMF puisse être entendue devant le juge pénal. Voir : J. LASSERRE CAPDEVILLE, C. MASCALA et S. NEUVILLE, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe non bis in idem en matière financière », op. cit., p. 695.

¹⁴⁶⁸ Club des juristes, *Poursuite et sanction des abus de marché : le droit français à l'épreuve des textes communautaires et des jurisprudences récentes* (CEDH, CJUE, Conseil constitutionnel), Mai 2015.

¹⁴⁶⁹ Les textes de droit dérivé relatifs aux abus de marché devaient être transposés au plus tard le 3 juillet 2016 et le Conseil constitutionnel a donné au législateur jusqu'au 1^{er} septembre pour « corriger le tir ».

¹⁴⁷⁰ J. CHACORNAC, « Propositions de loi relative à la répression des infractions financières », RDBF n° 6, novembre 2015, comm. 214 ; « Proposition de loi réformant le système de répression des abus de marché », RDBF n° 3, mai 2016, comm. 145.

¹⁴⁷¹ A. DE MONGOLFIER et C. RAYNAL, Propositions de loi n° 19 et n° 20 du 7 octobre 2015 relatives à la répression des infractions financières.

¹⁴⁷² D. BAERT et D. LEFEBVRE, Proposition de loi n° 3601 du 24 mars 2016 reformant le système de répression des abus de marché.

¹⁴⁷³ Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché, JO n° 144 du 22 juin 2016.

plus dans les secteurs des réseaux. Sans doute alors l'exemple suivi pour la CRE¹⁴⁷⁴, c'est à dire celui d'une interdiction de prononcer une sanction si le manquement est constitutif d'une infraction pénale peut aujourd'hui suffire. Néanmoins, la solution de l'aiguillage, si elle fait ses preuves auprès de l'AMF, pourra constituer une alternative crédible si besoin.

L'octroi de pouvoirs étendus aux ARN depuis une vingtaine d'années est sans nul doute une condition de leur efficacité. Parmi ces pouvoirs, le pouvoir de sanction se différencie toutefois des autres : s'il est un indicateur fort de l'efficacité du régulateur, son exercice peut avoir, selon les choix opérés à l'échelle nationale, une incidence sur le fonctionnement et l'organisation interne des ARN. Toutefois, ces incidences ne sont pas directes et systématiques, dans la mesure où une séparation souple des fonctions et un aiguillage des dossiers en cas de risque de double sanction constituent des solutions simples et respectueuses du droit qui n'entraveraient pas l'efficacité des ARN. La question se pose différemment à l'échelle de l'UE, où la délégation de pouvoirs pose plus de difficulté, notamment celle d'un pouvoir réglementaire aux agences qui en constitue le nœud gordien.

¹⁴⁷⁴ Art. L. 134-27 2) du Code de l'énergie : le comité de règlement des différends et des sanctions peut prononcer « si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale, une sanction pécuniaire, dont le montant est proportionné à la gravité du manquement, à la situation de l'intéressé, à l'ampleur du dommage et aux avantages qui en sont tirés ».

Chapitre 2

A l'échelle de l'Union européenne : des pouvoirs en plein essor

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009, la seule référence à une agence dans le droit primaire de l'UE est celle de l'Agence européenne de défense¹⁴⁷⁵. Or seules les institutions mentionnées dans le traité voient leurs rapports entre elles organisés, leur fonctionnement précisé et leurs pouvoirs encadrés. Cet obstacle n'en serait pas un pour les agences de régulation si le Traité prévoyait la possibilité pour ces institutions de déléguer certaines de leurs compétences à de nouvelles entités, mais en la matière, le Traité est sibyllin puisque rien de tel n'est abordé. Des solutions existent toutefois et comme souvent dans le silence des textes, c'est le juge qui, d'abord dans un arrêt Meroni vieux de plus de cinquante ans, puis dans les arrêts Romano et plus récemment Royaume-Uni contre Parlement et Conseil (arrêt dit « AEMF »), a encadré la possibilité pour le Conseil et la Commission de déléguer certains de leurs pouvoirs aux agences.

Cette jurisprudence considérée comme stricte et désuète a en effet évolué au début de l'année 2014 depuis une décision rendue par la Cour concernant la régulation du secteur financier. Il est vrai que contrairement aux agences européennes des réseaux, l'AEMF s'est vue reconnaître depuis 2010 la capacité d'exercer de larges pouvoirs qui rentrent en contradiction avec les règles fixées par l'arrêt Meroni, lequel prévoyait certes une possible délégation de pouvoirs dans le silence des Traités, mais de manière strictement encadrée et limitée. Au carrefour des réticences des acteurs institutionnels, des désaccords politiques et des modifications de la jurisprudence de la Cour de justice, cette évolution conduit pour cette raison à s'interroger sur la nature des pouvoirs que les organismes européens de régulation sont aujourd'hui à même d'exercer, en analysant de quel type ils sont et comment ils peuvent être utilisés (Section 1). Au delà des pouvoirs effectivement exercés, c'est la question des fondements de la délégation de pouvoirs aux agences, et notamment de pouvoirs réglementaires à portée générale, qui constitue une problématique qui n'a pas encore été

¹⁴⁷⁵ Art. 42 et 45 du TFUE.

totallement résolue, dans la mesure où le traité de Lisbonne fait référence à la délégation de pouvoirs sans mentionner les agences. Il importe alors de rechercher quels fondements juridiques d'une délégation de pouvoirs aux agences peuvent être retenus dans l'UE, en s'inspirant, par exemple, de certains droits nationaux ou étrangers (Section 2).

Section 1. La nature des pouvoirs exercés par les agences européennes de régulation

Section 2. La recherche des fondements juridiques d'une délégation de pouvoirs plus étendus aux agences décentralisées

Section 1. La nature des pouvoirs exercés par les agences européennes de régulation

Afin de remplir au mieux les missions qui leurs sont confiées, les agences de l'UE chargées de la régulation des secteurs des réseaux et des finances ont recours à une panoplie de pouvoirs proches de ceux des ARN. Il leur est ainsi reconnue la faculté de rendre des avis, des recommandations et des lignes directrices, mais également, pour la plupart, de délivrer des licences ou des agréments, voire de sanctionner des opérateurs. A l'inverse de ces pouvoirs consultatifs et de décisions individuelles dont l'essor est progressif ces dernières années (I), l'exercice d'un pouvoir réglementaire par ces agences semble comme dans les Etats membres poser plus de difficulté (II), la doctrine de la Commission et la jurisprudence de la Cour de justice ayant longtemps supposé qu'un tel pouvoir ne pouvait leur être octroyé.

I. L'accroissement progressif des pouvoirs consultatifs et de décision individuelle

Outre des pouvoirs consultatifs toujours plus étendus exercés par toutes les agences européennes (A), les régulateurs européens se sont vus pour certains confier un pouvoir de décision individuelle (B), exercé dans le cadre de l'octroi de licence et d'agrément, mais également dans le cadre de l'exercice d'une fonction contentieuse.

A. Des pouvoirs consultatifs en expansion

Les régulateurs européens des réseaux et des secteurs financiers utilisent leurs pouvoirs consultatifs en vue de faire coopérer les ARN entre elles et avec la Commission (1).

Pour ce faire, ils assistent et conseillent la Commission et les ARN grâce à leur compétence technique élevée (2).

1. Un pouvoir consultatif en vue d'une mission de coopération et de coordination

La nature essentiellement consultative des pouvoirs des agences européennes de régulation dans les secteurs des réseaux et des finances n'est pas surprenante dès lors qu'elles ont toutes été créées à partir des réseaux de régulateurs¹⁴⁷⁶. Ces derniers (GREEG, GRE, CERVM, CECB, CECAPP) ne disposaient en effet d'aucun pouvoir décisionnel mais uniquement de compétences consultatives. Toutes ces associations de régulateurs ont été créées afin de favoriser la coopération entre les différents acteurs, c'est à dire les ARN entre elles et entre les ARN et la Commission. Les directives 2003/54/CE et 2003/55/CE précisent d'ailleurs que « la Commission a manifesté l'intention d'instituer un groupe des organes de régulation européens de l'électricité et du gaz qui constituerait un mécanisme consultatif adapté pour encourager la coopération et la coordination des autorités de régulation nationales, de manière à promouvoir le développement du marché intérieur de l'électricité et du gaz »¹⁴⁷⁷, formule qui avait déjà été utilisée dans la directive « cadre » sur les communications électroniques en vue de la création de l'ERG¹⁴⁷⁸. Les décisions créant les groupes de régulateurs rappellent d'ailleurs très largement cet impératif de coopération qui leur incombe¹⁴⁷⁹. Ainsi, l'ancêtre de l'ORECE devait « permettre une coopération transparente entre les autorités réglementaires nationales et la Commission afin d'assurer l'application uniforme, dans tous les États membres, du cadre réglementaire des réseaux et services de communications électroniques »¹⁴⁸⁰ et l'ERGEG était institué « pour faciliter la

¹⁴⁷⁶ Voir supra, pp. 161 et s.

¹⁴⁷⁷ Cons. 19 des directives 2003/54/CE et 2003/55/CE.

¹⁴⁷⁸ Cons. 36 de la directive 2002/21/CE : « la Commission a indiqué son intention d'instituer un groupe européen des autorités réglementaires pour les réseaux et services de communications électroniques, qui constituerait un mécanisme approprié pour encourager la coopération et la coordination entre les autorités réglementaires nationales afin de promouvoir le développement du marché intérieur pour les réseaux et services de communications électroniques ».

¹⁴⁷⁹ Décision de la Commission n° 2002/627/CE du 29 juillet 2002 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, op. cit. ; Décision de la Commission n° 2003/796/CE du 11 novembre 2003 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, op. cit. ; Décision de la Commission n° 2009/77/CE du 23 janvier 2009 instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, JOUE L 25 du 29.1.2009, p. 18 ; Décision de la Commission n° 2009/78/CE du 23 janvier 2009 instituant le comité européen des contrôleurs bancaires, JOUE L 25 du 29.1.2009, p. 23 ; Décision de la Commission n° 2009/79/CE du 23 janvier 2009 instituant le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles, JOUE L 25 du 29.1.2009, p. 28.

¹⁴⁸⁰ Cons. 6 de la décision n° 2002/627/CE.

consultation des organes de régulation des États membres, la coopération et la coordination entre ces organes, ainsi qu'entre ces organes et la Commission »¹⁴⁸¹. Même objectif pour les comités Lamfalussy qui devaient « renforcer (...) la coopération bilatérale et multilatérale en matière de surveillance [laquelle] dépend de l'entente et de la confiance mutuelles entre les autorités de surveillance »¹⁴⁸².

Les différents règlements de 2009 et 2010 instituant l'ORECE, l'ACRE et les trois AES reprennent cette mission de coopération à l'origine de leur pouvoir consultatif¹⁴⁸³. Pour cette raison, les différents régulateurs actuels disposent d'une compétence consultative générale et de la possibilité de rendre des avis et de formuler des recommandations en vue l'achèvement des différents marchés intérieurs. Dans le secteur des communications électroniques, l'ORECE « a pour mission (...) d) d'élaborer des rapports et de fournir des conseils, sur demande motivée de la Commission ou de sa propre initiative, et de rendre des avis au Parlement européen et au Conseil, sur demande motivée ou de sa propre initiative, sur toute question concernant les communications électroniques relevant de sa compétence »¹⁴⁸⁴. L'ACRE quant à elle a « un rôle consultatif envers la Commission, d'autres institutions communautaires et les autorités de régulation nationales concernant toutes les questions ayant un lien avec les objectifs pour lesquels elle a été instituée »¹⁴⁸⁵. Cette compétence générale existe également pour les AES puisque chacune des trois autorités « peut (...) émettre des avis (...) sur toutes les questions relatives à son domaine de compétence »¹⁴⁸⁶. Très étendus, ces pouvoirs consultatifs confiés aux agences ont également pour objectif d'assister et d'aider la Commission et les ARN.

¹⁴⁸¹ Cons. 6 de la décision n° 2003/796/CE.

¹⁴⁸² Cons. 10 des décisions n° 2009/77/CE, 2009/78/CE et 2009/79/CE.

¹⁴⁸³ Par exemple l'article 7, §3 du règlement 713/2009 qui dispose que l'ACRE « fournit un cadre dans lequel les autorités de régulation nationales peuvent coopérer. Elle promeut la coopération entre les autorités nationales de régulation et entre les autorités de régulation aux niveaux régional et communautaire et tient dûment compte des résultats de cette coopération lorsqu'elle formule des avis, des recommandations et des décisions », ou le considérant 8 du règlement 1211/2009 qui dispose que l'ORECE doit « poursuivre les travaux du GRE en développant la coopération entre les ARN et entre celles-ci et la Commission, afin d'assurer la cohérence dans la mise en œuvre, dans tous les États membres, du cadre réglementaire de l'Union européenne pour les réseaux et services de communications électroniques, et contribuer ainsi au développement du marché intérieur ».

¹⁴⁸⁴ Art. 2, d) du règlement 1211/2009 instituant l'ORECE.

¹⁴⁸⁵ Cons. 11 du règlement 713/2009 instituant l'ACRE.

¹⁴⁸⁶ Art. 34 §1 des règlements instituant les AES.

2. Une mission d'assistance technique en constante évolution

La mission d'assistance, d'aide et de conseils auprès des institutions de l'Union, des ARN voire même d'autres acteurs des secteurs régulés¹⁴⁸⁷ est commune aux régulateurs européens des secteurs des réseaux et des finances. D'abord, cette mission d'assistance s'est essentiellement exercée à l'égard de la Commission. Dans les secteurs financiers, les comités Lamfalussy composés des membres des ARN jouaient déjà un rôle de conseil avant leur transformation en agence¹⁴⁸⁸, comme le GRE¹⁴⁸⁹ et le GREEG¹⁴⁹⁰ dans les secteurs des réseaux. Actuellement, cette mission a été étendue aux deux autres institutions que sont le Parlement européen et le Conseil. Ainsi, l'ORECE sert « d'organe de réflexion, de débat et de conseil pour le Parlement européen, le Conseil et la Commission dans le domaine des communications électroniques » et l'Organe doit « conseiller le Parlement européen, le Conseil et la Commission, à leur demande ou de sa propre initiative »¹⁴⁹¹. Pour ce faire, l'ORECE émet des avis sur les projets de décisions, de recommandations et de lignes directrices de la Commission et « a pour mission (...) d'assister, sur demande, le Parlement européen, le Conseil et la Commission ainsi que les ARN en ce qui concerne les relations, les discussions et les échanges avec des tiers, et d'aider la Commission (...) dans la diffusion des meilleures pratiques réglementaires auprès de tiers »¹⁴⁹². Sans qu'il soit précisé qu'il s'agisse d'une mission d'assistance et de conseil, l'ACRE s'est vue confiée une mission identique, puisqu'elle « émet des avis et des recommandations destinés au Parlement européen, au

¹⁴⁸⁷ Par exemple, art. 4 du règlement 713/2009 : l'ACRE « émet des avis et des recommandations destinés aux gestionnaires de réseau de transport ».

¹⁴⁸⁸ Cons. 7 de la décision n° 2009/77/CE : « le comité doit être chargé, en tant que groupe consultatif indépendant, d'assister la Commission dans le domaine des valeurs mobilières » ; Cons. 8 de la décision n° 2009/78/CE : « le comité doit être chargé, en tant que groupe consultatif indépendant, d'assister la Commission dans le domaine du contrôle bancaire ; Cons. 7 de la décision n° 2009/79/CE : « le comité doit être chargé, en tant que groupe consultatif indépendant, d'assister la Commission dans les domaines de l'assurance, de la réassurance et des pensions professionnelles ».

¹⁴⁸⁹ Cons. 5 de la décision n° 2002/627/CE : « un groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications électroniques (...) devrait être établi pour jouer, auprès de la Commission, le rôle d'interface de conseil et d'assistance dans le domaine des communications électroniques » ; Art. 2, §1 : « le rôle du groupe est de conseiller et d'assister la Commission dans la consolidation du marché intérieur des réseaux et des services de communications électroniques ».

¹⁴⁹⁰ Art. 1er, §2 de la décision n° 2003/796/CE : « de sa propre initiative ou à la demande de la Commission, le groupe conseille et assiste la Commission dans son action visant à consolider le marché intérieur de l'énergie, notamment pour la préparation de projets de mesures d'application dans les domaines de l'électricité et du gaz et pour toute question liée au marché intérieur du gaz et de l'électricité ».

¹⁴⁹¹ Cons. 9 du règlement n° 1211/2009.

¹⁴⁹² Art. 2 e) du règlement n° 1211/2009.

Conseil ou à la Commission »¹⁴⁹³, comme les AES dans les secteurs des finances puisque chacune des Autorités « peut, à la demande du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission, ou de sa propre initiative, émettre des avis à l'intention du Parlement européen, du Conseil et de la Commission »¹⁴⁹⁴.

Cette mission s'exerce aussi à l'égard des autorités nationales. D'abord en ce que les régulateurs européens incitent les ARN des différents Etats membres à harmoniser leurs pratiques régulatrices¹⁴⁹⁵. Ensuite, les régulateurs européens sont naturellement consultés en cas de conflits entre autorités de régulation nationales. Bien que pour certains d'entre eux, cette compétence est in fine une compétence décisionnelle, toute procédure de règlement des différends débute par une assistance de la part de l'agence de régulation. C'est notamment le cas dans les secteurs financiers lorsque survient un différend entre autorités compétentes dans des situations transfrontalières¹⁴⁹⁶. Dans ce cas, l'autorité peut, à la demande de l'une ou de plusieurs des autorités compétentes concernées ou de sa propre initiative, prêter assistance aux autorités pour trouver un accord¹⁴⁹⁷. Enfin, les régulateurs européens interviennent auprès des ARN afin de les aider à exercer leurs tâches de régulation. Dans le secteur des communications électroniques, l'ORECE a ainsi pour mission « de fournir, sur demande, une aide aux ARN sur des questions de réglementation (...) et d'assister, sur demande (...) les ARN en ce qui concerne les relations, les discussions et les échanges avec des tiers »¹⁴⁹⁸. Dans celui de l'énergie, le règlement n° 713/2009 précise que « l'objet de l'[ACRE] est d'aider les autorités de régulation (...) à exercer les tâches réglementaires effectuées dans les États membres »¹⁴⁹⁹. Enfin, la principale tâche des AES est d' « aider les autorités nationales

¹⁴⁹³ Art. 4 du règlement n° 713/2009.

¹⁴⁹⁴ Art. 34 des règlements instituant les AES.

¹⁴⁹⁵ Art. 2 a) du règlement n° 1211/2009 : « l'ORECE a pour mission (...) de développer et de diffuser, auprès des ARN, les meilleures pratiques réglementaires, telles que des approches, méthodes ou lignes directrices communes sur la mise en œuvre du cadre réglementaire de l'Union européenne ; Art. 7 §2 du règlement 713/2009 : « l'agence peut, conformément à son programme de travail ou à la demande de la Commission, formuler des recommandations afin d'aider les autorités de régulation et les acteurs économiques à échanger des bonnes pratiques ; Art. 8 des règlements instituant les AES : « l'Autorité doit (...) contribuer à la création de normes et de pratiques communes de grande qualité en matière de réglementation et de surveillance, notamment en fournissant des avis aux institutions de l'Union et en élaborant des orientations, des recommandations ».

¹⁴⁹⁶ C'est aussi le cas dans le secteur des communications électroniques, dans lequel « toute autorité réglementaire nationale qui est compétente pour un litige [transfrontalier] peut demander à l'ORECE d'adopter un avis en ce qui concerne l'action à entreprendre » (art. 21, §2, al. 4 de la directive 2002/21/CE telle que modifiée par la directive 2009/140/CE).

¹⁴⁹⁷ Art. 19 des règlements instituant les AES.

¹⁴⁹⁸ Art. 2 b) et e) du règlement n° 1211/2009.

¹⁴⁹⁹ Art. 1er du règlement n° 713/2009.

de surveillance à veiller à l'interprétation et l'application cohérentes des règles de l'Union et contribuer à la stabilité financière nécessaire pour assurer l'intégration financière »¹⁵⁰⁰.

Il est possible de s'interroger sur l'influence pratique que peuvent avoir les pouvoirs consultatifs des différentes autorités et agences. Leur expertise leur permet de disposer d'une certaine crédibilité et il serait envisageable de croire que leurs avis et recommandations peuvent s'apparenter à de la soft law. Ce type d'actes a d'ailleurs fait l'objet d'un rapport du Parlement européen en 2006¹⁵⁰¹ et ils sont, pour reprendre les propos de Denys Simon, des « instruments d'orientation, invitant leur destinataire à adopter une ligne de conduite déterminée »¹⁵⁰². A l'échelle de l'UE, la Commission recourt régulièrement à la soft law afin de coordonner l'activité des régulateurs nationaux, sans centraliser immédiatement l'essentiel des pouvoirs de régulation et donc en laissant une marge de manœuvre aux ARN¹⁵⁰³. Ces documents qui visent essentiellement de questions techniques sont difficilement contestables et ont malgré leur diversité au moins comme point commun d'être le résultat d'un travail collectif de réflexion dont le but est de dégager un accord sur une ligne de conduite partagée

¹⁵⁰⁰ Cons. 17 des règlements instituant les AES.

¹⁵⁰¹ Parlement européen, Rapport du 28 juin 2006 sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants, Final A6-0259/2007, p. 7. Le Parlement européen considère notamment que, « dans le cadre communautaire, il convient d'utiliser avec précaution ces instruments juridiques non contraignants (soft law), ceux-ci étant trop souvent équivoques, inefficaces et susceptibles d'exercer un effet négatif sur la législation communautaire et sur l'équilibre institutionnel, même lorsqu'il sont inscrits dans le traité ».

¹⁵⁰² D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2ème édition, 1998, p. 211.

¹⁵⁰³ Il est difficile de déterminer quelle est la valeur de ces instruments de soft law. Au regard de la lettre du TFUE, certains outils prévus dans les traités à disposition de la Commission ne devraient impliquer au sens du droit de l'Union aucune contrainte, comme les recommandations et les avis, qui « ne lient pas » (Article 288 al. 5 du TFUE). Le cas des recommandations est toutefois particulier. En effet, constituant une incitation pour les États membres à adopter un comportement particulier, les recommandations de la Commission, comme les lignes directrices, peuvent dans le domaine de la politique économique et monétaire pousser les États membres à adopter certaines mesures. C'est par exemple le cas d'un État membre qui connaît des difficultés dans sa balance des paiements (Article 143 TFUE). Si elles ne sont pas contraignantes, elles ont pourtant des « effets de droit » qui en font des actes juridiques, la Cour de justice de l'Union européenne, consciente de l'importance des recommandations, estimant que les juges nationaux sont tenus de les prendre en considération. Dans son arrêt du 13 décembre 1989, *Grimaldi c/ Fonds des maladies professionnelles*, Aff. C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646, la CJCE précise ainsi que « les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations (...) en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation des dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant ». Le Conseil d'Etat français s'appuie ainsi régulièrement sur des recommandations de la Commission dans ses arrêts (pour une illustration récente, voir : décision du CE n° 363920 du 11 juin 2014, *TowerCast, TD5 et Multiplexe R5 contre Arcep*, et particulièrement les considérants 4, 25, 29 et 30). Enfin, il arrive que les ARN doivent « tenir le plus grand compte » des orientations et des lignes directrices de la Commission (art. 15 §3 de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE) ou que celles-ci soient des « mesures de mise en œuvre contraignantes », comme en témoigne le considérant n° 63 de la directive 2009/72/CE.

par les spécialistes et les professionnels d'une même discipline¹⁵⁰⁴. S'il est donc indéniable que la Commission use abondamment du « droit souple »¹⁵⁰⁵, les agences de régulation n'ont pas encore cette prétention¹⁵⁰⁶. Les nombreuses prises de position de l'ORECE « ignorées » par la Commission sont à ce titre très significatives¹⁵⁰⁷. Néanmoins, la mission de conseil de ces organismes est appelée à se développer davantage si on en croit les évaluations menées ces dernières années auprès des différentes agences. Pour l'ACRE, la Commission relève l'importance de l'assistance prêtée aux ARN¹⁵⁰⁸, alors que dans le cadre de l'ORECE, la mission de conseil est jugée encore trop faible¹⁵⁰⁹. L'évaluation menée par l'Agence PWC (PricewaterhouseCoopers) relève ainsi certaines lacunes dans l'exercice des fonctions consultatives de l'Organe : rôle consultatif insuffisamment défini, notamment à l'égard du Parlement et du Conseil, collaboration épisodique avec la Commission, rôle consultatif à développer en amont des propositions législatives, absence d'initiative sur les questions émergentes.

B. Des pouvoirs de décision individuelle en construction

Les pouvoirs de décision individuelle exercés en matière de régulation par les agences de l'UE ont longtemps été réduits. Par exemple, les associations de régulateurs n'en avaient aucun, et certaines agences actuelles n'en ont pas davantage. Le cas de la régulation financière montre toutefois que certains régulateurs peuvent se voir octroyer ce type de pouvoirs de façon élargie, comme pour l'AEMF ou le MSU (1), y compris dans le domaine contentieux (2). Enfin, l'octroi de tels pouvoirs n'est pas sans conséquence sur l'organisation interne des régulateurs européens, puisque le législateur européen a imposé au sein de certaines agences la création de juridictions spéciales de recours contre leurs décisions (3).

¹⁵⁰⁴ P. SABLIERE, « Une nouvelle source du droit ? Les "documents référents" », AJDA, 2007, p. 69.

¹⁵⁰⁵ M. MEDINA ORTEGA, « "Soft Law" et principes démocratiques », in F. PERALDI LENEUF (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne*, op. cit., p.191

¹⁵⁰⁶ E. CHITI, « European Agencies' Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment », *European Law Journal*, Vol. 19, Iss. 1, janvier 2013, p. 93.

¹⁵⁰⁷ Voir supra.

¹⁵⁰⁸ Commission européenne, Commission evaluation of 22/01/2014 of the activities of the Agency for the Cooperation of Energy Regulations (ACER), op. cit., p. 2 : « ACER's mission is to assist the National Regulatory Authorities in exercising, at EU level, their regulatory tasks and to coordinate their actions where necessary ».

¹⁵⁰⁹ Commission européenne, Study on the Evaluation of BEREC and the BEREC Office, Final report, octobre 2012.

1. L'expérience enrichissante du pouvoir de décision individuelle dans les secteurs financiers

L'exercice d'un pouvoir de décision individuelle par les « organes et organismes » de l'Union semble strictement limité si on en croit plusieurs communications de la Commission. Si les agences de l'UE « peuvent se voir conférer le pouvoir de prendre des décisions individuelles »¹⁵¹⁰, la Commission a précisé que ces compétences sont limitées à « des domaines spécifiques requérant une expertise technique déterminée, dans des conditions précises et strictement définies et sans pouvoir discrétionnaire »¹⁵¹¹.

Dans les secteurs des réseaux, ce pouvoir décisionnel est particulièrement réduit. Plusieurs tentatives ont toutefois été menées afin d'octroyer un pouvoir de décision individuelle étendu aux régulateurs européens. La première remonte à la proposition de règlement instituant l'AEMCE, laquelle devait être dotée de « pouvoirs de décision en matière d'administration de la numérotation et conseil en matière de portabilité des numéros »¹⁵¹². Les articles 3 et 8 de la proposition précisaient ainsi que l'Autorité « arrête des décisions individuelles concernant la délivrance de droits d'utilisation pour les numéros de l'espace de numérotation téléphonique européen (ETNS) ». L'Union a toutefois coupé court à toute initiative de ce type dans le secteur des communications électroniques, l'ORECE ne disposant à l'heure actuelle d'aucune compétence de décision individuelle, puisque seul un pouvoir consultatif lui est reconnu. Dans le secteur de l'énergie, l'ACRE dispose quant à elle d'un pouvoir décisionnel limité puisqu'en dehors de sa fonction contentieuse, elle intervient essentiellement dans le cadre de dérogations prévues aux articles 17 §5 du règlement 714/2009 et 36 §4 de la directive 2009/73/CE¹⁵¹³.

Sans surprise, les AES disposent en revanche de larges pouvoirs de décision individuelle, ce qui constitue une véritable évolution par rapport à ceux confiés aux anciens comités des régulateurs. En effet, les trois autorités « n'ont plus seulement pour mission d'améliorer le contenu du droit communautaire et de favoriser la convergence des droits

¹⁵¹⁰ Communication de la Commission du 25 juillet 2001, Gouvernance européenne - Un livre blanc, COM(2001) 428 final, p. 20.

¹⁵¹¹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 11 mars 2008 Agences européennes - Orientations pour l'avenir, COM(2008) 135 final, p. 5.

¹⁵¹² Art. 8 de la proposition de règlement du Parlement et du Conseil instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques.

¹⁵¹³ Art. 9 du règlement n° 713/2009 instituant l'ACRE.

nationaux, elles sont également amenées à appliquer elles-mêmes la législation européenne »¹⁵¹⁴. Hors fonction contentieuse, les AES peuvent adopter une décision individuelle dans deux situations.

D'abord, elles interviennent en cas de violation du droit de l'UE par une ARN, c'est à dire en cas de « manquement » de celle-ci¹⁵¹⁵. Lorsqu'une ARN « n'a pas appliqué [la législation en vigueur], y compris les normes techniques de réglementation et d'exécution (...), ou les a appliqués d'une manière qui semble constituer une violation du droit de l'Union, notamment en ne veillant pas à ce qu'un acteur des marchés financiers remplisse les exigences prévues par lesdits actes », l'AES peut ouvrir une enquête à la demande d'une autre autorité, du Parlement européen, du Conseil, de la Commission, du groupe des parties intéressées au secteur financier, ou de sa propre initiative. Selon les résultats de l'enquête, l'Autorité adresse une recommandation à destination de l'ARN établissant les mesures à prendre pour se conformer au droit de l'UE. Si l'ARN ne s'y conforme pas, la Commission, en prenant compte de l'avis de l'AES, peut alors émettre un avis formel imposant à l'autorité compétente de prendre les mesures nécessaires à cette fin. Si l'ARN ne se conforme pas à cet avis, l'AES, et c'est le point fondamental de la procédure, peut adopter à l'égard d'un acteur des marchés financiers une décision individuelle lui imposant « de prendre les mesures nécessaires pour respecter les obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union, notamment la cessation d'une pratique »¹⁵¹⁶. On le constate, même s'il est encadré, ce pouvoir nécessite une réelle appréciation discrétionnaire de la part des AES qui se voient dotées de la capacité à court-circuiter une ARN défaillante en adoptant directement une décision à l'encontre d'un opérateur de marché. Il est intéressant de noter que pour accélérer la procédure prévue à l'article 17 des règlements, l'article 18 a prévu une procédure d'urgence qui permet à l'AES, une fois la situation d'urgence admise¹⁵¹⁷, d'intervenir plus rapidement. La recommandation comme l'avis de la Commission ne sont alors plus nécessaires et l'AES adopte sa décision à l'égard de l'opérateur.

¹⁵¹⁴ R. VABRES, « La réforme du système européen de surveillance financière : les pouvoirs des autorités européennes de surveillance », RDBF, n° 2, Mars 2011, étude 12.

¹⁵¹⁵ Art. 17 des règlements instituant les AES.

¹⁵¹⁶ Art. 17, §6 des règlements instituant les AES.

¹⁵¹⁷ L'article 18 des règlements précise qu'à la demande de l'AES, de la Commission ou du CERS, « le Conseil peut (...) adopter une décision destinée à l'Autorité constatant l'existence d'une situation d'urgence ».

Ensuite, l'AEMF intervient au même titre que les ARN en octroyant ou refusant des licences et des agréments à certains acteurs du marché. Au titre du règlement n° 1060/2009¹⁵¹⁸ tel que modifié par le règlement 513/2011¹⁵¹⁹, l'AEMF est par exemple chargée d'adopter une décision d'enregistrement ou de refus d'enregistrement d'une agence de notation de crédit¹⁵²⁰ ou d'un groupe d'agences de notation de crédit¹⁵²¹. Ce type de compétence est octroyé à l'AEMF par divers règlements qui l'autorisent à intervenir directement dans les procédures d'octroi d'agréments¹⁵²². Dans le cadre du règlement EMIR¹⁵²³, l'AEMF participe par exemple, avec les ARN et les Banques nationales, au collège chargé de délivrer les agréments pour les contreparties centrales¹⁵²⁴. L'agrément est refusé à la contrepartie centrale si tous les membres du collège, à l'exception des autorités de l'État membre dans lequel la contrepartie centrale est établie, adoptent d'un commun accord un avis conjoint selon lequel la contrepartie centrale ne devrait pas recevoir d'agrément¹⁵²⁵. Lorsque le collège a émis un avis défavorable à la majorité des deux tiers, l'AEMF est alors chargée de prendre une décision définitive sur l'octroi ou non de l'agrément. Cette compétence est même élargie pour les contreparties centrales d'un pays tiers, puisque c'est alors la seule AEMF qui décidera ou non de les reconnaître¹⁵²⁶, sans intervention d'un quelconque collège¹⁵²⁷. En matière de supervision prudentielle des banques de la zone euro, la BCE dispose d'une compétence identique concernant les demandes d'agrément pour l'accès à l'activité d'un établissement de crédit devant être établi dans un Etat membre¹⁵²⁸. Lorsque la demande satisfait à toutes les conditions d'agrément prévues par le droit national de l'Etat membre, « l'autorité compétente nationale arrête, dans le délai prévu par le droit national, un projet de décision proposant à la BCE d'octroyer l'agrément », laquelle peut s'abstenir (auquel cas

¹⁵¹⁸ Règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit, JOUE L 302 du 17/11/2009, p. 1

¹⁵¹⁹ Règlement (UE) n° 513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit, JOUE L 145 du 31/5/2011, p. 30.

¹⁵²⁰ Art. 16 du règlement (CE) n° 1060/2009 modifié.

¹⁵²¹ Art. 17 du règlement (CE) n° 1060/2009 modifié.

¹⁵²² T. BONNEAU, « Enregistrement et sanction », RDBF n° 5, Septembre 2011, comm. 181.

¹⁵²³ Règlement n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, JOUE L 201, 27/7/2012, p. 1.

¹⁵²⁴ Art. 2, §1 du règlement EMIR : on appelle « "contrepartie centrale", une personne morale qui s'interpose entre les contreparties à des contrats négociés sur un ou plusieurs marchés financiers, en devenant l'acheteur vis-à-vis de tout vendeur et le vendeur vis-à-vis de tout acheteur ».

¹⁵²⁵ Art. 17 §4 du règlement EMIR.

¹⁵²⁶ Art. 25 du règlement EMIR.

¹⁵²⁷ La liste actualisée des contreparties autorisées par l'AEMF peut être consultée en suivant le lien : http://www.esma.europa.eu/system/files/ccps_authorized_under_emir.pdf

¹⁵²⁸ Art. 14 du règlement n° 1024/2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit.

l'agrément est donné) ou refuser l'agrément. En outre, si un établissement de crédit ne satisfait pas à ses obligations en vertu du règlement, la BCE dispose d'une batterie de pouvoirs lui permettant d'imposer un « régime » particulier à l'établissement défaillant¹⁵²⁹. Les conséquences pour les autorités nationales de supervision sont ici importantes. Comme le note Thierry Bonneau, le MSU constitue un véritable changement, pour ne pas dire un véritable bouleversement pour des ARN qui perdent un bon nombre de pouvoirs au profit du nouveau mécanisme¹⁵³⁰.

Il est intéressant de noter que dans le cadre de l'octroi des licences et des agréments, l'élargissement du pouvoir de décision individuelle aux AES et au MSU s'inscrit dans un mouvement de transfert de compétences des ARN vers les régulateurs européens. Avant 2011, l'AEMF était par exemple seulement un point d'entrée pour les demandes d'enregistrement et de certification, mais l'enregistrement et la certification étaient des décisions nationales prises par les ARN¹⁵³¹. La situation est différente dans les secteurs des réseaux, dans lesquels la possibilité d'étendre le pouvoir de décision individuelle des régulateurs européens passera ici sans doute par un « transfert » de compétences de la Commission vers eux. Actuellement, la

¹⁵²⁹ Art. 16 du règlement n° 1024/2013 : la BCE peut a) exiger des établissements qu'ils détiennent des fonds propres au-delà des exigences de capital prévues dans les actes visés à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, se rapportant à des éléments de risques et à des risques non couverts par les actes pertinents de l'Union ; b) exiger le renforcement des dispositifs, processus, mécanismes et stratégies ; c) exiger des établissements qu'ils présentent un plan de mise en conformité avec les exigences en matière prudentielle en application des actes visés à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa et fixer un délai pour sa mise en œuvre, y compris en ce qui concerne les améliorations à apporter audit plan au regard de sa portée et du délai prévu ; d) exiger des établissements qu'ils appliquent à leurs actifs une politique spéciale de provisionnement ou un traitement spécial en termes d'exigences de fonds propres ; e) restreindre ou limiter l'activité économique, les opérations ou le réseau des établissements, ou demander la cession des activités qui font peser des risques excessifs sur la solidité d'un établissement ; f) exiger la réduction du risque inhérent aux activités, aux produits et aux systèmes des établissements ; g) exiger des établissements qu'ils limitent la rémunération variable à un pourcentage des revenus nets lorsque cette rémunération n'est pas compatible avec le maintien d'une assise financière saine ; h) exiger des établissements qu'ils affectent des bénéfices nets au renforcement des fonds propres ; i) limiter ou interdire les distributions effectuées par les établissements aux actionnaires, associés ou détenteurs d'instruments additionnels de catégorie 1, dans les cas où cette interdiction n'est pas considérée comme un événement de défaut dudit établissement ; j) imposer des obligations de déclaration supplémentaires ou plus fréquentes, y compris des déclarations sur les positions de fonds propres et de liquidités ; k) imposer des exigences spécifiques en matière de liquidité, y compris des restrictions relatives aux asymétries d'échéances entre actifs et passifs ; l) exiger la communication d'informations supplémentaires ; m) démettre, à tout moment, de leurs fonctions les membres de l'organe de direction des établissements de crédit qui ne remplissent pas les obligations prévues dans les actes visés à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa.

¹⁵³⁰ T. BONNEAU, Régulation bancaire et financière européenne et internationale, 2e éd., Coll. Droit de l'union européenne, Bruylant, 2014, p. 85.

¹⁵³¹ T. BONNEAU, « Coup de projecteur sur les agences de notation », RDBF, n° 6, novembre 2011, alerte 31 ; M. SEVE, La régulation financière face à la crise, op. cit., p. 680.

Commission dispose de pouvoirs de régulation étendus, dans le secteur des communications électroniques comme dans celui de l'énergie. Ces pouvoirs constituent parfois un moyen d'encadrer, parfois strictement, l'action des ARN. C'est notamment le cas du « droit de véto » reconnu à l'article 7 de la directive 2002/21/CE et aux articles 39 et 43 des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE. On peut souhaiter que cette dépendance vis-à-vis de la Commission s'estompe au profit d'une hausse des compétences des régulateurs européens¹⁵³².

2. L'exercice hétérogène de la fonction contentieuse

Les résistances classiques à l'élargissement des pouvoirs des régulateurs européens au détriment de la Commission et des ARN ne semblent pas, à l'égard de l'exercice d'une fonction contentieuse¹⁵³³, aussi importantes que dans d'autres domaines. A propos du règlement des différends, un auteur a d'ailleurs relevé, concernant les autorités européennes de régulation, qu' « il est probable que l'évolution du droit de l'Union européenne verra la consécration de cette fonction au niveau européen »¹⁵³⁴. Il faut reconnaître que dans ce domaine, l'évolution du droit dérivé permet d'observer que les différents régulateurs européens (ORECE, ACRE, AES) peuvent tous intervenir, mais avec force diverse, dans la résolution des litiges transfrontaliers.

Dans le secteur des communications électroniques, l'ORECE dispose de cette compétence au titre de l'article 21 de la directive n° 2002/21/CE telle que modifiée en 2009. En cas de litige transfrontalier, les ARN doivent coordonner leurs efforts et peuvent à cette occasion consulter l'ORECE « afin de régler le litige de façon cohérente ». Cette préoccupation avait déjà été mise en avant dans la proposition de règlement instituant l'AEMCE. Celle-ci relevait que « les problèmes rencontrés par les autorités réglementaires nationales pour résoudre les litiges transfrontaliers aboutissent à des solutions inefficaces et entravent le marché intérieur »¹⁵³⁵. L'article 18 du règlement aurait alors permis à l'autorité, en cas de litige transfrontalier et sur demande d'une ARN, de formuler une recommandation

¹⁵³² Pour une analyse du « droit de véto » de la Commission dans le cadre des articles précités, comme limite à l'indépendance fonctionnelle des ARN, et des modifications à envisager en la matière (et notamment le rôle accru des régulateurs européens), voir, infra, p. 502.

¹⁵³³ L'exercice de la fonction contentieuse par les régulateurs européens s'articule autour du pouvoir de règlement des litiges et du pouvoir de sanction. Voir : T. PERROUD, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit., p. 57.

¹⁵³⁴ Ibid., p. 196.

¹⁵³⁵ Cons. 9 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques.

qui définissait les mesures que les ARN pouvaient utilement adopter. A l'heure actuelle, une procédure similaire est prévue pour le cas de l'ORECE, ce qui signifie que cette compétence est entièrement subsidiaire et consultative¹⁵³⁶, même s'il est prévu que les ARN attendent l'avis de l'ORECE avant d'entreprendre une action pour régler le litige et qu'elles « tiennent le plus grand compte de l'avis adopté »¹⁵³⁷.

La situation est en revanche largement différente dans les secteurs des finances et de l'énergie. Dans les secteurs financiers, les AES bénéficient d'un réel pouvoir de règlement des différends prévu dans les trois règlements du 24 novembre 2010. Ici, lorsqu'une ARN est en désaccord sur la procédure, le contenu d'une mesure ou l'inaction d'une autre ARN, l'AES peut, sur demande ou de sa propre initiative leur prêter assistance en qualité de médiateur pour trouver un accord. Si toutefois les ARN n'ont pas trouvé d'accord au terme de la phase de conciliation, l'AES peut « arrêter une décision pour leur imposer de prendre des mesures précises ou de s'abstenir d'agir en vue de régler la question, avec des effets contraignants pour les autorités compétentes concernées, afin de faire respecter le droit de l'Union »¹⁵³⁸. Dans le secteur de l'énergie, les pouvoirs de l'ACRE se rapprochent de ceux des AES. L'Agence peut également décider de son propre chef, en cas de litige concernant les modalités et conditions d'accès et de sécurité d'exploitation applicables aux infrastructures transfrontalières, de participer à la résolution du différend opposant deux ARN. Le règlement n° 713/2009 précise que « pour les infrastructures transfrontalières, l'agence statue sur les questions de réglementation relevant de la compétence des autorités de régulation nationales (...) si les autorités de régulation nationales compétentes ne sont pas parvenues à un accord dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle le problème a été porté à la connaissance de la dernière de ces autorités »¹⁵³⁹. En outre, cette compétence dépasse également le cadre consultatif puisque c'est bien in fine l'ACRE qui prend la décision.

¹⁵³⁶ Art. 21, §2, al. 4 de la directive n° 2002/21/CE telle que modifiée par la directive n° 2009/140/CE : « toute autorité réglementaire nationale qui est compétente pour un tel litige peut demander à l'ORECE d'adopter un avis en ce qui concerne l'action à entreprendre ».

¹⁵³⁷ Art. 21, §2, al. 5.

¹⁵³⁸ Art. 19, §3 des règlements instituant les AES. Dans le droit dérivé, il est d'ailleurs régulièrement fait référence à cette compétence en matière de règlement des différends, en cas de désaccord entre plusieurs ARN. Par exemple : art. 13, §6 du règlement n° 596/2014 sur les abus de marché : « lorsqu'une autorité compétente estime qu'une autre autorité compétente a instauré une pratique de marché admise qui ne satisfait pas aux critères énoncés au paragraphe 2, l'AEMF aide les autorités concernées à parvenir à un accord dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 19 du règlement (UE) n° 1095/2010. Si les autorités compétentes concernées ne parviennent pas à trouver un accord, l'AEMF peut prendre une décision conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement (UE) n° 1095/2010 ».

¹⁵³⁹ Art. 8, §1 du règlement n° 713/2009 instituant l'ACRE.

Depuis peu, le souhait d'élargir les compétences décisionnelles de l'ACRE en matière de règlement des litiges semble une réalité. C'est ce que l'on constate avec le récent règlement n° 347/2013 qui permet au régulateur européen d'intervenir dans le cas d'un litige entre ARN à propos de la réalisation d'investissements ayant des incidences transfrontalières. Les ARN doivent trouver un accord entre les GRT et les autres promoteurs de projets pour la répartition des coûts d'investissement engagés. Mais « si les autorités de régulation nationales concernées n'ont pas trouvé d'accord sur la demande d'investissement dans les six mois (...), elles en informent l'Agence »¹⁵⁴⁰. Dans ce cas, ou à la demande conjointe des ARN concernées, la décision relative à la répartition des coûts d'investissement est prise par l'ACRE. A ce jour, l'ACRE n'a utilisé cette compétence qu'à deux reprises. D'abord dans une décision du 11 août 2014 à propos des investissements contractés par les GRT polonais et lituanien à la frontière entre les deux Etats¹⁵⁴¹. A cette occasion, l'ACRE imposa notamment aux GRT estonien et letton, dont les pays étaient largement bénéficiaires des investissements, de participer à leur financement¹⁵⁴². Puis plus récemment dans une décision du 27 avril 2015 dans une affaire qui concernait de nouveau la Pologne et la Lituanie¹⁵⁴³.

Le pouvoir de régler les litiges transfrontaliers constitue ainsi une avancée des derniers « paquets » législatifs issus des règlements et directives de 2009 et 2010. Il en est différemment du pouvoir de sanction, lequel se développe sous des formes variées dans les secteurs financiers et n'existe pas dans les secteurs des réseaux.

L'attribution d'un pouvoir de sanction à une autorité européenne de régulation pose une difficulté supplémentaire par rapport à celui de règlement des litiges en ce sens que le destinataire de la sanction n'est plus une ARN mais un acteur opérant sur le marché. Ainsi, la proposition de règlement instituant l'AEMCE précisait à son article 43 que des sanctions

¹⁵⁴⁰ Art. 12, §6 du règlement n° 347/2013.

¹⁵⁴¹ ACRE, Decision on the investment request including cross-border cost allocation for the gas interconnection Poland-Lithuania project of common interest Projet n° 8.5, 11 août 2014. Disponible sur : http://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Individual%20decisions/ACRE%20individual%20Decision%2001-2014.pdf.

¹⁵⁴² Voir : L. MEEUS et N. KEYAERTS, « First series of cross-border cost allocation decisions for projects of common interest: Main lessons learned », Florence School of Regulation Policy Brief, Iss. 2015/01, février 2015.

¹⁵⁴³ ACRE, Decision on the investment request including cross-border cost allocation for the Lithuanian part for the interconnection between Alytus and the Lithuania/Poland border, Projet n° 4.5.1, 16 avril 2015. Disponible sur : http://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Individual%20decisions/ACER%20Decision%2002-2015.pdf.

pouvaient être imposées aux opérateurs n'ayant pas fourni les informations demandées par l'Autorité. Mais la sanction était imposée par la Commission. Dans le cadre de l'ACRE, aucune sanction n'est même prévue en cas de non respect des décisions de l'Agence. Hubert Delzangles avait déjà soulevé cette problématique en 2008, en prenant l'exemple de la BCE (alors même que le MSU n'existait pas) et en estimant que le pouvoir de sanction devait « être détenu par l'autorité elle-même et être étendu à l'ensemble des infractions aux décisions et actes réglementaires édictés par celle-ci »¹⁵⁴⁴. Il est vrai que dans les secteurs des réseaux, si les agences doivent devenir de véritables autorités européennes de régulation, l'octroi d'un pouvoir coercitif leur permettrait de sanctionner les opérateurs ne respectant pas les normes techniques qu'elles seraient amenées à édicter. A l'heure actuelle, le déficit de pouvoir de décision individuelle et réglementaire implique cependant qu'un pouvoir de sanction n'aurait que peu d'intérêts. Il n'en demeure pas moins que dans les secteurs des réseaux et notamment dans celui de l'énergie, les opportunités d'accroître les pouvoirs des agences des réseaux sont réelles¹⁵⁴⁵.

Les régulateurs des secteurs financiers peuvent à ce titre servir de modèle pour l'octroi d'un pouvoir de sanction aux autres régulateurs européens. En effet, l'AEMF, mais également le MSU, ont été dotés de pouvoirs coercitifs leur permettant de faire respecter le droit de l'UE dans certains domaines. Depuis 2011, le pouvoir de sanction de l'AEMF¹⁵⁴⁶ s'exerce d'abord à l'égard des agences de notation¹⁵⁴⁷ en ce qu'elle dispose de la capacité à leur retirer leur agrément¹⁵⁴⁸. Elle peut aussi prononcer des injonctions¹⁵⁴⁹, des mesures d'interdiction temporaire¹⁵⁵⁰ et des astreintes¹⁵⁵¹. Surtout, l'Autorité possède le pouvoir de

¹⁵⁴⁴ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, *Communications électroniques*, Energie et Postes, op.cit, p. 815.

¹⁵⁴⁵ Voir notamment la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Conseil économique et social européen, au Comité des régions et à la banque centrale d'investissement du 25 février 2015, Cadre stratégique pour une Union de l'énergie résiliente, dotée d'une politique clairvoyante en matière de changement climatique.

¹⁵⁴⁶ T. BONNEAU, « Enregistrement et sanction », op. cit. Pour l'auteur, « on pourrait, il est vrai, être tenté de contester la reconnaissance d'un tel pouvoir de sanction car le Règlement n'utilise pas le terme "sanction" ; il parle de mesures de surveillance, d'amende et d'astreintes. Il n'en demeure pas moins que nombre de ces mesures – notamment le retrait d'enregistrement, l'interdiction d'exercice et les amendes – s'analysent incontestablement en des sanctions. Aussi la reconnaissance de ce pouvoir est-il indiscutable ».

¹⁵⁴⁷ M. SEVE, « Les agences de notation : de la dérégulation à la re-régulation », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, novembre 2012, dossier 32.

¹⁵⁴⁸ Art. 24, §1, a) du règlement n° 1096/2009 modifié par le règlement 513/2011.

¹⁵⁴⁹ Art 24, §1, d) du règlement n° 1096/2009 modifié.

¹⁵⁵⁰ art. 24, §1, b) du règlement n° 1096/2009 modifié.

¹⁵⁵¹ Art. 36 ter du règlement n° 1096/2009 modifié.

prononcer une amende lorsqu'une agence de notation de crédit a, délibérément ou par négligence, commis une des infractions prévues à l'annexe n° 3 du règlement. Depuis l'entrée en vigueur du règlement CRA 3¹⁵⁵² qui encadre encore plus strictement les agences de notation, l'AEMF a été amenée à prononcer des sanctions à deux reprises : d'abord, un blâme (la sanction la plus faible) fut prononcé à l'encontre de l'agence Standard & Poor's qui avait dégradé à tort la note de la France¹⁵⁵³, puis une amende de 30.000 euros fut infligée à l'agence DBRS¹⁵⁵⁴. Selon l'AEMF, l'agence canadienne avait agi avec négligence, dans la documentation et l'archivage de ses procédures internes. Dans la prise de décision, ses mécanismes de contrôle ont été jugés insuffisants et sa fonction conformité s'est avérée défaillante (manque de ressources allouées, défaut dans l'expertise et dans l'accès à toutes les informations pertinentes). Par ailleurs, il est intéressant de noter que le pouvoir de sanction exercé par l'AEMF sur les agences de notation est largement lié à transfert de compétences des ARN vers elle¹⁵⁵⁵, mais aussi à un « non-transfert » vers la Commission. En effet, la proposition de règlement¹⁵⁵⁶ ne prévoyait pas un transfert aussi étendu : si l'AEMF pouvait mener les enquêtes¹⁵⁵⁷, procéder à des inspections sur place¹⁵⁵⁸ et prendre des mesures de surveillance¹⁵⁵⁹, elle pouvait seulement proposer le prononcé d'amendes¹⁵⁶⁰ et d'astreintes¹⁵⁶¹ qui devaient ensuite être infligées ou imposées par la Commission. Le renforcement des pouvoirs de l'AEMF naît donc d'un double mouvement et est intéressant de ce point de vue.

Naturellement, compte tenu de ses compétences élargies dans le cadre du MSU, la BCE dispose également de ce double pouvoir de sanction. D'abord, elle dispose, comme l'AEMF, de la possibilité de retirer les agréments qu'elle a accordé aux établissements de

¹⁵⁵² Règlement (UE) n° 462/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 modifiant le règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit, JOUE L 146 du 31/5/2013, p. 1.

¹⁵⁵³ AEMF, Decision of the board of supervisors, ESMA/2014/544, 20 mai 2014. Voir : A. GAUDEMET, « Agences de notation : le régulateur européen affirme son pouvoir de sanction », RDBF, n° 4, Juillet 2014, comm. 155.

¹⁵⁵⁴ AEMF, Decision of the board of supervisors, ESMA/2015/1048, 24 juin 2015.

¹⁵⁵⁵ Avant le règlement n° 513/2011, les ARN étaient chargées du contrôle des agences de notation. Voir : O. DE MATTOS, « Les agences de notation, entre notation et régulation ! », Cahiers de droit de l'entreprise, n° 4, Juillet 2010, act. 19.

¹⁵⁵⁶ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 2 juin 2010 modifiant le Règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences notation de crédit, COM(2010) 289 Final.

¹⁵⁵⁷ Art. 23 ter de la proposition.

¹⁵⁵⁸ Art. 23 quater de la proposition.

¹⁵⁵⁹ Art. 24 ter de la proposition.

¹⁵⁶⁰ Art. 36 bis de la proposition.

¹⁵⁶¹ Art. 36 ter de la proposition.

crédit¹⁵⁶². Ensuite, le règlement lui octroie un pouvoir de sanction pécuniaire « lorsque des établissements de crédit, des compagnies financières holdings ou des compagnies financières holdings mixtes commettent, intentionnellement ou par négligence, une infraction à une exigence découlant d'actes pertinents directement applicables du droit de l'Union »¹⁵⁶³. Dans ce cas, le conseil de surveillance du MSU peut imposer des sanctions pécuniaires administratives qui peuvent aller jusqu'au double des gains retirés de l'infraction ou des pertes qu'elle a permis d'éviter, si ceux-ci peuvent être déterminés, ou d'un montant maximal correspondant à 10 % du chiffre d'affaires annuel total.

3. Les conséquences de l'exercice de pouvoirs décisionnels sur l'organisation interne des régulateurs européens

L'octroi de ces pouvoirs décisionnels aux régulateurs européens se traduit par ricochet par la mise en place d'une organisation interne spécifique et différente de la plupart des agences décentralisées. Cette spécificité s'apprécie tant lors de l'étude de la nature des organes décisionnels que par la création en leur sein d'une commission de recours.

a. La nature de l'organe détenteur des pouvoirs décisionnels au carrefour d'un paradoxe

La délégation progressive de pouvoirs décisionnels à certaines agences décentralisées n'est pas sans effet sur leur organisation interne et sur leur fonctionnement. En effet, l'organisation des cinq régulateurs européens étudiés diffère substantiellement selon l'étendue des pouvoirs décisionnels qui leur ont été ou non octroyés. Cette réflexion prend d'abord forme lors de l'analyse de la dénomination de ces organismes. En effet, l'ORECE est un « organe » (body), l'ACRE une « agence » (agency) alors que les trois AES sont des « autorités » (authorities). Le choix fait ici par les institutions européennes n'est pas anodin. Plusieurs auteurs se sont d'ailleurs interrogés sur l'impact que peuvent avoir ces dénominations différentes¹⁵⁶⁴, concluant à juste titre que l'appellation choisie correspondait

¹⁵⁶² Art. 14, §5 du règlement n° 1024/2013 : « la BCE peut retirer l'agrément de sa propre initiative dans les cas prévus par le droit applicable de l'Union, après consultation de l'autorité compétente nationale de l'État membre participant où l'établissement de crédit est établi, ou sur proposition de cette autorité compétente nationale ».

¹⁵⁶³ Art. 18 du règlement n° 1024/2013.

¹⁵⁶⁴ Voir : H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », RJEP n° 692, Décembre 2011, p. 2 ; N. GROVE-VALDEYRON, « Les agences de la communauté sont-elles des autorités de régulation ? », in L. GRARD (dir.), *Autorités de régulation et droit européen*, JCP. E, n°2, supplément n°19 du 6 mai 2004, p. 22.

directement au degré d'intégration et aux pouvoirs de l'organisme. Hubert Delzangles note à ce propos qu'« une analyse classant les autorités européennes par ordre croissant de pouvoirs, permet d'apprécier (...) que la structure institutionnelle, tout comme le nom donné à l'Agence, correspondent aux pouvoirs conférés »¹⁵⁶⁵. Ce constat peut également être mis en perspective du premier projet d'« Autorité européenne du marché des communications électroniques »¹⁵⁶⁶ qui fut rejeté par la commission ITRE du Parlement européen. La défunte AEMCE, dont le statut était assez proche de celui de l'ACRE¹⁵⁶⁷, disposaient en effet de certains pouvoirs que n'a pas eu l'ORECE¹⁵⁶⁸.

Les pouvoirs de l'ORECE, de l'ACRE et des AES témoignent ainsi d'une grande hétérogénéité qu'il faut apprécier en filigrane de la composition et de la structure décisionnelle de l'organisme concerné. L'organisation de l'ORECE s'articule autour d'un Conseil des régulateurs¹⁵⁶⁹ qui dispose de l'essentiel des prérogatives de l'organe. Assisté d'un service administratif¹⁵⁷⁰ et composé des directeurs ou de représentants des ARN instituées dans chacun des Etats membres, le Conseil a pour mission première de surveiller le fonctionnement quotidien des marchés des réseaux et services de communications électroniques, en « [exécutant] les tâches de l'ORECE et [en prenant] toutes les décisions relatives à l'exercice de ses fonctions ». Comme nous l'avons noté précédemment, le Conseil des régulateurs est pourtant quasi-dépourvu de pouvoirs. En effet, l'article 3 du règlement précise qu'il ne dispose que de tâches consultatives autour du triptyque suivant : avis, consultations, et rapports. L'ORECE n'est en fait pas en mesure de rendre une quelconque décision, et chacune de ses interventions se fait dans une logique d'assistance auprès de la Commission ou des ARN. Alors que le projet initial d'« Autorité européenne du marché des communications électroniques » prévoyait un organe doté de pouvoirs de décision individuelle¹⁵⁷¹ nécessitant la présence d'une commission de recours¹⁵⁷², l'ORECE reprend essentiellement les compétences dévolues à l'ERG, à tel point qu'il semble marginalisé si l'on

¹⁵⁶⁵ H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », *ibid.*, p. 6

¹⁵⁶⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 699 final.

¹⁵⁶⁷ P. IDOUX, « Questions à l'Europe, questions sur l'Europe », RDP n° 3, 1er mai 2008, p. 788.

¹⁵⁶⁸ Articles 4 à 23 de la Proposition de règlement COM (2007) 699 final.

¹⁵⁶⁹ Article 5 du Règlement n°1211/2009.

¹⁵⁷⁰ Le service administratif est appelé Office ; Article 6 du Règlement n°1211/2009.

¹⁵⁷¹ Article 8 du Règlement n°1211/2009.

¹⁵⁷² Article 34 du Règlement n°1211/2009. Un recours pouvait être formé contre les décisions de la Commission devant le TPICE (article 35).

en croit la teneur de son avis sur le projet de nouveau paquet télécom¹⁵⁷³, regrettant de ne pas avoir été associé à sa préparation¹⁵⁷⁴. Dépourvu de pouvoirs décisionnels, l'ORECE reste donc sous le « giron » de la Commission.

En matière de régulation de l'énergie, nous avons vu que l'ACRE est à l'inverse détentrice d'une plus grande marge de manœuvre du point de vue décisionnel¹⁵⁷⁵. Ainsi, l'ACRE « arrête des décisions individuelles sur des questions techniques »¹⁵⁷⁶, et statue, pour les infrastructures transfrontalières et sous certaines conditions¹⁵⁷⁷, « sur les questions de réglementation relevant de la compétence des autorités de régulation nationales » dans le cadre de règlement de différends. Si l'ACRE est composée d'un Conseil des régulateur¹⁵⁷⁸, émanation des ARN, les pouvoirs de celui-ci restent toutefois réduits. Son activité est en effet encadrée¹⁵⁷⁹ par un Conseil d'administration composé de membres issus des institutions de l'Union¹⁵⁸⁰. Qui plus est, c'est le directeur de l'agence, désigné par le Conseil d'administration¹⁵⁸¹, qui dispose de l'essentiel des pouvoirs. C'est en effet lui qui, à la suite d'un avis favorable du Conseil des régulateurs, arrête les avis, recommandations et décisions de l'agence. Les ARN disposent donc, au mieux, d'un veto sur les actes pris par le directeur. Si en matière de compétences, l'ACRE illustre le franchissement d'un pas supplémentaire en matière de régulation à l'échelon de l'Union, l'essentiel de ses pouvoirs actifs est concentré aux mains d'organes intimement liés au triangle institutionnel.

Sur ce point, les Autorités européennes de surveillance (AES)¹⁵⁸² marquent à l'inverse une nouvelle étape dans la régulation européenne¹⁵⁸³. Ces autorités disposent de

¹⁵⁷³ P. IDOUX, « Régulateurs nationaux et régulateurs européens », op. cit., p. 290.

¹⁵⁷⁴ ORECE, communiqué de presse du 16 septembre 2013 concernant la proposition de règlement relatif au marché unique européen publiée par la Commission européenne.

¹⁵⁷⁵ Articles 5 à 9 du Règlement n° 713/2009.

¹⁵⁷⁶ Article 7 §1 du Règlement n° 713/2009.

¹⁵⁷⁷ « si les autorités de régulation nationales compétentes ne sont pas parvenues à un accord dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle le problème a été porté à la connaissance de la dernière de ces autorités ou à [leur] demande conjointe ».

¹⁵⁷⁸ Articles 14 et 15 du Règlement n° 713/2009.

¹⁵⁷⁹ Article 13 §2 du Règlement n° 713/2009 : « le conseil d'administration désigne formellement les membres du conseil des régulateurs ».

¹⁵⁸⁰ Article 12 du Règlement n° 713/2009 : « le conseil d'administration comprend neuf membres (...). Deux membres et leurs suppléants sont désignés par la Commission, deux membres et leurs suppléants sont désignés par le Parlement européen et cinq membres et leurs suppléants sont désignés par le Conseil ».

¹⁵⁸¹ Article 13 §1 du Règlement n° 713/2009.

¹⁵⁸² Pour plus de lisibilité, les notes ci-après feront toutes référence au Règlement n° 1095/2010 instituant l'ESMA.

pouvoirs élargis, et leur organisation interne se distingue substantiellement de celles de l'ORECE et de l'ACRE. En premier lieu, leur organisation s'appuie essentiellement sur les ARN, dont les présidents constituent leur organe principal, le Conseil de surveillance¹⁵⁸⁴. Comme pour l'ACRE, un représentant de la Commission assiste aux réunions, tout en ne prenant pas part au vote. Pour chaque AES, un représentant du CERS et des deux autres autorités siègent également dans chacun des Conseils de surveillance. La grande spécificité des AES est la place prépondérante laissée aux présidents des ARN, car le Conseil d'administration, essentiellement chargé de tâches administratives et budgétaires, en est composé de membres, et c'est le Conseil de surveillance qui désigne le Directeur de l'Autorité. L'essentiel des pouvoirs des trois autorités est donc concentré, directement ou indirectement, aux mains des présidents des ARN. Cette spécificité est tout à fait unique parmi les organismes de l'Union dans la mesure où l'exercice de pouvoirs garantis par l'UE ne peut être contrôlé par l'une des Institutions de l'Union.

Cet état de fait aboutit à une situation paradoxale. On aurait pu imaginer que la délégation de pouvoirs des Institutions de l'UE vers les régulateurs européens se serait opérée au prix d'un plus grand contrôle sur leurs organes décisionnels. En effet, il ne faut pas oublier que les organismes de régulation participent « à un projet fondé sur un évident dualisme régulateur au niveau européen, là où coopèrent deux sujets différents ». D'un côté, il y a la Commission, « qui ne "représente" pas les administrations nationales mais exprime le point de vue (...) de l'Union », et de l'autre, « un régulateur européen (...) qui exprime la voix des régulateurs des divers Etats »¹⁵⁸⁵. En déléguant des pouvoirs aux régulateurs européens, l'UE risquait d'en conserver directement ou indirectement le contrôle. Or il n'en est rien. Au contraire, plus l'organisme de régulation dispose de pouvoirs décisionnels, plus ces derniers sont exercés directement par les ARN et moins ils le sont par la Commission. L'attribution de tels pouvoirs à ces régulateurs leur confère ainsi un véritable rôle en les renforçant sur la scène européenne, contribuant à un accroissement de leur efficacité. Tout en bouleversant leur organisation interne qui ne ressemble à aucune autre parmi les agences de l'UE, la délégation de pouvoirs à leur endroit fixe s'opère donc dans un cadre qui vise une meilleure efficacité.

¹⁵⁸³ Ce qui fait dire à Hubert Delzangles qu'elles témoignent « d'un nouveau stade de maturité de la régulation dans l'UE », H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », op. cit., p. 7.

¹⁵⁸⁴ Articles 40 à 44 du Règlement n° 1095/2010.

¹⁵⁸⁵ E. CHITI, « Existe-t-il un modèle d'agence de l'Union européenne ? », in J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, op. cit., p. 66 et p. 72.

b. La création d'une juridiction spéciale de recours au sein du régulateur

Alors qu'à l'échelle nationale, les actes pris par les ARN ne peuvent être contestées que devant le juge de droit commun, la situation est différente à l'échelle de l'Union. Certes, le Tribunal de première instance et la Cour de justice peuvent naturellement être saisis des décisions prises par les organismes de l'UE, mais lorsqu'ils disposent de pouvoirs décisionnels – c'est le cas des AES et dans une moindre mesure de l'ACRE – les régulateurs européens se sont vus imposer une organisation interne spécifique, laquelle s'articule autour d'une commission de recours destinée à statuer sur les recours formés contre leurs décisions. La création de ce type d'organe de recours n'est d'ailleurs pas propre à l'ACRE et aux AES. Certaines autres agences décentralisées dotées de pouvoirs étendus sont également tenues d'instituer une chambre de recours en leur sein. C'est le cas par exemple de l'Agence européenne de sécurité aérienne. Le règlement (CE) n° 216/2008¹⁵⁸⁶ précise ainsi que « une ou plusieurs chambres de recours sont instituées au sein de l'Agence »¹⁵⁸⁷, lesquelles « sont chargées de statuer sur les recours portant sur les décisions [prises par l'agence] »¹⁵⁸⁸. Trois arguments ont été avancés par le président de la commission de recours des AES William Blair pour justifier la création de ce type d'organe¹⁵⁸⁹ : l'importance d'un recours rapide et effectif contre les décisions prises par l'autorité qui ont des effets directs sur les entreprises et les consommateurs, une augmentation de la « responsabilisation » (accountability) du régulateur, et le respect de principes de « bonne gouvernance » (aspect of good governance). Pour ces raisons, le législateur de l'UE a donc institué des commissions de recours dès lors que le régulateur européen dispose de tels moyens d'action¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁶ Règlement (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, et abrogeant la directive 91/670/CEE du Conseil, le règlement (CE) n° 1592/2002 et la directive n° 2004/36/CE.

¹⁵⁸⁷ Art. 40, al. 1 du règlement (CE) n° 216/2008.

¹⁵⁸⁸ Art. 40, al. 2 du règlement (CE) n° 216/2008.

¹⁵⁸⁹ W. BLAIR, « Board of Appeal of the European Supervisory Authorities », *European Business Law Review*, Vol 24, Iss. 2, p. 165.

¹⁵⁹⁰ Voir notamment le cons. 58 des règlements instituant les AES : « Il convient d'assurer que les parties lésées par les décisions adoptées par l'Autorité disposent d'un recours pour dégager les solutions nécessaires. Afin de protéger efficacement les droits des parties et pour des raisons de simplification de procédure, les parties devraient disposer d'un droit de recours auprès d'une commission de recours dans les cas où l'Autorité dispose de pouvoirs de décision. Pour des raisons d'efficacité et de cohérence, la commission de recours devrait être un organisme conjoint des AES, indépendant de leurs structures administratives et réglementaires. Les décisions de la commission de recours devraient pouvoir être contestées devant la Cour de justice de l'Union européenne ».

Alors que l'ORECE ne dispose actuellement d'aucun pouvoir décisionnel, nous avons vu que l'ACRE et les trois AES sont en revanche dépositaires d'un pouvoir décisionnel garanti par le droit dérivé. Pour l'ACRE, le règlement (CE) n° 713/2009 institue ainsi une commission de recours à son article 18. Il précise également que « toute personne physique ou morale, y compris des autorités de régulation nationales, peut former un recours contre une décision (...) dont elle est le destinataire ou contre une décision qui, bien qu'elle ait été prise sous la forme d'une décision dont une autre personne est le destinataire, la concerne directement et individuellement »¹⁵⁹¹, et indique que ce recours devant la commission s'effectue dans le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire¹⁵⁹². Dans le cadre des AES, la situation est différente et témoigne de la grande proximité des trois autorités européennes de surveillance, puisqu'une unique commission de recours est instituée¹⁵⁹³. Les caractéristiques du recours restent toutefois identiques pour la commission de recours de l'ACRE et celle des AES¹⁵⁹⁴. Enfin, dans le cadre du MSU, le règlement (UE) n° 1024/2013 a mis en place au sein de la BCE « une commission administrative de réexamen chargée de procéder, à la suite d'une demande présentée conformément au paragraphe 5, à un réexamen administratif interne des décisions prises par la BCE dans l'exercice des compétences que lui confère le règlement »¹⁵⁹⁵.

Il est par ailleurs intéressant de noter que ces différentes commissions de recours et de réexamen sont soumises à des impératifs d'impartialité objective stricts. Ainsi, le règlement (CE) n° 713/2009 instituant l'ACRE et ceux instituant les AES précisent que « les membres de la commission de recours ne peuvent prendre part à aucune procédure de recours (...) s'ils ont déjà représenté une des parties à la procédure, ou s'ils ont participé à la décision faisant l'objet du recours »¹⁵⁹⁶. Les règlements instituant les AES indiquent en outre que les membres de la commission de recours « ne peuvent exercer aucune autre fonction au sein de l'Autorité, de son conseil d'administration ou de son conseil des autorités de surveillance »¹⁵⁹⁷. Quant à la commission administrative de réexamen de la BCE, ses

¹⁵⁹¹ Art. 19, al. 1er du règlement (CE) n° 713/2009.

¹⁵⁹² Art. 19, al. 4 du règlement (CE) n° 713/2009.

¹⁵⁹³ Art. 58, al. 1er du règlement (UE) n° 1095/2010 : « La commission de recours est un organe commun des AES ».

¹⁵⁹⁴ Voir notamment les alinéas 1er et 4 de l'article 60 du règlement (UE) n° 1095/2010 concernant les requérants et le principe du contradictoire.

¹⁵⁹⁵ Art. 24, al. 1er du règlement (UE) n° 1024/2013.

¹⁵⁹⁶ Art. 18, al. 4 du règlement (CE) n° 713/2009 et art. 59, al. 2 du règlement (UE) n° 1095/2010.

¹⁵⁹⁷ Art. 59, al. 1er du règlement (UE) n° 1095/2010.

membres « ne font pas partie du personnel en poste de la BCE, des autorités compétentes ni d'autres institutions, organes, organismes ou agences des États membres ou de l'Union qui participent à l'accomplissement des missions confiées à la BCE »¹⁵⁹⁸. Ces commissions de recours constituent donc des tribunaux spéciaux amenés à se prononcer sur les décisions de chacun des régulateurs. Il n'existe pas toutefois, à l'échelle des régulateurs européens, de précision quant à la séparation des fonctions de poursuite et de jugement, par exemple au sein de l'AEMF dans le cadre des sanctions prononcées à l'égard des agences de notations. En réalité, ce débat qui est actuellement vif à l'échelle des ARN ne semble pas concerner les régulateurs européens puisque ces commissions de recours exercent une fonction juridictionnelle et constituent d'emblée le moyen d'exercer un premier recours effectif devant un tribunal impartial. Même lorsqu'elles possèdent un pouvoir de sanction susceptible de poser des difficultés du point de vue de la séparation des différentes fonctions exercées au sein de l'autorité, l'existence de la Commission de recours impartiale est une solution simple et efficace qui fait ses preuves à l'échelle de l'UE et dont les États membres pourraient s'inspirer pour leurs ARN¹⁵⁹⁹. Ce n'est que lorsque les voies de recours internes des agences sont épuisées que le TPIUE ou la CJUE peuvent ensuite être saisis¹⁶⁰⁰.

II. Les difficultés liées à l'octroi d'un pouvoir réglementaire aux agences

Alors que l'octroi d'un pouvoir consultatif est acquis et que celui de décisions individuelles est en voie de développement, la possibilité pour les agences de l'UE de prendre des actes de portée générale a posé plus de difficultés. Le récent arrêt dit « AEMF » du 22 janvier 2014 a toutefois donné l'occasion à la Cour de lever des doutes importants sur la faculté que celles-ci ont de prendre des actes de portée générale, en apportant des clarifications attendues quant à l'exercice d'un pouvoir réglementaire (A). Cette décision permet en outre à la Cour de préciser les caractéristiques de l'encadrement des ces pouvoirs, pouvoirs qui mériteraient de se multiplier dans les différents secteurs régulés (B).

¹⁵⁹⁸ Art. 24, al. 2 du règlement (UE) n° 1024/2013.

¹⁵⁹⁹ Bien que différant sur la nature des décisions visées par le recours, ce système se rapproche d'ailleurs de l'organisation interne des ARN autrichiennes. Voir supra.

¹⁶⁰⁰ Art. 20 du règlement (CE) n° 216/2008, art. 61 des règlements instituant les AES, art. 24, al. 11 du règlement (UE) n° 1024/2013.

A. Les clarifications bienvenues quant à l'exercice d'un pouvoir réglementaire par les agences

La possibilité d'octroyer un pouvoir réglementaire aux autorités européennes de régulation fut longtemps confrontée à certaines difficultés difficilement surmontables, comme la doctrine de la Commission et la jurisprudence de la Cour, qui ont pu sembler interdire l'exercice d'un tel pouvoir (1). Récemment amenée à se prononcer sur l'étendue des pouvoirs conférés par l'article 28 du règlement n° 236/2012 relatif à l'AEMF, la Cour est toutefois venue préciser qu'un pouvoir réglementaire pouvait directement être exercé par des régulateurs européens (2).

1. L'incapacité pour les agences de prendre des actes de portée générale

La doctrine de la Commission a longtemps été défavorable à la délégation d'un pouvoir réglementaire aux agences. Ainsi peut-on lire dans le Livre Blanc de la Commission relatif à la gouvernance européenne que les agences « ne peuvent adopter de mesures réglementaires générales »¹⁶⁰¹, puis en 2002 que « les agences peuvent être dotées uniquement du pouvoir d'adopter des décisions individuelles dans le cadre d'une législation communautaire bien précise, et ne peuvent pas arrêter de mesures normatives à application généralisée »¹⁶⁰². On retrouve également cette analyse dans une communication du 11 mars 2008 dans laquelle on peut lire que « l'ordre juridique communautaire actuel impose des limites claires et strictes au pouvoir autonome des agences de régulation. Elles ne sont pas habilitées à adopter des mesures réglementaires de portée générale »¹⁶⁰³. Cette réticence peut s'expliquer par le souci, explicitement avancé par la Commission, de ne pas porter atteinte aux responsabilités qui lui sont confiées par les Traités, mais cette interdiction semble aussi découler de la jurisprudence *Meroni*, qui ne se limite pourtant qu'à interdire l'octroi « d'un pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique »¹⁶⁰⁴, sans préciser s'il s'agit ou non d'un pouvoir réglementaire à portée générale.

¹⁶⁰¹ Communication de la Commission du 25 juillet 2001, Gouvernance européenne - Un livre blanc, COM(2001) 428 final, p. 20.

¹⁶⁰² Communication de la Commission du 11 décembre 2002, *L'encadrement des agences européennes de régulation*, COM(2002) 718 final, p. 8.

¹⁶⁰³ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 11 mars 2008 Agences européennes - Orientations pour l'avenir, COM(2008) 135 final, p. 5.

¹⁶⁰⁴ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute Autorité*, Aff. 9-56, ECLI:EU:C:1958:7, p. 25.

Pour la Commission toutefois, cette jurisprudence exclut d'emblée qu'une agence puisse exercer ce type de pouvoirs. Cette préoccupation a en effet été mise en avant dans le refus d'attribuer à l'ACRE le pouvoir d'adopter des codes de réseau contraignants, arguant du fait que « la Commission ne peut accepter la tentative du Parlement de renforcer les pouvoirs de l'Agence, car cela est en contradiction avec l'arrêt de la Cour européenne de justice dans l'affaire Meroni »¹⁶⁰⁵. Cette interprétation de la jurisprudence Meroni emporte toutefois difficilement la conviction. En effet, il ne fait que peu de doute que les pouvoirs assignés par la Haute Autorité aux organismes de Bruxelles incriminés étaient de nature réglementaire, or la nature de ces actes n'a pas posé de difficulté à la Cour dans la mesure où elle n'y faisait pas référence. En insistant uniquement sur le fait que la délégation de pouvoirs ne pouvait porter que sur « des pouvoirs d'exécution, exactement définis et entièrement contrôlés dans l'usage qui en est fait »¹⁶⁰⁶, la Cour ne semblait donc pas interdire la délégation de pouvoirs réglementaires.

Plus que l'arrêt Meroni, c'est surtout la jurisprudence Romano qui semblait interdire l'octroi d'un pouvoir réglementaire aux « organes et organismes » de l'Union¹⁶⁰⁷. Dans cette affaire où étaient en cause les pouvoirs de la Commission administrative des Communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants instituée en vertu du règlement 1408/71 sur la sécurité sociale, et alors que cet organisme avait, comme le prévoit le règlement, fixé la date à prendre en compte pour fixer le taux de conversion des monnaies, la Cour avait estimé que la Commission « ne [pouvait] pas être habilitée par le Conseil à arrêter des actes revêtant un caractère normatif »¹⁶⁰⁸. Toute la difficulté réside ici dans la définition précise des « actes normatifs » abordés dans l'arrêt, car cette notion est susceptible de plusieurs interprétations¹⁶⁰⁹. Pour cette raison, il est possible d'affirmer que cet arrêt n'autorise pas à des organes autres que les organes législatifs la possibilité d'adopter des

¹⁶⁰⁵ Communication de la Commission au Parlement européen du 12 janvier 2009 conformément à l'article 251, paragraphe 2, deuxième alinéa, du traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1775/2005 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel, COM(2008) 911 final, point 3.3.1.

¹⁶⁰⁶ CJCE, 13 juin 1958, Meroni c/ Haute Autorité, op. cit., p. 44.

¹⁶⁰⁷ CJCE, 14 mai 1981, *Giuseppe Romano c/ Institut national d'assurance maladie-invalidité*, Aff. 98/80, ECLI:EU:C:1981:104.

¹⁶⁰⁸ Ibid., point. 20.

¹⁶⁰⁹ E. BERNARD, « Quels pouvoirs pour les agences de l'Union européenne ? », Cahiers de droit européen 2014/3, p. 650.

mesures de portée générale¹⁶¹⁰. Le doute subsistait toutefois, dans la mesure où la version anglaise de l'arrêt fait référence à des « acts having the force of law » qu'il est possible de traduire par « actes législatifs ». Aussi, comme le notait le juge à la CJUE Jean-Claude Bonichot, avant l'arrêt du 22 janvier 2014, « la tendance était plutôt de nier l'existence d'un pouvoir de prendre des actes généraux non législatifs, autre que celui de la Commission. C'est pourtant bien la légalité de l'attribution d'un pouvoir réglementaire à l'AEMF que reconnaît expressément la Cour de justice »¹⁶¹¹.

2. L'attribution d'un pouvoir réglementaire à l'AEMF

Le 22 janvier 2014, la Cour de justice a rendu un arrêt¹⁶¹² suite au recours formé par le Royaume-Uni contre l'une des dispositions du règlement sur la vente à découvert et les contrats d'échange sur risque de crédit, disposition au titre de laquelle l'AEMF peut, sous certaines conditions, interdire aux personnes physiques ou morales de procéder à une vente à découvert ou à une transaction¹⁶¹³. Cette attribution¹⁶¹⁴ fait partie du devoir de l'AEMF d'exercer une surveillance appropriée et d'éviter les activités qui « menacent le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou la stabilité globale ou partielle du système financier dans l'Union » ou « si la situation l'exige d'urgence ». A cette occasion, le Royaume-Uni invoqua notamment les arrêts Meroni et Romano dans quatre moyens que la CJUE rejeta dans leur intégralité¹⁶¹⁵. En France, cette décision fut commentée par une partie de la doctrine¹⁶¹⁶ sans pour autant interpeller tous les spécialistes de la régulation des services

¹⁶¹⁰ R. VABRES, « CJUE, 22 janvier 2014, Affaire C-270/12, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil », in K. DECKERT et A. SOTIROPOULOU (dir.), « Chroniques », RISF, 2014/2, p. 52.

¹⁶¹¹ J.-C. BONICHOT, « À propos de l'attribution du pouvoir réglementaire à l'Autorité européenne des marchés financiers », RFDA, 2014, p. 330.

¹⁶¹² CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni c. Parlement européen et Conseil, Aff. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18.

¹⁶¹³ Article 28 du Règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, JOUE L, 86/1, 24/03/2012.

¹⁶¹⁴ Article 9 §5 du Règlement n° 1095/2010 instituant l'AEMF, op. cit.

¹⁶¹⁵ Pour une analyse détaillée de l'arrêt et de ses conséquences, voir : P. NICOLAIDES and N. PREZIOSI, Discretion and Accountability: The ESMA Judgment and the Meroni Doctrine, Bruges European Economic Research Papers 30 / 2014, Collège d'Europe, 2014.

¹⁶¹⁶ D. SIMON, « Délégation de compétences à l'Autorité européenne des marchés financiers », Europe n° 3, Mars 2014, comm. 113 ; T. BONNEAU, « Pouvoirs d'intervention de l'AEMF dans des circonstances exceptionnelles », RDBF, n°6, Novembre 2013, comm. 220 ; J.-C. BONICHOT, « À propos de l'attribution du pouvoir réglementaire à l'Autorité européenne des marchés financiers », op. cit., p. 325 ; A.-C. MULLER, « Conformité des pouvoirs d'intervention de l'AEMF en matière de vente à découvert », RDBF, n° 2, Mars 2014, comm. 85. Pour des analyses étrangères, voir : M. SCHOLTEN et M. VAN RIJSBERGEN, « The Limits of Agencification in the European Union », German Law Journal, n° 7, Vol. 15, 2014, p. 1224 ; A. OTTOW et M.

publics en réseaux, ce qui est surprenant tant sa portée dépasse largement le cadre des marchés financiers pour concerner toute la régulation économique.

Dans cet arrêt, le Royaume-Uni estimait dans son deuxième moyen que « l'article 28 du règlement n° 236/2012 autorise l'AEMF à adopter des "actes quasi législatifs" de portée générale »¹⁶¹⁷ et qu'une telle faculté contrevient au principe énoncé dans l'arrêt Romano. Pour rejeter ce moyen, la Cour s'appuya sur deux séries d'arguments. D'abord, la Cour semble rendre inopérante la jurisprudence Romano. Certes, au contraire des arguments avancés par le Parlement européen et le Conseil, la Cour reconnaît d'abord que l'article 28 du règlement qui permet à l'AEMF de « temporairement interdire ou restreindre certaines activités financières »¹⁶¹⁸ correspond à l'adoption non pas de mesures individuelles, mais « dans des circonstances strictement circonscrites, [d'] actes de portée générale »¹⁶¹⁹. Cependant, la Cour ne cherche pas à savoir si cette habilitation permet à l'autorité d'adopter des « actes normatifs » au sens de la jurisprudence Romano. Mieux, pour l'avocat général M. Niilo Jääskinen, la jurisprudence Romano n'autoriserait « la délégation de pouvoirs législatifs ou quasi-législatifs » qu'à la Commission¹⁶²⁰ (290 TFUE), et non à d'autres organes ou organismes de l'UE, mais cette jurisprudence ne traduirait pas l'interdiction pour ces organismes de prendre des actes de portée générale. En affirmant qu'« il ne saurait être déduit de l'arrêt Romano (...) que la délégation de pouvoirs à une instance telle que l'AEMF serait régie par d'autres conditions que celles énoncées dans l'arrêt Meroni »¹⁶²¹, la Cour refuse donc d'assimiler les actes réglementaires de portée générale aux « actes normatifs ».

Ensuite, la Cour estime que les traités prévoient la capacité des organes et organismes de l'Union à adopter des actes contraignants, et notamment des actes de portée générale. Cet argument s'appuie sur plusieurs articles du TFUE qui permettent « explicitement aux organes et aux organismes de l'Union d'adopter des actes de portée générale »¹⁶²². Parmi eux figure notamment l'article 277 relatif à l'exception d'illégalité, qui

SCHOLTEN, « Institutional Design of Enforcement in the EU : The Case of Financial Markets », *Utrecht Law Review*, Vol. 10, Iss. 5, 2014, p. 80.

¹⁶¹⁷ CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil, point 56.

¹⁶¹⁸ Art. 9 du règlement instituant l'AEMF.

¹⁶¹⁹ CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil, point 64.

¹⁶²⁰ Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen, 12 septembre 2013, Aff. C-270/12, point 84.

¹⁶²¹ CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil, point 66.

¹⁶²² *Ibid.*, point 65.

peut être soulevée contre « un acte de portée générale adopté par une institution, un organe ou un organisme de l'Union ».

En reconnaissant la possibilité pour l'AEMF d'exercer un pouvoir réglementaire, la Cour semble donc considérer que la jurisprudence Romano « est tombée en désuétude depuis que les traités ont prévu la possibilité pour les organes et organismes de l'Union d'adopter des actes de portée générale »¹⁶²³. Il est désormais établi que les agences de l'UE peuvent se voir octroyer le pouvoir de prendre des actes de portée générale. Mais parce qu'il est susceptible de porter atteinte à l'équilibre institutionnel prévu par les traités, ce pouvoir doit être strictement encadré.

B. L'encadrement et la diffusion du pouvoir réglementaire

Privilégiant de longue date une appréciation stricte de l'encadrement des pouvoirs exercés par les agences, la Cour de justice, à l'occasion de l'arrêt dit « AEMF », semble s'être décidée à apprécier la jurisprudence Meroni de manière moins stricte (1). En outre, il est souhaitable que malgré cet encadrement, les agences intervenant dans les secteurs des finances et des réseaux se voient attribuer la possibilité de prendre des actes de portée générale dans plusieurs domaines (2).

1. Le contrôle exercé sur le pouvoir délégué aux agences

Dès lors qu'il est admis que les agences de l'UE peuvent prendre des actes de portée générale, il subsiste toutefois la question de l'étendue de ces derniers. Si on se réfère à la jurisprudence Meroni, la Cour autorise la délégation de « pouvoirs d'exécution nettement délimités et dont l'usage, de ce fait, est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard des critères objectifs fixés par l'autorité délégante », alors que celle « d'un pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique » est interdite¹⁶²⁴. Une telle délégation signifierait en effet un transfert illégal de responsabilité – c'est au délégant, et non au délégué, de faire les choix politiques – et modifierait l'équilibre des pouvoirs, c'est à dire l'équilibre institutionnel. Régulièrement critiquée car considérée comme en déconnexion des réalités

¹⁶²³ E. BERNARD, « Quels pouvoirs pour les agences de l'Union européenne ? », op. cit., p. 654.

¹⁶²⁴ CJCE, 13 juin 1958, Meroni c/ Haute Autorité, Aff. 9/58, op. cit., p. 46.

actuelles¹⁶²⁵, la doctrine de la non délégation appréciée strictement interdit donc aux agences l'exercice d'un réel pouvoir.

Il ne fait aucun doute que la doctrine de la non délégation a des vertus « constitutionnelles ». A juste titre, les Etats membres s'attendent à ce que au niveau de l'UE, un équilibre institutionnel soit maintenu entre les trois principales institutions décisionnaires et que les objectifs de la régulation soient déterminés et contrôlés par elles. La doctrine Meroni est donc nécessaire en ce qu'elle protège les Etats membres contre des changements structurels de qui ne sont pas explicitement prévus. Mais en matière de régulation, le problème posé par la jurisprudence Meroni est opérationnel. Elle est devenue un « axiome politique » pour les Etats membres car il est plus commode pour ces derniers de justifier au nom de ce principe un dysfonctionnement de l'UE et une paralysie dans le processus d'intégration du marché intérieur plutôt que d'exprimer clairement les réticences à déléguer effectivement des pouvoirs élargis à des organismes européens¹⁶²⁶. Attention, il n'est pas souhaitable d'abandonner la jurisprudence Meroni. Au contraire, il est important de la conserver, mais il est nécessaire d'appliquer cette doctrine avec souplesse pour un meilleur fonctionnement du marché unique.

Dans l'arrêt du 22 janvier 2014, le Royaume-Uni considérait que l'appréciation menée par l'AEMF sur la réunion des critères énoncés à l'article 28, paragraphe 2, du règlement n° 236/2012 implique un « très large pouvoir discrétionnaire » et un « jugement hautement subjectif »¹⁶²⁷. Pour les requérants, les paragraphes 1 et 3 de l'article 28 du règlement n° 236/2012 autorisent en effet l'AEMF à disposer d'un large éventail de choix en

¹⁶²⁵ Hubert Delzangles parle par exemple de jurisprudence « désuète ». H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 800.

¹⁶²⁶ Ce qu'affirment en substance certains auteurs : « *thus, rather than "manipulating" Meroni as a freezing axiom, without serious debate and being careless about the resulting fragmentation, it is the duty of Member States and, indeed, of all three EU decision-making bodies to find a balance between these two critical drivers of the Union* », J. PELKMANS et M. SIMONCINI, *Mellowing Meroni: How ESMA can help build the single market*, CEPS Commentary, p. 5. Voir également: J. PELKMANS, « Single market: Deepening and widening over time », *Intereconomics : review of European economic policy*, Vol. 46, n°2, Mars-Avril 2011, p. 64 : « the Meroni "excuse" has been chilling or killing almost any debate about the functional need of EU Agencies » ; C. STOFFAËS (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, op. cit., p. 45: « la fonction de régulation européenne relève d'une démarche que l'on pourrait qualifier de "communautarisation décentralisée". Celle-ci se heurte à une double réticence : celle des Etats membres à déléguer à la Commission les pouvoirs – ou une partie des pouvoirs – de régulation qu'ils exercent, dans le cadre du principe de subsidiarité et celle du Conseil et de la Commission à déléguer leurs pouvoirs à un organe subsidiaire, a fortiori s'il est doté d'un statut d'indépendance ».

¹⁶²⁷ CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil, point 28.

ce qui concerne la ou les mesures à imposer ainsi que les éventuelles exceptions à prévoir, ce qui constitue l'exercice « d'un pouvoir d'appréciation extrêmement large »¹⁶²⁸. Tout en appréciant les arguments du Royaume-Uni au regard de la jurisprudence Meroni, il faut toutefois bien comprendre que la censure d'un « pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique » s'expliquait en 1958 tant par la nécessité de garantir un contrôle juridictionnel effectif que par le besoin de veiller à conserver l'équilibre institutionnel¹⁶²⁹. Or dans l'arrêt AEMF, la situation diffère de l'affaire Meroni sur de nombreux points.

D'abord, les organismes étaient des entités de droit privé, alors que l'AEMF à l'instar des autres agences de l'Union constitue une entité publique créée en vertu du droit de l'Union. Si la Cour mentionne cette différence, elle n'en tire pour autant aucune conclusion¹⁶³⁰. Néanmoins, les décisions prises par les organismes de Bruxelles échappaient à toute forme de contrôle juridictionnel, alors que les actes de l'AEMF sont susceptibles d'un tel contrôle par rapport aux buts recherchés, ce qui suppose que le contrôle opéré sur l'AEMF est sans commune mesure avec celui, inexistant, de 1958. Pour cette raison, les pouvoirs de l'AEMF « sont susceptibles d'un contrôle juridictionnel au regard des objectifs fixés par l'autorité délégante »¹⁶³¹, ce qui suppose qu'ils ne sont nullement discrétionnaires et qu'ils sont donc compatibles avec les exigences du traité.

Ensuite, la Cour estime que les pouvoirs dont dispose l'AEMF sont encadrés de façon précise puisque l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 28 du règlement de 2012 est encadré par divers critères et conditions qui délimitent le champ d'action de l'AEMF. A plusieurs conditions de fond (objectif de parer de manière significative à la menace qui pèse sur le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou sur la stabilité de l'ensemble ou d'une partie du système financier à l'intérieur de l'Union, d'améliorer sensiblement la capacité des autorités compétentes à surveiller la menace en question¹⁶³², interdiction de risque d'arbitrage réglementaire¹⁶³³, absence d'effet préjudiciable sur

¹⁶²⁸ Ibid., points 30 et 31.

¹⁶²⁹ CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil, point 43. Voir également les conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen, point 69.

¹⁶³⁰ Ibid., point 43.

¹⁶³¹ CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil, point 53.

¹⁶³² Art. 28, § 3 a) du règlement n° 236/2012.

¹⁶³³ Art. 28, § 3 b) du règlement n° 236/2012.

l'efficacité des marchés financiers¹⁶³⁴) s'ajoutent plusieurs conditions de forme¹⁶³⁵ (consultation obligatoire du CERS¹⁶³⁶, consultation facultative d'autres autorités¹⁶³⁷, évaluation technique effectuée par l'agence, notification de la décision aux autorités nationales¹⁶³⁸, publication de la décision et des raisons pour lesquelles elle a été adoptée¹⁶³⁹, réexamen de la mesure visée au moins tous les trois mois).

En conséquence, l'ensemble de ces éléments amène la Cour à constater un « encadrement détaillé »¹⁶⁴⁰ des pouvoirs confiés à l'AEMF par l'article 28 du règlement n° 236/2012 qui ne va pas à l'encontre de la jurisprudence Meroni. Pour la Cour, ces compétences sont encadrées « de façon précise et sont susceptibles d'un contrôle juridictionnel au regard des objectifs fixés par l'autorité délégante »¹⁶⁴¹. En d'autres termes, les pouvoirs délégués n'impliquent pas que l'AEMF est investie d'un « large pouvoir discrétionnaire » incompatible avec le TFUE. La décision du 22 janvier 2014 montre ainsi que sous réserve toutefois de certaines garanties de transparence et de contrôle, les agences peuvent prendre des actes de portée générale, en intervenant dans des situations précises permettant de renforcer le marché unique.

2. La diffusion du pouvoir réglementaire auprès des agences de régulation

Dès lors qu'il est admis qu'une agence puisse exercer des pouvoirs réglementaires, on peut souhaiter que les régulateurs européens se voient confier plus fréquemment ce type de pouvoirs. La faculté de prendre des actes de portée générale, qui appartient aussi à la Commission, pourrait ainsi se voir dans certains domaines entièrement déléguée par le législateur de l'Union aux régulateurs européens. Evidemment, ces pouvoirs pourraient à l'heure actuelle n'avoir qu'un « caractère technique, n'[impliquant] aucune décision stratégique ni aucun choix politique et leur contenu [serait] délimité par les actes législatifs sur lesquels [ils] sont basées », ce que précisent déjà les règlements instituant les AES à

¹⁶³⁴ Art. 28, § 3 c) du règlement n° 236/2012.

¹⁶³⁵ CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil, points 50 et 52.

¹⁶³⁶ Art. 28, § 4 du règlement n° 236/2012.

¹⁶³⁷ Art. 28, § 4 du règlement n° 236/2012.

¹⁶³⁸ Art. 28, § 8 du règlement n° 236/2012.

¹⁶³⁹ Art. 28, § 7 du règlement n° 236/2012.

¹⁶⁴⁰ J.-C. BONICHOT, « À propos de l'attribution du pouvoir réglementaire à l'Autorité européenne des marchés financiers », op. cit., p. 330.

¹⁶⁴¹ CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil, point 53.

propos des normes techniques prises par les trois autorités¹⁶⁴². Dans les secteurs financiers, les AES disposent en effet en la matière d'un pouvoir très proche du pouvoir réglementaire, puisque la Commission ne peut modifier le contenu des normes techniques élaborées par les autorités sans leur consentement¹⁶⁴³. Les articles 10 §1, al.8 et 15 §1, al. 7 des règlements du 24 novembre 2010 précisent ainsi que « la Commission ne peut modifier le contenu d'un projet de norme technique (...) élaboré par l'Autorité sans coordination préalable avec cette dernière ». Si l'application de cette procédure à d'autres domaines est souhaitable, il n'en reste pas moins que la Commission, si elle ne peut pas les modifier, conserve toutefois à l'heure actuelle la possibilité de s'opposer à ces normes techniques élaborées par les AES.

Dans les secteurs des réseaux, l'ACRE dispose d'une compétence au premier abord similaire dans la procédure d'adoption des codes de réseau. L'article 6 des règlements n° 714/2009 et n° 715/2009 permet ainsi à l'Agence de soumettre à la Commission une « orientation-cadre » fixant les principes clairs et les objectifs en vue de l'élaboration des codes de réseau et auxquels les codes de réseau doivent se conformer¹⁶⁴⁴. Mais l'article 6 précise que cette « orientation-cadre » est non contraignante. Qui plus est, si la Commission estime que l'orientation-cadre ne contribue pas à garantir un traitement non discriminatoire, une concurrence effective et le fonctionnement efficace du marché, elle peut demander à l'agence de réexaminer l'orientation-cadre dans un délai raisonnable et de la lui soumettre à nouveau¹⁶⁴⁵, et à défaut, élaborer seule l'orientation-cadre¹⁶⁴⁶. On est donc loin de l'exercice d'un pouvoir réglementaire.

Sans doute serait-il souhaitable à l'avenir d'élargir les compétences des régulateurs européens pour leur confier un réel pouvoir d'édicter des règles contraignantes de portée générale, à l'image de ce qui est autorisé pour la BCE dans le cadre du MSU¹⁶⁴⁷. Une fois

¹⁶⁴² Art. 10 §1 et 15 §1 des règlements instituant les AES. Les règlements instituant les AES distinguent les normes techniques de réglementation, qui interviennent dans le cadre d'une délégation du législateur à la Commission, et les normes techniques d'exécution, en dehors de toute délégation. Voir : R. VABRES, « Autorité européenne des marchés financiers et élaboration des normes techniques », RTDF, 3/2010, p. 64 ; T. BONNEAU, Droit bancaire, LGDJ, 2013, p. 47.

¹⁶⁴³ Art. 6, §2 des règlements 714/2009 et 715/2009.

¹⁶⁴⁴ Cons. 9 du règlement 713/209 instituant l'ACRE.

¹⁶⁴⁵ Art. 6, §4 des règlements 714/2009 et 715/2009.

¹⁶⁴⁶ Art. 6, §5 des règlements 714/2009 et 715/2009.

¹⁶⁴⁷ L'article 4 du règlement 1024/2013 dispose ainsi que si la BCE peut adopter des orientations et des recommandations et arrêter des décisions sous réserve et dans le respect des dispositions pertinentes du droit de l'Union, elle « peut également adopter des règlements, (...) dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour

encadré par le législateur de l'UE, ce type de pouvoir pourrait sans mal être étendu aux domaines dans lesquels les régulateurs européens sont amenés à l'heure actuelle à donner de simples recommandations. D'une manière générale, les recommandations, avis et orientations prises par les agences de régulation pourraient prendre la forme d'actes contraignants qui s'imposeraient directement aux différents acteurs des secteurs régulés (ARN, opérateurs, REGRT, etc.). Dans les secteurs financiers, l'article 10 des règlements instituant les AES semble pouvoir permettre à terme l'élaboration des normes par les seules autorités. Ceci est d'autant plus vrai qu'en l'état actuel, le risque de désaccord entre les AES et la Commission apparaît déjà fortement limité¹⁶⁴⁸. Transférer ce pouvoir aux AES ne devrait donc poser aucune difficulté. La situation est différente dans les secteurs des réseaux puisqu'aucune compétence réglementaire réelle n'est à proprement parler « partagée » entre la Commission et l'ACRE (et a fortiori l'ORECE). La possibilité d'élargir les compétences des agences est toutefois réelle et leur permettrait de franchir un cap supplémentaire, celui de l'Autorité européenne de régulation, à l'image des Autorités européennes de surveillance.

Dans le cadre de l'élaboration des codes de réseau par exemple, le régulateur de l'énergie pourrait être amené à remplir les fonctions actuellement exercées par la Commission, c'est à dire l'adoption définitive des codes¹⁶⁴⁹. D'abord, confier l'adoption des codes de réseau à l'ACRE permettrait de lever l'ambiguïté pesant sur la nature des orientations-cadres émises par l'agence¹⁶⁵⁰. Ensuite, cette compétence s'articulerait bien avec la possibilité actuelle pour l'ACRE de demander une modification desdits codes, compétence que le régulateur serait dès lors amené à exercer pleinement, en décidant seul et en dernier ressort de la modification. Surtout, un mécanisme qui ferait intervenir l'ACRE en dernier ressort avait déjà été imaginé par l'ERGEG, en opposition à la procédure actuelle voulue par

organiser ou préciser les modalités de l'accomplissement des missions qui lui sont confiées par le présent règlement ».

¹⁶⁴⁸ R. VABRES, « Les compétences de la Commission et de l'Autorité européenne des marchés financiers dans l'élaboration de la législation financière européenne », op. cit.. Pour l'auteur, « l'AEMF dispose d'une expertise et d'une compétence que l'on ne retrouve pas nécessairement au sein de la Commission européenne, de sorte que celle-ci aura souvent du mal à contester les choix proposés par le régulateur européen ».

¹⁶⁴⁹ Dans une certaine mesure, le parallèle peut être fait avec les codes techniques de navigabilité élaborés par l'AESA. Ces derniers ne sont pas contraignants en tant que tel, mais les Etats doivent les respecter pour être en conformité avec le droit de l'UE. En conséquence, « ces règles non obligatoires font donc autorité », même si un pouvoir réglementaire n'est pas directement confié à l'agence. L. GRARD, « Sécurité et transport dans l'Union européenne : le recours aux agences de régulation », op. cit., p. 228.

¹⁶⁵⁰ Sur cette ambiguïté, voir : C. VLACHOU, La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques, énergie), op. cit., p. 302.

la Commission¹⁶⁵¹. L'organe des régulateurs avait notamment émis de lourdes réserves sur le champ de compétences étriqué de l'Agence en la matière, estimant que la décision finale d'adoption devait lui revenir. Il faut reconnaître qu'en pratique, l'élaboration de règles de portée générale implique une expertise particulière que seuls les régulateurs européens peuvent apporter. Aussi, lorsque le Parlement européen et le Conseil adoptent un acte législatif prévoyant que des règles doivent être élaborées, ce ne serait plus à la Commission mais aux autorités européennes de régulation et de supervision que reviendrait le pouvoir de les adopter¹⁶⁵². A ce titre, la Commission européenne semble avoir pris conscience dans le secteur de l'énergie de l'intérêt d'un élargissement des compétences de l'ACRE¹⁶⁵³. La Commission invite ainsi l'Agence à « être plus active, notamment lorsque les approches et les interprétations des ARN divergent en ce qui concerne les questions transfrontalières et empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur de l'énergie »¹⁶⁵⁴, tout en relevant que « certains intervenants regrettent à cet égard que, conformément à l'article 8 du règlement (CE) n° 713/2009, l'ACER ne peut se prononcer sur ces questions qu'à la demande conjointe des ARN compétentes, ou en cas de désaccord prolongé. A leur avis, cela peut conduire à des situations d'impasse ». Plus récemment, dans sa communication de février 2015 sur le « paquet "Union de l'énergie" », elle note également que le « mode d'action [de l'ACRE] consiste actuellement, pour l'essentiel, à émettre des avis et des recommandations. Ses pouvoirs de décision sont très restreints (...). Il y a lieu de renforcer la régulation du marché unique au niveau de toute l'UE en renforçant significativement les pouvoirs et l'indépendance de l'ACRE dans ses tâches de régulation au niveau européen, afin qu'elle puisse superviser efficacement le développement du marché intérieur de l'énergie et les règles qui le régissent, et traiter toutes les questions transfrontalières qui doivent être réglées pour mettre en place un

¹⁶⁵¹ ERGEG, *3rd energy package and creating an effective EU Agency (ACER) in the consumer's interest*, Février 2008.

¹⁶⁵² Comme le note Hubert Delzangles, « cela éviterait que la Commission n'ait à vérifier, sans d'ailleurs disposer de l'expertise nécessaire pour ce faire, l'ensemble des éléments fondant les avis de l'autorité avant de prendre elle-même la décision ». H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 813.

¹⁶⁵³ La situation semble diamétralement opposée dans le secteur des communications électroniques.

¹⁶⁵⁴ Commission européenne, *Commission evaluation of 22.1.2014 of the activities of the Agency for the Cooperation of Energy Regulations (ACER) under article 34 of Regulation (EC) 713/2009*, C(2014) 242 final, p. 5: « the Commission invites ACER to be more proactive, in particular where diverging approaches and interpretations between NRAs as regards cross-border issues prevent the smooth functioning of the internal energy market ».

marché intérieur homogène »¹⁶⁵⁵, ce qui peut laisser supposer à court terme un élargissement des compétences de l'Agence au delà des simples pouvoirs de recommandations.

Depuis l'arrêt du 22 janvier 2014, l'exercice d'un pouvoir réglementaire par les agences ne fait plus de doute dès lors que ce pouvoir est encadré. Mais cette affaire donne également l'occasion de réfléchir aux fondements même de la délégation aux agences de pouvoirs plus étendus. Alors que sous l'empire de la jurisprudence Meroni la Cour avait simplement admis « le droit de confier certains pouvoirs », le Traité de Lisbonne a prévu avec précision les cas dans lesquels la délégation de pouvoirs est admise, sans faire mention des « organes ou organismes de l'UE ». Il convient dès lors de réfléchir aux fondements juridiques sur lesquels s'appuie une telle délégation de pouvoirs aux agences.

Section 2. La recherche de fondements juridiques d'une délégation de pouvoirs plus étendus aux agences

Alors que les agences sont autorisées à exercer certains pouvoirs décisionnels, l'absence dans les traités de l'Union européenne de référence à la possibilité de déléguer ces pouvoirs à des organismes de l'UE a pu constituer un frein juridique considérable au développement de véritables autorités européennes de régulation. Pour lever cet obstacle, deux solutions sont envisageables. La première consiste à modifier le cadre normatif de l'Union et des agences afin d'y intégrer la possibilité de confier aux régulateurs européens les pouvoirs qui leurs sont nécessaires (I). Nous verrons qu'en dépit de plusieurs tentatives, cette solution n'a pas abouti à ce jour. La seconde consiste quant à elle à faire évoluer la jurisprudence de la Cour afin de clarifier les possibilités de délégation de pouvoirs aux organismes de l'Union susceptibles d'exercer la fonction de régulation (II). Cette solution a été retenue par la Cour dans l'arrêt Royaume-Uni contre Parlement et Conseil et permet désormais au législateur de l'Union de déléguer des pouvoirs alors qu'aucun texte ne l'y autorise.

¹⁶⁵⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Conseil économique et social européen, au Comité des régions et à la banque centrale d'investissement du 25 février 2015, Cadre stratégique pour une Union de l'énergie résiliente, dotée d'une politique clairvoyante en matière de changement climatique, COM(2015) 80 final, p. 11.

I. L'encadrement normatif de la délégation de pouvoirs

Face à l'ambiguïté des traités concernant la délégation de pouvoirs (A), plusieurs solutions visant à modifier ce cadre normatif ont été proposées (B).

A. L'ambiguïté persistante de la délégation de pouvoirs dans les traités

A l'heure actuelle, les organismes de l'Union, parmi lesquels figurent les agences, ont été mis en évidence à travers plusieurs dispositions du traité de telle sorte qu'ils sont placés sur un pied d'égalité avec les autres institutions dans certaines dispositions¹⁶⁵⁶. Comme elles, les agences sont soumises au contrôle contentieux de leurs actes, aux règles de transparence¹⁶⁵⁷, à la protection des données personnelles¹⁶⁵⁸ et au respect du droit des citoyens à poser des questions et à recevoir des réponses dans leur propre langue¹⁶⁵⁹. Ces avancées ne masquent toutefois pas le véritable problème, à savoir l'absence d'article permettant de fonder la délégation de pouvoirs aux agences.

En droit de l'Union, on peut considérer que la délégation de pouvoirs est en principe licite lorsqu'aucun texte ne s'y oppose formellement¹⁶⁶⁰, et jusqu'au Traité de Lisbonne, le droit primaire était même muet sur la délégation de pouvoirs en général¹⁶⁶¹. Dans le silence des traités, la Cour de justice a toutefois établi dans son arrêt Meroni qu'il était possible de déléguer certaines compétences, mais dans un cadre strict respectant l'équilibre institutionnel¹⁶⁶². S'agissant du régime applicable à la délégation de pouvoirs, l'arrêt Meroni

¹⁶⁵⁶ Articles 71, 123 §1, 124, 127 §4, 130, 282 §3, 287 §1 et §3, 352 §1 et §4 du TFUE.

¹⁶⁵⁷ Article 15 §1 et §3 TFUE.

¹⁶⁵⁸ Article 16 §2 TFUE.

¹⁶⁵⁹ Article 24 TFUE.

¹⁶⁶⁰ K. LENAERTS, « Regulating the regulatory process: “delegation of powers” in the European Community », *European Law Review*, 1993, p. 41 ; Y. GAUTIER, *La délégation en droit communautaire*, Thèse, Strasbourg, 1995, pp. 357-358.

¹⁶⁶¹ Voir : A. BERRAMDAME et J. ROSSETTO, *Droit de l'Union européenne*, LGDJ, Coll. Cours, 2e éd., 2013, p. 321.

¹⁶⁶² C. SCHMITTER, « Principe d'équilibre institutionnel », in A. BARAV et V. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, op. cit., p. 6. Le principe de l'équilibre institutionnel est un principe dégagé par la jurisprudence et déduit de l'article 13 TUE (CJCE, 23 avril 1986, Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen, Aff. C-294/83, Rec. p. 1366) et qui est, selon les termes utilisés par la Cour, « créé par les traités » (CJCE, 17 mai 1990, Parlement européen contre Conseil, dit arrêt Post-Tchernobyl, Aff. C-70/88, Rec. p. 2041). Il implique que chaque institution de l'UE agit dans le cadre de ses attributions et interdit tout empiètement d'une institution sur les pouvoirs d'une autre. Certains auteurs l'ont par ailleurs qualifié de principe

enseigne que, pour être régulière, la délégation doit respecter plusieurs conditions¹⁶⁶³ : 1) l'autorité délégante ne peut pas investir l'entité délégataire de pouvoirs différents de ceux qu'elle a elle-même reçus¹⁶⁶⁴, 2) l'exercice des pouvoirs confiés à l'entité délégataire doit être soumis aux mêmes conditions que celles auxquelles ils seraient soumis si l'autorité délégante les exerçait directement¹⁶⁶⁵, 3) la délégation de pouvoirs ne se présume pas : même habilitée à déléguer ses pouvoirs, l'autorité délégante doit prendre une décision explicite les transférant¹⁶⁶⁶, enfin 4) la délégation ne peut porter que sur des pouvoirs d'exécution, exactement définis¹⁶⁶⁷ et dont l'usage est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard des critères objectifs fixés par l'autorité délégante. La jurisprudence Meroni qui encadre strictement les pouvoirs délégués n'est devenue une source de débat technique et juridique que depuis le milieu des années 1990¹⁶⁶⁸, et notamment depuis que la doctrine pose un regard critique sur l'interprétation qui en est faite suite aux traités de Maastricht, de Nice et de Lisbonne¹⁶⁶⁹.

Il faut attendre la révision de Lisbonne pour que les traités fassent état pour la première fois de la délégation de pouvoirs entre les institutions de l'Union européenne. Mis à part l'exercice de la fonction « législative » dévolue au Parlement et au Conseil, seuls les articles 290 et 291 TFUE prévoient ainsi l'attribution, respectivement, de pouvoirs

général du droit. Voir : D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, n° 14, 1991, p. 73 ; G. GUILLERMIN, « Le principe d'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes », *JDI*, 1992, p. 319 ; B. BETRAND, « Le principe de l'équilibre institutionnel : la double inconstance », *Europe* n° 6, Juin 2016, étude 5. Voir également pour une comparaison avec le principe de séparation des pouvoirs : Cl. BLUMANN, « Equilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire », in *Clés pour le XXIème siècle*, Paris, Dalloz, 2000.

¹⁶⁶³ Y. GAUTIER, *La délégation en droit communautaire*, op. cit., pp. 418 et s.

¹⁶⁶⁴ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute Autorité*, p. 40.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 40 et 41.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 42.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 43-47.

¹⁶⁶⁸ Y. GAUTIER, *La délégation en droit communautaire*, op. cit., p. 75s, A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Thèse, Strasbourg, 2007, pp. 191 et s.

¹⁶⁶⁹ Voir, parmi de nombreuses publications : A. KREHER, « Agencies in the European Community – a step towards administrative integration in Europe », *JEPP*, Vol. 4, Iss. 2, 1997, p. 225 ; R. DEHOUSSE, « Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance », in C. JOERGES et R. DEHOUSSE (dir.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press, 2002, p. 221 ; D. GERADIN, R. MUNOZ and N. PETIT, *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005 ; E. CHITI, « An important part of the EU's institutional machinery: Features, problems and perspectives of European agencies », *CMLR*, Vol. 46, Iss. 5, 2009, p. 1395 ; S. GRILLER and A. ORATOR, « Everything under control? The “way forward” for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine », *European Law Review*, Vol. 35, n°1, 2010, p. 3 ; M. CHAMON, « EU agencies between Meroni and Romano or the devil and the deep blue sea », *CMLR*, Vol 48, Iss. 4, 2011, p. 1055.

« délégués » et de pouvoirs « d'exécution » et cela à la seule Commission.¹⁶⁷⁰ D'abord, l'article 290 TFUE permet de déléguer le pouvoir d'adopter des règles qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels d'un acte législatif¹⁶⁷¹. Ces pouvoirs ne peuvent être délégués qu'à la Commission puisqu'ils transfèrent à celle-ci le pouvoir d'apporter des modifications non essentielles à un acte législatif ou de le compléter. L'article 291 TFUE traduit quant à lui la règle selon laquelle la mise en œuvre du droit de l'UE relève prioritairement des Etats membres. Ce n'est que pour garantir la mise en œuvre d'actes juridiquement contraignants qu'il est possible que des compétences d'exécution soient attribuées à la Commission et dans de rares conditions, au Conseil¹⁶⁷². En conséquence, ni l'article 290 TFUE, qui prévoit la délégation de pouvoirs à la Commission dans le cadre d'actes législatifs, ni l'article 291 TFUE, qui confère des compétences d'exécution aux Etats membres à la Commission, ne mentionnent les agences. Or si la délégation de pouvoirs à des agences dans le cadre de l'article 290 TFUE est exclue¹⁶⁷³, cet oubli dans la lettre de l'article 291 TFUE peut surprendre. Il a d'ailleurs été qualifié de « négligence constitutionnelle »¹⁶⁷⁴ par certains auteurs qui ne manquent pas de critiquer cette absence et de relever que certains actes pris par les agences européennes sont des actes exécutifs comparables aux décisions de la Commission. C'est le cas, par exemple, du refus d'enregistrement d'une marque par

¹⁶⁷⁰ A l'occasion d'un récent recours en annulation formé par la Commission à l'encontre du Parlement européen et du Conseil en ce que ces derniers auraient fait une interprétation erronée des champs d'application respectifs des articles 290 TFUE et 291 TFUE dans le cadre du règlement (UE) n° 528/2012 relatif à Agence européenne des produits chimiques (ECHA), la Cour de justice a pu se prononcer pour la première fois sur la signification et la portée des actes « délégués » visés à l'article 290 TFUE. Voir CJUE, 18 mars 2014, Commission européenne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Aff. C-427-12, ECLI:EU:C:2014:170.

¹⁶⁷¹ Art. 290, §1 TFUE : « un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif. Les actes législatifs délimitent explicitement les objectifs, le contenu, la portée et la durée de la délégation de pouvoir. Les éléments essentiels d'un domaine sont réservés à l'acte législatif et ne peuvent donc pas faire l'objet d'une délégation de pouvoir ». Sur la le recours à l'article 209 dans le cadre de la délégation de pouvoirs, voir : Cl. BLUMANN, « A la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les "nouveaux" actes délégués », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, p. 127.

¹⁶⁷² Art. 291 TFUE : « 1. Les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union. 2. Lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou, dans des cas spécifiques dûment justifiés et dans les cas prévus aux articles 24 et 26 du traité sur l'Union européenne, au Conseil ».

¹⁶⁷³ L'exercice des pouvoirs délégués au titre de l'article 209 TFUE modifiant le contenu normatif des actes législatifs, et cela même s'il ne s'agit que de leurs éléments non essentiels, l'exclusion des agences et de tout autre organe extérieur à la Commission semble primordial dans la mesure où elles ne peuvent pas participer au système d'équilibre interinstitutionnel.

¹⁶⁷⁴ E. VOS and A. EVERSON, *European Agencies: What About the Institutional Balance ?*, Maastricht Faculty of Law Working Paper n° 4, 17 juillet 2014, p. 14. Les auteurs parlent de « Constitutional neglect of the position of agencies in the institutional balance ».

l'Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI) qui s'apparente fortement au refus d'homologuer certains aliments par la Commission. Enfin, les tâches exercées par ces organismes soulèvent un épineux problème de responsabilité. Si les agences européennes opèrent en tant que délégués de l'UE, elles peuvent aussi agir en tant que délégués des Etats membres dans la mise en œuvre de la législation européenne. Leur absence à l'article 291 fait donc dire à certains auteurs qu'elles agissent dans un vide juridique¹⁶⁷⁵.

B. Les solutions envisagées

Les solutions – la modification du traité (1) et l'accord interinstitutionnel (2) – auraient le mérite de simplifier grandement la situation des autorités de régulation de l'UE. Elles imposent cependant un consensus politique difficile à trouver, un transfert de pouvoirs au profit de régulateurs européens s'effectuant au détriment soit de la Commission, soit des Etats membres et de leurs ARN.

1. La délicate modification du texte du Traité

Pour pallier la « négligence constitutionnelle » précédemment évoquée, plusieurs auteurs proposent d'amender le texte des traités afin d'envisager de larges délégations de compétences et d'évacuer le débat de l'interprétation de la jurisprudence de la CJUE. Ces propositions sont pour l'essentiel connues, même si certaines, simplement évoquées, prennent un sens tout particulier depuis la création du MSU au sein de la BCE.

En France, Stéphane Rodrigues est à l'origine de plusieurs propositions en la matière. L'auteur proposait ainsi en 2004¹⁶⁷⁶ de modifier l'article 211 TCE. A l'article initial, « en vue d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun, la Commission (...) veille à l'application des dispositions du présent traité ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci », il proposait d'ajouter que la Commission, « peut, à cet

¹⁶⁷⁵ Voir notamment : M. CHAMON, « The Influence of "Regulatory Agencies" on Pluralisms in European Administrative Law », *Review of European Administrative Law*, Vol. 5, n°2, 2012, p. 76 ; A. OTT, E. VOS and F. COMAN KUND, *EU agencies and their international mandate: A new category of global actors ?*, Centre for the Law of EU External Relations, *CLEER Working paper 2013/07* ; A. OTT, E. VOS and F. COMAN KUND, « European Agencies on the Global Scene: EU and International Law Perspectives », in M. EVERSON, C. MONDA and E. VOS (dir.), *European Agencies in Between Institutions and Member States*, Kluwer Law International, 2014, p. 87.

¹⁶⁷⁶ S. RODRIGUES, « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », *op.cit.*, p. 1181.

effet déléguer, selon des modalités déterminées, certains de ses pouvoirs à une agence spécialisée placée sous son contrôle ». Une telle modification pourrait également être opérée auprès de l'article 17 TUE qui en est en substance la version actuelle¹⁶⁷⁷ et aurait le mérite d'institutionnaliser la délégation de compétences à des organismes de l'UE. Une autre possibilité, proposée par le même auteur, consiste à introduire dans le texte du traité un article intitulé « Des autorités européennes de régulation » afin de permettre l'institution « en tant que de besoin, [d'] une autorité européenne de régulation dotée de la personnalité juridique et chargée de la mise en œuvre et du respect d'une réglementation communautaire particulière, dans un secteur déterminé et en collaboration avec la Commission ». Si l'auteur estimait qu'une telle base juridique devait permettre à une loi européenne¹⁶⁷⁸ de préciser « le statut de chaque autorité européenne de régulation, les modalités d'exercice des compétences qui lui sont conférées et les règles générales relatives à la collaboration avec la Commission », une même disposition sous forme de règlement peut aujourd'hui avoir le même objet.

Une dernière possibilité consisterait de manière radicale à insérer dans l'article 13 TFUE une nouvelle « institution de l'Union ». Cette solution a déjà été proposée par Damien Geradin, lequel estimait qu'il s'agissait là « de la meilleure option », tout en reconnaissant qu'elle était très ambitieuse et politiquement peu réaliste¹⁶⁷⁹. L'auteur relevait surtout que la BCE ne jouissait pas de ce statut à l'époque¹⁶⁸⁰, ce qui complexifiait la situation. Depuis le Traité de Lisbonne, la BCE figure au titre de l'article 13 TUE (ex article 7 TCE) parmi les institutions de l'UE. Elle ne dispose pas de compétences générales mais de compétences

¹⁶⁷⁷ Article 17 TUE : « la Commission promeut l'intérêt général de l'Union et prend les initiatives appropriées à cette fin. Elle veille à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de ceux-ci. Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne. Elle exécute le budget et gère les programmes. Elle exerce des fonctions de coordination, d'exécution et de gestion conformément aux conditions prévues par les traités. À l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune et des autres cas prévus par les traités, elle assure la représentation extérieure de l'Union. Elle prend les initiatives de la programmation annuelle et pluriannuelle de l'Union pour parvenir à des accords interinstitutionnels ».

¹⁶⁷⁸ Selon la terminologie prévue dans le Traité instituant une Constitution pour l'Europe.

¹⁶⁷⁹ D. GERADIN, « The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience », in D. GERADIN, R. MUNOZ, N. PETIT (dir.), *Regulation Through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*, Northampton, MA: Edward Elgar Pub., 2005, p. 260 : « Article 7 of the Treaty could be amended to refer to the European Regulatory Agencies next to the Council, the Commission, the EP, the ECJ and the Court of Auditors in its list of EU bodies (...). The main disadvantage of this solution is that it may be too ambitious, as it would place agencies at the same level as the EP, the Council, the Commission, the ECJ and the Court of Auditors ». Bien que n'y apportant que peu de crédit, Hubert Delzangles avait également envisagé cette option, avant même l'instauration du MSU. Voir H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 810.

¹⁶⁸⁰ Avant le traité de Lisbonne, la BCE figurait à l'article 8 TCE, un article séparé des autres institutions.

limitées au domaine monétaire. Elle réalise ses missions en contrôlant l'offre de monnaie et en surveillant l'évolution des prix. Pour assurer les missions qui lui sont confiées, la BCE peut arrêter des règlements de portée générale, obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans tous les Etats membres, prendre des décisions, émettre des recommandations et avis¹⁶⁸¹ et est habilitée à infliger des amendes aux entreprises en cas de non respect des règles en vigueur¹⁶⁸². Depuis le règlement du Conseil n°1024/2013¹⁶⁸³, nous savons que la BCE n'est plus uniquement chargée de la politique monétaire et de la stabilité des prix mais aussi, dans le cadre du Mécanisme de Surveillance Unique¹⁶⁸⁴, de la surveillance prudentielle des banques. Ce règlement, pris sur le fondement de l'article 127 §6 TFUE¹⁶⁸⁵, confie ainsi une nouvelle mission de supervision bancaire et fait en réalité de la BCE un véritable régulateur européen du secteur bancaire.

Or la comparaison entre la BCE et les modèles de régulateurs européens n'est pas anodine¹⁶⁸⁶. Pour qu'une autorité européenne de régulation soit créée, celle-ci doit remplir un certain nombre de critères¹⁶⁸⁷ dégagés par le Rapport Stoffaës et qui sont toujours d'actualité : les deux premiers critères, assez proches, sont liés à la représentation et la visibilité de l'organisme, un critère touche à l'indépendance, un autre à l'effort de simplification de la régulation, et un dernier est relatif à la technicité et à la réactivité de l'organe. Bénéficier pour une instance de régulation économique d'un statut identique à celui dont bénéficie la BCE lui permettrait de satisfaire à ces différents impératifs. Il est en effet indéniable que la BCE jouit d'une indépendance¹⁶⁸⁸, d'une aura et d'une crédibilité¹⁶⁸⁹ sur la scène européenne et

¹⁶⁸¹ Article 132 §1 TFUE.

¹⁶⁸² Article 132 §2 TFUE.

¹⁶⁸³ Règlement du Conseil (UE) n°1024/2013 du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, JOUE L 287/63, 29/10/2013.

¹⁶⁸⁴ Le MSU constitue l'un des trois piliers de l'Union bancaire (avec le régime de garantie des dépôts amélioré et le mécanisme de résolution unique), elle même étant l'une des quatre pierres angulaires d'une véritable Union économique et monétaire.

¹⁶⁸⁵ L'article 127 §6 TFUE dispose que « le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure législative spéciale, à l'unanimité, et après consultation du Parlement européen et de la Banque centrale européenne, peut confier à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit et autres établissements financiers, à l'exception des entreprises d'assurances ».

¹⁶⁸⁶ Voir également à propos des facteurs de l'indépendance de la BCE et des autorités de régulation, infra, p. 402.

¹⁶⁸⁷ C. STOFFAËS, Vers une régulation européenne des réseaux, op. cit., p. 53.

¹⁶⁸⁸ Article 282 §3 TFUE : « la Banque centrale européenne a la personnalité juridique. Elle est seule habilitée à autoriser l'émission de l'euro. Elle est indépendante dans l'exercice de ses pouvoirs et dans la gestion de ses

internationale. Un tel organe permettrait enfin de réagir rapidement et efficacement aux problématiques transnationales et transfrontalières de régulation – c’est d’ailleurs une des raisons pour laquelle la supervision financière des grandes banques et des conglomérats a été confiée à la BCE.

Néanmoins, des réticences à ajouter dans le Traité une nouvelle institution en charge de la régulation existent. Par exemple, il est vrai qu’un tel ajout à l’article 13 « ne peut se faire que de manière générale »¹⁶⁹⁰ puisqu’il n’est pas envisageable d’ajouter un alinéa supplémentaire à l’article 13 TFUE dans lequel il est fait référence à plusieurs autorités de manière détaillée, voire confuse. Qui plus est, si certains secteurs nécessitent aujourd’hui une régulation européenne, rien n’indique que la situation soit la même dans un futur proche, ou que d’autres secteurs ne doivent pas à leur tour être régulés. L’insertion d’un alinéa à l’article 13 TFUE doit donc prendre en considération ces perspectives d’évolution. Toutefois, compte tenu de l’évolution de l’Union bancaire européenne, il y a des chances qu’une modification des traités s’opérera dans les années à venir. Il s’agira alors d’une nouvelle opportunité pour la régulation économique de s’institutionnaliser dans la durée. En ce sens, l’article 13 TUE relatif aux institutions de l’Union européenne constitue la pierre angulaire de cette institutionnalisation. Comme il a déjà été précisé, il n’est pas envisageable d’insérer à l’article 13 TUE un nouvel alinéa si celui-ci doit faire référence à plusieurs AER sectorielles¹⁶⁹¹. De même, institutionnaliser dans le traité des AER sectorielles est en contradiction avec l’idée selon laquelle la régulation se veut mouvante et évolutive : des secteurs aujourd’hui soumis à régulation ne le seront peut-être plus demain, et d’autres alors nécessiteront peut-être à leur tour d’être régulés. Tout indique donc qu’à l’heure actuelle, l’institutionnalisation à l’article 13 TUE d’AER sectorielles n’est donc pas envisageable. Mais cette proposition pourrait

finances. Les institutions, organes et organismes de l’Union ainsi que les gouvernements des États membres respectent cette indépendance ».

¹⁶⁸⁹ P.M. GERAATS, « Central Bank Transparency », op. cit., p. 532 ; J.CREEL et J. FAYOLLE, « La Banque centrale et l’Union monétaire européennes : les tribulations de la crédibilité », *Revue de l’OFCE* 2002/5 n° 83 bis, p. 211 ; G. DIANA, *Transparence, responsabilité et légitimité de la Banque Centrale Européenne*, *Bulletin de l’OPEE* n° 18, 2008 ; E. FARVAQUE, *La banque centrale européenne*, Ed. La découverte, Coll. Repère, 2010, p. 14.

¹⁶⁹⁰ H. DELZANGLES, *L’indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 810.

¹⁶⁹¹ L. RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, op. cit., p. 417. Pour l’auteur, « il ne semble pas pertinent de déterminer secteur par secteur (...) l’utilité de la mise en place d’organes autonomes ».

prendre tout son sens à l'avenir dans le cadre d'une unique Autorité européenne de régulation multisectorielle¹⁶⁹².

En définitive, la solution actuelle la plus crédible serait d'amender légèrement l'article 291 TFUE en élargissant la délégation de compétences d'exécution à des agences. Mais cette option institutionnaliserait la seule délégation du législateur vers les agences, et non la subdélégation des pouvoirs de la Commission vers ces organismes. Beaucoup d'espoirs reposaient alors sur l'accord interinstitutionnel relatif au cadre juridique des agences de régulation. Porté par la Commission, cet accord avait en partie pour objectif de préciser les pouvoirs dont celles-ci pouvaient bénéficier.

2. *Les espoirs déçus de l'accord interinstitutionnel sur les agences décentralisées*

L'intérêt de construire un cadre pour les agences européennes de régulation n'est pas nouveau¹⁶⁹³. Depuis le règlement 58/2003 relatif aux agences exécutives¹⁶⁹⁴, plusieurs auteurs ont manifesté l'intérêt qu'aurait un rapprochement des différents types d'agences. Sur la forme tout d'abord, Stéphane Rodrigues, afin de « répondre au double souci de cohérence et de sécurité juridique », a proposé l'adoption d'un règlement-cadre sur le statut des agences de régulation¹⁶⁹⁵ en s'inspirant de celui relatif aux agences exécutives. Sur le fond ensuite, puisqu'un cadre unique pour toutes les agences européennes a été évoqué par certains auteurs¹⁶⁹⁶. Avec plus de trente agences de régulation aussi diversifiées que l'Office communautaire des variétés végétales ou le Centre de traduction des organes de l'Union européenne, l'exécutif de l'UE décida qu'il devenait nécessaire d'harmoniser un statut jusqu'alors hétéroclite et peu cohérent¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹² Voir, supra, p. 220.

¹⁶⁹³ Voir notamment : J. MOLINIER, « L'élaboration d'un cadre commun aux agences de l'Union », in J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'union européenne*, op. cit., p. 221.

¹⁶⁹⁴ Voir supra.

¹⁶⁹⁵ S. RODRIGUES, « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », op. cit., p. 1181.

¹⁶⁹⁶ D. GERADIN et N. PETIT, « The development of agencies at EU and National Levels : Conceptual Analysis and Proposals for Reform », op. cit., p. 50.

¹⁶⁹⁷ Voir notamment : M.-T. HERMANGE, Rapport d'information n°58 de la délégation pour l'Union européenne au Sénat sur les agences européennes, 27 octobre 2005 ; C. PHILIP, Rapport d'information n° 3069 de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur les agences européennes, 3 mai 2006 ; D. BADRE, Rapport d'information n° 17, fait au nom de la commission des affaires européennes et de la commission des finances, 7 octobre 2009.

Pour ce faire, la Commission fit le choix de recourir à l'instrument juridique de l'accord interinstitutionnel plutôt que celui d'un règlement-cadre dans le souci d'associer pleinement le Conseil et le Parlement aux réflexions sur la définition d'un cadre commun devant s'appliquer aux agences de régulation¹⁶⁹⁸. Dans ce contexte, la Commission adopta un projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation au cours de l'année 2005¹⁶⁹⁹. Celui-ci établissait un cadre global proposant une définition de ces agences et des missions qui leurs incombent. Le projet déterminait également les conditions de leur création, prévoyait les modalités de fonctionnement et les différents contrôles auxquels elles devaient être soumises. Bien qu'ayant reçu le soutien du Parlement européen¹⁷⁰⁰, le projet d'accord se heurta à une vive opposition du Conseil, qui arguait de l'absence de base juridique dans le Traité et du caractère inapproprié de l'instrument proposé par rapport à l'objectif recherché¹⁷⁰¹. Afin de trouver un accord, la Commission relança en 2008 le dialogue tripartite en adoptant une nouvelle communication sur les agences¹⁷⁰², réaffirmant le besoin d'un accord entre les institutions sur un socle de règles communes¹⁷⁰³ qui finit par aboutir à une Déclaration commune sur les agences décentralisées en juin 2012¹⁷⁰⁴.

La signature de cette déclaration commune encadrant les agences « de régulation » appelle rapidement plusieurs séries de remarques. D'abord, l'accord conclu entre la Commission, le Parlement et le Conseil repose sur des compromis fragiles. Il fut long à négocier et difficile à conclure, et présente la spécificité de ne pas être juridiquement contraignant. La déclaration précisant que « les institutions tiendront compte de cette approche commune lorsqu'elles seront amenées à l'avenir à prendre des décisions concernant les agences décentralisées de l'UE, selon une analyse au cas par cas »¹⁷⁰⁵, l'approche commune est donc affaiblie par le principe affirmé de l'approche au cas par cas et les nombreuses exceptions. Comme le notent deux hauts fonctionnaires de la Commission, « tout

¹⁶⁹⁸ Le règlement-cadre aurait juste permis au Parlement de rendre un avis consultatif.

¹⁶⁹⁹ Commission européenne, Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, COM (2005) 59 final du 25 février 2005.

¹⁷⁰⁰ Résolution du Parlement européen du 1er décembre 2005, P6 TA (2005) 0460.

¹⁷⁰¹ L. RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, op. cit., p. 241.

¹⁷⁰² Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 11 mars 2008, Agences européennes, Orientations pour l'avenir, COM(2008) 135final.

¹⁷⁰³ Voir supra.

¹⁷⁰⁴ Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil de l'UE et de la Commission européenne du 12 juin 2012 sur les agences décentralisées.

¹⁷⁰⁵ Ibid., p. 1.

[dépendra] donc à présent de la volonté des trois institutions de respecter et d'appliquer les termes de l'accord »¹⁷⁰⁶. Pour autant, l'accord institutionnel présente plusieurs avancées. Les questions de la création et de la disparition des agences est réglée, comme celles de leur siège, de leur composition et des contrôles exercés sur elles. La déclaration commune de juin 2012 a en outre le mérite de faire œuvre de pédagogie en abordant la question de la terminologie à employer pour qualifier ces agences européennes. Le vocable d' « organisme décentralisé » ou d'« agence décentralisée » avait déjà été retenu à plusieurs reprises à la place de celui d'agence « de régulation » par les autorités européennes elles-mêmes. Cette terminologie se retrouve plus récemment dans les évaluations externes des agences¹⁷⁰⁷ prévues dans la communication de 2008. Comme le précise une étude du Parlement européen de 2006¹⁷⁰⁸ reprise par un document d'analyse de la Commission en 2010¹⁷⁰⁹, il n'a jamais existé de définition précise de ces agences « de régulation », qui étaient aussi appelées « agences décentralisées », « agences traditionnelles » ou « agences satellites ». Dans leur déclaration commune, les institutions de l'UE prennent ainsi le soin de nommer ces organismes « agences décentralisées », se faisant l'écho d'un certain nombre de critiques adressées à l'égard de l'ancien qualificatif¹⁷¹⁰. En effet, la plupart des agences décentralisées, telles que les agences créées dans les domaines du droit du travail¹⁷¹¹, de l'environnement¹⁷¹² ou des relations extérieures¹⁷¹³, n'exercent aucune activité de régulation, à l'inverse des agences instituées dans le secteur des réseaux et dans le secteur financier.

En revanche, les avancées précédemment relevées cachent l'absence de précision quant à l'exercice des compétences des agences. Les ambiguïtés de l'application de la

¹⁷⁰⁶ J.-L. FEUGIER et M.-H. PRADINES, *Agences de régulation de l'Union européenne : la conclusion d'un accord interinstitutionnel « historique »* en juillet 2012, *Etudes européennes*, 3 décembre 2012, p. 19.

¹⁷⁰⁷ Commission européenne, *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009, Synthesis and prospects, Final Report Vol. 1, December 2009 ; Conclusions at System Level, Final Report Vol. 2, December 2009 ; Agency level findings, Final Report Vol. 3, December 2009 ; Evaluation method, Final Report Vol. 4, December 2009.*

¹⁷⁰⁸ Parlement européen, *Study on Agencies' Discharge, Committee on Budgetary Control, December 2012, p. 10.*

¹⁷⁰⁹ Commission européenne, *Analytical Fiche n°1 Definition and classification of « European Regulatory Agency », 2010.*

¹⁷¹⁰ Voir notamment : D. GERADIN et N. PETIT, *The development of agencies at EU and National Levels : Conceptual Analysis and Proposals for Reform*, op. cit., p. 47 ; L. RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, op. cit., p. 251.

¹⁷¹¹ Par exemple, l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (EU-OSHA).

¹⁷¹² Par exemple, l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV).

¹⁷¹³ Par exemple, l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures (FRONTEX).

jurisprudence Meroni au cadre des agences depuis le Traité de Lisbonne méritaient un effort de la part des trois institutions. La Commission avait d'ailleurs relevé l'intérêt d'une précision sur la délégation de pouvoirs exécutifs aux agences. L'un des principaux objectifs de la construction d'un cadre commun aux agences européennes décentralisées était selon elle de préciser quels pouvoirs les agences pouvaient exercer et comment ceux-ci pouvaient leur être délégués. Parmi les « éléments à inclure dans une approche commune » présentés par la Commission, figuraient ainsi « les tâches dévolues aux agences de régulation »¹⁷¹⁴. Néanmoins, les doutes soulevés par la Commission en 2008 concernant ce point n'ont pas été pris en compte par l'accord. Comme le note le Professeur Elsa Bernard, cette situation a contribué « à consolider une situation dans laquelle les réponses à des interrogations aussi fondamentales que celle de la délégation de pouvoir consentie aux agences (...) demeurent floues »¹⁷¹⁵. Les questions les plus politiquement sensibles, comme les limites des pouvoirs susceptibles de faire l'objet d'une délégation aux agences ou celle de la responsabilité de leurs actes, ont été occultées par le trio institutionnel¹⁷¹⁶, de telle sorte que l'approche commune ne constitue finalement qu'un « accord a minima »¹⁷¹⁷.

II. Les clarifications jurisprudentielles sur la délégation de pouvoirs aux agences

Lorsqu'il est fait référence à l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice concernant la délégation de pouvoirs aux agences européennes, il est intéressant de comparer l'expérience européenne aux expériences nationales, notamment en ce qui concerne la délégation du pouvoir réglementaire. En effet, c'est souvent le juge constitutionnel national qui autorisa au prix d'une jurisprudence constructive la délégation d'un tel pouvoir en dehors des possibilités offertes par les Constitutions¹⁷¹⁸. Outre ces exemples tirés des Etats membres de l'UE, une partie de la doctrine n'hésite pas à s'appuyer également sur l'expérience nord-américaine en la matière pour tirer des enseignements constructifs visant à modifier le cadre

¹⁷¹⁴ Communication de la Commission COM(2008) 135final, op. cit., p. 7 : « la diversité des rôles assumés par les agences à l'heure actuelle montre qu'il n'y aura jamais de modèle unique pour définir ce qu'une agence doit faire mais qu'il existe bien différentes catégories d'agences. Une définition précise de ces différents types de fonctions permettrait de clarifier et de mieux comprendre leur rôle ». Voir également, p. 6 : « le nombre et la diversité des agences de régulation ayant augmenté, (...) l'établissement d'un cadre commun contribuerait à clarifier et à uniformiser les fonctions et les méthodes de travail de ces organismes ».

¹⁷¹⁵ E. BERNARD, « Accord sur les agences européennes : la montagne accouche d'une souris », RDUE, 2012/3, p. 436.

¹⁷¹⁶ Ibid., p. 430.

¹⁷¹⁷ Ibid., p. 429.

¹⁷¹⁸ Voir, supra, p. 230.

de la délégation de pouvoirs aux agences de l'UE¹⁷¹⁹ (A). D'ailleurs, cette expérience des agences américaines n'est sans doute pas étrangère à l'évolution induite par l'arrêt dit « AEMF », lequel a permis à la CJUE de lever certaines ambiguïtés persistantes tenant aux fondements de la délégation de pouvoirs aux agences européennes (B).

A. L'expérience de la délégation de pouvoirs aux Etats-Unis comme inspiration pour l'UE

Même si les modèles constitutionnels de l'Union européenne et des Etats-Unis diffèrent sur plusieurs points¹⁷²⁰, l'Union peut tirer un certain nombre d'enseignements de l'expérience américaine en matière de délégation de pouvoirs aux agences. Christian Stoffaës, qui fut l'un des premiers auteurs à insister sur l'intérêt d'une comparaison des deux systèmes en la matière¹⁷²¹, relevait d'ailleurs au début du siècle que « comme le droit communautaire, le modèle de régulation américain est celui d'un "droit sans Etat" »¹⁷²².

1. La délégation de pouvoirs aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, la Constitution américaine est très explicite concernant le titulaire du pouvoir législatif. Son article 1er dispose ainsi que « tous les pouvoirs législatifs accordés par la présente Constitution sont attribués à un Congrès des Etats-Unis »¹⁷²³. Pourtant, le Congrès a dès le début délégué plusieurs des tâches qui lui étaient confiées à d'autres institutions. Cette délégation s'inscrit toutefois dans une limite donnée par la Cour Suprême, laquelle déclare en 1892 que « le fait que le Congrès ne puisse pas déléguer le pouvoir législatif au

¹⁷¹⁹ M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, Thèse, Maastricht, 2014, p. 277 ; H. DELZANGLES, « L'encadrement des agences américaines de régulation, un modèle pour l'Europe ? », in F. PERALDI LENEUF (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, op. cit., p. 161 ; M. SHAPIRO, « A Comparison of US and European independent agencies », in S.R. ACKERMAN, P.L. LINDSETH (dir.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 293 ; D. GERADIN et N. PETIT, *The Development of Agencies at EU and National Levels : Conceptual Analysis and Proposals for Reform*, op. cit. ; D. GERADIN, « The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience », op. cit., p. 245.

¹⁷²⁰ Pour les éléments de divergence et de convergence, voir : D. GERADIN, « The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience », op. cit.

¹⁷²¹ Voir : C. STOFFAËS, « La régulation des réseaux aux Etats-Unis, enseignements pour l'Europe », *Annales des mines-Réalités industrielles*, octobre 1994, p. 36.

¹⁷²² C. STOFFAËS, « Bruxelles et Washington : la régulation des réseaux à l'échelle fédérale : enseignements pour l'Europe de l'expérience américaine », in C. STOFFAËS (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, op. cit., Annexe III. B, p. 26.

¹⁷²³ « All legislative power herein granted shall be vested in a Congress of the United States ».

Président est un principe universellement reconnu comme vital pour l'intégrité du système institué par la Constitution »¹⁷²⁴. Partant, la création d'agences susceptibles d'édicter des règles a posé la question de savoir si le Congrès leur transférait ou non son pouvoir législatif. Pour préciser la nature de ces pouvoirs délégués aux agences, la Cour Suprême a dès 1825¹⁷²⁵ opéré une distinction entre la délégation de pouvoirs portant sur « des objets importants qui doivent être entièrement traités par le législateur lui-même » (important subjects, which must be entirely regulated by the legislature itself) et celle portant sur des « détails sur lesquels une disposition générale peut être prise » (details where a general provision may be made), disposition qui détermine le cadre dans lequel les délégués peuvent exercer les pouvoirs transférés.

Si la Cour reconnaît ainsi le « pouvoir de combler les détails » (the power to fill up the details), encore fallait-il préciser à quelles conditions le Congrès pouvait opérer cette délégation. Celles-ci furent précisées de manière plus explicite dans l'arrêt Hampton¹⁷²⁶. En l'espèce, le Congrès avait délégué dans certaines limites le pouvoir de modifier les taux des droits de douane au Président, lequel après enquête et avis de la Commission des tarifs (United States Tariff Commission, aujourd'hui United States International Trade Commission) pouvait augmenter ou diminuer les droits d'importation. Il était reproché au Président d'avoir délégué à la Commission le pouvoir législatif appartenant au Congrès. L'argument ne fut pas retenu et la Cour Suprême confirma la délégation en précisant les contours de celle-ci. Compte tenu de certaines difficultés informationnelles, le Congrès avait admis que les tarifs soient ajustés par une autre institution. Pour la Cour, dès lors que le Congrès ne peut pas prévoir comment mettre en œuvre efficacement sa politique dans le temps, il peut laisser l'exécutif et les IRA prendre les décisions. Le pouvoir législatif n'a donc pas été délégué mais reste bien exercé par le Congrès. Lors de cet arrêt Hampton, il est intéressant de constater que la Cour a fait référence à l'ICC (Interstate Commerce Commission) pour illustrer la manière dont le Congrès peut déléguer le pouvoir de fixer des taux. En effet, il revient au Congrès de légiférer en précisant que les taux doivent être « justes et raisonnables » et de prévoir comment l'ICC doit respecter cette prescription¹⁷²⁷. Pour la Cour, « si le Congrès fixe par un acte législatif un principe intelligible auquel la personne ou l'organisme habilité à fixer les taux doit se conformer, de telles mesures ne constituent pas

¹⁷²⁴ Marshall Field & Co. v. Clark, 143 U.S., p. 649. (1892).

¹⁷²⁵ Wayman v. Southard, 23 U.S. p. 1, (1825).

¹⁷²⁶ J.W. Hampton, Jr., & Co. v. U.S., 276 U.S., p. 394 (1928).

¹⁷²⁷ ICC v. Goodrich Transit Co., 224 U.S. p. 194 (1912).

une délégation du pouvoir législatif »¹⁷²⁸. L'arrêt Hampton autorise donc la délégation de pouvoirs aux IRA dès lors qu'un « principe intelligible » prévu par l'acte législatif encadre l'exercice de ces pouvoirs. On constate toutefois qu'aucune formulation précise de ce « principe intelligible » n'est exigée. Cette ambiguïté va être levée par la Cour Suprême à l'occasion de deux arrêts rendus en 1935¹⁷²⁹ qui sont encore à ce jour les deux seules délégations de pouvoirs invalidées.

2. *L'encadrement souple de la délégation de pouvoirs* par la Cour Suprême

Dans l'affaire Panama Refining Co, le Congrès avait habilité le Président à interdire le commerce interétatique du pétrole et de ses dérivés au delà d'une certaine limite¹⁷³⁰. La société Panama Refining Co faisait valoir que cette disposition qui autorise le Président à adopter cette règle d'interdiction était une délégation inconstitutionnelle du pouvoir législatif. La Cour débuta son analyse en recherchant si la question posée relevait bien de la politique législative¹⁷³¹. Une fois ce point admis, la Cour chercha le principe intelligible, en vérifiant « si le Congrès a adopté une politique à ce sujet » et « si le Congrès a mis en place des standards pour encadrer l'action du Président »¹⁷³². Pour la Cour Suprême, la Constitution n'a jamais refusé au Congrès « les réserves de flexibilité nécessaires et les moyens pratiques lui permettant de s'acquitter de ses fonctions en déterminant des politiques et en établissant des standards, tout en laissant à des organismes déterminés l'édiction de règles d'importance secondaire dans des limites définies et la détermination des faits auxquels les politiques adoptées par la législature doivent s'appliquer »¹⁷³³. Mais en l'espèce, la Cour constata que la

¹⁷²⁸ Ibid., p. 408 (1928). Traduction libre de : « if Congress shall lay down by legislative act an intelligible principle to which the person or body authorized to fix such rates is directed to conform, such legislative action is not a forbidden delegation of legislative power ». La formule est reprise en substance dans plusieurs décisions de la Cour Suprême. Voir par exemple : *Touby v U.S.*, 500 U.S., p. 160 (1991).

¹⁷²⁹ *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. p. 388 (1935) et *A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. U.S.*, 295 U.S., p. 495 (1935).

¹⁷³⁰ « the transportation in interstate and foreign commerce of petroleum and the products thereof produced or withdrawn from storage in excess of the amount permitted to be produced or withdrawn from storage by any State law or valid regulation ».

¹⁷³¹ *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S., p. 415 : « the question whether that transportation shall be prohibited by law is obviously of legislative policy ».

¹⁷³² Ibid. : « whether the Congress has declared a policy with respect to that subject » et « whether the Congress has set up a standard for the President's action ».

¹⁷³³ « The Constitution has never been regarded as denying to the Congress the necessary resources of flexibility and practicality, which will enable it to perform its function in laying down policies and establishing standards, while leaving to selected instrumentalities the making of subordinate rules within prescribed limits and the determination of facts to which the policy as declared by the Legislature is to apply ».

disposition elle-même était « très brève et sans ambiguïté » et que « le Congrès [avait] laissé au Président la possibilité d'agir à sa guise en ne fixant aucune politique ni aucun standard et en n'imposant aucune règle »¹⁷³⁴. En conséquence, la délégation de pouvoirs était inconstitutionnelle. Dans l'arrêt *A.L.A. Schechter Poultry Corporation*, le Congrès autorisait cette fois le Président à approuver des codes de conduite dans le secteur du commerce et de l'industrie. La Cour Suprême a également cherché le « principe intelligible » ou d'éventuelles limites prévues par l'autorité délégante. Au lieu de cela, la Cour note qu'un pouvoir discrétionnaire pratiquement sans entraves (*virtually unfettered*) était donné au Président¹⁷³⁵. La délégation était également inconstitutionnelle.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour Suprême s'articule donc autour d'un principe simple : sans qu'elle soit prévue par aucun texte, la délégation de pouvoir aux *Independent Regulatory Agencies* est constitutionnelle, mais elle doit s'inscrire dans les limites fixées par un « principe intelligible » formulé par le législateur, c'est à dire un encadrement par une politique générale, des règles, normes ou standards restreignant l'action du délégataire. Toutefois, comme le note une auteure¹⁷³⁶, la Cour ne précise jamais « *how much is enough* ». En d'autres termes, il semble que les délégations de pouvoirs aux IRA ne soient inconstitutionnelles que lorsque le principe intelligible est « vide », c'est à dire quand les pouvoirs délégués peuvent être exercés de manière discrétionnaire. Dans les autres cas, la délégation est autorisée. Cette position de la Cour Suprême a été vivement critiquée par certains auteurs nord-américains pour qui la doctrine de la non délégation était un échec total et n'existait plus¹⁷³⁷. D'autres auteurs soutiennent à l'inverse depuis longtemps que dans certains secteurs dynamiques, politiquement et économiquement instables, une doctrine souple de la non délégation est nécessaire¹⁷³⁸. En définitive, si la délégation de pouvoirs « peut être vague, tant qu'elle n'est pas trop vague ou pas plus vague que nécessaire »¹⁷³⁹, elle

¹⁷³⁴ Ibid., p. 418.

¹⁷³⁵ *A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. U.S.*, 295 U.S., p. 523 (1935).

¹⁷³⁶ M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, op. cit., p. 199. L'auteur parle de « *'myth' of the non-delegation doctrine* ».

¹⁷³⁷ M. ASIMOW et R.M. LEVIN, *State and Federal Administrative law*, 3ème éd., St. Paul : West Publishing, 2009, p. 374

¹⁷³⁸ R.B. STEWART, « *The Reformation of American Administrative Law* », *Harvard Law Review* Vol. 88, Iss. 8, 1975, p. 1695. Pour l'auteur, « while the courts might in some cases more carefully limit broad legislative delegations through statutory construction, any large-scale enforcement of the non-delegation doctrine would clearly be unwise ».

¹⁷³⁹ D. SCHOENBROD, « *The Delegation Doctrine: Could the Court Give It Substance?* », *Michigan Law Review* Vol. 83, Iss. 5, 1985, p. 1224.

traduit dans tous les cas un transfert direct des compétences du législateur vers les agences de régulation, ce qui n'est pas prévu en droit de l'Union.

Sans revenir sur l'analyse de l'étendue des pouvoirs délégués aux agences européennes décentralisées que l'arrêt du 22 janvier 2012 vient préciser, l'étude de cette jurisprudence récente permet également de lever partiellement l'ambiguïté persistante quant au fondement de l'attribution des compétences à ces mêmes agences. Appelée des vœux de la doctrine, cette évolution jurisprudentielle s'inscrit en filigrane de l'évolution du principe de non déléation aux Etats-Unis.

B. L'éclaircissement jurisprudentiel du fondement de la délégation de pouvoirs aux agences européennes

Si nous avons vu que l'arrêt AEMF autorise les agences à prendre des actes de portée générale, il permet plus généralement de sanctuariser la délégation de pouvoirs aux agences alors que celle-ci n'est pas prévue dans les traités (1). L'arrêt laisse également entrevoir la possibilité d'un encadrement plus souple sur les pouvoirs exercés par les agences (2).

1. La sanctuarisation d'une délégation de pouvoirs en dehors de la lettre du Traité

Dans l'arrêt dit « AEMF » l'opposant au Parlement et au Conseil, le Royaume-Uni soulevait dans son troisième moyen la violation présumée des articles 290 et 291 TFUE par l'article 28 du règlement n° 236/2012, lequel permet à l'AEMF d'exercer un certains nombres de pouvoirs qui lui sont délégués. Contestant directement le fondement de la délégation de pouvoirs, ce moyen appelait la CJUE à se prononcer « sur la question de savoir si les auteurs du Traité FUE ont cherché à établir, aux articles 290 TFUE et 291 TFUE, un seul cadre juridique permettant d'attribuer exclusivement à la Commission certains pouvoirs délégués et d'exécution ou si d'autres systèmes de délégation de tels pouvoirs à des organes ou à des organismes de l'Union peuvent être envisagés par le législateur de l'Union »¹⁷⁴⁰. Afin de déterminer si le législateur de l'Union était ou non autorisé à octroyer des compétences à une « entité de l'Union » en l'absence de dispositions explicites le permettant dans les traités, la Cour n'hésita pas à l'occasion de cet arrêt à rendre une jurisprudence très constructive¹⁷⁴¹, que

¹⁷⁴⁰ CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil, point 78.

¹⁷⁴¹ E. BERNARD, « Quels pouvoirs pour les agences de l'Union européenne ? », op. cit., p. 646.

certain auteurs comparèrent à celle du Conseil constitutionnel¹⁷⁴² lorsque celui-ci autorisa l'attribution d'un pouvoir réglementaire à la CNCL¹⁷⁴³.

D'abord, certaines dispositions du TFUE concernent les agences et l'exercice de pouvoirs qui leurs sont délégués¹⁷⁴⁴. Certes, exception faite de l'exercice de la « fonction législative » dévolue au Parlement européen et au Conseil, seuls les articles 290 et 291 TFUE prévoient respectivement l'attribution de pouvoirs « délégués » et de pouvoirs « d'exécution » à la Commission. Mais pour la Cour, plusieurs dispositions des traités s'appliquent aux agences et à l'AEMF¹⁷⁴⁵. Il en va ainsi de l'article 263 qui prévoit que la Cour contrôle « la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers », de l'article 267, relatif au renvoi préjudiciel, selon lequel la Cour statue sur la validité et l'interprétation des actes pris par les mêmes « organes ou organismes », à propos de l'exception d'illégalité dans l'article 277 et du recours en carence. En conséquence, le TFUE tient pour acquis que la Commission n'a pas le monopole du pouvoir de décision non-législatif. Cette appréciation n'est pas nouvelle, puisque le juge européen avait déjà prévu que « tout acte émanant d'un organisme communautaire destiné à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers doit être susceptible d'un contrôle juridictionnel »¹⁷⁴⁶.

Ensuite, la Cour donne des indications ayant pour objet de bien distinguer l'attribution de pouvoirs aux agences de celle des articles 290 (pouvoirs délégués) et 291 (pouvoirs d'exécution). Comme le notait récemment un juge de la CJUE, « si l'on regardait cette dévolution de compétence comme l'une ou l'autre forme d'application de ces dernières dispositions elle serait illégale puisque, dans le raisonnement de la Cour, seule la Commission peut se voir reconnaître de tels pouvoirs »¹⁷⁴⁷. La Cour chercha donc à trouver un autre fondement à la compétence de l'AEMF. Elle trouve celui-ci dans l'idée de « pouvoirs

¹⁷⁴² J.-C. BONICHOT, « À propos de l'attribution du pouvoir réglementaire à l'Autorité européenne des marchés financiers », op. cit., p. 327.

¹⁷⁴³ Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC.

¹⁷⁴⁴ CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil, point 79 : même si les traités n'évoquent pas les actes des agences et font pas référence à la délégation de pouvoirs à leurs égards, la Cour note que « plusieurs dispositions du TFUE présupposent qu'une telle possibilité existe ».

¹⁷⁴⁵ Ibid., point 65.

¹⁷⁴⁶ TPICE, 8 octobre 2008, Sogelma contre Agence européenne pour la reconstruction, Aff. T-411/06, ECLI:EU:T:2008:419, point 37.

¹⁷⁴⁷ J.-C. BONICHOT, « À propos de l'attribution du pouvoir réglementaire à l'Autorité européenne des marchés financiers », op. cit., p. 326.

d'intervention ». Cette idée suppose que lorsqu'est mis en place un mécanisme de régulation dans un secteur donné, il devient indispensable de confier aux entités qui en sont les principaux acteurs institutionnels des pouvoirs de décision dès lors « qu'elles disposent d'un haut degré d'expertise professionnelle et collaborent de manière étroite dans la poursuite de l'objectif »¹⁷⁴⁸ de ce mécanisme. En l'espèce, l'article 28 du règlement n° 236/2012 ne saurait être considéré isolément et doit être lu en combinaison avec les autres instruments de régulation adoptés en la matière, notamment les règlements n° 1092/2010 et n° 236/2012¹⁷⁴⁹ et pour cette raison, les pouvoirs donnés à l'autorité ne correspondent « à aucun des cas de figure circonscrits par les articles 290 TFUE et 291 TFUE »¹⁷⁵⁰.

Il est intéressant de noter que sur ce point, la solution retenue par la Cour diffère de celle proposée par l'avocat général Niilo Jääskinen. Dans ses conclusions, celui-ci notait que les actes que l'AEMF a la possibilité et l'obligation d'adopter en vertu de l'article 28 du règlement n° 236/2012 sont « des actes de mise en œuvre (exécution) ». Dès lors qu'il s'agit d'actes d'exécution, le raisonnement consistait à dire que l'article 291, même s'il n'évoque que la Commission, n'interdit pas qu'un acte législatif confère des pouvoirs d'exécution à un organe autre que la Commission : « étant donné que les compétences d'exécution ne peuvent aller jusqu'à modifier ou à compléter des actes législatifs au moyen d'éléments nouveaux, (...) les principes constitutionnels fondamentaux n'interdisent pas au législateur de conférer de telles compétences aux agences, ce qui constituerait une solution médiane entre l'attribution du pouvoir d'exécution à la Commission ou au Conseil, d'une part, et le maintien de ce pouvoir dans la sphère de compétence des États membres, d'autre part »¹⁷⁵¹. Sans doute cette solution que ne retint pas la Cour était-elle trop innovante. Comme le note Jean-Claude Bonichot, « c'eût été (...) aller trop loin au yeux de la Cour, dès lors, d'une part, que depuis l'origine la Commission a toujours été considérée comme l'organe exécutif, d'autre part, que cela aurait perturbé l'équilibre institutionnel au maintien duquel la Cour s'est toujours montrée très attachée »¹⁷⁵².

¹⁷⁴⁸ CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil, point 85.

¹⁷⁴⁹ Ibid., point 86.

¹⁷⁵⁰ Ibid., point 83.

¹⁷⁵¹ Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen, 12 septembre 2013, Aff. C-270/12, point 96.

¹⁷⁵² J.-C. BONICHOT, « À propos de l'attribution du pouvoir réglementaire à l'Autorité européenne des marchés financiers », op. cit., p. 327.

En définitive, si pour la Cour aucun des cas de figure visés aux articles 290 et 291 TFUE ne correspond aux attributions transférées à l'autorité, l'article 28 du règlement n° 236/2012 fait « partie d'un ensemble de règles qui visent à doter les autorités nationales compétentes et l'AEMF de pouvoirs d'intervention pour faire face à des évolutions défavorables menaçant la stabilité financière au sein de l'Union et la confiance des marchés »¹⁷⁵³. Le juge semble donc opérer une distinction entre la délégation « Meroni-compatible » de « pouvoirs d'intervention » aux agences de l'UE qui n'est qu'implicitement reconnue dans les traités et la délégation explicite de « pouvoirs d'exécution » à la Commission européenne au titre de l'article 291 du TFUE.

Cette solution n'a pas emporté la conviction de toute la doctrine. En relevant qu'il apparaissait clairement que le Traité avait uniquement prévu de confier des compétences d'exécution aux Etats membres et à la Commission, mais non à des organes tiers, Régis Vabres estime ainsi qu'« en toute rigueur, le silence du Traité aurait du conduire à retenir l'illégalité du règlement », avant de s'interroger sur la valeur qu'il faut accorder au Traité si les silences de celui-ci peuvent conduire à aller au-delà de certains principes essentiels¹⁷⁵⁴. Usant d'un pouvoir créateur de droit dans le silence des textes, le juge estime pourtant qu'en dehors de tout cadre juridique, la délégation de pouvoirs est donc possible. Comme la Cour Suprême l'avait fait presque deux-cents ans plus tôt avec son arrêt *Wayman v. Southard*, la CJUE indique que le législateur de l'Union européenne peut confier certains pouvoirs non-législatifs à des agences de l'UE sans qu'il soit possible de le justifier à la lecture des traités.

2. L'assouplissement de l'encadrement de la délégation de pouvoirs aux agences

S'il est aujourd'hui admis qu'une délégation de pouvoirs est possible alors même qu'elle n'est pas prévue par les textes, elle reste toutefois strictement encadrée par la Cour, puisque la jurisprudence Meroni interdit la délégation « d'un pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique ». Sur ce point, des contraintes existent également dans les Etats membres ou aux Etats-Unis, mais semblent moins strictes que celles de la Cour de justice. En France par exemple, le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé que la Constitution

¹⁷⁵³ CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil, point 85.

¹⁷⁵⁴ R. VABRES, « CJUE, 22 janvier 2014, Affaire C-270/12, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil », op. cit., p. 52.

ne faisait pas obstacle « à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre, le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre une loi »¹⁷⁵⁵, tout en précisant que l'habilitation n'est valable que si elle « ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »¹⁷⁵⁶. Aux États-Unis, la délégation de pouvoirs est constitutionnelle dès lors qu'elle s'inscrit dans les limites fixées par un « principe intelligible » formulé par le législateur, c'est à dire un encadrement par une politique générale, des règles, normes ou standards restreignant l'action du délégataire. Mais nous savons que cet encadrement est apprécié de manière peu restrictive par la Cour suprême, qui ne sanctionne en définitive la délégation de pouvoirs que si le « principe intelligible » est vide. Il importe donc de savoir quelle voie pourrait emprunter la jurisprudence de la Cour à l'avenir pour permettre la délégation de pouvoirs plus étendus aux agences.

Sur ce point, l'arrêt AEMF vient apporter quelques précisions sur l'appréciation faite par les institutions de l'UE et la Cour de ce qu'est un « pouvoir discrétionnaire (...) susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique ». Nous savons que la Commission s'est déjà opposée à la délégation de pouvoirs décisionnels aux agences, comme ce fut le cas concernant l'ACRE¹⁷⁵⁷. Pourtant, les AES disposent de pouvoirs qui vont au delà de simples pouvoirs d'exécution, comme par exemple la faculté de court-circuiter les autorités nationales défaillantes¹⁷⁵⁸. Il n'en faut d'ailleurs pas plus pour qu'une partie de la doctrine relève que « l'attribution d'un tel pouvoir décisionnel, dont la mise en œuvre nécessite une réelle appréciation discrétionnaire, est a priori une violation de Meroni »¹⁷⁵⁹.

En ce qu'elle admet la délégation de ces pouvoirs à l'AEMF sans que celle-ci ne s'oppose à la jurisprudence Meroni, la décision du 22 janvier 2014 appelle toutefois deux séries de remarques. La première est liée à l'étendue des pouvoirs confiés à l'AEMF. Il serait illusoire de penser que les pouvoirs confiés à l'autorité constituent de simples « pouvoirs d'exécution nettement délimités et dont l'usage, de ce fait, est susceptible d'un contrôle

¹⁷⁵⁵ Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC.

¹⁷⁵⁶ Voir : Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, n° 89-260 DC et Conseil constitutionnel, 14 décembre 2006, n° 2006-544 DC.

¹⁷⁵⁷ Voir supra.

¹⁷⁵⁸ Art. 17 des règlements instituant les AES.

¹⁷⁵⁹ F. LAFARGE, « L'indépendance des autorités européennes de surveillance », op. cit., p. 686.

rigoureux au regard des critères objectifs fixés par l'autorité délégante ». Certes, les pouvoirs de l'AEMF sont limités aux cas de menace sur le bon fonctionnement des marchés ou la stabilité du système financier, et la législation fait état d'une obligation, et non d'une faculté, d'adopter les mesures prévues par l'article 25 du règlement. Mais ils constituent de véritables pouvoirs décisionnels qui jusqu'alors n'avaient jamais fait l'objet de délégation à une agence¹⁷⁶⁰. L'AEMF dispose en outre d'une marge d'appréciation dans la mesure où la décision consistant à établir l'existence de la menace implique une analyse non dépourvue d'une certaine subjectivité¹⁷⁶¹ que le règlement délégué de la Commission du 5 juillet 2012 ne fait pas totalement disparaître¹⁷⁶². Enfin, on voit mal comment l'AEMF pourra contrecarrer une menace pesant sur le système financier européen sans agir avec une certaine célérité, et donc une part d'arbitraire : « si la menace est réelle, son intervention sera forcément dans l'urgence et il n'est pas certain que toutes les conditions de forme (...) soient respectées »¹⁷⁶³.

La seconde touche à la portée de la décision de la Cour. Dans les secteurs financiers, il paraît indispensable que les pouvoirs des agences de supervision soient accrus. C'est d'ailleurs le cas pour le MSU qui dispose de pouvoirs très étendus dans le domaine bancaire et dont la création s'inscrit en filigrane du refus du Royaume-Uni d'accorder plus de pouvoirs

¹⁷⁶⁰ Voir notamment : N. DE SADELEER, « La compatibilité avec le droit de l'UE de la réglementation de la vente à découvert par l'Autorité européenne des marchés financiers », *Kluwer – Revue luxembourgeoise de bancassurance* 2014/1, p. 75 : « il est certain que les pouvoirs d'intervention dont la légalité était contestée sont nettement plus conséquents que ceux qui ont été délégués jusqu'à présent aux autres agences de régulation ».

¹⁷⁶¹ E. BERNARD, « Quels pouvoirs pour les agences de l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 656.

¹⁷⁶² Le règlement délégué (UE) n° 918/2012 de la Commission, du 5 juillet 2012 complétant le règlement n° 236/2012 prévoit à son article 24, paragraphe 3: « aux fins de l'article 28, paragraphe 2, point a), [du règlement n° 236/2012] l'on entend par menace pour le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou pour la stabilité de tout ou partie du système financier de l'Union : a) toute menace de grave instabilité financière, monétaire ou budgétaire concernant un État membre ou le système financier d'un État membre, lorsqu'il peut en résulter une grave menace pour le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou pour la stabilité de tout ou partie du système financier de l'Union; b) la possibilité d'un défaut d'un État membre ou d'un émetteur supranational; c) tout dommage grave causé aux structures physiques d'émetteurs financiers importants, aux infrastructures de marché, aux systèmes de compensation et de règlement et aux autorités de surveillance qui peut gravement affecter les marchés transfrontaliers, en particulier les dommages résultant d'une catastrophe naturelle ou d'une attaque terroriste, lorsqu'il peut en résulter une grave menace pour le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou la stabilité de tout ou partie du système financier de l'Union; d) toute perturbation grave d'un système de paiement ou d'un processus de règlement, en particulier dans le cadre d'opérations interbancaires, qui provoque ou peut provoquer d'importants défauts ou retards de paiement ou de règlement dans les systèmes de paiement transfrontaliers de l'Union, en particulier lorsque ces défauts ou retards peuvent entraîner la propagation d'une crise financière ou économique à tout ou partie du système financier de l'Union ».

¹⁷⁶³ R. VABRES, « CJUE, 22 janvier 2014, Affaire C-270/12, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil », *op. cit.*, p. 51.

aux autorités de surveillance¹⁷⁶⁴. Tout porte toutefois à croire que l'extension des pouvoirs des agences de régulation est envisageable. D'abord dans le secteurs des finances, puisque depuis l'arrêt du 22 janvier 2014, les pouvoirs réglementaires de l'AEMF se sont accrus avec l'adoption du règlement n°600/2014 du Parlement et du Conseil concernant les marchés d'instruments financiers qui entrera en application en 2017¹⁷⁶⁵ et qui dote l'autorité de pouvoirs d'intervention temporaire pour interdire ou restreindre, dans des conditions déterminées, la commercialisation, la distribution ou la vente de certains instruments financiers¹⁷⁶⁶. Ensuite dans les secteurs des réseaux. C'est ce que note le Groupe de réflexion sur l'avenir du service public européen (GRASPE), qui estime que « l'arrêt de la Cour ouvre donc au législateur de l'UE la possibilité de créer des autorités de régulations et de leur déléguer des pouvoirs étendus, dans la mesure où ces pouvoirs visent bien à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur et qu'ils soient encadrés par des textes fixant de façon précise et limitative les objectifs, les procédures et les domaines d'action »¹⁷⁶⁷. Des pouvoirs étendus pourraient donc à l'avenir être transférés aux agences européennes chargées de la régulation des réseaux : « en interprétant sagement les critères Meroni tels qu'ils doivent être appliqués à l'AEMF, la Cour permet d'envisager que des prérogatives plus larges soient attribuées à d'autres organes de régulation, dont l'intervention dans des domaines divers pourrait se révéler utile à la poursuite d'un ou de plusieurs objectifs de l'Union »¹⁷⁶⁸. C'est en substance ce que souhaitait en tout cas l'ancien Premier ministre belge Guy Verhofstadt quelques jours après la décision de la Cour en affirmant que « les États membres se sont toujours cachés derrière la soi-disante doctrine Meroni qui est une décision de la CJCE de la fin des années 50. Mais la semaine dernière, la CJCE dans une décision sur la vente à découvert a précisé que nous pouvons donner des pouvoirs discrétionnaires aux agences de l'UE »¹⁷⁶⁹. S'il ne s'agit que d'un souhait qui n'a pas encore pris forme, il est désormais admis que les agences de l'Union peuvent adopter des actes de portée générale et se voir attribuer une certaine marge d'appréciation dans le cadre de leur pouvoir décisionnel. Toutefois, les

¹⁷⁶⁴ Voir supra.

¹⁷⁶⁵ Règlement (UE) n° 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, JOUE, n° L 173 du 12 juin 2014, p. 84.

¹⁷⁶⁶ Art. 40, §1 et §2 du règlement n° 600/2014.

¹⁷⁶⁷ GRASPE, « La Cour de Justice donne les moyens au législateur de l'UE pour réguler le marché intérieur », Cahier n° 23, juin 2014, p. 86.

¹⁷⁶⁸ E. BERNARD, « Quels pouvoirs pour les agences de l'Union européenne ? », op. cit., p. 659.

¹⁷⁶⁹ Intervention by Guy Verhofstadt to the Euro reform seminar, 29 janvier 2014 : « Member States (...) have been hiding behind the so-called Meroni doctrine which is an ECJ ruling from the late 50's. But last week the ECJ in a ruling on short selling clarified that we can actually give discretionary powers to EU authority ».

pouvoirs qui leurs sont délégués restent actuellement en deçà de ceux que peuvent exercer les ARN et les agences américaines.

Si l'étendue de la fonction contentieuse semble constituer un excellent indicateur du degré d'évolution des agences de régulation, en réalité, quel que soit le type de pouvoir analysé, une gradation des régulateurs européens s'opère facilement. Avec des compétences élargies, le conseil de surveillance du MSU peut prendre des actes de portée générale et des décisions individuelles, et pour sanctionner leur non respect, il dispose d'un vaste pouvoir de sanction. Pour l'AEMF, et dans une moindre mesure les autres AES, le pouvoir de décision individuelle est étendu, notamment en ce qu'il permet d'intervenir en cas de violation du droit de l'UE, mais il reste encore beaucoup à faire concernant l'attribution d'un pouvoir réglementaire étendu, et ce malgré des évolutions encourageantes. Dans les secteurs des réseaux, l'étendue de la fonction contentieuse et du pouvoir réglementaire est ici encore significative de la faiblesse des pouvoirs de l'ORECE et de l'ACRE. Ce n'est que lorsque ces deux régulateurs se verront confier de réels pouvoirs qu'il sera possible de les qualifier d'autorité européenne de régulation. Sans doute faut-il désormais espérer que la délégation de véritables pouvoirs de régulation permettra de donner plus de poids à certains régulateurs européens. En la matière, le MSU et l'AEMF constituent clairement des modèles à suivre.

Conclusion du Titre II

En permettant aux autorités de régulation de disposer de larges pouvoirs aussi bien réglementaires, de décisions individuelles que de sanction, les législateurs nationaux ont entendu mettre à disposition des ARN tous les moyens nécessaires à la réalisation de leurs missions. A l'inverse, à l'échelle de l'UE, la délégation de véritables pouvoirs décisionnels aux régulateurs européens n'en est qu'à ses balbutiements, le secteur des finances faisant office de précurseur en la matière. Depuis l'arrêt Royaume-Uni contre Parlement et Conseil, la délégation d'un pouvoir réglementaire semble néanmoins définitivement autorisée par la CJUE. Malgré cette évolution, les pouvoirs restent encadrés par le juge et un assouplissement

des contraintes jurisprudentielles ne peut prendre forme qu'en s'inspirant des expériences nationales des Etats membres l'UE et des Etats-Unis.

Si peu de pouvoirs leurs ont été à ce jour délégués, le législateur de l'Union n'a pourtant pas attendu pour créer au sein des autorités concernées des chambres spéciales statuant sur les recours formés contre leurs décisions. En revanche, les législateurs nationaux sont peu nombreux à avoir organisé leurs ARN autour de différents conseils, notamment dans le cadre du pouvoir de sanction. En refusant de calquer l'organisation de leurs ARN autour de la séparation des fonctions de poursuite et de jugement, certains Pays comme l'Italie ont souhaité ne faire peser aucun risque sur l'efficacité et le fonctionnement de leurs autorités. L'existence d'un recours effectif contre les décisions des autorités, seule obligation imposée par la Convention européenne des droits de l'homme, suffit à elle-même et reste en effet sans conséquence sur l'organisation interne des ARN. Il semble toutefois opportun, pour la crédibilité de la parole du régulateur, que certaines garanties procédurales soient mises en œuvre à l'échelle nationale, à l'image de ce qui peut être fait en France avec le CSA et l'Autorité de la concurrence.

Conclusion de la Première Partie

Différentes perspectives visant à aménager le cadre structurel et fonctionnel de la régulation dans l'Union européenne viennent d'être envisagées. Il ressort de ces analyses que la régulation d'aujourd'hui ne peut plus se penser et s'exercer comme il y a vingt ans. La convergence progressive des services publics en réseaux, la confusion des différents instruments financiers avec le développement de la bancassurance, la détermination d'objectifs communs sont autant de raisons qui poussent plusieurs Etats à participer à un mouvement de réduction et de concentration de leurs ARN. Cette mutation n'a toutefois pas encore atteint l'Union européenne, à l'échelle de laquelle les agences restent très marquées par une empreinte sectorielle. L'UE marque donc un certain retard par rapport aux Etats, ce qui n'est guère surprenant dans la mesure où l'architecture de la régulation européenne n'est que le reflet de la régulation nationale. Pour cette raison, nous pouvons imaginer que des bouleversements structurels d'ampleur toucheront également les agences européennes dans les années à venir.

Le constat est identique concernant les pouvoirs octroyés aux régulateurs européens. En effet, nous ne sommes qu'aux prémises d'une véritable régulation exercée par des autorités européennes. Si les AES disposent aujourd'hui de plus d'attributions que n'importe quelle autre agence, l'ACRE ne possède encore que de peu de pouvoirs et l'ORECE n'a qu'un rôle consultatif. En revanche, il est désormais bien établi en France et dans les autres Etats membres qu'un large panel d'outils de régulation est confié aux ARN, leurs permettant de conserver des marges de manœuvre dans l'exercice de leurs pouvoirs et de s'adapter rapidement à l'évolution des marchés.

Mais il ne suffit pas d'avoir à sa disposition les outils nécessaires pour les utiliser correctement. Le succès de l'autorité de régulation dépend également de sa capacité à s'insérer dans un environnement dans lequel elle pourrait effectivement exercer ses pouvoirs, dans le respect des principes de bonne gouvernance. Ceux-ci peuvent être schématiquement résumés par trois règles d'or¹⁷⁷⁰ : la transparence, la prévisibilité et l'impartialité.

¹⁷⁷⁰ B. LASSERRE, « Régulation, mode d'emploi », *Sociétal*, n° 30, 2000, p. 79.

SECONDE PARTIE

L'INDISPENSABLE MISE EN OEUVRE DES CRITERES DE LA BONNE GOUVERNANCE AUPRES DES AUTORITES DE REGULATION

Au cœur des mutations modernes d'une action publique recherchant davantage l'efficacité par l'adhésion, la bonne gouvernance est un concept large et multiforme. Initialement employée dans le cadre de la politique d'entreprise, la formule est également utilisée depuis les années 90 par certaines instances nationales et internationales pour désigner « l'art et la manière de gouverner »¹⁷⁷¹. Elle a par ailleurs été utilisée en droit de la régulation pour traiter des caractéristiques recherchées par les autorités de régulation pour « mieux » réguler¹⁷⁷². Ces caractéristiques sont au nombre de deux.

La première est l'indépendance du régulateur et vise à rendre l'autorité de régulation impartiale et prévisible. Le régulateur doit d'abord être indépendant à l'égard des secteurs régulés, pour éviter tout risque de capture. Mais il doit également l'être à l'égard du pouvoir politique, car seule une autorité de régulation indépendante peut être prévisible et crédible, dès lors que son action n'est plus liée aux cycles politiques. La seconde est directement liée à la première : le régulateur doit être légitime. En effet, ce n'est que lorsque le régulateur utilise des pouvoirs étendus indépendamment de tout contrôle que la question de sa légitimité se pose.

Loin d'être contradictoires, l'indépendance et la légitimité se renforcent mutuellement, puisque l'autorité de régulation n'a jamais autant besoin de voir son action

¹⁷⁷¹ Par exemple: Banque mondiale, *Good Governance and the World Bank*, 2002.

¹⁷⁷² L. RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, op. cit., p. 420 et s ; *ICT Regulation Toolkit*, Module « Decision-Making Process and Governance Framework », p. 44 : la bonne gouvernance dans les systems de regulation « promotes accountability and legitimacy, reinforcing regulatory independence and reducing political and industry interference ».

légitimée que lorsqu'elle est indépendante. Pourtant, si l'indépendance des ARN semble acquise, des doutes subsistent sur leur légitimité. Nous verrons ainsi que si tout le monde s'accorde pour dire que l'indépendance constitue une garantie forte d'une régulation efficace et de qualité (Titre I), leur quête de légitimité, même si elle constitue une nouvelle source de crédibilité pour le régulateur, est encore un vaste chantier (Titre II).

Titre I. L'indépendance, principale protection de l'efficacité du régulateur

Titre II. La quête de la légitimité, nouvelle source de crédibilité pour le régulateur

TITRE I

L'INDEPENDANCE, PRINCIPALE PROTECTION DE L'EFFICACITE DU REGULATEUR

Comme le faisait remarquer Thierry Tuot, « si le débat sur la régulation est souvent cacophonique, il est du moins marqué par la prédominance d'une note, qui se détache et se reconnaît aisément par sa constance : celle de l'idée d'indépendance. La régulation serait indépendante ou ne serait pas »¹⁷⁷³. A en croire l'ancien directeur de la CRE, l'indépendance serait donc « l'ADN » de l'autorité de régulation. Cette conception de l'indépendance n'est toutefois pas partagée dans toute l'UE, puisque plusieurs Etats membres n'emploient d'ailleurs pas le terme d'indépendance pour qualifier leurs ARN, lui préférant celui d'autonomie¹⁷⁷⁴. En Allemagne par exemple, les ARN ne sont pas en théorie indépendantes du pouvoir politique, ce qui ne les empêche pas de mener à bien leurs missions¹⁷⁷⁵. En conséquence, l'indépendance ne serait pas une condition, mais bien une garantie supplémentaire de l'efficacité des régulateurs¹⁷⁷⁶.

Bien qu'un débat doctrinal continue d'opposer les partisans de la notion d'indépendance à ceux de l'autonomie¹⁷⁷⁷, nous retiendrons pour notre part la première terminologie, utilisée par la majorité de la doctrine et par l'Union européenne, pour qualifier les organismes étudiés d'autorités de régulation indépendantes (ARI). Aussi, reprenant à notre

¹⁷⁷³ T. TUOT, « Perspectives d'évolution », in M. LOMBARD, *Régulation économique et démocratie*, op. cit., p. 219.

¹⁷⁷⁴ Voir infra, p. 487.

¹⁷⁷⁵ L'autorité de régulation doit surtout être impartiale. Or si l'indépendance est un statut, l'impartialité est une qualité. On peut donc être impartial sans être indépendant, même si l'indépendance y contribue grandement.

¹⁷⁷⁶ Comme le note Hubert Delzangles, « l'indépendance "en soi" n'est donc peut-être pas aussi consubstantielle à la régulation que le pensent certains auteurs ». H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 33.

¹⁷⁷⁷ Voir notamment en France : C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de la régulation et la Constitution », RDP, 1990, p. 217 et s. ; M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs politiques, 2^{ème} éd., 1994, p. 15 ; J.-L. AUTIN, « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in J.-L. AUTIN et C. RIBOT (dir.), *Environnements, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 445.

compte la formule de la Cour de justice de l'Union européenne, « en matière d'organe public, le terme "indépendance" désigne normalement un statut qui assure à l'organe concerné la possibilité d'agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction et de toute pression »¹⁷⁷⁸. Cette définition semble indiquer que l'indépendance des autorités de régulation ne peut se décrire et se mesurer que par rapport aux éléments extérieurs susceptibles d'y porter atteinte¹⁷⁷⁹. Elle ne pourrait donc « s'évaluer que par degrés, en rapport à d'autres éléments constitutifs de l'Etat »¹⁷⁸⁰. Il est toutefois possible de déterminer avec précision des critères permettant de juger si une autorité de régulation dispose ou non de garanties d'indépendance recherchées. Plusieurs auteurs s'y sont d'ailleurs attachés ces dernières années¹⁷⁸¹, leurs études mettant en lumière des méthodes et des critères utiles pour évaluer l'indépendance dont jouissent les autorités de régulation¹⁷⁸². Leurs résultats s'inscrivent alors dans une démarche macro-comparative qui vise à classer et à comparer les systèmes juridiques¹⁷⁸³. En pondérant leurs différents « critères d'indépendance », ces auteurs déterminent ainsi une « mesure globale de l'indépendance » (« single overall measure ») permettant de classer les différentes autorités. Cette démarche n'est pas la notre puisque l'objectif n'est pas de hiérarchiser les systèmes existants, mais en s'appuyant sur ces critères, il est possible de déterminer avec précision pour chacun d'entre eux quel système de régulation peut servir de modèle. Aussi, après avoir rappelé les raisons justifiant d'accorder aux autorités de régulation une indépendance tant vis-

¹⁷⁷⁸ CJUE, 9 mars 2010, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, cons. n° 18. Cette définition est identique à celle donnée par Gérard Cornu dans son dictionnaire juridique. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., PUF, Coll. Quadrige, 2014.

¹⁷⁷⁹ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, communications électroniques, énergie et postes, op. cit., p. 32.

¹⁷⁸⁰ Ibid.

¹⁷⁸¹ Voir notamment : C. HANRETTY et C. KOOP, « Measuring the formal independence of regulatory agencies », *JEPP*, Vol. 19, n° 2, 2012, p. 198 ; C. HANRETTY, P. LAROUCHE, A. REINDL, *Independence, accountability and perceived quality of regulators*, CERRE, 2012 ; F. GILARDI et M. MAGGETTI, « The Independence of Regulatory Authorities », in D. LEVI-FAUR (dir.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 201 ; G. EDWARDS et L. WAVERMAN, « The effects of public ownership and regulatory independence on regulatory outcomes », *Journal of Regulatory Economics*, Vol. 29, n° 1, 2006, p. 23 ; F. GILARDI, « Evaluating Independent Regulators », *Regulatory Management and Reform Division*, Paris, OCDE, 2003.

¹⁷⁸² Par exemple : C. HANRETTY, P. LAROUCHE, A. REINDL, *Independence, accountability and perceived quality of regulators*, op. cit., p. 9 : « En ce qui concerne l'indépendance, nous évaluons l'indépendance juridique à travers treize critères différents, qui sont : les déclarations d'indépendance statutaires vis-à-vis des acteurs du marché (1) et des acteurs politiques (2), les règles d'incompatibilité claires vis-à-vis des secteurs réglementés (3) et du pouvoir politique (4), une absence de tutelle ministérielle (5), des compétences exclusives et assez détaillées (6), l'absence de tout pouvoir ministériel d'instruction (7) ou d'homologation (8), l'existence de budgets séparées du budget général de l'Etat (9) et contrôlé par l'agence elle-même (10), le caractère fixe de la durée du mandat des chefs d'organismes et / ou des membres du conseil d'administration (11) avec des limitations touchant à leur renouvellement (12), et aux causes de révocation (13) ».

¹⁷⁸³ Voir supra.

à-vis des acteurs régulés qu'à l'égard du pouvoir politique (Chapitre 1), il conviendra de mesurer l'indépendance des différents régulateurs nationaux et européens à travers le prisme de ces critères (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les facteurs de l'indépendance des autorités de régulation

Chapitre 2. La mesure de l'indépendance des autorités de régulation

Chapitre 1

Les facteurs de l'indépendance des autorités de régulation

Même si en matière de régulation, les différentes « fonctions » de l'indépendance s'entremêlent très largement¹⁷⁸⁴, il est possible d'en distinguer deux essentielles. La première peut être conçue pour éviter les conflits d'intérêts¹⁷⁸⁵. Il s'agit ici d'un impératif d'impartialité subjective connu de longue date dans les secteurs financiers mais qui prit une proportion particulière dans les services publics en réseaux depuis une trentaine d'années¹⁷⁸⁶. Ce serait le fondement conjoncturel de l'indépendance¹⁷⁸⁷ dont la diffusion semble largement contrainte par le droit de l'UE et qui s'apprécie à l'égard des opérateurs économiques (Section 1) La seconde s'appuie sur un fondement structurel de l'indépendance¹⁷⁸⁸, c'est-à-dire un impératif de crédibilité de l'action du régulateur. Primordial dans les secteurs financiers¹⁷⁸⁹, il fut un

¹⁷⁸⁴ M. LOMBARD, « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? Typologie de leurs missions », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit., p. 153

¹⁷⁸⁵ Constitue un conflit d'intérêts « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à compromettre l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». Article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JO n°0238 du 12 octobre 2013. Sur ce point, voir : H. DELZANGLES, « Regulatory Authorities and conflict of interest », in J.-B. AUBY, E. BREEN et T. PERROUD, *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 15.

¹⁷⁸⁶ La conception traditionnelle de l'indépendance à l'égard des opérateurs sur le marché apparaît avec le Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation et la directive 88/301/CEE de la Commission, du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication.

¹⁷⁸⁷ G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, op. cit., p. 631.

¹⁷⁸⁸ Ibid., p. 632.

¹⁷⁸⁹ Voir notamment l'article 7 du protocole n°4 au TFUE relatif au SEBC et à la BCE : « conformément à l'article 130 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dans l'exercice des pouvoirs et dans l'accomplissement des missions et des devoirs qui leur ont été conférés par les traités et par les présents statuts, ni la BCE, ni une banque centrale nationale, ni un membre quelconque de leurs organes de décision ne peuvent solliciter ni accepter des instructions des institutions, organes ou organismes de l'Union, des gouvernements des États membres ou de tout autre organisme ». La même indépendance est largement reconnue depuis de nombreuses années aux autorités de régulation financière, comme en témoigne en France le statut de la

temps négligé dans les secteurs économiques pour n'être pris en considération que récemment, arguant d'un besoin de prévisibilité et d'efficacité que seul peut se targuer d'avoir un régulateur indépendant du pouvoir politique¹⁷⁹⁰ (Section 2).

Section 1. Le fondement conjoncturel de l'indépendance : la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation

Section 2. Le fondement structurel de l'indépendance : la crédibilité et la cohérence dans l'exercice des fonctions de régulation

Section 1. Le fondement conjoncturel de l'indépendance : la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation

Le recours à des autorités indépendantes des opérateurs régulés traduit, dès lors que ces secteurs sont libéralisés et soumis à concurrence, l'impossibilité pour une entreprise d'exercer à la fois les fonctions de réglementation du secteur et celles d'opérateur. Admettre ce cumul conduirait en effet à remettre en cause l'égalité des chances entre les opérateurs d'un même marché. Pour que le régulateur puisse être impartial, la fonction de régulation doit donc être exercée par un régulateur indépendant du secteur régulé. Ce fondement de l'indépendance est ancien dans le secteur financier¹⁷⁹¹. La législation européenne relative au secteur financier

Commission des opérations de bourse, la COB, « généralement considérée (...) comme la première autorité administrative indépendante, avant même que la loi du 6 janvier 1978 utilise cette expression (...) pour la Commission nationale Informatique et Liberté », M. LOMBARD, « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? Typologie de leurs missions », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit., p. 160.

¹⁷⁹⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulateurs indépendants versus LOLF », RLC, 2006, p. 70 : « la logique de l'action efficace et crédible de l'Etat vient se substituer à l'ordre reçu de l'Europe pour poser que les régulateurs ne peuvent qu'être indépendants du Gouvernement ». Voir également pour le besoin de prévisibilité et d'efficacité, le considérant n° 6 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, COM (2007) 697.

¹⁷⁹¹ Voir notamment : O. DOUVRELEUR, « L'indépendance de l'Autorité des marchés financiers », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, op. cit., p. 752 ; J. LASSERE CAPDEVILLE, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard des opérateurs régulés », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, op. cit., p. 667 ; F. LAFARGE, « L'indépendance des autorités européennes de surveillance », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, op. cit., p. 682. Une difficulté subsiste toutefois en matière financière en

rappelle d'ailleurs régulièrement l'obligation d'indépendance des autorités compétentes nationales à l'égard des opérateurs de marchés¹⁷⁹². Dans les services publics en réseaux, la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation est d'ailleurs liée à une libéralisation de ces secteurs a priori imposée par le droit de l'Union (I). Nous verrons que l'impact de celui-ci sur la diffusion de l'indépendance des autorités de régulation nationales doit toutefois être relativisé (II).

I. L'impact du droit de l'Union sur la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation

Depuis près de vingt ans, le droit de l'Union européenne interdit que les fonctions d'opérateur et de régulateur soient cumulées entre les mêmes mains (A). Cette interdiction semble avoir été à l'origine de la multiplication des autorités de régulation (B).

A. Le principe de séparation des fonctions de régulateur et d'opérateur

L'interdiction pour une entreprise d'exercer les fonctions d'opérateur économique et de réglementation des tarifs des services de télécommunications apparaît en 1995 avec l'arrêt *British Telecom* de la CJCE¹⁷⁹³. Approuvant une décision de la Commission, la Cour condamne les effets anticoncurrentiels des mesures prises par l'opérateur *British Telecom*, lequel cumulait les fonctions de réglementation et d'exploitation sur un même marché. La CJCE condamne ainsi les comportements abusifs d'une entreprise qui détourne le pouvoir réglementaire de son objet, pour que « les conditions d'exercice de ce pouvoir par l'entreprise lui laissent une marge d'appréciation qui laisse penser qu'elle peut le détourner de son objet et

raison de la technicité des questions traitées, celle de la participation importante des experts et professionnels aux autorités de régulation. Cette difficulté n'est pas systématique, comme en témoigne l'absence de professionnel du monde des affaires dans l'organe principal de la Commission bancaire avant la création de l'ACPR, et se résout essentiellement par des mécanismes de garantie de l'impartialité des membres, notamment par l'instauration de régimes d'incompatibilités.

¹⁷⁹² Voir par exemple le considérant 36 de la directive 2003/6 sur les abus de marchés qui précise que l'autorité compétente ne doit pas être de nature privée « afin de garantir son indépendance par rapport aux opérateurs économiques et d'éviter les conflits d'intérêts ».

¹⁷⁹³ CJCE, 20 mars 1985, République italienne contre Commission des Communautés européennes, Aff. 41/83, ECLI:EU:C:1985:120.

en faire un élément de stratégie sur le marché en le détournant du service d'intérêt général »¹⁷⁹⁴.

Même si l'arrêt *British Telecom* constitue une condamnation implicite du cumul des fonctions de réglementation et d'exploitation, le principe de séparation des fonctions a été formulé pour la première fois dans le Livre vert de la Commission relatif au marché commun des services et équipements des télécommunications¹⁷⁹⁵ avant d'entrer dans le droit dérivé par la directive 88/301/CEE sur les « terminaux de télécommunications »¹⁷⁹⁶. La directive indique ainsi que les Etats membres doivent s'assurer que la formalisation de certaines spécifications, le contrôle de leur application et l'agrément « sont effectués par une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens et/ou des services dans le domaine des télécommunications »¹⁷⁹⁷. Elle précise par ailleurs expressément que cette séparation des fonctions vise à éviter les conflits d'intérêts évidents que suggérerait une telle confusion. Pour cette raison, « la mise en forme des spécifications et des règles d'agrément [doit être] confiée à une entité indépendante du gestionnaire du réseau et de tout autre concurrent sur le marché des terminaux »¹⁷⁹⁸. La Cour de justice, à l'occasion de plusieurs recours¹⁷⁹⁹, a confirmé la légalité du principe¹⁸⁰⁰, précisant par la même occasion que cette indépendance de l'autorité titulaire des fonctions normatives à l'égard des acteurs du marché s'imposait afin d'assurer

¹⁷⁹⁴ R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », RTDE n° 3, 1996, p. 495.

¹⁷⁹⁵ Communication de la Commission du 3 décembre 1997, Livre vert La convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation - Vers une approche pour la société de l'information, op. cit.

¹⁷⁹⁶ Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, op. cit.

¹⁷⁹⁷ Art. 6 de la directive 88/301/CEE.

¹⁷⁹⁸ Cons. 17 de la directive 88/301/CEE.

¹⁷⁹⁹ CJCE, 19 mars 1991, République française contre Commission, Aff. C-202/88, op. cit. ; CJCE, 27 octobre 1993, Procureur du Roi contre J.M. Lagauche e.a., Aff. C-46/90 et C-93/91, Rec. p. I-5267. Voir sur ce point : F. PERALDI-LENEUF, « La libéralisation du marché des terminaux de télécommunications et la jurisprudence communautaire : une connexion en cours », Europe, n° 2, février 1996, p. 1.

¹⁸⁰⁰ La France fut condamnée à plusieurs reprises pour non respect de cette séparation : CJCE, 27 octobre 1993, Procédure pénale contre Annick Taillandier, épouse Nény, Aff. C-92/91, ECLI:EU:C:1993:854 et CJCE, 27 octobre 1993, Procédure pénale contre Francine Decoster, épouse Gillon, Aff. C-69/91, ECLI:EU:C:1993:853. Voir également : CJCE, 6 mars 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contre Administración del Estado, Aff. C-82/07, ECLI:EU:C:2008:143, et notamment le point. 26 : « lorsque ces attributions relèvent, même partiellement, d'autorités ministérielles, il incombe à chaque État membre de veiller à ce que ces dernières ne soient pas directement ou indirectement impliquées dans des "fonctions" d'exploitation au sens de la directive "cadre" ».

l'égalité des chances entre les opérateurs¹⁸⁰¹. L'exercice concentré de ces deux fonctions traduit en effet une attitude partielle dans la mesure où les règles du marché seraient élaborées par l'un des opérateurs intervenant sur celui-ci. L'opérateur serait alors à la fois juge et partie¹⁸⁰² ce qui conduit « à un abus quasi-automatique de position dominante »¹⁸⁰³.

Le principe de séparation des fonctions fut ensuite généralisé au secteur des télécommunications tout entier par la directive de 1990 relative à « la concurrence dans les marchés des services de télécommunications »¹⁸⁰⁴, qui précise que les Etats membres doivent s'assurer que l'attribution des autorisations d'exploitation et des fréquences, mais aussi les activités de contrôle et de surveillance « soient effectuées par une entité indépendante des organismes de télécommunications »¹⁸⁰⁵.

B. Du principe de séparation des fonctions aux autorités de régulation indépendantes

La mise en œuvre de ce principe de séparation des fonctions prit pour la première fois la forme institutionnelle de l'autorité réglementaire indépendante dans une directive du Conseil de 1992¹⁸⁰⁶. L'autorité réglementaire nationale y est alors définie comme « l'organe ou les organes qui sont juridiquement distincts et fonctionnellement indépendants des organismes de télécommunications et auxquels l'Etat membre confie, entre autres, les fonctions réglementaires relevant de la présente directive »¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰¹ CJCE, 13 décembre 1991, Régie des télégraphes et des téléphones contre GB-Inno-BM, Aff. 18/88, Rec. p. I-5941.

¹⁸⁰² Ce que traduit le cons. 39 de la directive 97/67/CE : « il importe, pour le bon fonctionnement du service universel ainsi que pour le jeu d'une concurrence non faussée dans le secteur non réservé, de séparer l'organe de réglementation, d'une part, et l'opérateur, d'autre part; qu'aucun opérateur postal ne doit être à la fois juge et partie ».

¹⁸⁰³ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 169.

¹⁸⁰⁴ Directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, JOCE n° L 192 du 24/07/1990 p. 10.

¹⁸⁰⁵ Art. 7 de la directive 90/388/CEE.

¹⁸⁰⁶ Directive 92/44/CEE du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, op. cit. Voir le Cons. 14 de la directive : « conformément au principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation et au principe de subsidiarité, les autorités réglementaires nationales de chaque Etat membre joueront un rôle important dans la mise en œuvre de la présente directive ».

¹⁸⁰⁷ Art. 2 de la directive 92/44/CEE.

Traduisant la volonté de séparer les fonctions de réglementation et d'exploitation, les premières directives n'imposèrent pourtant pas le recours à des autorités indépendantes du pouvoir politique, dans la mesure où elles ne visent qu'un devoir d'impartialité pesant sur l'autorité en charge de la fonction de réglementation à l'égard des opérateurs. Elles laissaient même aux Etats membres le choix « de définir le statut des autorités réglementaires nationales », qui peuvent être « une autorité publique ou une entité indépendante désignée à cet effet »¹⁸⁰⁸. Ce choix s'exprimait également dans le secteur des transports ferroviaire, l'organisme chargé du contrôle pouvant être « le ministère chargé des questions de transports ou tout autre organisme »¹⁸⁰⁹. Et si dans le secteur de l'électricité, la directive de 1996 faisait encore référence à « une autorité ou un organisme public ou privé indépendant des activités de production, de transport et de distribution d'électricité »¹⁸¹⁰, le recours à la terminologie d'« autorité de régulation » en 2003¹⁸¹¹ n'y changea rien¹⁸¹².

Ce choix s'expliquait par le respect du principe de l'autonomie institutionnelle des Etats, qui implique que le droit de l'Union respecte le caractère souverain des Etats membres. Par ricochet, ce principe garantit pour les Etats membres une liberté à déterminer les modalités institutionnelles de mise en œuvre des directives européennes. En effet, le choix de l'exercice des pouvoirs et de l'exécution des obligations imposées aux fins de l'application du droit de l'UE qui peuvent être confiés par les Etats à des organes internes déterminés « relève uniquement du système constitutionnel de chaque Etat »¹⁸¹³. Pour cette raison, si le principe de séparation des fonctions ne peut pas imposer aux Etats membres de créer une autorité de régulation indépendante du pouvoir politique, les directives rendent toutefois cette option

¹⁸⁰⁸ Cons. 39 de la directive 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service.

¹⁸⁰⁹ Art. 30 de la directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité.

¹⁸¹⁰ Art. 6 §5 de la directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

¹⁸¹¹ Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, et directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE.

¹⁸¹² Voir supra.

¹⁸¹³ CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor groenten en fruit*, Aff. jointes 51 à 54-71, Rec. p. 1107 et plus précisément le point 4, p. 1116. Voir également pour un rappel du principe, CJUE, 16 juillet 2009, *Mark Horvath contre Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, Aff. C-428/07, ECLI:EU:C:2009:458 et CJUE, 12 juin 2014, *Digibet Ltd et Gert Albers contre Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG*, Aff. C-156/13, ECLI:EU:C:2014:1756.

obligatoire dès lors que les Etats eux mêmes interviennent sur les marchés en qualité d'opérateurs. Or en souhaitant rester actionnaires de leurs anciens monopoles publics désormais privatisés et en y conservant le plus souvent une réelle influence, la plupart des Etats membres n'avaient d'autre choix que de recourir à l'autorité de régulation indépendante : l'indépendance par rapport à l'opérateur public devient une indépendance par rapport à l'Etat qui contrôle cet opérateur¹⁸¹⁴.

N'étant pas impartiaux dans la mesure où ils agissent comme n'importe quel opérateur sur les marchés, les Etats membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques « veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part »¹⁸¹⁵. Comme le rappelait le Conseil d'Etat dans son rapport annuel de 2001, « juridiquement, la transposition de ces directives n'empêche pas l'obligation de créer une nouvelle institution spécialisée dans la régulation du secteur en cause, ni même de créer une institution organiquement séparée des administrations centrales »¹⁸¹⁶, et de préciser qu'une vaste palette de choix s'offrait aux Etats membres, du régulateur exerçant ses activités au sein de l'administration et sous son contrôle à l'autorité de régulation indépendante, en passant par le transfert de ces pouvoirs à l'autorité chargée du respect de la concurrence. En définitive, c'est au regard du degré de contrôle que les Etats détenaient sur les opérateurs historiques que le législateur national a dû privilégier l'une ou l'autre option¹⁸¹⁷.

Au nom des principes d'impartialité et d'égalité des chances, tous les secteurs des services publics en réseaux se sont vus imposés cette séparation fonctionnelle, et, lorsque les Etats en étaient actionnaires, la création d'autorités de régulation indépendantes¹⁸¹⁸. Le premier mouvement s'observe à la fin des années 90 quand le secteur des télécommunications

¹⁸¹⁴ G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », op. cit., p. 631.

¹⁸¹⁵ Art. 3 §2 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"), op. cit.

¹⁸¹⁶ CE, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 272.

¹⁸¹⁷ Ibid.

¹⁸¹⁸ Ceci vaut aussi pour les secteurs des finances, dans la mesure où l'existence d'une autorité indépendante s'explique en partie par l'intervention de l'Etat comme investisseur et émetteur lorsqu'il possède des intérêts dans des entreprises cotées. Voir également : H. CALVET, « Les incidences du droit européen sur la régulation nationale », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Droit et économie de la régulation, Vol. 2, Presses de Science Po et Dalloz, 2004, p. 35.

fut ouvert à concurrence le 1er janvier 1998. La plupart des Etats membres organisèrent cette libéralisation juste avant cette date limite en créant une autorité de régulation indépendante, comme ce fut le cas en France (avec l'ART¹⁸¹⁹), en Italie (avec l'AGCOM¹⁸²⁰), en Allemagne (avec la RegTP¹⁸²¹), au Portugal (avec l'ANACOM¹⁸²²) ou encore au Luxembourg (avec l'ILT¹⁸²³). Cette obligation fut rappelée à l'occasion de la directive 2002/21/CE précitée qui exige quant à elle de manière détaillée que « les Etats membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques »¹⁸²⁴. Dans le secteur des communications électroniques plus que dans tout autre, le respect de cette séparation est d'ailleurs strictement vérifié par la Commission, laquelle n'a pas hésité à ouvrir des procédures d'infraction à l'encontre des Etats membres actionnaires de certains opérateurs et dont les ministres exerçaient des fonctions de régulation¹⁸²⁵.

Comme dans le secteur des télécommunications, les Etats membres durent également créer « une ou plusieurs autorités réglementaires nationales pour le secteur postal,

¹⁸¹⁹ Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, JO n°174 du 27 juillet 1996 page 11384.

¹⁸²⁰ Loi n° 249 du 31 juillet 1997, *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*, op. cit.

¹⁸²¹ Telekommunikationsgesetz, 25 juillet 1996, BGBl, I, p. 1120.

¹⁸²² Loi n.º 91/97, du 1^{er} août 1997 *Define as bases gerais a que obedece o Estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações*, DR n° 176 (Série I-A) du 1^{er} août 1997.

¹⁸²³ Loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications, Mémorial A n°18 du 27.03.1997, p. 761

¹⁸²⁴ Art. 3 §2 de la directive 2002/21/CE.

¹⁸²⁵ Voir notamment : Commission européenne, Communiqué de presse, *Télécommunications: l'autorité de régulation bulgare manque d'indépendance et d'efficacité, la Commission ouvre une procédure d'infraction*, IP/07/1786, 28/11/2007 : le président d'un organisme public disposant de compétences en matière de régulation, l'Agence d'État pour les technologies de l'information et les communications, autorité chargée de la régulation du secteur, était aussi membre du conseil d'administration de l'opérateur historique ; Commission européenne, Communiqué de presse, *La Commission ouvre trois nouvelles procédures d'infraction relatives à l'indépendance et à l'efficacité des autorités réglementaires chargées des télécommunications en Lettonie*, en Lituanie et en Suède, IP/08/1343, 18/09/2008 : les ministères chargés des télécommunications en Lettonie et Lituanie exerçaient certaines fonctions dévolues aux autorités réglementaires nationales dans le domaine de la numérotation, de la gestion des fréquences et du service universel, tout en exerçant, au nom de l'État, des activités relatives à la propriété et au contrôle de certaines entreprises publiques de télécommunications ; Commission européenne, Communiqué de presse, *Télécommunications: la Commission demande à la Lituanie de séparer les fonctions de régulation et de propriété*, IP/09/1040, 25/06/2009 : le ministère lituanien des communications élabore les décisions du gouvernement sur l'attribution des fréquences radio et les règles applicables au service universel en Lituanie. Par ailleurs, le ministère des communications est l'institution publique chargée de surveiller la propriété et le contrôle de l'entreprise publique « Centre lituanien de radio et télévision », qui est un fournisseur public de réseaux et de services de communication.

juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux »¹⁸²⁶. Les directives « énergie » de 2003 témoignent aussi de cette obligation, puisqu'elles exigent que les autorités de régulation créées dans ces secteurs soient « totalement indépendantes du secteur » de l'électricité¹⁸²⁷ et du gaz¹⁸²⁸. Enfin, les secteurs des transports ne sont pas en marge du mouvement, comme en témoigne la directive 2001/14/CE¹⁸²⁹, qui précise que pour les infrastructures de transport ferroviaire, l'organe chargé de la régulation est « indépendant des gestionnaires d'infrastructure, des organismes de tarification, des organismes de répartition et des candidats, sur le plan organisationnel, juridique, décisionnel et pour ce qui est décisions en matière financière »¹⁸³⁰, tout comme en matière de redevances aéroportuaires, pour lesquelles « les Etats membres garantissent l'indépendance de l'autorité de supervision indépendante en veillant à ce qu'elle soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toutes les entités gestionnaires d'aéroports et de tous les transporteurs aériens »¹⁸³¹.

II. La relativisation de l'impact de l'UE sur la diffusion des régulateurs indépendants

Comme vu précédemment, on tient le plus souvent pour acquis que la création des ARI dans les secteurs des services publics en réseaux tient essentiellement à leur libéralisation imposée à l'échelle de l'UE et à un devoir d'impartialité à l'égard des opérateurs régulés¹⁸³². Dans ces secteurs, plusieurs études menées en Europe ces dernières années¹⁸³³ viennent

¹⁸²⁶ Art. 22 de la directive 97/67/CE.

¹⁸²⁷ Art. 23 de la directive 2003/54/CE.

¹⁸²⁸ Art. 25 de la directive 2003/55/CE.

¹⁸²⁹ Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, op. cit.

¹⁸³⁰ Art. 30 de la directive 2001/14/CE.

¹⁸³¹ Art. 11 de la directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires, op. cit.

¹⁸³² Voir notamment : L. IDOT, « Rapport de synthèse », in L. IDOT et S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.) « Internormativité et réseaux d'Autorités », LPA, 5 octobre 2004, n° 199, p. 65 : « sans les directives communautaires imposant le principe de séparation des fonctions, nous n'aurions pas vu apparaître les autorités de régulation dans les secteurs tels que les télécommunications, l'énergie et demain les transports ferroviaires. En France, en l'absence de droit communautaire, l'ART ou la CRE n'auraient pas vu le jour ».

¹⁸³³ Voir notamment : D. VERDIER and R. BREEN, « Europeanization and Globalization, Politics Against Markets in the European Union », *Comparative Political Studies*, Vol. 34, Iss. 3, 2001, p. 227 ; D. LEVI-FAUR, « On the "Net Impact" of Europeanization. The EU's telecoms and electricity regimes between the global and the national », *Comparative Political Studies*, Vol. 37, n°1, 2004, p. 3 ; J. JORDANA, D. LEVI-FAUR and I. PUIG, « The Limits of Europeanization: Regulatory Reforms in the Spanish and Portuguese Telecommunications and

toutefois tempérer l'importance qu'a jouée l'Union européenne dans le processus de libéralisation des secteurs économiques étudiés et l'instauration d'ARI (A). Certes, l'obligation européenne de libéraliser le secteur des télécommunications puis ceux de l'électricité et des postes a favorisé, dans les Etats membres actionnaires de leurs opérateurs, le recours à des autorités indépendantes. Mais il est également possible de penser que le processus communautaire s'inscrivant lui même dans un mouvement international global¹⁸³⁴, ce dernier aurait probablement pu aboutir, sans contrainte, à une libéralisation de ces secteurs et à la création d'autorités indépendantes des secteurs régulés et des Etats actionnaires (B).

A. Le choix national du recours à la régulation indépendante sans contrainte européenne

Comme avant elle le Royaume-Uni¹⁸³⁵, la Suède fait figure de pionnier en Europe en matière de libéralisation et de création d'autorités de régulation indépendantes dans les secteurs des services publics en réseaux, en recourant librement à des autorités de régulation indépendantes sans que ceci leur soit imposé par les directives (1). Plusieurs autres initiatives nationales ont pu être observées, notamment dans un secteur des télécommunications qui constitue un véritable « laboratoire d'expérimentation pour la création d'autorités de régulation »¹⁸³⁶ (2).

1. L'exemple suédois d'une libéralisation et d'une régulation indépendante dans le secteur des télécommunications

En Suède, la libéralisation du marché des télécommunications peut être considérée comme le remplacement progressif d'un monopole de fait par un marché concurrentiel, plutôt qu'une rupture radicale de système. Jusqu'en 1992, l'unique opérateur public Televerkert procurait les services de télécommunications et était responsable de quelques tâches de

Electricity Sectors », Gouvernance, Vol. 19, Iss. 3, 2006, p. 437 ; M. HAVERLAND, « Does the EU cause domestic developments? Improving case selection in Europeanisation research », West European Politics, Vol. 29, Iss. 1, 2006, p. 134.

¹⁸³⁴ Pour Markus Haverland, « it is difficult to establish the (isolated) causal effect or relative importance of the EU. Moreover, studies with an exclusive focus on EU cases tend to be biased towards EU-level explanations, at the expense of domestic or global explanations ». M. HAVERLAND, *ibid.*

¹⁸³⁵ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., pp. 90 et s.

¹⁸³⁶ A. LAGET-ANNAMAYER, *Régulation des services publics en réseaux, Télécommunications et électricité*, op. cit., p. 302.

régulation, comme l'attribution des fréquences radio. La loi sur les télécommunications initiée en 1992¹⁸³⁷ fut à l'origine de la création d'une autorité indépendante de régulation, l'actuelle Post-och Telestyrelsen (PTS) qui remplaça Televerkert dans ses fonctions de régulation. En 1993, lorsque la loi entra en vigueur, les activités de télécommunications de Televerkert furent transformées en une société de droit privé, la société Telia AB.

Plusieurs facteurs peuvent expliquer la libéralisation précoce des télécommunications en Suède. D'abord, les enjeux politiques étaient moindres que dans d'autres Etats puisque la quasi-totalité des foyers possédait déjà un téléphone au début des années 90 et que les prix des communications étaient parmi les plus faibles d'Europe¹⁸³⁸. Ensuite, le gouvernement suédois ne protégeait pas l'industrie des télécommunications, ce qui incita Telia à prévoir les changements et à entamer très tôt un programme pour augmenter sa compétitivité nationale et internationale afin de devenir l'un des plus compétitifs d'Europe¹⁸³⁹.

De plus, si le secteur des télécommunications tout entier fut libéralisé en 1993, la concurrence était déjà présente depuis plusieurs années sur certaines parts du marché suédois¹⁸⁴⁰. Sur le marché de la téléphonie mobile, Televerkert ne constituait déjà plus un monopole puisqu'un autre grand groupe privé, Comviq, existait depuis 1981¹⁸⁴¹. Par ailleurs, le marché des terminaux avait été libéralisé en 1985 et celui des commutateurs de circuits numériques traditionnels (PABX) en 1989. Cette même année, le gouvernement suédois créa une première agence indépendante de régulation, Statens Telenämnd (STN - National Telecommunications Council), qu'un auteur a qualifié de « "micro version" de l'Ofstel ou de la FCC »¹⁸⁴².

¹⁸³⁷ Telelag, 1 juillet 1993, SFS 1993:597.

¹⁸³⁸ C. ANDERSON, « Sweden: A Case of Lighter or Tighter Telecommunications Regulation ? », in C. HENRY, M. MATHEU et A. JEUNEMAITRE (dir.), *Regulation of Network Utilities: The European Experience*, Oxford University Press, 2001, p. 122.

¹⁸³⁹ Il est également intéressant de noter que contrairement à de nombreux autres pays, les services suédois de la poste et des télécommunications ne furent jamais fournis par une même administration ou entreprise, mais toujours séparément. Dans la plupart des Etats membres, les services postaux et les télécommunications étaient souvent liés par le transfert des profits réalisés par les télécommunications vers les services postaux déficitaires, ralentissant la libéralisation de ces deux secteurs.

¹⁸⁴⁰ C. HENRY, *Etude comparative des conditions et instruments de régulation économique de services publics en réseaux*, Ecole Polytechnique, 1999, p. 177.

¹⁸⁴¹ C. ANDERSON, « Sweden: A Case of Lighter or Tighter Telecommunications Regulation ? », *op. cit.*, p. 123.

¹⁸⁴² B. THORNGREN, « The Swedish road to liberalization », *Telecommunications Policy*, Vol. 14, Iss. 2, 1990, p. 96. La protection des consommateurs et la surveillance des pratiques commerciales restaient toutefois de la responsabilité de l'Ombudsman.

Si on résume les différents facteurs qui expliquent pourquoi la concurrence rencontra moins de résistance de la part des acteurs du marché en Suède que dans d'autres pays européens, on peut dire que la libéralisation fut donc aidée par le statut initial du marché, où l'absence de protection de la part du gouvernement permit une industrie compétitive, qui n'affichait pas la même attitude défensive à l'égard de la concurrence que dans d'autres pays. Avant même la directive sur les terminaux de 1988, le marché suédois était libéralisé, et une autorité de régulation officiait déjà en 1989, alors que la Suède n'entra dans l'UE qu'en 1995. Si la plupart des Etats membres n'eurent recours à une ARI que peu avant la date limite autorisée (1998), la Suède bénéficiait donc sur eux d'une avance considérable dans le secteur des télécommunications, sans pour autant y avoir été contrainte par le droit communautaire.

2. Les autres initiatives nationales de séparation des fonctions ou de création d'ARI

En France, la question de l'organisation du secteur des télécommunications s'est posée pour la première fois en 1986, à l'occasion de la discussion sur la régulation de l'audiovisuel¹⁸⁴³, c'est à dire avant même la publication du livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information¹⁸⁴⁴ et les implications pour la réglementation de la Commission des communautés européennes de 1987. Lorsque François Mitterrand devient président de la République en 1981, il envisage de donner des gages d'indépendance aux médias, en créant notamment une autorité administrative indépendante du pouvoir politique. Plusieurs modèles sont alors étudiés pour en définir les contours, comme celui de l'Independent Broadcasting Authority, l'autorité de régulation britannique des médias et de la radio. A l'époque, un autre modèle attira également l'attention, celui de la FCC (Federal Communications Commission), l'agence américaine de régulation multisectorielle intervenant dans les secteurs de la télévision, de la radio et des télécommunications¹⁸⁴⁵. S'inspirant très largement de celle-ci, le législateur français avait choisi, par la loi « Léotard » du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, de confier à une même autorité de régulation les secteurs de l'audiovisuel et des

¹⁸⁴³ Voir notamment : M.-N. COURIAUT, *La Commission nationale de la communication et des libertés* (1986-1989) : audiovisuel et cohabitation, Thèse, Histoire contemporaine, Ecole nationale des chartes, Paris, 2004.

¹⁸⁴⁴ Communication de la Commission du 3 décembre 1987, Livre vert La convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation - Vers une approche pour la société de l'information, op. cit.

¹⁸⁴⁵ Communications Act du 19 juin 1934, 47 U.S.Code. 151 et s.

télécommunications¹⁸⁴⁶, en élargissant les pouvoirs de la CNCL¹⁸⁴⁷. L'article 10 de la loi de 1986 aujourd'hui abrogé énonçait ainsi qu' « à compter de l'entrée en vigueur d'une loi qui précisera, au plus tard le 31 décembre 1987, les principes relatifs à la concurrence dans le secteur des télécommunications (...), la CNCL délivrera les autorisations prévues par les articles L. 33 et L. 34 du code des PTT pour l'établissement et l'utilisation de toutes les liaisons et installations de télécommunications ». Alors qu'un avant-projet de loi visant à confier à la CNCL un rôle similaire à celui de la FCC avait circulé en juillet 1987¹⁸⁴⁸, l'initiative fut finalement abandonnée. La fonction de réglementation du secteur des télécommunications fut réintégrée au sein du ministère¹⁸⁴⁹, et en 1989, la CNCL fut remplacée par le CSA. L'idée d'une régulation indépendante n'était pourtant pas totalement écartée, puisque le Sénat avait débattu en 1990 sur un projet de loi et proposé de créer une autorité indépendante, le Haut Conseil pour les télécommunications¹⁸⁵⁰. Le sénateur Gérard Larcher, alors rapporteur, avait notamment insisté sur l'intérêt de faciliter l'accès de tous les acteurs au marché des télécommunications, de répondre aux besoins des entreprises en réseaux de communication performants et de favoriser l'émergence d'un puissant secteur de service à valeur ajoutée. Il estimait par ailleurs que ce projet de loi devait préparer France télécom « aux réalités d'un marché ouvert et concurrentiel qui sera de toute façon celui du monde de demain »¹⁸⁵¹. Pour autant, cette proposition avant-gardiste se heurta au refus du ministre des Postes et Télécommunications et de l'Espace de l'époque, Paul Quilès, pour qui la responsabilité de la régulation des télécommunications devait rester aux mains de l'Etat.

En Italie et au Portugal, le recours à des ARI s'inscrit également dans la volonté de séparer assez tôt les fonctions de régulation et d'exploitation¹⁸⁵². Certes, la loi instituant « les

¹⁸⁴⁶ Loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, de confier à une même autorité de régulation les secteurs de l'audiovisuel et des télécommunications JO, 1er octobre 1986, p. 11755

¹⁸⁴⁷ J. CHEVALLIER, « De la CNCL au CSA », AJDA, 1989, p. 71.

¹⁸⁴⁸ Dossier spécial télécommunications, « Dix questions à M. Gérard Longuet, ancien Ministre Député de la Meuse », RFAP, n° 52, octobre 1989, p. 17. Voir également : M. BAZEX, « L'avant-projet de loi sur les télécommunications ou les transformations du paysage administratif », AJDA, 1988, p. 3.

¹⁸⁴⁹ Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 sur la liberté de communication, op. cit.

¹⁸⁵⁰ Haut conseil pour les télécommunications, Projet de loi sur la réglementation des télécommunications n° 36 (90-91).

¹⁸⁵¹ JO, Sénat, 13 novembre 1990, Discussion générale, p. 3355.

¹⁸⁵² Le recours à des ARI n'apparaît d'ailleurs pas comme une aberration complète dans le paysage constitutionnel de l'administration publique italienne. On peut en effet concevoir cette mise en place comme une mise en application du principe « d'impartialité » administrative (article 95 de la Constitution), ou comme une satisfaction à « l'exigence d'autonomie et de dévolution » (article 5 de la Constitution).

autorités de régulations des services d'utilité publique »¹⁸⁵³ à l'origine de l'AEEG fut approuvée par le Parlement italien en novembre 1995¹⁸⁵⁴. Mais ce vote est l'aboutissement d'un processus lancé en 1989 par le gouvernement de Giulio Andreotti, à l'origine d'une commission chargée d'analyser les avantages de la séparation de la gestion de services et des activités de contrôle, en confiant ces dernières à des organismes de régulation indépendants et dotés de pouvoirs importants. En 1993, un premier projet de loi concernant quatre organismes de régulation pour les secteurs de l'eau, des transports, de l'énergie et des télécommunications avait ainsi vu le jour. Toutefois, l'arrivée au pouvoir en 1995 du Président du Conseil Lamberto Dini a contribué à accélérer les discussions, excluant les secteurs des transports, de l'eau et des postes du projet de loi. Au Portugal, le gouvernement avait également créé une commission spéciale pour étudier en avril 1986 l'opportunité d'une régulation indépendante dans le secteur des télécommunications. Le rapport de cette Commission, qui prévoyait un cadre juridique et une distinction claire entre l'Etat et les opérateurs¹⁸⁵⁵, a constitué la base de la Loi sur les télécommunications de 1989 et la création de l'ICP, qui allait devenir l'ANACOM en 1997.

Il est intéressant de noter que plusieurs Etats membres ont également recouru à des ARI alors que les problématiques liées à la concentration des fonctions d'opérateur et de régulateur n'existaient pas, puisque ces secteurs avaient été entièrement privatisés et que ces Etats n'étaient plus actionnaires de leurs anciens opérateurs monopolistiques. Ce choix de confier la régulation à des autorités indépendantes peut ici aussi traduire un phénomène de mimétisme. En Espagne par exemple, l'Etat décida en 1996 de créer une autorité de régulation indépendante pour le secteur des télécommunications, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)¹⁸⁵⁶, créant les conditions d'une séparation visible entre opérateur et régulateur¹⁸⁵⁷. Cette décision de recourir à une ARI en 1996 est toutefois paradoxale dans la mesure où dès 1982, le gouvernement socialiste avait déjà débuté la

¹⁸⁵³ Loi n° 481/1995 du 14 novembre 1995, Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, op. cit.

¹⁸⁵⁴ On notera également ici que l'AEEG fut créée avant que la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 « concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité » n'impose la séparation des fonctions d'opérateur et de régulateur dans ce secteur.

¹⁸⁵⁵ Voir J. JORDANA, D. LEVI-FAUR and I. PUIG, « The Limits of Europeanization: Regulatory Reforms in the Spanish and Portuguese Telecommunications and Electricity Sectors », op. cit., p. 446.

¹⁸⁵⁶ Décret-loi 6/1996, du 7 juin 1996, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

¹⁸⁵⁷ E. MALARET et M. TIMON, « Régulation et services publics en Espagne », in G. MARCOU et F. MODERNE, Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2, Expériences européennes, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2005, p. 279.

privatisation de l'opérateur monopolistique Telefonica. Cette privatisation prit d'ailleurs fin en 1996 (la même année que la création de la CMT), le gouvernement conservateur décidant de se retirer du conseil d'administration de l'opérateur et ne conservant que 20% des actions, dont il se sépara moins d'un an plus tard¹⁸⁵⁸. Dès lors que la privatisation de l'opérateur historique était actée, rien n'imposait donc à l'Espagne la création d'une autorité de régulation indépendante dans le secteur des télécommunications puisque la séparation des activités d'exploitation et de régulation était effective. L'Etat aurait même pu réguler lui-même le secteur une fois Telefonica entièrement privatisé en 1997.

Le processus suivi au Danemark est sensiblement le même puisque la loi créant l'Agence nationale des télécommunications (Telestyrelsen, National Telecom Agency - NTA) est votée en 1997¹⁸⁵⁹ alors que le marché des télécommunications est déjà entièrement libéralisé. L'ancien opérateur monopolistique Télé Danmark avait en effet été privatisé partiellement en 1994 puis entièrement en 1998, date à laquelle le gouvernement danois ne fut plus actionnaire de l'opérateur. Cette tendance s'est également observée au Portugal. Selon Manuel Porto, il n'est pas interdit de penser que l'Etat portugais pouvait se charger de la régulation des télécommunications, mais l'auteur relève que « dans ce domaine aussi, l'expérience des autres pays a conduit à l'introduction d'entités régulatrices indépendantes »¹⁸⁶⁰.

B. Un contexte international favorable à la libéralisation et à la régulation indépendante

Le mouvement de libéralisation qui touche depuis plusieurs années les secteurs économiques soumis à régulation dans l'UE semble par ailleurs s'insérer dans un mouvement global international initié par les Etats-Unis il y a près d'un siècle. Comme vu précédemment, ce mouvement est d'ailleurs ancien dans les secteurs financiers, notamment dans les secteurs de la banque, et auquel la SEC, mais aussi la COB en France dès 1967 ou la CONSOB en

¹⁸⁵⁸ G. BEL and F. TRILLAS, « Privatization, corporate control and regulatory reform: the case of Telefonica », *Telecommunications Policy* 29, 2005, p. 29.

¹⁸⁵⁹ Loi n° 395 du 10 juin 1997 om Telestyrelsen.

¹⁸⁶⁰ M. PORTO et T. ALMEIDA, « Le droit de la régulation, les services publics et l'intégration régionale : le cas du Portugal », in G. MARCOU et F. MODERNE, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome 2, *Expériences européennes*, op.cit, p. 390.

1974 en Italie, ont largement contribué¹⁸⁶¹. Dans les secteurs des services publics en réseaux, les processus de libéralisation et les autorités de régulation indépendantes se sont également multipliés, dans les pays les plus développés, mais également en Amérique latine, et ce dès le début des années 90. Dans une étude menée en 2002¹⁸⁶², le politologue David Levi-Faur soutient ainsi l'idée que le droit de l'UE a certes joué un rôle incitateur et accélérateur dans le processus de libéralisation des secteurs des télécommunications et de l'énergie¹⁸⁶³, mais sans pour autant être déterminant quant au résultat actuel. En s'appuyant sur une analyse comparative des Etats membres l'Union européenne¹⁸⁶⁴, des pays les plus développés hors UE¹⁸⁶⁵ et des pays en voie de développement d'Amérique latine¹⁸⁶⁶, l'auteur relève que la libéralisation de ces secteurs s'est réalisée dans tous les pays étudiés au début des années 90, même lorsqu'aucune contrainte n'était imposée. Il note par ailleurs que l'établissement d'autorités de régulation indépendantes date même dans les pays « démocratiques et riches » d'avant la libéralisation de ces secteurs¹⁸⁶⁷.

Plusieurs observations tendent ainsi à admettre la possible diffusion d'une forme indépendante de régulateurs dans les Etats membres¹⁸⁶⁸ en dehors de toute contrainte du droit de l'UE. D'abord, la diffusion des politiques menées « vers le bas » par les instances européennes traduisent largement celles souhaitées « vers le haut » à l'échelle nationale, ce qui suggère que le choix des politiques menées au niveau de l'UE reflétait plutôt que ne dictait celui des politiques nationales. Deuxièmement, les choix politiques au niveau national en ce

¹⁸⁶¹ Le recours à des autorités de régulation dans les secteurs financiers avançait en effet les directives de libéralisation du secteur bancaire (première directive bancaire du Conseil 77/780/CEE du 12 décembre 1977 et deuxième directive bancaire 89/646/CEE du 15 décembre 1989).

¹⁸⁶² D. LEVI-FAUR, « On the "Net Impact" of Europeanization. The EU's telecoms and electricity regimes between the global and the national », op. cit.

¹⁸⁶³ Voir pour un constat identique : P.F. KJAER, *Between Governing and Governance: On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation*, Bloomsbury Publishing, 2010, et notamment à la page 31: « given to role of EU as a stabilising hybrid, is at one and the same time one of the clearest and most radical manifestations of the globalisation processes and a structural setting within which legal regulation realities of an increasingly global world ».

¹⁸⁶⁴ Les Etats membres de l'UE étudiés étaient tous les Etats membres de l'Europe des 15 exception faite du Luxembourg.

¹⁸⁶⁵ Les pays les plus développés hors UE, « democratic and rich » pour l'auteur, étaient : le Canada, la Nouvelle Zélande, l'Australie, la Norvège, la Suisse, Israël, le Japon et les Etats-Unis.

¹⁸⁶⁶ Seize pays d'Amérique latine furent étudiés : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, l'Equateur, El Salvador, le Guatemala, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela.

¹⁸⁶⁷ D. LEVI-FAUR, « On the "Net Impact" of Europeanization. The EU's telecoms and electricity regimes between the global and the national », op. cit., p. 11: en moyenne, trois ans avant la libéralisation dans le secteur de l'électricité, et six ans avant la libéralisation dans le secteur de l'électricité.

¹⁸⁶⁸ D. LEVI-FAUR, *Ibid.*, p. 17.

qui concerne la mise en place d'autorités de régulation révèlent des préférences claires pour des secteurs libéralisés dans la plupart des Etats membres, comme ce fut le cas dans les pays développés et les pays d'Amérique latine étudiés. Troisièmement, les modèles historiques de diffusion du changement de gouvernance révèlent que l'interdépendance entre les pays dans le choix du mécanisme de gouvernance est largement conditionnée par le système de gouvernance internationale et l'économie politique mondiale. Il existerait ainsi un processus mimétique qui pousserait les Etats à adopter des mécanismes de régulation proches de ceux existant déjà.

Ces études ne signifient pas que le processus européen en la matière n'est qu'une illusion. Il a eu un impact réel sur la façon dont les secteurs des télécommunications et de l'électricité sont régis depuis vingt ans. L'impact des directives européennes portant sur la séparation des fonctions doit en outre s'apprécier différemment selon qu'il s'agisse du secteur des télécommunications ou de l'électricité, et selon les Etats membres considérés. L'impact fût par exemple plus important dans le secteur de l'énergie, où il existait une réticence naturelle de certains Etats membres à libéraliser ce secteur qui relève toujours de choix de politique énergétique nationale. L'effet de l'eupéanisation sur la libéralisation de ces secteurs fut également plus ou moins fort selon la nature « interventionniste » de l'Etat. Il fut ainsi plus important dans les pays du sud de l'Europe que dans ceux d'Europe du nord¹⁸⁶⁹, et joua un rôle extrêmement important dans les nouveaux entrants d'Europe de l'est¹⁸⁷⁰.

Comme le note Thomas Perroud, « l'analyse des motifs expliquant l'attribution de garanties d'indépendance aux autorités de régulation amène donc à conclure que celle-ci résulte, au départ, et avant même l'intervention du droit de l'Union européenne, de la nécessité d'assurer l'impartialité de l'action d'un Etat encore opérateur sur le marché »¹⁸⁷¹. L'impératif d'impartialité, plus ancien aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, et qui existait déjà dans les secteurs financiers, a donc irradié la plupart des Etats membres de l'UE parfois même avant que le droit dérivé ne leur impose cette indépendance pour les services publics en réseaux. Si, pour les Etats membres de l'UE, les décisions de recourir à des autorités de

¹⁸⁶⁹ Voir : V. SCHNEIDER, « Télécommunications and the State. A Historical and Comparative Perspective », *Trends in Communication*, n°3, 1997, pp. 7 - 33, cité par David Levi-Faur, *Ibid.*, p. 17.

¹⁸⁷⁰ Voir l'étude menée auprès de la banque mondiale sur les processus de libéralisation en Hongrie, République Tchèque et Estonie en 2000 : B. NUNBERG, *Ready for Europe : public administration reform and European Union accession in Central and Eastern Europe*, Banque mondiale, WTP466, 2000.

¹⁸⁷¹ T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., p. 127.

régulation indépendantes peuvent être considérées comme les anticipations des directives de 1990 et de 1996 (diffusion « verticale »), elles s'inscrivent également dans un processus mimétique fort¹⁸⁷² (diffusion « horizontale »). Elles expliquent par ailleurs un fondement structurel important de l'indépendance : l'efficacité et la crédibilité des autorités de régulation¹⁸⁷³, car, comme en matière de régulation financière, l'indépendance se justifie également par le besoin d'isoler et de protéger ces secteurs des influences politiques¹⁸⁷⁴.

Une fois l'impartialité du régulateur admise par le principe de séparation des fonctions de régulation et d'exploitation, une indépendance à l'égard des autorités publiques « actionnaires » s'est donc dégagée. Mais en filigrane de la séparation des fonctions, l'indépendance à l'égard de ces autorités publiques « actionnaires » l'est en réalité à l'égard de ceux-ci en tant qu'ils sont, indirectement, des acteurs régulés. Il ne s'agit donc pas, à proprement parlé, d'une indépendance de principe à l'égard des autorités politiques. Un fondement autre que celui conjoncturel de la séparation des fonctions justifie pourtant une indépendance du régulateur par rapport au pouvoir politique, s'appuyant sur la recherche de l'efficacité et de la crédibilité de l'action du régulateur.

Si le fondement conjoncturel de l'indépendance n'a pas disparu, au moins est-il largement complété depuis quelques années par un fondement plus structurel qui tend à rapprocher l'indépendance des justifications plus générales du recours à une autorité administrative indépendante telle que nous la connaissons aujourd'hui.

¹⁸⁷² Voir : F. GILARDI, « The Institutional Foundations of Regulatory Capitalism: The Diffusion of Independent Regulatory Agencies in Western Europe », in *Annals of the American Academy of Political and Social Science* Vol. 598, 2005, p. 92. L'auteur distingue trois sources de diffusion des autorités de régulation indépendantes : une « bottom-up », qui est liée à la crédibilité et à l'incertitude politique (voir infra, Section 2 du présent Chapitre), une « top-down » liée à l'influence de l'Union européenne, et une « horizontal-emulation » qui est une diffusion mimétique.

¹⁸⁷³ G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *op. cit.*, p. 632.

¹⁸⁷⁴ T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 126.

Section 2. Le fondement structurel de l'indépendance : la crédibilité et la cohérence dans l'exercice des fonctions de régulation

Le fondement structurel de l'indépendance à l'égard du pouvoir politique prend son origine non pas en matière économique mais plus généralement dans le renforcement de la protection de certaines libertés publiques, comme en France avec la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et la Haute autorité de la communication audiovisuelle (HACA). En matière de régulation économique, cette indépendance dépasse toutefois le strict cadre de la protection des libertés pour constituer une véritable garantie de son efficacité¹⁸⁷⁵. Plusieurs raisons peuvent ainsi justifier l'octroi d'une indépendance aux autorités de régulation des réseaux et des finances à l'égard du pouvoir politique (I). Depuis quelques années, le droit de l'Union européenne participe à sa mesure à ce mouvement (II).

I. La nécessité d'un régulateur indépendant du pouvoir politique

Suivant la classification proposée par Martine Lombard¹⁸⁷⁶, l'indépendance des autorités de régulation à l'égard du pouvoir politique peut essentiellement s'expliquer dans un souci de préservation de la cohérence de l'action publique (A) et pour garantir sa neutralité vis à vis du marché (B). Si le recours à des organes indépendants du pouvoir politique dans les secteurs financiers est ancien¹⁸⁷⁷, ce n'est que plus récemment que cet impératif s'est imposé dans les secteurs des services publics en réseaux. Ils témoignent toutefois tous de l'emprise des théories économiques sur la conception de l'indépendance.

¹⁸⁷⁵ G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », op. cit., p. 632.

¹⁸⁷⁶ M. LOMBARD, « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? Typologie de leurs missions », op. cit., p. 158. D'une manière générale, quatre arguments qui rentrent dans cette classification sont invoqués pour expliquer la création d'autorités de régulation indépendantes : le besoin de crédibiliser une politique, le besoin d'expertise, l'efficacité de la régulation et la possibilité pour les politiques de se déresponsabiliser. Voir en ce sens : M. THATCHER, A. STONE SWEET, « Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions », *West European Politics*, Vol. 25, n° 1, 2002, p. 1 ; C. GENOUD, « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? », *Revue internationale de politique comparée* 2004/2, Vol. 11, p. 198.

¹⁸⁷⁷ F. GILARDI, « The Same, But Different: Central Banks, Regulatory Agencies, and the Politics of Delegation to Independent Authorities », *Comparative European Politics*, Vol. 5, 2007, p. 306: « The model [of IRA] is not entirely new: independent regulatory agencies have existed since long in the United States, and also in Europe they were already well established in some sectors, such as banking and financial markets ». Voir également : J.-P. KOVAR, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », op. cit., p. 657.

A. La crédibilité du régulateur par la prévisibilité de ses décisions

L'idée selon laquelle une autorité de régulation est plus crédible si elle agit de manière prévisible s'explique par la référence de plusieurs auteurs au « risque d'incohérence temporelle » des décisions discrétionnaires des élus¹⁸⁷⁸. Celui-ci résulte du défaut de confiance que peuvent nourrir les agents économiques à l'égard de décisions prises par le pouvoir politique, décisions qui sont changeantes et qui peuvent être conditionnées par une élection ou par le contexte économique. L'objectif est alors de « réduire les risques d'incohérence résultant de politiques décidées de façon discrétionnaire à court terme, en déléguant à des autorités indépendantes la mise en œuvre de ces règles du jeu »¹⁸⁷⁹.

Pour cette raison, un certain nombre d'arguments invoqués pour justifier le statut indépendant des banques centrales peuvent également justifier la nécessité de recourir à des autorités de régulation indépendantes du pouvoir politique (1). Comme le rappelle Fabrizio Gilardi, eu égard à un impératif de crédibilité, « l'indépendance des banques centrales et des autorités de régulation est similaire à bien des égards. Dans les deux cas, ces organismes deviennent indépendants des dirigeants politiques afin d'améliorer la crédibilité et la stabilité des engagements politiques, par la volonté de lier les mains des majorités futures »¹⁸⁸⁰. Cette indépendance vise à écarter ce qu'on appelle le « risque de réglementation » (2).

¹⁸⁷⁸ M. LOMBARD, « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? Typologie de leurs missions », op. cit., p. 163 ; F. GILARDI, « Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis », op. cit., p. 875 ; B. CRETTEZ et A. LAVIGNE, « Développements récents de la littérature sur l'incohérence temporelle et la crédibilité de la politique économique », Louvain Economic Review, Vol. 59, n° 3, 1993, p. 297 ; A. MOURougANE, « Indépendance de la Banque centrale et politique monétaire : application à la Banque centrale européenne », RFE, Vol. 13, n° 13-1, 1998, p. 135.

¹⁸⁷⁹ M. LOMBARD, « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? Typologie de leurs missions », op. cit., p. 164.

¹⁸⁸⁰ F. GILARDI, « The Same, But Different: Central Banks, Regulatory Agencies, and the Politics of Delegation to Independent Authorities », op. cit., p. 303. Traduction libre de : « delegation to both central banks and regulatory agencies is linked to the need for policymakers to improve the credibility of policy commitments, to the wish of incumbent politicians to tie the hands of future majorities ».

1. Le besoin de crédibilité des banques centrales dans la conduite de la politique monétaire

L'indépendance des banques centrales trouve sa motivation non pas dans la sphère juridique, mais plutôt sur un terrain économique, sociologique et politique¹⁸⁸¹ et s'explique par le manque de confiance qu'ont les acteurs économiques dans les autorités politiques. Ce manque de crédibilité des gouvernants a été largement discuté par Giandomenico Majone dès 1996 sous l'appellation d'« hypothèse de crédibilité » (credibility hypothesis)¹⁸⁸², qui suppose que les gouvernements vont déléguer certaines compétences à des autorités indépendantes partiellement hors de contrôle de manière à renforcer la crédibilité des décisions prises dans ces secteurs. Pour l'auteur, « les autorités politiques sont disposées à déléguer une partie importante de leurs pouvoirs à des experts indépendants dans le but d'augmenter la crédibilité de leurs engagements politiques »¹⁸⁸³, ce qui signifierait que c'est la recherche de la crédibilité qui explique la délégation de pouvoirs à des organismes indépendants. Pour développer son argumentaire, Majone s'appuie sur les recherches de Kydland et Prescott¹⁸⁸⁴ et sur celles de Barro et Gordon¹⁸⁸⁵ dans lesquelles la question est de savoir si les gouvernements devraient

¹⁸⁸¹ E. COHEN, *L'ordre économique mondial, Essai sur les autorités de régulation*, op. cit., p. 171. Pour se différencier des pouvoirs politiques, les autorités indépendantes « appliquent des procédures contradictoires et transparentes pour instruire leurs dossiers et rendre des décisions impartiales ; elles le font non par vertu, mais par nécessité ; leur crédibilité, leur actif le plus essentiel, en dépend », *Idib.*, p. 279.

¹⁸⁸² G. MAJONE, *Regulating Europe*, op. cit., p. 40. Voir également: G. MAJONE, *Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions*, European University Institute, Working Paper RSC n° 96/57, 1996.

¹⁸⁸³ G. MAJONE, « Independent agencies and the delegation problem: theoretical and normative dimensions », in B. STEUENBERG and F. VAN VUGHT (dir.), *Political Institutions and Public Policy, Perspectives on European Decision Making*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 139 : « political sovereigns are willing to delegate important powers to independent experts in order to increase the credibility of their policy commitments ».

¹⁸⁸⁴ F.E. KYDLAND and E.C. PRESCOTT, « Rules rather than discretion: the inconsistency of optimal plans », *Journal of Political Economy*, Vol. 85, Iss. 1, 1977, p. 473. Dans le même registre, nous devons également à ces auteurs certains travaux sur « l'incohérence temporelle », couronnés par l'attribution du prix Nobel d'économie en 2004.

¹⁸⁸⁵ R.J. BARRO and D.B. GORDON, « Rules, Discretion, and Reputation in a Model of Monetary Policy », *Journal of Monetary Economics*, Vol. 12, 1983, p. 101. Les auteurs décrivent un scénario hypothétique né de la confrontation entre deux types d'acteurs : le pouvoir politique et les acteurs privés. Dans un premier temps, le gouvernement fixe un objectif d'inflation pour l'année à venir. Une fois ce signal émis, les acteurs privés engagent la négociation collective en vue d'ajuster les salaires. Lorsque cette négociation est arrivée à son terme, usant d'un pouvoir discrétionnaire, le gouvernement a tout intérêt à user de l'arme monétaire, en dépit de la règle préalablement fixée : c'est la « tentation de la tricherie » qu'évoquent Barro et Gordon. D'après eux, le calcul du gouvernement serait simple. Il s'agirait d'engager une politique monétaire qui favoriserait la demande globale et l'emploi sans pour autant provoquer une hausse de l'inflation, dans la mesure où les salaires auraient déjà été fixés par la négociation. Mais en réalité, les acteurs privés ayant rationnellement anticipé cette « tricherie », les résultats des négociations collectives incorporeraient déjà une hausse du revenu annuel tenant compte de la

adapter leurs politiques monétaires aux conjonctures économiques ou mener une politique sur la base de règles fixes. Ces auteurs soutiennent qu'il existe un potentiel conflit entre la discrétion des gouvernements et l'exercice efficace de leur politique, qui ne peut être améliorée que par la capacité des décideurs politiques à s'engager de manière crédible en liant leur politique à un calendrier annoncé sur le long terme. Or les décideurs politiques ayant un mandat limité dans le temps, il est difficile pour eux de garantir la crédibilité et donc la continuité de leurs engagements¹⁸⁸⁶. Animés par des objectifs électoraux, les gouvernants ont tendance à privilégier les politiques de court terme du fait des pressions électorales. En pratique, ces derniers sont le plus souvent incités à modifier leur politique au fil du temps pour les adapter au contexte économique, au lieu de s'en tenir à une stratégie qui a été choisie lorsque l'information sur le développement futur du secteur n'était pas disponible.

Le choix de confier depuis le 1er janvier 1999 la politique monétaire de la zone euro à un système européen des banques centrales indépendantes relève de cette logique¹⁸⁸⁷. Conformément à l'article 130 TFUE, les banques centrales nationales ainsi que la BCE sont ainsi indépendantes des gouvernements nationaux et des organes de l'UE¹⁸⁸⁸ : « ni la Banque centrale européenne, ni une banque centrale nationale, ni un membre quelconque de leurs organes de décision ne peut solliciter ni accepter des instructions des institutions, organes ou organismes de l'Union, des gouvernements des Etats membres ou de tout autre organisme ». Un devoir de réserve est également imposé par le traité dans la mesure où « les institutions,

modification discrétionnaire des règles de l'inflation. La conséquence est que le niveau d'emploi varie peu mais que l'inflation, à moyen terme, augmente de manière significative. Il y aurait donc une incohérence temporelle entre les objectifs initiaux du gouvernement et les résultats auxquels il parviendrait en définitive. Voir également : Y. STEINER, « The Dark Side of the Force. De l'usage du politique dans la théorie économique de la banque centrale indépendante », *Critique internationale*, n° 22, 2004, p. 49.

¹⁸⁸⁶ Voir : S. LOHMANN, « Federalism and Central Bank independence. The politics of German monetary policy, 1957-1992 », *World Politics*, Vol. 50, 1998, p. 442. Pour l'auteur, une raison pour laquelle les décideurs politiques accorderaient une indépendance à la Banque centrale est qu'« ils anticiperaient qu'ils pourraient à l'avenir se retrouver dans l'opposition » ; J.B. GOODMAN, « The politics of Central Bank independence », *Comparative Politics*, Vol. 23, Iss. 3, 1991, p. 346 : « Les politiciens souhaitent généralement conserver un haut degré de liberté dans leurs actions. Cependant, ils seront prêts à modifier le statut de la banque centrale pour lier les mains de leurs successeurs, une décision qu'ils feront quand ils s'attendent à un court mandat ».

¹⁸⁸⁷ C'est en ce sens qu'accorder une indépendance à la Banque centrale peut s'analyser comme « le moyen d'éviter les anticipations négatives sur les changements présumés ou réels d'équipes gouvernementales et sur les changements d'orientations économiques susceptibles d'en résulter », M. AGLIETTA, « L'indépendance de la Banque de France », *Banque*, n° 537, mai 1993, p. 67 ; « L'indépendance des banques centrales : Leçons pour la banque centrale européenne », *REF*, n°22, 1992, p. 37.

¹⁸⁸⁸ Pour une analyse du statut indépendant de la banque de France du fait de son entrée dans le SEBC, voir : M. LOMBARD, « Le nouveau statut de la Banque de France », *AJDA*, 1994, p. 491 ; G. IACONO, « Le nouveau statut de la Banque de France, une étape vers l'union économique et monétaire », *D.*, 1994, p. 89.

organes ou organismes de l'Union ainsi que les gouvernements des Etats membres s'engagent à respecter ce principe et à ne pas chercher à influencer les membres des organes de décision de la Banque centrale européenne ou des banques centrales nationales dans l'accomplissement de leurs missions »¹⁸⁸⁹. L'objectif principal du Système européen de banques centrales étant de maintenir la stabilité des prix¹⁸⁹⁰, l'obtention d'un environnement macroéconomique stable est favorisée par le statut indépendant de la banque centrale qui permet à celle-ci d'entretenir des relations de confiance avec les marchés¹⁸⁹¹. C'est en substance ce que soulignait Patrice Collas en référence à l'objectif de stabilité monétaire : « c'était précisément pour permettre de conserver ce cap là, par delà les vicissitudes politiques, les changements de majorité, et l'évolution de l'opinion publique, que [la Banque centrale] devait être en quelque sorte mise à l'écart, placée dans une sorte de *no man's land* apolitique, quasi intemporel »¹⁸⁹². Cette réflexion fut également menée à l'échelle nationale, puisque la plupart des banques centrales bénéficiaient déjà depuis longtemps d'une indépendance à l'égard des pouvoirs politiques. Aux Etats-Unis, l'enjeu de la création de la banque centrale américaine au début du XXème siècle était d'ailleurs « tant de combattre l'influence du secteur bancaire (...) que de préserver la nouvelle banque centrale des pressions politiques »¹⁸⁹³. C'est aussi le cas en Allemagne, où l'octroi d'une indépendance permet à la Bundesbank de prendre des décisions « à l'abri de toute forme d'ingérence politique et en fonction de critères exclusivement économiques »¹⁸⁹⁴, et plus récemment en France, où, anticipant la création du SEBC, la Banque de France est (re)devenue indépendante avec la loi du 4 août 1993.

Le défaut de confiance des acteurs économiques dans le pouvoir politique du fait de l'imprévisibilité de leurs décisions peut également être avancé pour justifier le recours à un statut indépendant des autorités de régulation. Ce raisonnement s'appuie sur un « risque de réglementation » qui pèse sur les acteurs régulés.

¹⁸⁸⁹ Art. 130 TFUE.

¹⁸⁹⁰ Art. 127 TFUE.

¹⁸⁹¹ A. VIENNEY, « Banques centrales et marchés financiers », LPA, 10 janvier 1996, n° 5, p. 54.

¹⁸⁹² P. COLLAS, « Le dépeçage de l'administration. Un nouveau pas : la tentative d'autonomiser la Banque de France », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 1994, n°2, p. 588.

¹⁸⁹³ E. FARVAQUE, « Fondements constitutionnels de l'indépendance des banques centrales : des pères fondateurs de la nation américaine à la Banque centrale européenne », REF, n°87, 2007, p. 232.

¹⁸⁹⁴ J. MASING, « Typologie des missions des autorités administratives indépendantes », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne, op. cit., p. 195.

2. Le risque de réglementation pesant sur les opérateurs

Le besoin de prévisibilité s'explique particulièrement pour les entreprises régulées par ce qu'on appelle le « risque de réglementation »¹⁸⁹⁵. Celui-ci peut se définir comme l'incertitude pesant sur les bénéfices envisagés pour une entreprise par rapport à ses investissements sur un marché régulé du fait de la réglementation¹⁸⁹⁶. Cette situation d'incertitude est aggravée par l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du régulateur à chaque fois que la fonction de régulation ne s'exerce pas en vertu d'un ensemble complet de règles définies à l'avance, mais en vertu de règles modifiées selon des contextes économiques ou politiques. Or si le régulateur n'est pas indépendant du pouvoir politique, il est possible que la nature de ses décisions soit dictée par des considérations électorales et qu'elles deviennent une « arme » politique au service d'un gouvernement au pouvoir souhaitant se faire réélire. Le risque de réglementation incite en conséquence les opérateurs régulés à faire preuve d'une grande méfiance à l'égard d'un régulateur qui n'est pas indépendant du pouvoir politique¹⁸⁹⁷. La cohérence dans la prise de décision du régulateur étant un facteur important influant sur le degré de risque réglementaire, des décisions de réglementation perçues comme aléatoires diminuent la confiance dans le marché et augmentent l'exposition de l'entreprise à ce risque. A l'inverse, si l'entreprise constate que la réglementation est conforme aux prévisions, les résultats de l'entreprise sont également conformes à ce qui était envisagé et le risque de réglementation pesant sur elle est réduit.

Pour ces raisons, la mise en œuvre des règles permettant l'ouverture, le maintien de la concurrence et les investissements privés sur certains marchés nécessitent une crédibilité des engagements publics supérieure à celle des décideurs politiques. Ceci est vrai dans les secteurs financiers, où l'indépendance des autorités de régulation visant à dissocier l'ARN de l'Etat permet au régulateur « d'assurer une continuité de sa politique, tant interne qu'internationale, indépendamment des variations engendrées par le cycle des élections »¹⁸⁹⁸.

¹⁸⁹⁵ Une définition précise du « regulatory risk » est donnée dans l'annexe D du Rapport 2007 de l'European Policy Evaluation Consortium. Voir : EPEC, Cost-Benefit Analysis of Options for Better Functioning of the Internal Market in Electronic Communication, Final Report 2007, p. 55.

¹⁸⁹⁶ En ce sens le risque de réglementation est assimilable à un risque de marché du fait d'un changement de réglementation.

¹⁸⁹⁷ Pour une analyse économique du risque de réglementation et de son impact sur l'attitude des entreprises de réseaux, voir: I. ALEXANDER, C. MAYER and H. WEEDS, Regulatory Structure and Risk and Infrastructure Firms: An International Comparison, World Bank Policy Research Working Paper, n°1698, November 1999.

¹⁸⁹⁸ R. BISMUTH, La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public, op. cit., p.161.

Ça l'est également dans les services publics en réseaux. Compte tenu par exemple des coûts liés aux infrastructures dans plusieurs secteurs économiques, comme l'énergie ou les transports, l'incertitude pesant sur la régulation peut impacter la nature et la qualité des investissements privés¹⁸⁹⁹, pour lesquels les modifications du cadre réglementaire peuvent avoir des répercussions et donc les désinciter les opérateurs entrants à rentrer sur les marchés¹⁹⁰⁰. La procédure d'octroi des licences UMTS en France illustre bien ces difficultés. Le gouvernement avait fixé en 2000 le prix des licences à un niveau élevé de l'ordre de 4,95 milliards d'euros avec pour objectif de maximiser ses recettes budgétaires. Cependant, suite au constat opéré par l'ART de la création d'un duopole (seules deux sociétés, Orange Télécom et SFR, avaient souscrit à l'offre)¹⁹⁰¹, le gouvernement réduisit le prix à 619 millions d'euros¹⁹⁰². La société Bouygues Télécom, anticipant que le gouvernement serait contraint de diminuer le prix des licences, avait en effet préféré ne pas entrer sur le marché afin de faire baisser le prix des licences. Dans cet exemple, le changement de politique a finalement été favorable à l'ouverture à la concurrence sur le marché des communications électroniques mais il eut toutefois pour effet initial de freiner le niveau des investissements dans le secteur.

En conséquence, pour restaurer la crédibilité des décisions publiques, « il faudrait lier les mains des gouvernements par des règles explicitement posées sur le long terme en réduisant les risques d'incohérence résultant de politiques décidées de façon discrétionnaire à court terme »¹⁹⁰³. Le recours à des autorités indépendantes du pouvoir politique s'impose ainsi comme une solution pertinente à cette difficulté. Sur le terrain juridique, cette explication micro-économique a trouvé écho dans la directive 2009/140/CE qui modifie le cadre de la régulation des réseaux et services de communications électroniques prévu en 2002. Cette volonté d'asseoir dans le temps la crédibilité des autorités de régulation transparaît dans le considérant n°13 de cette directive, puisque celle-ci précise qu' il convient de renforcer l'indépendance des autorités réglementaires nationales « afin d'assurer une application plus

¹⁸⁹⁹ A. LARSEN, O.J. OLSEN, L.H. PEDERSEN and E.M. SORENSEN, « Independent regulatory authorities in European electricity markets », *Energy Policy*, Vol. 34, Iss. 17, November 2006, p. 2858.

¹⁹⁰⁰ F. GILARDI, « Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis », *op. cit.*, p. 875.

¹⁹⁰¹ ART, Communiqué de presse, *Clôture de l'appel à candidatures pour l'attribution des licences de troisième génération mobile*, 21 janvier 2001 : « une structuration du marché autour de deux opérateurs seulement ne saurait être envisagée durablement. En effet, la pérennisation d'une telle situation ne permettrait pas de satisfaire aux objectifs de développement d'un marché concurrentiel ».

¹⁹⁰² MINEFI, Communiqué relatif à la révision des modalités d'attribution des licences UMTS du 16 octobre 2001.

¹⁹⁰³ M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *op. cit.*, p. 534.

efficace du cadre réglementaire et d'accroître leur autorité et la prévisibilité de leurs décisions ». On retrouve la même référence dans la note interprétative de la Commission du 22 janvier 2010, qui indique que « les dispositions relatives à l'indépendance du personnel des autorités de régulation nationales et les personnes responsables de leur gestion sont des exigences clés parce qu'ils visent à assurer que les décisions ne soient pas affectées par des intérêts politiques et économiques spécifiques, créant ainsi un climat d'investissement stable et prévisible »¹⁹⁰⁴.

Comme pour les banques centrales, la doctrine du « long-termisme » a ainsi mis en évidence l'avantage que les autorités de régulation économique et financière peuvent tirer de la conduite de leurs actions en fonction de règles clairement explicitées plutôt que d'agir de manière imprévisible et discrétionnaire auprès des agents économiques¹⁹⁰⁵.

B. La crédibilité du régulateur par la neutralité de son action vis-à-vis du marché

L'idée défendue ici par certains auteurs est qu'une « administration traditionnelle » n'aurait pas la « même crédibilité » que des autorités indépendantes, lesquelles exerceraient une activité plus neutre et plus efficace sur les marchés¹⁹⁰⁶. L'une des garanties de cette neutralité serait l'indépendance des régulateurs à l'égard du pouvoir politique, indépendance devenue nécessaire du fait de ce que Giandomenico Majone appelle « l'interdépendance internationale ». Si les gouvernements nationaux veulent convaincre les investisseurs étrangers à entreprendre sur les marchés régulés que sont secteurs financiers et les secteurs des réseaux, ils doivent les persuader que leurs politiques vont favoriser leurs investissements¹⁹⁰⁷. Pour renforcer la crédibilité des politiques menées sur ces secteurs et face à la méfiance des entreprises étrangères¹⁹⁰⁸, l'Etat se résout à confier la régulation de ces

¹⁹⁰⁴ Commission européenne, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, 22 janvier 2010, p. 6.

¹⁹⁰⁵ Ibid., p. 535.

¹⁹⁰⁶ H. DUMEZ et A. JEUNEMAÎTRE, « Montée en puissance passée et impasses actuelles de la régulation économique européenne des industries de réseau », in M.-A. FRISON-ROCHE, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Droit et économie de la régulation, op. cit., p. 4.

¹⁹⁰⁷ G. MAJONE, « Independent agencies and the delegation problem: theoretical and normative dimensions », op. cit., p. 144.

¹⁹⁰⁸ W.J. HENISZ, « The institutional environment for multinational investment », Journal of Law, Economics, and Organization, Vol. 16, Iss. 2, 2000, p. 337 où l'auteur traite de la problématique pour les firmes internationales d'investir sur certains marchés compte tenu des « independent political hazards ».

marchés à des organismes qui lui sont indépendants¹⁹⁰⁹. Pour l'auteur, plus une économie est soumise à « l'interdépendance internationale », plus l'indépendance des autorités de contrôle doit être importante¹⁹¹⁰. Comme le note le Professeur Jean-Yves Chérot, il existe donc un « "impératif de crédibilité internationale" et "d'attractivité" qui [demande] d'assurer la régulation de certains marchés selon des standards qui ne soient pas de nature à pénaliser les investissements »¹⁹¹¹.

Cet impératif de neutralité à l'égard du pouvoir politique n'est pas étranger aux secteurs des réseaux. La Cour de justice interdit d'ailleurs aux autorités politiques de réduire le champ de compétences de leurs ARN, dans le secteur des communications électroniques¹⁹¹² comme dans celui de l'énergie¹⁹¹³. Les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE viennent par ailleurs renforcer cette indépendance, précisant que « l'expérience montre que l'efficacité de la régulation est souvent entravée du fait que les régulateurs ne sont pas assez indépendants des pouvoirs publics et que leurs compétences et leur marge de manœuvre ne sont pas suffisantes »¹⁹¹⁴. Mais c'est surtout dans les secteurs financiers, où la question de la réputation est primordiale puisque le recours à des régulateurs indépendants est motivé par la sauvegarde

¹⁹⁰⁹ Cette recherche de crédibilité sur la scène internationale s'observe également en droit de la concurrence. Par exemple, l'extension des compétences de l'Autorité de la concurrence au contrôle des concentrations depuis 2008 (loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JO du 5 août 2008), et jusque là exercé par le ministre, participe à ce souci de neutralité vis-à-vis des marchés. Voir notamment le rapport de la Commission pour la libération de la croissance française présidée par Jacques Attali, janvier 2008, p. 141. Le rapport soulignait à ce titre que l'exercice du contrôle des concentration par le ministre « [nuisait] considérablement à la crédibilité des décisions de concentration et [rejaillissait] sur l'influence des autorités de concurrence françaises, tant auprès de nos partenaires européens que vis-à-vis de la Commission européenne ».

¹⁹¹⁰ Voir également : F. GILARDI, « Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis », op. cit., p. 876.

¹⁹¹¹ J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, op. cit., p. 317.

¹⁹¹² CJUE, 3 décembre 2009, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-424/07, ECLI:EU:C:2009:749. En instaurant un principe de non-réglementation des nouveaux marchés (Art. 9a §1 TKG), le législateur allemand avait limité le pouvoir discrétionnaire de l'ARN de soumettre des marchés nouveaux à la définition et à l'analyse de marché, ce qui implique nécessairement le non-respect dans certaines circonstances des procédures prévues aux articles 6 et 7 de la directive « cadre » (cons. 106 de l'arrêt). Voir : J. ZILLER, « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », RFDA 2010, p. 901.

¹⁹¹³ CJUE, 29 octobre 2009, *Commission européenne contre Royaume de Suède*, Aff. C-274/08, ECLI:EU:C:2009:673 : Le législateur suédois avait omis de charger l'autorité de régulation « de fixer ou d'approuver, avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodologies utilisées pour calculer ou établir les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs de transport et de distribution » (cons. 43 de l'arrêt).

¹⁹¹⁴ Cons. 33 de la directive 2009/72/CE et cons. 34 de la directive 2009/73/CE.

de la compétitivité des places financières¹⁹¹⁵, que le raisonnement prend tout son sens. Les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} août 2003¹⁹¹⁶ soulignaient d'ailleurs que la concurrence entre les différentes places financières s'exerce en partie sur le terrain de la qualité de la réglementation telle que perçue par les investisseurs, qui semblent attachés à ce que soit garantie la non-immixtion du politique dans la régulation. La même justification est avancée par Pierre-Henri Conac, pour qui l'indépendance conférée aux autorités de régulation financière leur permet d'encadrer leurs activités « de manière neutre, c'est à dire non partisane politiquement »¹⁹¹⁷. Enfin, même si l'octroi de la personnalité juridique reste avant tout accessoire¹⁹¹⁸ et symbolique¹⁹¹⁹, celle-ci participerait à l'affirmation de l'indépendance du régulateur. Ainsi, le rapport Marini relatif au projet de loi de sécurité financière soulignait en ce sens que l'octroi de la personnalité morale à l'AMF était particulièrement « important pour la crédibilité de l'autorité », notamment « à l'égard des autres places financières internationales où notre tendance à l'"étatisme" a mauvaise presse »¹⁹²⁰.

Le transfert de la fonction de superviseur prudentiel du secteur bancaire aux banques centrales participe à ce mouvement. Plusieurs auteurs ont en effet avancé que le manque d'indépendance des régulateurs financiers et l'ingérence du pouvoir politique étaient de nature à favoriser ou aggraver les crises financières¹⁹²¹. Pour cette raison, « il est permis de penser que le meilleur moyen d'assurer l'indépendance de la réglementation et du contrôle bancaires consiste à intégrer ces fonctions au sein d'une banque centrale indépendante »¹⁹²². Dans plusieurs Etats membres, les activités de régulation financière et de supervision prudentielle sont d'ailleurs exercées directement par la banque nationale¹⁹²³. D'ailleurs, depuis 2013 et l'instauration du Mécanisme de surveillance unique, la BCE n'est plus uniquement chargée de

¹⁹¹⁵ R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, op. cit., p. 161. Voir également : M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », op. cit., p. 535.

¹⁹¹⁶ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, op. cit.

¹⁹¹⁷ P.-H. CONAC, « Un exemple étranger, la S.E.C. aux Etats-Unis », in H. DE CHARETTE (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes*, Paris, Economica, 2002, p. 22.

¹⁹¹⁸ M. LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, op. cit., p. 216.

¹⁹¹⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 60.

¹⁹²⁰ P. MARINI, *Rapport n° 206 sur le projet de loi de sécurité financière*, présenté au Sénat le 12 mars 2003, p. 52.

¹⁹²¹ M. QUINTYN et M.W. TAYLOR, « Les régulateurs financiers devraient-ils être indépendants ? », *Dossiers économiques n°32, FMI*, 2004, p. 3.

¹⁹²² *Ibid.*, p. 10.

¹⁹²³ C'est le cas de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lituanie, de la République tchèque et de la Slovaquie.

la stabilité monétaire mais également de la stabilité des marchés bancaires et financiers de la zone euro. On peut dès lors aisément imaginer que le Conseil de surveillance pourra jouir et bénéficier de la bonne réputation de la BCE pour effectuer au mieux ses tâches de supervision bancaire.

La volonté de recourir à des autorités de régulation indépendantes du pouvoir politique semble donc s'expliquer par des raisons essentiellement économiques. A l'échelle de l'Union européenne, la Commission semble depuis quelques années avoir fait sienne cette conception de l'indépendance à l'égard du pouvoir politique pour l'imposer aux Etats membres.

II. La reconnaissance par le droit de l'UE de l'indépendance des régulateurs à l'égard du pouvoir politique

On constate souvent que les exigences européennes en matière d'indépendance progressent plus en raison de difficultés rencontrées et auxquelles il convient d'apporter une réponse qu'en vertu d'une nécessité identifiée a priori. Cette réflexion qui s'avère juste pour l'obligation de recourir à des autorités indépendantes des secteurs régulés l'est également concernant l'indépendance à l'égard du pouvoir politique¹⁹²⁴. Le juge (A) et le droit dérivé (B) participent largement à cette évolution.

A. La reconnaissance par le juge de l'indépendance des régulateurs à l'égard du pouvoir politique

A l'échelle de l'Union, cet impératif d'indépendance à l'égard du pouvoir politique vient d'abord du juge. Si plusieurs décisions de la Cour de justice ont déjà encadré le champ d'action des autorités politiques lorsque celles-ci souhaitaient limiter les compétences de leurs ARN¹⁹²⁵, c'est à l'occasion d'un recours en manquement entamé contre l'Allemagne pour défaut d'indépendance de ses autorités de contrôle des données personnelles qu'un pas supplémentaire fut franchi.

¹⁹²⁴ S. HOYNCK, « Indépendance de qui ? Les trois âges de l'indépendance des régulateurs des télécommunications en Europe », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, op. cit., p. 799.

¹⁹²⁵ Voir supra, CJUE, 3 décembre 2009, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-424/07 et CJUE, 29 octobre 2009, *Commission européenne contre Royaume de Suède*, Aff. C-274/08.

Dans un arrêt de grande chambre du 9 mars 2010¹⁹²⁶, la CJUE a ainsi pu préciser l'étendue de l'obligation d'indépendance pesant sur les autorités de contrôle nationales. Bien que le cas d'espèce concerne la conformité du statut du contrôleur des données allemand à la directive 95/46 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁹²⁷, la solution retenue intéresse également les autorités de régulation nationales¹⁹²⁸.

D'abord, la Cour s'efforce de rappeler le sens de la notion d'indépendance, c'est à dire « un statut qui assure à l'organe concerné la possibilité d'agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction et de toute pression »¹⁹²⁹. Cette définition est importante, car la directive 95/46 ne précisait en effet aucunement la portée de l'indépendance de l'autorité de contrôle. Elle ne prévoyait au mieux que « l'institution, dans les États membres, d'autorités de contrôle exerçant en toute indépendance leurs fonctions »¹⁹³⁰, autorités qui doivent agir « en toute indépendance » pour « les missions dont elles sont investies »¹⁹³¹. La Cour releva ensuite que même si « la structure des autorités chargées de surveiller le traitement desdites données par le secteur non public varie d'un Land à l'autre, (...) les lois des Länder ont pour caractéristique commune de soumettre expressément ces autorités de contrôle à une tutelle exercée par l'État »¹⁹³². Or cette exigence d'indépendance « exclut non seulement toute influence exercée par les organismes contrôlés, mais aussi toute injonction et toute autre influence extérieure, que cette dernière soit directe ou indirecte, qui pourraient remettre en cause l'accomplissement, par lesdites autorités, de leur tâche »¹⁹³³. Dès lors, l'Allemagne est condamnée pour le motif que les autorités chargées de surveiller le traitement des données à caractère personnel sont toujours placées sous le contrôle des Länder. Pour le juge, il n'y a en

¹⁹²⁶ CJUE, 9 mars 2010, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-518/07. Voir : F. KAUFF-GAZIN, « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? - À propos de l'affaire C-518/07, Commission c/ Allemagne », Europe, n° 7, Juillet 2010, étude 9.

¹⁹²⁷ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE n° L 281 du 23.11.1995, p. 31.

¹⁹²⁸ Voir notamment : G. MARCOU, « Les autorités administratives "dépendantes" et "indépendantes" dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique - Une analyse sur des secteurs sélectionnés », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit., p. 78.

¹⁹²⁹ Point 18 de l'arrêt CJUE, 9 mars 2010, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*.

¹⁹³⁰ Cons. 62 de la directive 95/46/CE.

¹⁹³¹ Art. 28 de la directive 95/46/CE.

¹⁹³² Point 10 de l'arrêt CJUE du 9 mars 2010.

¹⁹³³ Point 30 de l'arrêt CJUE du 9 mars 2010.

effet aucune raison pour que cette exigence d'indépendance ne concerne que les relations entre les autorités de contrôle et les organismes contrôlés. L'exigence d'indépendance doit également s'apprécier à l'égard du pouvoir politique.

Cette décision de la CJUE appelle plusieurs séries de remarques¹⁹³⁴. En premier lieu, la Cour ne se contente pas d'opter une conception très large de l'indépendance des autorités de contrôle puisqu'elle précise aussi les éléments du fonctionnement démocratique de ces autorités. L'Allemagne avançait l'argument selon lequel la remise en cause du système de tutelle était contraire au principe de démocratie consacré à l'article 6 §1 du TUE. Pour l'Allemagne, le principe de démocratie suppose en effet une soumission de l'administration aux instructions du gouvernement, responsable devant le Parlement, et à ce titre, la tutelle permet l'exercice d'un contrôle démocratique indispensable. Pour le juge à l'inverse, le principe de démocratie « ne s'oppose pas à l'existence d'autorités publiques situées en dehors de l'administration hiérarchique classique et plus ou moins indépendantes du gouvernement ». Ces autorités administratives indépendantes, ainsi qu'il en existe d'ailleurs dans le système juridique allemand, ont souvent des fonctions régulatrices ou exercent des missions qui doivent être soustraites à l'influence politique, tout en restant soumises au respect de la loi, sous le contrôle des juridictions compétentes¹⁹³⁵.

En second lieu, pour certains auteurs, la Cour altère le principe de l'autonomie institutionnelle qui découle notamment de l'article 4 du Traité sur l'Union européenne puisque « cette décision remet en cause le modèle administratif allemand, impliquant un lien particulier entre le gouvernement du Land et certaines autorités administratives »¹⁹³⁶. Il est intéressant de noter à cette occasion que la solution compromissoire proposée par l'avocat général ne fut pas retenue par la Cour. Celui-ci estimait que la tutelle prévue par la réglementation allemande était conforme à l'exigence d'indépendance dès lors que les conséquences négatives de celle-ci pour l'exercice en toute indépendance des missions des autorités de contrôle n'étaient pas établies. Selon Jan Mazak, l'exercice d'une tutelle sur les autorités de contrôle n'était donc pas par principe incompatible avec l'exigence

¹⁹³⁴ Voir pour une analyse complète de l'arrêt : F. KAUFF-GAZIN, « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? - À propos de l'affaire C-518/07, Commission c/ Allemagne », op. cit.

¹⁹³⁵ Point 42 de l'arrêt CJUE, 9 mars 2010, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*

¹⁹³⁶ D. DERO-BUGNY, « Autorités nationales de contrôle ; Note sous Cour de justice de l'Union européenne, grande Chambre, 9 mars 2010, Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne, Aff. C-518/07 », *Journal du droit international* n° 2, Avril 2011, chron. 4.

d'indépendance, dès lors que l'indépendance ne doit pas se confondre avec une absence de contrôle¹⁹³⁷.

Enfin, en procédant ainsi à une interprétation large de l'exigence d'indépendance de l'autorité de contrôle des données personnelles allemande, la Cour souhaite-t-elle que cette interprétation soit la même pour toutes les autorités de contrôle, et pas uniquement pour celles des données personnelles ? Certes, il est possible de penser que cette exigence se cantonne au domaine des données à caractère personnel et à leur circulation. L'importance donnée par la CJUE à leur protection n'est d'ailleurs pas nouvelle¹⁹³⁸, et la Cour effectue une interprétation « par analogie » avec le règlement n° 45/2001 concernant le traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires. La Charte des droits fondamentaux de l'UE consacre également la protection des données personnelles, précisant que « le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante »¹⁹³⁹. Mais il est également possible de penser que cette interprétation s'impose à terme à toutes les autorités « indépendantes »¹⁹⁴⁰. La formule « en toute indépendance » n'est d'ailleurs pas propre à l'autorité de contrôle des données personnelles, puisqu'on la retrouve à propos de plusieurs autorités de régulation économique et financière¹⁹⁴¹. Qui plus est, la portée de la décision du 9 mars 2010 doit être appréciée en perspective de deux arrêts plus récents de 2012 et 2014 portant sur des recours en manquement, le premier identique, à l'encontre de l'Autriche¹⁹⁴² et de l'indépendance de la Commission de protection des données autrichienne (Datenschutzkommission), le second à l'encontre de la Hongrie¹⁹⁴³ et portant sur le même type d'autorité mais pour des motifs différents. A l'occasion du premier arrêt, la Cour rappelle que

¹⁹³⁷ Point 32 des conclusions de l'avocat général Jan Mazak sur l'arrêt CJUE, 9 mars 2010, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*.

¹⁹³⁸ Voir notamment : CJCE, gde ch., 16 décembre 2008, *Huber contre République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724 ; CJCE, 20 mai 2003, *Rechnungshof contre Österreichischer Rundfunk et autres*, Aff. C-465/00, C-138/01 et C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294.

¹⁹³⁹ Art. 8 §3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01, JOUE C-364, 18.12.2000, . p. 1.

¹⁹⁴⁰ Voir: S. LAVRIJSEN and A. OTTOW, « Independent Supervisory Authorities: a fragile concept », *Legal issues of European integration*, Vol. 39, Iss. 4, 2012, p. 422 ; C. VLACHOU, *La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques et énergie)*, op. cit., p. 97.

¹⁹⁴¹ Voir notamment : art. 3 §3 bis de la directive 2002/21/CE modifié par la directive 2009/140/CE pour les communications électroniques et art. 19 du règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit.

¹⁹⁴² CJUE, 16 octobre 2012, *Commission européenne contre République d'Autriche*, Aff. C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631.

¹⁹⁴³ CJUE, 8 avril 2014, *Commission européenne contre Hongrie*, Aff. C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237.

« les termes "en toute indépendance" (...) doivent être interprétés en ce sens que les autorités de contrôle de la protection des données à caractère personnel doivent jouir d'une indépendance qui leur permette d'exercer leurs missions sans influence extérieure »¹⁹⁴⁴. Dans le second arrêt, la Cour relève que le Gouvernement avait mis fin de manière anticipée au mandat du président de l'autorité de contrôle des données personnelles hongroise. Or « la menace d'une telle cessation anticipée qui planerait alors sur cette autorité tout au long de l'exercice de son mandat pourrait conduire à une forme d'obéissance de celle-ci au pouvoir politique, incompatible avec ladite exigence d'indépendance »¹⁹⁴⁵.

Il semble actuellement difficile de tirer des enseignements précis de ces trois jurisprudences. Certes, la référence de la Cour à « l'obéissance anticipée » dont pourrait résulter l'influence politique sur les décisions des autorités de contrôle, aussi bien en référence à la tutelle de l'Etat¹⁹⁴⁶ qu'à la révocation du directeur de l'autorité¹⁹⁴⁷, pourrait s'étendre à d'autres types d'autorités qui ne bénéficient pas actuellement d'une telle indépendance à l'égard du pouvoir politique dans les textes européens¹⁹⁴⁸. L'avocat général Mazak précisait d'ailleurs dans ses conclusions que cette expression « implique non seulement une indépendance fonctionnelle, mais également une indépendance organique et matérielle »¹⁹⁴⁹. Et d'ajouter que « même si la Cour s'est prononcée par rapport aux autorités de contrôle compétentes pour la surveillance du traitement des données à caractère personnel dans le secteur non public, nous sommes d'avis qu'une telle interprétation vaut aussi pour les autorités de contrôle en général »¹⁹⁵⁰. La spécificité des autorités en question¹⁹⁵¹ comme l'appréciation de la Cour¹⁹⁵² peuvent cependant laisser penser que seul le domaine des

¹⁹⁴⁴ Point 41 de l'arrêt CJUE, 16 octobre 2012.

¹⁹⁴⁵ Point 54 de l'arrêt CJUE, 8 avril 2014.

¹⁹⁴⁶ Point 51 de l'arrêt CJUE, 16 octobre 2012.

¹⁹⁴⁷ Point 53 de l'arrêt CJUE, 8 avril 2014.

¹⁹⁴⁸ On pense notamment aux domaines aéroportuaire et postal.

¹⁹⁴⁹ Point 21 des conclusions de l'avocat général Jan Mazak sur l'arrêt CJUE, 16 octobre 2012, Commission européenne contre République d'Autriche.

¹⁹⁵⁰ Note 8 des conclusions de l'avocat général Jan Mazak sur l'arrêt CJUE, 16 octobre 2012, Commission européenne contre République d'Autriche.

¹⁹⁵¹ Le statut des autorités nationales de contrôle de données personnelles a fait l'objet d'un récent rapport de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, ce qui traduit la spécificité du domaine. Voir : FRA, « La protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne: le rôle des autorités nationales chargées de la protection des données », *Renforcement de l'architecture des droits fondamentaux au sein de l'UE*, 2012.

¹⁹⁵² Dans l'arrêt Commission contre Hongrie, l'avocat général Melchior Wathelet relève ainsi que « la Cour a fondé cette interprétation, d'une part, sur le libellé même de cet article 28, paragraphe 1, second alinéa, en notant que la notion d'"indépendance" est renforcée par l'adjectif "toute", et, d'autre part, sur l'objectif de la garantie

données personnelles est concerné, d'autant plus que la proposition de directive relative au traitement des données à caractère personnel de 2012 semble en avoir tiré les enseignements¹⁹⁵³.

B. La reconnaissance par le droit dérivé de l'indépendance des régulateurs à l'égard du pouvoir politique

Si la Cour de justice a souligné l'importance de l'indépendance des autorités de contrôle dans un cadre dont la portée reste encore à définir, le droit dérivé est venu largement préciser l'étendue de l'indépendance des régulateurs nationaux à l'égard du pouvoir politique dans trois secteurs : les communications électroniques, l'énergie et les transports ferroviaires. Il est envisageable de traduire cette évolution par un double mouvement. Le premier répond à la jurisprudence de la Cour concernant la possibilité pour des autorités politiques d'exercer au côté des ARN des fonctions de régulation. Le droit dérivé a donc progressivement limité le nombre d'organes susceptibles d'exercer la fonction de régulation (1). Le second touche à l'indépendance totale des autorités de régulation de ces secteurs à l'égard des pouvoirs publics (2).

1. La limitation du nombre d'organes pouvant exercer les fonctions de régulation

Jusqu'à récemment, les Etats membres disposaient d'une certaine marge de manœuvre à l'heure de déterminer les organismes qu'ils qualifiaient d'ARN au sens des directives. Rien ne s'opposait en effet à ce que plusieurs organismes se partagent la fonction de régulation. L'exécutif, mais également le pouvoir législatif, pouvaient ainsi exercer certaines de ces fonctions dès lors que le principe de séparation des fonctions de régulation et d'exploitation était respecté. Cet état de fait trouve deux illustrations dans les arrêts de la Cour de justice des 6 mars 2008 et 6 octobre 2010 rendus en réponse à des questions préjudicielles

d'indépendance des autorités en question qui vise à assurer l'efficacité et la fiabilité du contrôle du respect des dispositions en matière de protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel ».

¹⁹⁵³ Art. 40 de la proposition du 25 janvier 2012 de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, COM(2012) 10 final : « chaque État membre prévoit que les membres de l'autorité de contrôle, dans l'accomplissement de leur mission, ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions de quiconque ».

transmises respectivement par le Tribunal suprême espagnol et la Cour constitutionnelle belge.

Dans son premier arrêt du 6 mars 2008 *CMT c/ Espagne*¹⁹⁵⁴, la Cour rappelle qu'il incombe à chaque Etat membre de veiller à ce que les autorités nationales ne soient pas directement ou indirectement impliquées dans des fonctions d'exploitation, concluant que les dispositions de la directive ne s'opposent pas à ce que les fonctions d'assignation des ressources nationales de numérotation ainsi que celles de gestion des plans nationaux de numérotation soient partagées entre plusieurs autorités réglementaires indépendantes du secteur régulé, en l'espèce la CMT et le ministère¹⁹⁵⁵. Dans son second arrêt du 6 octobre 2010 *Commission c/ BASE NV e.a*¹⁹⁵⁶, la CJUE annonce que rien n'interdit en principe un législateur national d'exercer des fonctions de régulation. La Cour précise en effet qu'« un Etat membre ne saurait attribuer au législateur national les tâches incombant aux autorités réglementaires nationales en vertu de la directive-cadre et de la directive 2002/22 que si l'organe législatif, dans l'exercice de ces tâches, répond aux conditions d'organisation et de fonctionnement auxquelles lesdites directives soumettent ces autorités »¹⁹⁵⁷ et que « la directive 2002/22 ne s'oppose pas en principe, par elle-même, à ce que le législateur national intervienne en qualité d'autorité réglementaire nationale au sens de la directive-cadre pour autant que, dans l'exercice de cette fonction, il réponde aux conditions de compétence, d'indépendance, d'impartialité et de transparence prévues par lesdites directives »¹⁹⁵⁸. Dans cette dernière affaire, il est important de préciser que l'intervention de la Cour s'inscrit dans le cadre d'une question préjudicielle qui n'avait pas elle-même soulevé la question de l'intervention du législateur national comme ARN, et c'est dans cet optique que la réponse doit être appréciée. La CJUE ne semble pas considérer l'espèce du contentieux qui lui est présentée, insistant sur le fait que la directive 2002/22 ne s'oppose pas en principe, par elle-même à l'exerce des fonctions de régulation par le législateur, et qu'il appartient alors au juge national de vérifier que ces conditions sont bien satisfaites à l'occasion de son intervention.

¹⁹⁵⁴ CJCE, 6 mars 2008, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contre Administración del Estado*, Aff. C-82/07.

¹⁹⁵⁵ Cons. 27.

¹⁹⁵⁶ CJUE, 6 oct. 2010, *Commission européenne contre BASE NV e.a.*, Aff. C-389/08. Voir : M. BAZEX, « Régime juridique de la régulation sectorielle », *Contrats Concurrence Consommation* n° 2, Février 2011, comm. 42 ; H. DELZANGLES, « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationales par la Cour de justice de l'Union européenne », *RJEP*, n° 689, Août 2011, comm. 41.

¹⁹⁵⁷ Cons. 27.

¹⁹⁵⁸ Cons. 30.

Cette précision est importante, car si l'Etat espagnol ne cumulait pas en l'espèce de fonctions de réglementation et d'exploitation, l'Etat belge en revanche, en qualité d'actionnaire principal de Belgacom, la première entreprise de télécommunications de Belgique, ne pouvait manifestement pas exercer de telles fonctions de manière impartiale au sens de la directive « cadre ».

En autorisant la possibilité de répartir les fonctions de réglementation entre plusieurs autorités, la Cour rappelait à ces occasions que les anciennes directives, et notamment la directive « cadre » de 2002, permettaient à des organes de l'Etat d'assurer de telles fonctions dès lors que les exigences en matière d'impartialité à l'égard des opérateurs régulés étaient respectées. Ces décisions, rendues sous l'empire du « deuxième paquet télécom », n'allaient pas longtemps résister aux exigences des récentes directives de 2009 et 2012. Celles-ci viennent en effet considérablement modifier le droit en vigueur en limitant dans un premier temps le nombre d'autorités nationales assurant ces fonctions de régulation. La directive 2009/72/CE relative au secteur de l'électricité vient par exemple préciser que chaque Etat membre « désigne une seule autorité de régulation nationale au niveau national »¹⁹⁵⁹. On retrouve une formule quasi-identique dans la directive 2012/34/UE, chaque Etat devant instituer « un organisme de contrôle national unique du secteur ferroviaire »¹⁹⁶⁰. Enfin, la directive 2009/140/CE fait preuve d'originalité puisque si par son considérant 13 elle précise qu'« une autorité réglementaire nationale responsable de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises [doit être] à l'abri de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité dans l'appréciation des questions qui lui sont soumises », elle ajoute qu'« une telle influence externe rend un organisme législatif national impropre à agir en qualité d'autorité réglementaire nationale dans le cadre réglementaire ». Cet ajout n'est pas négligeable puisque la limitation à une seule autorité de régulation nationale n'empêchait pas a priori l'Etat d'exercer ces fonctions s'il n'était pas actionnaire des opérateurs régulés. Il amorce en réalité une modification bien plus importante dans ces trois secteurs : l'indépendance totale à l'égard de tout organe politique ou entité publique.

¹⁹⁵⁹ Art. 35 §1 de la directive 2009/72/CE.

¹⁹⁶⁰ Art. 55 §1 de la directive 2012/34/UE.

2. L'indépendance à l'égard de tout organe politique ou entité publique

Les signes d'un changement d'orientation sur l'indépendance des autorités de régulation sont apparus en 2007 lors du Conseil européen des 8 et 9 mars dans le cadre du Plan d'action du Conseil européenne sur une politique énergétique pour l'Europe¹⁹⁶¹. Recherchant une meilleure efficacité des régulateurs et insistant sur la prévisibilité de leurs décisions, la Commission décida d'imposer dans plusieurs secteurs une indépendance totale des autorités de régulation à l'égard du pouvoir politique. Cette indépendance prend notamment forme dans les directives précitées relatives aux secteurs des communications électroniques¹⁹⁶², de l'énergie¹⁹⁶³ et des transports ferroviaires¹⁹⁶⁴.

De ce point de vue, la directive 2009/140/CE dispose dans son treizième considérant qu' « il y a lieu de prévoir, en droit national, une disposition expresse garantissant que, dans l'exercice de ses fonctions, une autorité réglementaire nationale responsable de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises est à l'abri de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité dans l'appréciation des questions qui lui sont soumises ». En matière énergétique, les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE affirment également que « pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité (et du gaz), il convient que les régulateurs de l'énergie soient en mesure de prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents et qu'ils disposent d'une indépendance totale par rapport aux autres intérêts publics ou privés »¹⁹⁶⁵, avant d'ajouter qu'il est nécessaire que « l'autorité de régulation soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée »¹⁹⁶⁶ afin qu'elle puisse prendre des décisions « de manière autonome, indépendamment de tout organe politique »¹⁹⁶⁷. La directive établissant un espace ferroviaire unique européen n'est pas en marge du mouvement puisqu'elle dispose elle aussi que l'organisme de contrôle « est une autorité autonome juridiquement distincte et indépendante

¹⁹⁶¹ Conseil européen, Bruxelles, 8 et 9 mars 2007, Conclusions de la présidence, 7224/07, Annexe 1, p. 16 : « le Conseil européen (...) convient qu'il faut (...) une plus grande harmonisation des pouvoirs et le renforcement de l'indépendance des régulateurs nationaux de l'énergie ».

¹⁹⁶² Directive 2009/140/CE, op. cit.

¹⁹⁶³ Directives 2009/72/CE (électricité) et 2009/73/CE (gaz), op. cit.

¹⁹⁶⁴ Directive 2012/34/UE, op. cit.

¹⁹⁶⁵ Cons. 34 de la directive 2009/72/CE et cons. 30 de la directive 2009/73/CE.

¹⁹⁶⁶ Art. 35 §4a de la directive 2009/72/CE.

¹⁹⁶⁷ Art. 35 §5a de la directive 2009/72/CE.

sur les plans organisationnel, fonctionnel, hiérarchique et décisionnel, de toute autre entité publique ou privée »¹⁹⁶⁸.

Le droit dérivé vient donc poser une indépendance de principe dans ces secteurs. Aux indépendances à l'égard du secteur régulé et vis-à-vis des Etats actionnaires se substitue donc une indépendance à l'encontre de toute entité extérieure, et en particulier à l'égard des autorités politiques. Le constat tiré par Martine Lombard en 2004, selon lequel même si le droit communautaire impose le recours à des ARI tant que les Etats restent actionnaires, même minoritaires, de certains de leurs opérateurs sur les marchés des communications électroniques, de la poste et de l'énergie, cette « conséquence institutionnelle pourra disparaître dès lors que les Etats n'auront plus d'intérêt patrimonial dans ces secteurs »¹⁹⁶⁹ n'est donc désormais plus d'actualité. Comme le note Stéphane Hoynck, « les conséquences de cette indépendance rendent probablement caduques les décisions de justice [de 2008 et 2010], qui (...) laissaient ouverte la possibilité que des fonctions réservées aux autorités nationales de régulation par les directives soient assurées par un ministère (...) ou par le législateur »¹⁹⁷⁰. En ce sens et en combinant les différents textes précités, nous pouvons en déduire que dans chacun de ces secteurs, une unique autorité indépendante à la fois des secteurs régulés et du pouvoir politique, est chargée des fonctions de régulation¹⁹⁷¹.

L'indépendance à l'égard du pouvoir politique n'est toutefois pas pleinement garantie dans tous les secteurs économiques et financiers. Si elle l'est assurément dans les trois secteurs précités, en matière postale par exemple, rien n'indique qu'un tel degré d'indépendance soit imposé par les directives¹⁹⁷², même si en pratique, la confusion des fonctions de régulation des secteurs des communications électroniques et des postes au sein

¹⁹⁶⁸ Art. 55 §1 de la directive 2012/34/UE.

¹⁹⁶⁹ M. LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », op. cit., p. 206.

¹⁹⁷⁰ S. HOYNCK, « Indépendance de qui ? Les trois âges de l'indépendance des régulateurs des télécommunications en Europe », op. cit., p. 797.

¹⁹⁷¹ Voir : Commission européenne, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, 22 janvier 2010, p. 3.

¹⁹⁷² Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, op. cit., cons. 47 : « Conformément au principe de la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, les États membres devraient garantir l'indépendance de leurs autorités réglementaires nationales afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions » ; art. 22 : « Chaque État membre désigne une ou plusieurs autorités réglementaires nationales pour le secteur postal, juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux ».

d'une même autorité, et ce dans tous les Etats membres, atténue cette omission. La même réflexion vaut à propos de la directive relative aux redevances aéroportuaires¹⁹⁷³, puisque les rares Etats membres ayant réellement créé une autorité de régulation en la matière l'ont fait par fusion avec leur autorité de régulation des transports ou par insertion dans leur autorité multisectorielle, qui elles, répondent à cet impératif d'indépendance générale¹⁹⁷⁴. Dans les secteurs financiers à l'inverse, les directives ne contiennent que très peu d'obligations d'indépendance vis-à-vis des instances politiques des Etats membres, car l'indépendance ne repose « que sur la tradition, la bonne volonté, en un mot, le bon vouloir de chaque Etat »¹⁹⁷⁵. Les autorités nationales comme l'AMF agissant dans le cadre du SESF ne bénéficient ainsi d'aucun statut d'indépendance garantie par le droit de l'Union¹⁹⁷⁶. Il est toutefois possible de trouver une référence à cette indépendance générale depuis 2013 dans le cadre de la supervision prudentielle des marchés financiers. Suite au transfert de la surveillance prudentielle des banques à la BCE et au Conseil de surveillance prudentielle, les « autorités compétentes » en la matière jouissent en effet d'une indépendance affirmée par le droit dérivé. Le règlement n° 1024/2013¹⁹⁷⁷ dispose ainsi que « dans l'accomplissement des missions que leur confie le présent règlement, la BCE et les autorités compétentes nationales agissant au sein du MSU agissent de manière indépendante »¹⁹⁷⁸. Si cette précision est inutile pour les Banques centrales nationales membres du Conseil de surveillance, pour lesquelles une indépendance à l'égard du pouvoir politique est clairement garantie¹⁹⁷⁹, elle prend une dimension particulière pour les autorités de supervision nationale qui ne sont pas adossées à

¹⁹⁷³ Directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires, op. cit. Les seuls impératifs d'indépendance sont prévus à l'article 11 §3 : « les États membres garantissent l'indépendance de l'autorité de supervision indépendante en veillant à ce qu'elle soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toutes les entités gestionnaires d'aéroports et de tous les transporteurs aériens. Les États membres qui conservent la propriété d'aéroports, d'entités gestionnaires d'aéroports ou de transporteurs aériens, ou le contrôle d'entités gestionnaires d'aéroports ou de transporteurs aériens, veillent à ce que les fonctions liées à cette propriété ou à ce contrôle ne soient pas confiées à l'autorité de supervision indépendante. Les États membres veillent à ce que l'autorité de supervision indépendante exerce ses compétences d'une manière impartiale et transparente ».

¹⁹⁷⁴ Voir supra.

¹⁹⁷⁵ F. LAFARGE, « L'indépendance des autorités européennes de surveillance », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, op. cit., p. 684.

¹⁹⁷⁶ Ce n'est pas dire que les autorités nationales de surveillance ne sont pas indépendantes de leur Etat de rattachement, comme nous l'avons vu à propos de la nécessité d'un régulateur indépendant du pouvoir politique, et comme en témoignent les règles relatives à l'indépendance fonctionnelles de ces autorités (voir infra). Il s'agit juste de préciser que le droit de l'UE n'est pas à l'origine de cette indépendance et ne la garantit pas.

¹⁹⁷⁷ Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, op. cit.

¹⁹⁷⁸ Art. 19 du règlement 1024/2013.

¹⁹⁷⁹ Art. 130 TFUE.

leur banque centrale¹⁹⁸⁰, comme c'est le cas en Allemagne, en Autriche, en Estonie, en Finlande, en Lettonie, au Luxembourg et à Malte. Surtout, l'article 19 du règlement précise que « les membres du conseil de surveillance et du comité de pilotage agissent en toute indépendance et objectivité dans l'intérêt de l'ensemble de l'Union ». Cette référence à la formule « en toute indépendance », qui sert depuis 2010 à la Cour de justice de base juridique pour permettre aux autorités concernées de « jouir d'une indépendance qui leur permette d'exercer leurs missions sans influence extérieure »¹⁹⁸¹, permettra peut être au juge de leur imposer une telle interprétation en l'absence de toute obligation textuelle précise.

En définitive, il est difficile de savoir si les arrêts rendus depuis 2010 par la CJUE en matière de protection des données l'ont été en renfort des directives de 2009. Néanmoins, il n'y a aucun doute que pour plusieurs Etats membres, la combinaison des directives et de la jurisprudence de la Cour ne manquera pas d'avoir un effet sur les conceptions nationales de l'indépendance dont bénéficient ces autorités à l'égard du pouvoir politique.

Qu'il s'appuie sur un fondement conjoncturel ou structurel, qu'il ait ou non été imposé et diffusé par l'Union européenne, le statut des autorités de régulation « est construit autour de la notion d'indépendance »¹⁹⁸². Afin de déterminer de quelle indépendance doivent bénéficier les régulateurs nationaux et européens agissant dans les secteurs des réseaux et des finances, il convient de mesurer, au regard de garanties organiques et fonctionnelles, de quel degré de liberté ils peuvent jouir dans la poursuite de leurs missions.

¹⁹⁸⁰ Elle l'est d'autant plus quand l'autorité de régulation nationale du secteur financier est unique, comme la BaFin en Allemagne.

¹⁹⁸¹ Point 41 de l'arrêt CJUE, 16 octobre 2012, Commission européenne contre République d'Autriche, op. cit.

¹⁹⁸² A. LAGET-ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité, op. cit., p. 311.

Chapitre 2

La mesure de l'indépendance des autorités de régulation

La comparaison des différentes autorités de régulation nationales fait apparaître différentes « conditions cumulatives de l'indépendance »¹⁹⁸³ parmi lesquelles la collégialité, la durée du mandat, son caractère non révocable et non renouvelable ainsi qu'un régime strict d'incompatibilités. Dans la très grande majorité des Etats membres, on retrouve ce socle commun de garanties organiques qui tend progressivement à s'harmoniser (Section 1). A ces garanties organiques s'ajoutent également des garanties fonctionnelles qui posent la question de l'exercice des pouvoirs, c'est à dire « l'aptitude de l'autorité de régulation à accomplir ses missions »¹⁹⁸⁴, les moyens offerts aux régulateurs pour exercer leurs pouvoirs de manière indépendante. Moins bien diffusées que les premières, ces garanties fonctionnelles se multiplient ces dernières années sous l'impulsion du droit de l'UE, qui tente de les généraliser malgré certaines réticences nationales (Section 2).

Si l'indépendance de l'autorité de régulation est une notion relative qu'il n'est surtout possible d'évaluer que par rapport à une autre, la recherche d'un modèle d'autorité de régulation économique et financière impose toutefois de dépasser le cadre des autorités de régulation existantes pour déterminer pour chacune de ces conditions à quel niveau d'indépendance il serait souhaitable d'accéder, et comment y parvenir.

Section 1. L'indépendance organique en voie d'harmonisation

Section 2. L'indépendance fonctionnelle en cours de généralisation

¹⁹⁸³ G. MARCOU, « Les autorités administratives "dépendantes" et "indépendantes" dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique - Une analyse sur des secteurs sélectionnés », op. cit., p. 85.

¹⁹⁸⁴ F. MARTUCCI, « L'indépendance des autorités de régulation en Italie », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, op. cit., p. 729.

Section 1. L'indépendance organique en voie d'harmonisation

L'indépendance organique désigne pour l'essentiel les règles relatives à la composition des autorités de régulation¹⁹⁸⁵. Cette indépendance doit s'apprécier à l'égard du pouvoir politique (I) et vis-à-vis des intérêts privés (II).

I. Le caractère composite de l'indépendance organique à l'égard du pouvoir politique

L'indépendance organique des autorités de régulation à l'égard du pouvoir politique s'apprécie tant au regard des règles de composition et de nomination des membres (A) qu'à celles de l'exercice de leur mandat (B).

A. L'hétérogénéité des règles de composition et de nomination

La première source d'indépendance des autorités de régulation provient des règles de désignation de leurs membres (1) et des caractéristiques de leurs organes décisionnels (2).

1. Les règles de nomination des membres

La pluralité des modes de nomination vise à garantir l'indépendance de ces organes en réduisant ou en diluant le poids du pouvoir politique dans la désignation des membres. Confié très majoritairement aux autorités politiques¹⁹⁸⁶, le pouvoir de nomination des membres des autorités de régulation est exercé selon des modalités qui diffèrent substantiellement d'un Etat à un autre, mais parfois également entre les autorités d'un même Etat. L'analyse comparée des modes de désignation permet de déterminer quel mode de désignation peut paraître le plus pertinent du point de vue de l'indépendance. Pour cette raison, nous distinguerons trois modes de désignation qui correspondent en la matière à différents « niveaux d'indépendance ». auxquels s'ajoute le caractère spécifique de la désignation des membres des agences européennes décentralisées.

¹⁹⁸⁵ M. LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in M. LOMBARD (dir.), Régulation économique et démocratie, op. cit., pp. 215 et s.

¹⁹⁸⁶ Le pouvoir de nomination est confié aux autorités politiques pour une raison d'autorité que Marie-Anne Frison-Roche appelle « la garantie d'indépendance par transitivité par rapport à la personne qui nomme ». Voir M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 67.

a. La désignation par le seul pouvoir exécutif

Le mode de désignation qui garantit le moins l'indépendance des organes est celui d'un choix opéré par le seul pouvoir exécutif¹⁹⁸⁷. On retrouve ce mode de désignation dans la plupart des pays de l'UE et notamment dans les pays du nord de l'Europe.

Ce mode de nomination a par exemple été privilégié par le législateur belge pour la totalité de ses autorités de régulation économique et financière. Tous les membres, y compris les présidents, de l'Institut belge des postes et télécommunications (IBPT)¹⁹⁸⁸, de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG)¹⁹⁸⁹ et du Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles National¹⁹⁹⁰ sont désignés par le Roi sur proposition du Conseil des ministres. Le mode de désignation est similaire pour les membres de l'Autorité des services et marchés financiers, la FSMA (Conseil¹⁹⁹¹, Comité de direction¹⁹⁹² et Comité des sanctions¹⁹⁹³), puisque ces derniers sont nommés par le Roi sur proposition conjointe des ministres des finances, de l'économie et de la protection des consommateurs.

Ce mode de nomination est également utilisé au Royaume-Uni et dans les pays scandinaves. Des dix membres de l'Ofcom¹⁹⁹⁴, tous sont directement ou indirectement

¹⁹⁸⁷ Les autorités de régulation pour lesquelles le pouvoir de nomination est concentré dans les mains d'une seule chambre parlementaire sont rares. Deux cas ont cependant attiré notre attention, celui de la Finansinspektionen, l'autorité finlandaise de régulation des marchés financiers. Tous les membres de l'organe décisionnel, y compris le président et le vice-président, sont nommés par le Parliamentary Supervisory Council, commission parlementaire jouant un rôle dans le fonctionnement de la Banque de Finlande (chapitre 2, Section 8, §2 de la Loi n° 878 de supervision financière du 19 décembre 2008) et de l'ANRE (Autoritatea Națională de Reglementare în domeniul Energiei), l'autorité de régulation de l'énergie roumaine, dont les membres sont nommés par les deux chambres parlementaires réunies.

¹⁹⁸⁸ Art. 17, al. 1 et 2 de la Loi modifiée du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

¹⁹⁸⁹ Art. 24 de la Loi modifiée du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

¹⁹⁹⁰ Art. 8 de l'Arrêté royal du 4 décembre 2012 modifiant l'arrêté royal du 25 octobre 2004 créant le Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles National, et fixant sa composition ainsi que les statuts, administratif et pécuniaire applicables à ses membres.

¹⁹⁹¹ Art. 47 §2 de la Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

¹⁹⁹² Art. 49 de la Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

¹⁹⁹³ Art. 48 bis de la Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

¹⁹⁹⁴ Le mode de nomination des membres de l'OFGEM est similaire. Voir : Utilities Act 2000, Annexe 1.

nommés par le Secrétaire d'Etat. Celui-ci désigne ainsi le président¹⁹⁹⁵ (Chairman), le vice-président¹⁹⁹⁶ (deputy-Chairman) et les autres membres non exécutifs du board. Le directeur exécutif (Chief executive) ainsi que les membres exécutifs du board sont certes nommés par le président de l'autorité, mais ce « avec l'approbation du Secrétaire d'Etat »¹⁹⁹⁷. Plusieurs pays scandinaves et d'Europe centrale ont également opté pour ce mode de désignation concentré indirectement dans les mains de l'exécutif, comme en Finlande, où l'organe décisionnel de la FICORA est composé d'un General-Director nommé par le Gouvernement, qui nomme à son tour les autres membres du Conseil¹⁹⁹⁸. Au Royaume-Uni, la récente réforme de la supervision financière de 2013 était l'occasion pour le législateur britannique de modifier ses règles relatives à la nomination des membres pour les deux nouvelles autorités. Il n'en est rien puisque leurs modes de nomination restent quasi identiques à celui de l'ancienne FSA. Les membres de la Financial Conduct Authority sont tous nommés par le Treasury¹⁹⁹⁹, parfois en accord avec le Secrétaire d'Etat²⁰⁰⁰, et ceux de la PRA sont tous nommés par le Président de la Banque d'Angleterre, mais « avec l'accord du Trésor »²⁰⁰¹.

En définitive, l'analyse des autorités de régulation nationales montre qu'un grand nombre d'Etats membres de l'UE ont opté pour un mode de désignation n'impliquant aucun pluralisme. Le pouvoir exécutif nomme ainsi seul la plupart des membres des autorités de régulation, indistinctement des secteurs concernés, puisque tant les autorités de régulation économique – citons l'ACM²⁰⁰² aux Pays-Bas et l'ILR²⁰⁰³ au Luxembourg pour des exemples

¹⁹⁹⁵ Office of Communications Act 2002, §1 de l'Annexe sur les dispositions relatives à l'OFCOM.

¹⁹⁹⁶ §4, al. 4 de l'Annexe sur les dispositions relatives à l'OFCOM.

¹⁹⁹⁷ §5, al. 2 de l'Annexe sur les dispositions relatives à l'OFCOM.

¹⁹⁹⁸ §8 du décret d'application du Gouvernement 60/2004 (Valtioneuvoston asetus viestintähallinnosta) de la Loi n° 625 du 29 juin 2001 sur la régulation des communications (Laki 29.6.2001/625 viestintähallinnosta). Ce processus de nomination est identique en Hongrie pour les membres de la NMHH (National Media and Infocommunications Authority - Nemzeti Média és Hírközlési Hatóság).

¹⁹⁹⁹ Financial Services Act 2012, Annexe 3, Section 1A Financial Conduct Authority : Schedules to be substituted as Schedules 1ZA to FSMA 2000, §2, al. 2, a), b), e).

²⁰⁰⁰ Ibid., §2, al. 2, d).

²⁰⁰¹ Financial Services Act 2012, Annexe 3, Section 2A Prudential Regulation Authority: Schedules to be substituted as Schedules 1ZB to FSMA 2000, §6.

²⁰⁰² Art. 3 de la Loi du 28 Février 2013 fixant les règles relatives à la création de l'ACM : « les membres sont nommés par le ministre des affaires économiques ».

²⁰⁰³ Art. 7, al. 1er de la Loi modifiée du 30 mai 2005 portant organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation : « les membres du Conseil, dont un président et un vice-président, sont nommés par le Grand-Duc sur proposition du Conseil des ministres » ; Art. 11, al 2 : « Les membres de la direction sont nommés par le Grand-Duc ».

de régulateurs multisectoriels – que financière – c’est le cas de la BaFin²⁰⁰⁴ en Allemagne et de la CNMV²⁰⁰⁵ en Espagne – sont concernées. Au mieux, le pouvoir exécutif peut demander l’avis du Parlement national ou de commissions spécialisées, tout en conservant le main mise sur la nomination²⁰⁰⁶.

b. La désignation par les pouvoirs exécutif et législatif

Si l’emprise de l’exécutif sur les processus de nomination des membres des ARN est forte dans la plupart des pays d’Europe, il arrive toutefois que le législateur soit convié à y participer, par l’intermédiaire des chambres parlementaires ou de leurs présidents. Ce pluralisme permet de diversifier les intervenants et de réduire l’influence de chacun d’entre eux. S’il ne dépolitise pas le mode de désignation, à tout le moins permet-il de diluer les risques de dépendance en multipliant les sources et en augmentant l’indépendance à l’égard de l’exécutif.

Le mode de désignation mixte réparti entre les pouvoirs exécutif et législatif est celui choisi pour l’essentiel des autorités de régulation économique françaises²⁰⁰⁷. Le code de l’énergie dispose ainsi qu’un des membres de la CRE est nommé par le président de l’Assemblée nationale et qu’un autre l’est par le président du Sénat²⁰⁰⁸. Le législateur a opté pour une répartition des pouvoirs identiques pour l’ARAFER, même si le code des transports précise que les deux présidents des chambres désignent les deux vice-présidents de

²⁰⁰⁴ §9, al. 1er du FinDAG : « les membres du directoire sont nommés par le Président de la République fédérale sur proposition du Gouvernement fédéral ».

²⁰⁰⁵ Art. 7 du Règlement intérieur de la CNMV (2013) : le président et le vice-président sont nommés par le Gouvernement sur proposition du ministre des finances, et les autres membres sont directement nommés par le seul ministre des finances.

²⁰⁰⁶ C’est le cas de l’ANACOM au Portugal, dont les membres sont nommés par le Conseil des ministres après avis de la Commission de recrutement et de sélection de l’administration publique et après audition de la commission compétente de l’Assemblée ; Art. 18, al. 2 du Décret-loi n° 39/2015, du 16 mars 2015 Aprova os estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações. C’est aussi le cas pour les régulateurs de l’énergie et des télécommunications chypriotes.

²⁰⁰⁷ Ce choix fait par le législateur français pour la composition des collèges des autorités de régulation semble s’inspirer du modèle de nomination des membres du Conseil constitutionnel. Comme pour ce dernier, le Président de la République, le président de l’Assemblée nationale et celui du Sénat sont les autorités chargées de désigner les membres des autorités de régulation économique. Voir pour ce constat et pour une approche critique : M. LOMBARD, « Collèges des autorités de régulation : des modes de nomination perfectibles », RJEP n° 698, Juin 2012, repère 6.

²⁰⁰⁸ Art. L 123-2 du code de l’énergie.

l'autorité²⁰⁰⁹. Les autres membres des deux ARN, majoritaires, restent quant à eux choisis par l'exécutif.

La situation diffère légèrement concernant l'ARCEP puisque le code des postes et communications électroniques précise que quatre membres sont nommés par le pouvoir législatif²⁰¹⁰, deux par le président de l'Assemblée nationale, deux par le président du Sénat. Dans ce contexte, le pouvoir législatif désigne la majorité des membres de l'autorité, même si la répartition de ce pouvoir de nomination entre les deux chambres dilue quelque peu son influence en la matière. Il est toutefois assez rare d'observer un pouvoir de nomination majoritairement concentré dans les mains du législateur national. Le cas de l'AGCOM en Italie est pour cette raison assez intéressant. Si le Président du régulateur des communications électroniques italien est choisi par l'intermédiaire d'un processus faisant participer à la fois l'exécutif et le législatif²⁰¹¹, les autres membres sont tous nommés par les présidents des deux chambres parlementaires²⁰¹².

Le meilleur moyen d'atténuer l'emprise d'un des deux pouvoirs sur le mode de nomination des membres des ARN reste toutefois semble-t-il de recourir à des procédures de désignation conjointe et concertée faisant intervenir et nécessitant l'accord à la fois de l'exécutif et du législatif. On retrouve ce mode de nomination collégial dans plusieurs autorités de régulation économiques, notamment pour les régulateurs multisectoriels allemands et lettons.

La première situation possible est celle d'une proposition faite par le pouvoir exécutif mais qui nécessite l'accord du pouvoir législatif avant que le membre de l'ARN soit nommé. En Lettonie, la loi de 2000 sur la régulation des services publics dispose par exemple que les membres de la Public Utilities Commission sont nommés sur proposition du Conseil des ministres par la Saeima, le parlement monocaméral letton²⁰¹³. On retrouve un mode de nomination similaire dans plusieurs autres Etats, comme en Italie pour les autorités de

²⁰⁰⁹ Art. L 2132-7, al. 1 du code des transports.

²⁰¹⁰ Art. L 130 du CPCE.

²⁰¹¹ Art. 1, §3 de la Loi n° 249 du 31 juillet 1997 instituant une Autorité de régulation des communications, des télécommunications et de la radiodiffusion.

²⁰¹² Ibid.

²⁰¹³ Art. 7, al. 3 de la Loi du 19 octobre 2000 sur la régulation des services publics. Les membres de l'autorité lituanienne de régulation de l'énergie (*Valstybinė kainų ir energetikos kontrolės komisija*, *National Commission for Energy Control and Prices - NCC*) sont désignés selon le même mode de nomination.

régulation de l'énergie et des transports. Les membres de l'AEEG et de l'ART sont ainsi tous nommés par décret du Président de la République, sur proposition des ministres compétents et après examen en Conseil des ministres. Mais chaque candidat doit recevoir par ailleurs l'approbation des commissions parlementaires compétentes à une majorité des deux-tiers²⁰¹⁴, ce qui leur permet de s'inscrire dans un large compromis entre exécutif et législatif.

Plus rare, la seconde possibilité est celle d'un choix fait par le législateur et validé par l'exécutif. Ce choix est notamment privilégié par l'Allemagne dans le cadre de la désignation des membres de son régulateur économique multisectoriel. Dans le cas de la Bundesnetzagentur, le président et les vice-présidents sont nommés par le Gouvernement fédéral sur proposition du Beirat²⁰¹⁵, qui est un comité consultatif de l'Agence composé de seize membres du Bundestag et de seize membres du Bundesrat²⁰¹⁶. Si la loi permet au Beirat de faire deux propositions²⁰¹⁷, en cas de désaccord, c'est toutefois l'exécutif qui déterminera qui sera nommé.

c. La désignation partagée entre le pouvoir politique et la société civile

La dernière méthode de désignation des membres des autorités de régulation nationales vise à atténuer le poids de l'exécutif et du législatif au profit d'autres sources de nomination : membres du secteur régulé, associations de consommateurs, magistrats ou assemblées consultatives. Si elle reste rarement utilisée, cette méthode a pourtant le mérite de diluer l'impact du pouvoir politique sur la procédure.

Dans le secteur des finances, la France et le Luxembourg illustrent très bien la manière dont il est possible de recourir à ce mode de désignation partagé. Plusieurs membres du Conseil de l'Autorité de marchés financiers sont ainsi nommés par les personnalités autres que celles issus des pouvoirs exécutif ou législatif. Outre le président des normes comptables

²⁰¹⁴ Pour l'AEEG : art. 2, al. 7 de la Loi n° 481 du 14 novembre 1995 sur la régulation des services d'utilité publique. L'article précise que « la nomination ne peut être effectuée en l'absence d'avis favorable de la part des Commissions ». Pour l'ART : art. 37, al. 1 bis du Décret-loi n° 201 du 6 décembre 2011 sur les mesures urgentes pour la croissance, l'équité et la consolidation des finances publiques (repris par la Loi n° 214 du 22 décembre 2011), qui renvoie largement à la Loi de 1995.

²⁰¹⁵ §3, al. 3 du BNetzAG.

²⁰¹⁶ §5, al. 1 du BNetzAG.

²⁰¹⁷ Le Beirat dispose de deux fois quatre semaines pour faire ses propositions au Gouvernement fédéral.

nommé d'office²⁰¹⁸, on y retrouve un conseiller d'Etat désigné par le vice-président du Conseil d'Etat²⁰¹⁹, un conseiller à la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation²⁰²⁰, un conseiller maître à la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes²⁰²¹, et un représentant de la Banque de France désigné par le gouverneur²⁰²². Quant au collège de l'ACPR, outre le gouverneur de la Banque de France et le président de l'Autorité des normes comptables qui siègent d'office²⁰²³, on retrouve au coté des membres nommés par le pouvoir politique plusieurs magistrats, qui selon les mêmes formules sont également proposés par le vice-président du Conseil d'Etat²⁰²⁴, le premier président de la Cour de cassation²⁰²⁵ et le premier président de la Cour des comptes²⁰²⁶.

Au Luxembourg, l'ouverture du processus de désignation à la société civile et notamment aux associations de consommateurs et aux secteurs régulés marque un pas supplémentaire vers une plus grande indépendance à l'égard du politique. Le Conseil du Commissariat aux assurances témoigne de ce mode de désignation hybride puisque sont nommés un conseiller par « les professionnels du secteur » et un « par les preneurs d'assurance »²⁰²⁷. Une formule similaire est utilisée pour la Commission de surveillance du secteur financier, la loi portant sa création disposant que trois membres du Conseil sont nommés par « les entreprises et personnes surveillées »²⁰²⁸. Dans les deux cas, ces membres non désignés par le pouvoir politique restent toutefois minoritaires au sein des organes décisionnaires.

Dans les secteurs des services publics en réseaux, les membres des autorités de régulation des Etats membres sont tous actuellement nommés par les autorités politiques. En France, il n'en fut pas toujours ainsi pour la CRE et l'ARAFER. La loi de 2006 relative au secteur de l'énergie avait ainsi ajouté au collège de la CRE « un membre nommé, en raison de

²⁰¹⁸ Art. L 121-2 II, 6) du CMF.

²⁰¹⁹ Art. L 121-2 II, 2) du CMF.

²⁰²⁰ Art. L 121-2 II, 3) du CMF.

²⁰²¹ Art. L 121-2 II, 4) du CMF.

²⁰²² Art. L 121-2 II, 5) du CMF.

²⁰²³ Art. L 612-5, 1) et 2) du CMF.

²⁰²⁴ Art. L 612-5, 3) du CMF.

²⁰²⁵ Art. L 612-5, 4) du CMF.

²⁰²⁶ Art. L 612-5, 5) du CMF.

²⁰²⁷ Art. 7, al. 1 de la Loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances.

²⁰²⁸ Art. 6 de la Loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une Commission de surveillance du secteur financier.

ses qualifications dans les domaines juridique, économique et technique, par le président du Conseil économique et social »²⁰²⁹. L'article L 1232-7 du code des transports tel que rédigé en 2010 disposait également qu'un des membres de l'ARAF était nommé par le président du Conseil économique, social et environnemental. La loi de 2006 prévoyait en outre « deux représentants des consommateurs d'électricité et de gaz naturel, nommés par décret »²⁰³⁰, une formule qui se rapproche de celle employée pour l'AMF à propos du « représentant des salariés actionnaires désigné par le ministre chargé de l'économie après consultation des organisations syndicales et des associations représentatives »²⁰³¹.

La loi NOME de 2011²⁰³² et celle portant réforme ferroviaire de 2014²⁰³³ ont mis fin à cette diversité puisque le CESE ne nomme plus aucun membre de la CRE ou de l'ARAFER, et plus aucune obligation ne pèse sur l'exécutif pour nommer des représentants de consommateurs. Il est mentionné dans l'exposé des motifs de la loi NOME que la disparition de ces membres s'explique « par le besoin de mettre en place un collège plus resserré, gardien dans la durée d'une doctrine claire et pérenne de la régulation ». On peut douter de la pertinence de cette justification, d'autant plus que le CESE continue de nommer un membre de l'AMF²⁰³⁴. Comme le notait Hubert Delzangles il y a quelques années, les organes en charge de la nomination des membres des ARI peuvent être conçus, « non pas comme des garanties d'indépendance, mais plutôt comme une source de légitimité et de pluralisme de pensée »²⁰³⁵. Dans ce cadre, la nomination de représentants des consommateurs, ou au moins la consultation d'organes non politiques composés de membres de la société civile avant nomination est possible voire même souhaitable.

Octroyer ce pouvoir aux opérateurs régulés est une possibilité qui nécessite à l'inverse de réfléchir à la portée d'une telle nomination sur l'indépendance du régulateur à l'égard des secteurs régulés. Bien que ne concernant que le secteur ferroviaire, la directive 2012/34/UE relative à l'espace ferroviaire européen précise d'ailleurs que « les États membres (...) veillent notamment à ce que les personnes chargées de la prise de décisions au

²⁰²⁹ Art. 5 II de la Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

²⁰³⁰ Id.

²⁰³¹ Art. L 121-2 II, 9) du CMF.

²⁰³² Art. 17 de la Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

²⁰³³ Art. 13 de la Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.

²⁰³⁴ Art. L 621-2, II, 7) du CMF.

²⁰³⁵ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 282.

sein de l'organisme de contrôle (...), telles que les membres de son conseil d'administration, le cas échéant, soient nommées sur la base de règles claires et transparentes, garantissant leur indépendance, par le conseil des ministres ou par toute autre autorité publique qui n'exerce pas directement de droits de propriété sur les entreprises réglementées »²⁰³⁶. Cette interdiction d'octroyer un tel pouvoir de nomination aux opérateurs du secteur ferroviaire peut être surprenant dans la mesure où le risque de capture s'identifie toujours à l'égard d'un opérateur situé dans une position avantageuse par rapport à ses concurrents, et non pas vis-à-vis d'un secteur entier. On peut même imaginer qu'un membre nommé à la suite d'une concertation au sein du secteur régulé aurait permis la représentation des opérateurs du secteur, le risque de conflits d'intérêts ayant été réduit par le régime des incompatibilités professionnelles et patrimoniales²⁰³⁷.

d. L'inter-indépendance variable dans la composition des agences européennes de régulation économique et financière

Dans les organes de l'UE étudiées (ORECE, ACRE et les trois AES), la diversité des organes rend la tâche plus ardue qu'à l'échelle nationale et l'impératif d'indépendance n'en est que plus complexe à mettre en oeuvre, car celui-ci ne s'apprécie pas simplement à l'égard du pouvoir politique, mais aussi au regard d'un équilibre entre échelons national et européen. En effet, chose tout à fait originale dans l'UE, la position de ces cinq organismes « ne se borne pas à l'autonomie, par ailleurs limitée, typique du modèle consolidé [des agences], mais elle acquiert des formes d'indépendance à proprement parler, qui reflètent celle qui est requise à leurs homologues nationaux »²⁰³⁸.

D'abord, nous avons vu que les cinq agences européennes comprennent toutes un « conseil » appelé « conseil des régulateurs » pour l'ORECE et l'ACRE et « conseil de surveillance » dans les AES. Celui-ci a la spécificité, comparativement aux autres agences européennes décentralisées, d'être composé essentiellement de membres des ARN²⁰³⁹. Il

²⁰³⁶ Art. 55 §3 de la directive 2012/34/UE.

²⁰³⁷ Voir, infra, p. 460.

²⁰³⁸ E. CHITI, « Existe-t-il un modèle d'agence de l'Union européenne ? », op. cit., p. 66.

²⁰³⁹ C'est le cas du « directeur de l'autorité publique nationale compétente » pour les AES (art. 40 des règlements instituant les AES), « des représentants de haut niveau des autorités de régulation » pour l'ACRE (art. 14 du règlement n° 713/2009) et du « directeur ou [du] représentant à haut niveau de l'ARN » pour l'ORECE (art. 4 du règlement n° 1211/2009). Plusieurs représentants des institutions européennes, d'autres agences ou des Etats peuvent par ailleurs siéger, mais ne prennent pas part aux votes.

existe donc une inter-indépendance entre les membres des ARN et le conseil d'une agence, dans la mesure où au regard de la procédure de désignation des membres de cet organe, l'indépendance de ces derniers est liée à l'indépendance dont jouissent les membres des régulateurs nationaux. Du point de vue organique, ces conseils sont donc indépendants des institutions de l'UE mais leur indépendance à l'égard du pouvoir politique national n'est garantie qu'au regard des règles nationales. Il existe donc, pour chacun des critères permettant d'évaluer l'indépendance des membres des ARN, un phénomène de ricochet permettant ensuite d'évaluer l'indépendance des membres de chaque conseil des cinq agences.

En dehors des conseils, ce phénomène de ricochet s'observe de manière très différente dans les procédures de nomination des autres organes selon les agences étudiées. Si le cas de l'ORECE est simple dans la mesure, où, compte tenu de ses faibles pouvoirs, il n'existe aucun autre organe que le conseil des régulateurs et un Office²⁰⁴⁰, ceux de l'ACRE et des AES sont plus complexes. D'abord, chacune des quatre agences possède conseil d'administration. Ceux des AES sont composés de sept membres choisis par les conseils de surveillance²⁰⁴¹ (six membres et un président). A l'inverse, les neuf membres du conseil d'administration de l'ACRE sont tous nommés par les institutions européennes : cinq par le Conseil, deux par le Parlement et deux par la Commission. En conséquence, aucun de ses membres n'est nommé par le Conseil des régulateurs, ce qui en fait un organe entièrement composé par le triangle institutionnel. Nous retrouvons cette différence dans la désignation des membres des commissions de recours. La commission de recours commune aux trois AES est ainsi composée de six membres tous désignés par les conseils de surveillances des trois autorités (deux par AES), alors que les membres de celle de l'ACRE sont « sont désignés formellement par le conseil d'administration sur proposition de la Commission, après appel public à manifestation d'intérêt et consultation du conseil des régulateurs »²⁰⁴². Ici encore, et malgré l'avis consultatif du conseil des régulateurs, la composition de la commission de sanction de l'ACRE est donc laissée à la discrétion des institutions de l'UE.

Au final, seule la nomination des directeurs respectifs des AES et de l'ACRE s'inscrit dans une procédure concertée entre les institutions de l'UE et les conseils, puisque les directeurs des AES sont désignés par les conseils de surveillance après avis conforme du

²⁰⁴⁰ L'Office est lui-même composé des représentants des ARN (ils forment le Comité de gestion) et d'un directeur général nommé par eux.

²⁰⁴¹ Art. 45 des règlements instituant les AES.

²⁰⁴² Art. 18 du règlement n° 713/2009.

Parlement européen, et celui de l'ACRE l'est par le conseil d'administration après avis favorable du conseil des régulateurs. Mais là encore, le directeur de l'ACRE doit être nommé parmi une short list de trois noms proposés par la Commission, ce qui réduit une fois encore le degré de son indépendance. A l'analyse des modes de nominations des membres des différents organes, on peut donc en déduire que les AES sont de loin les agences de régulation dont les garanties d'indépendance sont les plus élevées. Ainsi, la combinaison de ces règles de désignation et de celles de répartition des pouvoirs au sein des agences démontre ainsi que les dispositions des règlements instituant l'ACRE ne présentent pas de garanties d'indépendance suffisantes. Si modèle à suivre il y a en la matière, aucun doute ne fait que c'est l'organisation interne des AES qu'il serait opportun de reproduire. On peut toutefois douter que la Commission s'engage sur cette voie. En effet, alors que l'ORECE devrait voir son fonctionnement modifié dans les années à venir, la récente proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques²⁰⁴³ vise ainsi à insérer un article 4bis au règlement 1211/2009²⁰⁴⁴, lequel dispose que l'Office sera représenté par un Président, désigné par le Conseil des régulateurs parmi une liste de candidats dressée par la Commission²⁰⁴⁵. Les institutions de l'UE semblent ainsi privilégier l'organisation interne de l'ACRE plutôt que celle des AES pour l'avenir.

En définitive, et bien que le mode de nomination soit de loin le moins révélateur du degré d'indépendance que l'on souhaite imposer à ces institutions²⁰⁴⁶, son analyse dans les différents Etats membres de l'UE et à l'échelle de l'Union montre toutefois que certains régulateurs bénéficient d'une meilleure garantie d'indépendance à l'égard du pouvoir politique. S'il est normal que ce dernier concentre la majeure partie du pouvoir de nomination à l'échelon national, les exemples italiens de l'AEEG et de l'ART sont riches d'enseignements, puisque les commissions parlementaires compétentes doivent valider à une

²⁰⁴³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 11 septembre 2013 établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, et modifiant les directives 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1211/2009 et (UE) n° 531/2012, 11/9/2013, op. cit..

²⁰⁴⁴ Art. 38 de la proposition de règlement.

²⁰⁴⁵ Le considérant 77 de la proposition de règlement précise qu' « en vue de la désignation du premier président du Conseil des régulateurs, la Commission devrait, notamment, dresser une liste de candidats sur la base de leurs qualifications, de leurs compétences, de leur connaissance des marchés de communications électroniques et de leurs acteurs ainsi que de leur expérience en matière de surveillance et de réglementation ».

²⁰⁴⁶ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 283.

majorité des deux-tiers les choix faits par l'exécutif. Cette formule pourrait même être élargie aux assemblées dans leur ensemble. En France, la réforme constitutionnelle de 2008 impose pour les présidents des ARN nommées par le Président de la République un vote à la majorité des deux-tiers dans chacune des commissions des deux assemblées²⁰⁴⁷. Mais il s'agit d'un vote négatif et on imagine mal, sauf période de cohabitation, que les deux commissions se prononcent de la sorte²⁰⁴⁸. Il semble par ailleurs assez logique de notre point de vue de faire une large place aux membres des hautes juridictions dans les autorités financières dotées d'importants pouvoirs de sanction. Quant aux membres des agences européennes, l'évaluation de leur indépendance doit s'analyser en filigrane de celle des membres des ARN par rapport au pouvoir politique national et aux autorités politiques de l'UE, mais également au regard des pouvoirs qu'ils sont amenés à exercer.

2. Les caractéristiques des organes décisionnels

Deux autres caractéristiques permettent d'évaluer le degré d'indépendance des organes selon leur composition. Il s'agit de la collégialité de l'organe et de la compétence de ses membres.

a. La collégialité des organes

Depuis la remise en cause du modèle personnifié de régulateur en Grande Bretagne dans les années 2000, la collégialité serait devenue « une caractéristique commune à toutes les autorités de régulation »²⁰⁴⁹. Au regard du principe d'indépendance, la collégialité présente en effet une double vertu. D'une part, c'est « une garantie d'indépendance dans le sens où elle implique un certain pluralisme, en intégrant un maximum de courants de pensée »²⁰⁵⁰. En ce sens, la collégialité permet au sein des autorités de régulation le débat et la contradiction.

²⁰⁴⁷ Art. 13, al. 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés ».

²⁰⁴⁸ Certains auteurs préconisent d'ailleurs de transformer ce vote négatif en vote positif. Voir : M. LOMBARD, « Collèges des autorités de régulation : des modes de nomination perfectibles », op. cit.

²⁰⁴⁹ G. MARCOU, « Les autorités administratives "dépendantes" et "indépendantes" dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique - Une analyse sur des secteurs sélectionnés », op. cit., p. 85.

²⁰⁵⁰ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 282.

D'autre part, elle constitue une garantie contre le risque de capture dans la mesure où il est plus difficile d'influencer un collège plutôt qu'une seule personne.

Il est difficile d'évaluer le nombre idéal de commissaires au sein des organes décisionnels des ARN. Un collège trop dense n'est pas un gage d'efficacité, de célérité, d'objectivité et de sérieux. Si les membres sont trop peu nombreux à l'inverse, la collégialité ne permet pas d'équilibrer l'influence des instances de nomination. A l'exception notable du cas polonais, la plupart des collèges des autorités de régulation économique et financière sont composés de trois à huit membres, mais la tendance actuelle est à une réduction de ces effectifs²⁰⁵¹. Depuis 2011 et le Décret-loi « Salva Italia » instituant des mesures urgentes pour la croissance, l'équité et la consolidation des comptes publics²⁰⁵², l'Italie a par exemple décidé de réduire drastiquement l'effectif de toutes ses autorités de régulation, économique comme financière. L'article 23 intitulé « Réduction des coûts de fonctionnement des autorités gouvernementales, du CNEL, des autorités indépendantes et des provinces » dispose ainsi que la grande majorité des collèges des autorités de régulation²⁰⁵³ - AEEG²⁰⁵⁴, ART, CONSOB, COVIP et IVASS - ne seront composés à l'avenir que de trois membres²⁰⁵⁵. Ce mouvement ne s'observe pas qu'en Italie. En France par exemple, la loi NOME du 7 décembre 2010 avait réduit drastiquement le nombre de membres du collège de la CRE de neuf à cinq avant de se stabiliser à hauteur de six membres²⁰⁵⁶. En Italie, on peut toutefois douter de l'impact à long terme du Décret-loi « Salva Italia ». Une proposition de loi intitulée « Dispositions relatives

²⁰⁵¹ A l'exception de quelques autorités, rares sont les collèges d'ARN composés de moins de trois membres.

²⁰⁵² Décret-loi n° 201, 6 décembre 2011, Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, op. cit..

²⁰⁵³ L'AGCOM fait ici office d'exception avec un collège de cinq membres : art. 23, al. 1, a) : « le collège passe de huit à quatre membres, exception faite du président ».

²⁰⁵⁴ La réduction de l'effectif est surprenante pour l'AEEG dans la mesure où la loi n° 239 du 23 Août 2004 relative à la réorganisation du secteur de l'énergie avait augmenté le nombre de membres de trois à cinq.

²⁰⁵⁵ Ces dispositions ne sont pas applicables aux membres qui étaient déjà nommés à la date d'entrée en vigueur du décret.

²⁰⁵⁶ Pour une observation critique de cette réduction de l'effectif de la CRE, voir : O. BEATRIX, « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, op. cit., p. 772 ; Dans son avis portant sur le projet de loi relatif au secteur de l'énergie de 2006, le sénateur Philippe Marini parlait quant à lui de « modification peu opportune de la composition de la CRE ». Voir : P. MARINI, Avis n° 7 présenté au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif au secteur de l'énergie, 4 octobre 2006, p. 34.

aux autorités indépendantes » déposée devant le Sénat italien²⁰⁵⁷ prévoit par exemple à son article 6 que les collèges de toutes les autorités de régulation doivent être composés de cinq membres. Qui plus est, le nombre de commissaires de la CONSOB a déjà été refixé à cinq depuis 2014²⁰⁵⁸.

Il n'est par ailleurs pas toujours opportun de se fier à l'effectif des collèges décisionnels pour en mesurer l'indépendance. En Allemagne par exemple, le collège restreint de la BNetzA composé de trois membres ne décide pas seul des orientations. Contrairement à ses homologues européens, la BNetzA n'est pas organisée autour d'un collège mais autour de nombreux services et formations qui délivrent des injonctions ou prononcent des sanctions²⁰⁵⁹. Pour tous les secteurs à l'exception de celui des transports ferroviaires, ce sont les neuf chambres décisionnelles (beschlusskammern) qui prennent collégalement les décisions en matière de régulation. Cette situation est assez rare en Europe. Qu'il s'agisse d'autorités sectorielles ou multisectorielles, de nature économique ou financière, la quasi totalité des autorités de régulation nationales sont organisées autour de deux schémas. Le premier s'articule autour d'un unique collège décisionnel, accompagné d'une commission de sanctions, de comités consultatifs et d'une administration qui lui est subordonnée afin de respecter certaines règles procédurales dans le cadre de l'utilisation de leurs pouvoirs de sanction²⁰⁶⁰. Le second schéma s'articule autour de deux organes principaux, un comité exécutif et un comité de surveillance. Dans ce cas, la direction de l'autorité revient au comité exécutif qui possède l'essentiel des pouvoirs de réglementation et de sanction. L'organe de supervision est quant à lui chargée de la gestion financière de l'autorité ou a un rôle essentiellement consultatif. Dans le cadre de ce second schéma, c'est donc bien souvent l'effectif de l'organe de direction (le comité exécutif) qui doit être pris en considération pour l'évaluation de l'indépendance organique à travers le critère de collégialité.

²⁰⁵⁷ Proposition de loi n° S 997 du 6 août 2013 présenté par Linda Lanzillotta, Norme in materia di Autorità indipendenti, déposée au sénat le 4 février 2014. Pour le suivi de cette proposition de loi, voir : http://parlamento17.openpolis.it/singolo_atto/12751

²⁰⁵⁸ Art. 22 § 16 de la Loi n° 114 du 11 août 2014 Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari, G.U. n° 190, 18/08/2014.

²⁰⁵⁹ G. HERMES, « Les autorités administratives dépendantes et indépendantes - Un aperçu de l'administration fédérale », in G. MARCOU et J. MASING, *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit., p.122 ; J. WALTHER, « L'indépendance des autorités de régulation en Allemagne », op. cit., p. 697.

²⁰⁶⁰ Voir supra.

Enfin, il est important de noter les cas particuliers de certaines autorités de régulation économique et financière dont la collégialité peut être discutée. En Allemagne, l'organe principal de la BaFin, le directoire (Direktoriums), est composé d'un président et de quatre autres membres²⁰⁶¹. D'apparence collégiale²⁰⁶², cette structure est cependant organisée de manière hiérarchique, puisque « le président détermine l'orientation stratégique de l'Institut fédéral à l'échelle nationale et internationale en tant qu'autorité de surveillance financière »²⁰⁶³. La loi précise en effet que c'est « dans le cadre de ses instructions que les administrateurs et directeurs exécutifs sont responsables dans leur domaine de compétence ». Tout porte donc à croire que le président de la BaFin détermine seul certaines orientations de l'Institut fédéral de contrôle des prestations des services financiers allemand²⁰⁶⁴. Dans plusieurs pays scandinaves et d'Europe centrale²⁰⁶⁵, la concentration de nombreux pouvoirs aux mains des seuls présidents des autorités laisse également penser qu'un rapport hiérarchique fort existe entre celui-ci et les autres membres de l'autorité. Le décret d'application de la loi portant création de la FICORA précise ainsi que « le Directeur général (pääjohtajalta) est responsable de l'élaboration et de la gestion globale des opérations de FICORA et veille à ce que les tâches de l'Autorité de régulation des communications finlandaise soient effectuées de manière efficace et efficiente »²⁰⁶⁶. Les conséquences de cette position privilégiée sont importantes : le Directeur général peut déléguer à des « officiers subordonnés » (alaisensa virkamiehen) les tâches de régulation²⁰⁶⁷ mais il conserve seul la gestion du budget et du personnel.

²⁰⁶¹ §6, al. 1 du FinDAG.

²⁰⁶² §6, al. 2 du FinDAG : « le directoire prend ses décisions à la majorité de voix ».

²⁰⁶³ §6, al. 3 du FinDAG.

²⁰⁶⁴ A la vérité, les cas allemands de la BaFin et de la BNetzA sont particulièrement révélateurs du défaut d'indépendance dont peuvent jouir certaines autorités de régulation nationales. C'est surtout dans le cadre de l'analyse de l'indépendance fonctionnelle des ARN que ce défaut d'indépendance peut être mis en exergue. Le cas du Commissariat aux assurances luxembourgeois se rapproche de l'exemple allemand, en ce sens que si « la direction prend ses décisions en tant que collègue » (art. 11, al. 3 de la Loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances), il est néanmoins précisé que « le directeur est le supérieur hiérarchique » (art. 11, al. 2).

²⁰⁶⁵ On observe cette situation dans le cadre de la régulation des communications électroniques et de l'énergie en Pologne, où les régulateurs, l'UKE (*Urzędu Komunikacji Elektronicznej*) et l'URE (*Urząd Regulacji Energetyki*) sont organisés autour de leur président qui dirige et nomme les autres membres de l'autorité, et en Slovaquie, où les régulateurs des communications, le RÚ (*Úrad pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb*) et des transports, le DÚ (*Dopravný Úrad*) sont dirigés par un Président et un vice-Président.

²⁰⁶⁶ §6 du décret d'application du Gouvernement 60/2004.

²⁰⁶⁷ §3, al. 2 du décret d'application du Gouvernement 60/2004.

b. La compétence des membres

Comme le remarquait Aurore Laget-Annamayer en 2002²⁰⁶⁸, l'application de certaines contraintes pesant sur le choix des membres permet d'éviter deux écueils, deux voies extrêmes qui siéent mal aux autorités de régulation. Le premier est celui d'une institution corporatiste, composée de professionnels des secteurs régulés. Cette solution fait peser un fort risque d'impartialité et de conflit d'intérêts tant la proximité des membres avec le secteur régulé est importante. Le second est un choix traditionnel de l'administration, c'est à dire politique, qui correspond mal à l'objectif d'un régulateur indépendant des pouvoirs publics²⁰⁶⁹, et dont témoignaient par exemple les premières nominations très politisées au collège de l'autorité de régulation des télécommunications²⁰⁷⁰.

Il importe donc de déterminer avec précision le cadre dans lequel les nominations doivent avoir lieu, en privilégiant des experts aux compétences techniques, juridiques et économiques, non affiliés à des partis politiques mais également éloignés des opérateurs régulés²⁰⁷¹. Cet impératif n'est pas récent dans le secteur financier, comme en témoigne une réponse ministérielle, ancienne et connue, mais qui illustre toujours aussi bien cette difficulté : « la COB n'a pas vocation à représenter divers secteurs professionnels ou groupes d'intérêts ; C'est la réunion de personnalités indépendantes, choisies intuitu personae pour leur compétence dans les domaines financiers et juridiques, afin d'exercer au nom de l'Etat, une mission de contrôle. Il est nécessaire de maintenir ce critère de composition pour que les décisions, recommandations ou propositions de la Commission restent l'expression collégiale

²⁰⁶⁸ A. LAGET-ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité, op. cit., p. 325.

²⁰⁶⁹ La nouvelle loi portugaise approuvant le statut de l'ANACOM illustre bien cette crainte de la nomination politique. De manière tout à fait originale, l'article 18, al. 7 du Décret-loi n° 39/2015, du 16 mars 2015 Aprova os estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações dispose qu' « il ne peut pas se produire de nomination entre la convocation d'élections pour le Parlement ou la démission du gouvernement et l'investiture parlementaire du gouvernement nouvellement nommé », sauf pour des raisons urgentes. Dans ce cas, le nouveau Gouvernement devra valider cette nomination.

²⁰⁷⁰ Le Président de la République Jacques Chirac avait par exemple nommé Jean-Michel Hubert, ancien responsable des affaires économiques à la mairie de Paris, comme président de l'ART en 1996, et Yvon le Bar, son ancien conseiller technique à Matignon, un an plus tard. En qualité de président de l'Assemblée nationale, Laurent Fabius nomma Christian Bèle en 1999, son ancien conseiller technique pour les questions concernant l'éducation, la jeunesse et le sport. Quant au président du Sénat René Monory, il nomma en 1997 Roger Chinaud, ancien ministre délégué aux transports de 1986 à 1988.

²⁰⁷¹ C'est en ce sens que la compétence « fonde aussi la crédibilité de l'Autorité, c'est-à-dire son indépendance et sa puissance, ces trois qualités étant intimement liées » ; M-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 70.

de l'intérêt général. Dans l'exercice de sa mission, la commission garde un étroit contact avec l'ensemble des organisations ou personnalités qu'intéresse le fonctionnement de la Bourse et des sociétés cotées, notamment les associations d'actionnaires et les clubs d'investissement »²⁰⁷². En conséquence, et comme le notait Marie-Anne Frison-Roche dans le rapport Gélard, l'idéal serait « que les personnes choisies pour entrer dans le collège et les personnes désignées comme président aient avant leur désignation des compétences requises »²⁰⁷³.

Dans l'UE, pèse-t-il alors sur les autorités détentrices du pouvoir de nomination des obligations liées à la compétence des membres des organes ? Pour les agences européennes, la compétence des directeurs des différents organes autres que les conseils est exigée. Pour l'ACRE, le directeur est désigné « en fonction de son mérite ainsi que de ses compétences et de son expérience pertinente dans le secteur de l'énergie »²⁰⁷⁴ et une expérience est requise dans le secteur de l'énergie pour les membres de la commission de recours²⁰⁷⁵. Pour les AES, le directeur est désigné « sur la base de ses qualifications, de ses compétences, de sa connaissance des acteurs des marchés financiers et des marchés financiers ainsi que de son expérience en matière de surveillance et de réglementation financière et de son expérience des fonctions d'encadrement »²⁰⁷⁶. Les membres de la commission de recours doivent également avoir « les connaissances requises et une expérience professionnelle, y compris en matière de surveillance, d'un niveau suffisamment élevé dans les domaines de la banque, de l'assurance, des pensions professionnelles, des marchés financiers et d'autres services financiers »²⁰⁷⁷.

A l'inverse, il n'existe en réalité que peu de contraintes de ce type à l'échelle nationale²⁰⁷⁸. La directive 2012/34/UE établissant un espace ferroviaire unique européen impose bien que les membres de l'autorité de contrôle soient « sélectionnés selon une procédure transparente, sur la base de leur mérite, y compris de compétences appropriées et d'une expérience pertinente, de préférence dans le domaine des industries ferroviaires ou de

²⁰⁷² Réponse ministérielle du 24 mars 1979 à la question posée par M. Georges Mesmin au ministre de l'économie, JO AN, 7 juillet 1979, p. 5980.

²⁰⁷³ M-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 70.

²⁰⁷⁴ Art. 16, §2 du règlement n° 713/2009.

²⁰⁷⁵ Art. 18 du règlement n° 713/2009.

²⁰⁷⁶ Art. 51, §2 des règlements instituant les AES.

²⁰⁷⁷ Art. 58, §2 des règlements instituant les AES.

²⁰⁷⁸ Cet état de fait se répercute d'ailleurs sur les conseils des agences européennes, dans la mesure où ceux-ci sont composés des représentants des régulateurs nationaux.

réseau »²⁰⁷⁹, mais cette obligation reste imprécise et cantonnée au secteur ferroviaire. Quant au secteur des communications électroniques, il est juste fait référence à ce que « les tâches assignées aux autorités réglementaires nationales dans la présente directive et dans les directives particulières [soient] accomplies par un organisme compétent »²⁰⁸⁰. En conséquence, et bien qu'elle constitue pour la Commission européenne un critère majeur afin d'évaluer le degré d'indépendance des ARN, l'origine des membres n'a jusqu'alors servi que dans le cadre d'une évaluation de l'indépendance à l'égard des secteurs régulés.

Les législateurs nationaux sont donc libres d'imposer ou non que les membres des ARN répondent à certains critères de compétences. Trois possibilités ont pu être observées. La première est celle de l'absence totale de qualification requise. Les lois instituant les autorités de régulation du Royaume-Uni, d'Allemagne²⁰⁸¹, du Luxembourg ne font par exemple aucune mention de qualifications nécessaires pour accéder aux postes de commissaires. La seconde est celle d'une référence peu précise. C'est le cas en Espagne pour la CNMC²⁰⁸² et en Italie pour la CONSOB et la COVIP²⁰⁸³. Au mieux, ces législations font mention des « tâches incombant au poste », comme aux Pays-Bas²⁰⁸⁴ ou au Portugal²⁰⁸⁵. Enfin, la dernière option qui garantit le mieux l'indépendance des collèges est celle de qualifications et de compétences liées aux secteurs sur lesquels porte l'activité de l'ARN. En Italie, les membres des collèges de l'AEEG, de l'AGCOM et de l'ART sont « des personnes aux compétences élevées et dont le professionnalisme est reconnu dans leur secteur », et en Espagne, les membres de la CNMV sont choisis « parmi les personnes d'une compétence reconnue dans les questions liées au marché boursier »²⁰⁸⁶. On peut d'ailleurs se réjouir que la France ait intégré cet impératif dans plusieurs de ses autorités de régulation en

²⁰⁷⁹ Art. 55 § 3 de la directive 2012/34/UE.

²⁰⁸⁰ Art. 3, § 1 de la directive 2002/21/CE.

²⁰⁸¹ Au mieux, le FinDAG impose aux membres de la BaFin « des qualifications professionnelles spécifiques » (§9, al. 1).

²⁰⁸² Art. 15, al. 1, Loi 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia : les commissaires sont nommés « parmi les personnes dont l'autorité et la compétence professionnelle sont reconnues ».

²⁰⁸³ Art. 1, al. 1 de la Loi n° 216 du 7 juin 1974 : les membres sont nommés « parmi des personnalités indépendantes ayant une compétence et une expérience spécifique et dont la morale est incontestée ».

²⁰⁸⁴ Art. 3, al. de la Loi du 28 Février 2013 fixant les règles relatives à la création de l'ACM: « la nomination aura lieu sur la base de l'expertise nécessaire pour mener à bien les tâches de l'autorité ainsi que sur la connaissance et l'expérience sociale ».

²⁰⁸⁵ Art. 18, al. 3 du Décret-loi n° 39/2015 du 16 mars 2015 : « les membres du conseil sont nommés parmi les personnes ayant l'autorité, la compétence technique, la capacité, l'expérience de travail et la formation appropriée pour mener à bien leurs fonctions ».

²⁰⁸⁶ Art. 7, al. 1 a) du Règlement intérieur de la CNMV (2013).

allant souvent encore plus loin dans les qualifications requises (ARCEP²⁰⁸⁷, ARAFER²⁰⁸⁸, AMF²⁰⁸⁹, ACPR²⁰⁹⁰ et CRE²⁰⁹¹). Parfois, les obligations qui pèsent sur les membres sont même plus élevées, comme pour les membres de l'IBPT²⁰⁹² et comme pour le directeur général de la FICORA, qui doit avoir « une maîtrise élevée et une bonne connaissance du secteur, ainsi qu'une expérience en matière de gestion et de leadership »²⁰⁹³, ou sur les président et vice-présidents du régulateur roumain des communications, l'ANCOM (*Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații*), pour lesquels la loi impose « cinq années d'expérience dans les communications »²⁰⁹⁴. Enfin, les compétences requises pour accéder au poste de président de la KNF, l'autorité polonaise des marchés financiers, semblent les plus strictes d'Europe, puisque celui-ci doit « avoir suivi un enseignement supérieur en droit ou en économie, posséder un savoir-faire dans le domaine de

²⁰⁸⁷ Art. L 130 CPCE : les membres de l'ARCEP sont « nommés en raison de leur qualification économique, juridique et technique, dans les domaines des communications électroniques, des postes et de l'économie des territoires ».

²⁰⁸⁸ Art. L 2132-1, al. 1 du code des transports : « le collège est composé de sept membres nommés par décret en raison de leurs compétences économiques, juridiques ou techniques dans le domaine ferroviaire, ou pour leur expertise en matière de concurrence, notamment dans le domaine des industries de réseau ».

²⁰⁸⁹ Neuf des membres de l'AMF sont « désignés à raison de leur compétence financière et juridique ainsi que de leur expérience en matière d'offre au public de titres financiers, d'admission d'instruments financiers aux négociations sur un marché réglementé et d'investissement de l'épargne dans des instruments financiers » (art. L 621-2, II, 7e CMF).

²⁰⁹⁰ Sont nommés au collège de l'ACPR, « un vice-président disposant d'une expérience en matière d'assurance et deux autres membres, tous trois choisis en fonction de leurs compétences en matière de protection des clientèles ou de techniques quantitatives et actuarielles ou dans d'autres matières utiles à l'exercice par l'Autorité de ses missions, (...) quatre membres choisis en raison de leurs compétences en matière d'assurance, de mutualité, de prévoyance ou de réassurance (...) et quatre membres choisis en raison de leurs compétences en matière d'opérations de banque, de services de paiement ou de services d'investissement » (art. L 612-5 CMF).

²⁰⁹¹ Art. L 132-2 du code de l'énergie : outre le président, « le collège comprend également : Un membre nommé (...) en raison de ses qualifications juridiques, économiques et techniques dans le domaine de la protection des données personnelles ; Un membre (...) en raison de ses qualifications juridiques, économiques et techniques dans le domaine des services publics locaux de l'énergie ; Un membre (...) en raison de ses qualifications juridiques, économiques et techniques dans les domaines de la protection des consommateurs d'énergie et de la lutte contre la précarité énergétique ; Un membre (...) en raison de ses qualifications juridiques, économiques et techniques dans les domaines de la maîtrise de la demande d'énergie et des énergies renouvelables ; Un membre (...) en raison de sa connaissance et de son expérience des zones non interconnectées ».

²⁰⁹² L'Arrêté royal fixant le statut, la rémunération et les devoirs du président et des membres du Conseil de l'IBPT dispose ainsi que « pour pouvoir être désigné à la fonction de membre du Conseil, le candidat doit en outre avoir une expérience professionnelle de cinq années au minimum dans le secteur des services postaux ou des télécommunications ou des radiocommunications, soit une expérience professionnelle dans ces trois secteurs qui ensemble totalise au minimum cinq années, soit une expérience professionnelle de cinq années au minimum en matière d'analyse économique (tant micro que macro économique) complétée d'une expérience en matière de négociations avec les organisations européennes ».

²⁰⁹³ §7, al. 2 du décret d'application du Gouvernement 60/2004 ».

²⁰⁹⁴ Art. 11, al. 3 a) de l'Ordonnance gouvernementale n° 22 du 11 mars 2009 privind înființarea Autorității Naționale pentru Administrare și Reglementare în Comunicații.

la supervision des marchés financiers et une expérience professionnelle acquise dans le cadre d'un emploi exercé pour les entités opérant sur les marchés financiers ou pour un autre organe de surveillance des marchés financiers, (...) avoir travaillé à un poste de direction pendant au moins trois ans, ne jamais avoir été condamné pour une infraction fiscale (...), jouir d'une réputation irréprochable et donner une garantie de performance dans les tâches qui lui sont confiées »²⁰⁹⁵.

Cette hétérogénéité entre les Etats membres mais également entre les autorités d'un même Etat impose enfin trois séries de remarques. D'abord, et alors même que des qualifications sont requises, il y a peu de cas en Europe où le respect de cet impératif peut être garanti. Le mode de désignation espagnol, qui impose des auditions devant les chambres afin de déterminer si les membres répondent aux exigences techniques et professionnelles, mériterait pour cette raison d'être diffusé dans les autres Etats membres. On imagine également que pour les ARN dont les membres sont désignés par une procédure de nomination concertée entre les pouvoirs exécutif et législatif, l'exigence de compétence a plus de chances d'être effective. A l'inverse, ce n'est pas parce qu'aucune obligation de qualification n'est mentionnée que les membres nommés n'ont pas les qualités requises pour siéger dans les collèges. En Allemagne et en Lettonie, les membres actuels de la BNetzA ou de la PUC sont par exemple tous des spécialistes et des experts des réseaux. Enfin, il est possible de constater que quelques pays ont légiféré sur la représentativité des membres au sein des collèges à raison de leur sexe²⁰⁹⁶. On y retrouve une référence en France, où la parité est imposée dans le collège de la CRE²⁰⁹⁷ et en principe dans celui de l'ARAFER²⁰⁹⁸. Le législateur portugais a récemment emboîté le pas du législateur français en précisant à propos de l'ANACOM que « la nomination du président du conseil d'administration doit assurer l'alternance du genre et de la mise à disposition des membres doit assurer une représentation

²⁰⁹⁵ Art. 7, §1 de la Loi du 1er juillet 2006 de supervision des marchés financiers.

²⁰⁹⁶ En Belgique, une référence similaire est faite à propos du gestionnaire du réseau d'électricité dont « le conseil d'administration est composé au moins d'un tiers de membres de l'autre sexe », mais il n'en est nullement fait mention à propos de la CREG (art. 9, §2 de la Loi modifiée du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité).

²⁰⁹⁷ L'article L 132-2 du code de l'énergie dispose que « la composition du collège respecte la parité entre les femmes et les hommes ».

²⁰⁹⁸ Art. L 2132-7, al 2 : « la composition du collège assure une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ».

minimum de 33% de chaque sexe »²⁰⁹⁹. Ce type de dispositions reste toutefois extrêmement rare²¹⁰⁰.

B. L'uniformisation progressive des règles d'indépendance liées à l'exercice du mandat

L'indépendance organique des membres des autorités de régulation est également garantie par les règles fixées pour l'exercice du mandat, tant par la durée du mandat et son renouvellement (1) que par son caractère irrévocable (2).

1. La durée du mandat et son renouvellement

S'agissant de la durée des fonctions des membres des collèges des régulateurs, on distingue habituellement en France deux types de mandats²¹⁰¹. Le premier est celui d'un mandat plutôt court, de l'ordre de quatre ou cinq ans, renouvelable, comme l'étaient ceux des membres de la Commission des opérations de bourse ou du Conseil des marchés financiers, et comme l'est celui de l'AMF. C'est également ce type de mandat court et renouvelable qui fut privilégié pour les organes nommés des agences européennes²¹⁰². Le second est celui d'un mandat plus long, de six ans, non renouvelable, que l'on retrouve dans toutes les autorités de régulation économique françaises. L'analyse des autorités de régulation en Europe montre que cette dichotomie est loin d'être évidente pour tous les régulateurs nationaux.

Depuis 2009, le droit dérivé impose pour les autorités nationales de régulation de l'énergie, « afin de protéger l'indépendance de l'autorité de régulation, [que] les États membres veillent notamment à ce que (...) les membres du conseil de l'autorité de régulation ou, en l'absence d'un conseil, les cadres supérieurs de l'autorité de régulation soient nommés pour une période déterminée comprise entre cinq et sept ans maximum, renouvelable une

²⁰⁹⁹ Art. 18, al. 9 du Décret-loi 39/2015 du 16 mars 2015.

²¹⁰⁰ Ces dispositions prennent le plus souvent forme dans un cadre législatif national, comme en France avec l'article 74 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

²¹⁰¹ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, op. cit., p. 319.

²¹⁰² Les mandats sont de cinq ans renouvelables pour les directeurs et les membres des commissions de recours de l'ACRE et des AES et de quatre ans pour les membres du conseil d'administration de l'ACRE. A l'inverse, il est de deux ans et demi pour les membres des conseils d'administration des AES, mais ces membres appartiennent tous aux conseils de surveillance (et donc des ARN), ce qui réduit l'impact d'un mandat aussi court.

fois »²¹⁰³. Nous savons que si cette exigence est limitée à l'industrie de l'électricité et du gaz, la note interprétative de la Commission relative aux deux directives électricité et gaz précise toutefois que « l'indépendance dans la nouvelle législation ne concerne pas seulement le secteur de l'électricité et du gaz », mais vise également à s'appliquer à terme à toutes les autres autorités de régulation économique²¹⁰⁴. En 2016, cet impératif a été largement intégré dans les législations nationales relatives aux autorités de régulation du secteur de l'énergie, mais également dans les secteurs des communications électroniques et du transport ferroviaire²¹⁰⁵. Des disparités importantes subsistent toutefois et concernent essentiellement le caractère renouvelable ou non du mandat. Alors qu'il est bien connu que la règle de non renouvellement de mandant « ne présente que des avantages à l'égard de l'exigence d'indépendance »²¹⁰⁶, on peut regretter que le non cumul du mandat n'ait pas été imposé par le droit dérivé. Sans doute est-ce lié au fait que la grande majorité des Etats membres autorisent encore les membres de leurs ARN à exercer au moins deux mandats.

Dans les services publics en réseaux, cette possibilité offerte par la note interprétative de 2010 d'exercer son mandat de cinq à quatorze ans (deux fois sept) n'impose en réalité que peu de contraintes aux Etats membres. Les directives 72/2009 et 73/2009 visent en fait plus à imposer une durée minimale pour les mandats des membres des collèges qu'à en limiter la durée maximale. Et c'est notamment sur le système britannique que cette durée minimale devrait peser le plus, dans la mesure où jusqu'alors, c'était au Secrétaire d'Etat de fixer la durée des mandats, ceux-ci ne pouvant excéder cinq ans²¹⁰⁷. Ainsi, si l'actuel Chairman de l'Ofgem David Gray a été nommé pour cinq ans en 2013, Patricia Hodgson, Chairman de

²¹⁰³ Art. 35, §5b de la directive 2009/72/CE.

²¹⁰⁴ Commission européenne, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, 22 janvier 2010, p. 6.

²¹⁰⁵ La directive 2012/34/UE ne fait pas mention de la durée des mandats des autorités de contrôle. Son article 55, al. 3 dispose juste que « les États membres décident si ces personnes sont nommées pour un mandat d'une durée déterminée et renouvelable, ou sur une base permanente ».

²¹⁰⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 71. Hubert Delzangles ajoutait à ce titre que « les commissaires se voient d'autant plus libres et indépendants dans leur prise de décision qu'ils savent, à l'avance, que leur mandat n'est pas renouvelable »; H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 298. Enfin, la durée du mandat et son caractère non renouvelable figurent par ailleurs parmi les critères retenus par les études précitées portant sur l'évaluation de l'indépendance des ARN.

²¹⁰⁷ Voir par exemple: Utilities Act, 2002, Annexe 1, §3, al. 1 : « An appointment of a person to hold office as chairman or other member shall be for a term not exceeding five years ». La législation danoise prévoit également que les membres de ses autorités de régulation de l'énergie, du transport et des marchés financiers sont nommés pour un mandat de quatre ans.

l'Ofcom, n'a qu'un mandat de trois ans. Si le cas britannique est tout à fait exceptionnel, il est difficile toutefois de tirer des enseignements généraux concernant la durée du mandat des commissaires et leur renouvellement. Certes, les Etats membres dans lesquels le mandat est de cinq ans ont tous prévu la possibilité d'un renouvellement. C'est le cas de la BNetzA, de l'Institut luxembourgeois de la régulation, de la FICORA ainsi que de plusieurs régulateurs d'Europe de l'est, comme les régulateurs de l'énergie polonais²¹⁰⁸, bulgare²¹⁰⁹ et roumain²¹¹⁰. Il n'existe pas en revanche de règles spécifiques concernant les législations nationales ayant prévu des mandats de six ans, puisque certains mandats sont renouvelables, comme en Belgique²¹¹¹, et d'autres non, comme en France. Enfin, les mandats de sept ans ou plus sont peu nombreux²¹¹², et à l'exception de quelques rares cas²¹¹³, le mandat n'est pas renouvelable.

Dans les secteurs financiers, l'absence de règles fixées à l'échelle de l'Union pourrait aboutir à une hétérogénéité encore plus prononcée que pour les régulateurs des secteurs économiques²¹¹⁴. On peut toutefois constater dans les mandats de la plupart des membres des autorités de régulation financière une certaine proximité avec ceux liés à la régulation des services publics en réseaux. Concernant les banques centrales nationales chargées de la supervision prudentielle, nous savons qu'elles respectent les règles fixées par les statuts du SEBC²¹¹⁵, ce qui garantit un mandat d'au moins cinq ans à chaque gouverneur. Il est intéressant de noter que plusieurs pays du sud de l'Europe se sont lancés sur la voie de l'harmonisation pour toutes leurs ARN. En France, le rapport Gélard avait déjà insisté en 2001 sur l'intérêt de prévoir un mandat long de six années non renouvelable²¹¹⁶. Ce type de mandat a été choisi pour les autorités de régulation économique (CSA, ARCEP, CRE, ARAFER), mais pas pour les autorités financières, ce que n'a pas manqué de relever un

²¹⁰⁸ *Urząd Regulacji Energetyki (URE).*

²¹⁰⁹ *Комисия за енергийно и водно регулиране (SEWRRC).*

²¹¹⁰ *Autoritatea Națională de Reglementare în domeniul Energiei (ANRE).*

²¹¹¹ Les membres de l'IBPT, de la CREG et du Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles National sont tous nommés pour un mandat de six ans renouvelable.

²¹¹² Le directeur de la NMHH, le régulateur des communications hongrois, est nommé par exemple pour neuf ans. Art. 110 de la Loi 2010/CLXXXV sur les services des médias et des télécommunications.

²¹¹³ Citons notamment le cas des présidents du régulateur multisectoriel néerlandais, l'ACM, et de la MEKH, l'autorité hongroise de régulation de l'énergie. Le cas du régulateur maltais de l'énergie est plus original, puisque la loi du 31 juillet 2015 précise que les membres du REWS sont au nombre de cinq à sept et sont nommés pour une durée de cinq à sept ans.

²¹¹⁴ Plusieurs mandats sont de quatre années, et certains peuvent monter jusqu'à huit ans, comme pour les membres de la BaFin. Voir FINDAG, §9, al. 1. Pour la plupart des autorités de régulation financière toutefois, la durée du mandat est comprise entre cinq et sept ans, comme pour les régulateurs économiques.

²¹¹⁵ Ces statuts s'imposent à toutes les BCN, y compris celles des Etats n'ayant pas adopté l'euro.

²¹¹⁶ P. GELARD, Rapport n° 404 (Sénat) et n° 3166 (AN) sur les autorités administratives indépendantes, op. cit., p. 108.

auteur au cours d'une étude comparée des régulateurs européens²¹¹⁷. Les membres des collèges de l'AMF et de l'ACP sont ainsi nommés pour un mandat de cinq ans, renouvelable²¹¹⁸, ce qui les fait coïncider avec les cycles politiques.

En Espagne, la loi 3/2013 instituant la CNMC prévoit que les membres du collège de l'autorité sont nommés pour un mandat de six ans non renouvelable²¹¹⁹. Si ce type de mandat n'a pas été élargi aux autorités de régulation financière, c'est uniquement parce que la réforme voulue en 2008 a pris du retard en Espagne²¹²⁰. Un ancien président de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Manuel Conthe, avait d'ailleurs insisté sur l'importance de détacher le mandat des cycles électoraux²¹²¹. Le projet de réforme de supervision financière évoqué précédemment qui visait à transformer le système actuel en système de supervision par objectifs prévoyait ainsi un changement du type de mandat de la CNMV en passant d'un mandat de quatre ans renouvelable à un mandat unique de six ans, comme l'est celui des membres de la Banque d'Espagne. Le président de la CNMV Julio Segura expliquait ainsi à l'époque que « le renouvellement du mandat allait à l'encontre de la logique d'indépendance de l'autorité »²¹²².

A l'inverse, l'harmonisation des règles relatives aux mandats des autorités de régulation économique et financière a pris forme en Italie et au Portugal. En Italie, les législations portant sur les autorités de régulation économique ont toujours prévu un mandat long et non renouvelable. Ce mandat est fixé à sept ans par la loi de 1995 relative à l'AEEG²¹²³, et les lois relatives à l'AGCOM²¹²⁴ et à l'ART²¹²⁵ y font expressément référence. Pour les autorités de régulation financière, l'hétérogénéité est longtemps restée forte, mais le législateur a récemment pris conscience de l'importance d'une durée longue pour garantir

²¹¹⁷ J.-P. KOVAR, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », *op. cit.*, p. 661. L'auteur relève que « le caractère non renouvelable du mandat éviterait que l'échéance du renouvellement suscite la tentation de comportements de complaisance de la part des membres des autorités de régulation économique et financière ».

²¹¹⁸ Seul le président de l'AMF a un mandat non renouvelable.

²¹¹⁹ Art. 15, al. 2 Ley 3/2013.

²¹²⁰ Voir, *supra*.

²¹²¹ C. SANCHEZ, « La aspiración defendida por Manuel Conthe de desligar la renovación de la CNMV de los ciclos electorales », *Cinco Dias*, 28/05/2008.

²¹²² N. RODRIGO PALACIOS, « PSOE y PP reformarán la supervisión de la banca y los mercados », *Cinco Dias*, 03/03/2008.

²¹²³ Art. 2, al. 8 de la loi n° 481 de 14 novembre 1995.

²¹²⁴ L'article 1 de la Loi n° 249 du 31 juillet 1997 renvoie à la loi de 1995.

²¹²⁵ Art. 37, 1-ter du décret-loi n° 201 du 6 décembre 2011.

l'indépendance des collèges²¹²⁶. La loi a ainsi augmenté la durée du mandat des membres de la CONSOB de cinq ans à sept ans, en interdisant désormais leur renouvellement²¹²⁷, avant que le décret-loi de 2011 n'interdise tout renouvellement des mandats des membres des AAI italiennes²¹²⁸. Au Portugal, le législateur est allé encore plus loin puisque la loi-cadre relative aux « organes administratifs indépendants exerçant les fonctions de régulation de l'activité économique des secteurs privés, publics et coopératifs »²¹²⁹ a fixé le régime des membres des ARN durant leur mandat. Son article 20 dispose ainsi que « la durée du mandat des conseils est de six ans et n'est pas renouvelable ». Le mandat de six ans non renouvelable, qui existait déjà pour certaines autorités de régulation²¹³⁰, a donc été élargi à toutes les autorités de régulation économique et financière²¹³¹. Ce genre d'harmonisation pourrait servir d'exemple et attirer l'attention d'autres Etats membres qui ont jusqu'alors hésité à faire cet effort de rationalisation.

Enfin, depuis les directives 72/2009/CE et 73/2009/CE et la note interprétative de la Commission, les Etats membres sont conviés à imposer un renouvellement périodique des membres de leurs ARN afin d'éviter que les collèges soient renouvelés dans leur entier tous les cinq, six ou sept ans²¹³². La Commission européenne invite ainsi « les États membres [à veiller] à un système approprié de rotation pour le conseil ou les cadres supérieurs (...). Cela signifie que la date de fin de la durée du mandat des membres du conseil d'administration ne peut pas être la même pour tous les membres. Cela peut être le cas lorsque le mandat de la moitié des membres du conseil se termine à mi-chemin du mandat des membres du conseil

²¹²⁶ F. MARTUCCI, « L'indépendance des autorités de régulation en Italie », op. cit., p. 661.

²¹²⁷ Art. 47-quarter de la loi n° 31 du 28 février 2008, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria, GU n° 51 del 29/02/2008.

²¹²⁸ Décret-loi n° 201 du 6 décembre 2011, op. cit.

²¹²⁹ Loi-cadre n° 67/2013 du 28 août 2013, das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, DR n° 165, Série I, 28/8/2013.

²¹³⁰ Pour l'ERSE (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos), art. 28, al. 5 du Statut de l'ERSE, approuvé par le Décret-loi n° 97/2002 du 12 avril 2002, et modifié par l'article 2 du Décret-loi n° 84/2013 du 25 juin 2013 (DR n° 120, Série I 28/6/2013).

²¹³¹ Pour l'ASF (Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões), art. 13 du Décret-loi n° 1/2015 du 6 janvier 2015 Altera a designação do Instituto de Seguros de Portugal para Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões e aprova os estatutos desta entidade ; Pour la CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários), l'art. 11 du Décret-loi n° 5/2015 du 8 janvier 2015 estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários ; Pour l'ANACOM, at. 18, al. 3 du Décret-loi n° 39/2015 du mars 2015, op. cit.

²¹³² Art. 35, § 5 de la directive 2009/72/CE : « les États membres assurent un système approprié de rotation pour le conseil ou les cadres supérieurs ».

restants »²¹³³. Ce renouvellement par moitié ou par tiers présente plusieurs avantages, et permet aux autorités de nomination d'exercer ce pouvoir même quand la durée du mandat des membres des ARN est supérieure à une législature. En France par exemple, un renouvellement complet des collègues tous les six ans interdirait à une législature sur six de procéder à des nominations. Le renouvellement périodique assure par ailleurs une certaine ouverture de l'organe de régulation, tout en garantissant la continuité des décisions et en évitant les recompositions brutales du collège. Pierre-Henri Conac l'analysait déjà de la sorte pour les membres de l'AMF²¹³⁴, et estimait qu'un tel renouvellement constituait une garantie importante de l'indépendance et de l'efficacité de l'autorité : « cet étagement est positif car il devrait permettre aux nouveaux membres de bénéficier lors des réunions du collège de l'expérience des anciens. Les évolutions seront donc lissées assurant une meilleure prévisibilité de la règle de droit »²¹³⁵. Le même argument était également invoqué en 2001 par le Professeur Frison-Roche qui notait que les ARN « doivent bénéficier de la présence de personnes qui incarnent la "mémoire" de l'institution, notamment parce qu'il s'agit de maintenir la permanence d'une certaine doctrine, permanence requise pour la sécurité juridique »²¹³⁶.

Quelques rares régulateurs ont déjà prévu un renouvellement périodique des membres de leurs organes. Pour l'ACRE, l'UE a prévu par exemple que la moitié des membres du conseil d'administration sont nommés pour six ans la première fois, de telle sorte qu'un renouvellement par moitié tous les deux ans est acté²¹³⁷. A l'échelle des ARN, la France est là encore un bon modèle d'exportation. Les autorités de régulation françaises font en effet figure d'exemple dans la mesure où des renouvellements périodiques sont prévus depuis longtemps²¹³⁸. La majorité des collèges des ARN françaises sont donc renouvelés par moitié ou par tiers. Outre l'AMF, c'est le cas de la CRE²¹³⁹, de l'ARCEP²¹⁴⁰ et de l'ARAF²¹⁴¹. En

²¹³³ Commission européenne, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, 22 janvier 2010, p. 11.

²¹³⁴ Art. L 621-2, II, du CMF : « Selon des modalités définies par décret en Conseil d'Etat, le collège est renouvelé par moitié tous les trente mois ».

²¹³⁵ P-H. CONAC, « Création de l'autorité des marchés financiers (AMF) », RDBF n° 5, Sept. 2003, p. 201.

²¹³⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 71.

²¹³⁷ Art. 12, §1 du règlement n° 713/2009.

²¹³⁸ Voir : art. 4 de la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, op. cit. Ce type de renouvellement est également ancien pour l'ART (ancien article L 36-1 du CPT) .

²¹³⁹ Art. L 132-2 du code de l'énergie : « Le collège est renouvelé par tiers tous les deux ans ».

Europe, peu de législations nationales imposent toutefois un tel système de rotation à l'heure actuelle. Le décret-loi n° 39/2015 réformant l'ANACOM aborde le sujet du renouvellement en interdisant simplement les nominations simultanées et en imposant un délai entre deux d'entre elles : « en cas de nomination simultanée de deux ou plusieurs membres du conseil d'administration, la durée des mandats respectifs peut ne pas coïncider et doit différer entre elles d'au moins six mois, même si pour ce faire il faut limiter la durée d'un ou de plusieurs mandats »²¹⁴². En Espagne, l'expérience de la Comisión Nacional de Energía, dont les statuts prévoyaient un renouvellement partiel de ses membres tous les trois ans²¹⁴³, a été reprise et aménagée par la Loi 3/2013 qui dispose que « le renouvellement des membres du Conseil est partiellement fait tous les deux ans »²¹⁴⁴, mais il n'est pas précisé le nombre de membres impliqués dans cette rotation. La CNMC étant composée d'un président et de neuf membres, on peut toutefois imaginer une rotation pesant sur trois sièges tous les deux ans. Quelques autres pays ont également intégré le système de rotation souhaité par la Commission, comme en Slovaquie, où la loi n° 250/2012 sur la régulation des industries de réseaux impose un renouvellement du collège de l'URSO (régulateur du secteur de l'énergie) par tiers tous les deux ans²¹⁴⁵.

2. L'irrévocabilité des membres des ARN

La garantie d'inamovibilité des membres des autorités de régulation pendant la durée de leur mandat suppose que les membres des collèges ne soient pas librement révocables par les autorités en charge de leur nomination. Elle n'est donc plus située dans les règles d'accès à la fonction, mais dans celles de maintien dans celle-ci²¹⁴⁶. Puisqu'elle leur apporte « une certaine sérénité et la garantie qu'[ils pourront] travailler en toute indépendance sans craindre,

²¹⁴⁰ Art. L 130 CPCE : « Les membres de l'autorité nommés par décret sont renouvelés par tiers tous les deux ans ».

²¹⁴¹ Art. L 2132-4 du code des transports : « A l'exception du président, les membres du collège sont renouvelés par tiers tous les deux ans ».

²¹⁴² Art. 18, al. 6 du Décret-loi n° 39/2015.

²¹⁴³ Disposition additionnelle n° 11, al. 4, 4) de la Loi 34/1998 du 7 octobre 1998 del sector de hidrocarburos. La disposition ajoutait que « le renouvellement pouvait concerner quatre à cinq membres le cas échéant ».

²¹⁴⁴ Art. 15, al. 2 de Loi 3/2013.

²¹⁴⁵ Section 7, al. 4 de la Loi n° 250/2012 du 31 juillet 2012 sur la régulation des industries de réseaux (o regulácii v sieťových odvetviach)

²¹⁴⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 69.

de la part du politique (...), de quelconques représailles »²¹⁴⁷, leur inamovibilité est la meilleure garantie de leur indépendance à l'égard du pouvoir politique.

En réalité, aucun des membres des ARN n'est inamovible, puisque certaines causes de révocation objectives, c'est à dire non liée au comportement du commissaire, permettent toujours de mettre fin au mandat²¹⁴⁸. C'est le cas par exemple de l'incapacité permanente ou pour une durée importante, de la condamnation pénale ou du non respect des règles d'incompatibilités. En revanche, une vraie difficulté subsiste pour les causes de révocation dites subjectives qui laissent un pouvoir d'appréciation souvent élevé aux mains des autorités chargées de la révocation.

Dans les secteurs des réseaux, les directives de 2009 et 2012 imposent aux Etats membres de prévoir dans leur droit national les conditions de révocation des membres des ARN de l'énergie, des communications électroniques et du transport ferroviaire. La directive 2002/21/CE telle que modifiée par la directive 2009/140/CE dispose ainsi que « les États membres veillent à ce que le chef d'une autorité réglementaire nationale visée au premier alinéa ou son remplaçant ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction au sein de l'autorité réglementaire nationale ou leurs remplaçants ne puissent être congédiés que s'ils ne remplissent plus les conditions requises pour exercer leurs fonctions, préalablement définies en droit national »²¹⁴⁹. Le droit dérivé n'interdit donc pas la révocation des membres, mais impose d'établir préalablement des règles concernant les motifs de révocation²¹⁵⁰. Les directives « énergie »²¹⁵¹ et « rail »²¹⁵² abordent la question de la révocation des commissaires sous des formules différentes mais qui aboutissent à la même

²¹⁴⁷ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 310.

²¹⁴⁸ Un panorama des causes objectives de révocation est donné par l'article 20 de Loi-cadre portugaise n° 67/2013 : « a) Décès ou incapacité physique ou mentale permanente ou pour une période [importante], b) Démission, par déclaration écrite soumise au ministre compétent; c) Survenance d'une incompatibilité ; d) Condamnation par un jugement définitif pour crime ; e) Emprisonnement (...) et g) Cessation de l'autorité de régulation ».

²¹⁴⁹ Art. 3, §3 bis de la directive 2002/21/CE.

²¹⁵⁰ Cons. 13 de la directive 2009/140/CE : « À cette fin, il convient d'établir préalablement des règles concernant les motifs de congédiement du chef de l'autorité réglementaire nationale afin de dissiper tout doute raisonnable quant à la neutralité de cet organisme et à son imperméabilité aux facteurs extérieurs ».

²¹⁵¹ Art. 35, § 5 de la directive 2009/72/CE : « les membres du conseil ou, en l'absence d'un conseil, les cadres supérieurs ne peuvent être démis de leurs fonctions au cours de leur mandat que s'ils ne satisfont plus aux conditions fixées par le présent article ou ont commis une faute selon le droit national ».

²¹⁵² Art. 55 §3 de la directive 2012/34/UE : Le statut des membres de l'autorité de régulation « permet le licenciement que pour motif disciplinaire, non lié aux décisions qu'elles prennent ».

obligation : éviter les révocations discrétionnaires en liant celles-ci à des règles préétablies. En conséquence, les Etats membres doivent prévoir les règles de révocation des commissaires dans leur droit national, mais rien ne leur interdit de prévoir des causes subjectives de révocation, pour « faute », « manquement grave » ou « mauvaise conduite ».

Parfois, ces causes de révocation sont extrêmement imprécises, comme au Royaume-Uni, où les membres de l'Ofcom²¹⁵³ et de l'Ofgem²¹⁵⁴ peuvent être révoqués par le Secrétaire d'Etat s'ils sont « incapables ou inaptes à exercer leurs fonctions » ou s'ils se sont rendus coupables de « mauvaise conduite » (misbehaviour). On retrouve cette imprécision dans le texte de la loi de 2005 portant organisation de l'Institut luxembourgeois de la régulation, qui dispose à son article 11 que « pendant la durée de leur mandat, les membres de la direction ne peuvent être suspendus, révoqués ou déplacés qu'en cas d'infirmité ou d'inconduite ». Aux Pays-Bas également, la loi instituant l'ACM²¹⁵⁵ renvoie expressément aux règles régissant l'ensemble des « organes administratifs indépendants », qui indiquent que les membres de ces autorités peuvent être suspendues ou révoquées pour inaptitude mais aussi pour « incompetence » ou « pour toute autre raison grave se rapportant à la personne de l'intéressé »²¹⁵⁶.

Le plus souvent toutefois, les causes subjectives font référence à des « manquements » ou « fautes ». S'il est possible d'y voir ici une gradation dans le motif de révocation, il est tout autant difficile de déterminer avec précision dans quelles circonstances la révocation est envisageable, ce qui ne garantit pas l'indépendance des commissaires²¹⁵⁷. En Allemagne par exemple, la révocation des membres de la BNetzA est autorisée « pour motif valable »²¹⁵⁸ (wichtigem Grund). Le texte de l'article vient toutefois préciser que ce motif valable n'existe que lorsque le membre « ne remplit plus les conditions requises pour l'exercice de ses fonctions, en particulier si il ou elle a commis une faute grave ». Ce serait donc en fonction de la gravité de la faute que les commissaires pourraient se voir révoquer. En France, on retrouve une formulation similaire puisqu'il peut être mis en fin au mandat des

²¹⁵³ §2, al. 4 de l'annexe de l'Office of Communications Act 2002.

²¹⁵⁴ §3, al. 2 de l'annexe 1 de l'Utilities Act 2000.

²¹⁵⁵ Art. 3 de la loi du 28 février 2013 instituant l'ACM.

²¹⁵⁶ Art. 12, §2 de la loi-cadre du 2 novembre 2006 fixant les règles régissant les organes administratifs indépendants.

²¹⁵⁷ Les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE permettent ainsi que les membres des ARN soient démis de leur fonction s'ils « ont commis une faute selon le droit national ».

²¹⁵⁸ §4, al. 5 du BNetzAG.

membres de la CRE et de l'ARAFER en cas de « manquement grave à [leurs] obligations »²¹⁵⁹.

En Espagne, les lois relatives aux secteurs des télécommunications²¹⁶⁰ et des hydrocarbures²¹⁶¹ prévoyaient plusieurs possibilités de révocation des commissaires portant également atteinte à l'indépendance de ces derniers à l'égard du pouvoir politique. La loi 32/2003 prévoyait ainsi que le président et le vice-président cesseraient d'exercer leur fonction par démission acceptée par le gouvernement, à l'expiration de leur mandat ou par révocation approuvée par le Gouvernement, après l'ouverture d'une procédure par le ministre des Sciences et des Technologies, en raison d'une incapacité permanente, d'une condamnation pour crime, d'un manquement aux règles d'incompatibilité et, comme en France, en cas de « manquement grave à leurs obligations »²¹⁶². Dans le même esprit, la loi 34/1998 prévoyait que les commissaires devaient cesser leurs fonctions à l'expiration de leur mandat, à leur démission, en cas d'invalidité permanente, de manquement aux règles d'incompatibilité et à la suite d'une condamnation pour crime, mais l'article ajoutait que le Gouvernement pouvait révoquer les commissaires pour « violation grave de leurs obligations »²¹⁶³ à la suite d'une demande motivée du ministre de l'Industrie et de l'Energie. Cette disposition cadrait mal avec une indépendance des régulateurs à l'égard du pouvoir politique, entretenant l'éventualité de révocations discrétionnaires et arbitraires des commissaires de la CNE et de la CMT. La LES ne changea rien à ces dispositions, puisqu'outre les raisons habituellement invoquées pour mettre fin au mandat²¹⁶⁴, la formule choisie en 2011 est celle d'une révocation possible pour « manquement grave à leurs devoirs »²¹⁶⁵. L'occasion était belle en 2013 de modifier cet article afin de respecter le texte des directives de 2009 et 2012, mais le législateur décida une fois encore de ne rien changer à cette formulation, puisque l'article 23 §1 de la loi reprend textuellement le contenu de l'article 16 de la LES. Pour Pilar Navarro Rodríguez, « le Gouvernement a raté une occasion d'améliorer sérieusement l'indépendance des

²¹⁵⁹ Art. L 132-5 du code de l'énergie et art. L 2132-8 du code des transports.

²¹⁶⁰ Loi 32/2003, du 3 novembre 2003, General de Telecomunicaciones, BOE n 264 de 04/11/2003.

²¹⁶¹ Loi 34/1998, du 7 octobre 1998, del sector de hidrocarburos, BOE n° 241, de 08/10/1998.

²¹⁶² Art. 48, al. 8 de la loi n 32/2003.

²¹⁶³ Disposition additionnelle n°11, al. 5 de la loi n° 34/1998.

²¹⁶⁴ Cessation du mandat à l'expiration de celui-ci, en cas de démission acceptée par le gouvernement, en cas d'incompatibilité, après avoir été reconnu coupable d'un crime, en cas d'invalidité permanente, en cas de manquement à une obligation d'incompatibilité, en cas de conflit d'intérêt et de manquement à une obligation de confidentialité.

²¹⁶⁵ Art. 16, f) de la loi n° 2/2011.

commissaires, de sorte telle qu'en pratique, aucun progrès n'est perceptible dans l'étendue de l'indépendance de la nouvelle autorité à l'égard de l'exécutif »²¹⁶⁶.

Au Portugal, la loi-cadre de 2013 portant sur les organes administratifs indépendants exerçant des activités de régulation est venue préciser ce qu'il faut entendre par « faute grave » en droit portugais²¹⁶⁷. Sont des fautes graves : le non-respect des normes prises par l'autorité de régulation, le non-respect des obligations de transparence et d'information dans le cadre de l'activité de l'autorité, la violation grave et répétée du devoir de réserve et un défaut injustifié dans le « plan des affaires » ou le budget de l'autorité. Cette initiative est intéressante dans la mesure où, une fois détaillées, ces causes de révocation peuvent s'apparenter en réalité à des causes objectives, ce qui interdit les révocations discrétionnaires fondées sur des fautes ou manquements graves dont le contenu est fortement imprécis. Afin de garantir leur indépendance, la Commission européenne est d'ailleurs vigilante sur ce point et veille à ce que les membres des ARN ne puissent pas être révoqués discrétionnairement ou pour des raisons de convenance politique. Les procédures d'infraction ouvertes ces dernières années à l'encontre de pays dont les membres des ARN ont été révoqués avant la fin de leur mandat pour des raisons politiques ou injustifiées illustrent cette vigilance.

L'une d'elles a par exemple concerné le déficit d'indépendance de l'autorité de régulation des télécommunications slovaque au cours de l'année 2009. Le 4 décembre 2008, le Parlement slovaque, sur proposition du Gouvernement, avait révoqué le président de la TÚSR pour des motifs d'incompétence. Le Gouvernement avançait l'argument selon lequel l'autorité de régulation n'avait pas rempli sa mission conformément au cadre législatif national et aux objectifs et principes de la politique nationale en matière de communications électroniques lors d'un appel d'offres concernant les fréquences numériques hertziennes. A l'occasion de l'ouverture de la procédure d'infraction, Viviane Reding, membre de la Commission européenne responsable des télécommunications, s'inquiétait des pouvoirs discrétionnaires dont disposaient le Gouvernement et le Parlement leur permettant de

²¹⁶⁶ P. NAVARRO RODRÍGUEZ, « La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia », op. cit., p. 49.

²¹⁶⁷ Art. 20, §5 de la Loi-cadre n° 67/2013 : outre les causes objectives vues précédemment, l'article prévoit au point f) le licenciement de ses membres pour faute grave.

révoquer le président de l'ARN²¹⁶⁸. Pour satisfaire aux exigences d'indépendance des membres de son régulateur, le Parlement slovaque fut donc contraint de modifier sa législation au cours de l'année 2011. La loi du 14 septembre 2011 sur les télécommunications électroniques ne prévoit désormais, outre les causes objectives²¹⁶⁹, que trois hypothèses de licenciement : la condamnation pour crime, l'incapacité et l'absence pendant plus de six mois²¹⁷⁰.

Une autre procédure d'infraction fut ouverte quelques mois plus tard dans des circonstances similaires liées aux conditions de révocation des membres de l'autorité de régulation roumaine des télécommunications. Le Président roumain avait en août 2008 décidé de remplacer sans justification le président de l'autorité de régulation des télécommunications. Un mois plus tard, la Cour d'appel de Bucarest avait rendu un arrêt suspendant cette décision et à la suite duquel le président aurait dû être rétabli dans sa fonction. Cependant, l'arrêt de la Cour n'a jamais été appliqué car le gouvernement roumain avait adopté, le jour même où cet arrêt avait été rendu public, une législation d'urgence afin de restructurer et de rebaptiser le régulateur national, et de nommer à sa tête un nouveau président, vidant l'arrêt de la Cour de ses effets. En janvier 2009, la Commission européenne ouvrit donc une procédure d'infraction à l'encontre de la Roumanie²¹⁷¹ qui finit par aboutir à une modification de la législation roumaine. L'Ordonnance n° 22/2009 instituant l'ANCOM fut modifiée et les causes de révocation sont désormais encadrées strictement : le mandat des commissaires ne peut prendre fin que a) en cas d'impossibilité de remplir le mandat pour plus de cent-quarante jours consécutifs ; b) en cas de condamnation pénale délivrée par un jugement définitif ; c) en cas de non-respect des règles d'incompatibilités pendant une durée de plus de trois mois ; d) par la démission ; e) par le décès ; f) à l'expiration du mandat²¹⁷².

Si la Commission n'interdit pas formellement que ce type de clause subjective soit prévue dans les règles instituant les ARN, elle reste donc vigilante quant à l'utilisation qui en

²¹⁶⁸ Commission européenne, Communiqué de presse, Indépendance des autorités réglementaires des télécommunications : la Commission ouvre une procédure d'infraction à l'encontre de la Slovaquie, IP/09/775, 14/05/2009.

²¹⁶⁹ Loi n° 351/2011 du 14 septembre 2011 sur les télécommunications électroniques (o elektronických komunikáciách), Section 7, §7 : expiration du mandat, démission, décès ou disparition de l'autorité.

²¹⁷⁰ Ibid., Section 7, §9.

²¹⁷¹ Commission européenne, Communiqué de presse, Télécommunications: la Commission ouvre une procédure d'infraction à l'encontre de la Roumanie à propos de l'indépendance du régulateur, IP/09/165, 29/01/2009.

²¹⁷² Art. 11, §5 de l'Ordonnance n° 22/2009 instituant l'ANCOM, modifiée par la loi n° 113/2010.

est faite. Il est pour cette raison intéressant de constater que plusieurs Etats ont pris la pleine mesure de cette atteinte à l'indépendance des commissaires que constituent les causes de révocation subjectives. Outre les exemples slovaques et roumains mentionnés précédemment²¹⁷³, les cas de la CREG en Belgique²¹⁷⁴ ou de la NMHH en Hongrie²¹⁷⁵ montrent que seules des causes objectives peuvent être prévues. A l'exception des règles habituelles liées à une incapacité pour maladie prolongée, la mise en jeu de la responsabilité pénale et le non respect du régime d'incompatibilités, les membres de la PUC ne peuvent pas non plus être démis de leurs fonctions durant leur mandat. Une affaire retentissante en Lettonie qui opposa à ce sujet en 2009 la présidente de l'autorité de régulation Valentina Andrejeva au ministre de l'économie Artis Kampars illustre bien l'indépendance dont peuvent jouir les membres de l'autorité de régulation lettone en la matière. Madame Andrejeva faisait à l'époque l'objet d'une enquête de l'administration fiscale à propos de prêts litigieux et de lourdes dettes de jeu²¹⁷⁶. N'entrant ni dans les causes de révocation objectives, ni dans celles liées aux conflits d'intérêts, le mandat de la présidente de la PUC alla à son terme jusqu'en 2011 sans qu'elle soit contrainte de quitter son poste, ce malgré le souhait du ministre²¹⁷⁷.

Enfin, concernant la régulation prudentielle des banques exercée par les banques centrales nationales, il existe une garantie commune à tous les Etats membres en matière d'inamovibilité, celle de l'article 14 des statuts du SEBC qui dispose qu'« un gouverneur ne peut être relevé de ses fonctions que s'il ne remplit plus les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions ou s'il a commis une faute grave ». Cette garantie est d'ailleurs étendue aux

²¹⁷³ Les lois instituant les régulateurs de l'énergie en Roumanie (ANRE) et en Slovaquie (URSO) reprennent mot pour mot les conditions de révocation prévues dans les lois de leurs homologues des communications.

²¹⁷⁴ Art. 24, §2 bis de La loi de 1999 : « il peut être mis fin au mandat du président, de l'un ou des membres du comité de direction de la commission responsables d'une des infractions suivantes : - la violation des conditions d'indépendance prévues par la présente loi et par la loi du 12 avril 1965 concernant le transport de produits gazeux et autres par canalisations, ainsi que par les arrêtés pris en exécution de ces lois; - la violation, dans l'exercice de leurs mandats, de toutes autres clauses légales et réglementaires applicables au président et/ou aux membres du comité de direction en vertu de la présente loi ».

²¹⁷⁵ § 8, al. 1 de la Loi 2013/XXII instituant l'autorité hongroise de régulation de l'énergie et des services publics (*a Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatalról*) : « le mandat prend fin : a) à son terme ; b) au décès ; c) à la démission ; d) au licenciement ». L'alinéa 3 précise que « le Premier ministre, après motivation, conformément à la loi sur les fonctionnaires, peut licencier : a) s'il n'est pas mis fin à un conflit d'intérêts dans les trente jours ; b) à la date d'un jugement pénal définitif entraînant l'emprisonnement ; c) en cas d'incapacité et d) si, pour des raisons qui lui sont imputables, le commissaire ne parvenait pas à répondre pendant plus de six mois aux devoirs découlant de son mandat ».

²¹⁷⁶ « Andrejevas finanses pārbaudīs VID », Delfi, 19 novembre 2009.

²¹⁷⁷ « Kampars : "diemžēl nevaru ietekmēt Andrejevas atrašanos amatā" » (litt. : « malheureusement, je ne peux pas influencer sur le mandat de Andrejeva »), Appolo, 28 avril 2009.

autres membres des collèges décisionnels des banques centrales nationales²¹⁷⁸. Il n'existe en revanche aucune obligation européenne pesant sur les Etats membres concernant l'inamovibilité des membres des ARN du secteur financier exerçant leurs fonctions en dehors de la BCN, de telle sorte que plusieurs législations nationales restent discrètes sur ce point. Parfois, des causes de révocation sont néanmoins prévues, comme aux Pays-Bas, où les membres de l'AFM peuvent être révoqués en cas de survenance de causes objectives²¹⁷⁹ et en cas de « violation grave de leurs devoirs » (gross breach of duty). Au Luxembourg, la loi instituant la Commission de surveillance du service financier dispose que « le Gouvernement peut proposer au Grand-Duc de révoquer les membres de la direction s'il existe un désaccord fondamental entre le Gouvernement et la direction sur la politique et l'exécution de la mission de la CSSF. Dans ce cas la révocation doit concerner la direction dans son ensemble. De même, le Gouvernement peut proposer au Grand-Duc, après avoir consulté le conseil de la CSSF, de révoquer un membre de la direction qui ne remplit plus les conditions nécessaires à ses fonctions ou qui a commis une faute grave »²¹⁸⁰. Un énoncé similaire est prévu concernant les membres de la direction du Commissariat aux assurances²¹⁸¹. La référence à une formule aussi évasive que celle de « désaccord fondamental entre le Gouvernement et la direction sur la politique et l'exécution de la mission » permet de penser que le Gouvernement dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour révoquer les membres de l'ARN, ce qui interdit à la CSSF et au CAA la qualification d'autorité indépendante du pouvoir politique.

Plusieurs législations nationales ont toutefois opéré une harmonisation entre les causes de révocation des membres des autorités de régulation des réseaux et celles portant sur les membres des autorités de régulation financière. Comme vu précédemment, ces efforts de rationalisation et d'harmonisation ont accouché au Portugal avec la loi-cadre du 28 août 2013

²¹⁷⁸ Avis de la Banque centrale européenne du 8 juillet 2014 concernant la limite d'âge applicable au gouverneur et aux sous-gouverneurs de la Banque de France et la durée de leur mandat (CON/2014/51) : « l'indépendance personnelle serait compromise si les règles régissant la sécurité du mandat et les motifs de révocation des gouverneurs ne s'appliquaient pas également aux autres membres des organes de décision des BCN ».

²¹⁷⁹ Sont des causes objectives de révocation retenues pour les membres de l'AFM : le non-respect des conditions de nomination et l'incapacité permanente ou provisoire d'au moins un an.

²¹⁸⁰ Art. 10, § 3 de la Loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier.

²¹⁸¹ Art. 11, § 8 de la Loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances : « le Gouvernement peut proposer au Grand-Duc de révoquer les membres de la direction s'il existe un désaccord fondamental entre le Gouvernement et la direction sur la politique et l'exécution de la mission du Commissariat. Dans ce cas, la proposition de révocation doit concerner la direction dans son ensemble. De même, le Gouvernement peut proposer au Grand-Duc de révoquer un membre de la direction qui se trouve dans une incapacité durable d'exercer ses fonctions ».

qui fixe désormais les mêmes règles pour les membres des autorités de régulation économique et financière. En Allemagne et en Espagne, les membres respectifs de la CNMV et du directoire de la BaFin peuvent, comme ceux de la CNMC et de BNetzA, être révoqués pour des causes objectives et pour « violation grave de leurs obligations » ou « motif valable », c'est à dire pour faute lourde²¹⁸². Au Royaume-Uni également, les règles applicables aux membres de la FCA et de la PRA rejoignent celles de l'Ofcom et de l'Ofgem et sont mêmes plus strictes que ces dernières, puisque l'annexe 3 du Financial Services Act de 2013 prévoit pour l'une et l'autre des ARN que le Trésor (FCA), ou le directeur de la Banque d'Angleterre, avec accord du Trésor (PRA), peut mettre fin aux mandats des membres pour non respect des incompatibilités, incapacité ou faute grave (serious misconduct)²¹⁸³. Enfin, en France, les membres de l'ACPR jouissent d'une protection identique à celle offerte aux membres de la CRE et de l'ARAFER, c'est à dire une irrévocabilité sauf pour incapacité ou manquement grave à leurs obligations²¹⁸⁴.

Pour finir, l'analyse des causes de révocation des membres des autorités de régulation ne serait pas complète sans aborder la question des procédures de révocation. A l'échelle de l'Union, l'ACRE et les AES montrent l'exemple en la matière puisque des garanties importantes sont données à certains de leurs organes : les directeurs des AES ne peuvent être démis de leurs fonctions que sur décision des conseils de surveillance²¹⁸⁵, et celui de l'ACRE sur décision du conseil d'administration à la majorité des trois quarts de ses membres, après que celui-ci a obtenu l'avis favorable du conseil des régulateurs²¹⁸⁶. C'est toutefois moins vrai pour les membres des commissions de recours. Si un membre de celle des AES « ne peut être démis de ses fonctions en cours de mandat, sauf s'il a commis une faute grave et si le conseil d'administration prend une décision à cet effet, après consultation du conseil des autorités de surveillance »²¹⁸⁷, la même formule utilisée pour ceux de la

²¹⁸² §9, al. 2 du FinDAG et art. 9 du règlement intérieur de la CNMV.

²¹⁸³ La référence à « la faute grave » (serious misconduct) plutôt qu'à « l'inconduite » (misbehaviour) laisse penser que le législateur britannique est de plus en plus sensible à l'indépendance de ses ARN.

²¹⁸⁴ Art. L 612-5 (Conseil) et art. 1 612-9 (Commission des sanctions) du CMF. Concernant les membres de l'AMF, ils sont soumis à une obligation d'assiduité sanctionnée par la démission d'office s'ils n'ont pas assisté, sauf cas de force majeure, à trois séances consécutives (art. R 621-1 et R 621-7 CMF).

²¹⁸⁵ Art. 51, §5 des règlements instituant les AES.

²¹⁸⁶ Art. 16, §7 du règlement n° 713/2009.

²¹⁸⁷ Art. 58, §5 des règlements instituant les AES : « Un membre de la commission de recours ne peut être démis de ses fonctions en cours de mandat, sauf s'il a commis une faute grave et si le conseil d'administration, après consultation du conseil des régulateurs, prend une décision à cet effet ».

commission de recours de l'ACRE²¹⁸⁸ a une conséquence différente : en effet, dans le cadre de l'ACRE, les membres du conseil d'administration sont nommés par les institutions de l'UE, ce ne sont donc pas les membres des ARN qui choisiront de révoquer. Néanmoins, les procédures de révocation ont le mérite de faire largement participer plusieurs organes de l'agence.

Ce n'est pas le cas de la plupart des législations nationales qui semblent autoriser l'exécutif à procéder seul à la révocation, comme en Espagne où contrairement au processus de nomination, le Parlement semble « court-circuité » puisqu'il est prévu que l'exécutif révoque seul les commissaires²¹⁸⁹, comme pour l'URSO en Slovaquie²¹⁹⁰ où le Président de la République révoque seul alors que le Parlement est associé à la nomination. En réalité, la plupart des procédures de révocation suivent la règle du parallélisme des formes, y compris lorsque le pouvoir législatif intervient dans la désignation des commissaires, comme en Allemagne ou en Lettonie. L'étude des procédures de révocation appelle toutefois deux séries de remarques. La première concerne un cas particulier car rare, celui des membres des ARN nommés par des autorités non politiques. Au Luxembourg, les membres de la CSSF et du CAA nommés par les consommateurs et les opérateurs régulés sont révoqués par l'exécutif. En France, il ne peut être mis fin aux fonctions des membres de l'ACPR proposés par le vice-président du Conseil d'Etat, par le premier président de la Cour de cassation et par le premier président de la Cour des comptes que « dans les formes de [leur] nomination », c'est à dire, en réalité, par l'exécutif, puisqu'ils « sont nommés pour une durée de cinq ans par arrêté du ministre chargé de l'économie ». La seconde touche à l'initiative intéressante de plusieurs législations nationales d'ajouter une garantie supplémentaire d'indépendance aux ARN concernant la révocation de leurs membres. Comme pour les agences européennes, cette garantie peut prendre la forme de consultations, obligatoires ou facultatives, mais la procédure qui garantit le mieux l'indépendance est celle d'un vote du collège de l'autorité du

²¹⁸⁸ Art. 18, §3 du règlement n° 713/2009.

²¹⁸⁹ Art. 23 de la loi n° 3/2013. Prenant exemple sur les causes de révocation des conseillers du Conseil de sécurité nucléaire (Consejo de Seguridad Nuclear), la doctrine estime d'ailleurs que le Gouvernement ne devrait pouvoir mettre fin au mandat d'un commissaire qu'après une procédure contradictoire et selon la même procédure établie que pour leur nomination, c'est à dire après notification préalable au Congrès qui dispose de la possibilité d'opposer son veto ; P. NAVARRO RODRÍGUEZ, « La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia », op. cit., p. 49.

²¹⁹⁰ Section 5, §11 de la loi n° 250/2012 sur la régulation des industries de réseaux.

commissaire concerné. En France, les membres de l'ARAFER²¹⁹¹ ne peuvent se faire révoquer en cas de manquement grave à leurs obligations que par décret pris « sur proposition du collègue »²¹⁹², et dans le cadre de l'ACPR, un avis conforme des autres membres du collège à la majorité doit être donné²¹⁹³. Ces dispositions ajoutent une garantie supplémentaire à l'indépendance du collège, puisque les membres sont ici « jugés par leurs pairs » indépendamment du pouvoir politique²¹⁹⁴. Une garantie similaire existe dans les autorités de régulation financière dans lesquelles les pouvoirs sont répartis entre un conseil de surveillance et un conseil exécutif, puisque les membres du conseil exécutifs, qui disposent de l'essentiel des pouvoirs de régulation, ne peuvent en général pas être révoqués sans l'accord du conseil de surveillance. Enfin, il convient de citer l'originalité de la procédure de révocation des membres de la CREG en Belgique et des ARN portugaises. Le législateur national a prévu ici que la révocation ne serait possible que si un « organisme indépendant » donnait son aval : celui-ci prend la forme d'un « conseil disciplinaire » pour la CREG²¹⁹⁵ et un « organisme d'enquête indépendant du Gouvernement » dans la loi-cadre portugaise de 2013²¹⁹⁶.

²¹⁹¹ Concernant la CRE, le code de l'énergie dispose que les membres de l'autorité peuvent être révoqués « par décret en Conseil des ministres, sur proposition du président d'une commission du parlement compétente ou du collègue ». Les garanties d'indépendance sont donc moindres.

²¹⁹² Art. L 2132-8 du code des transports.

²¹⁹³ Art. L 612-5 du CMF.

²¹⁹⁴ C'est également le cas pour la CYSEC, l'autorité des marchés financiers chypriote, dont les membres ne peuvent être révoqués qu'avec l'accord de la majorité des membres de la Commission.

²¹⁹⁵ Art. 24 de la loi de 1999 : « § 2bis. Par décision du Conseil des ministres prise à la suite d'une proposition formulée par le ministre, sur la base de l'avis du Conseil disciplinaire suivant la procédure fixée au présent paragraphe, il peut être mis fin au mandat du président, de l'un ou des membres du comité de direction de la commission (...). Suite à la constatation d'une violation, visée à l'alinéa 1er, et dans le mois suivant la prise de connaissance de cette violation, le ministre saisit le Conseil de discipline (...). Dans les trois mois suivant l'envoi du courrier visé à l'alinéa 2, le Conseil disciplinaire convoque les parties, à savoir le ministre et la personne à l'encontre de laquelle la violation a été constatée, pour audition. La convocation à cette audition est envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception au plus tard dix jours avant ladite audition. Les parties peuvent être assistées durant l'audition ou être représentées par un conseil. Dans le mois suivant l'audition, le Conseil disciplinaire remet un avis contraignant au ministre. Cet avis peut conclure : - soit qu'il y a une raison de mettre fin prématurément au mandat, avec caducité des compensations de résiliation ou autres indemnités de sortie contractuellement prévues ; - soit qu'il y a une raison de mettre fin prématurément au mandat, sans qu'il ne soit nécessaire de prononcer la caducité des compensations de résiliation ou autres indemnités de sorties contractuellement prévues ; - soit qu'il n'y a pas de raison de mettre fin prématurément au mandat. § 2ter. Pour l'application des dispositions visées au paragraphe § 2bis, un Conseil disciplinaire est institué. Le Conseil disciplinaire se compose d'un président, magistrat, et de deux membres, également magistrats, qui sont élus par la Chambre des représentants pour un mandat renouvelable de six ans ».

²¹⁹⁶ Art. 20, §5 de la loi-cadre du 28 août 2013.

Si l'indépendance organique des membres des ARN prend forme par l'accumulation de garanties vis-à-vis du pouvoir politique, c'est à l'égard des intérêts privés qu'elle permet de diminuer les risques de conflits d'intérêts.

II. Les garanties de l'indépendance organique à l'égard des intérêts privés en voie de développement

La garantie de l'indépendance des membres des autorités de régulation vis-à-vis des intérêts privés s'inscrit dans la poursuite de conditions impartiales d'exercice des fonctions des commissaires²¹⁹⁷. Il s'agit ici non plus d'une impartialité structurelle liée à la situation dans laquelle se trouve le commissaire, comme c'est le cas c'est le cas à propos de la séparation des fonctions d'instruction et de sanction au sein des commissions des sanctions des ARN²¹⁹⁸, mais d'une impartialité personnelle liée au comportement des commissaires qui invite à ne considérer l'éventuelle partialité du commissaire qu'au regard de ses traits propres²¹⁹⁹. Celle-ci passe par la mise en œuvre d'un régime d'incompatibilités qui vise les différentes fonctions que les membres des autorités de régulation n'ont pas le droit d'exercer, durant ou après leur mandat, sous peine de laisser planer le doute de l'existence d'un conflit d'intérêt (A). Il semble toutefois difficile de régir a priori toutes les situations de prévention des conflits d'intérêts par le droit²²⁰⁰. Pour cette raison, les dispositifs normatifs garantissant l'impartialité des membres des autorités de régulation à l'égard des opérateurs régulés gagnent ces dernières années à se doubler de prescriptions spécifiques a-juridiques relevant de la conscience individuelle et collective. Situés à mi chemin entre les normes juridiques et les normes morales, ces règles de déontologie permettent ainsi la prévention et la résolution des situations de conflit tout en affirmant la grande responsabilité des membres des autorités de régulation nationales (B).

A. Le renforcement nécessaire des règles d'incompatibilités

²¹⁹⁷ J.-M. SAUVE, « Conflits d'intérêts et déontologie dans le secteur public », *AJDA* 2012, p. 863. L'idée est la suivante : « servir l'intérêt général n'est pas un privilège mais une exigence et, en ce domaine plus qu'en d'autres, "nul ne peut servir deux maîtres à la fois", surtout lorsque l'un d'eux est l'intérêt général, et l'autre, sinon l'argent, du moins les intérêts personnels ».

²¹⁹⁸ Voir supra.

²¹⁹⁹ Voir : J.-P. RELMY, « Impartialité et autorité des marchés financiers : de l'impartialité personnelle à la partialité structurelle ? », *RTD Com.* 2010, p. 29.

²²⁰⁰ OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans les secteurs publics*, Rapport 2005, Préface, p. 11 : « il est matériellement impossible de définir à l'avance toutes les formes envisageables de conflits d'intérêts pour n'avoir ensuite qu'à les interdire ».

Véritable garantie de l'indépendance des membres du régulateur à l'égard des opérateurs régulés, le principe de ces interdictions est retenu pour l'essentiel des autorités de régulation car il permet de couper court à toute supposition ou tout risque d'impartialité personnelle, car « l'impartialité et l'indépendance doivent "se donner à voir", l'apparence d'un conflit d'intérêt suffisant pour compromettre le crédit de l'Autorité »²²⁰¹. Ces règles s'imposent aux membres des ARN mais également à l'échelle de l'UE, puisque l'impartialité des membres des commissions de recours des agences est par exemple garantie par les règlements les instituant²²⁰².

Il est possible de distinguer trois types d'incompatibilités. La première est une incompatibilité professionnelle qui consiste à interdire aux membres d'exercer d'autres professions (1). La seconde porte aux interdictions « par anticipation », c'est à dire qui touchent les anciens membres une fois leur mandat terminé (2). La troisième enfin porte sur les intérêts patrimoniaux que les membres pourraient posséder dans les entreprises régulées (3).

L'analyse comparée des Etats membres montre que si les incompatibilités professionnelles concernent la très grande majorité des membres des autorités tant de régulation économique que financière, les deux autres types d'incompatibilités sont pour l'essentiel absentes des règles s'imposant aux ARN des secteurs financiers sans pour autant être acquises dans les secteurs économiques.

1. Les incompatibilités professionnelles durant le mandat

Compte tenu de la grande diversité des sources et de l'hétérogénéité supposée des régimes, le système des incompatibilités professionnelles appliqué aux membres des ARN en Europe appelle plusieurs séries de remarques.

²²⁰¹ M-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 97.

²²⁰² Les articles 59 §2 des règlements instituant les AES et 18 §4 du règlement instituant l'ACRE disposent que « les membres de la commission de recours ne peuvent prendre part à aucune procédure de recours s'ils ont un intérêt personnel dans celle-ci ».

La première n'est pas directement liée à l'indépendance à l'égard des secteurs régulés mais mérite toutefois qu'on s'y intéresse rapidement. Elle concerne l'interdiction pour les commissaires d'exercer un mandat électif en même temps que leurs fonctions au sein du régulateur. Aucun des commissaires des ARN allemandes²²⁰³ et portugaises²²⁰⁴ ne peuvent par exemple exercer de mandats électifs nationaux durant leurs fonctions. Cette initiative est intéressante et concerne à la fois les autorités des secteurs économiques et financiers. Dans d'autres Etats membres, ce cumul des fonctions de commissaire et d'un mandat électif n'a été interdit que pour certains régulateurs des réseaux. C'est le cas par exemple de l'Italie²²⁰⁵, de la France²²⁰⁶, de la Belgique²²⁰⁷, de la Hongrie²²⁰⁸, de la Slovaquie²²⁰⁹ et de la Roumanie²²¹⁰. Dans les autres Etats toutefois, aucune interdiction de ce type n'est précisée dans les lois instituant les ARN. L'essentiel des membres des ARN n'ont donc a priori aucune interdiction de cumuler leur fonction et celle d'un mandat électif. A priori car les règles s'imposant aux agents publics ou fonctionnaires s'appliquent le plus souvent aux commissaires, alors même que la loi instituant leur ARN n'y fait pas référence. Au Luxembourg, la loi instituant l'ILR n'interdit pas à un membre de l'autorité de cumuler ses fonctions avec celles d'un élu²²¹¹, mais les règles d'incompatibilités des fonctionnaires interdisent en réalité ce cumul²²¹². Dans le même esprit, les titulaires d'un mandat électif sont le plus souvent soumis eux aussi à des règles d'incompatibilités. Enfin, certaines législations imposent aux membres des ARN un

²²⁰³ Le BNetzAG (§4, al. 3) comme le FinDAG (§9, al. 4) interdisent aux membres des ARN pendant la durée de leur mandat d'appartenir à un gouvernement ou à un organe législatif de la fédération ou d'un Land.

²²⁰⁴ Art. 19, §1, a) de la loi-cadre du 28 août 2013.

²²⁰⁵ Les membres de l'AEEG, de l'AGCOM et de l'ART « ne peuvent détenir de mandat public de quelque nature, y compris des fonctions électives ou la représenter un parti politique » ; Art. 2, §8 de la loi n° 481 du 14 novembre 1995.

²²⁰⁶ Pour la CRE (Art. L 132-2 code de l'énergie) et l'ARAF (Art. L 2132-5 et L 2132-8 du code des transports) : incompatibilité avec tout mandat électif départemental, régional, national ou européen ; pour l'ARCEP (Art. L 131 de CPCE) : incompatibilité avec tout mandat électif national.

²²⁰⁷ Art. 1er de l'arrêté royal du 3 mai 1999 fixant les règles applicables au président et aux membres du comité de direction de la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz en matière d'incompatibilités et de conflits d'intérêts : « les membres des Chambres législatives, du Parlement européen et des Conseils de communauté et de région, les ministres, les secrétaires d'Etat, les membres d'un Gouvernement de communauté ou de région, les membres du cabinet d'un membre du Gouvernement fédéral ou d'un Gouvernement de communauté ou de région et les membres des députations permanentes des conseils provinciaux ne peuvent exercer les fonctions de président ou de membre du comité de direction de la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz ».

²²⁰⁸ Section 4, §11 de la Loi 2013/XII instituant l'autorité hongroise de régulation de l'énergie et des services publics.

²²⁰⁹ Section 5, §12 de la loi n° 250/2012 du 31 juillet 2012 sur la régulation des industries de réseaux.

²²¹⁰ Art. 11, al. 3 de l'Ordonnance n° 22/2009 instituant l'ANCOM.

²²¹¹ L'article 11, §2 de la loi de la loi de 2005 indique que les membres de la Direction de l'ILR sont des fonctionnaires.

²²¹² Art. 17 de la Loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat.

exercice de leurs fonctions « à temps plein », ce qui peut sous entendre qu'un cumul avec un mandat électif est impossible au moins en pratique²²¹³. Il n'en demeure pas moins que sur ce point, le manque de clarté et la diversité des sources peuvent porter à confusion, et qu'un collègue ne peut être indépendant du pouvoir politique si ses membres exercent un mandat électif en plus de leur fonction de commissaire²²¹⁴. Une clarification à ce propos semble nécessaire dans la plupart des Etats membres.

La seconde touche à la diversité des sources des règles d'incompatibilité professionnelles. Celles-ci peuvent d'abord être précisées dans la loi instituant l'autorité de régulation. La loi dispose alors que les commissaires ne peuvent exercer de profession en lien avec le secteur régulé et leurs fonctions au sein du régulateur, voire même ne peuvent exercer d'autres professions. On retrouve par exemple ce type de référence dans la loi instituant l'ANCOM. La législation roumaine dispose ainsi que « les membres de l'ANCOM (...) ne peuvent exercer d'autres fonctions publiques ou privées (...) dans des sociétés commerciales opérant dans les communications électroniques ou des services postaux ou impliqués dans d'autres activités qui relèvent de la réglementation de l'ANCOM »²²¹⁵. Ensuite, les lois instituant les différentes ARN peuvent également faire explicitement référence à une loi-cadre nationale régissant le statut des membres de la fonction publique ou des membres des autorités indépendantes de l'Etat. Les incompatibilités sont alors prévues dans cette loi et s'appliquent aux commissaires membres du régulateur. On retrouve ce système notamment en Espagne et au Portugal, les deux pays ayant privilégié la référence à un régime d'incompatibilités commun respectivement à leurs hauts fonctionnaires²²¹⁶ et aux membres des autorités de régulation²²¹⁷. L'avantage de cette pratique est celle d'une grande

²²¹³ La loi n° 3/2013 instituant la CNMC, comme ses prédécesseurs, renvoie au systèmes des incompatibilités des hauts fonctionnaires. L'article 22 §1 de la loi n° 3/2013 dispose toutefois que « les membres de la CNMC restent en fonction à temps plein et ont le statut de Haut fonctionnaire de l'administration d'Etat », formule absente des anciennes lois n° 34/1998 et n° 32/2003 instituant la CMT et la CNE.

²²¹⁴ Ce serait d'ailleurs, pour les Etats membres encore actionnaires de leurs opérateurs, une violation du principe de séparation des fonctions de régulation et d'exploitation.

²²¹⁵ Art. 11, al. 3 de l'Ordonnance n° 22/2009 instituant l'ANCOM, modifiée par la loi n° 113/2010. Ici, l'incompatibilité n'est pas formulée clairement mais figure parmi les causes objectives de révocation, puisque sont révoqués les membres de l'ANCOM qui deviennent membres du Gouvernement, membres du Parlement ou membres d'une autorité municipale.

²²¹⁶ La Loi n° 3/2015 du 30 Mars 2015 reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (et abrogeant la loi 5/2006), concerne ainsi les membres de la CNMC et de la CNMV (art. 1, e).

²²¹⁷ Loi-cadre n° 67/2013 du 28 août portant sur les organismes administratifs indépendant exerçant des fonctions de régulation économique. L'article 3, §3 recense les autorités de régulation concernées, parmi lesquelles l'ANACOM, l'ERSE, l'IMT, la CMVM et l'ASF.

homogénéité des règles applicables, et donc d'une harmonisation et d'une rationalisation des autorités, mais encore faut-il que les règles soient suffisamment précises et strictes.

Une distinction est enfin opérée quant au contenu des règles d'incompatibilité. Dans certains Etats membres, ces incompatibilités sont énumérées avec précision. C'est le cas des autorités de régulation économique belges qui détaillent avec rigueur les fonctions incompatibles avec celle de commissaire. Comme pour la CREG²²¹⁸ et l'IBPT²²¹⁹, la loi instituant l'autorité belge de contrôle des secteurs ferroviaire et aéroportuaires illustre bien ce souci du détail : « les membres du Service ne peuvent avoir aucun lien, direct ou indirect, contractuel ou statutaire, même provisoirement suspendu, avec aucun organisme visé à l'alinéa 1er. Ils ne peuvent pas davantage être agents statutaires ou contractuels, au service du gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, d'une entreprise ferroviaire, et plus généralement, de toute entreprise exerçant, directement ou indirectement, un intérêt dans une telle entreprise, ni y exercer une fonction ou une activité, contractuelle ou statutaire, rémunérée ou non, directement ou indirectement. Ils ne peuvent pas davantage être agents statutaires ou contractuels, au service d'une entreprise titulaire d'une licence d'exploitation de l'aéroport de Bruxelles-National, d'une entreprise associée ou liée telles que définies à l'article 1er, 7° et 8° de l'arrêté royal du 27 mai 2004 relatif à la transformation de Brussels International Airport Company (B.I.A.C.) en société anonyme de droit privé et aux installations aéroportuaires et, plus généralement, de toute entreprise exerçant, directement ou indirectement, une activité aéroportuaire ou de transport aérien, ou ayant, directement ou indirectement, un intérêt dans une telle entreprise, ni y exercer aucune fonction ou activité contractuelle ou statutaire, rémunérée ou non »²²²⁰. A l'inverse, certaines législations nationales recourent à des formules plus générales, comme c'est le cas de l'Autorité des marchés financiers finlandaise, dont la loi

²²¹⁸ Art. 2 de l'arrêté royal du 3 mai 1999 fixant les règles applicables au président et aux membres du comité de direction de la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz en matière d'incompatibilités et de conflits d'intérêts : « le président et les autres membres du comité de direction de la Commission, ci-après dénommés les « titulaires », ne peuvent exercer aucune fonction ou activité, rémunérée ou non, au service du gestionnaire du réseau, de l'un des propriétaires du réseau, d'un producteur, d'un distributeur ou d'un intermédiaire, tels que définis à l'article 2 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, ci-après dénommés « entreprises d'électricité », ou d'une entreprise de gaz, telle que définie à l'article 1er de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations ».

²²¹⁹ Art. 17, §3 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges : « les membres du Conseil ne peuvent avoir un intérêt quel qu'il soit dans les entreprises actives sur les marchés des télécommunications et/ou des services postaux, ni exercer pour celles-ci directement ou indirectement, à titre gratuit ou onéreux, la moindre fonction ou prester le moindre service ».

²²²⁰ Art. 4, al. 2 de l'arrêté royal du 25 octobre 2004 créant le Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles National, et fixant sa composition ainsi que les statuts administratif et pécuniaire applicables à ses membres, tel que modifié par l'arrêté royal du 4 décembre 2012.

dispose que « les membres du Conseil et leurs membres suppléants ne peuvent pas appartenir à, ou être employé du conseil d'administration ou du conseil de gestion d'une entité contrôlée »²²²¹. En définitive, c'est la combinaison de ces différents types de références aux règles d'incompatibilités²²²² – loi instituant l'ARN ou loi-cadre, régime détaillé ou référence générale aux professions – qui structure les régimes d'incompatibilités des commissaires.

La troisième remarque est liée au recours contraint ou non aux règles d'incompatibilité s'imposant aux membres des ARN. Nous avons vu précédemment que l'Union européenne avait participé à une harmonisation des règles d'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des secteurs régulés, alors que cet impératif n'existait dans la régulation financière que selon le bon vouloir des Etats membres. Pour l'essentiel toutefois, les règles d'incompatibilités professionnelles durant le mandat sont très proches voire identiques dans un même pays qu'il s'agisse d'autorité de régulation économique ou financière²²²³, ce qui signifie que la grande majorité des autorités de régulation et de supervision financière sont également soumises à ce type d'interdiction.

Concernant la régulation des réseaux, les directives européennes ont largement inscrit un principe d'impartialité dans leur texte de telle sorte que les membres des régulateurs ne doivent pas être liés aux secteurs qu'elles régulent²²²⁴. Si la directive 2009/140/CE se contente de rappeler le caractère impartial des ARN, les directives 2009/72/CE, 2009/73/CE et 2012/34/UE franchissent un pas supplémentaire en faisant référence au personnel des autorités de régulation de l'énergie et du secteur ferroviaire. La directive 2009/72/CE dispose ainsi que « l'autorité de régulation veille à ce que son personnel et les personnes chargées de sa gestion agissent indépendamment de tout intérêt commercial »²²²⁵. La formule choisie par le législateur de l'Union en 2012 est similaire puisque les membres des autorités de contrôle doivent agir « indépendamment de tout intérêt commercial lié au secteur ferroviaire, n'[avoir] d'intérêts et ne [se trouver] dans une relation d'affaires avec aucune des entreprises ou entités

²²²¹ Section 9, al. 3 de la Loi de supervision financière n° 878 du 19 décembre 2008 instituant la Financial Supervisory Authority.

²²²² Ces types de références ne sont d'ailleurs pas exclusifs, puisque certaines lois instituant des ARN livrent un régime d'incompatibilités tout en renvoyant également à une loi-cadre, comme aux Pays-Bas.

²²²³ Le constat est radicalement différent concernant les incompatibilités patrimoniales et les incompatibilités par anticipation. Voir infra.

²²²⁴ Voir supra.

²²²⁵ Art. 35, al. 4, b) de la directive 2009/72/CE.

réglementées »²²²⁶. La Commission est vigilante sur ce point²²²⁷, comme en témoigne sa note interprétative de 2010 dans laquelle il est indiqué que l'objectif est de garantir que tout le personnel et les personnes chargées de la gestion des ARN (directeurs, membres du conseil, les membres des chambres, etc.) agissent indépendamment de tout intérêt de marché. Pour la Commission, la directive impose en réalité aux Etats membres d'élaborer « des règles qui empêchent tout le personnel des ARN de poursuivre toute activité ou d'occuper un quelconque poste dans une entreprise d'électricité ou de gaz ». En conséquence, tous les membres des régulateurs de ces secteurs sont soumis à un régime d'incompatibilités.

Concernant les ARN du secteur financier, l'essentiel des membres des régulateurs sont également soumis à l'interdiction d'exercer une profession liée aux secteurs régulés pendant la durée de leur mandat. Quelques Etats font toutefois exception à cette règle. Au Luxembourg, les membres des régulateurs du secteur financiers ne sont soumis à aucune règle d'incompatibilité, ce qui sous-entend qu'une grande proximité avec les secteurs supervisés est possible. Nous avons vu toutefois précédemment que la CSSF comme le CAA sont fortement dépendants du pouvoir politique, puisque leurs membres sont révocables discrétionnairement. Une formule originale est prévue en Belgique pour les membres du conseil de surveillance de la FSMA, puisqu' « au cours de leur mandat, le président du conseil de surveillance et au moins la moitié des autres membres ne peuvent ni détenir, dans une entreprise soumise au contrôle permanent de la FSMA, une participation au sens de l'article 13 du Code des sociétés ni exercer une fonction ou un mandat que ce soit dans une entreprise soumise au contrôle permanent de la FSMA ou dans une association professionnelle représentant les entreprises soumises au contrôle de la FSMA »²²²⁸. Cette option qui garantit en principe une majorité de membres indépendants du secteur régulé peut toutefois être problématique dans le cadre des réunions en comité restreint qui ne nécessitent que la moitié des membres du Conseil, et qui

²²²⁶ Art. 55, §3 de la directive 2012/34/UE.

²²²⁷ En 2008, la Commission a par exemple envoyé une lettre de mise en demeure au Luxembourg en raison du manque d'indépendance de l'ILR. En effet, des responsables y assumaient des fonctions de régulation au sein de l'Institut tout en occupant des postes d'encadrement chez des opérateurs. Voir : Commission européenne, Communiqué de presse, Réglementation sur les télécommunications: la Commission traduit la Pologne et la Belgique devant la Cour de justice européenne, IP/08/142, 31/01/2008.

²²²⁸ Art. 48, §2 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

ne distinguent pas selon que les membres présents soient ou non soumis à cette règle d'incompatibilités²²²⁹.

En France, le code monétaire et financier prévoit que seul le président de l'Autorité des marchés financiers est soumis aux règles d'incompatibilité prévues pour les emplois publics²²³⁰, ce qui n'est pas le cas des autres membres du collège. Cette spécificité s'expliquerait par le caractère non exclusif de leur mandat qui ne constitue pas, contrairement à la majorité des commissaires des ARN d'Europe, une activité professionnelle à temps plein. On peut toutefois douter de la pertinence d'une telle justification dans la mesure où certains membres d'autres ARN, comme ceux de l'ARAFER, n'exercent pas non plus à plein temps leurs fonctions au sein de l'autorité et sont malgré tout soumis à des règles d'incompatibilités strictes avec le secteur régulé²²³¹. Le caractère technique de la régulation financière est également avancé régulièrement pour justifier le recours à de nombreux professionnels dans le collège de l'AMF. On peut être surpris de cet argument dans la mesure où les membres du collège de l'ACPR sont eux soumis à un régime d'incompatibilité stricte²²³². Certes, la doctrine française se prononce majoritairement pour un maintien de nombreux professionnels au sein du collège de l'AMF et de sa commission de sanctions²²³³. Mais le recours à des professionnels du secteur financier ne doit pas à notre sens se faire au détriment de l'impartialité personnelle des membres de l'autorité. En Allemagne, la BaFin est comme

²²²⁹ Pour la commission des sanctions à l'inverse, tous les membres sont soumis aux incompatibilités. Art. 48 bis, §3, al. 1 de la loi modifiée du 2 août 2002 : « au cours de leur mandat, les membres ne peuvent [...] exercer une quelconque fonction ou un quelconque mandat que ce soit dans une entreprise soumise au contrôle permanent de la FSMA ou dans une association professionnelle représentant des entreprises soumises au contrôle de la FSMA, ni fournir des services au profit d'une association professionnelle représentant des entreprises soumises au contrôle de la FSMA ».

²²³⁰ Art. L 621-2 du CMF.

²²³¹ Art. L 2132-5 du code des transports : « le président de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et ses deux vice-présidents exercent leurs fonctions à plein temps. Leurs fonctions sont incompatibles avec toute activité professionnelle, avec tout mandat électif départemental, régional, national ou européen, avec tout emploi public et avec toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans le secteur ferroviaire » et art. 2132-8 code des transports : « les fonctions des membres du collège autres que celles de président ou de vice-président sont incompatibles avec tout mandat électif départemental, régional, national ou européen, et avec toute détention, directe et indirecte, d'intérêts dans le secteur ferroviaire ». En conséquence, les autres membres du collège peuvent exercer l'activité professionnelle de leur choix sous réserve qu'elle n'entre pas en opposition avec leur obligation de ne pas avoir de lien avec le secteur régulé.

²²³² Art. L 612-10 du CMF : « aucun membre du collège ou de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel ne peut être salarié ou détenir un mandat dans une personne soumise au contrôle de l'Autorité ».

²²³³ Voir notamment : J. LASSERE CAPDEVILLE, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard des opérateurs régulés », op. cit., p. 673 ; O. DOUVRELEUR, « L'indépendance de l'autorité des marchés financiers », op. cit., p.752.

l'AMF une autorité à « compétence générale ». Dirigée par un Directoire à l'effectif restreint, l'autorité s'appuie en revanche sur un Conseil d'administration qui « surveille le directoire et l'assiste dans ses missions », composé de seize membres dont six sont des représentants des professionnels des secteurs financiers (institutions de crédit, entreprises d'assurance, sociétés de placement financier). Or ces six membres (comme les dix autres et ceux du directoire) sont tous soumis à des règles d'incompatibilités strictes et ne peuvent être membres d'une entreprise surveillée par la BaFin²²³⁴. La combinaison en Allemagne d'un organe décisionnel composé d'agents publics et d'un conseil composé pour partie de représentants de professionnels aux compétences reconnues et soumis aux règles d'incompatibilités permet ici de garantir efficacement l'impartialité de l'institut. Tel n'est pas le cas de l'AMF en l'état actuel des choses²²³⁵.

Enfin, la quatrième et dernière remarque touche à l'étendue des incompatibilités professionnelles. A l'exception des cas précédemment évoqués, les législations nationales portant sur les autorités de régulation économique et financière imposent toutes aux membres de leurs ARN un régime d'incompatibilités professionnelles durant leur mandat. Cette garantie en principe suffisante s'observe dans la plupart des pays d'Europe. Parfois néanmoins, la formulation des incompatibilités manque de clarté, comme aux Pays-Bas pour les membres de l'ACM, pour lesquels il est juste prévu qu'ils « ne peuvent exercer de fonctions remettant en cause leur indépendance et la bonne exécution de leurs missions »²²³⁶. Pour quelques autres autorités de régulation, les incompatibilités prévues par les lois sont plus strictes puisqu'elles concernent tous les emplois privés et publics. C'est le cas du directeur de chacune des agences européennes de surveillance qui est « un professionnel indépendant à temps plein »²²³⁷, de certaines ARN françaises²²³⁸, roumaines²²³⁹ et autrichiennes²²⁴⁰ et de

²²³⁴ §7 du FinDAG.

²²³⁵ Les règles déontologiques de déport et de récusation qui sont souvent invoquées pour garantir d'indépendance à l'égard du secteur financier ne semblent pas suffisantes pour garantir seules l'impartialité des membres. Voir, infra. L'AMF présente une autre difficulté dans la mesure où les membres professionnels sont majoritaires dans l'effectif de son collège, ce qui là encore n'est pas un gage d'indépendance à l'égard des secteurs régulés.

²²³⁶ L'article 3, al. 5 de la loi du 28 février 2013 instituant l'ACM dispose qu' « aucun membre de l'ACM ne peut avoir d'intérêt financier dans une entreprise qui puisse remettre en cause son impartialité » et renvoie à l'article 13 de la loi-cadre du 2 novembre 2006 sur les organes administratifs indépendants qui indique qu' « aucun membre d'un organe administratif indépendant ne peut exercer de fonctions remettant en cause son indépendance et la bonne exécution de ses missions ».

²²³⁷ Art. 51 des règlements instituant les AES.

²²³⁸ C'est le cas pour la CRE et l'ARCEP.

²²³⁹ C'est le cas pour l'ANCOM et l'ANRE.

tous les régulateurs économiques et financiers italiens, allemands et espagnols. Il ne faut toutefois pas se fier aux seules lois instituant les autorités de régulation. La loi-cadre portugaise de 2013 dispose ainsi que tous les membres des conseils des autorités de régulations exercent leurs fonctions de manière exclusive, ce qui interdit en principe tout cumul avec un autre emploi, y compris public. C'est dans le cadre de cette interdiction stricte d'exercer un emploi public ou privé que le législateur roumain a admis une dérogation pour les commissaires souhaitant exercer « des fonctions pédagogiques et de l'enseignement supérieur »²²⁴¹. Cette exception existe également en Espagne, la récente loi de 2015 ajoutant par ailleurs que dérogent aux règles d'incompatibilités les missions temporaires, à l'étranger auprès d'Etats tiers ou dans une organisation internationale, ainsi que la participation à des œuvres caritatives et culturelles à but non lucratif²²⁴². Les dispositions régissant l'OFCOM au Royaume-Uni font quant à elles preuve d'originalité puisque si une clause générale d'incompatibilités est prévue²²⁴³, certaines fonctions publiques liées au secteur sont toutefois autorisées. Dans le même esprit, des dispositions sont prévues pour les membres de la BNetzA, de la BaFin et de l'AFM afin que ces derniers puissent exercer sous certaines conditions des fonctions sans lien avec le secteur régulé²²⁴⁴.

Concernant les incompatibilités professionnelles, nous pouvons constater que les régimes appliqués aux ARN garantissent dans leur grande majorité l'impartialité et l'indépendance des commissaires durant leur mandat. Il faut s'en réjouir même si concernant les incompatibilités avec des mandats électifs, les Etats membres les plus anciens sont en avance sur leurs voisins d'Europe centrale et de l'est. Les efforts d'harmonisations consentis en Espagne mais surtout au Portugal devraient constituer par ailleurs de bonnes sources d'inspiration dans les Etats membres soucieux de rationaliser les régimes appliqués à leur ARN. Cette harmonisation serait d'autant plus importante et utile qu'au regard des exigences d'impartialité à l'égard des secteurs régulés, les incompatibilités patrimoniales et par anticipation des membres des ARN en Europe sont très largement insuffisantes.

²²⁴⁰ Pour la FMA, l'autorité de supervision financière autrichienne, la loi indique uniquement que « les membres du Conseil exécutif doivent exercer leurs fonctions à plein temps ». Voir : art. 5, §4 de la loi fédérale n° 45/2002 du 1^{er} janvier 2002 modifiée instituant et organisant la FMA (Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz).

²²⁴¹ Art. 11, al. 3 de l'Ordonnance 22/2009 instituant l'ANCOM et art. 4, §13 et 14 de la Loi n°160/2012 du 3 octobre 2012 instituant l'ANRE. C'est également le cas pour les membres des autorités de régulation hongroises.

²²⁴² Art. 13, §2 de la Loi 3/2015 du 30 Mars 2015 reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. En la matière, la loi de 2015 reprend les dispositions de la loi 5/2006.

²²⁴³ La clause générale d'incompatibilités vise également la FCA (Annexe 3 du Financial Services Act 2012, 1ZA FCA, §3, al. 3) et la PRA (Annexe 3 du Financial Services Act 2012, 1ZB, PRA, §11, al. 1).

²²⁴⁴ §4, al. 3 du BNetzAG, §9, al. 4 du FinDAG et art. 5 des statuts de l'AFM.

2. Les incompatibilités professionnelles par anticipation

Les incompatibilités professionnelles par anticipation sont des garanties importantes de l'indépendance des commissaires à l'égard des secteurs régulés dans la mesure où « dans leur choix présent, [les membres des ARN] anticipent leur situation future et la corrélation qu'ils ont le pouvoir d'établir entre les deux »²²⁴⁵. L'idée est d'interdire aux commissaires arrivés en fin de mandat une reconversion dans une entreprise soumise antérieurement à leur contrôle. Cette hypothèse entretiendrait en effet un risque de capture important et une impartialité possible du commissaire durant son mandat au profit de l'entreprise dans laquelle il serait à même d'être par la suite employé. Pour remédier à cette situation qui sied mal à l'idée d'une régulation indépendante des secteurs régulés, il arrive que certains textes prévoient un délai de viduité durant lequel la reconversion du commissaire dans une entreprise concernée par son action passée est interdite. Le droit de l'Union lui-même participe depuis peu à ce mouvement. D'abord à l'égard des membres de ses propres agences puisque le directeur d'une AES « continue, après la cessation de ses fonctions, de respecter les devoirs d'honnêteté et de délicatesse, quant à l'acceptation de certaines fonctions ou de certains avantages »²²⁴⁶. Ensuite vis-à-vis des membres des ARN. Dans les secteurs financiers, le règlement 1024/2013/UE confiant à la Banque centrale européenne un rôle de superviseur financier prévoit que « la BCE [doit] établir et maintenir des procédures détaillées et formelles, y compris des périodes de réexamen proportionnées, pour évaluer anticipativement et prévenir d'éventuels conflits avec les intérêts légitimes du MSU/de la BCE lorsqu'un ancien membre du conseil de surveillance commence une activité professionnelle dans le secteur bancaire qu'il a surveillé par le passé ». Surtout, la directive 2012/34/UE dispose qu'« au terme de leur mandat au sein de l'organisme de contrôle, [les membres de l'autorité] n'occupent aucune position professionnelle et n'exercent aucune responsabilité au sein d'aucune des entreprises ou entités régulées pendant une période minimale d'une année »²²⁴⁷. Même si cette incompatibilité par anticipation n'affecte actuellement que le secteur ferroviaire, il ne fait que peu de doutes qu'elle s'étendra aux autres secteurs régulés.

²²⁴⁵ M-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 70.

²²⁴⁶ Art. 52 des règlements instituant les AES. Il n'existe en revanche aucune obligation de ce type s'appliquant au directeur de l'ACRE.

²²⁴⁷ Art. 55, §3 de la directive 2012/34/UE.

Si on comprend facilement l'avantage de ce type d'incompatibilités qui empêcherait tout délit de pantouflage²²⁴⁸ ou de « revolving door », un inconvénient majeur subsiste²²⁴⁹ : ces clauses sont peu contraignantes pour les agents de la fonction publique, qui peuvent être détachés avec l'assurance de retrouver leur poste d'origine une fois leur mandat de commissaire arrivé à terme, mais la situation est plus complexe pour les salariés du secteur privé qui devront se reconvertir dans un secteur différent de celui régulé. Plusieurs solutions existent toutefois. Ce peut être l'absence d'âge limite pour exercer au sein des ARN. Cette solution originale permet en effet aux experts privés des secteurs de ne pas être handicapés par les incompatibilités dans la mesure où leur carrière est « derrière eux ». Leur expérience ne sera qu'un atout supplémentaire pour les autorités de régulation. Sans doute cela explique-t-il que l'âge limite pour être nommé membre de l'ARCEP et de la CRE a été fixé à soixante-cinq et soixante-dix ans, de telle sorte qu'un mandat puisse débiter peu après le départ en retraite des intéressés. Une autre solution consisterait à délivrer une indemnité aux anciens commissaires pendant toute la durée de l'incompatibilité. C'est ce que prévoit par exemple la loi-cadre portugaise qui dispose qu'une indemnité égale à 50% de la rémunération mensuelle perçue au cours du mandat sera délivrée pendant la durée de l'incompatibilité²²⁵⁰. Ces solutions sont intéressantes mais semblent toutefois insuffisantes pour attirer les salariés du secteur privé, ce qui explique sans doute la réticence de certains Etats membres à instaurer ce type d'incompatibilités dans leur législation relative aux ARN.

Plusieurs Etats membres de l'UE ont toutefois prévu un régime d'incompatibilités par anticipation pour les membres des collèges de certains de leurs régulateurs. C'est le cas de la Belgique, qui interdit aux membres de la CREG et de l'IBPT d'exercer des fonctions dans des entreprises régulées pendant une durée d'un an. Les membres du Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles National et de la FSMA ne sont en revanche pas soumis à ce type d'interdiction. En Italie, cette interdiction concerne depuis longtemps tous les régulateurs des réseaux (AEEG, AGCOM, ART) durant deux

²²⁴⁸ J. LASSERE CAPDEVILLE, « Le délit de "pantouflage" », AJCT 2011, p. 395.

²²⁴⁹ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 308.

²²⁵⁰ Art. 19, §2 de la loi-cadre n° 67/2013.

ans²²⁵¹, mais pas la CONSOB pour laquelle il était prévu que « l'emploi des salariés du secteur privé est suspendu [durant leur mandat] » ajoutant qu' « ils ont le droit de réintégrer leur emploi à la fin de leur mandat »²²⁵². Depuis la Loi du 11 août 2014, les membres de la CONSOB sont toutefois également soumis à ce régime d'incompatibilités par anticipation durant deux ans à compter de leur départ de l'autorité²²⁵³. En France, les incompatibilités par anticipation ont été intégrées récemment et la durée de celles-ci monte jusqu'à trois ans pour les anciens membres de la CRE, de l'ARCEP et de l'ARAFER. Enfin, plusieurs pays ont décidé d'imposer des règles d'incompatibilité par anticipation à tous les membres de leurs ARN. En Espagne et au Portugal, les commissaires des autorités de régulation économique et financière n'ont pas le droit d'exercer d'emploi avec une entreprise soumise à leur contrôle durant leur mandat pendant deux ans, et en Roumanie, l'Agence nationale pour l'intégrité (Agentiei Nationale de Integritate) vérifie que les commissaires ne puissent se retrouver dans une situation de conflit d'intérêts durant les trois ans à compter de la fin de leur mandat²²⁵⁴. Si peu d'Etats ont recours à des incompatibilités par anticipation, il convient de préciser que dans plusieurs autorités de régulation, les membres du collège acquièrent le statut d'agents de la fonction publique et peuvent être réaffectés à d'autres postes, parfois même au sein de l'ARN.

3. Les incompatibilités patrimoniales

Comme les règles d'incompatibilités professionnelles pendant et après le mandat, l'interdiction de détenir des intérêts directs et indirects dans les entreprises régulées vise à garantir leur impartialité à l'égard des secteurs concernés.

Compte tenu des obligations imposées par l'UE en matière de régulation des réseaux, les membres des collèges des autorités de régulation économique sont en principe soumis à

²²⁵¹ Avant 2014, la durée de l'incompatibilité était de quatre ans. La modification est apportée par le décret-loi n° 90 du 24 juin 2014 *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, GU n° 144, 24/06/2014.

²²⁵² Art. 1 de la loi modifiée n° 216 du 7 juin 1974. L'article 7 du code d'éthique de la CONSOB précise toutefois que « les membres de la Commission, au cours de la première année suivant la cessation de leur mandat, évitent les conflits d'intérêts qui peuvent survenir dans le cadre de leurs activités privées et professionnelles ».

²²⁵³ Art. 22 § 2 de la Loi n° 114 du 11 août 2014 *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, G.U. n° 190, 18/08/2014.

²²⁵⁴ Art. 11 de Loi n° 176/2010 du 1er septembre 2010 *privind integritatea in exercitarea functiilor si demnitatilor publice*, MO, Partea I n° 621, 2/9/2010.

des règles d'incompatibilités patrimoniales strictes. Dans le secteur de l'énergie, la note interprétative de 2010 précise ces règles en indiquant ainsi que les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE « imposent aux États membres d'élaborer des règles qui empêchent tout le personnel (...) de détenir des actions ou d'avoir d'autres intérêts dans une entreprise d'électricité ou de gaz. De l'avis des services de la Commission, cette obligation n'empêche toutefois pas les personnes concernées de posséder par exemple des parts dans des fonds de pension ou des organismes de placement similaires qui pourraient entre autres détenir des actions dans les entreprises d'électricité ou de gaz »²²⁵⁵. Cette position fut réaffirmée avec la directive relative à l'espace ferroviaire européen, qui indique que « les États membres veillent à ce que [les membres des autorités de contrôle] n'aient donc pas d'intérêts et ne se trouvent pas dans une relation d'affaires avec aucune des entreprises ou entités réglementées »²²⁵⁶. En Europe, et exception faite de l'Allemagne qui ne fait aucunement mention d'interdiction de détenir des intérêts dans les entreprises régulées²²⁵⁷, les législations nationales ont toutes intégré ce type d'incompatibilités patrimoniales. Celles-ci prennent des formes diverses, puisqu'il est aussi bien fait mention d'intérêts²²⁵⁸, d'intérêts financiers²²⁵⁹, de parts²²⁶⁰, d'actions²²⁶¹, d'instruments financiers²²⁶² ou de relations financières²²⁶³ avec les sociétés faisant l'objet d'une régulation par l'ARN.

²²⁵⁵ Commission européenne, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, op. cit., p. 8.

²²⁵⁶ Art. 55, §3 de la directive 2012/34/UE.

²²⁵⁷ Le Royaume-Uni et l'Espagne font mention de ces interdictions dans des formes spécifiques. Voir infra.

²²⁵⁸ Pour l'URSO, voir la Section 5, §12 de la loi n° 250/2012 du 31 juillet 2012 sur la régulation des industries de réseaux : aucun membre « ne peut (...) posséder des intérêts patrimoniaux dans une entreprise réglementée ».

²²⁵⁹ Art. 3, al. 5 de la loi du 28 février 2013 instituant l'ACM : « aucun membre de l'ACM ne peut avoir d'intérêt financier qui puisse remettre en cause son impartialité ».

²²⁶⁰ L'article 11, al. 3 de l'ordonnance 22/2009 instituant l'ANCOM, modifiée par la loi n° 113/2010 indique que « les membres de l'ANCOM (...) d) ne peuvent pas détenir, directement ou indirectement, des actions sociales ou des parts dans des sociétés commerciales opérant dans les communications électroniques ou des services postaux ou impliqués dans d'autres activités qui relèvent de la portée de la réglementation ANCOM ».

²²⁶¹ Pour la CREG par exemple, l'art. 3 de l'arrêté royal du 3 mai 1999 dispose que « les titulaires ne peuvent détenir des actions, ou autres valeurs assimilables à des actions, émises par des entreprises d'électricité (autres que les autoproducteurs) ou des entreprises de gaz, ni des instruments financiers permettant d'acquérir ou de céder de telles actions ou valeurs ou donnant lieu à un règlement en espèces en fonction principalement de l'évolution de la valeur de telles actions ou valeurs ».

²²⁶² Id.

²²⁶³ En Autriche, la TKG (Telekommunikationsgesetz) indique à son article 118, paragraphe 3 que les membres régulateur des communications électroniques autrichien « ne peuvent entretenir de relations financières avec les entreprises régulées ».

De telles formules semblent difficilement convenir pour les autorités de régulation financière, surtout lorsque celles-ci ont une compétence générale. Cela reviendrait d'ailleurs à interdire à leurs membres toute épargne personnelle. Des solutions existent toutefois. Les membres des autorités de régulation financière britanniques sont par exemple soumises à la clause générale d'incompatibilités commune à l'Ofcom, ce qui implique que l'autorité chargée de nommer les commissaires « doit examiner si la personne a des intérêts financiers qui pourraient avoir un effet significatif sur l'étendue de ses fonctions »²²⁶⁴. On peut imaginer que l'épargne personnelle n'entrerait donc pas dans la catégorie des intérêts ayant un « effet significatif ». En Pologne, la loi de supervision des marchés financiers de 2006 dispose dans le même esprit « le président de la KNF, les vice-présidents et les membres de l'autorité, ainsi que les employés ne peuvent détenir de participations dans des entités qui sont soumises à la supervision de la KNF, sauf pour la détention d'intérêts admis à titre personnel »²²⁶⁵. Enfin, en Espagne, le système prévu pour les hauts fonctionnaires impose aux commissaires possédant des intérêts dans les secteurs régulés²²⁶⁶ qu'ils transfèrent ou cèdent à un tiers indépendant les droits et les actions qui y sont rattachés durant l'exercice de leur mandat dans les trois mois suivant la prise de fonction, ou dans les trois mois suivant leur acquisition, si celle-ci a lieu pendant le mandat²²⁶⁷. En l'absence de règles d'incompatibilités patrimoniales, cette solution qui s'étend aussi aux membres de la famille proche du commissaire est également celle prévue pour les membres de l'AMF²²⁶⁸. Bien que complexe, elle a le mérite de ne pas interdire à certains acteurs du secteur régulé de devenir membre de l'autorité de régulation sous prétexte qu'ils disposent d'intérêts patrimoniaux dans des sociétés concernées par la régulation. Néanmoins, si les décisions sont prises par un tiers ignorant les délibérations de l'autorité de régulation, il demeure un risque que le commissaire favorise l'entreprise dans laquelle il détient des intérêts. Pour cette raison, et en l'absence de règles d'incompatibilités

²²⁶⁴ Annexe 3 du Financial Services Act 2012, 1ZA FCA, §3, al. 3 pour la FCA et annexe 3 du Financial Services Act 2012, 1ZB, PRA, §11, al. 1 pour la PRA. Le Financial Services Act précise en outre que les membres des autorités financières ne doivent pas posséder d'intérêts financiers ayant un effet sur leur fonction. Voir : Annexe 3 du Financial Services Act 2012, 1ZA FCA, §3, al. 4 c) pour la FCA et annexe 3 du Financial Services Act 2012, 1ZB, PRA, §11, al. 2 c) pour la PRA : « to prohibit members from acquiring any financial or other interests that have a material effect on the extent of the functions as member that it would be proper for members to discharge ».

²²⁶⁵ Art. 15 de la Loi du 21 juillet 2006 de supervision des marchés financiers (o nadzorce nad rynkiem finansowym).

²²⁶⁶ Ces intérêts ne doivent toutefois pas dépasser un seuil fixé par la loi.

²²⁶⁷ Art. 14, §3 de la loi 3/2015. Cet article reprend l'article 6 de la loi 5/2006.

²²⁶⁸ Art. 111-6 du RG de l'AMF. L'article 24 du RI de l'ACP dispose à l'inverse qu'« un membre du Collège ou de la Commission des sanctions ne peut détenir des titres ouvrant un droit sur le capital ou le résultat d'une personne soumise au contrôle de l'Autorité ».

prévues dans les textes de lois relatifs à certaines ARN, d'autres dispositifs visant à encadrer l'action des commissaires se sont donc développés : les règles de déontologie.

B. Le recours accru aux règles de déontologie

Les règles de déontologie peuvent en principe prendre deux formes²²⁶⁹. La première est législative et prend forme dans un texte présentant les règles de déontologie à respecter ainsi que la mise en place d'une autorité susceptible de contrôler le respect de ces règles. Ce type de loi s'applique en principe à tous les membres de l'administration, ou au moins aux hauts fonctionnaires et aux élus. Certaines règles de déontologie sont toutefois insérées dans les lois instituant les ARN. La seconde est la rédaction par les autorités de régulation elles-mêmes de règles de déontologie qui s'appliquent à leurs membres. Il peut s'agir de code de bonne conduite, de code de déontologie ou de code d'éthique. Parfois, on retrouve également ce type de règles dans les règlements intérieurs des autorités. Cette dualité de sources est commune en Europe et s'explique notamment par le récent intérêt suscité par la prévention et la lutte contre les conflits d'intérêts dans lesquels peuvent se trouver les élus et les hauts fonctionnaires. Parmi eux, on retrouve les membres des collèges des ARN qui sont donc soumis à ces règles communes prévues par le législateur. La plupart des autorités de régulation n'avaient toutefois pas attendu ce type de loi pour imposer à leurs membres ces règles déontologiques afin de limiter les atteintes à leur impartialité.

Outre l'idée d'adopter des règles de déontologie applicables aux membres des autorités de régulation²²⁷⁰, on observe par ailleurs depuis plusieurs années un mouvement global visant à développer des règles de déontologie communes aux autorités indépendantes. Le rapport du Lord Michael Patrick Nolan est à l'origine de la première grande diffusion de

²²⁶⁹ J-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », DA n° 12, Décembre 2010, étude 24. Selon l'auteur, « la régulation des conflits d'intérêt fait toujours appel à un mélange de hard law et de soft law. Y concourt toujours une part de hard law, incluant des textes législatifs. En général, certaines des situations recelant des conflits d'intérêt dans l'administration constituent des infractions pénales prévues et sanctionnées par le droit pénal : c'est évidemment le cas, dans le système français, de ce que l'article 432-12 du Code pénal fait relever de l'incrimination de prise illégale d'intérêts. Mais il y a toujours une part de soft law, consistant par exemple dans des codes de déontologie internes des administrations comme dans la jurisprudence produite par les commissions internes de déontologie ».

²²⁷⁰ Le recours à des règles de déontologie est traditionnellement rattaché en la matière au courant de l'Ecole de la régulation développée par des macro-économistes français parmi lesquels Michel Aglietta et Rober Boyer. Il s'agit pour eux d'un ensemble de règles morales, techniques et juridiques dont une entité se dote afin d'organiser son fonctionnement.

règles de déontologie applicables aux membres des « quangos » et des « non-departmental public bodies » au Royaume-Uni. Son rapport s'appuie sur sept grands principes (Seven Principles of Public Life), parmi lesquels Integrity, qu'il définit comme « l'absence de lien financier ou autre susceptible d'exercer une influence indue sur les décisions »²²⁷¹. En France, cette idée apparaît en 2006 avec le Rapport Gélard²²⁷² avant d'être reprise par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques en 2010²²⁷³, à propos des AAI disposant du pouvoir de sanction²²⁷⁴. Dans le rapport de sa Commission Europe de mai 2012, le Club des juristes proposait également d'instaurer un déontologue commun à l'ensemble des autorités de régulation²²⁷⁵. Ce mouvement s'est traduit par la loi de 2013 relative à la transparence de la vie publique²²⁷⁶ qui englobe à la fois les élus et les autorités indépendantes et vient ainsi imposer des règles de déontologie aux membres des collèges des ARN que la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) est chargée de contrôler.

Parmi ces différentes sources, il est possible de distinguer deux grandes règles de déontologie favorisant l'impartialité des membres des ARN : l'obligation de déclarer sincèrement les intérêts détenus dans les secteurs régulés (1) et l'obligation de se déporter en cas de risque de conflit d'intérêts (2). La combinaison de ces deux règles déontologiques vise à anticiper certains cas d'impartialité personnelle difficilement prévisibles puisque devant faire l'objet d'un contrôle au cas par cas.

1. La déclaration d'intérêts

Il peut paraître inutile d'imposer des déclarations d'intérêts aux membres des ARN pour lesquelles il existe déjà des règles d'incompatibilités. En effet, dès lors qu'un commissaire ne peut posséder d'intérêts dans une entreprise régulée, toute déclaration semble inutile. La déclaration d'intérêts viserait donc essentiellement les membres des ARN dont il

²²⁷¹ Committee on Standards in Public Life, First Report of the Committee on Standards in Public Life, 1995, p. 14.

²²⁷² P. GELARD, Rapport sur les autorités administratives indépendantes, op.cit, Recommandations n°25 et n°26, p. 115-116.

²²⁷³ R. DOSIERE et C. VANNESTE, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, op. cit., tome 1 , Recommandation n°17, p. 123.

²²⁷⁴ En France, au nombre des autorités administratives indépendantes disposant du pouvoir de sanction figurent essentiellement les autorités de régulation. Voir Club des juristes, Des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives, op.cit, p. 5.

²²⁷⁵ Club des juristes, Des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives, op.cit, Propositions n°4 et n°5, p. 17.

²²⁷⁶ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, op. cit.

n'est prévu aucune règle d'incompatibilités, ou des règles incomplètes, comme le sont notamment un bon nombre d'autorités de régulation financière à propos des incompatibilités patrimoniales et par anticipation. Même dans les autres cas, le recours à une déclaration d'intérêts est pourtant utile dans la mesure où les règles d'incompatibilités ne suffisent pas à prévenir tous les conflits d'intérêts.

D'abord, la déclaration d'intérêts s'inscrit dans une « temporalité multiple »²²⁷⁷ puisque le risque de conflit s'apprécie durant le mandat mais également au regard des intérêts passés et futurs. Pour cette raison, devraient y figurer les intérêts acquis ou possédés, mais aussi les activités professionnelles ayant donné lieu à rémunération ou gratification exercées au cours des années précédant la nomination. Ce type d'obligation n'existe pas dans les règles d'incompatibilités et on la retrouve peu dans les déclarations d'intérêts imposées par les codes internes aux ARN, puisque ceux-ci ne concernent que les intérêts détenus à la date de la nomination. L'article 9 du règlement intérieur de la CRE indique ainsi que conformément au code de l'énergie²²⁷⁸, « chaque membre du collège, à son entrée en fonction, signe une déclaration d'intérêts ». Les codes de déontologie de l'Ofcom ou de l'AEEG ne font également aucune référence aux professions exercées avant l'entrée en fonction. A l'inverse, la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique dispose que tous les intérêts détenus et les professions exercées durant les cinq années précédant la nomination d'un commissaire doivent être déclarés à la HATVP²²⁷⁹. En Espagne, la récente loi 3/2015 impose également que soit transmise au Bureau des conflits d'intérêts (Oficina de Conflictos de Intereses) une déclaration d'intérêts des commissaires comprenant « les fonctions occupées pendant les deux années précédant leur prise de fonction »²²⁸⁰. Il est important que les fonctions exercées avant la nomination soient déclarées. En effet, un membre de l'ARN pourrait se voir amené à se prononcer, au cours d'une affaire portée devant le collège dont il fait désormais partie, sur le cas d'une entreprise dans laquelle il avait des actions ou dans laquelle il exerçait certaines fonctions à la date de la prise de la décision litigieuse. On peut donc se réjouir que ces intérêts passés soient déclarés, de telle sorte que tout conflit potentiel avec des fonctions autrefois exercées puisse être anticipé.

²²⁷⁷ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, 26 janvier 2011, p. 18.

²²⁷⁸ Art. L 132-2 du code de l'énergie : « chaque membre du collège fait une déclaration d'intérêts au moment de sa désignation ».

²²⁷⁹ Art. 11, §6 de la loi du 11 octobre 2013.

²²⁸⁰ Art. 17, §1 de la loi 3/2015.

Ensuite, l'intérêt détenu doit être personnel, c'est à dire détenu directement ou indirectement par l'intéressé. Les membres des commissions de recours de l'ACRE²²⁸¹ et des AES²²⁸² s'engagent ainsi à agir au service de l'intérêt public et dans un esprit d'indépendance, et « font à cette fin une déclaration d'engagement ainsi qu'une déclaration d'intérêt qui indique soit l'absence de tout intérêt qui pourrait être considéré comme préjudiciable à leur indépendance, soit tout intérêt direct ou indirect qui pourrait être considéré comme préjudiciable à leur indépendance ». Il s'agit des intérêts détenus par le commissaire lui-même mais ces intérêts peuvent également concerner sa famille, ses parents, conjoint et enfants. Le code de déontologie de l'ARCEP précise ainsi que « les termes "directe ou indirecte" qui figurent à l'article L. 131 du code des postes et des communications électroniques pourraient conduire à appliquer les interdictions au-delà de la seule personne des membres de l'ARCEP ». En Italie, au nombre des obligations de transparence prévues dans le code d'éthique de l'AGCOM, figure ainsi l'obligation pour chaque membre du collège d'« informer le président de l'autorité des intérêts que lui, son conjoint et ses parents jusqu'au second degré possèdent dans les entreprises régulées (...) par l'autorité »²²⁸³. A l'inverse des intérêts familiaux, il est beaucoup plus délicat d'appréhender la question des intérêts des proches et des amis : pour apprécier si de tels intérêts peuvent être regardés comme problématiques, sans donner lieu à des dérives peu souhaitables, il convient d'avoir une approche au cas par cas, tenant compte de l'intensité des liens amicaux, ainsi que de la nature des intérêts en cause. Il est donc rare que ce type d'intérêts doive être déclaré. On en retrouve toutefois quelques exemples, comme dans le code d'éthique de l'AEEG, qui indique que « si l'employé a des contacts avec des personnes travaillant dans les domaines de l'Autorité et qui sont les bénéficiaires potentiels de son intervention, le membre doit en aviser immédiatement le président de l'autorité lorsque les circonstances d'un conflit d'intérêts apparaissent »²²⁸⁴. Dans le Code of conduct de l'Ofcom, l'article 20 dispose quant à lui que « avant chaque délibération, les membres doivent déclarer tout intérêt ou connexion direct et indirect qu'ils peuvent avoir. Les intérêts déclarés ne sont pas seulement financiers, mais impliquent également les avantages matériels. Les amitiés personnelles peuvent également constituer une connexion ».

²²⁸¹ Art. 18, §7 du règlement n° 713/2009.

²²⁸² Art. 59, §6 des règlements instituant les AES.

²²⁸³ Art. 18 du Code d'éthique de l'AGCOM (*Codice etico dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, délibération n° 577/10/CONS du 11 novembre 2010).

²²⁸⁴ Art. 6 §3 du Code d'éthique de l'AEEG.

Complément idéal aux incompatibilités, la déclaration d'intérêts permet également en leur absence de bénéficier d'un aperçu des potentiels conflits d'intérêts dans lesquels peuvent se trouver les membres des ARN. C'est sur ce dispositif déclaratif que s'appuie la seconde règle déontologique, l'obligation d'abstention.

2. L'obligation de se déporter

L'obligation d'abstention ou obligation de déport implique qu'aucun membre des collèges des ARN ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle il aurait un intérêt personnel direct ou indirect. La portée de cette obligation est fortement liée à celle des règles d'incompatibilités. Quand des règles d'incompatibilités professionnelles ou patrimoniales s'appliquent en cours de mandat, l'obligation de s'abstenir s'observe surtout au regard des intérêts détenus avant et après la durée du mandat. Cette obligation se réduit également lorsque les commissaires sont soumis à des incompatibilités par anticipation. Pour la plupart des ARN, la référence à l'obligation d'abstention reste pour cette raison assez générale. L'article 9 du RI de la CRE dispose ainsi simplement que « lorsqu'il peut exister un risque de mise en cause de l'impartialité d'un membre du collège lors de l'examen d'une affaire, le membre concerné ne doit pas participer à son examen et à la délibération s'y rapportant ». En revanche, en l'absence d'incompatibilités professionnelles ou patrimoniales durant le mandat, l'obligation de déport ne constitue plus une garantie supplémentaire mais bel et bien la seule garantie de l'impartialité personnelle des commissaires. Les membres de l'ARN doivent alors s'abstenir de participer aux délibérations de l'autorité concernant une affaire dans laquelle il a eu, il aura ou il détient des intérêts. L'abstention s'étend ainsi aux professions, intérêts et mandats détenus ou exercés avant, pendant et potentiellement après son mandat de commissaire.

De ce point de vue, le cas des régulateurs financiers français est particulièrement intéressant. Si les membres de l'ACPR sont astreints à un régime d'incompatibilités, ce n'est pas le cas de ceux de l'AMF. Pour cette raison, le code monétaire et financier dispose qu'« aucun membre de l'Autorité des marchés financiers ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle lui-même ou, le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il a, au cours des deux années précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat, a ou a eu un intérêt au cours de la même période. Il ne peut davantage participer à une délibération

concernant une affaire dans laquelle lui-même ou, le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il a, au cours des deux années précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat, a représenté une des parties intéressées au cours de la même période »²²⁸⁵. Combinée avec l'article 111-5 du RG de l'AMF²²⁸⁶, cette obligation d'abstention vise donc les membres de l'autorité ayant eu des intérêts ou exercé des fonctions dans la société sur laquelle porte la délibération au cours des deux dernières années. Les risques de conflit d'intérêts et d'atteinte à l'impartialité personnelle des membres du collège seraient donc à première vue encadrés et limités par cette règle. Telle ne fut pas la position du Conseil d'Etat qui fut amené en 2006 et 2007 à déclarer à plusieurs reprises que des membres de la commission des sanctions de l'AMF méconnaissaient le principe d'impartialité en raison de leur intervention dans des affaires. A ainsi suscité un doute de conflit d'intérêts : le fait qu'un membre de la commission des sanctions ait embauché la personne poursuivie au sein d'une société dont il était le fondateur²²⁸⁷, le fait que l'un des membres de la formation de la commission des sanctions qui a pris la décision attaquée appartenait au comité exécutif d'un groupe bancaire français dont l'une des filiales était impliquée dans un différend financier persistant avec le requérant²²⁸⁸, et le fait que le rapporteur de la commission des sanctions désigné pour instruire une affaire devant la commission des sanctions était l'administrateur de l'un des principaux concurrents de la société requérante à l'époque des faits reprochés²²⁸⁹. En réponse à cette jurisprudence, le législateur français a ajouté aux articles L 621-15 et L 612-38 du CMF la possibilité de récuser un membre des commissions des sanctions de l'AMF et de l'ACPR « s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute l'impartialité de ce membre ». Le commissaire récusé peut alors accéder à la demande, ou s'y opposer. Dans ce cas, ce sera à la Commission des sanctions de statuer sans la présence du membre concerné²²⁹⁰.

En l'absence de règles d'incompatibilités, l'obligation d'abstention et la possibilité de récuser un membre de la commission de sanction permettent aux membres des autorités de régulation de se placer dans une situation d'indépendance à l'égard des entreprises régulées.

²²⁸⁵ Art. L. 621-4 du CMF. Même en présence de règles d'incompatibilités, les membres de l'ACP sont également soumis à une obligation de déport similaire à celle des membres de l'AMF (art. L 612-10 du CMF).

²²⁸⁶ Art. 111-5 du RG de l'AMF : « lorsque, au vu de l'ordre du jour du collège, d'une commission spécialisée, de la commission des sanctions ou d'une section de celle-ci, un membre de l'AMF constate qu'il ne peut délibérer, en vertu de l'article L. 621-4 du code monétaire et financier, il en informe le président de la formation concernée ».

²²⁸⁷ CE, 27 octobre 2006, Parent, n° 276069, n° 277198 et n° 277460.

²²⁸⁸ CE, 30 mai 2007, Société Europe finances et industries, n° 293408 et n° 288538.

²²⁸⁹ CE, 26 juillet 2007, Global Equities, n° 293908, n° 293626, n° 293627 et n° 293624.

²²⁹⁰ Art. R 621-39-8 et R 612-43 du CMF.

Mais même en leur présence, de telles garanties devraient s'imposer à toutes les autorités de régulation. Les règlements instituant les AES et l'ACRE ont d'ailleurs pris cette initiative en généralisant au sein des quatre agences la procédure de récusation à l'égard des membres des commissions de recours²²⁹¹. Une démarche qu'invitait également à suivre le Club des juristes dans le rapport de sa Commission Europe de mai 2012²²⁹². Le think tank juridique proposait ainsi d'interdire à tout membre ou agent d'une autorité d'intervenir dans une procédure d'enquête ou de sanction impliquant une entité au sein de laquelle il a exercé une activité professionnelle depuis moins de cinq ans, et de lui imposer de se retirer du dossier en cas de conflit d'intérêts, quelle qu'en soit la cause et l'ancienneté du facteur générateur, et de mettre en place une procédure de récusation des membres de l'organe de sanction pour chaque ARN dotée de ce type de pouvoir. L'initiative est intéressante dans la mesure où il n'existe que peu de moyens de garantir l'impartialité des commissaires au regard des fonctions exercées avant leur mandat. En Europe, seul le législateur portugais a introduit pour les membres de son autorité de régulation des communications électroniques une incompatibilité entre le mandat de commissaire et des fonctions exercées avant ce mandat, puisqu'il est prévu qu'« il ne peut être nommé un membre qui est, ou a été, employé d'un organe de gestion ou de direction d'une entreprises de l'industrie des communications dans les deux dernières années, ou qui est, ou a été, employé permanent de celle-ci avec des fonctions de gestion dans la même période de temps »²²⁹³. Sans privilégier une interdiction aussi stricte qui semble extrêmement contraignante même pour d'anciens professionnels, il ne fait aucun doute qu'imposer cette obligation d'abstention permettrait de prévenir certains conflits d'intérêts qu'il est encore difficile d'anticiper aujourd'hui. On peut d'ailleurs être surpris que cette obligation de déport ne s'apprécie qu'au regard « des deux années précédant la délibération » alors même que la commission des sanctions de l'AMF peut être saisie de faits remontant à trois ans²²⁹⁴. On peut également regretter que ces propositions n'aient pas été suivies d'effet dans la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Celle-ci dispose simplement à son article 2 que « lorsqu'ils estiment se trouver dans une (...) situation [de conflit d'intérêts] (...),

²²⁹¹ Art. 59, §4 des règlements instituant les AES et art. 18, §5 du règlement n° 713/2009 instituant l'ACRE.

²²⁹² Club des juristes, *Des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives*, op.cit, Propositions n°1 et n°3, p. 15. La doctrine réserva un accueil partagé à ces propositions. La plupart des auteurs s'accordent toutefois à dire que ces propositions relatives à l'abstention et la récusation sont d'une grande richesse. Voir : G. ECKERT, « Pour un régime commun des sanctions prononcées par les autorités de concurrence et de régulation sectorielle », op. cit., p. 813 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Remarques sur "des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives" », Bull. Joly Bourse, 01 septembre 2012 n° 9, p. 330.

²²⁹³ Art. 18, al. 8 du Décret-loi n° 39/2015 instituant l'ANACOM.

²²⁹⁴ Art. L 621-15 du CMF.

les membres des collèges d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante s'abstiennent de siéger ». Lier cette obligation de déport à la durée de la déclaration d'intérêts aurait été une solution. En revanche, on peut se féliciter des dispositions du code des transports applicables aux membres du collège de l'ARAFER, puisqu'il est prévu que « sans préjudice de la possibilité, pour tout membre du collège, de se déporter dans toute affaire dans laquelle il l'estimerait nécessaire, aucun membre ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle il a eu un intérêt au cours des trois années précédant la délibération ; cette interdiction s'applique également lorsque, au cours de la même période, un membre a détenu un mandat ou exercé des fonctions de direction, de conseil ou de contrôle au sein d'une personne morale ayant eu intérêt à cette affaire ». Si rien n'est prévu pour la commission des sanctions de l'ARAFER, tout comme pour celle de la CRE, c'est parce que celles-ci, au contraire de celles de l'AMF et de l'ACPR, ne sont composées que de magistrats, ce qui exclut en principe des conflits d'intérêts liés à l'exercice de fonctions passées. Pour les deux autorités de régulation financière en revanche, une extension de l'obligation d'abstention permettrait de rendre moins perfectible cette garantie²²⁹⁵.

L'utilisation actuelle des règles déontologiques applicables aux membres des ARN impose enfin deux séries de remarques. D'abord, l'idée de développer des règles de déontologie communes à toutes les ARN permettrait de bénéficier d'une meilleure visibilité en termes d'impartialité personnelle des membres. Au Royaume-Uni, afin de respecter les Seven Principles of Public Life, les NDPB doivent par exemple dresser un code de déontologie en s'appuyant sur un modèle donné par le Cabinet Office²²⁹⁶. Plusieurs pays comme la France, l'Espagne ou la Roumanie ont également franchi un pas important en imposant des règles communes à leurs hauts fonctionnaires, élus, et membres des collèges d'AAI. En France toutefois, le « corpus déontologique » de la loi de 2013 doit être complété car il ne satisfait que partiellement aux recommandations de la doctrine²²⁹⁷. A l'échelle de l'UE, plusieurs agences européennes de régulation ont également imposé des guides de bonnes pratiques communs (les guidelines) aux ARN de leur secteur. C'est notamment le cas

²²⁹⁵T. DE RAVEL D'ESCLAPON, « Impartialité et indépendance des autorités de régulation bancaire en droit français », RLDA, 2011, p. 61 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard des opérateurs régulés », op. cit., p. 675.

²²⁹⁶ Model Code of Practice for Board Members of Advisory Non-Departmental Public Bodies, accessible sur le site <http://www.parliament.uk>.

²²⁹⁷ P. GELARD, Rapport d'information n° 616 sur les autorités administratives indépendantes, Sénat, 11 juin 2014, p. 45.

de l'AEMF à l'égard des autorités de régulation nationales des marchés financiers²²⁹⁸. Les membres des autorités européennes de surveillance elles-mêmes sont d'ailleurs toutes les trois soumises à un code de déontologie identique. Ensuite, les règles de déontologie ne sont rien sans un régime de sanction applicable en cas de méconnaissance de ces règles. L'impact sur les décisions de la commission des sanctions est important, mais que risque le membre ayant contrevenu à ces règles ? En France, la loi du 11 octobre 2013 indique que constatant un manquement à l'obligation de déclaration d'intérêts ou à celle d'abstention, la HATVP informe du manquement le président de l'ARN²²⁹⁹. C'est lui, selon les procédures autorisées par la loi, qui engagera ou non des sanctions à son égard. Si pour les membres de l'ACP ou de la CRE, le collège pourra entamer une procédure de révocation, ce n'est pas le cas pour l'ARCEP ou l'AMF. Une telle méconnaissance de ces obligations devrait alors peut-être figurer parmi les causes objectives ou les « manquements graves » susceptibles de révocation.

²²⁹⁸ Voir : A. BOUJEKA, « Vers un modèle de régulation des marchés financiers dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 1355.

²²⁹⁹ Art. 22 de la loi du 11 octobre 2013.

Section 2. L'indépendance fonctionnelle en cours de généralisation

L'indépendance fonctionnelle correspond aux moyens offerts aux autorités de régulation afin que celles-ci exercent leurs pouvoirs de manière libre. Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, cette indépendance fonctionnelle, qui s'apprécie tant au regard de l'absence de pouvoirs hiérarchique et de tutelle, c'est à dire dans la prise de décision de l'autorité (I), que de la liberté de gestion et de fonctionnement qui leur est octroyée (II), semble en cours de généralisation.

I. L'affirmation de l'indépendance dans la prise de décision

L'indépendance dans la prise de décision signifie l'absence de relation hiérarchique, de tutelle ou de contrôle de la part du pouvoir politique sur le régulateur²³⁰⁰, qu'il s'agisse de régulateurs nationaux (A) ou européens (B).

A. L'indépendance des ARN dans leur prise de décision

Longtemps, rien n'a interdit au pouvoir politique d'encadrer l'action des autorités de régulation nationales en émettant des orientations ou en annulant certaines de leurs décisions²³⁰¹. En conséquence, l'étendue de l'indépendance fonctionnelle des ARN dans leur prise de décision était laissée à la discrétion des législateurs nationaux. En même temps que l'indépendance organique à l'égard du pouvoir politique s'est accrue, le droit de l'Union a souhaité garantir l'indépendance fonctionnelle des ARN. Toutefois, si une indépendance fonctionnelle vis-à-vis des Etats membres est en théorie consacrée (1), une dépendance à l'égard de la Commission subsiste dans certains secteurs (2).

²³⁰⁰ E. VÍRGALA FORURIA, « Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI : su independencia (especial referencia al caso español) », op. cit., p. 189.

²³⁰¹ M. THATCHER, *Governance structures and health technology assessment agencies: a comparative approach*, Department of Government, London School of Economics and Political Science, London, 2010, p. 15 : « although IRAs are independent of elected politicians, that independence is limited ie formal independence is a and elected politicians continue to enjoy formal controls over IRAs. These controls can include the power to issue guidance to IRAs (...), to overturn agency decisions and to set agency budgets and resources ».

1. La consécration de l'indépendance vis-à-vis des Etats membres

L'indépendance des ARN dans leur prise de décision vise à mettre fin à deux types d'entraves à l'indépendance fonctionnelle exercées par le pouvoir exécutif. La première entrave touche à l'exercice par les ARN de leurs compétences indépendamment d'instructions ministérielles. Si des difficultés subsistent dans certains Etats membres dans lesquels les autorités de régulation sont soumises au pouvoir hiérarchique des ministres, ce type d'entrave à l'indépendance fonctionnelle des ARN est aujourd'hui proscrit par le droit de l'Union dans l'essentiel des secteurs soumis à régulation. La seconde entrave touche à l'exercice par les ARN de leurs compétences indépendamment des ingérences de l'exécutif sur le processus décisionnel. Ainsi, et comme le rappelait en substance l'ancienne conseillère à la CMT Gloria Calvo Diaz, la véritable clé de voute de l'indépendance fonctionnelle du régulateur consiste à avoir comme seul contrôle sur les actes celui exercé par le juge²³⁰². Pour cette raison, l'ARN ne doit ni recevoir l'aval de l'exécutif avant de prendre une décision, ni devoir recevoir l'assentiment de celui-ci pour que ses décisions soient exécutoires.

a. L'exercice des compétences des ARN à l'abri de toute instruction

i. Le principe de l'indépendance des ARN à l'égard des instructions

Longtemps, l'indépendance des ARN vis-à-vis des instructions ne bénéficiait d'aucune garantie spécifiquement accordée par le droit de l'Union²³⁰³. La situation a toutefois profondément changé depuis l'entrée en vigueur des directives de 2009 relatives à la régulation des réseaux et la création du MSU en 2013 dans le secteur financier. Si le Portugal a unifié les règles d'indépendance fonctionnelle de tous ses régulateurs par la loi-cadre de 2013²³⁰⁴, dans la plupart des Etats membres, la possibilité pour les ARN de ne pas se soumettre aux instructions ministérielles dépend fortement des obligations imposées secteur par secteur par le droit dérivé de l'UE.

²³⁰² G. CALVO DIAZ, « El mercado de las telecomunicaciones : la experiencia de un proceso liberalizador. Abogacía General del Estado », in Dirección Del Servicio Jurídico Del Estado, XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores, Madrid: Ministerio de Justicia, 2009, p. 215 : « la verdadera clave de bóveda es el control exclusivamente jurisdiccional de nuestras decisiones ».

²³⁰³ Ibid.

²³⁰⁴ Art. 6 de la Loi-cadre n° 67/2013 du 28 aout 2013.

Dans les secteurs des industries de réseaux, cette indépendance à l'égard des instructions est clairement actée par le droit dérivé. Ainsi, les autorités de régulation nationales des communications électroniques « responsables de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises (...) agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées »²³⁰⁵. Une formule proche est également prévue dans la directive 2012/34/UE qui dispose que les autorités de contrôle nationales du secteur ferroviaire « ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exercice des fonctions de l'organisme de contrôle »²³⁰⁶. Enfin, dans les secteurs de l'énergie, les membres des régulateurs nationaux sont directement visés par cette protection puisque « l'autorité de régulation veille à ce que son personnel et les personnes chargées de sa gestion (...) ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation »²³⁰⁷.

Ces directives ont incité plusieurs législateurs nationaux à modifier les règles concernant leurs ARN afin de garantir leur indépendance fonctionnelle, en leur interdisant de demander ou de recevoir des instructions ministérielles²³⁰⁸. Au Luxembourg, la loi du 26 juillet 2010²³⁰⁹ a modifié l'article 5 de la loi de 2005 instituant l'ILR, lequel dispose désormais que « dans l'exercice des pouvoirs et dans l'accomplissement des missions et des devoirs qui leur ont été conférés dans le domaine de la régulation, ni l'Institut luxembourgeois de régulation, ni un membre de ses organes ne peuvent solliciter ni accepter des instructions des institutions ou organes de l'Union européenne, des gouvernements des Etats membres ou de tout autre organe ». En Belgique, la loi instituant la CREG a elle aussi été modifiée en 2012²³¹⁰ pour ajouter que « la commission veille à ce que son personnel et les personnes chargées de sa gestion (...) b) ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction directe d'aucun

²³⁰⁵ Article 3 §3 bis de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE.

²³⁰⁶ Art. 55 §3 de la directive 2012/34/UE.

²³⁰⁷ Art. 35 §4 b) de la directive 2009/72/CE et art. 39 §4 b) de la directive 2009/73/CE.

²³⁰⁸ En France, l'interdiction de demander ou recevoir des instructions est affirmée aux articles L 131 du CPCE, L 133-6 du code de l'énergie et L 2132-11 du code des transports.

²³⁰⁹ Loi du 26 juillet 2010 portant modification de la loi modifiée du 30 mai 2005 portant : 1) organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation ; 2) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat, Mémorial A n° 132, 12 août 2012, p. 2184.

²³¹⁰ Loi du 8 janvier 2012 portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, MB n° 2011011466, 11/1/2012, p. 199.

gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution de leurs missions »²³¹¹. Lorsqu'une autorité de régulation fut créée après l'entrée en vigueur des directives, on retrouve même de manière systématique ce type de formule, comme pour la MEKH en Hongrie²³¹², pour l'URSO en Slovaquie²³¹³ ou pour la CNMC en Espagne²³¹⁴. Enfin, c'est parfois le juge national qui est à l'origine d'une modification de la loi²³¹⁵, comme aux Pays-Bas, où la Cour d'appel du commerce et de l'industrie a annulé une décision prise par le régulateur néerlandais de l'énergie pour ingérence du ministre des affaires économiques dans le processus de prise de décision relatif à la réglementation des tarifs appliqués par le gestionnaire du réseau de transport du gaz. Le juge estima qu'en donnant des instructions, le ministre avait porté atteinte à l'indépendance donnée par le droit de l'Union à l'organisme²³¹⁶. Si ces exigences ne furent pas immédiatement transposées dans les législations sectorielles, la loi de 2013 instituant l'Autoriteit Consument & Markt précise clairement que « les membres et le personnel de l'ACM ne demandent et n'acceptent aucune instruction »²³¹⁷.

Dans les secteurs financiers, la situation est moins homogène dans la mesure où la référence à une indépendance à l'égard des instructions n'est imposée que dans le cadre du règlement 1024/2013 à l'égard des autorités de surveillance prudentielle participant au Mécanisme de surveillance unique : « dans l'accomplissement des missions que leur confie le présent règlement, la BCE et les autorités compétentes nationales agissant au sein du MSU agissent de manière indépendante. Les membres du conseil de surveillance et du comité de pilotage agissent en toute indépendance et objectivité dans l'intérêt de l'ensemble de l'Union et ne sollicitent ni ne suivent aucune instruction des institutions ou organes de l'Union, des

²³¹¹ Art. 23, §5 de la loi du 29 avril 1999 modifiée relative à l'organisation du marché de l'électricité.

²³¹² §13, al.2 de la Loi 2013/22 instituant l'autorité hongroise de régulation de l'énergie et des services publics : « les membres de l'autorité ne peuvent recevoir aucune instruction d'aucun organe public ou privé ».

²³¹³ Section 5, §8 et section 7, §11 de la Loi n° 250/2012 du 31 juillet 2012 sur la régulation des industries de réseaux : « le président de l'Office / les membres du Conseil dans l'exercice de leurs fonctions doivent agir de façon indépendante des instructions des pouvoirs publics, des autorités municipales, d'autres autorités publiques et des autres personnes »

²³¹⁴ Art. 3, §2 de la Loi 3/2013 instituant la CNMC : « dans l'exercice des fonctions qui leur sont assignées par la loi, sans préjudice de la collaboration avec d'autres organismes et des orientations de politique générale du gouvernement (...), ni le personnel ni les membres des organes de la Commission nationale des marchés et de la concurrence ne peuvent solliciter ni accepter d'instructions d'aucune entité publique ou privée ».

²³¹⁵ A. OTTOW, « The Different Levels of Protection of National Supervisors' Independence in the European Landscape », in S. COMTOIS and K.J. DE GRAAF (dir.), *On Judicial and Quasi-Judicial Independence*, Den Haag: Eleven International Publishing, 2013, p. 139.

²³¹⁶ *College van Beroep voor het bedrijfsleven, 29/06/2010, EnergieNed and VEMW v. Raad van Bestuur van de NMa*, NJB 2010, p. 1499.

²³¹⁷ Art. 9 al.2 de la loi du 28 février 2013 instituant l'ACM.

gouvernements des États membres ni d'autres organismes publics ou privés ». Quant aux autorités de régulation financière non membre du MSU, rien n'indique dans le droit de l'UE qu'elles doivent agir sans recevoir d'instructions de la part de leur gouvernement. Comme pour leur indépendance organique, l'indépendance fonctionnelle de ces autorités est donc largement soumise à la discrétion des exécutifs nationaux. En conséquence, l'indépendance fonctionnelle des banques centrales, des autorités de supervision prudentielle étant rattachées à celles de la zone euro, comme l'ACPR en France, et des autorités de supervision prudentielle non rattachées à la Banque centrale de leur Etat mais membres de la zone euro, comme la BaFin en Allemagne, est normalement garantie et protégée. Ce n'est à l'inverse ni le cas pour les quelques autorités de régulation financière situées hors de la zone euro, comme la FCA et la PRA au Royaume-Uni, ni le cas pour les autorités non rattachées aux Banques centrales ayant comme seul objectif de réguler les marchés financiers, comme l'AMF en France²³¹⁸ ou la CONSOB en Italie²³¹⁹. On trouve toutefois une référence à l'indépendance des autorités compétentes membres des AES dans les règlements instituant ces dernières, mais il n'est nulle part fait mention précise d'une indépendance vis-à-vis d'instructions²³²⁰. C'est pourquoi l'étendue de l'indépendance fonctionnelle de ces autorités doit être analysée en filigrane des récents arrêts de la CJUE interdisant la tutelle exercée par les gouvernements allemand et autrichien sur les autorités de contrôle des données personnelles de ces deux Etats²³²¹.

ii. Des difficultés d'ordre constitutionnel en Allemagne et en Autriche

Si la législation européenne a imposé que certains régulateurs ne soient pas soumis aux instructions ministérielles, la législation de plusieurs Etats n'est toutefois pas encore entrée en conformité avec les directives et règlements précités. A ce titre, le Royaume-Uni témoigne d'un véritable paradoxe : les lois instituant les autorités de régulation des secteurs des communications électroniques et de l'énergie ne respectent pas les obligations des directives de 2009 en restant soumises aux instructions ministérielles, à l'inverse de celles instituant les autorités de régulation financière, lesquelles ne sont pourtant soumises à aucun impératif d'indépendance fonctionnelle issu du droit dérivé. Ainsi, « il est du devoir de l'Ofcom d'exercer ses fonctions conformément aux directives générales ou spécifiques qui

²³¹⁸ O. DELOUVREUR, « L'indépendance de l'Autorité des marchés financiers », op. cit., p. 757.

²³¹⁹ F. MARTUCCI, « L'indépendance des autorités de régulation en Italie », op. cit., p. 728.

²³²⁰ Cons. 41 des règlements instituant les AES.

²³²¹ Voir supra, pp. 410 et s.

pourraient leur être données par le secrétaire d'État »²³²², et celui-ci peut donner des orientations sociales et environnementales à l'OFGEM et suggérer les moyens par lesquels l'autorité pourrait contribuer à remplir ces objectifs²³²³. A l'opposé, le Financial Services Act interdit aux membres de la FCA et de la PRA de recevoir des instructions de la part des pouvoirs publics²³²⁴.

C'est également le cas en Allemagne et en Autriche, où les autorités de régulation nationales sont soumises à des instructions hiérarchiques au regard d'une obligation constitutionnelle s'imposant à toutes les administrations. En effet, en Allemagne et en Autriche, l'indépendance d'un organe administratif à l'égard du pouvoir politique se caractérise par sa capacité à prendre des décisions de manière autonome (Entscheidungsautonomie). Dans ces deux Etats, cette possibilité est encadrée de manière très stricte dans la mesure où elle s'oppose au « principe démocratique », connu en France sous l'appellation de « chaîne de légitimité ». La loi fondamentale allemande (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - GG)²³²⁵ et la Constitution fédérale autrichienne (Bundes-Verfassungsgesetz - B-VG)²³²⁶ imposent en effet à l'administration de s'organiser de manière hiérarchique de telle sorte que toute activité de l'Etat doit être susceptible de provenir directement ou indirectement de la volonté du peuple. Ce faisant, la responsabilité de l'administration devant les organes élus est extrêmement forte, et les organes administratifs sont soumis aux instructions des ministres, eux-mêmes responsables devant les chambres parlementaires. Or, dès lors que les autorités de régulation sont des organes administratifs, l'indépendance à l'égard des instructions prévue dans les directives de 2009 et 2012 et dans le règlement de 2013 s'oppose fermement à cette conception hiérarchique des administrations allemande et autrichienne. La BNetzA par exemple, qui est liée par les instructions du

²³²² Section 5 §2 de l'Office of Communications Act 2003. La Section 5 §3 précise que « le Secrétaire d'Etat peut donner des instructions (A) dans l'intérêt de la sécurité nationale ; (B) dans l'intérêt des relations avec le gouvernement d'un pays ou territoire étranger ; (C) dans le but d'être en conformité avec les obligations internationales du Royaume-Uni ; (D) dans l'intérêt de la sécurité du public ou de la santé publique ».

²³²³ Section 10 §1 et 14 §1 de l'Utilities Act 2000 : « The Secretary of State shall from time to time issue guidance about the making by the Authority of a contribution towards the attainment of any social or environmental policies set out or referred to in the guidance ».

²³²⁴ Annexe 3 du Financial Services Act 2012, 1ZA FCA, §3, al. 4 a) et b) pour la FCA : « the terms of service of an appointed member must be such as a) to secure that members is not subject to direction by the Treasury or the Secretary of State, b) to require members not to act in accordance with the directions of any other person » ; Annexe 3 du Financial Services Act 2012, 1ZB, PRA, §11, al. 2 a) et b) pour la PRA : « the terms of service of an appointed member must be such as a) to secure that members is not subject to direction by the Bank, b) to require members not to act in accordance with the directions of any other person ».

²³²⁵ Art. 20, §2 GG.

²³²⁶ Art. 1 B-VG.

ministre de l'économie et de la technologie²³²⁷, ne remplit donc pas les conditions imposées par les directives²³²⁸.

La difficulté rencontrée vient de l'obligation constitutionnelle pour l'administration de se soumettre aux instructions des organes hiérarchiquement supérieurs. En Autriche, l'article 20 §1 al. 2 de la Constitution fédérale dispose ainsi que « les organes chargés de fonctions administratives sont responsables devant leurs supérieurs²³²⁹ dans l'exercice de leurs fonctions et sont, sauf disposition contraire prévue à l'article 20 §2, liés par leurs instructions ». Ces instructions, qui sont considérées comme des ordres inhérents aux relations de droit public (befehle) entre les organes administratifs supérieurs et les organes qui leurs sont subordonnés, s'imposeraient aux autorités de régulation. En Allemagne à l'inverse, le principe n'est pas prévu expressément dans la Loi fondamentale, même si certaines dispositions placent la Cour fédérale des comptes²³³⁰, les municipalités²³³¹, les stations de radio²³³² et les universités²³³³ en dehors de tout contrôle hiérarchique. La Cour constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht - BVerfG) le déduit du principe démocratique issu de l'article 20 §2 de la Loi fondamentale, qui dispose que « l'autorité de l'Etat émane du peuple. Elle est exercée par le peuple à travers des élections par les organes législatifs, exécutifs et judiciaires ». Pour le juge constitutionnel allemand, « dans une démocratie, toute autorité de l'Etat émane du peuple [...]. Cela implique que les citoyens sont en mesure d'exercer une influence réelle sur les organes de l'Etat dans l'exercice de leurs fonctions. Leurs actes doivent être fondés sur la volonté du peuple et doivent être justifiés devant eux. Le lien entre le peuple et l'exercice de l'autorité de l'Etat est établi grâce à l'élection du Parlement par le peuple, à travers les lois qui sont adoptées par le Parlement et qui servent de référence au pouvoir exécutif, par l'influence du Parlement sur les décisions politiques du gouvernement ainsi que par une soumission générale de l'administration

²³²⁷ R. ARNOLD, « Régulation économique et démocratie politique en Allemagne », in M. LOMBARD (dir.), Régulation économique et démocratie, op. cit., p. 89. Ces instructions doivent être publiées au journal officiel (art. 11 TKG et art. 61 EnWG).

²³²⁸ Bien qu'en pratique les instructions imposées aux membres de la BNetzA soient limitées, l'agence doit s'y conformer si une instruction lui est transmise. Voir : G. HERMES, « Les autorités administratives dépendantes et indépendantes, un aperçu de l'administration fédérale », op. cit., p. 123.

²³²⁹ Conformément à ce même article, les « supérieurs » sont les plus hautes autorités de la Fédération (gouvernement, ministres).

²³³⁰ Art. 114, §2 GG.

²³³¹ Art. 28, §1, al. 2 GG.

²³³² Art. 5, §1, al. 2 GG.

²³³³ Art. 5, §3 GG.

publique au gouvernement »²³³⁴. Le principe démocratique exige par ailleurs que « les fonctionnaires agissent au nom et selon les instructions du gouvernement (...) ce qui permet [à celui-ci] d'être responsable devant le peuple et le Parlement pour les tâches effectuées par ses agents publics »²³³⁵. Ce principe n'est toutefois pas total, puisque la Cour a reconnu dans son arrêt de 2009 autorisant la ratification du Traité de Lisbonne qu'il s'agissait d'un principe « ouvert au développement » (entwicklungsoffen) et « ajustable » (anpassungsfähig) quand les circonstances l'exigeaient, notamment lorsque l'Allemagne doit intégrer un ordre international ou européen²³³⁶.

Les limites à ces instructions peuvent-elles concerner les régulateurs allemands et autrichiens ? En Autriche, un élément contribue fortement à mettre en conformité les ARN avec le droit de l'Union. En anticipant l'impératif d'indépendance à l'égard du pouvoir politique, la réforme constitutionnelle de 2008 a modifié l'article 20 de la Constitution, lequel permet désormais à une loi fédérale d'autoriser certains organes administratifs fédéraux à ne plus suivre les instructions de leurs supérieurs, dès lors qu'une des conditions prévues au paragraphe 2 de ce même article est remplie. Or figurent parmi ces exceptions les organes chargés de « la sauvegarde de la concurrence et l'exercice des pouvoirs de surveillance économiques »²³³⁷ (Sicherheit des Wettbewerbs und zur Durchführung der Wirtschaftsaufsicht), ce qui garantit aux autorités de régulation économique et financière de rentrer en conformité avec le droit de l'UE²³³⁸. Pour illustration, l'actuel article 1er de la loi

²³³⁴ Cour constitutionnelle allemande, 31/10/1990, Ausländerwahlrecht zu den Hamburger Bezirksversammlungen, Aff. 2-BvF 3/89, BVerfGE 83, p. 60.

²³³⁵ Cour constitutionnelle allemande, 24/05/1995, Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein, Aff. 2-BvF 1/92, BVerfGE 93, p. 37.

²³³⁶ Cour constitutionnelle allemande, 3/06/2009, Vertrag von Lissabon, Aff. 2-BvE 2/08, BVerfGE 123, p. 267.

²³³⁷ On comprend mieux ici pourquoi dans un arrêt précité (CJUE, 16 octobre 2012, Commission européenne contre République d'Autriche, Aff. C-614/10), la Commission de protection des données autrichienne continue d'être soumise aux instructions du gouvernement, cette commission n'étant pas en charge de « la sauvegarde de la concurrence et l'exercice des pouvoirs de surveillance économique ».

²³³⁸ Avant la réforme constitutionnelle, certains régulateurs autrichiens pouvaient déjà exercer leurs compétences en dehors de tout contrôle hiérarchique dès lors que leur organe décisionnel était « un organe collégial comprenant en leur sein au moins un juge » (Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag), conformément à l'article 133 §4 B-VG. En outre, depuis la réforme constitutionnelle, une difficulté particulière pèse sur les régulateurs de services publics en réseaux, et notamment sur celui de l'énergie, puisque celui-ci était composé de deux organes, l'E-Control Kommission, organe administratif à l'abri des instructions conformément à l'art. 20 §2 B-VG, et l'E-Control GmbH, société de droit privé. La Cour constitutionnelle autrichienne avait accepté que certaines tâches administratives soient externalisées et confiées à l'E-Control GmbH, lequel était soumis aux instructions et ne pouvait pas bénéficier de la protection de l'article 20 §2 dans la mesure où il n'était pas un organe administratif. La fusion de la Kommission et de la GmbH en 2011 pour constituer un seul organe administratif indépendant, l'E-Control, permet aujourd'hui au régulateur autrichien de l'énergie d'être

instituant la Finanzmarktaufsicht (autorité autrichienne de régulation du secteur financier, la FMA) dispose ainsi que « dans l'exercice de ses fonctions, la FMA ne sera liée par aucune instruction ». En Allemagne, en qualité d'administrations fédérales²³³⁹, la BNetzA et la BaFin sont soumises aux instructions ministérielles puisqu'aucun texte n'autorise un organe administratif fédéral à s'en « libérer »²³⁴⁰. L'obligation de se conformer aux instructions pourrait toutefois être écartée par la Cour constitutionnelle allemande au profit d'un contrôle accru sur ces deux ARN²³⁴¹. Celui-ci peut prendre trois formes²³⁴². La première est de donner à un organe de l'autorité la capacité de contrôler le conseil de l'ARN. Ce peut être par exemple un rôle donné au Beirat, l'actuel organe consultatif de la BNetzA composé de membres élus. Mais aucun mécanisme de responsabilité similaire à celui organisant les rapports entre les parlementaires et le gouvernement n'existe à ce jour entre le Beirat et les organes décisionnels de la BNetzA. La seconde option serait la présence d'un juge au sein des chambres décisionnelles. Toutefois, il n'existe pas en Allemagne de disposition qui permette de libérer des instructions un organe comprenant au moins un juge, comme c'est le cas en Autriche. Certes, l'article 97 §1 de la Loi fondamentale dispose que les juges sont indépendants. Mais cette indépendance n'existe que lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur fonction au sein de l'autorité judiciaire. Les juges qui effectuent à l'inverse des tâches administratives ne permettent pas à l'autorité de s'affranchir des instructions. La troisième et dernière option serait de renforcer l'encadrement du personnel des deux autorités, en permettant au pouvoir exécutif de révoquer les membres de manière plus discrétionnaire. Il faut apprécier cette possibilité à la lumière à la fois des règles appliquées à la fonction publique et à la fois des règles de révocation des membres des conseils, qui autorisent en substance au pouvoir exécutif d'écarter les membres des deux autorités pour faute. Un assouplissement de ces règles, par exemple en élargissant la révocation « pour manquement aux devoirs » pour reprendre la formule prévue dans la loi instituant l'AFM, ou pour « mauvaise conduite » comme au Royaume-Uni pour les autorités de régulation économique, pourrait être considéré comme une possibilité de contrôle étendue qui permettrait de libérer

entièrement indépendant des instructions ministérielles. Ce n'est toujours pas le cas en revanche pour les régulateurs autrichiens des communications et des transports, qui restent des GmbH (sociétés privées).

²³³⁹ T. BACH et W. JANN, « Des animaux dans un zoo administratif : le changement organisationnel et l'autonomie des agences en Allemagne », op. cit., p. 474.

²³⁴⁰ J. WALTHER, « L'indépendance des autorités de régulation en Allemagne », op. cit., p. 696.

²³⁴¹ On parle de « droit de surveillance suffisant par rapport à la tâche de l'organe administratif pour que celui-ci soit libéré des instructions gouvernementales » (ein der Aufgabe des weisungsfreien Organes angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe).

²³⁴² N. GRIMM, The shift of energy regulatory powers under the framework of Directive 2009/72/EC, op. cit., p. 112.

les autorités des instructions ministérielles. On peut toutefois craindre que cette solution peu satisfaisante n'entame l'indépendance organique des autorités. Dans l'attente, si les autorités autrichiennes se mettent progressivement en conformité avec le droit de l'Union, ce n'est pas encore le cas des autorités allemandes.

b. La prise de décision par les ARN à l'abri de toute ingérence

A l'inverse des instructions qui visent en premier lieu à influencer les ARN lors de la prise de décision, la problématique de l'ingérence du pouvoir politique directement sur la décision pose une difficulté supplémentaire. En effet, lorsque le régulateur national doit recevoir l'aval d'un ministre pour prendre une décision, quand ce dernier doit homologuer l'acte de l'ARN ou quand il peut annuler sa décision, l'exécutif exerce véritablement l'activité de régulation et se comporte tant comme une autorité de tutelle que comme un régulateur. On pourrait imaginer que ces interférences dans l'exercice de la régulation par les ARN sont purement interdites dès lors qu'elles entrent en contradiction avec deux règles précédemment évoquées pour la régulation des réseaux : d'abord celle liée au cumul des fonctions de régulateur et d'opérateur, lorsque les Etats membres concernés sont actionnaires d'opérateurs intervenant sur les marchés régulés, ensuite celle liée à la nécessité pour les Etats membres de n'avoir qu'une seule autorité de régulation par secteur régulé. Ces deux règles sont toutefois insuffisantes dès lors que la première ne concerne pas tous les Etats membres et que la seconde ne concerne pas tous les secteurs régulés.

Serait-ce donc à l'égard d'un impératif global d'indépendance à l'égard du pouvoir politique que ce type d'ingérence doit être interdit ? Contrairement à l'interdiction de demander ou d'accepter des instructions, celle relative à l'homologation et au retrait des décisions des ARN n'est en effet pas expressément formulée dans le droit dérivé. Outre l'impératif général d'indépendance, trois dispositions tendent toutefois à interdire au pouvoir politique d'intervenir de la sorte dans la prise de décision des régulateurs des réseaux. D'abord, la directive 2009/140/CE indique que « dans l'exercice de ses fonctions, une autorité réglementaire nationale responsable de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises est à l'abri de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité dans l'appréciation des questions qui lui sont

soumises »²³⁴³. Dès lors qu'aucune intervention extérieure, et notamment politique, ne peut influencer l'ARN dans l'exercice de ses fonctions, on peut en déduire que le pouvoir politique ne peut pas, par la voix d'un ministre, soumettre à homologation ou annuler une décision du régulateur des communications électroniques. Ensuite, la directive 2009/72/CE est plus précise encore puisqu'elle dispose que les autorités de régulation de l'énergie doivent pouvoir « prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique »²³⁴⁴. Enfin, la directive 2012/34/UE impose que chaque organisme de contrôle soit « une autorité autonome juridiquement distincte et indépendante sur les plans organisationnel, fonctionnel, hiérarchique et décisionnel, de toute autre entité publique ou privée »²³⁴⁵. Ici, le recours aux termes « fonctionnel » et « décisionnel » indique clairement une volonté d'interdire toute ingérence de la part du pouvoir politique sur les décisions prises par les ARN du secteur ferroviaire.

Ces dispositions ne semblent pas toutefois empêcher les législations nationales d'autoriser les ministres à homologuer ou retirer certaines décisions de leurs ARN²³⁴⁶. En France par exemple, le dernier alinéa de l'article 36-6 du CPCE dispose que « les décisions prises [par l'ARCEP] en application du présent article sont, après homologation par arrêté du ministre chargé des communications électroniques, publiées au Journal officiel ». Même si l'homologation peut faire office d'une simple formalité visant à rendre la décision opposable aux tiers, rien n'indique en réalité qu'il ne s'agit pas pour le ministre d'un moyen d'accepter ou de rejeter l'acte pris par l'ARN²³⁴⁷. Le code des transports est d'ailleurs venu préciser la portée de l'homologation ministérielle à son article L 2131-7. Cet article dispose que « les règles formulées en application du présent article sont transmises pour homologation au ministre chargé des transports, qui se prononce dans les deux mois. L'absence de notification dans ce délai d'une opposition par le ministre vaut homologation », avant de préciser que « le refus d'homologation doit être motivé. Les règles homologuées sont publiées au Journal officiel ». On en déduit donc que l'homologation n'est pas systématique et ne constitue pas une simple « formalité ». En réalité, cette procédure d'homologation s'inscrit en total porte-à-

²³⁴³ Cons. 13 de la directive 2009/140/CE.

²³⁴⁴ Art. 35 §5a de la directive 2009/72/CE : « afin de protéger l'indépendance de l'autorité de régulation, les États membres veillent notamment à ce que (...) l'autorité de régulation puisse prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique »

²³⁴⁵ Art. 55 de la directive 2012/34/UE.

²³⁴⁶ Voir supra, pp. 223 et s.

²³⁴⁷ Voir : H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, Communications électroniques, Energie et Postes, op. cit., p. 384.

faux avec les dispositions des directives européennes. La note interprétative de la Commission relative aux directives 2009/72/CE et 2009/73/CE est venue en effet préciser que l'homologation de la décision d'une ARN portait atteinte à son indépendance. Elle dispose ainsi que « l'ARN doit être capable de prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique, public ou privé. Cela a des conséquences ex ante (avant qu'une décision soit prise) et ex post (après qu'une décision soit prise). Du point de vue ex ante, cette exigence exclut toute ingérence du gouvernement ou toute autre entité publique ou privée avant une décision de l'ARN. Elle implique également que si l'ARN rédige un programme de travail pour l'année à venir, elle devrait être en mesure de le faire de façon autonome, sans devoir demander l'approbation ou le consentement des autorités publiques ou d'autres tierces parties. L'aspect ex post de cette exigence qui consiste à avoir une ARN capable de prendre des décisions de manière indépendante signifie que les décisions de l'ARN sont immédiatement exécutoires et directement applicables, sans qu'il y ait besoin d'une approbation officielle ou du consentement d'une autre autorité publique ou d'un tiers. En outre, les décisions prises par l'ARN ne peuvent pas être soumises à l'examen, la suspension ou le droit de veto de la part du gouvernement ou d'un ministère »²³⁴⁸. S'il est possible d'avancer l'argument selon lequel cette note interprétative porte sur le seul secteur de l'énergie, la Commission a toutefois récemment poursuivi certains Etats pour défaut d'indépendance de leurs régulateurs des communications, certaines décisions de ceux-ci étant soumises à l'approbation ministérielle²³⁴⁹.

En avril 2014, la Commission européenne ouvrit ainsi une procédure d'infraction à l'encontre de la Belgique pour défaut d'indépendance de son régulateur des communications électroniques, dans la mesure où plusieurs actes pris par celui-ci devaient être approuvés par le pouvoir politique²³⁵⁰. A cette occasion, la Commission relevait que « les règles en vigueur en Belgique prévoient que le Conseil des ministres belge a le pouvoir de suspendre et de modifier certaines décisions de l'IBPT. Il doit en outre approuver le plan stratégique de ce dernier, qui s'étale sur trois ans ». En Belgique, si l'IBPT jouit d'une indépendance garantie

²³⁴⁸ Commission européenne, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, op. cit., p. 9.

²³⁴⁹ Commission européenne, Communiqué de presse, Télécommunications: la Commission poursuit la Belgique devant la Cour de justice de l'UE pour défaut d'indépendance de son régulateur national, IP/14/1145, 16/10/2014.

²³⁵⁰ Commission européenne, Communiqué de presse, Procédures d'infraction du mois d'avril: principales décisions, MEMO/14/293, 16/04/2014.

par l'article 17 §3 de la loi modifiée du 17 janvier 2003²³⁵¹, cette loi ne garantit toutefois pas l'indépendance du régulateur à la mesure de ce qui est prévu dans le droit dérivé, puisque contrairement à la CREG, il n'est par exemple pas fait référence à l'indépendance fonctionnelle, notamment à l'égard des instructions ministérielles. Ainsi, l'article 15 §1 de la loi instituant l'IBPT autorisait « le Conseil des Ministres (...), sur proposition du Ministre, par arrêté motivé, [à] suspendre l'exécution de certaines décisions » et l'article 34 al.2 imposait au « Conseil [de soumettre] le projet de plan stratégique triennal à l'approbation du Conseil des ministres ». Conformément aux propositions du Comité consultatif pour les télécommunications²³⁵², les deux dispositions qui imposaient l'aval du gouvernement durent donc être retirées par le Gouvernement belge début 2015 afin de mettre fin aux poursuites engagées par la Commission européenne²³⁵³. Comme la législation belge jusqu'à récemment, la législation française est donc contraire au droit de l'UE.

Pour la Commission, les règles permettant au gouvernement belge d'intervenir dans les décisions ou le plan triennal de l'IBPT « violent le principe d'indépendance des autorités réglementaires nationales prévu à l'article 3, paragraphe 3, point a), et à l'article 3, paragraphe 4, de la directive "cadre", qui protège l'indépendance de l'autorité réglementaire nationale chargée de la régulation des marchés et du règlement des litiges en ce qui concerne l'ensemble des tâches qui lui incombent dans le domaine des télécommunications ». Il est intéressant de noter que la Commission s'appuie ici sur l'article 3 de la directive cadre, lequel dispose à son paragraphe 3bis (ou 3a dans la version anglaise) que « les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises conformément (...) agissent en toute indépendance (...) en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire », c'est à dire sur le principe général d'indépendance vis-

²³⁵¹ L'article dispose que « les membres du Conseil sont nommés en vertu de leur compétence, de leur intégrité et de leur indépendance. Il doit être satisfait à ces conditions pendant toute la durée du mandat ».

²³⁵² Recommandations du Comité consultatif pour les télécommunications relatives aux activités de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, en exécution de l'article 4, alinéa 2, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, 17 septembre 2014, p. 2 : « le Comité se pose la question de l'opportunité des mesures de contrôle gouvernemental prévues par les articles 15 (...) et 34 (...) de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut de l'IBPT, tels que modifiés par les articles 4 et 11 de la loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques. En effet, la légalité des décisions de l'IBPT est assurée par la possibilité de recours devant la Cour d'appel de Bruxelles. Ce mécanisme a, selon l'avis du Comité, fait ses preuves ».

²³⁵³ Loi du 16 mars 2015 portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, MB, 07/04/2015, p. 20666.

à-vis du pouvoir politique. Or ce principe général est présent dans tous les actes de droit dérivé relatifs aux ARN, qu'il s'agisse des secteurs des industries de réseaux ou des secteurs financiers. Et si la CJUE ne s'est toujours pas prononcée sur la portée de l'indépendance des régulateurs des secteurs financiers et des industries de réseaux telle que prévue dans le droit dérivé, sous l'empire des anciennes directives, elle a déjà condamné plusieurs Etats membres pour avoir réduit les compétences de leurs ARN²³⁵⁴ ou pour avoir imposé une approbation ministérielle préalable des méthodologies utilisées pour calculer ou établir les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux²³⁵⁵.

S'il semble acquis que l'indépendance fonctionnelle des ARN soit garantie dans les secteurs des réseaux, et ce malgré l'absence de conformité de certaines législations nationales, la question est plus complexe pour les secteurs financiers. Certaines autorités (les « autorités compétentes » qui ne sont pas les banques centrales nationales) peuvent être court-circuitées par les ministres²³⁵⁶. Certains de leurs actes sont soumis à homologation²³⁵⁷ et les régulateurs peuvent subir certaines pressions politiques²³⁵⁸. Ces ARN sont pourtant soumises au principe général d'indépendance prévu dans les règlements instituant les AES. Ce sera à la CJUE de déterminer dans les années à venir quelle sera la portée de ce principe général²³⁵⁹. La combinaison de sa récente jurisprudence rendue à propos des autorités de contrôle des données personnelles et de l'attitude de la Commission peut laisser penser que l'impératif d'indépendance à l'égard du pouvoir politique national pourrait être apprécié de manière suffisamment large pour que les homologations et les pressions politiques pesant sur la prise de décision de ces ARN soient définitivement interdites et sanctionnées.

²³⁵⁴ CJUE, 3 décembre 2009, Commission contre RFA, op. cit.

²³⁵⁵ CJUE, 29 octobre 2009, Commission contre Suède, op. cit.

²³⁵⁶ Par exemple, la possibilité pour le ministre de l'économie d'exercer un pouvoir de substitution aux décisions de l'AMF. Voir : art. L 621-7-2 du CMF : « en cas de carence de l'Autorité des marchés financiers malgré une mise en demeure adressée par le ministre chargé de l'économie, les mesures urgentes nécessitées par les circonstances sont prises par décret ».

²³⁵⁷ Par exemple, le règlement général de l'AMF soumis à homologation du ministre de l'économie. Voir : art. L 621-6 al.1er du CMF : « pour l'exécution de ses missions, l'Autorité des marchés financiers prend un règlement général qui est publié au Journal officiel de la République française, après homologation par arrêté du ministre chargé de l'économie ».

²³⁵⁸ Par exemple, concernant la possibilité pour des représentants de l'Etat de demander à l'AMF une nouvelle délibération. Voir : art. L 621-3 du CMF : « le directeur général du Trésor ou son représentant siège auprès de toutes les formations de l'Autorité des marchés financiers, sans voix délibérative. Les décisions de la commission des sanctions sont prises hors de sa présence. Il peut, sauf en matière de sanctions, demander une deuxième délibération dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

²³⁵⁹ Voir supra, pp. 410 et s.

2. La persistance d'une dépendance vis-à-vis de la Commission

Le renforcement de l'indépendance des ARN à l'égard du pouvoir politique des Etats membres s'est accompagné d'un renforcement de leur surveillance par les institutions européennes²³⁶⁰. Dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie, l'exercice de certaines compétences par les autorités de régulation nationales s'effectue ainsi « sous le contrôle en amont et en aval de la Commission »²³⁶¹, à tel point qu'un auteur a récemment parlé à juste titre de « "tutelle" de la Commission sur ces autorités »²³⁶².

a. L'encadrement en amont par la Commission des décisions des ARN

Dans le secteur des communications électroniques, la directive « cadre » du 7 mars 2002 a permis à la Commission européenne d'encadrer strictement l'exercice des compétences des ARN en limitant la régulation sectorielle aux marchés présentant des défaillances persistantes²³⁶³. Pour ce faire, la directive prévoit la publication de lignes directrices²³⁶⁴ ainsi qu'une recommandation à l'intention des régulateurs nationaux²³⁶⁵. Les

²³⁶⁰ Pour une analyse détaillée des pouvoirs régulateurs de la Commission dans le secteur des communications électroniques, voir : A. BLANDIN-OBERNESSER, « La question du renforcement des pouvoirs de la Commission européenne dans la réforme du cadre réglementaire des communications électroniques », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*: huitièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet, De Boeck, 2010, p. 419.

²³⁶¹ J-Y. CHEROT, *Droit public économique*, op. cit., p. 816.

²³⁶² T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., p. 79.

²³⁶³ L. RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, op. cit., p. 146.

²³⁶⁴ Cons. 27 de la directive 2002/21/CE : « il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème. Il est donc nécessaire que la Commission élabore, conformément aux principes du droit de la concurrence, des lignes directrices au niveau communautaire à l'intention des autorités réglementaires nationales pour qu'elles puissent évaluer le caractère effectif de la concurrence sur un marché donné et la puissance sur le marché des entreprises concernées. Il convient que les autorités réglementaires nationales déterminent, après analyse, si le marché, pour un produit ou service donné, est réellement concurrentiel dans une zone géographique donnée qui peut couvrir tout ou partie du territoire de l'État membre concerné ou dans un ensemble de zones proches de territoires appartenant à des États membres. Cette analyse du caractère effectif de la concurrence devrait notamment porter sur les perspectives que ce marché offre en termes de concurrence afin de déterminer si une éventuelle absence de concurrence effective est susceptible de perdurer. Ces lignes directrices aborderont également la question des nouveaux marchés émergents dans lesquels, de facto, l'entreprise qui domine le marché risque d'avoir une part de marché considérable mais ne doit pas pour autant être soumise à des obligations non justifiées. La Commission devrait réexaminer ces lignes directrices régulièrement afin de s'assurer qu'elles sont toujours adaptées à un marché en évolution rapide ».

lignes directrices²³⁶⁶, dont les ARN doivent tenir le plus grand compte²³⁶⁷, énoncent les principes sur lesquels les régulateurs nationaux doivent définir et fonder leur analyse de marché, évaluer la puissance de marché et désigner les entreprises puissantes sur le marché²³⁶⁸. L'objectif est de déterminer après analyse, si la concurrence est réellement effective sur un marché géographiquement donné, pour un produit ou service donné. Outre les lignes directrices, la Commission adopte une recommandation dont le contenu est régulièrement modifié²³⁶⁹ et qui recense les marchés justifiant une régulation ex-ante. A ce jour, trois recommandations ont été publiées. La première²³⁷⁰, adoptée peu après l'entrée en vigueur de la directive 2002/21/CE, recensait dix-huit marchés justifiant une activité régulatrice. Ce chiffre fut réduit à sept en 2007²³⁷¹ puis dernièrement à cinq marchés dans la recommandation de 2014²³⁷² : marché de fourniture en gros de terminaison d'appel sur

²³⁶⁵ Art. 15 §1 de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE : « après consultation publique (...), la Commission adopte (...) une recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services ».

²³⁶⁶ Lignes directrices n° 2002/C 165/03 de la Commission européenne du 11 juillet 2002 sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, JOCE n° C 165, 11/7/2002, p. 6.

²³⁶⁷ Art. 15 §3 de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE : « les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour définir les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques pertinents sur leur territoire, conformément aux principes du droit de la concurrence » ; Cons. 28 de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE : « pour déterminer si une entreprise est puissante sur un marché précis, les autorités réglementaires nationales devraient s'appuyer sur le droit communautaire et tenir le plus grand compte des lignes directrices de la Commission » ; Art. 16 §1 de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE : « les autorités réglementaires nationales effectuent une analyse des marchés pertinents en prenant en considération les marchés recensés dans la recommandation et en tenant le plus grand compte des lignes directrices ». Voir également le point 1.1, §7 des lignes directrices n° 2002/C 165/03 de la Commission européenne du 11 juillet 2002 : « les ARN devraient absolument tenir compte de ces lignes directrices. La Commission attachera beaucoup d'importance à cet aspect lorsqu'elle évaluera la proportionnalité et la légalité des décisions prises par les ARN ».

²³⁶⁸ Point 1.1, §8 des lignes directrices n° 2002/C 165/03 de la Commission européenne du 11 juillet 2002.

²³⁶⁹ Art. 15 §1, al. 1er de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE.

²³⁷⁰ Recommandation de la Commission n° 2003/311/CE du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JOCE n° L 114, 8/5/2003, p. 45.

²³⁷¹ Recommandation de la Commission n° 2007/879/CE du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JOCE n° L 344, 28/12/2007, p. 65.

²³⁷² Recommandation de la Commission n° 2014/710/UE du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à

réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée, marché de fourniture en gros de terminaison d'appel vocal sur réseaux mobiles individuels, marché de fourniture en gros d'accès local en position déterminée, marché de fourniture en gros d'accès central en position déterminée pour produits de grande consommation et marché de fourniture en gros d'accès de haute qualité en position déterminée.

Cette recommandation encadre donc très strictement l'intervention des régulateurs nationaux qui ne peuvent ni maintenir ni introduire de mesures de régulation spécifique sur les marchés considérés comme concurrentiels. Les ARN conservent toutefois la liberté de définir des marchés qui se différencient des cinq marchés recensés par la Commission. Pour ce faire, les ARN doivent démontrer que les trois critères énumérés par la Commission sont remplis simultanément²³⁷³. D'abord, il doit exister des barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire²³⁷⁴. Les barrières structurelles résultent de la situation initiale du marché à l'origine de conditions asymétriques entre les anciens et les nouveaux opérateurs qui handicapent ces derniers pour entrer sur le marché. C'est le cas notamment d'un élément de réseau qui ne peut être reproduit en raison de son coût élevé. Les barrières légales ou réglementaires sont quant à elles issues de mesures législatives ou administratives ayant un impact sur l'entrée des nouveaux opérateurs sur le marché. C'est le cas par exemple de la limitation du nombre d'entreprises ayant accès au spectre pour la fourniture de services. Ensuite, la structure du marché ne doit pas présager d'évolution vers une concurrence effective dans un délai déterminé, compte tenu de la situation de la concurrence fondée sur les infrastructures et autres facteurs, indépendamment des barrières à l'entrée²³⁷⁵. L'évolution du marché peut s'analyser pendant la période de référence et peut ainsi démontrer qu'une concurrence effective est présente sans régulation ex ante. Les évolutions technologiques et la convergence des produits peuvent ainsi contribuer à créer des pressions concurrentielles entre opérateurs actifs sur des marchés de produits distincts. Enfin, le droit de la concurrence ne doit pas permettre de remédier à lui seul aux défaillances du marché constatées²³⁷⁶. C'est le cas lorsque la régulation ex ante ne peut être

un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JOUE n° L 295, 11/1/2014, p. 79.

²³⁷³ Réciproquement, une ARN peut également ne plus soumettre à régulation un marché national recensé par la Commission si elle démontre qu'un de ces trois critères n'est plus rempli.

²³⁷⁴ Cons. 11 de la recommandation 2014/710/UE de la Commission du 9 octobre 2014.

²³⁷⁵ Cons. 15.

²³⁷⁶ Cons. 16.

remplacée par le seul droit de la concurrence, quand il existe des défaillances persistantes du marché ou s'il est indispensable d'intervenir fréquemment ou au moment opportun.

Dans les secteurs de l'énergie, l'habilitation donnée à la Commission européenne pour intervenir en amont dans des domaines de la responsabilité des ARN est moins évidente. Si la proposition de directive de 2007 modifiant la directive 2003/54/CE concernant le marché intérieur de l'électricité prévoyait que « la Commission [pouvait] adopter des orientations relatives à la mise en œuvre, par les autorités de régulation, [de certaines] compétences »²³⁷⁷, cette disposition n'existe finalement pas dans la directive 2009/72/CE. Cela ne signifie pas que la Commission a abandonné tout contrôle en amont sur les ARN. Mais celui-ci est simplement dilué dans le droit dérivé. Depuis 2009, les mesures prises par les régulateurs de l'énergie doivent être conformes aux orientations²³⁷⁸ de la Commission prises dans le cadre des différents règlements et directives²³⁷⁹. Ces orientations, « qui sont des mesures de mise en œuvre contraignantes »²³⁸⁰, sont prises dans le cadre de la procédure prévue à l'article 5 de la décision du Conseil 1999/468/CE²³⁸¹ fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission²³⁸². Dans les secteurs de l'énergie, ce pouvoir de la Commission d'émettre des lignes directrices contraignantes s'observe essentiellement dans deux domaines, celui de l'accès aux réseaux nationaux et celui des questions transfrontalières.

Dans le domaine de l'accès aux réseaux nationaux, les directives de 2009 autorisent la Commission « à adopter des orientations visant à assurer le degré d'harmonisation minimal requis pour atteindre l'objectif »²³⁸³ de la construction des marchés intérieurs de l'électricité et du gaz. A cet effet, la Commission européenne peut par exemple émettre des lignes directrices contraignantes : sur les procédures à suivre pour les demandes de certification de propriétaires

²³⁷⁷ Art. 22 quater §14 de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, COM(2007) 528 final.

²³⁷⁸ Le terme « orientations » préféré dans la directive 2009/72/CE est remplacé par la formule « lignes directrices » dans la directive 2009/73/CE. Les deux expressions seront utilisées indistinctement dans la mesure où le même terme « guidelines » est utilisé dans les deux cas dans la version anglaise.

²³⁷⁹ Art. 39 de la directive 2009/72/CE et 43 de la directive 2009/73/CE.

²³⁸⁰ Cons. 63 de la directive 2009/72/CE.

²³⁸¹ Cons. 65 de la directive 2009/72/CE et cons. 63 de la directive 2009/73/CE.

²³⁸² Décision du Conseil n° 1999/468/CE, du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, JOCE n° L 184 du 17/07/1999 p. 23.

²³⁸³ Cons. 65 de la directive 2009/72/CE. Le cons. 63 de la directive 2009/73/CE dispose également qu'« il convient en particulier d'habiliter la Commission à adopter des lignes directrices visant à assurer le degré d'harmonisation minimal requis pour atteindre l'objectif de la présente directive ».

de réseaux de transport ou d'opérateurs contrôlés par des pays tiers²³⁸⁴, pour s'assurer que l'indépendance des propriétaires de réseau de transport est garantie²³⁸⁵, à propos des méthodes et des modalités à appliquer pour la conservation d'informations, ainsi que la forme et le contenu des données à conserver relatives aux activités des entreprises de fourniture²³⁸⁶, ou concernant la procédure à suivre pour exiger des régulateurs de l'énergie le respect des dispositions de droit dérivé²³⁸⁷. Ces domaines sont donc importants, même si les propositions de directive de 2007 permettaient à la Commission d'intervenir dans d'autres cas, comme pour mettre en œuvre les obligations de service public afin de protéger les consommateurs²³⁸⁸ ou pour assurer la confidentialité imposée aux gestionnaires de réseau de transport²³⁸⁹. Concernant les questions transfrontalières, les dispositions combinées des directives de 2009 et des règlements relatifs aux conditions d'accès aux réseaux²³⁹⁰ habilite également la Commission à émettre des lignes directrices. A ce titre, si les articles 18 du règlement 714/2009²³⁹¹ et 23 du règlement 715/2009²³⁹² semblent encadrer les domaines dans lesquels la

²³⁸⁴ Art. 11, § 10 des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE.

²³⁸⁵ Art. 14 §3 de la directive 2009/72/CE et 15 §3 de la directive 2009/73/CE.

²³⁸⁶ Art. 40 §4 de la directive 2009/72/CE et 44 §4 de la directive 2009/73/CE.

²³⁸⁷ Art. 39 §9 de la directive 2009/72/CE et 43 §9 de la directive 2009/73/CE.

²³⁸⁸ Art. 3 §10 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, op. cit.

²³⁸⁹ Art. 12 §4 de la proposition de directive.

²³⁹⁰ Règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n° 1228/2003, et règlement (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement (CE) n° 1775/2005.

²³⁹¹ Art. 18 du règlement n° 714/2009 : « les orientations relatives au mécanisme de compensation entre gestionnaires de réseau de transport énoncent les détails de la procédure à suivre pour déterminer quels sont les gestionnaires de réseau de transport qui sont redevables des compensations pour les flux transfrontaliers (...), les détails de la procédure à suivre pour les paiements (...), les détails des méthodologies permettant de déterminer les flux transfrontaliers reçus pour lesquels des compensations sont versées, en fonction tant de la quantité que du type de flux, et l'ampleur des flux qui sont considérés comme provenant des réseaux de transport de chaque État membre et/ou y aboutissant (...), les détails de la méthodologie permettant de déterminer les coûts et les bénéfices engendrés par l'accueil de flux transfrontaliers, les détails du traitement, dans le cadre du mécanisme de compensation entre gestionnaires de réseau de transport, des flux d'électricité provenant de pays situés en dehors de l'Espace économique européen ou y aboutissant, et la participation des réseaux nationaux qui sont interconnectés par les lignes de courant continu. Les orientations peuvent aussi déterminer les règles applicables en vue d'une harmonisation progressive des principes qui sous-tendent la fixation des redevances appliquées aux producteurs et aux consommateurs (charge) en vertu des systèmes tarifaires nationaux, y compris la prise en compte du mécanisme de compensation entre gestionnaires de réseau de transport dans les redevances d'utilisation des réseaux nationaux et la fourniture de signaux de localisation appropriés et efficaces (...), des signaux de localisation harmonisés, appropriés et efficaces au niveau communautaire (...), les modalités de communication des informations (...), [et] les détails des règles pour les échanges d'électricité, les détails des règles en matière d'incitation à l'investissement en ce qui concerne les capacités d'interconnexion, y compris les signaux de localisation ».

Commission peut intervenir, les deux règlements confèrent néanmoins à celle-ci un pouvoir général d'adopter les lignes directrices nécessaires en vue d'assurer le degré d'harmonisation minimal requis pour atteindre les objectifs des règlements²³⁹³. En outre, la Commission peut imposer des orientations contraignantes en matière de coopération des régulateurs nationaux de l'énergie entre eux et avec l'ACRE²³⁹⁴, en matière de « tarification et [d]'attribution de la capacité »²³⁹⁵, à propos de l'établissement de codes de réseau²³⁹⁶, en ce qui concerne les mécanismes d'indemnisation des gestionnaires de réseau²³⁹⁷ et dans le cadre de l'application des conditions et de la procédure à suivre pour l'exemption de nouvelles interconnexions²³⁹⁸.

b. L'encadrement en aval par la Commission des décisions des ARN

Par l'utilisation d'un « droit de véto » reconnu par la directive de 2002 relative aux communications électroniques, la Commission a la possibilité d'exercer un contrôle en aval des décisions des ARN et peut ainsi exiger de celles-ci qu'elles retirent certains projets de mesures²³⁹⁹. Ces « pouvoirs supplémentaires et originaux en droit européen »²⁴⁰⁰ se rapprochent ainsi de ceux existant déjà dans le secteur financier. La directive 2000/12/CE²⁴⁰¹ indique ainsi que la Commission a la possibilité d'imposer à un Etat membre de modifier ou

²³⁹² Art. 23 du règlement n° 715/2009 : « les lignes directrices visant à assurer le degré d'harmonisation minimal requis pour atteindre l'objectif du présent règlement précisent les modalités des services d'accès des tiers, notamment sur la nature, la durée et d'autres caractéristiques de ces services (...), les principes régissant les mécanismes d'attribution des capacités et les modalités d'application des procédures de gestion de la congestion dans les cas de congestion contractuelle (...), les modalités de communication des informations et la définition des informations techniques nécessaires aux utilisateurs du réseau pour obtenir un accès effectif au réseau, ainsi que la définition de tous les points pertinents pour les exigences de transparence, y compris les informations à publier à tous les points pertinents et leur fréquence de publication (...), les informations relatives à la méthodologie de calcul des tarifs pour les échanges transfrontaliers de gaz naturel (...), les informations relatives aux domaines énumérés à l'article 8, paragraphe 6 (...) ».

²³⁹³ Cons. 29 du règlement n° 714/2009 et 36 du règlement 715/2009 : « il convient en particulier d'habiliter la Commission à établir ou à adopter les orientations (ou lignes directrices) visant à assurer le degré d'harmonisation minimal requis pour atteindre les objectifs du présent règlement ».

²³⁹⁴ Art. 38 §5 de la directive 2009/72/CE et 42 §5 de la directive 2009/73/CE.

²³⁹⁵ Cons. 24 du règlement n° 714/2009.

²³⁹⁶ Art. 6 §12 des règlements 714/2009 et 175/2009.

²³⁹⁷ Art. 13 §3 du règlement n° 714/2009.

²³⁹⁸ Art. 17 §9 du règlement n° 714/2009.

²³⁹⁹ Pour une étude détaillée du cadre de l'article 7 de la directive de 2002, voir : A. DE STREEL, « Remedies in the electronic communications sector », in D. GERADIN (dir.), Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation, Intersentia nv, 2004, p. 98.

²⁴⁰⁰ A. DE STREEL et R. QUECK, « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe », Journal des tribunaux droit européen n° 101, septembre 2003, p. 200.

²⁴⁰¹ Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JOCE n° L 126, 26/5/2000, p. 1.

de supprimer certaines mesures conservatoires prises dans le cadre du contrôle prudentiel des établissements de crédit²⁴⁰². Dans le secteur des réseaux, ce pouvoir de veto est resté cantonné dans un premier temps au secteur des communications, avant d'être étendu aux secteurs du gaz naturel et de l'électricité par les directives 2003/55/CE et 2009/72/CE.

L'article 7 §3 de la directive « cadre » modifiée relative aux communications électroniques impose ainsi aux autorités de régulation nationales de notifier à la Commission, à l'ORECE et aux ARN des autres Etats membres les projets de mesure qui auraient des incidences sur les échanges entre Etats membres et qui relèvent des définitions et analyses de marché²⁴⁰³, des obligations en matière d'accès et d'interconnexions²⁴⁰⁴ ou des obligations imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché²⁴⁰⁵. Lorsque le projet de mesure vise à définir un marché pertinent qui diffère de ceux recensés dans la recommandation de 2014²⁴⁰⁶ ou à désigner une entreprise comme disposant d'une puissance significative sur le marché, cette coopération renforcée se mue en contrôle de la Commission sur les ARN. La Commission peut alors retarder de deux mois l'adoption du projet de mesure lorsque celui-ci fait obstacle au marché unique ou s'il existe de graves doutes sur sa compatibilité avec la législation de l'Union. Pendant ces deux mois qui constituent la phase n° 2 de l'enquête menée par la Commission, celle-ci peut lever ses réserves – la procédure prend alors fin – ou « exiger que l'autorité réglementaire nationale concernée retire son projet de mesure »²⁴⁰⁷ dans les six mois suivant sa décision²⁴⁰⁸, ce qui revient à exercer un pouvoir de veto²⁴⁰⁹. Bien qu'il faille relativiser l'importance de ce veto en pratique dans la mesure où la Commission a mis fin de son propre chef à la grande majorité des « procédures de l'article 7 » suite au retrait des doutes émis et qu'il existe une procédure d'urgence permettant aux ARN

²⁴⁰² Art. 22 §7 de la directive 2000/12/CE : « les autorités compétentes de l'État membre d'accueil peuvent, en cas d'urgence, prendre les mesures conservatoires indispensables à la protection des intérêts des déposants, investisseurs ou autres personnes à qui des services sont fournis. La Commission et les autorités compétentes des autres États membres intéressés doivent être informées de ces mesures dans les plus brefs délais. La Commission, après consultation des autorités compétentes des États membres intéressés, peut décider que l'État membre concerné doit modifier ou supprimer ces mesures »

²⁴⁰³ Art. 15 et 16 de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE.

²⁴⁰⁴ Art. 5 de la directive « accès » 2002/19/CE.

²⁴⁰⁵ Art. 6 de la directive « accès » 2002/19/CE.

²⁴⁰⁶ Annexe 1 de la recommandation 2014/710/UE de la Commission du 9 octobre 2014, *op. cit.*

²⁴⁰⁷ Art. 7 §5 de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE.

²⁴⁰⁸ Art. 7 §6 de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE.

²⁴⁰⁹ L. DI MAURO and A.G. INOTAI, « Market analyses under the New Regulatory Framework for electronic communications: context and principles behind the Commission's first veto decision », CPN, 2004-2, p. 52.

de passer outre la procédure²⁴¹⁰, à plusieurs reprises, les autorités de régulation nationales ont du retirer leur projet de mesure. Sur mille six cent vingt-trois cas répertoriés²⁴¹¹, à quatre-vingt-sept reprises, l'ARN retira la mesure contestée, et seuls treize cas ont fait l'objet d'un véto de la part de la Commission²⁴¹², la Pologne²⁴¹³ à cinq reprises, la Finlande²⁴¹⁴ quatre fois, l'Autriche²⁴¹⁵ à deux reprises, l'Allemagne²⁴¹⁶ et la République tchèque²⁴¹⁷ une fois. Ces différents cas ont fait l'objet de plusieurs développements de la part de la doctrine²⁴¹⁸ et d'explications précises de la part de la Commission quant à la justification du recours à son droit de véto²⁴¹⁹.

Comme en matière de communications électroniques, les directives relatives aux secteurs de l'énergie permettent à la Commission d'exercer un droit de véto contre certaines décisions prises par les autorités de régulation nationales. L'utilisation de ce pouvoir a d'abord été limité aux dérogations aux engagements « take or pay » prévues dans la directive 2003/55/CE relative au gaz naturel. Lorsque de telles dérogations temporaires étaient accordées par les ARN à des entreprises connaissant des difficultés économiques, la

²⁴¹⁰ Art. 7, §8 de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE.

²⁴¹¹ La dernière mise à jour par la Commission du Dossier « Overview of notifications (by case, country, market, status) » date du 23 avril 2016. Le dossier est consultable sur le site du Centre de ressources de communication et d'information pour les administrations, les entreprises et les citoyens de la Commission européenne (CIRCABC) : <https://circabc.europa.eu>, Catégorie DG CONNECT, Titre eCCTF (dernière consultation : le 24/6/2016).

²⁴¹² Trois affaires sont toujours en cours de traitement, concernant l'Autriche (AT/2016/1846 et AT/2016/1847) et l'Allemagne (DE/2016/1854).

²⁴¹³ Aff. PL/2006/0518, PL/2006/0524, PL/2009/1019, PL/2009/1020, PL/2012/1394.

²⁴¹⁴ Aff. FI/2003/0024, FI/2003/0027, FI/2004/0082, FI/2013/1498.

²⁴¹⁵ Aff. AT/2004/0090, AT/2013/1442.

²⁴¹⁶ Aff. DE/2005/0144.

²⁴¹⁷ Aff. CZ/2012/1322.

²⁴¹⁸ R. KRÜGER and L. DI MAURO, « The Article 7 consultation mechanism: managing the consolidation of the internal market for electronic communications », CPN, 2003/3, p. 33 ; L. DI MAURO et A.G. INOTAI, « Market analyses under the New Regulatory Framework for electronic communications: context and principles behind the Commission's first veto decision », CPN, 2004/2, p. 52 ; D. GREWE, A. INOTAI and S. KRAMER, « Two recent veto decisions under the new regulatory framework for electronic communications : The importance of competition law principles in market analysis », CPN., 2005/1, p. 49 ; L. RODRIGUE, Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux, op. cit., p. 155 ; H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, Communications électroniques, Energie et Postes, op. cit., p. 663s.

²⁴¹⁹ Voir notamment: Commission européenne, Communiqué de presse, EU Telecoms: the Article 7 procedure, the role of the European Commission and the impact of the EU Telecoms Reform: Frequently Asked Questions, MEMO/09/539, 7/12/2009 ; Commission européenne, Communiqué de presse, Telecoms: how the Article 7 consultation and notification mechanism works: frequently asked questions, MEMO/10/226, 1/6/2010.

Commission pouvait s'y opposer en imposant le retrait des mesures nationales²⁴²⁰. Ce pouvoir s'est par la suite accru dans le cadre des directives de 2009, lesquelles élargirent considérablement les champs d'application du véto. Désormais, ce dernier peut s'appliquer dès lors que « la décision d'une autorité de régulation soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec les orientations (ou lignes directrices) visées »²⁴²¹.

Il existe trois possibilités d'engager la procédure. La Commission peut être informée dans un délai de deux mois après la prise de décision de l'ARN par l'ACRE²⁴²² ou par l'ARN d'un autre Etats membre²⁴²³, ou intervenir de sa propre initiative dans un délai de trois mois²⁴²⁴ pour « décider d'approfondir l'examen du dossier ». Cette seconde phase de l'enquête peut se traduire par un retrait des objections à l'encontre de la décision de l'autorité nationale ou par une « demande à l'autorité de régulation concernée de retirer sa décision au motif que les orientations n'ont pas été respectées »²⁴²⁵. Dans ce dernier cas, l'autorité de régulation nationale doit se conformer à la décision de la Commission demandant le retrait de sa décision dans un délai de deux mois²⁴²⁶.

Contrairement à celui utilisé dans le secteur des communications électroniques, le pouvoir de véto est ici très étendu. Comme vu précédemment, la Commission possède dans les secteurs de l'énergie un pouvoir général d'adopter des orientations ou lignes directrices pour assurer le degré d'harmonisation nécessaire à la construction des marchés intérieurs de l'électricité et du gaz²⁴²⁷. Cela signifie qu'il pénètre presque tous les domaines des marchés de l'électricité et du gaz naturel, et la Commission européenne peut adopter et modifier ces lignes directrices à chaque fois qu'elle le juge « approprié », ayant seulement comme limite de respecter que celles-ci n'aillent pas « au-delà de ce qui est nécessaire » pour atteindre l'objectif d'harmonisation. Ce faisant, dans les secteurs de l'énergie, la Commission

²⁴²⁰ Art. 27 §2 de la directive 2003/55/CE : « l'État membre ou l'autorité compétente désignée notifie sans délai à la Commission sa décision d'accorder une telle dérogation, assortie de toutes les informations utiles concernant celle-ci. Ces informations peuvent être transmises à la Commission sous une forme résumée, lui permettant de se prononcer en connaissance de cause. Dans un délai de huit semaines à compter de la réception de la notification, la Commission peut demander que l'État membre ou l'autorité compétente désignée concerné modifie ou retire cette décision d'octroi de dérogation ».

²⁴²¹ Art. 39, §5 de la directive 2009/72/CE et 43, §5 de la directive 2009/73/CE.

²⁴²² Art. 39, §3 de la directive 2009/72/CE et 43, §3 de la directive 2009/73/CE.

²⁴²³ Art. 39, §4 de la directive 2009/72/CE et 43, §4 de la directive 2009/73/CE.

²⁴²⁴ Art. 39, §5 de la directive 2009/72/CE et 43, §5 de la directive 2009/73/CE.

²⁴²⁵ Art. 39, §6 de la directive 2009/72/CE et 43, §6 de la directive 2009/73/CE.

²⁴²⁶ Art. 39, §8 de la directive 2009/72/CE et 43, §8 de la directive 2009/73/CE.

²⁴²⁷ Voir supra.

européenne est de facto élevée au statut d'organe décisionnel²⁴²⁸ à tel point que certaines législations nationales imposent à leur régulateur de l'énergie d'agir en conformité avec les lignes directrices de la Commission²⁴²⁹.

Il est intéressant de noter que la directive 2002/21/CE modifiée relative aux communications électroniques ne permet pas actuellement à la Commission européenne d'exercer ce droit de veto sur un champ aussi étendu que dans les secteurs de l'énergie²⁴³⁰. Par exemple, il lui est impossible d'imposer le retrait des mesures ex ante décidées par les ARN. Certes, lorsque les régulateurs imposent des obligations pour pallier l'absence de la concurrence, la Commission examine si celles-ci sont appropriées, mais elle ne dispose pas de pouvoir de veto. Au mieux, elle présente des recommandations dans le cadre de la coopération renforcée prévue à l'article 7 bis de la directive modifiée²⁴³¹. Cette situation est liée au compromis trouvé lors de la rédaction de la directive 2002/21/CE. Le Parlement et la Commission, soutenus par l'industrie, souhaitaient que la Commission ait ce droit de veto à la fois sur les analyses de marchés et la puissance significative de marché et à la fois sur les obligations imposées ex ante. Le Conseil à l'inverse s'opposait à tout droit de veto. En définitive, le cadre actuel prévoit donc deux types de décisions qu'on retrouve aux articles 7 et 7 bis. La proposition de règlement de 2013 visant à modifier le cadre des communications électroniques²⁴³² souhaite revenir sur cette dichotomie puisque l'article 35 du règlement

²⁴²⁸ N. GRIMM, *The shift of energy regulatory powers under the framework of Directive 2009/72/EC*, op. cit., p. 143.

²⁴²⁹ C'est le cas par exemple de l'URSO en Slovaquie. Voir : Section 21, §3 de la Loi n° 250/2012 du 31 juillet 2012 sur la régulation des industries de réseaux : « si la Commission européenne décide que la décision de l'Office est en contradiction avec ses lignes directrices, l'Office doit retirer ou modifier sa décision dans un délai de deux mois à compter de la décision de la Commission européenne ». On retrouve également cette obligation dans la loi instituant le RÚ, le régulateur des communications slovaque concernant le devoir de modifier ou de retirer un projet de mesure selon la « procédure de l'article 7 ». Voir Section 10, §7 de la Loi du 14 septembre 2011 sur les communications électroniques.

²⁴³⁰ La Commission a pourtant exprimé son souhait de voir ce pouvoir étendu et n'a jamais caché l'intérêt qu'elle portait à l'article 7 de la directive « cadre ». Voir : Cons. 19 de la directive 2009/140/CE : « le mécanisme communautaire permettant à la Commission d'exiger des autorités réglementaires nationales qu'elles retirent des mesures programmées concernant la définition du marché et la désignation d'opérateurs puissants sur le marché a grandement contribué à l'élaboration d'une approche cohérente pour déterminer les circonstances dans lesquelles une réglementation ex ante peut être appliquée et celles dans lesquelles les opérateurs y sont assujettis ».

²⁴³¹ C. VLACHOU, *La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques, énergie)*, op. cit., p. 260 s.

²⁴³² Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, et modifiant les directives 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1211/2009 et (UE) n° 531/2012, op. cit.

envisage de modifier l'article 7 bis de la directive « cadre » en autorisant à son paragraphe 5 la Commission à « prendre la décision de demander à l'autorité réglementaire nationale concernée de retirer le projet de mesure, ainsi que des propositions spécifiques de modifications à y apporter, lorsque la mesure envisagée vise à imposer, modifier ou retirer une obligation incombant à un fournisseur de communications électroniques européen ». Cette extension du droit de veto à l'égard des obligations ex ante imposées par les ARN aux opérateurs reviendrait à concentrer des pouvoirs de régulation supplémentaires aux mains de la Commission au détriment des ARN, d'autant plus que le droit de veto serait également étendu aux procédures d'autorisation et des conditions d'utilisation du spectre radioélectrique pour les services à haut débit sans fil dans le marché intérieur²⁴³³.

B. L'indépendance fonctionnelle des agences décentralisées

Bien qu'il soit difficile de déterminer dans quelle mesure les agences de l'UE sont réellement indépendantes, les dispositions des règlements les instituant permettent d'affirmer qu'elles disposent en pratique d'une indépendance fonctionnelle proche de celle des ARN (1). Indépendantes dans leur prise de décision, les agences jouent également un rôle dans le degré d'autonomie dont disposent les ARN vis-à-vis de l'UE, rôle qu'il serait sans doute souhaitable de faire évoluer (2).

1. L'exercice des compétences des agences à l'abri des instructions

Comme pour les ARN, les agences de l'UE sont indépendantes dans leur prise de décisions et ne peuvent suivre aucune instruction. Les dispositions des règlements instituant l'ORECE, l'ACRE et les AES viennent ainsi asseoir cette indépendance dans des termes similaires. D'abord, « dans l'exécution des tâches qui lui sont conférées par le présent

²⁴³³ L'article 13 du règlement prévoit que la procédure de l'article 7 de la directive 2002/21/CE soit utilisée « lorsqu'une autorité nationale compétente a l'intention de subordonner l'utilisation du spectre radioélectrique à une autorisation générale ou d'octroyer des droits individuels d'utilisation du spectre radioélectrique, ou de modifier les droits et obligations relatifs à l'utilisation du spectre radioélectrique ». L'article 13 envisage ainsi que les projets de mesure soient notifiés à la Commission, à l'ORECE et aux ARN des autres Etats membres. Un délai de deux mois est également prévu si la Commission indique à l'autorité compétente qu'elle estime que le projet de mesure créerait un obstacle au marché unique ou qu'elle doute sérieusement de sa compatibilité avec le droit de l'Union, délai au terme duquel la Commission « présenter au comité des communications un projet de décision enjoignant à l'autorité compétente concernée de retirer son projet de mesure » (art. 13 §5). Comme dans le cadre de l'article 7 de la directive 2002/21/CE modifiée, « lorsque la Commission a adopté une [telle] décision (...), l'autorité compétente modifie ou retire son projet de mesure dans les six mois suivant la date de notification de la décision de la Commission » (art. 13 §8).

règlement, l'ORECE agit en toute indépendance ». La même formule que celle utilisée à l'égard des ARN est par ailleurs reprise, de telle sorte que « les membres du conseil des régulateurs ne sollicitent ni n'acceptent aucune instruction d'un gouvernement, de la Commission, ou de toute autre entité publique ou privée »²⁴³⁴. Pour l'ACRE, il est précisé que « le conseil des régulateurs agit en toute indépendance et ne sollicite ni ne suit aucune instruction d'aucun gouvernement d'un État membre, de la Commission ni d'aucune autre entité publique ou privée »²⁴³⁵. Enfin, les termes utilisés pour l'ORECE ont été repris dans les règlements instituant les AES, puisque leur article 42 précise que « dans l'exécution des tâches qui sont conférées au conseil des autorités de surveillance par le présent règlement, son président et ses membres votants agissent en toute indépendance et objectivité dans le seul intérêt de l'ensemble de l'Union et ne sollicitent ni ne suivent aucune instruction des institutions ou organes de l'Union, des gouvernements des États membres ou d'autres entités publiques ou privées ».

Deux rapides remarques peuvent par ailleurs être formulées. La première touche à la garantie supplémentaire accordée aux AES à l'article 42, §2 des règlements de 2010. A l'interdiction d'agir en fonctions d'instructions, il est ici prévu une interdiction pour les organes extérieurs d'influencer les Autorités de surveillance²⁴³⁶. La seconde pousse à s'interroger sur l'étendue de l'indépendance de l'ACRE. Nous savons que dans le cadre de l'Agence, certains pouvoirs sont concentrés entre les mains du directeur et du Conseil d'administration, dont les membres ne sont pas réellement choisis par les présidents des ARN. Or si « le directeur ne sollicite ni ne suit aucune instruction d'aucun gouvernement, de la Commission ou de toute autre entité publique ou privée », les membres du Conseil d'administration ne sont tenus qu'à une indépendance à l'égard des instructions politiques²⁴³⁷. Un doute sur l'indépendance à l'égard d'instructions venant d'entités privées peut donc subsister, même si on peut douter d'un tel scénario.

²⁴³⁴ Art. 4 du règlement 1211/2009 instituant l'ORECE.

²⁴³⁵ Art. 14, §5 du règlement 713/2009 instituant l'ACRE.

²⁴³⁶ L'article 42, §2 des règlements dispose que « ni les États membres, ni les institutions ou organes de l'Union, ni aucune autre entité publique ou privée ne cherchent à influencer les membres du conseil des autorités de surveillance dans l'exécution de leurs tâches ».

²⁴³⁷ Art. 12, §7 du règlement : « les membres du conseil d'administration s'engagent à agir objectivement au service de l'intérêt public et dans un esprit d'indépendance, sans solliciter ni suivre aucune instruction politique ». La version anglaise ne lève pas le doute sur la terminologie employée : « the members of the Administrative Board shall undertake to act independently and objectively in the public interest, without seeking or following any political instructions ». La même formule est par ailleurs reprise au considérant 17 du règlement.

2. L'évolution souhaitable du rôle des agences de l'Union européenne dans l'indépendance fonctionnelle des ARN

Nous avons vu précédemment que lorsqu'elles exercent certaines de leurs activités, plusieurs ARN restent pour partie dépendantes de la Commission d'un point de fonctionnel. Dans l'ensemble, les AES, l'ORECE et l'ACRE disposent également de moyens de pression qui leurs permettent, non pas d'encadrer, mais au moins d'orienter l'action des régulateurs nationaux. Dans les secteurs financiers par exemple, les autorités compétentes « mettent tout en œuvre » pour respecter ces orientations et recommandations²⁴³⁸. Dans le secteurs des communications électroniques, il est aussi demandé aux ARN qu'elles « soutiennent activement les objectifs de l'ORECE »²⁴³⁹ et qu'elles « tiennent le plus grand compte des avis de [celui-ci] et de ses positions communes » lorsqu'elles adoptent leurs propres décisions concernant leurs marchés nationaux²⁴⁴⁰. Quant à l'ACRE, la combinaison de plusieurs dispositions de droit dérivé²⁴⁴¹ l'autorise à émettre des avis auprès des ARN et à informer la Commission si ceux-ci ne sont pas suivis. Si ces dispositions peuvent être considérées comme instituant des moyens de pression sur les ARN, elles sont toutefois sans commune mesure avec les prérogatives de la Commission. Les avis ne sont pas contraignants, sont rendus par les Conseils de régulateurs, c'est à dire par les présidents des ARN eux-mêmes et s'inscrivent dans un cadre très général de coopération.

Dans les secteurs des industries de réseaux, l'exécutif bruxellois semble toutefois vouloir encadrer voire restreindre ces processus de coopération au sein desquels la Commission doit composer avec les agences décentralisées compétentes. L'apparition d'un

²⁴³⁸ Art. 16 des règlements instituant les AES.

²⁴³⁹ Art. 3, §3ter de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE.

²⁴⁴⁰ Art. 3, §3quater de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE.

²⁴⁴¹ Art. 39 de la directive 2009/72/CE : « 1. Toute autorité de régulation et la Commission peuvent solliciter l'avis de l'agence à propos de la conformité d'une décision prise par une autorité de régulation avec les orientations visées dans la présente directive ou dans le règlement (CE)no 714/2009. 2. L'agence donne son avis à l'autorité de régulation qui l'a sollicité ou à la Commission, selon le cas, et à l'autorité de régulation qui a pris la décision en question, dans un délai de trois mois à compter de la date de réception de la demande. 3. Si l'autorité de régulation qui a pris la décision ne se conforme pas à l'avis de l'agence dans un délai de quatre mois à compter de la date de réception dudit avis, l'agence en informe la Commission » ; Art. 7, §4 et 5 du règlement 713/2009 : « 4. L'agence émet un avis, fondé sur les faits, à la demande de toute autorité de régulation ou de la Commission, concernant la conformité d'une décision prise par une autorité de régulation aux orientations visées dans la directive 2009/72/CE, la directive 2009/73/CE, le règlement (CE) no 714/2009 ou le règlement (CE) no 715/2009 ou à d'autres dispositions pertinentes de ces directives ou de ces règlements. 5. Si une autorité de régulation nationale ne se conforme pas à l'avis de l'agence visé au paragraphe 4 dans un délai de quatre mois à compter de la date de réception, l'agence en informe la Commission et l'État membre concerné ».

large pouvoir de veto dans les secteurs de l'énergie et le souhait d'étendre considérablement celui-ci dans le secteur des communications électroniques marquent ainsi la volonté de la Commission de se livrer à un exercice direct des pouvoirs²⁴⁴² afin de conserver et d'accroître son rôle de « véritable régulateur paneuropéen »²⁴⁴³. On peut d'ailleurs s'étonner du souhait de la Commission d'étendre de la sorte son pouvoir de veto alors même que se développent des mécanismes de coopération considérés comme des solutions pertinentes aux difficultés rencontrées pour harmoniser les règles appliquées à ces secteurs. La création de l'ORECE avait ainsi pour objectif de « prôner le recours à un examen par les pairs » plutôt que de privilégier « un veto sanction imposé d'en haut »²⁴⁴⁴. Considéré comme « un palliatif à l'absence d'une sorte d'autorité réglementaire européenne »²⁴⁴⁵, l'ORECE n'a cependant ni la forme institutionnelle ni les pouvoirs pour participer efficacement à l'harmonisation du marché des communications électroniques. Même si l'Office adresse des observations et rend des avis au cours de la procédure de l'article 7, on peut regretter le choix d'étendre le pouvoir de veto de la Commission se fasse au détriment d'un élargissement de ses compétences.

Dans la mesure où le pouvoir de veto est utilisé de manière exceptionnelle (dans moins de 1% des procédures de l'article 7), sans doute ce pouvoir, encadré par la jurisprudence de la Cour et sous le contrôle de la Commission, aurait-il pu être délégué à une autorité de régulation européenne, comme le sont certains pouvoirs exercés par l'AEMF²⁴⁴⁶. Aussi, afin de renforcer à la fois les compétences des agences et l'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation nationales, une solution adaptée serait d'imposer dans les secteurs des réseaux une procédure coopérative similaire à celle prévue à l'article 10 des règlements instituant les AES. Cette procédure attribuerait à la Commission un pouvoir de « contre-proposition » et non plus un pouvoir de veto. La Commission devrait alors recueillir le point de vue de l'agence mais également son assentiment avant d'obliger une ARN à retirer une

²⁴⁴² T. GALANIS, « Les communications électroniques : un laboratoire du droit de la concurrence », RDUE, 4/2010, p. 26.

²⁴⁴³ L. GRARD, « L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », JCP, Ed. Entreprise n° 19, 6 mai 2004, Supplément p. 13.

²⁴⁴⁴ Voir : C. TRAUTMANN, Proposition d'amendement n° 18 du Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques (COM(2007)0697 – C6-0427/2007 – 2007/0247(COD)), A6-0321/2008, 22 juillet 2008, p. 190.

²⁴⁴⁵ L. RODRIGUE, Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux, op. cit., p. 161.

²⁴⁴⁶ Voir supra.

mesure visant à définir un marché pertinent, à désigner une entreprise comme disposant d'une puissance significative sur le marché ou qui soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec les orientations et lignes directrices. Le droit de véto serait ainsi remplacé, comme dans les secteurs financiers, par une procédure concertée au cours de laquelle les « pairs » seraient amenés à trancher²⁴⁴⁷.

Outre l'indépendance issue de l'absence de pouvoirs de tutelle, l'indépendance fonctionnelle s'apprécie également au regard de la liberté de gestion administrative et financière.

II. L'impulsion globale en faveur de l'indépendance de gestion et de fonctionnement

Si l'octroi ou non de la personnalité juridique aux autorités de régulation fait l'objet de vifs débats (A), l'attribution d'une grande liberté dans la gestion de leurs ressources constitue une garantie supplémentaire de l'indépendance fonctionnelle des régulateurs qu'il est difficile de contester (B).

A. L'octroi fréquent de la personnalité juridique aux régulateurs

Bien qu'imposé dans certains secteurs par le droit dérivé, l'octroi de la personnalité juridique aux organismes chargés de la régulation dans l'UE relève pourtant de choix effectués à l'échelle nationale, nonobstant parfois les règles imposées par le droit de l'UE (1). En filigrane du débat doctrinal français, nous chercherons alors à déterminer si oui ou non l'attribution de la personnalité juridique aux ARN se justifie (2).

1. L'état du droit dérivé et des législations nationales

Malgré plusieurs références à la personnalité juridique aux ARN dans le droit dérivé, il semble que les Etats membres en tiennent peu compte lorsqu'il convient de donner une telle caractéristique à leurs ARN.

²⁴⁴⁷ Cette possibilité prendrait d'autant plus de sens qu'il n'y a pas d'« attitude complaisante » de l'ORECE à l'égard de telle ou telle ARN. L'ORECE s'est ainsi régulièrement prononcé contre des régulateurs nationaux dans le cadre de la procédure de l'article 7/7bis de la directive « cadre ». Voir : ORECE, BEREC Evaluation: Recommendations and Follow-up Actions Report 2014, BoR(14) 61, 6 juin 2014, p. 12.

a. La référence à la personnalité juridique dans le droit dérivé

A l'échelle de l'UE et concernant les agences décentralisées chargées d'exercer une fonction de régulation économique et financière, le droit dérivé de l'UE leur a toutes confié la personnalité juridique. Les règlements instituant les AES précisent ainsi à plusieurs reprises qu'elle leur est attribuée²⁴⁴⁸, tout comme celui de l'ACRE²⁴⁴⁹. L'ORECE à l'inverse n'en est pas directement doté. Le règlement 1211/2009 précise même qu'il « ne devrait pas (...) être doté de la personnalité juridique »²⁴⁵⁰, à l'inverse de son Office²⁴⁵¹. A l'égard des régulateurs nationaux, l'attribution de la personnalité morale semble s'être en revanche imposée avec parcimonie. Ainsi, si le droit dérivé est muet à propos des régulateurs du secteur financier²⁴⁵², il est en revanche plus prolix à l'encontre des autorités de régulation nationales des services publics en réseaux. Dans certains secteurs, il semble même directement imposer l'attribution de la personnalité juridique²⁴⁵³. C'est le cas dans le secteur énergétique, pour lequel les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE précisent que les Etats membres veillent à ce que « l'autorité de régulation soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée »²⁴⁵⁴. On retrouve également une formule similaire, légèrement plus détaillée, dans la directive de 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen : l'organisme de contrôle du secteur ferroviaire « est une autorité autonome juridiquement distincte et indépendante sur les plans organisationnel, fonctionnel, hiérarchique et décisionnel, de toute autre entité publique ou privée »²⁴⁵⁵. Dès lors que l'Etat est entendu comme une « entité publique », on ne peut imaginer d'autre alternative que celle

²⁴⁴⁸ Art. 5 des règlements instituant les AES : « l'Autorité est un organisme de l'Union doté de la personnalité juridique ». Voir également le cons. 14 des règlements : « afin qu'elle puisse atteindre ses objectifs, il convient de doter l'Autorité de la personnalité juridique et d'une autonomie financière et administrative ».

²⁴⁴⁹ Art. 2 du règlement 713/2009 instituant l'ACRE : « l'agence est un organisme communautaire doté de la personnalité juridique ».

²⁴⁵⁰ Cons. 6 du règlement 1211/2009 instituant l'ORECE.

²⁴⁵¹ Art. 6 du règlement 1211/2009 instituant l'ORECE : « l'Office est instauré sous la forme d'un organisme de la Communauté doté de la personnalité juridique ».

²⁴⁵² Sauf à faire référence, comme précédemment, à la garantie générale d'indépendance.

²⁴⁵³ Bien que la formule « personnalité juridique » n'ait pas été reprise dans les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE, les articles 1er §12 et 1er §14, respectivement de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, du 19 septembre 2007, COM(2007) 528 final et de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, du 19 septembre 2007, COM(2007) 529 final disposaient qu' « afin de protéger l'indépendance de l'autorité de régulation, les Etats membres veillent notamment à ce que (...) l'autorité de régulation soit dotée de la personnalité juridique ».

²⁴⁵⁴ Art. 35, §4 a) de la directive 2009/72/CE et art. 39, §4 a) de la directive 2009/73/CE.

²⁴⁵⁵ Art. 55 de la directive 2012/34/UE.

d'une autorité de régulation dotée de la personnalité juridique afin de rentrer en conformité avec le droit de l'UE.

Cette obligation *stricto sensu* ne s'observe pas en revanche dans les autres secteurs, bien que des indices permettent d'imaginer que l'octroi de la personnalité juridique permettrait de se conformer au droit dérivé avec plus de facilité. Dans le secteur postal par exemple, les régulateurs doivent être également « juridiquement distincts et fonctionnellement indépendants », mais uniquement à l'égard des opérateurs postaux²⁴⁵⁶. On peut être surpris qu'aucune référence aux « entités publiques » n'ait été faite. Toutefois, dans les Etats membres dans lesquels l'Etat est actionnaire majoritaire de l'ancien monopole historique, on peut déduire de la directive que l'indépendance fonctionnelle passe par l'attribution à l'ARN de la personnalité morale. Cette obligation n'existe pas à l'inverse dans les Etats ayant privatisé la totalité de leur opérateur postal national, comme le Royaume-Uni, les Pays-Bas et récemment le Portugal. Le raisonnement est identique concernant la directive 2009/12/CE relative aux redevances aéroportuaires. Si l'indépendance de l'autorité de surveillance est garantie en ce que les Etats veillent « à ce qu'elle soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toutes les entités gestionnaires d'aéroports et de tous les transporteurs aériens », la directive n'impose cette indépendance fonctionnelle et juridique que vis-à-vis des Etats membres qui conservent la propriété d'aéroports, d'entités gestionnaires d'aéroports ou de transporteurs aériens, ou le contrôle d'entités gestionnaires d'aéroports ou de transporteurs aériens. Pour ceux ayant privatisé entièrement leurs aéroports et leurs compagnies, l'octroi de la personnalité juridique au régulateur national n'est pas imposé. Enfin, dans le domaine des communications électroniques, la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE est également moins exigeante, puisqu'elle impose simplement que chaque ARN dispose d'un budget annuel distinct²⁴⁵⁷.

²⁴⁵⁶ Art. 22 de la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté telle que modifiée par la directive 2008/6/CE du 20 février 2008 : « chaque Etat membre désigne une ou plusieurs autorités réglementaires nationales pour le secteur postal, juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux ».

²⁴⁵⁷ Art. 3bis, §2 de la directive « cadre » de 2002 modifiée. On remarquera que la proposition de règlement de 2013 établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté n'apporte aucune modification quant au statut des ARN.

b. La personnalité juridique octroyée aux régulateurs nationaux

Assez peu d'études ont été menées jusqu'à présent sur l'état de l'attribution de la personnalité juridique aux régulateurs nationaux dans l'UE. Si on peut imaginer que l'obligation européenne d'attribuer celle-ci dans les secteurs de l'énergie et des transports ferroviaires permet une diffusion de ce statut, l'état actuel de la régulation économique et financière montre qu'il s'agit en réalité d'un choix national détourné des préoccupations du droit de l'UE.

Sur l'octroi de la personnalité juridique au régulateur national dans les secteurs de l'énergie et du rail, le constat tiré est celui d'une grande hétérogénéité. Dans le domaine énergétique, on aurait pu penser que lorsque le régulateur indépendant avait été institué après 2009, la personnalité juridique lui aurait été attribuée, comme c'est le cas en Roumanie et en Croatie, où l'ANRE²⁴⁵⁸ et l'HERA²⁴⁵⁹ ont été créées en 2012. Ce n'est toutefois pas une règle puisqu'en Slovaquie, l'URSO n'a toujours pas la personnalité juridique alors que la loi l'instituant date de la même année. Lorsque le régulateur indépendant avait été institué avant 2009, aucune règle ne peut non plus être observée. D'un côté, certains pays ont prévu de longue date que leurs régulateurs soient personnalisés. Tout comme ses prédécesseurs, la CNMC en Espagne dispose ainsi de la personnalité morale²⁴⁶⁰. Au Luxembourg et en Belgique, l'ILR et la CREG se la sont vue attribuer dès leur création, et la doctrine italienne s'accorde à dire que l'AEEG en a tous les caractères, bien qu'il n'en soit pas fait mention dans la loi de 1995²⁴⁶¹. De l'autre, plusieurs Etats ne semblent pas prêts à mettre leur régulateur de l'énergie en conformité avec le droit de l'UE, comme l'Allemagne et les pays scandinaves.

Dans le secteur ferroviaire, peu de régulateurs se sont vus attribuer la personnalité morale, et comme pour le secteur de l'énergie, il ne semble pas que cette obligation ait totalement été assimilée par les Etats membres. En Belgique par exemple, la régulation

²⁴⁵⁸ Art. 7 de la loi n° 123/2012 sur l'électricité et le gaz naturel : « l'ANRE est organisée et fonctionne comme une autorité administrative autonome dotée de la personnalité juridique ».

²⁴⁵⁹ Art. 6 de la loi n°120/12 de réglementation des activités énergétiques du 19 octobre 2012 : « l'autorité de régulation de l'énergie croate est une personne morale indépendante sans but lucratif ».

²⁴⁶⁰ Art. 2, §1 de la Loi n° 3/2013 instituant la CNMC : « la Commission nationale des marchés et la concurrence est dotée de la personnalité juridique ».

²⁴⁶¹ F. MARTUCCI, « L'indépendance des autorités de régulation en Italie », op. cit., p. 731. Selon l'auteur, la doctrine italienne estime que l'AGCOM et l'ART ont de fait la personnalité juridique.

nationale exercée par le Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'Exploitation de l'Aéroport de Bruxelles-National a longtemps été « fortement dépendante de la puissance publique »²⁴⁶². Et si l'Arrêté royal du 4 décembre 2012 modifie la législation en vigueur, il ne le fait qu'en transposant partiellement la directive 2009/12/CE sur les redevances aéroportuaires, sans faire aucune mention de la directive de 2012. Il faut reconnaître que dans le secteur ferroviaire, une difficulté supplémentaire rend la tâche plus ardue encore, celle des retards importants de transposition des directives ferroviaires. Cette difficulté a été soulevée récemment par la Commission dans son quatrième rapport sur l'avancement du marché ferroviaire²⁴⁶³. A cette occasion, la Commission constatait qu'entre 2003 et 2013, 30% seulement des directives avaient été transposées dans les délais et qu'il fallait en moyenne dix-huit mois supplémentaires pour que les Etats membres transposent les directives du secteur²⁴⁶⁴. Alors que la directive 2012/34/UE devait être transposée au plus tard le 16 juin 2015, aucun bilan ne devrait être envisageable avant le début de l'année 2017.

Pour les autres secteurs régulés, le fait que le droit dérivé n'impose pas que les ARN soient dotées de la personnalité juridique n'emporte pas pour autant une absence totale de ce statut. En réalité, son attribution aux autorités de régulation économique et financière est moins marquée par des raisonnements sectoriels que par les choix nationaux opérés par les Etats membres pour tous leurs régulateurs. Au Luxembourg²⁴⁶⁵, en Espagne²⁴⁶⁶, en Italie²⁴⁶⁷, en Autriche²⁴⁶⁸, au Royaume-Uni²⁴⁶⁹ et en Lettonie²⁴⁷⁰, tous les régulateurs des réseaux et

²⁴⁶² A. DE STREEL, A. GAUTIER et X. WAUTHY, « La régulation des industries de réseau en Belgique », Reflets et perspectives de la vie économique, 2011/3, p. 89.

²⁴⁶³ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Quatrième rapport sur le suivi de l'évolution du marché ferroviaire, COM(2014) 353 final.

²⁴⁶⁴ Ibid., p. 64.

²⁴⁶⁵ Outre l'ILR, le CAA (art. 1er de la Loi modifiée du 6 décembre 1991) et la CSSF (art. 1er de la loi du 23 décembre 1998) sont dotés « de la personnalité juridique et jouissent de l'autonomie financière ».

²⁴⁶⁶ Outre la CNMC, la CNMV est dotée de la personnalité juridique et dispose de la capacité juridique de droit public et de droit privé (art. 1er du règlement intérieur).

²⁴⁶⁷ La personnalité juridique de droit public est attribuée à la CONSOB (art. 1er de la Legge n° 281, 4 giugno 1985) et à la COVIP (art. 13, al. 2 de la Legge n° 335 8 agosto 1995). Pour les régulateurs des réseaux, voir supra.

²⁴⁶⁸ Pour la FMA : art. 1er du FMABG ; Pour l'E-Control : art. 2 §1 de l'Energie-Control Gesetz de 2011. La personnalité juridique (Rechtspersönlichkeit) est octroyée aux régulateurs.

²⁴⁶⁹ Les autorités de régulation économiques et financière bénéficient toutes d'une personnalité morale, et peuvent donc agir en justice et contracter en leur propre nom. Voir : T. PERROUD, « L'indépendance des autorités de régulation au Royaume-Uni », op. cit., p. 743.

²⁴⁷⁰ Pour la PUC : art. 7, §6 de la loi du 19 octobre 2000 instituant la PUC ; Pour la Commission financière des marchés et des capitaux (*Finanšu un kapitāla tirgus komisija* - FKTK) : art. 3 §1 de la loi du 1er juin 2000

financiers ont la personnalité juridique. C'est également le cas au Portugal²⁴⁷¹ et aux Pays-Bas²⁴⁷² où dans leur effort d'harmonisation, les lois-cadres l'attribuent à toutes les autorités de régulation. Plus rares sont à l'inverse les Etats dans lesquels la personnalité juridique n'est jamais attribuée aux autorités de régulation. On peut citer l'Allemagne, la Suède, le Danemark, et la Finlande. Enfin, dans les autres Etats membres, ce statut semble attribué au « coup par coup » sans suivre de logique particulière. En Belgique par exemple, nous avons vu que la CREG en bénéficiait, à l'inverse du Service des transports. Si l'IBPT n'a pas non plus cette capacité, la FSMA est quant à elle « un organisme autonome ayant la personnalité juridique »²⁴⁷³. Comme la Belgique, la France n'a pas réellement suivi de ligne de conduite en la matière comme en témoignent le statut de ses autorités de régulation.

2. La justification de l'attribution de la personnalité juridique aux autorités de régulation

L'octroi de la personnalité juridique à plusieurs ARN française est à l'origine d'un vif débat doctrinal qu'il n'est permis de trancher qu'à l'aune des inconvénients et des avantages d'une telle attribution.

a. La personnalité juridique au cœur du débat doctrinal en France

En France, nous savons que le développement de la régulation a accompagné celui de la figure juridique de l'autorité administrative indépendante²⁴⁷⁴. Or comme le précise une partie de la doctrine, l'AAI reste une autorité de l'Etat et pour cette raison elle ne peut posséder la personnalité morale²⁴⁷⁵. Sans doute ceci explique-t-il qu'en octroyant la

instituant la FKTK. Les lois précisent que chacune de ces autorités est « une personne morale de droit public qui dispose de son propre patrimoine et d'un budget indépendant de l'Etat ».

²⁴⁷¹ L'article 3 de la loi-cadre n° 67/2013 du 28 août 2013 dispose que toutes les autorités de régulation économique et financière sont des personnes morales de droit public.

²⁴⁷² L'article 4 de la loi-cadre du 2 novembre 2006 fixant les règles régissant les organes administratifs indépendants dispose que ces organes sont « dotés d'une personne morale qui est établie en vertu du droit public ».

²⁴⁷³ Art. 44 de la loi du 2 août 2002 modifiée relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

²⁴⁷⁴ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, op. cit., p. 266. Pour le Rapport, « le concept d'autorité administrative indépendante répond bien aux besoins de régulation économique », p. 268.

²⁴⁷⁵ G. MARCOU, « Les autorités administratives "dépendantes" et "indépendantes" dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique, Une analyse sur des secteurs sélectionnés », op. cit., p. 80 ; Y. GAUDEMET, « Responsabilité de l'administration et nouvelles activités de contrôle », in Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique, 11 et 12 mai 2001 ; Traité de droit

personnalité juridique à l'Autorité des marchés financiers en 2003, le législateur a fait apparaître la nouvelle catégorie juridique de l'autorité publique indépendante (API). Il est vrai que l'attribution de la personnalité juridique à une autorité de régulation retire celle-ci des catégories usuelles du droit public. D'un côté, le Conseil d'Etat distingue en effet l'« opérateur de l'Etat » selon la formule consacrée depuis la LOLF²⁴⁷⁶, doté de la personnalité morale et qui rentre dans la qualification juridique de l'établissement public ou du groupement d'intérêt public. Il est alors sous tutelle ministérielle. De l'autre, l'organisme indépendant du pouvoir politique rentre dans la catégorie des AAI, lesquelles « ne sont pas dotées en principe de la personnalité juridique »²⁴⁷⁷. Cette nouvelle terminologie a donc interrogé la doctrine sur la question de « savoir si ces API doivent être assimilées aux AAI, dont elles ne seraient qu'une variété (...), si elles constituent une nouvelle catégorie de personnes publiques ou si elles ne sont pas en fin de compte une simple variante d'établissements publics »²⁴⁷⁸.

L'octroi de la personnalité juridique à certaines autorités de régulation, notamment dans le secteur financier a pu toutefois être justifié par la recherche d'une « certaine proximité avec les milieux économiques concernés »²⁴⁷⁹, lorsque la composition des organes fait largement intervenir des professionnels du secteur. A tout le moins est-ce la justification avancée par Gérard Marcou qui voyait dans l'AMF et l'ACAM de bonnes illustrations de cette conception. Les cas de la Commission de régulation de l'énergie pendant un court laps de temps et de l'ARAFER montrent toutefois que ce n'est pas le seul modèle corporatiste de l'autorité qui justifie l'attribution de la personnalité juridique. Dans le cas de la CRE, la loi de finance rectificative pour 2004²⁴⁸⁰ prévoyait une reformulation de la loi de 2000 relative à la

administratif, Tome 1, 16e éd., LGDJ, 2001, p. 77 ; C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », in C.-A. COLLIARD, G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 24. Pour certains auteurs d'ailleurs, dotées ou non de la personnalité juridique, les ARN apparaissent comme des autorités dans l'État. Voir : P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes dans l'État », in C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, p. 95.

²⁴⁷⁶ Les opérateurs de l'Etat, selon l'annexe au PLF du même nom, doivent respecter trois critères de qualification : une activité de service public, un financement assuré majoritairement par l'État, un contrôle direct par l'État.

²⁴⁷⁷ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, op. cit., p. 293.

²⁴⁷⁸ J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », op. cit., p. 899.

²⁴⁷⁹ G. MARCOU, « Les autorités administratives "dépendantes" et "indépendantes" dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique, Une analyse sur des secteurs sélectionnés », op. cit., p. 82.

²⁴⁸⁰ Art. 117 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004, JO n° 304 du 31 décembre 2004, p. 22522.

modernisation et au développement du service public de l'électricité. Sous l'impulsion du Rapporteur général de la Commission des finances du Sénat M. Philippe Marini, deux amendements avaient été votés par le Sénat, l'un attribuant la personnalité morale et l'autonomie financière à la CRE, l'autre prévoyant que ses ressources proviennent d'une taxe. La commission mixte paritaire ne retint toutefois que le premier, supprimant la taxe. La personnalité morale seule offrant alors moins d'intérêts, elle lui fut retirée en 2005²⁴⁸¹. Les nouvelles tentatives du sénateur Marini, d'abord dans une proposition de loi début 2006²⁴⁸², puis à l'occasion des débats portant sur la loi relative au secteur de l'énergie la même année²⁴⁸³, n'emportèrent pas la conviction du législateur. Très proche du cas de la CRE, celui de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires aboutit quelques années plus tard à un résultat diamétralement opposé. En janvier 2009, le rapport du sénateur Grignon se déclarait ainsi favorable à l'attribution de la personnalité morale à l'ARAF²⁴⁸⁴, ce qui ne sembla pas posé de difficultés aux autres parlementaires²⁴⁸⁵. Contre l'avis du gouvernement, l'amendement proposé par le sénateur fut retenu dans la loi de 2009²⁴⁸⁶.

²⁴⁸¹ Art. 103 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, JO n° 163, 14 juillet 2005, p. 11570.

²⁴⁸² Proposition de loi n° 285 (séance du 30 mars 2006) tendant à doter la Commission de régulation de l'énergie de la personnalité morale et à poser le principe de son indépendance financière en créant une contribution qui lui soit affectée proposée par Philippe Marini. L'article 1 de la proposition de loi reprenait la formulation abandonnée en 2005 en visant à modifier l'avant-dernier alinéa de l'article 30 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et en ajoutant l'alinéa suivant : « la Commission de régulation de l'énergie dispose de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Son budget est arrêté par le collège sur proposition du directeur général. Les dispositions de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées ne lui sont pas applicables ».

²⁴⁸³ Le sénateur œuvrait pour l'attribution de la personnalité morale et de l'autonomie budgétaire pour la CRE dans son avis du 4 octobre 2006 présenté au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif au secteur de l'énergie, p. 34.

²⁴⁸⁴ F. GRIGNON, Rapport n° 184 fait au nom de la commission des Affaires économiques (1) sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et guidés et portant diverses dispositions relatives aux transports (urgence déclarée), 28 janvier 2009.

²⁴⁸⁵ Y. PATERNOTTE, Rapport n° 1788 fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi adopté par le Sénat, après déclaration d'urgence, relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, (n°1507), 30 juin 2009, p. 10 et 48 ; H. MARITON, Avis n° 1806 présenté au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports (n° 1507), 8 juillet 2009, p. 47.

²⁴⁸⁶ Art. L 2131-1 du code des transports : « l'Autorité de régulation des activités ferroviaires est une autorité publique indépendante, dotée de la personnalité morale ».

Il est intéressant de noter que pour justifier la transformation de l'ancienne ARAF d'AAI en API²⁴⁸⁷, le sénateur Francis Grignon avançait l'argument d'un renforcement de l'indépendance de l'autorité dans la mesure où « la personnalité juridique et l'autonomie financière sont un gage supplémentaire de l'indépendance fonctionnelle de l'ARAF, qui ne sera plus intégrée à la personnalité juridique de l'Etat »²⁴⁸⁸. En France, la doctrine reste toutefois divisée sur l'intérêt de ce statut pour les régulateurs. Le Conseil d'Etat relevait d'ailleurs en 2001 que « l'expérience n'a pas démontré que l'absence de personnalité morale distincte de l'Etat était un obstacle au bon fonctionnement d'une autorité de régulation »²⁴⁸⁹. Pour certains auteurs comme Gérard Marcou, « la personnalité juridique n'a [même] rien à voir avec l'indépendance »²⁴⁹⁰, alors que d'autres reconnaissent en revanche qu'elle constitue un degré supplémentaire dans l'autonomie reconnue aux autorités de régulation²⁴⁹¹. Pour cette raison, le constat opéré par Martine Lombard en 2005 durant le laps de temps dans lequel la CRE avait la personnalité morale demeure toujours d'actualité : « l'une des questions auxquelles est aujourd'hui confrontée la France, comme nombre d'autres pays, est celle de la portée à venir de ce modèle des institutions indépendantes intervenant en matière économique »²⁴⁹². On pourrait alors imaginer une transposition du modèle de l'API aux autres

²⁴⁸⁷ L'appellation d'autorité publique indépendante semble aujourd'hui induire la personnalité morale, comme l'illustrent les termes employés à l'article L 331-12 du code de la propriété intellectuelle : « la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet est une autorité publique indépendante. A ce titre, elle est dotée de la personnalité morale » (nous soulignons).

²⁴⁸⁸ F. GRIGNON, Rapport du 28 janvier 2009, op. cit., p. 61.

²⁴⁸⁹ Rapport Conseil d'Etat 2001, op. cit., p. 379. Voir également : M. LOMBARD, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », RJEP, n° 619, 2005, p. 127. L'auteur relève que l'indépendance ne passe pas forcément pas la personnalité morale.

²⁴⁹⁰ G. MARCOU, « Les autorités administratives "dépendantes" et "indépendantes" dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique, Une analyse sur des secteurs sélectionnés », op. cit., p. 90. Voir également : S. MARTIN, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », RDP, n° 1, 2013, p. 53, pour qui « la personnalité juridique ne favorise pas une autonomie plus grande à l'égard des pouvoirs publics ».

²⁴⁹¹ Q. EPRON, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », op. cit., p. 1007 : « l'attribution de la personnalité morale aux autorités publiques indépendantes (...) constitue indéniablement un degré supplémentaire dans l'autonomie reconnue aux autorités de régulation » ; H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, Communications électroniques, Energie et Postes, op. cit., p. 341 et p. 380. L'auteur relève à ce titre que lorsque les autorités de régulation « n'ont pas de personnalité juridique, l'Etat répond par conséquent de leurs actes, ce qui laisse planer une présomption de subordination de l'entité dite indépendante » ; D. LINOTTE et G. SIMONIN, « L'Autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'Etat ? », AJDA 2004, p. 147. Pour un constat nuancé, voir : M. DEGOFFE, « Les autorités publiques indépendantes », AJDA 2008, p. 622

²⁴⁹² M. LOMBARD, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », op. cit., p. 128

régulateurs²⁴⁹³, comme c'est le cas dans la majorité des Etats membres de l'UE²⁴⁹⁴. En définitive, c'est bien à la lumière d'une analyse des inconvénients et des avantages de ce statut que le choix de doter ou non les ARN de la personnalité juridique doit être opéré.

b. Les inconvénients et les avantages de l'attribution de la personnalité juridique

La principale difficulté née de l'octroi de la personnalité morale est celle du transfert de responsabilité de l'Etat aux régulateurs. Ceci suppose en effet que ces ARN dotées de la personnalité morale aient vocation à être responsables directement de leurs agissements, puissent être assignées par les personnes qui estiment avoir subi un dommage en raison du comportement de l'autorité et doivent supporter sur leur patrimoine les actions en responsabilité dirigées contre elles. Bien qu'ayant fait assez peu l'objet de réflexions doctrinales en France²⁴⁹⁵, cette difficulté, qui n'est pas propre au cas français comme en témoigne la littérature italienne plutôt riche sur la mise en jeu de la responsabilité de la CONSOB²⁴⁹⁶, est d'autant plus complexe à résoudre que la jurisprudence n'est sur ce point pas encore totalement « mature »²⁴⁹⁷. L'avis rendu en 2005 par le Conseil d'Etat²⁴⁹⁸ à propos de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance

²⁴⁹³ Fabrice Melleray évoque à ce titre une transposition du modèle de l'autorité publique indépendante sous forme de « tache d'huile » ; F. MELLERAY, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public », AJDA 2003, p. 716.

²⁴⁹⁴ D. LINOTTE et G. SIMONIN, « L'Autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'Etat ? », op. cit., p. 147. Les deux auteurs relèvent très justement que l'octroi de la personnalité morale « est une innovation importante en droit public français alors qu'elle constitue généralement la norme dans les systèmes juridiques étrangers ».

²⁴⁹⁵ B. DELAUNAY, « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », RDP mars 2014, p. 276 ; C.-A. DUBREUIL, « Réglementation des marchés financiers », J. Cl. Adm, 29 octobre 2010, Fasc. 265 ; G. ECKERT, « La responsabilité administrative des autorités de régulation », RDBF, n°2, 2009, étude 13.

²⁴⁹⁶ Depuis l'arrêt de la Cour de cassation italienne du 3 mars 2001 (Cour de cassation italienne, Sezione Prima, sentenza n° 3132, 14 février-3 mars 2001), la responsabilité de la CONSOB peut être engagée en cas de négligence dans son activité de surveillance. Voir : D. CAPELLI, *Poteri e responsabilità della CONSOB nell'offerta al pubblico di prodotti finanziari*, Thèse, Université de Milan-Bicocca, 2009 ; G. SCOGNAMIGLIO, « La responsabilità civile della Consob », in *Rapporto Mercato finanziario e tutela del risparmio*, 10-11 juin 2005 ; G. ALPA, « La responsabilità extracontrattuale della Consob: alcuni problemi di metodo e di merito », *Nuova giurisprudenza civile commentata* n°2, 2004, p. 90 ; G. VISENTINI et A. BERNARDO, « La responsabilità della Consob per negligenza nell'esercizio dell'attività di vigilanza », *Centro di ricerca per il diritto d'impresa*, 2001.

²⁴⁹⁷ S'il est un domaine toutefois dans lequel le juge a œuvré pour préciser le régime de la responsabilité des ARN, c'est en matière de répartition des compétences entre juridiction administrative et juridiction judiciaire. Voir notamment : G. ECKERT, « Quel est le juge compétent pour connaître de la responsabilité des Autorités de régulation ? », DA n° 10, Octobre 2011, comm. 89, à propos de la décision du TC du 2 mai 2011, n° 3766, *Sté Europe finance et industrie c/ Autorité des marchés financiers*. Voir également, plus récemment, la décision du TC du 8 déc. 2014, n° 3974, *M. B. c/ Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*.

²⁴⁹⁸ CE, Avis n° 371558 du 8 septembre 2005.

(CCAMIP), autorité de régulation disposant de la personnalité morale, l'illustre parfaitement. Relevant d'abord que « dès lors que la capacité juridique lui a ainsi été attribuée, il appartient à cette commission, en vertu du principe général selon lequel nul n'est responsable que de son fait, auquel ni la nature des missions confiées à la commission, ni les modalités selon lesquelles elle les exerce n'impliquent de déroger, d'assumer les conséquences des actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre elle à l'occasion des fautes commises dans l'exercice de ces missions », le CE finit par relativiser cet effet de la personnalité morale : « la responsabilité de l'Etat peut être mise en jeu, le cas échéant, à titre subsidiaire, par les victimes des fautes commises dans l'exécution de la mission de service public confiée à la CCAMIP en cas d'insolvabilité de celle-ci. Cette mise en jeu peut conduire soit à la condamnation de l'Etat dans le cadre d'un contentieux engagé contre lui, soit à l'attribution par l'Etat à la CCAMIP de ressources exceptionnelles destinées à remédier à son insolvabilité ».

Il peut en effet paraître curieux qu'une autorité de régulation dotée de la personnalité juridique et responsable de ses actes se voie déchargée de cette responsabilité au détriment de l'Etat, autorité publique dont elle est sensée ne plus dépendre. Daniel Labetoulle soulignait d'ailleurs à ce sujet la contradiction interne de la démarche consistant à confier une mission de nature régaliennne incombant normalement à l'Etat à une autorité administrative dotée de la personnalité morale : « à la nature de la mission correspondrait normalement une responsabilité de l'Etat, (...) celle-ci n'est pas compatible avec la logique de la personnalité morale »²⁴⁹⁹. Mais en définitive, il ne paraît illogique de responsabiliser l'ARN dès lors que celle-ci gagne en indépendance à l'égard du pouvoir politique²⁵⁰⁰, la responsabilisation de l'autorité faisant office de « contrepartie ». Il n'en demeure pas moins que le régime juridique de la responsabilité des API est encore à construire, tant les incertitudes persistent. En effet, nous savons que l'Etat assume seul la responsabilité pour défaut du service public de la justice, ce qui limite celle des API à leurs missions administratives et non aux activités

²⁴⁹⁹ D. LABETOULLE, « La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de "garantie de l'Etat". A propos de l'Avis n° 371558 du Conseil d'Etat du 8 septembre 2005 », RJE, n° 635, 2006, p. 359.

²⁵⁰⁰ B. COSPEREC, « L'indépendance de l'autorité de régulation des activités ferroviaires », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, op. cit., p. 783. L'auteur estime que la responsabilité pécuniaire de l'ARN constitue le corolaire naturel de l'indépendance ; H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », op. cit., p. 2.

juridictionnelles qui leurs sont dévolues²⁵⁰¹. De même, lorsqu'un acte pris par une ARN dotée de la personnalité morale nécessite une homologation ministérielle, l'inévitable question du partage de responsabilité se posera. Enfin, et surtout, il est possible de considérer que les ARN ayant la personnalité juridique pourront faire appel à l'Etat si elles ne disposent plus des moyens financiers pour réparer leurs dommages, dès lors que le droit de l'UE invite les Etats membres à tout mettre en œuvre pour que les ressources de leurs ARN soient suffisantes pour l'exercice de leurs fonctions²⁵⁰². Sur ce point, le renforcement des ARN, par exemple en fusionnant les régulateurs sectoriels des réseaux d'utilité publique en une seule autorité intégrée, permettrait sans doute une mutualisation des risques au même titre que les financements, sauf à vouloir prendre exemple sur les régulateurs britanniques, lesquels disposent de la personnalité juridique mais agissent pour la plupart au nom de l'Etat²⁵⁰³.

A l'échelle de l'UE, l'octroi de la personnalité juridique aux agences décentralisées étudiées présente par ailleurs une spécificité au regard de la question de l'imputabilité de la responsabilité. Comme le note une auteure, les agences européennes agissent en principe sur délégation de la Commission, et en qualité de « simples délégataires, [elles] ne sont pas responsables de leurs actes même si, par ailleurs, leur responsabilité est prévue dans leur statut »²⁵⁰⁴. Toutefois, le juge européen a déjà admis la recevabilité d'un recours en annulation dirigé contre l'agence auteure de l'acte²⁵⁰⁵. Si en principe, « des actes adoptés en vertu de pouvoirs délégués [sont] imputables à l'institution délégante »²⁵⁰⁶, dès lors que l'agence a le pouvoir d'adopter des actes contraignants et que la Commission exerce une influence limitée sur la prise de décision, l'acte doit être imputé à l'agence. La possibilité pour une agence d'être responsable de ses actes doit également être analysée en filigrane de la récente décision dite « AEMF » de la CJUE. Reprenant les conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen présentées dans cette affaire, « l'article 28 du règlement n° 236/2012 n'implique pas (...) la subdélégation, à une agence, de compétences d'exécution prévues à l'article 291 TFUE ayant

²⁵⁰¹ CE, Sect., 27 février 2004, Mme Popin, n° 217257, Rec. p. 86 : « la justice est rendue de façon indivisible au nom de l'État ; qu'il n'appartient dès lors qu'à celui-ci de répondre, à l'égard des justiciables, des dommages pouvant résulter pour eux de l'exercice de la fonction juridictionnelle ».

²⁵⁰² Voir supra.

²⁵⁰³ Voir : T. PERROUD, « L'indépendance des autorités de régulation au Royaume-Uni », op. cit., p. 743. L'auteur relève que l'Ofgem, par son organe dirigeant, GEMA, agit au nom de la Couronne, et que des lois ont spécifiquement déchargé les régulateurs financiers de leur responsabilité.

²⁵⁰⁴ A. BOUVERESSE, « Droit communautaire et responsabilité extracontractuelle des autorités de régulation », RDBF n°2, 2009, étude 17.

²⁵⁰⁵ TPICE, 8 octobre 2008, *Sogelma c/ Agence européenne pour la reconstruction (AER)*, Aff. T-411/06.

²⁵⁰⁶ Ibid., point 54.

été préalablement confiées à la Commission »²⁵⁰⁷. Il s'agit à l'inverse de l'attribution directe par le législateur de pouvoirs à l'AEMF, lequel n'aurait pas agi en tant qu'« autorité délégante » lorsqu'il délègue des pouvoirs à une agence de l'Union, mais en tant qu'« acteur constitutionnel exerçant sa propre compétence législative ». Dès lors, l'octroi de la personnalité juridique aux agences étudiées prend tout son sens, et dans la mesure où elles ne tirent pas leurs pouvoirs d'une délégation de la part de la Commission, elles sont pleinement responsables de leurs actes. C'est ce que sous-entendent les articles 29 du règlement 713/2009 instituant l'ACRE et 68 du règlement 1095/2010 instituant l'AEMF²⁵⁰⁸.

A côté de cette difficulté, il ne fait que peu de doute que l'octroi de la personnalité morale présente des vertus importantes qui se répercutent sur le degré d'indépendance des régulateurs. D'abord, la personnalité morale est là pour « faire signe »²⁵⁰⁹, et même si cet argument relève de la symbolique, il peut traduire une volonté du législateur de créer une distance entre l'Etat et le régulateur²⁵¹⁰, dans la mesure où cette attribution constitue « l'étape ultime » dans l'indépendance susceptible d'être octroyée à un organisme de droit public²⁵¹¹. Ensuite, doté de la personnalité juridique, le régulateur peut conclure des contrats en son propre nom, et non plus au nom de l'Etat, qu'il s'agisse de baux locatifs, de prestations de service ou de contrats de fourniture. En cela, elle permet donc une plus grande liberté à l'ARN dans son fonctionnement. La personnalité morale octroie par ailleurs de manière automatique la capacité d'ester en justice. Cette possibilité est importante quand on sait qu'il s'agit là d'un moyen pour l'ARN de conserver les compétences qui lui sont attribuées, notamment lorsque l'Etat envisage de les réduire. En Espagne par exemple, la personnalité juridique attribuée à l'ancienne CMT a déjà permis à celle-ci de défendre ses intérêts en attaquant un décret royal limitant ses compétences²⁵¹². Enfin, comme l'indiquait l'exposé des motifs de la loi de 2003 instituant l'AMF, l'attribution de la personnalité morale, à l'instar de

²⁵⁰⁷ Conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen, op. cit., point 91.

²⁵⁰⁸ Ces articles disposent qu'« en matière de responsabilité non contractuelle, l'agence répare, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, tout dommage causé par ses services ou ses agents dans l'exercice de leurs fonctions. La Cour de justice est compétente pour les litiges concernant la réparation de tels dommages ».

²⁵⁰⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 60 ; J.-P. KOVAR, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », op. cit., p. 662.

²⁵¹⁰ Voir supra, p. 409.

²⁵¹¹ R. DOSIERE et C. VANNESTE, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, op. cit., p. 155.

²⁵¹² Voir supra.

la plupart de ses homologues étrangères, présente deux avantages concrets : « sa souplesse de fonctionnement est accrue puisque ce statut permet d'affecter directement les recettes et de recruter plus aisément des agents issus de la profession ». Bien qu'elle permette à l'autorité de régulation d'acquérir de nouvelles compétences, la personnalité juridique se manifeste donc essentiellement dans la gestion indépendante des ressources de l'ARN²⁵¹³, dont le prolongement est l'indépendance financière.

B. L'indépendance dans le fonctionnement du régulateur en lien avec la suffisance des ressources

A l'image de la possibilité offerte à certaines ARN non dotées de la personnalité morale d'ester en justice²⁵¹⁴, certaines des caractéristiques qui découlent de ce statut ont pu être accordées en France à des régulateurs appartenant encore à la catégorie des AAI²⁵¹⁵. S'il est dès lors naturel de s'interroger sur l'intérêt de l'octroi de la personnalité juridique aux ARN dès lors que celles-ci bénéficient d'un financement propre et de la possibilité d'engager et de gérer leur propre personnel, un tel statut présente toutefois l'avantage de réunir et d'accorder en bloc ce qui est délégué ponctuellement aux traditionnelles AAI²⁵¹⁶. Qu'elle soit ou non attribuée au titre de la personnalité juridique, la libre gestion du personnel et du budget constitue une marque forte de l'indépendance fonctionnelle de l'ARN (1), comme l'est un financement propre leur garantissant des ressources suffisantes (2).

1. La libre gestion des ressources financières et humaines

L'indépendance de gestion n'est en principe possible que si les moyens du régulateur sont en adéquation avec ses missions. En effet, on imagine difficilement qu'une autorité de

²⁵¹³ T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 3e éd., Economica, 2010, p. 349.

²⁵¹⁴ C'est le cas de la CRE et de l'ARCEP qui conservent à ce jour le statut d'AAI. Pour la CRE, l'article L 132-1 du code de l'énergie dispose que « pour l'accomplissement des missions qui sont confiées à la Commission de régulation de l'énergie, le président de la commission et le président du comité ont respectivement qualité pour agir en justice au nom du collège et au nom du comité » ; Pour l'ARCEP l'article L 134 CPCE énonce que « pour l'accomplissement des missions qui sont confiées à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, le président de l'autorité a qualité pour agir en justice ».

²⁵¹⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 58. Pour l'auteur, le législateur a en effet la possibilité de donner à des AAI des prérogatives juridiques « comme si » elles étaient des personnes juridiques sans pour autant leur conférer cette personnalité. L'auteur parle dans ce cas d'une « solution pragmatique » permettant l'exercice de compétences utiles sans l'imputation de la responsabilité.

²⁵¹⁶ Q. EPRON, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 1008.

régulation puisse mener à bien les missions qui lui sont dévolues si elle ne dispose pas de ressources suffisantes. Pour cette raison, le droit de l'Union européenne a cherché à préserver cette forme d'indépendance en prévoyant certaines garanties qu'on retrouve dans les directives relatives à la régulation des réseaux. Dans le secteur des communications électroniques, la directive 2002/21/CE modifiée énonce ainsi que « les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales disposent des ressources financières et humaines nécessaires pour accomplir les tâches qui leur sont assignées »²⁵¹⁷. Dans celui de l'énergie, l'autorité de régulation doit également disposer « de ressources humaines et financières suffisantes pour s'acquitter de ses obligations », et ce « afin de protéger [son] indépendance »²⁵¹⁸. La même formule est utilisée en substance dans le secteur du transport ferroviaire²⁵¹⁹, à l'égard de l'autorité de contrôle des redevances aéroportuaires²⁵²⁰ et dans le secteur postal²⁵²¹. La portée de ces différentes garanties s'avère parfois limitée en pratique.

a. L'autonomie de gestion budgétaire

L'indépendance de gestion se traduit d'abord par la possibilité pour le régulateur de constituer et de disposer librement de son budget. Si l'autonomie dans la gestion de leur budget semble désormais garantie pour tous les types de régulateurs²⁵²², la portée de leur indépendance dans l'élaboration de celui-ci n'est pas totale. Pour l'étendre, le droit de l'UE a souhaité garantir une certaine autonomie budgétaire aux ARN en imposant aux États membres que celles-ci disposent d'un budget distinct de celui de l'État dans les secteurs des

²⁵¹⁷ Art. 3 §3 de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE.

²⁵¹⁸ Art. 35 §5a de la directive 2009/72/CE et 39 §5a de la directive 2009/73/CE.

²⁵¹⁹ Art. 56 de directive 2012/34/UE : « l'organisme de contrôle dispose des capacités organisationnelles nécessaires en matière de ressources humaines et matérielles, proportionnellement à l'importance du secteur ferroviaire dans l'État membre ».

²⁵²⁰ Cons. 12 de la directive 2009/12/CE : « cette autorité devrait disposer de toutes les ressources nécessaires en personnel, en compétences et en moyens financiers pour l'exercice de ses tâches ».

²⁵²¹ Cons. 47 de la directive 2008/6/CE : « les autorités réglementaires nationales devraient disposer de toutes les ressources nécessaires, tant en ce qui concerne le personnel que les compétences spécialisées ou les moyens financiers, pour s'acquitter de leurs missions ».

²⁵²² D'une manière générale, il est reconnu que les autorités de régulation françaises « élaborent librement et exécutent selon leur volonté leur budget » ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan sur les autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 127. Pour l'Allemagne, voir : J. WALTHER, « L'indépendance des autorités de régulation en Allemagne », op. cit., p. 701-702 ; Pour l'Espagne, voir : E. VÍRGALA FORURIA, « Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI : su independencia (especial referencia al caso español) », in M.E. PRESNO LINERA, *La metamorfosis del Estado y del derecho*, Fundamentos n°8, 2014, p. 192 ; Pour l'Italie, voir : F. MARTUCCI, « L'indépendance des autorités de régulation en Italie », op. cit., p. 731-732 ; Pour le Royaume-Uni, voir : T. PERROUD, « L'indépendance des autorités de régulation au Royaume-Uni », op. cit., p. 744.

communications électroniques²⁵²³ et de l'énergie²⁵²⁴. Cette obligation n'empêche toutefois pas que le budget du régulateur fasse partie du budget de l'Etat. En Espagne par exemple, l'article 34, alinéa 1er de la loi 3/2013 prévoit que la CNMC, qui dispose de la personnalité morale, élabore et approuve seule son projet de budget qui sera intégré selon les règles ordinaires prévues par la loi 47/2003 au budget général de l'Etat²⁵²⁵. Comme le note le Professeur Lombarte, le régime budgétaire de la CNMC respecte le droit de l'UE puisque celui-ci n'impose pas un budget « autosuffisant » (autárquico) qui devrait être séparé du budget de l'Etat²⁵²⁶. En effet, l'obligation imposée par les directives concerne simplement l'existence d'un budget annuel distinct. La note interprétative de 2009 relative aux directives portant sur le régulation de l'énergie précise d'ailleurs que « la nouvelle législation continue à autoriser que le budget de l'autorité de régulation fasse partie du budget de l'Etat ; Cependant, il ya maintenant un besoin évident d'allocations annuelles budgétaires distinctes pour l'ARN »²⁵²⁷.

Pour les ARN disposant d'un financement ne serait-ce que partiel par des dotations publiques, le budget est intégré au budget de l'Etat pour que le législateur puisse donner son consentement sur l'étendue du financement à l'occasion du vote annuel de la loi de finance. A l'inverse, un certain nombre d'ARN disposent d'un budget propre non intégré au budget de l'Etat et qui ne nécessite pas l'aval du législateur national, comme l'AMF, la CNMV, et la BaFin, dans la mesure où elles ne sont pas financées par des ressources publiques. Dans l'un et l'autre cas, on constate à l'étude des différentes autorités de régulation que cette possibilité d'élaborer le budget a été attribuée à la quasi-totalité des ARN, quel que soit leur secteur d'intervention, soit par nécessité (lorsqu'elles ne sont pas financées par dotation de l'Etat), soit par pression du droit de l'UE (secteurs de l'énergie et des communications électroniques), soit par volonté du législateur national de garantir plus en avant leur indépendance (notamment dans le secteurs financiers). Même contraintes par le législateur à faire valider

²⁵²³ Article 3 §3 bis de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE : « les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales visées au premier alinéa disposent des budgets annuels distincts ».

²⁵²⁴ Art. 35 §5a de la directive 2009/72/CE et 39 §5a de la directive 2009/73/CE : « les États membres veillent notamment à ce que (...) l'autorité de régulation (...) bénéficie de crédits budgétaires annuels séparés et d'une autonomie dans l'exécution du budget alloué ».

²⁵²⁵ Loi 47/2003, du 26 novembre 2003, General Presupuestaria, BOE n° 284, de 27/11/2003, p. 42079.

²⁵²⁶ A.R. LOMBARTE, « La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia : los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador », *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 34, 2014, p. 222.

²⁵²⁷ Commission européenne, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, op.ci., p. 9.

leur budget, certaines ARN peuvent toutefois disposer d'une marge de manœuvre originale. C'est le cas de la CNMC qui bénéficie même d'une assez grande autonomie dans la mesure où l'alinéa 2 de l'article 34 de la loi 3/2013 prévoit ainsi que des modifications peuvent être apportées au budget selon les règles établies par son Estatuto Orgánico²⁵²⁸. Celui-ci prévoit ainsi que le Président de la CNMC peut modifier l'attribution des crédits des différents postes budgétaires de la Commission et qu'il peut surtout autoriser une modification du budget de l'autorité à hauteur de 3% sans demander ni recevoir l'aval du pouvoir politique²⁵²⁹.

A l'échelle de l'UE, l'indépendance fonctionnelle liée à la gestion des budgets des agences s'apprécie par ailleurs en filigrane des pouvoirs exercés par celles-ci. Par exemple, l'ORECE dispose d'une indépendance élevée dans la conception de son budget, puisque ce dernier est établi par le Comité de gestion, composé des membres indépendants des ARN, avec l'aide du responsable administratif²⁵³⁰. Mais nous avons vu précédemment qu'il ne constitue qu'un organe consultatif sans réel pouvoir. A l'inverse, l'étude des pouvoirs confiés aux agences a montré que l'ACRE dispose de compétences accrues²⁵³¹. Mais dans le cas de l'Agence, ce ne sont pas les représentants des ARN qui élaborent le budget, mais le directeur (qui établit l'avant projet de budget) et le Conseil d'administration (qui dresse l'état prévisionnel des dépenses et des recettes)²⁵³². Or tant le directeur, choisi parmi une liste de personnalités proposées par la Commission, que le Conseil d'administration, dont les membres sont choisis par le trio institutionnel, sont des organes directement ou indirectement nommés par le pouvoir politique européen²⁵³³. On peut donc regretter qu'aucun effort n'ait été fait pour confier ces compétences budgétaires aux membres des ARN, dont l'indépendance organique et fonctionnelle est mieux garantie. Enfin, les AES constituent les agences les plus indépendantes du point de vue fonctionnel. Ces autorités sont dotées d'importants pouvoirs, et leurs budgets sont établis par les directeurs exécutifs (choisis par les Conseils de surveillance avec accord du Parlement) et approuvés par les Conseils d'administration, composés des

²⁵²⁸ Décret royal n° 657/2013, du 30 août 2013, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE n° 209, de 31 de agosto de 2013, p. 63623.

²⁵²⁹ Art. 43, al. 2 de l'Estatuto Orgánico. Lorsque la modification du budget touche aux dépenses de personnel ou dépasse les 3%, le ministre des finances et de l'administration publique a autorité.

²⁵³⁰ Art. 12 du règlement 1211/2009 instituant l'ORECE.

²⁵³¹ Voir supra.

²⁵³² Art. 23 du règlement 713/2009 instituant l'ACRE.

²⁵³³ Certes, les membres du Conseil d'administration « s'engagent à agir objectivement au service de l'intérêt public et dans un esprit d'indépendance, sans solliciter ni suivre aucune instruction politique » (art. 12, §7 du règlement 713/2009), mais aucun impératif d'indépendance ne pèse sur le directeur. Dans tous les cas, leur indépendance est moindre que celle des représentants des ARN.

représentants des ARN²⁵³⁴. Ces agences ont donc également la possibilité d'élaborer leur budget. Mais leur indépendance relative dans l'élaboration de leur budget ne doit pas masquer le contrôle opéré par la Commission et le Parlement européen. Comme pour les ARN dont le budget est intégré au budget de l'Etat, celui des agences est intégré à celui de l'UE et nécessite notamment l'aval du législateur de l'Union²⁵³⁵.

b. L'obtention de ressources humaines suffisantes

L'indépendance de gestion du personnel se traduit d'abord par la possibilité d'engager un personnel propre, hautement qualifié et d'une grande expertise technique²⁵³⁶. Ce point ne pose en principe que peu de difficultés dès lors que la plupart des régulateurs disposent de la personnalité morale²⁵³⁷. Même pour les autres, la possibilité de recruter existe, qu'il s'agisse de fonctionnaires, de fonctionnaires détachés, de contractuels de droit public ou de droit privé. A l'échelle de l'Union, l'effectif des agences est principalement composé de membres de la fonction publique européenne, même si les agences sont autorisées à détacher auprès d'elles des experts, provenant notamment des ARN²⁵³⁸.

Surtout, la bonne gestion des ressources humaines passe par l'attribution de ressources suffisantes. Les dépenses de personnel constituant l'essentiel des dépenses des régulateurs, c'est en effet souvent à la lumière du budget de l'autorité qu'on détermine si oui ou non les ressources humaines sont en adéquation avec les missions du régulateur. Pour les agences décentralisées par exemple, l'étendue des ressources humaines est très largement dépendante des dotations prévues dans le budget de l'UE. C'est moins vrai pour les AES que pour l'ORECE et l'ACRE, puisque dans le secteur financier, le budget de l'Union ne contribue qu'à hauteur de 40% au financement des trois agences²⁵³⁹. Après des hausses répétées, les dotations des agences ont d'ailleurs été récemment impactées par le nouveau

²⁵³⁴ Art. 63 des règlements instituant les AES.

²⁵³⁵ Voir infra, p. 566.

²⁵³⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 79.

²⁵³⁷ Dans le secteur du transport ferroviaire, l'article 55 §3 de la directive 2012/34/UE précise par ailleurs que « les autorités de contrôle nationales du secteur ferroviaire (...) ont pleine autorité sur le recrutement et la gestion du personnel de l'organisme de contrôle ».

²⁵³⁸ Art. 10, §1 du règlement 1211/2009, art. 28 du règlement 713/2009 et art. 68 des règlements instituant les AES.

²⁵³⁹ AEMF, Programme de travail, 2015, p. 26.

cadre financier pluriannuel (CFP) 2014-2020²⁵⁴⁰. A l'occasion de la présentation de celui-ci, la Commission a défini une programmation des effectifs et des niveaux de subventions des institutions, organes et agences de l'Union. Or cette programmation doit être compatible avec les plafonds de dépenses fixés dans le CFP qui imposent une réduction de 5 % des effectifs sur cinq ans. On aurait pu craindre une baisse des effectifs et des budgets des agences étudiées, mais la Commission a bien compris qu'en augmentant leurs compétences, il était nécessaire d'augmenter également leur financement. Pour cette raison, les cinq agences n'ont pas été classées dans la catégorie des agences en « vitesse de croisière », lesquelles voient leurs effectifs diminuer sensiblement, comme c'est le cas pour certaines agences de sécurité²⁵⁴¹. Pour la Commission, les AES sont considérées comme des agences « en phase de démarrage », ce qui leur permettra de bénéficier d'une augmentation de leurs effectifs²⁵⁴² et de leurs budgets²⁵⁴³ entre 2013 et 2020. Placées dans la catégorie des « nouveaux mandats »²⁵⁴⁴, l'ACRE et l'Office verront leurs effectifs légèrement modifier²⁵⁴⁵ et leur budget augmenter²⁵⁴⁶.

A l'échelle nationale, déterminer si les ARN disposent de ressources suffisantes s'apprécie au regard de l'évolution de leurs budgets et de leurs effectifs. Dans l'Union, les ARN des secteurs financiers semblent par exemple bien dotées, et pour chacune d'entre elles, les budgets et les effectifs sont en hausse d'une année sur l'autre²⁵⁴⁷, ce qui illustre au moins un mouvement global qui leur est favorable. Ce constat manque toutefois de pertinence pour savoir si les ARN ont effectivement des ressources suffisantes, puisqu'une ARN peut rester insuffisamment financée alors même que son budget est en constante augmentation. Pour

²⁵⁴⁰ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 10 juillet 2013 sur la programmation des ressources humaines et financières destinées aux organismes décentralisés pour 2014-2020, op. cit., p. 3.

²⁵⁴¹ Ainsi, l'AESA verra ses effectifs diminuer de 692 à 639 de 2013 à 2020 et l'AESM de 213 à 195. En revanche, l'ENISA verra son effectif stagner et l'AFE verra son effectif augmenter (143 à 148). Notons que si les effectifs des agences baissent, leur budget est toutefois en légère augmentation.

²⁵⁴² Pour l'AEMF, augmentation de l'effectif de 121 à 163 ; Pour l'ABE, augmentation de 93 à 145 ; Pour l'AEAPP, augmentation de 80 à 112.

²⁵⁴³ Pour l'AEMF, augmentation du budget de 6.7 à 12.6 millions d'euros ; Pour l'ABE, augmentation de 10 à 16 millions d'euros ; Pour l'AEAPP, augmentation de 7.5 à 10 millions d'euros.

²⁵⁴⁴ La catégorie des « nouveaux mandats » suppose que l'agence est déjà bien installée mais que de nouvelles missions lui ont été confiées.

²⁵⁴⁵ Les effectifs de l'ACRE passeront de 49 à 52 et ceux de l'ORECE diminueront de 16 à 14.

²⁵⁴⁶ Le budget de l'ACRE passera de 9 à 12 millions d'euros, et celui de l'office de 4.2 à 4.5 millions.

²⁵⁴⁷ Pour une analyse comparée des modèles de financement des autorités de régulation italienne, française, allemande et espagnole, voir : V. MAIORANO, *Modelli di regolamentazione e finanziamento delle autorità di vigilanza nei mercati finanziari*, Thèse, LUISS, Rome, 2011.

cette raison, une étude comparative semble adaptée afin de déterminer si les ARN disposent ou non de ressources suffisantes. Il est néanmoins difficile d'opérer une comparaison systématique des budgets des autorités de régulations nationales. En effet, pour qu'une comparaison prenne du sens, l'étendue des missions des ARN, la nature des secteurs régulés, l'évolution et l'importance des marchés doivent être si ce n'est identiques, au moins similaires. Pour cette raison, une comparaison pertinente des budgets dans certains secteurs est complexe à réaliser. Par exemple, il est difficile de comparer les régulateurs sectoriels français et italiens avec une autorité intégrée comme l'Agence fédérale des réseaux allemande ou avec la CMNC en Espagne, qui est à la fois un régulateur multisectoriel et une autorité de la concurrence. Entreprise secteur par secteur, la comparaison prend plus de sens. Elle se heurte toutefois assez rapidement à des différences économiques d'importance, comme la taille du marché régulé²⁵⁴⁸. Pour comparer ce qui est comparable, il faut encore que les ARN exercent leurs activités sur les mêmes secteurs²⁵⁴⁹.

En conséquence, le secteur de l'énergie semble constituer, dans des pays comme le Royaume-Uni, la France, l'Italie et la Pologne le secteur le plus à même d'offrir une bonne comparaison des budgets et des effectifs des régulateurs. Les caractéristiques des marchés de ces quatre pays sont similaires, et les régulateurs nationaux se concentrent sur les mêmes secteurs, c'est à dire l'électricité et le gaz²⁵⁵⁰. Les résultats sont pourtant très différents d'un Etat à l'autre. En Italie, les dépenses courantes de l'AEEG²⁵⁵¹ s'élèvent à plus de 44 millions d'euros pour un effectif de 160 personnes²⁵⁵². Il s'agit du budget le plus élevé des quatre ARN

²⁵⁴⁸ Pour cette raison, le budget des autorités de régulation du transport ferroviaire est très difficilement comparable d'un pays à l'autre.

²⁵⁴⁹ Le secteur des communications électroniques et des postes pourrait en ce sens constituer une bonne base de comparaison. Des difficultés apparaissent toutefois rapidement. En France, les secteurs des communications et des postes sont réunis au sein de l'ARCEP. En Italie, l'AGCOM régule en plus le secteur de l'audiovisuel. Au Royaume-Uni, l'Ofcom régule les mêmes secteurs que l'AGCOM mais est également chargée d'une partie de la « régulation concurrentielle ». Le même raisonnement s'applique pour les secteurs financiers. Même si un mouvement global en faveur du modèle par objectif se dessine, à l'exception de la France et du Royaume-Uni, les Pays comparables du point de vue de la taille du marché n'ont pas d'architecture de régulation suffisamment proche. La régulation financière en Italie et en Espagne s'articule encore autour de plusieurs autorités de régulation, et en Allemagne, la BaFin est une autorité intégrée.

²⁵⁵⁰ En Italie, l'AEEG est également chargée de la régulation du secteur de l'eau, mais l'analyse du budget de l'autorité montre que le coût de cette régulation est négligeable.

²⁵⁵¹ Le budget de l'AEEG distingue les dépenses courantes (locations de locaux, dépenses de personnel, frais de fonctionnement, etc.) et les transferts imposés vers d'autres autorités par la loi de finance pour 2010 (qui s'élèvent à environ 10 millions d'euros).

²⁵⁵² AEEG, Rapport annuel, 2014, p. 237.

malgré un effectif limité. Au Royaume-Uni, le budget de l'Ofgem²⁵⁵³ est de 26 millions de livres soit environ 37 millions d'euros, pour un effectif de 304 employés (personnel de l'autorité et membres de GEMA)²⁵⁵⁴. En Pologne, le budget de l'URE est assez proche de celui de l'Ofgem, puisque l'autorité emploie quant à elle 296 personnes pour un budget global d'un peu plus de 125 millions de zlotys, soit environ 25 millions d'euros²⁵⁵⁵. Quant à la CRE, elle dispose d'un budget avoisinant les 20 millions d'euros pour un effectif en 2014 de 120 membres²⁵⁵⁶, soit le budget et l'effectif les plus faibles, ce qui peut surprendre quand on sait que la France est l'un des cinq plus grands marchés d'électricité et de gaz d'Europe.

A la lumière de ces chiffres, le constat d'une grande hétérogénéité s'impose donc. Si l'Ofgem et l'URE présentent des budgets similaires, l'AEEG semble bénéficier de largesses budgétaires importantes et la CRE à l'opposé dispose de ressources limitées. En 2013, le président de la CRE constatait d'ailleurs que le budget et les effectifs de l'autorité ne semblaient pas « à la hauteur » des tâches qui lui étaient assignées : « les missions et l'activité de la CRE se sont considérablement accrues depuis 2010, avec la transposition des directives du 3e paquet (...), l'entrée en vigueur de la loi NOME (...), le recours massif aux appels d'offres en matière d'énergies renouvelables, l'entrée en vigueur du règlement REMIT et les travaux européens pour l'élaboration des règles relatives à l'intégration des marchés. Or les effectifs et le budget de fonctionnement du régulateur français de l'énergie ont régressé au cours de la même période. Ils sont en outre systématiquement amputés en cours d'année par des mesures de gel budgétaire »²⁵⁵⁷. Alors que les effectifs de la CRE ont tendance à stagner voire à diminuer²⁵⁵⁸, ceux de l'AEEG²⁵⁵⁹, de l'Ofgem²⁵⁶⁰ et de l'URE²⁵⁶¹ sont en effet en constante évolution depuis plusieurs années. Ce point est d'ailleurs abordé dans ce rapport d'activité de 2014, qui note que « l'étude des ressources des autorités européennes de régulation de l'énergie fait apparaître que les huit régulateurs disposant déjà d'effectifs supérieurs à ceux de la CRE (en Allemagne, Espagne, Grande-Bretagne, Hongrie, Italie,

²⁵⁵³ Le budget total de l'Ofgem s'élève à 71 millions d'euros pour un effectif de près de 700 personnes. Il le comprend budget de l'Ofgem telle qu'étudiée, celui de l'Ofgem-E-Serve et celui des « corporate functions ».

²⁵⁵⁴ National Audit Office, Overview of Ofgem, dec. 2012, p. 8.

²⁵⁵⁵ URE, Rapport annuel, 2014, p. 60.

²⁵⁵⁶ CRE, Rapport d'activité 2014, p. 21.

²⁵⁵⁷ CRE, Rapport d'activités 2013, p. 19.

²⁵⁵⁸ L'effectif de la CRE était de 128 agents et 3 commissaires en 2009 pour 123 agents et 6 commissaires en 2015.

²⁵⁵⁹ En l'espace de dix ans, l'effectif de l'AEEG a augmenté de 33%.

²⁵⁶⁰ De 2005 à 2015, l'effectif de l'Ofgem a augmenté d'environ 20%.

²⁵⁶¹ Depuis 2004, l'effectif de l'URE a augmenté de 22%.

Pologne, République tchèque et Roumanie) ont vu ceux-ci augmenter en 2013 »²⁵⁶². La volonté des pouvoirs publics de ne pas prendre en considération ces difficultés rend la situation assez invraisemblable. Le rapport d'activité de la CRE de 2014 rappelait d'ailleurs opportunément le texte des directives de 2009 en insistant sur la nécessité de disposer des ressources suffisantes pour l'exercice de ses missions²⁵⁶³.

En l'espace de dix ans, la situation de la CRE s'est donc largement détériorée²⁵⁶⁴. Mais ce mouvement n'est pas propre au secteur de l'énergie. L'ARCEP se trouve depuis quelques années dans une situation similaire « d'extrême tension »²⁵⁶⁵ en raison de baisses d'effectifs et de ressources successives. Cette difficulté, l'ARCEP l'a bien prise en compte et a considérablement réduit ses dépenses, notamment en frais de fonctionnement²⁵⁶⁶. Plusieurs sénateurs et sénatrices ont d'ailleurs souligné « le caractère particulièrement vertueux de la gestion (...) de son budget, notamment au regard de ses homologues européennes ». Ceux-ci notent toutefois les limites d'une telle évolution « qui en vient à remettre en cause l'exercice par l'Autorité de ses missions institutionnelles et, partant, la qualité de la régulation des marchés sur lesquels elle intervient »²⁵⁶⁷. A l'ère du numérique, de nouveaux enjeux attendent en effet l'autorité, mais celle-ci voit pourtant son financement se réduire chaque année à tel point qu'une diminution supplémentaire de 15 à 20 % de ses effectifs est envisagée entre 2015 et 2017²⁵⁶⁸.

²⁵⁶² CRE, Rapport d'activité, 2014, p. 21.

²⁵⁶³ La note interprétative de la Commission sur les directives de 2009 invitait à ce titre les Etats membres à augmenter les ressources des ARN : « l'ARN doit avoir des ressources humaines et financières suffisantes pour mener à bien ses fonctions. Les nouvelles règles de l'Union européenne accordent beaucoup plus de compétences et de pouvoirs à l'ARN, ce qui va affecter les ressources humaines et financières à mettre à leur disposition. Compte tenu de la complexité de la régulation de l'énergie, une ARN doit être en mesure d'attirer un personnel suffisamment qualifié et diversifié (juristes, économistes, ingénieurs, etc.) ». Commission européenne, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, 22 janvier 2010, p. 10.

²⁵⁶⁴ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 342-343. L'analyse du budget de la CRE en 2005-2006 plaçait l'autorité française au même niveau que les autres ARN étudiées (AEEG et Ofgem).

²⁵⁶⁵ C. ERHEL, Avis n° 2262 présenté au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi de finances pour 2015, Tome VII, Economie, Communications électroniques et économie numérique, 9 octobre 2014, p. 10.

²⁵⁶⁶ ARCEP, Rapport d'activité 2014, p. 24. Les frais de fonctionnement de l'ARCEP entre 2009 et 2014 ont baissé de 25%.

²⁵⁶⁷ P. LEROY, E. LAMURE et M. BOURQUIN, Avis n° 109 présenté au nom de la commission des affaires économiques du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2015, 20 novembre 2014, p. 49.

²⁵⁶⁸ C. ERHEL, Avis n° 2262 présenté au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi de finances pour 2015, Tome VII, Economie, Communications électroniques et économie numérique, 9 octobre

Pour résoudre cette difficulté, l'idée de transférer certaines missions exercées par les régulateurs aux administrations centrales, et donc à l'Etat, est parfois évoquée²⁵⁶⁹. Nous ne la partageons pas et nous estimons au contraire que la solution ne peut pas venir d'une baisse des missions des régulateurs indépendants mais à l'inverse d'une hausse de leur financement. Pour cette raison, l'étude de la gestion des ressources humaines et financières dont disposent les autorités de régulation ne peut se lire qu'en filigrane de l'analyse de leur mode de financement. Lorsque des contraintes fortes pèsent sur les budgets et sur les ressources humaines des régulateurs, qu'il s'agisse d'agences de l'UE ou d'ARN, ces difficultés ne peuvent être écartées sans le recours à un financement propre.

2. L'indépendance financière en débat

Supposer qu'une autorité de régulation soit indépendante financièrement signifie qu'elle s'autofinance par des taxes et prélèvements perçus auprès des opérateurs qu'elle régule et non plus par des dotations de l'Etat. Or dans l'UE, aucun mode de financement n'est imposé aux Etats pour leurs ARN. En conséquence, les modes de financement se caractérisent par une relative hétérogénéité, attisée par des différences nationales et sectorielles. Seuls les Pays-Bas²⁵⁷⁰ et le Portugal²⁵⁷¹ ont en effet choisi pour toutes leurs ARN un mode de financement mixte, c'est à dire provenant pour partie de dotations de l'Etat et pour partie de taxes prélevées sur les entreprises régulées. Dans les autres pays, des différences subsistent. Deux constats peuvent toutefois être opérés. L'étude des modes de financement des autorités de régulation montre que la très grande majorité de ces régulateurs sont au moins pour partie autofinancés. Ce mouvement qui fait de l'autofinancement la règle et le financement par l'Etat l'exception s'explique par les difficultés pour les Etats de doter seuls les régulateurs de ressources suffisantes.

2014, p. 10. La députée notait ainsi que le budget de l'ARCEP était « confrontée à de sérieux enjeux de rationalisation et de réduction de ses dotations de fonctionnement ».

²⁵⁶⁹ Ibid., p. 11. Le rapport d'activité de la CRE notait également en 2014 que compte tenu des faibles dotations dont elle bénéficiait, certaines de ses compétences n'auraient sans doute pas d'autre choix que d'être de nouveau exercées sous le giron du ministère.

²⁵⁷⁰ Art. 28 de la loi-cadre du 2 Novembre 2006, fixant les règles régissant les organes administratifs indépendants.

²⁵⁷¹ Art. 33 et 34 de la loi-cadre 67/2013 du 28 aout 2013.

a. Un mouvement global en faveur du financement par des ressources propres

Dans le cas des agences décentralisées, l'ACRE²⁵⁷² et l'ORECE²⁵⁷³ sont quasi exclusivement financées par le budget de l'UE, alors que les trois AES²⁵⁷⁴ sont dans l'ensemble financées pour moitié par le budget de l'UE et pour moitié par les autorités de régulation nationales. Ce dernier mode de financement semble assez complexe à mettre en œuvre en ce sens que les ARN, qui sont déjà financées de manière différente dans chaque Etat, ne contribuent pas au même niveau au budget des agences. Pour cette raison, le président de l'AEMF s'est déjà prononcé en faveur d'un financement intégral de l'autorité par le budget de l'UE²⁵⁷⁵, ce qui coïncide assez mal avec la tendance de ces dernières années d'une baisse des dotations européennes, même si pour le moment les AES sont épargnées. Une autre solution existe et a d'ailleurs été privilégiée pour le financement du Mécanisme de surveillance unique²⁵⁷⁶ : celui d'un financement par les entreprises régulées²⁵⁷⁷. Un point de vue que partagent plusieurs économistes comme Gunther Capelle-Blancard et Jézabel Couppey-Soubeyran. Pour ces auteurs, le budget des AES « repose aujourd'hui pour partie sur les contributions des autorités nationales, pour partie (...) sur le budget européen. Or, il n'y a guère de marge de manœuvre de ce côté-là. La seule façon consiste donc pour le moment à augmenter la contribution des autorités nationales, et par là-même les prélèvements opérés sur les établissements assujettis. De ce côté, les marges de manœuvre existent car les taux de prélèvement sont très faibles, et se veulent d'ailleurs parfaitement indolores pour les établissements assujettis »²⁵⁷⁸. Cette solution est séduisante, notamment pour l'ORECE et l'ACER dont les marges financières sont faibles et empêchent véritablement l'accroissement

²⁵⁷² Art. 21 du règlement 713/2009 instituant l'ACRE.

²⁵⁷³ Art. 11 du règlement 1211/2009 instituant l'ORECE.

²⁵⁷⁴ Art. 62 du règlement 1095/2010 instituant l'AEMF.

²⁵⁷⁵ S. FLEMING, P. STAFFORD, « Esma chief warns securities regulators on monitoring risk », *Financial Times*, 20 avril 2014 : « we see governments that are in difficult budgetary conditions and national regulators with limited resources, where their budgets are stable or reducing. We at ESMA are part of that issue » ; A. PUAAR, « Q&A with EMSA's Steven Maijor : "We need more resources" », *Financial News*, 7 mai 2014.

²⁵⁷⁶ Cons. 78 du règlement 1024/2013 : les « ressources devraient être obtenues d'une manière qui garantisse l'indépendance de la BCE par rapport à toute influence indue des autorités compétentes nationales et des participants au marché, et la séparation des missions de politique monétaire et de surveillance. Les coûts de la surveillance devraient être supportés par les entités qui y sont soumises. Par conséquent, les missions de surveillance de la BCE devraient être financées par des redevances annuelles à payer par les établissements de crédit établis dans les États membres participants ».

²⁵⁷⁷ J. MOLINIER, « L'élaboration d'un cadre commun aux agences de l'Union », *op. cit.*, p. 237.

²⁵⁷⁸ G. CAPELLE-BLACART, J. COUPPEY-SOUBEYRAN, « Peut-on superviser les banques sans argent ? », *Telos*, 26 octobre 2012.

de leurs compétences²⁵⁷⁹. Doit-on pour autant fixer un taux commun aux Etats membres en vue d'une taxe directement perçue sur tous les opérateurs supervisés par ces agences ? Ce choix a déjà été fait pour d'autres agences décentralisées²⁵⁸⁰, mais il pourrait poser de nouvelles difficultés liées au contrôle opéré sur ces agences de régulation²⁵⁸¹.

A l'échelle nationale, ce type de financement par taxes ou prélèvements sur les secteurs régulés constitue à l'inverse une réalité. Les régulateurs des secteurs financiers perçoivent par exemple tous des taxes auprès des entités régulées et supervisées, et ce même lorsque le « contrôle » gouvernemental est considéré comme élevé. En Allemagne et en Autriche, la BaFin (+90%) et la FMA (+80%) sont ainsi financées très majoritairement par des cotisations perçues sur l'ensemble des institutions de crédit, des entreprises d'assurances et des établissements de prestations de services financiers²⁵⁸². En général, les ressources propres dans ces secteurs constituent la seule véritable source de financement, à laquelle s'ajoutent les produits et revenus de leur propre patrimoine, et pour une petite partie les missions rémunérées qui leur sont confiées. Le secteur de l'énergie se rapproche de celui des finances puisque parmi les vingt-huit régulateurs nationaux, un seul reste toujours financé exclusivement par une dotation de l'Etat. Quelques ARN ont un financement mixte (en Suède et en Finlande), mais la plupart sont entièrement financées par des prélèvements sur les opérateurs régulés. Les cas des régulateurs multisectoriels sont plus difficiles à analyser dans la mesure où ils reçoivent une dotation de l'Etat et sont partiellement autofinancés. C'est le cas par exemple en Lettonie²⁵⁸³, en Espagne²⁵⁸⁴ et en Allemagne²⁵⁸⁵.

²⁵⁷⁹ C. VLACHOU, La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques, énergie), op. cit., p. 225.

²⁵⁸⁰ Des mécanismes d'autofinancement partiel existent par exemple pour l'AESA, l'Autorité européenne des médicaments et l'Agence européenne des produits chimiques.

²⁵⁸¹ Voir infra, p. 573.

²⁵⁸² La FMA bénéficie d'une dotation de l'Etat autrichien à hauteur de 10% de son budget. La BaFin ne reçoit en revanche aucune dotation de la Fédération allemande.

²⁵⁸³ Art. 19, 20, 12 (taxes) et 29, 30, 31 (dotations) de la loi du 19 août 2000.

²⁵⁸⁴ Art. 33, 34, Annexes de la loi 3/2013. L'article 33 prévoit trois types de ressources parmi lesquelles les allocations annuelles fixées dans le budget de l'Etat, les produits et revenus issus de l'exploitation du patrimoine de la Commission, et au titre de son autofinancement, les taxes et péages perçus pour l'utilisation des infrastructures de réseaux dont s'acquittent les opérateurs.

²⁵⁸⁵ En Allemagne, la particularité du financement de la BNetzA vient du fait que les taxes administratives prélevées sur les opérateurs sont prévues dans les lois sectorielles. Voir : J. WALTHER, « L'indépendance des autorités de régulation en Allemagne », op. cit., p. 701 ; G. HERMES, « Les autorités administratives dépendantes et indépendantes - Un aperçu de l'administration fédérale », op. cit., p. 122.

Quant au financement des régulateurs des transports et des communications électroniques, des différences importantes existent selon les Etats. L'obligation de réguler le secteur des transports étant récente, les Etats membres n'ont pas encore tous déterminé quel serait le mode de financement à privilégier. En France, l'ARAFER se finance sur les montants des redevances d'utilisation du réseau ferré national versées au gestionnaire du réseau. En Italie, l'ART a reçu une subvention de l'Etat pour sa première année mais s'autofinance depuis 2014. En Allemagne, le secteur ferroviaire reste quant à lui financé par une dotation de l'Etat. Dans le domaine des télécommunications enfin, la possibilité offerte par le droit de l'UE de constituer des « taxes télécom » depuis 1997²⁵⁸⁶ a incité les Etats membres à doter leurs régulateurs sectoriels d'un financement par le secteur, comme au Royaume-Uni et en Italie, où l'Ofcom et l'AGCOM s'autofinancent à hauteur de 85%.

En matière de financement des ARN, la France semble largement en marge de ce mouvement puisque les régulateurs ne suivent aucune règle en la matière. L'AMF dispose de ressources propres, comme l'ARAFER, mais cette dernière a un budget plafonné. L'ARCEP bénéficie de rémunérations pour services rendus et de taxes et redevances²⁵⁸⁷, mais ce financement est très inférieur aux dotations de l'Etat et ne lui est pas directement affecté²⁵⁸⁸. La CRE en revanche n'a aucune ressource budgétaire propre. En France, cette opportunité de recevoir un financement propre est également appréciée de manière très diverse. Dans leur rapport d'information sur les autorités administratives indépendantes de 2010, les députés René Dosière et Christian Vanneste ont pu ainsi constater que les différents régulateurs portaient des points de vue contrastés sur l'intérêt d'un autofinancement. Par exemple, le président de l'ARCEP Jean-Ludovic Silicani se déclarait défavorable à un financement par taxes ou prélèvements sur les opérateurs régulés²⁵⁸⁹. A l'inverse, Philippe de Ladoucette voyait dans le financement propre un excellent moyen pour la CRE de garantir encore davantage son indépendance²⁵⁹⁰. En définitive, tout porte à croire que le recours à un

²⁵⁸⁶ Directive 97/13/CE du Parlement Européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications JOCE n° L 117, 07/05/1997 p. 15.

²⁵⁸⁷ Art. L 133 CPCE.

²⁵⁸⁸ Voir : M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulateurs indépendants **versus** LOLF », op. cit., p.69.

²⁵⁸⁹ Audition de M. Jean-Ludovic Silicani, président de l'ARCEP, in R. DOSIERE et C. VANNESTE, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, Tome 2, p. 186.

²⁵⁹⁰ Audition de M. Philippe de Ladoucette, président de la CRE, in R. DOSIERE et C. VANNESTE, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, Tome 2, p. 156.

financement propre soit une solution pertinente et pérenne aux difficultés rencontrées par certains régulateurs.

b. Le recours aux ressources propres comme solution aux problématiques de financement des régulateurs

Malgré certaines réticences précédemment exposées, il ne fait que peu de doutes que l'octroi de ressources propres permet à une autorité de régulation d'échapper à certaines contraintes financières et au temps général de « disette budgétaire » auquel les Etats contemporains sont soumis. Toutefois et comme le notait Marie-Anne Frison-Roche, il y a longtemps eu peu d'exemples qui illustraient des baisses de crédits aux autorités de régulation, celles-ci étant même en général « traitées plus généreusement dans le budget de l'Etat que des administrations traditionnelles aux missions équivalentes »²⁵⁹¹. Cette appréciation qui était en 2006 une réalité en France ne l'est plus aujourd'hui, en témoignent les constats précédemment opérés par la CRE et l'ARCEP. D'autres Etats membres confrontés à l'accroissement de leur dette ont également cherché à réduire le coût de la régulation, l'exemple le plus remarqué étant sans doute celui de l'Italie et du décret-loi « Salva Italia » de décembre 2011²⁵⁹², lequel illustre bien un large désengagement de l'Etat auprès des ARN italiennes dans une « perspective de maîtrise des dépenses publiques »²⁵⁹³, et ce depuis plus d'une dizaine d'années.

A ce propos, la question du financement des autorités de régulation italiennes est depuis longtemps au centre des préoccupations de la doctrine²⁵⁹⁴. Le rapport de la Chambre des députés portant sur les autorités administratives indépendantes italiennes de 2012 estimait d'ailleurs que le financement des ARN constituait la thématique « chaude » du débat sur la réforme des AAI (il tema « caldo » del dibattito sulla riforma delle autorità indipendenti)²⁵⁹⁵.

²⁵⁹¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 129.

²⁵⁹² Décret-loi n° 201 du 6 décembre 2011, GU n° 300 del 27/12/2011.

²⁵⁹³ G. NAPOLITANO, « L'autofinanziamento delle autorità indipendenti », *Giornale di diritto amministrativo*, n° 3, 2006, p. 260.

²⁵⁹⁴ L. DI DONATO, « Il finanziamento delle Autorità Amministrative Indipendenti », *Amministrazione In Cammino*, 25/05/2015 ; V. MAIORANO, *Modelli di regolamentazione e finanziamento delle autorità di vigilanza nei mercati finanziari*, op. cit. ; M. DE BENEDETTO, « Auto-finanziamento delle autorità indipendenti e provvedimenti di contenimento della finanza pubblica », *Giornale di diritto amministrativo*, n° 7/2012, p. 727 ; G. NAPOLITANO, « L'autofinanziamento delle autorità indipendenti », op. cit., p. 243.

²⁵⁹⁵ Chambre des députés, *Documento approvato dalla I Commissione permanente a conclusione dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti*, DOC. XVII, n° 17, Roma, p. 17.

Traditionnellement, la législation italienne prévoit que les ARN italiennes bénéficient d'un financement mixte. C'est le cas de l'AGCOM, de la CONSOB et de la COVIP. L'AEEG en revanche est financée exclusivement par des contributions prélevées sur les marchés régulés. On constate toutefois depuis plusieurs années une tendance très nette qui est celle d'une réduction importante des ressources en provenance de l'Etat au profit de celles provenant des secteurs régulés²⁵⁹⁶. Depuis 2014, la récente Autorità di regolazione dei trasporti est d'ailleurs entièrement financée par des taxes prélevées sur les secteurs des transports et les ARN financées par un système mixte ont vu leur part de financement de l'Etat se réduire au fil des années. Pour la CONSOB, la contribution de l'Etat a presque été divisée par quatre entre 2001 et 2009²⁵⁹⁷. Pour la COVIP, l'apparition d'un autofinancement dans la loi de finance pour 2007²⁵⁹⁸ a également entraîné un net retrait de l'Etat dans la mesure où la contribution de celui-ci au budget de l'autorité ne représentait plus au bout de deux ans que 50% de ses sources de financement. Enfin, la loi de finance pour 2010²⁵⁹⁹ a encore accentué ce désengagement en imposant une baisse des crédits alloués aux ARN entre 20% et 65% selon les autorités jusqu'en 2013²⁶⁰⁰. Comme le notent les députés italiens dans leur rapport de 2012, la sauvegarde du modèle de l'autorité de régulation indépendante en Italie passe par une augmentation des taxes perçues sur les opérateurs régulés, et donc de leur indépendance financière²⁶⁰¹.

Le recours à des ressources propres comme unique source de financement n'est toutefois pas sans poser de difficultés. La première est liée à l'encadrement par le droit l'UE de certaines taxes perçues par les ARN sur les opérateurs régulés. C'est le cas dans le secteur des communications électroniques, où le recours à ces taxes a été encadré par l'actuelle directive 2002/20/CE²⁶⁰². La liberté offerte aux ARN est alors limitée, comme en témoignent

²⁵⁹⁶ Ibid. : « un dato incontestabile registrato negli ultimi anni è una progressiva, sensibile riduzione del contributo a carico dello Stato ».

²⁵⁹⁷ Pour la CONSOB par exemple, de 2003 à 2009, la part du financement de l'Etat est passée de 23.3 millions d'euros à 7.9 millions d'euros.

²⁵⁹⁸ Loi n° 266 du 23 décembre 2005, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006), GU n° 302 del 29/12/2005, Suppl. Ordinario n° 211.

²⁵⁹⁹ Loi n° 191 du 23 décembre 2009, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2010), GU n° 302 del 30/12/2009, Suppl. Ordinario n. 243.

²⁶⁰⁰ Les rapports annuels des ARN italiennes montrent que le financement par des taxes sur les opérateurs régulés contribue désormais à plus de 85% à leur budget, et celui de l'Etat à moins de 10%.

²⁶⁰¹ Chambre des députés, *Documento approvato dalla I Commissione permanente a conclusione dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti*, op. cit., p. 21.

²⁶⁰² Directive 2002/20/CE du parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, JOCE n° L 108, 24/04/2002, p. 21.

les nombreuses affaires jugées par la Cour de justice en la matière²⁶⁰³. Ont ainsi été jugées contraires au droit de l'UE des taxes prévoyant une affectation des recettes²⁶⁰⁴, des taxes perçues sur des opérateurs qui se bornent à avoir accès au réseau et à l'utiliser²⁶⁰⁵, ainsi que des taxes non prévues par le droit dérivé, ce qui suppose que les taxes envisageables sont uniquement celles prévues par les directives²⁶⁰⁶. Récemment, la Cour de justice rappela que la directive 2002/20/CE « ne s'oppose pas à la réglementation d'un État membre en vertu de laquelle les entreprises fournissant un service ou un réseau de communications électroniques sont redevables d'une taxe, destinée à couvrir l'ensemble des frais supportés par l'ARN et non financés par l'État, dont le montant est déterminé en fonction des recettes que ces entreprises réalisent, à condition que cette taxe soit exclusivement destinée à couvrir les frais afférents [à la gestion, le contrôle et l'application du régime d'autorisation générale, des droits d'utilisation et des obligations spécifiques], que l'ensemble des recettes obtenues au titre de ladite taxe *n'excède pas* l'ensemble des coûts afférents à ces activités et que cette même taxe soit répartie entre les entreprises d'une manière objective, transparente et proportionnée »²⁶⁰⁷. En l'espèce, l'AGCOM avait réclamé à plusieurs opérateurs une partie des contributions non perçues au titre de ses coûts opérationnels durant la période 2006-2010. A cette occasion, l'autorité de régulation avait recalculé le montant réclamé en prévision d'un transfert de fonds imposé par le législateur italien²⁶⁰⁸. Ces contributions furent contestées par les opérateurs concernés devant le Tribunal administratif régional de Rome, lequel a déposé une question préjudicielle devant la CJUE. Pour la Cour de justice, l'article 12 de la directive « autorisation » de 2002 autorise seul le recours à des taxes administratives imposées aux entreprises fournissant un service ou un réseau pour financer les activités des ARN en matière

²⁶⁰³ La Commission européenne est vigilante sur l'application de la directive « autorisation » par les Etats membres. Voir : Commission européenne, Communiqué de presse, Avertissement à la Lettonie à propos des taxes administratives dans le secteur des télécommunications, IP/09/1009, 25/06/2009 ; Commission européenne, Communiqué de presse, Stratégie numérique: la Commission traduit la France et l'Espagne devant la cour de Justice dans le cadre de la procédure sur les « taxes télécoms », IP/11/309, 14/03/2011 ; Commission européenne, Communiqué de presse, Stratégie numérique: la Commission ouvre une procédure d'infraction à l'encontre de la Hongrie à propos de la taxe télécom », IP/11/308, 14/03/2011.

²⁶⁰⁴ CJCE, 12 décembre 2002, Albacom SpA et Infostrada SpA, Aff. C-292/01 et C-293/01, ECLI:EU:C:2003:480.

²⁶⁰⁵ CJUE, 10 mars 2011, Telefónica Móviles España SA, Aff. C-85/10, ECLI:EU:C:2011:141.

²⁶⁰⁶ CJUE, 12 juillet 2012, Vodafone Espana c/ Ayuntamiento de Santa Amalia, Aff. C-55, 57 et 58/11.

²⁶⁰⁷ CJUE, 13 juillet 2013, Vodafone Omnitel NV et autres, Aff. C-228/12 à C-232/12 et C-254/12 à C-258/12.

²⁶⁰⁸ La loi de finance pour 2010 imposait pendant trois ans un système de transfert de financement de certaines autorités nationales, parmi lesquelles l'AGCOM, vers d'autres autorités ou organismes, comme l'Autorité de protection des données personnelles italiennes (Garante per la protezione dei dati personali).

de gestion du système d'autorisation et d'octroi de droits d'utilisation²⁶⁰⁹. Elle interdit donc que la taxe permette le transfert de financement à une autre autorité.

La seconde touche à l'encadrement quasi-systématique par les gouvernements du taux des taxes perçues sur les opérateurs régulés. En effet, alors même que le taux est plafonné, l'ARN ne fixe toutefois pas celui-ci comme elle l'entend. Elle doit en général proposer le taux souhaité au Gouvernement ou au ministre responsable du secteur, lequel devra le valider. En France, le taux des taxes perçues par l'AMF²⁶¹⁰ et l'ARAFER²⁶¹¹ est ainsi validé par décret ou par arrêté ministériel sur proposition ou après l'avis de l'autorité, ce qui signifie que le pouvoir exécutif peut y opposer un veto en cas de désaccord et avoir le « dernier mot ». Pire, il arrive que le législateur plafonne le budget de l'autorité, ce qui constitue « un retour en arrière par rapport à l'autonomie de gestion »²⁶¹². En France, le plafonnement du budget de 2015 de l'ARAF à hauteur de 11 millions d'euros²⁶¹³ semblait difficilement compréhensible dans la mesure où l'autorité tire son financement exclusivement de taxes perçues sur les opérateurs régulés, dans une limite stricte déjà imposée par la loi (taux ne pouvant dépasser 0.5% du montant des redevances d'utilisation du réseau ferré national versées au gestionnaire du réseau ferré national). Une solution simple qui garantirait ici l'indépendance financière des ARN serait d'autoriser les autorités de régulation à déterminer elles-mêmes le taux imposé aux opérateurs, dès lors que celui-ci est plafonné par la loi, plutôt que de demander l'aval du gouvernement²⁶¹⁴.

²⁶⁰⁹ CJUE, 13 juillet 2013, op. cit., points 38, 39, 40.

²⁶¹⁰ Art. L 621-5-3 du CMF : « les décrets prévus par le présent article sont pris après avis du collège de l'Autorité des marchés financiers ».

²⁶¹¹ Art. L 2132-13 du code des transports : « il est institué, à compter du 1er janvier 2009, un droit fixe dû par les entreprises ferroviaires qui utilisent le réseau ferroviaire au sens de l'article L. 2122-1. Le montant de ce droit est fixé par les ministres chargés des transports et du budget sur proposition de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières ».

²⁶¹² B. COSPEREC, « L'indépendance de l'autorité de régulation des activités ferroviaires », op. cit., p. 782.

²⁶¹³ Voir l'article L 2132-13 du code des transports, lequel fait référence à l'article 46 de la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012

²⁶¹⁴ Cette situation est d'autant plus problématique que le financement de l'ARAFER semble bien en deçà de celui d'autres ARN supervisant les mêmes secteurs. Lors de son audition par le sénateur Mézard en 2015, le président de l'ARAFER Pierre Cardo s'exprimait ainsi : « Nous pouvons aussi nous comparer avec d'autres régulateurs, tel que l'Office of Rail and Road (ORR) britannique, créé en 1993 contre 2010 pour nous, agissant sur 16 093 kilomètres de voies ferrées contre 29 784 kilomètres en France, utilisées plus intensément, avec 92 trains par kilomètre de ligne par jour contre 47 en France. L'ORR compte 180 agents contre une cinquantaine à l'Araf, 12 membres du collège élus pour cinq ans contre sept élus pour six ans chez nous, et dispose d'un budget de 30 millions de livres, soit 43 millions d'euros, contre 12 millions d'euros pour l'Araf ». Comptes rendus de la Commission d'enquête CE Autorités administratives indépendantes, Audition de M. Pierre Cardo, président de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, 21 juillet 2015.

La troisième crainte parfois invoquée est celle d'un transfert du risque de capture. D'une dépendance classique à l'égard du gouvernement, l'ARN passerait à une dépendance vis-à-vis des entreprises régulées. Pointant du doigt cette difficulté, Gérard Marcou estimait en 2011 qu'un financement des autorités de régulation par des ressources propres n'était pas souhaitable. Pour l'auteur, « un financement direct des autorités de régulation par les entreprises du secteur en cause est difficilement compatible avec les dispositions des directives qui prescrivent aux Etats de garantir l'indépendance des autorités nationales de régulation par rapport aux entreprises du secteur régulé »²⁶¹⁵ puisque la régulation pourrait apparaître comme placée « au service du secteur régulé »²⁶¹⁶. La Commission européenne ne semble pourtant pas opposée à un élargissement de cette pratique, au contraire. Dans sa note interprétative de 2009, la Commission juge même que des ressources propres facilitent la création d'un budget annuel distinct de celui de l'Etat²⁶¹⁷. En réalité, le financement par des taxes perçues sur les opérateurs régulés ne constitue pas un risque de capture pour le régulateur. D'abord, le choix d'un financement par l'impôt ou par les taxes n'impose pas de choisir entre une orientation en fonction de l'intérêt général ou en fonction des intérêts privés²⁶¹⁸ puisqu'il n'existe pas de relation de cause à effet entre le type de financement et l'objectif poursuivi par le régulateur. Ensuite, le risque de capture n'existe pas puisque ce n'est pas à la demande du régulateur que les opérateurs procèdent au versement des taxes, mais bien sur ordre de la loi, ce qui préserve donc l'autorité. Enfin, et nous l'avons déjà abordé, la perspective d'une fusion des régulateurs sectoriels des industries de réseaux réduit d'autant les risques de capture²⁶¹⁹, comme en Allemagne et en Espagne où les secteurs de l'énergie et des communications électroniques sont mis à contribution pour financer la BNetzA et la CNMC.

Enfin, la dernière difficulté est conjoncturelle, inhérente à ce type de financement et touche à la dépendance de l'autorité, non pas à l'égard des opérateurs régulés, mais à l'égard

²⁶¹⁵ G. MARCOU, « Les autorités administratives "dépendantes" et "indépendantes" dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique, Une analyse sur des secteurs sélectionnés », op. cit., p. 90.

²⁶¹⁶ Ibid., p. 91.

²⁶¹⁷ Commission européenne, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, op.ci., p. 9.

²⁶¹⁸ Voir en ce sens : G. HERMES, « Commentaire » sous G. MARCOU, « Les autorités administratives "dépendantes" et "indépendantes" dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique, Une analyse sur des secteurs sélectionnés », op. cit., p. 100.

²⁶¹⁹ Voir supra.

de la « santé » du secteur. Dès lors que les taxes sont plafonnées à un pourcentage prévu par la loi, un secteur économique en difficulté risque de ne plus pouvoir financer l'ARN. Ces difficultés peuvent d'abord être liées à un secteur traditionnellement en perte de vitesse, comme le secteur postal, ce qui pourrait même en théorie déboucher sur des risques de capture lorsqu'un opérateur conserve un quasi-monopole de fait, comme la Poste en France²⁶²⁰. Mais c'est surtout en période de crise que les opérateurs ne seraient plus à même de financer le régulateur de manière satisfaisante à une période où paradoxalement, le régulateur devrait être le plus présent. Ce fut le cas dans le secteur financier lors des crises des années 2000, lorsque le chiffre d'affaire des grands groupes financiers diminua, entraînant une réduction du financement de l'AMF²⁶²¹. Pour cette raison, le Professeur Marco d'Alberti, tout en se prononçant en faveur d'un large « autofinancement », estime que des garanties de la part de l'Etat doivent être prévues en cas de crise économique²⁶²². Pour l'auteur, le financement par des taxes perçues sur les opérateurs régulés devrait donc constituer la norme, mais l'Etat devrait servir de « soupape » (valvola) de sécurité lorsque les entreprises régulées ne peuvent plus financer correctement l'ARN. Cette solution serait intéressante dans la mesure où le risque conjoncturel semble constituer la principale crainte des ARN²⁶²³.

En définitive, la possibilité pour les ARN de bénéficier de ressources propres constitue indéniablement une avancée en termes d'indépendance²⁶²⁴. Aussi le président de la CRE Philippe de Ladoucette notait en 2010 que comme les autres administrations, la Commission de régulation de l'énergie était astreinte au gel annuel des crédits prévu par le budget de l'Etat, ce qui l'empêchait de pouvoir embaucher le personnel souhaité. Selon lui, l'obtention de ressources propres permettrait ainsi à la CRE de sortir du cadre des règles de l'administration en lui apportant plus de souplesse. Pour ce faire, l'obtention de la personnalité morale faciliterait grandement les choses²⁶²⁵. Dans l'UE, la CRE reste d'ailleurs

²⁶²⁰ Compte tenu de la régulation commune des secteurs des postes et des communications électroniques, le cas du secteur postal ne présente actuellement aucun risque pratique. Cette difficulté a toutefois été observée au Royaume-Uni à l'époque où PostComm était financé quasi-exclusivement par Royal-Mail.

²⁶²¹ R. DOSIERE et C. VANNESTE, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, op. cit., p. 107.

²⁶²² M. D'ALBERTI, « Il valore dell'indipendenza », in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (dir.), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologne, Il Mulino, 2010, p. 11.

²⁶²³ Voir par exemple l'Audition de M. Jean-Ludovic Silicani, président de l'ARCEP, dans le Rapport Dosièrè-Vanneste, Tome 2, p. 186.

²⁶²⁴ E. OLIVA, « L'autonomie budgétaire et financière des autorités de régulation économique », RDP n° 2, 1er mars 2014, p. 340. Pour l'auteur, « l'autonomie financière ne fait pas l'indépendance, mais elle y contribue ».

²⁶²⁵ Audition de M. Philippe de Ladoucette, président de la CRE, in Rapport Dosièrè-Vanneste, Tome 2, p. 157.

à l'heure actuelle le seul régulateur de l'énergie à être exclusivement financé par des dotations de l'Etat²⁶²⁶. Cette réticence française à doter l'autorité d'un financement propre constitue une aberration quand on sait que d'autres ARN françaises sont au moins pour partie financées par des taxes ou des prélèvements sur le secteur régulé, et qu'un taux faible imposé aux opérateurs du secteur permettrait un financement total peu contraignant pour les entreprises compte tenu de la bonne santé actuelle du secteur²⁶²⁷. La recherche d'une indépendance à l'égard du pouvoir politique passe donc naturellement par une plus grande indépendance financière²⁶²⁸, si besoin par l'octroi de la personnalité morale²⁶²⁹. Ce n'est que lorsque l'autofinancement s'avère insuffisant, par exemple en période de crise, que le pragmatisme pousserait l'Etat à prendre le relai afin d'assurer que l'autorité dispose des moyens qui lui sont indispensables. C'est à ce prix que les autorités de régulation passeront d'une autonomie budgétaire à une véritable indépendance financière²⁶³⁰.

Si aucune conception universellement partagée de l'indépendance des autorités de régulation ne semble se dégager de l'examen des différentes situations nationales, au moins l'Union européenne a-t-elle fixé un socle de règles à respecter en la matière, règles qu'elle peine parfois à faire respecter. Les raisons de cette difficulté sont connues. L'autonomie institutionnelle des Etats membres complexifie toute démarche d'harmonisation, et seuls certains impératifs d'indépendance peuvent être imposés. De plus, si les secteurs des industries de réseaux sont largement concernés, peu de règles de ce type s'imposent aux

²⁶²⁶ Dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi tendant à doter la Commission de régulation de l'énergie (CRE) de la personnalité morale et à poser le principe de son indépendance financière en créant une contribution qui lui soit affectée, le sénateur Philippe Marini notait déjà en 2006 que quatorze des vingt-cinq régulateurs nationaux de l'énergie européens s'autofinanciaient au moins partiellement.

²⁶²⁷ Un taux de prélèvement de 0.11% sur le chiffre d'affaire comptable des gestionnaires de réseau de transport et de distribution semblerait suffisant pour alimenter totalement le budget de la CRE. A titre comparatif, le financement de l'AEEG par des taxes et prélèvements s'est conclu en 2014 par un excédent de 17 millions d'euros dans les caisses de l'autorité italienne (Rapport annuel 2014, p. 237).

²⁶²⁸ Lors de son audition en 2015 par la Commission d'enquête Autorités administratives indépendantes Philippe de Ladoucette notait que « nous sommes indépendants dans nos décisions mais pas dans nos moyens - ce qui peut apparaître comme une façon d'atteindre à notre indépendance ». Comptes rendus de la Commission d'enquête CE Autorités administratives indépendantes, Audition de M. Philippe de Ladoucette, président de la Commission de régulation de l'énergie, 16 juin 2015.

²⁶²⁹ La personnalité morale étant la « norme » pour les ARN, ce qui n'empêche pas des modes de financement mixte si besoin.

²⁶³⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 128.

autorités de régulation du secteur des finances. L'indépendance du régulateur est pourtant la garantie principale d'une régulation efficace. L'effort doit donc être réalisé à l'échelle de l'Etat, par le législateur national.

Conclusion du Titre I

Recourir à des régulateurs indépendants est indéniablement un gage de l'efficacité de la régulation. A l'inverse, l'absence d'indépendance du régulateur endommagerait probablement sa crédibilité et réduirait sa capacité d'action. Certes, un régulateur peut être fortement dépendant en théorie et pourtant ne jamais voir son action entravée, du fait de l'inaction du pouvoir politique, comme en Allemagne où le gouvernement n'utilise pas de son pouvoir d'instruction, même si la loi l'y autorise. A l'inverse, il ne suffit pas que l'ARN soit libérée en théorie de ce type d'instructions pour qu'elle soit en pratique indépendante, notamment si ses membres ont tous été nommés par la même personne, sans qu'aucune contrainte liée à leur compétence ne pèse lors de la nomination. L'indépendance s'observe donc à la fois en théorie et en pratique, à la fois au regard des règles d'indépendance organique et fonctionnelle. Mais comme l'indépendance « se donne à voir », le plus simple et le plus efficace reste toutefois de fixer un cadre juridique dans lequel le régulateur bénéficie de la plus grande indépendance, tant à l'égard du pouvoir politique que des entreprises régulées. Deux grandes lignes directrices doivent alors être suivies.

D'abord, sur la forme, la crédibilité et la visibilité des systèmes de régulation passent par une harmonisation des règles applicables aux ARN. Cette démarche est déjà suivie dans plusieurs Etats membres, comme en Espagne, en Italie, et surtout au Portugal où le législateur a réuni dans une seule et même loi les règles relatives au statut des membres des ARN, dans les secteurs des réseaux et des finances. La diversité des textes et des règles applicables en France, pour partie liée à la multiplication des autorités de régulation, entretient à l'inverse une sorte de confusion autour des ARN. Il est donc urgent, par un effort d'harmonisation, de rationaliser l'environnement des régulateurs nationaux.

Ensuite, sur le fond, il importe de renforcer les règles relatives à l'indépendance des ARN et lorsque ce n'est pas déjà le cas, de les mettre en conformité avec le droit de l'UE. Cet effort passe par le recours à des garanties d'indépendance organique plus strictes : le non

renouvellement du mandat des membres des autorités, le recours systématique à la collégialité, la disparition des causes subjectives de révocation, un régime stricte d'incompatibilités pendant et après le mandat, et ce même dans le secteur financier, et une obligation de déport en cas d'intérêts patrimoniaux en jeu. Par ailleurs, il importe d'interdire clairement dans les législations nationales et européennes l'ingérence du pouvoir politique auprès des régulateurs, qu'il s'agisse d'instructions ou d'homologation, y compris le « droit de veto » exercé par la Commission. Enfin, l'indépendance financière permet à l'autorité de disposer d'une marge de manœuvre importante dans la gestion de son budget et de ses effectifs, alors que nous avons vu qu'en France, les ARN financées par le budget de l'Etat bénéficient de ressources trop limitées pour mener à bien leurs missions.

Si l'efficacité de la régulation ne sera garantie qu'au prix du respect de ces impératifs d'indépendance, le recours à des régulateurs indépendants du pouvoir politique ne doit cependant pas faire oublier que ces derniers « ne peuvent pas être indépendants de l'Etat, mais seulement indépendant dans l'Etat »²⁶³¹. Dès lors qu'elles sont créées par le pouvoir législatif, celui-ci peut en effet à tout moment décider de les faire disparaître. Surtout, si la nécessité d'octroyer une indépendance aux régulateurs est liée à la possibilité pour eux d'exercer des pouvoirs étendus de manière indépendante²⁶³², il existe une contrepartie à l'exercice libre de ces pouvoirs : l'action du régulateur doit être légitime.

²⁶³¹ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 29.

²⁶³² F. MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle : contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1999, p. 141s ; T. PERROUD, , *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., p. 43.

TITRE II

LA QUETE DE LA LEGITIMITE, NOUVELLE SOURCE DE CREDIBILITE DU REGULATEUR

Dans les Etats modernes, le fait que l'élection établisse la légitimité d'un pouvoir a été universellement admis comme la procédure identifiée à l'essence même du processus démocratique²⁶³³. Un organe ou une personnalité tire donc sa légitimité de l'élection, et seuls les organes élus sont démocratiquement légitimes. Ce n'est pas le cas d'un organisme public non élu qui doit par conséquent être responsable soit directement devant le peuple, soit directement ou indirectement devant les élus du peuple. Pour cette raison, la reconnaissance d'une grande indépendance aux autorités de régulation place ces dernières dans une situation délicate du point de vue de leur légitimité. Cela est du non pas à l'indépendance à proprement parler dont bénéficie l'autorité de régulation, mais tient plutôt à la délégation de pouvoirs élargis à des organismes indépendants non issus de l'élection.

Du point de vue démocratique, la combinaison de ces pouvoirs élargis et de cette indépendance fait alors peser sur elles une « présomption d'illégitimité » dès lors que le pouvoir politique ne peut les contrôler. L'autorité de régulation indépendante non élue souffre donc d'un déficit de légitimité démocratique – ou légitimité d'entrée (input legitimacy) – qu'on peine à combler. Ce déficit de légitimité d'entrée peut toutefois être atténué par un droit de regard porté par les pouvoirs publics sur son activité. C'est ce que la doctrine anglo-saxonne a appelé l'accountability, terme difficilement traduisible en français mais qui signifie en substance que l'autorité indépendante doit rendre compte de son activité au pouvoir politique (Chapitre I).

Une partie de la doctrine s'accorde par ailleurs pour dire qu'il n'existe pas une mais plusieurs sources de légitimité, de telle sorte qu'« un consensus a pris forme autour de la nature composite de la légitimité », laquelle serait composée, outre de la légitimité d'entrée, d'une légitimité « de sortie » (output legitimacy), qui permettrait à l'autorité de régulation de

²⁶³³ P. ROSANVALLON, *La Légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008, p. 9.

légitimer son action par ses performances, et d'une légitimité « de participation » (throughput legitimacy), qui suppose une implication et une participation du public à son activité de régulation²⁶³⁴. Contrairement à la légitimité d'entrée qui est indissociable de propriétés comme l'élection, ces deux autres sources de légitimité sont liées à la perception sociale et au comportement des acteurs concernés. Ces sources alternatives de légitimité ont donc cela de spécifique qu'elles restent dépendantes du fait qu'elles doivent être socialement perçues comme telles. Elles participent alors à la construction d'une légitimité propre aux autorités de régulation indépendantes (Chapitre 2).

Chapitre 1. La recherche d'une légitimité d'entrée des autorités de régulation par la reddition des comptes

Chapitre 2. Les formes alternatives de légitimité comme sources d'une légitimité propre aux autorités de régulation

²⁶³⁴ A. SCHOUT, « Framework for assessing the added value of an EU agency », *Journal of Public Policy*, Vol. 31, Iss. 3, 2011, p. 368 : « consensus has emerged over the composite nature of legitimacy. The current debate concentrates on input, output and throughput legitimacy ».

Chapitre 1

La recherche d'une légitimité d'entrée des autorités de régulation par la reddition des comptes

S'il est difficile d'argumenter contre la nécessité de l'accountability des autorités de régulation, il est tout autant difficile d'en donner une définition claire²⁶³⁵, dans la mesure où elle sert de cadre à plusieurs concepts, tels que la transparence, l'équité, la démocratie, l'efficacité, la réactivité, la responsabilité ou encore l'intégrité²⁶³⁶. Il est possible dans un premier temps d'en retenir une définition large, comme le propose le Professeur Mark Philp, pour qui « un régulateur est responsable (accountable) au regard de ses actions passées et de ses intentions futures lorsque le pouvoir politique national ou européen, les acteurs du marché, le public ou le juge, peuvent exiger de lui qu'il informe, explique et justifie ses actes »²⁶³⁷. Mark Bovens propose quant à lui une définition plus étroite de l'accountability. Selon cet auteur, il s'agirait d'« une relation entre un acteur et une assemblée, dans laquelle l'acteur a l'obligation d'expliquer et de justifier sa conduite. L'assemblée peut poser des questions et émettre des jugements, et l'acteur doit faire face aux conséquences de ses actes »²⁶³⁸. Bovens distingue alors trois objectifs de l'accountability pour les autorités de régulation : un objectif démocratique, c'est à dire la légitimation d'organismes non

²⁶³⁵ M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, op. cit., p. 7.

²⁶³⁶ M. BOVENS, « *Analysing and Assessing Public Accountability : A Conceptual Framework* », *European Law Journal*, Vol .13, n° 4, 2007, p. 448 : « accountability often serves as a conceptual umbrella that covers various other distinct concepts, such as transparency, equity, democracy, efficiency, responsiveness, responsibility and integrity ».

²⁶³⁷ M. PHILP, « *Delimiting democratic accountability* », *Political Studies*, Vol. 57, n° 1, 2009, p. 28. Traduction libre de « A regulator is accountable with respect to its past actions and future intentions when national or European politicians, or market players, or members of the public, or judicial authorities, can require the regulator to inform and to explain and/or justify its conduct with respect to those actions and intentions ».

²⁶³⁸ M. BOVENS, « *Analysing and Assessing Public Accountability : A Conceptual Framework* », *European Law Journal*, op. cit., p. 450.

représentatifs, un objectif constitutionnel, à travers un contrôle et une limitation des pouvoirs dans le cadre de la séparation des pouvoirs, et un objectif « d'apprentissage », qui vise à responsabiliser l'autorité et à la rendre plus efficace.

En définitive, il existe une grande variété de définition de l'*accountability*²⁶³⁹, ce qui rend difficile la mise en place d'un cadre global permettant d'évaluer la reddition des comptes des autorités de régulation. Bovens relève toutefois que le mécanisme d'*accountability* impose au moins trois étapes successives qui font l'objet d'un consensus doctrinal, même si certains auteurs y apportent parfois quelques nuances²⁶⁴⁰ : 1) une étape informative durant laquelle l'acteur se doit d'expliquer sa conduite ; 2) une étape de la discussion au cours de laquelle l'assemblée peut poser des questions auxquelles l'acteur doit répondre, et éventuellement justifier ses décisions ; et 3) une étape rectificative lorsque l'assemblée rend son verdict et que l'acteur fait face à ses responsabilités²⁶⁴¹.

Dans tous les cas et quelle que soit la définition retenue, la reddition des comptes reste un « concept d'or que personne ne peut contester »²⁶⁴² dont l'objectif est traduit par la célèbre formule de Terry Moe selon laquelle « no one controls the agency, and yet the agency is under control »²⁶⁴³. En l'absence de contrôle politique, la reddition des comptes est donc considérée comme le moyen traditionnel de légitimer l'action des autorités indépendantes, et notamment celle des autorités de régulation²⁶⁴⁴ (Section 1). Plusieurs mécanismes, comme la publication d'un rapport annuel, un encadrement budgétaire ou la possibilité d'auditionner les membres de l'autorité ont donc vu le jour. Ces mécanismes classiques de l'*accountability* semblent toutefois insuffisants pour légitimer pleinement les régulateurs indépendants. Au

²⁶³⁹ T. SCHILLEMANS, « Redundant Accountability: The Joint Impact of Horizontal and Vertical Accountability on Autonomous Agencies », *Public Administration Quarterly* Vol. 34, Iss. 3, 2010, p. 303. L'auteur parle d'« an enormous variety of definitions and approaches to accountability ».

²⁶⁴⁰ Une partie de la doctrine remplace notamment la phase de rectification par un « enforcement stage ». R. PELIZZO et F. STAPENHURST, *Parliamentary Oversight Tools: A Comparative analysis*, London, Routledge, 2013, p. 23. Albert Weale parle quant à lui de « sanction stage » pour qualifier la dernière étape. A. WEALE, « New Modes of Governance, Political Accountability and Public Reason », *Government and Opposition*, Vol 46, Iss 1, 2011, p. 64.

²⁶⁴¹ M. BOVENS, « Analysing and Assessing Public Accountability : A Conceptual Framework », *op. cit.*, p. 450.

²⁶⁴² *Ibid.*, p. 448 : « Accountability is one of those golden concepts that no one can be against ».

²⁶⁴³ T. MOE, « Interests, Institutions and Positive Theory: The Politics of NLRM », *Studies in American Development*, Vol. 2, 1987, p. 236.

²⁶⁴⁴ M. MAGGETTI, « Legitimacy and accountability of independent regulatory agencies : A critical review », *Living Reviews in Democracy*, Vol. 2, Iss. 1, 2010 ; C. KOOP, *Measuring and explaining accountability : A comparative study of independent agencies*, Thèse, European University Institute, 2011.

regard de l'étude comparée des expériences nationales et européennes²⁶⁴⁵, nous rechercherons donc quelles améliorations peuvent être proposées afin de renforcer les mécanismes de reddition des comptes existants ou d'en proposer de nouveaux (Section 2). Avec une part d'arbitraire, nous retiendrons pour ce faire la définition plus restrictive de Mark Bovens en abordant l'accountability vis-à-vis des autorités élues. L'objectif est ici de déterminer comment doivent agir les autorités de régulation et quels mécanismes de légitimation elles doivent mettre en œuvre, et non pas quels sont les moyens de légitimer leur action, ce à quoi participe par exemple le contrôle du juge. Nous utiliserons également indistinctement les termes d'accountability, de responsabilité et de reddition des comptes en se référant systématiquement au sens du premier.

Section 1. La mise en place d'une reddition des comptes par les autorités de régulation

Section 2. Le renforcement de la reddition des comptes devant le pouvoir législatif

Section 1. La mise en place d'une reddition des comptes par les autorités de régulation

La légitimation d'entrée des autorités de régulation passe par la possibilité offerte au pouvoir politique de superviser leur action. Il convient alors de déterminer quelle forme doit prendre la reddition des comptes et devant qui elle doit s'exercer (I), puis par quels moyens elle doit être exécutée (II).

I. La nature de la reddition des comptes des autorités de régulation

L'accountability signifiant que les autorités de régulation doivent rendre des comptes au pouvoir politique, il convient de déterminer devant qui précisément elle doit prendre forme. Si à l'échelle nationale, c'est devant le pouvoir législatif lui-même titulaire d'une légitimité directe par l'élection que l'accountability doit être exercée (A), ce raisonnement se heurte cependant à des difficultés particulières lorsqu'on l'applique aux agences de l'UE,

²⁶⁴⁵ Pour une étude ancienne de l'accountability des autorités de régulation dans plusieurs Etats de l'UE, voir : OCDE, Working party on regulatory management and reform, Designing independent and accountable regulatory authorities for high quality regulation, 11 janvier 2005.

compte tenu de la nature et de la diversité des institutions européennes qui en sont destinataires (B).

A. La nécessité d'une reddition des comptes devant le pouvoir législatif

Alors que les autorités de régulation bénéficient de garanties d'indépendance importantes, l'absence de contrôle de la part du pouvoir politique a naturellement fait naître un sentiment de défiance à l'égard de ces organismes (1) que seule une reddition des comptes devant le pouvoir législatif permet d'écarter (2).

1. La défiance du pouvoir politique à l'égard des régulateurs : légitimité vs. indépendance

Le concept de légitimité démocratique impliquant un lien fort avec l'élection, on constate souvent un sentiment de défiance du monde politique à l'égard des autorités de régulation indépendantes, le « renforcement de leur légitimité » étant une thématique classique des rapports parlementaires relatifs aux ARN²⁶⁴⁶. Cette remarque ne s'applique d'ailleurs pas uniquement aux autorités de régulation²⁶⁴⁷. Dès lors qu'une institution dispose de pouvoirs élargis, la question de sa légitimité apparaît. C'est le cas par exemple des banques centrales²⁶⁴⁸ qui bénéficient de nombreuses garanties d'indépendance à l'égard du pouvoir politique²⁶⁴⁹ et qui constituent « des dérogations aux règles de la responsabilité politique »²⁶⁵⁰. A l'échelle de l'Union, la BCE reconnaît d'ailleurs elle-même qu'elle souffre d'un déficit de

²⁶⁴⁶ R. DOSIERE et C. VANNESTE, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, op. cit., p. 111 ; M.H. DES ESGAULX et J. MEZARD, Rapport n° 126 fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, op. cit., p. 109.

²⁶⁴⁷ F. GILARDI, *Delegation in the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Edward Elgar Publishing, 2009, p. 25.

²⁶⁴⁸ J.R. FREEMAN, « Competing Commitments: Technocracy and Democracy in the Design of Monetary Institutions », *International Organization*, Vol. 56, octobre 2002, p. 889 ; P. LEINO, « The European Central Bank and Legitimacy. Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy? », *Harvard Jean Monnet Working Paper 1/01*, 2000 ; O. CASTREN, « Accountability of the ECB and a Government's Incentives to Rebel against the Common Monetary Policy in EMU », *Bank of Finland Discussion Papers 2/99*, Helsinki, 1999.

²⁶⁴⁹ Voir supra.

²⁶⁵⁰ R. ELGIE, « Democratic Accountability and Central Bank Independence: Historical and Contemporary, National and European Perspectives », *West European Politics*, Vol. 21, Iss. 3, July 1998, p. 53 : « Central Bank is a departure from the norms of political accountability ».

légitimité démocratique²⁶⁵¹, même si un certain nombre d'encadrements, par le Conseil et le Parlement, permettent d'affirmer qu'une reddition des comptes devant les institutions politiques est prévue par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁶⁵².

S'il concerne aussi les banques nationales, ce type de critiques se manifeste toutefois particulièrement à l'égard des autorités de régulation²⁶⁵³. A l'occasion d'un récent rapport sur des AAI françaises, le sénateur Pierre-Yves Collombat s'exprimait d'ailleurs ainsi : « D'où les AAI tiennent-elles leur légitimité ? L'expression même d'autorité administrative indépendante est un oxymore. En principe, une autorité administrative tire sa légitimité du pouvoir exécutif, qui la désigne et la contrôle. Pour les AAI, c'est l'inverse : c'est parce qu'elles sont indépendantes qu'elles sont légitimes. Pour moi, qui n'ai pas les dons extrasensoriels du Conseil constitutionnel, cela revient à donner des pouvoirs à des personnes certainement respectables, mais dont la légitimité pose problème »²⁶⁵⁴. En effet, l'administration n'a pas de légitimité propre mais seulement une légitimité « dérivée » qu'elle tient de la légitimité de l'instance qui l'a désignée et sous la supervision de laquelle elle agit. Il est alors fréquent que les parlementaires s'étonnent que dans le cas des autorités indépendantes, on renverse ce principe, la légitimité de l'autorité ne venant pas de son lien de subordination à l'instance légitime qui l'a désignée mais de son indépendance par rapport à celle-ci et de toute autre autorité légitime.

Cette défiance n'est d'ailleurs pas propre à la France. Aux Pays-Bas, les députés ont depuis de nombreuses années pointé du doigt les risques encourus par l'indépendance donnée aux organes administratifs indépendants (*Verzelfstandigde Organisaties*) parmi lesquels figurent les deux grandes autorités de régulation nationales, l'ACM (*Autoriteit Consument & Markt*) et l'AFM (*Autoriteit Financiële Markten*). En 2004, le rapport Kohnstamm intitulé

²⁶⁵¹ Banque centrale européenne, « The accountability of the ECB », *Monthly Bulletin*, novembre 2002, p. 46.

²⁶⁵² Voir par exemple : art. 283, 2, al. 2 TFUE : « Le président, le vice-président et les autres membres du directoire sont nommés par le Conseil européen, statuant à la majorité qualifiée, sur recommandation du Conseil et après consultation du Parlement européen et du conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne, parmi des personnes dont l'autorité et l'expérience professionnelle dans le domaine monétaire ou bancaire sont reconnues ».

²⁶⁵³ Pour l'une des premières grandes études sur la reddition des comptes des ARN (ici, l'OFTEL), voir : C. SCOTT, « Accountability in the Regulatory State », *Journal of Law and Society*, Vol. 27, Iss. 1, 2000, p. 38.

²⁶⁵⁴ M.-H. DES ESGAULX et J. MEZARD, Rapport n° 126 fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, présenté au Sénat le 28 octobre 2015, p. 98.

« Un Etat reconnaissable : investir dans les pouvoirs publics »²⁶⁵⁵ avait ainsi noté que les organismes publics indépendants ne devaient pas seulement rendre des comptes et justifier leurs actions, mais aussi agir sous l'impulsion et suivre les directives du gouvernement²⁶⁵⁶. Plus récemment, la Commission des affaires constitutionnelles de la Chambre des députés italienne a également publié un rapport en 2012 dans lequel elle met en lumière un certain nombre de difficultés touchant à l'étendue du contrôle parlementaire exercé sur les AAI italiennes (lesquelles sont essentiellement des ARN²⁶⁵⁷) : « dès lors que le législateur confie de vastes compétences aux autorités de régulation, le risque encouru est [...] d'échapper à la relation corps électoral – Parlement – Gouvernement ». Or « les contrepoids habituellement mis en avant - transparence des processus de prise de décision, processus contradictoires, responsabilité civile, contrôle par l'autorité judiciaire - ne sont pas suffisants pour légitimer les ARI. Il est nécessaire pour les parlementaires de contrôler leur activité »²⁶⁵⁸.

Pourtant, si un certain nombre d'études continuent de décrire l'indépendance et l'accountability comme fortement antagoniste²⁶⁵⁹, une régulation efficace nécessite un cadre dans lequel l'indépendance et la reddition des comptes sont complémentaires²⁶⁶⁰. Pour Magdalena Busuioc, « l'un des défis majeurs en ce qui concerne les organismes non majoritaires est de trouver le juste équilibre entre d'un côté l'indépendance et de l'autre la responsabilité »²⁶⁶¹. Pour y parvenir, il faut alors bien différencier l'accountability d'un côté,

²⁶⁵⁵ Een herkenbare staat : investeren in de overheid Rapport van de werkgroep Verzelfstandigde Organisaties op Rijksniveau, Interdepartementaal Beleidsonderzoek 2003-2004. Le rapport est disponible sur: https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20050526/een_herkenbare_staat_investeren_in/document3/f=/w27426a_bijl.pdf

²⁶⁵⁶ Ibid., p. 40.

²⁶⁵⁷ Voir supra.

²⁶⁵⁸ Chambre des députés, *Documento approvato dalla I Commissione permanente a conclusione dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti*, op. cit., p. 26.

²⁶⁵⁹ M. MAGETTI, K. INGOLD et F. VARONE, « Having Your Cake and Eating It, Too: Can Regulatory Agencies Be Both Independent and Accountable? », *Swiss Political Science Review*, Vol. 19, Iss. 1, 2013, p. 1 : « The empirical distinction between the procedures for implementing independence and accountability is far from trivial and unproblematic. The two properties might occasionally overlap and thus conflict in practice ».

²⁶⁶⁰ G. MAJONE, « Agency Independence and Accountability », in OCDE, *Designing independent and accountable regulatory authorities for high quality regulation*, p. 52 : « the challenge for high quality regulation is to design a framework where independence and accountability are complementary and mutually supportive, rather than mutually exclusive, values ».

²⁶⁶¹ M. BUSUIOC, « Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies », *European Law Journal*, Vol. 15, Iss. 5, 2009, p. 601 : « it has been repeatedly pointed out that one of the central challenges with regards to non-majoritarian agencies is to strike the right balance between independence, on the one hand, and accountability, on the other ».

c'est à dire « l'action de rendre des comptes sur son activité »²⁶⁶², qui ne contrevient pas à l'indépendance du régulateur, et de l'autre le « contrôle » que peuvent exercer par exemple les gouvernements sur leur administration, lequel s'apparente à une tutelle qui est en principe interdite. Si le contrôle politique et l'indépendance du régulateur s'opposent, il ne s'agit pas d'opposer reddition des comptes et indépendance²⁶⁶³. L'indépendance et la reddition des comptes du régulateur doivent au contraire coexister car cette dernière est justement imaginée comme une contrepartie à cette indépendance : « [elles] ne fonctionnent pas en vases communicants, elles se renforcent mutuellement »²⁶⁶⁴.

2. L'organisation de la reddition des comptes devant les parlementaires

La reddition des comptes de l'autorité de régulation étant indispensable pour asseoir une part de légitimité démocratique, une question subsiste, celle de savoir devant qui elle doit s'exercer²⁶⁶⁵. On pourrait estimer qu'en tant qu'organes de l'Etat, les autorités de régulation doivent rendre des comptes devant le pouvoir exécutif, qui est lui même responsable devant les parlementaires. Au Royaume-Uni, certains auteurs estiment d'ailleurs que l'accountability s'exerce à la fois devant le Parlement et devant le Gouvernement²⁶⁶⁶, tout en distinguant parfois difficilement le contrôle et la reddition des comptes²⁶⁶⁷. Pourtant, l'un et l'autre sont des moyens de supervision différents qui affectent l'indépendance des autorités de régulation de manière radicalement opposée²⁶⁶⁸. Ce type de position de subordination est en effet difficilement acceptable en raison de l'indépendance conférée aux régulateurs. L'indépendance, et notamment l'indépendance fonctionnelle à l'égard du pouvoir politique se

²⁶⁶² C. SCOTT, « Accountability in the Regulatory State », op. cit., p. 39 : « Accountability is the duty to give account for one's actions to some other person or body ».

²⁶⁶³ J. BIELA, What deficit? Legitimacy and Accountability of Regulatory Agencies, Paper prepared for the 42nd ECPR Joint Sessions, Salamanca, 10-15 April 2014, Administrative Organization and the Welfare State: Wicked Issues and the Challenges of Accountability, Legitimacy and Coordination

²⁶⁶⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 11.

²⁶⁶⁵ C. SCOTT, « Accountability in the Regulatory State », op. cit., p. 38.

²⁶⁶⁶ D. ARCULUS, « The Better Regulation Task Force », OCDE, Designing independent and accountable regulatory authorities for high quality regulation, p. 50 : « when we speak of 'accountability' what do we mean? Accountability in the UK is formally to Parliament, but there is also accountability to government ».

²⁶⁶⁷ C. SCOTT, « Accountability in the Regulatory State », op. cit., p. 38 : « the distinction sometimes drawn between accountability and control - control implying ex ante involvement in a decision, while accountability is restricted to ex post oversight - is not particularly helpful. This distinction, often found in public law accounts, appears to neglect the observation that there is implicit in the capacity to call to account some element of control capacity ».

²⁶⁶⁸ G. MAJONE, « Agency Independence and Accountability », op. cit., p. 53 : « accountability and control, though closely related concepts, are by no means identical ».

lit en effet dans le cadre d'une indépendance à l'égard de l'exécutif²⁶⁶⁹. Qu'il s'agisse des procédures d'homologation ou du respect des instructions, il s'agit d'une indépendance à l'égard des ministres et du gouvernement. Si une reddition des comptes a lieu devant l'exécutif, elle ne doit pas se mélanger avec un contrôle exercé par ce dernier, une responsabilité politique devant le Gouvernement étant à exclure²⁶⁷⁰.

Toute l'importance est donc de distinguer précisément le contrôle et le « droit de regard » exercés par le pouvoir politique sur les autorités de régulation. Or en pratique, si le contrôle est opéré par le pouvoir exécutif, c'est essentiellement devant les parlementaires qu'une reddition des comptes a lieu. L'application de la théorie anglo-saxonne du principal-agent suppose en effet que l'autorité qui délègue et transfère les pouvoirs est aussi celle à qui l'ARN doit rendre compte. Dès lors qu'elles disposent de pouvoirs confiés par le législateur, il est légitime qu'elles doivent rendre des comptes à celui-ci.

Ce raisonnement est particulièrement perceptible en Allemagne, où l'existence d'un contrôle sur les autorités de régulation demeure. Dans une étude récente, Jan Biela a montré que la nature de la responsabilité (reddition des comptes ou contrôle) de la BaFin et de la BNetzA dépendait directement de l'autorité politique devant laquelle elles sont responsables²⁶⁷¹. Ainsi, une autorité de régulation souffre d'un déficit d'indépendance lorsqu'elle est contrôlée par l'exécutif (extended control by the Government), alors qu'elle conserve une large autonomie lorsqu'elle ne fait que rendre des comptes devant le pouvoir législatif (legislative accountability). Dans le secteur des finances, la BaFin est par exemple en contact quotidien avec les services de l'Etat. Mais le lien de dépendance est encore plus fort : elle suit les instructions et reçoit des directives du Ministre des finances (Bundesministerium der Finanzen, BMF) tous les trimestres, et lorsqu'elle publie un communiqué de presse, elle coordonne sa position en amont avec le BMF²⁶⁷². De ce point de vue, il existe un lien de subordination, et donc un contrôle de l'activité de l'ARN par l'exécutif, qui remet en cause son indépendance. En revanche, la situation est différente pour

²⁶⁶⁹ M. SCHOLTEN, « Independent, hence unaccountable? The need for a broader debate on accountability of the executive », *Review of European Administrative Law* Vol. 4, Iss. 1, 2011, p. 5.

²⁶⁷⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 142.

²⁶⁷¹ J. BIELA, *Governance, accountability, and legitimacy of regulatory agencies : Comparative case studies from the telecommunications and financial sectors in Germany and Switzerland*, National Centre of Competence in Research Challenges to Democracy in the 21st Century, Working Paper n° 71, janvier 2014.

²⁶⁷² *Ibid.*, p. 9.

la BNetzA, au moins en pratique. Certes, l'exécutif dispose bien d'un moyen de contrôle puisque le Ministre de l'économie et de la technologie (Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, BMWi) peut donner des instructions à l'agence fédérale des réseaux. Mais nous avons vu que dans ce domaine, l'attitude du BMWi est l'auto-censure compte tenue de l'indépendance dont bénéficie la BNetzA par le droit de l'UE. En revanche, les parlementaires sont directement impliqués dans la reddition des comptes. Le Beirat (conseil consultatif composé de parlementaires) et les chambres parlementaires ont le droit d'exiger des informations et des renseignements sur les décisions de l'autorité, et peuvent auditionner son président. Le Beirat se concentre alors essentiellement sur les questions politiques et stratégiques, alors que le Bundestag s'occupe des questions budgétaires.

En définitive, si une reddition des comptes est envisageable devant le pouvoir exécutif, on observe que le canal traditionnel de la légitimité (responsabilité devant l'exécutif lui-même responsable devant le parlement) est le plus souvent remplacé par une responsabilité directe de l'autorité de régulation devant le législateur²⁶⁷³.

B. Une difficulté supplémentaire dans l'UE : le problème de la reddition des comptes des régulateurs européens

Si un consensus global se dégage sur l'importance d'une reddition des comptes des ARN devant les parlements nationaux, il n'est en revanche pas aussi aisé de définir clairement comment et à qui l'ORECE, l'ACRE et les trois AES peuvent à leur tour rendre des comptes. En effet, le raisonnement appliqué pour les ARN souffre à l'échelle de l'UE de deux grandes limites directement liées à la nature des acteurs cherchant à superviser les régulateurs européens : leur diversité et leur supposé déficit de légitimité.

Nous avons déjà vu que les agences européennes de régulation ont reçu et exercent des pouvoirs qui pourraient être exercés directement par d'autres acteurs de la régulation, comme les ARN ou la Commission. Pour cette raison, la délégation de pouvoirs à leur endroit a pris la forme d'un double transfert de pouvoirs, l'un vertical (des Etats vers les agences), l'autre horizontal (des institutions de l'UE vers les agences). Cela signifie que « malgré sa pertinence incontestable, le modèle principal-agent, dans sa forme standard, est

²⁶⁷³ G. MARCOU, « Régulation et service public, les enseignements du droit comparé », op. cit., p. 49.

analytiquement insuffisant car il ne prend pas en considération certaines des particularités de l'UE. La plus importante d'entre elles est l'absence d'un "principal" clairement défini »²⁶⁷⁴. Compte tenu de la diversité des niveaux décisionnels – national et européen – et des acteurs – ARN, Parlement européen, Conseil, Commission – impliqués directement ou indirectement dans la délégation de pouvoirs, il est donc difficile d'établir précisément une chaîne de légitimité comme c'est le cas pour les régulateurs nationaux²⁶⁷⁵. L'absence de chaîne de légitimité a alors une conséquence simple : la multiplicité des acteurs entraîne une multiplicité des canaux de reddition des comptes. Cette difficulté se double par ailleurs d'une autre problématique relative à la perception du rôle de l'UE qu'ont ces différents acteurs. Ainsi à la question « à qui les agences doivent-elles rendre des comptes ? », les différents acteurs répondent de manière radicalement différente : ce serait aux Etats membres dans une perspective intergouvernementale, aux institutions de l'UE dans un cadre supranational, et aux ARN si on se place dans un référentiel technique d'experts²⁶⁷⁶.

La seconde problématique concernant la reddition des comptes des régulateurs européens tient au discours relatif au supposé déficit de légitimité des institutions européennes. En effet, si on admet que les autorités de régulation doivent rendre des comptes car souffrant elles même d'un déficit de légitimité, encore faut-il qu'elles le fassent devant une institution dont la légitimité est assurée. Pour cette raison, la question de l'accountability des agences européennes est directement liée à celle de la représentativité démocratique des institutions de l'Union. La pertinence de la reddition des comptes s'inscrit donc d'abord dans un processus de légitimation de l'organe chargé de superviser l'agence.

²⁶⁷⁴ R. DEHOUSSE, « Delegation of powers in the European Union: The Need for a Multi principals Model », *West European Politics* Vol. 31, Iss. 4, 2008, p. 790. Traduction libre de : « despite its unquestionable relevance, the principal-agent model, in its standard form, is analytically inadequate as it does not take into consideration some of the peculiarities of the EU setting. The most important of these is the absence of a clearly defined "principal" ».

²⁶⁷⁵ D. CURTIN, « Delegation to EU Non-majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability », in D. GERADIN, R. MUNOZ et N. PETIT (dir.), *Regulation through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*, Edward Elgar, 2005, p. 91 : « At the EU level, there is quite often multiple (...) principals involved in the establishment of non-majoritarian institutions ». Voir également: M. BUSS, *The vertical accountability of EU agencies: An empirical analysis of management boards' accountability*, National Centre of Competence in Research Challenges to Democracy in the 21st Century, Working Paper n° 82, 2014, p. 6.

²⁶⁷⁶ M. BOVENS, D. CURTIN et P. HART, « The Quest for Legitimacy and Accountability in EU Governance », in M. BOVENS, D. CURTIN et P. HART (dir.), *The Real World of EU Accountability, What Deficit?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 27.

Il existe depuis près de vingt ans un vif débat doctrinal portant sur l'existence ou non d'un déficit de légitimité des institutions de l'Union européenne²⁶⁷⁷. Certains auteurs soutiennent ainsi que le déficit démocratique de l'UE est important en raison d'une défiance croissante des citoyens européens à l'égard de l'UE et de son processus législatif en particulier²⁶⁷⁸. D'autres auteurs soutiennent en revanche que le déficit démocratique est limité parce que les décisions de l'UE sont prises par des élus dans le respect des démocraties nationales et dans un cadre institutionnel caractérisé par de solides contrôles et des contrepoids (check and balances)²⁶⁷⁹. Cette problématique est importante puisqu'un déficit de légitimité avéré du Conseil et du Parlement européen aurait des incidences sur la légitimité des agences de l'UE. Elle est aussi complexe car la légitimité de l'UE s'évalue au carrefour d'éléments juridiques et politiques.

L'une des critiques qui a pu d'abord être formulée à l'encontre du Conseil est tirée du manque de transparence de cette institution dans ses prises de décisions, lequel réside dans « le secret historique » qui entoure ses délibérations, notamment lors de négociations intergouvernementales très politisées. Malgré cette critique, le Conseil a su démocratiser ses processus de décisions, notamment avec la création d'un « code de conduite » qui introduit en 1993 l'accès public à ses documents²⁶⁸⁰ puis par le règlement n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès au public des documents des institutions de l'UE²⁶⁸¹. En outre, l'article 16 du TUE précise que « le Conseil siège en public lorsqu'il délibère et vote sur un projet d'acte législatif », ce qui accroît la transparence du processus décisionnel. Par ailleurs, si le Conseil est co-législateur de l'Union et constitue une chambre législative à part entière en droit de l'UE, il n'en demeure pas moins composé des exécutifs nationaux. Pour cette raison, il semble paradoxal qu'une ARN ne doive rendre des comptes qu'au législateur

²⁶⁷⁷ B. KOHLER-KOCH et B. RITTBERGER (dir.), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Rowman & Littlefield, 2007.

²⁶⁷⁸ L. HOOGHE et G. MARX, « A postfunctionalist theory of European integration: From permissive consensus to constraining dissensus », *British Journal of Political Science*, Vol. 39, Iss. 1, 2009, p. 1 ; A. FOLLESDAL et S. HIX, « Why there is a democratic deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik », *JCMS*, Vol. 44, Iss. 3, 2006, p. 533 ; J. KARP, S.A. BANDUCCI et S. BOWLER, « To know it is to love it? Satisfaction with democracy in the European Union », *Comparative Political Studies*, Vol. 36, Iss. 3, 2003, pp. 271.

²⁶⁷⁹ G. MAJONE, « Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards », *European Law Journal*, Vol. 4, n° 1, mars 1998, p. 5 ; A. MORAVCSIK, « In Defense of the "Democratic Deficit": Reassessing the Legitimacy of the European Union », *JCMS*, Vol. 40, n° 4, 2002, p. 603 ; « Le mythe du déficit démocratique européen », *Raisons politiques* 2003/2, n° 10, p. 87.

²⁶⁸⁰ Décision du Conseil n° 93/731/CE du 20 décembre 1993, relative à l'accès du public aux documents du Conseil.

²⁶⁸¹ Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission

national directement élu par le peuple mais qu'une agence de l'UE composée des membres des ARN doit rendre des comptes au Conseil, lui-même composé des exécutifs nationaux. On voit bien ici toute l'originalité de la chaîne de légitimité de l'UE dans laquelle s'insèrent les agences. Mais tant que le Conseil n'exerce pas un contrôle sur l'agence, rien n'empêche celle-ci de lui rendre compte de son action.

Depuis le Traité de Lisbonne, les arguments avancés en faveur d'un déficit de légitimité du Parlement européen sont également moindres. Avant le Traité, il est vrai que son absence de la procédure législative dans de nombreux domaines laissait planer un doute sur la légitimité de l'institution²⁶⁸². Désormais, et même s'il ne dispose pas de l'initiative de la loi, le Parlement est devenu co-législateur et intervient comme autorité budgétaire de l'Union. Ces nouveaux pouvoirs législatifs et budgétaires, auxquels il est possible d'ajouter son rôle accru pour l'approbation ou le rejet d'accords internationaux et son implication dans la démocratie participative avec l'initiative citoyenne, tendent à démontrer que l'institution ne souffre plus d'un déficit de légitimité. Enfin, le Parlement européen élit désormais le président de la Commission, mettant fin cette fois à certaines critiques formulées à l'encontre de cette dernière²⁶⁸³. Ce renforcement de la légitimité du Parlement européen rejaillit donc sur la Commission²⁶⁸⁴.

En revanche, deux difficultés d'ordre politique subsistent. La première touche au faible taux de participation aux élections européennes. Avec pour chaque élection un taux de participation inférieur à l'élection précédente²⁶⁸⁵, la légitimité du Parlement européen « ressentie » par le citoyen est faible. La seconde est liée à la perception générale qu'ont les citoyens européens de l'UE. Une récente étude menée par la Commission européenne met ainsi en lumière que si l'UE est considérée comme « démocratique », le « fonctionnement de la démocratie » divise et la « confiance dans l'Union européenne et l'ensemble de ses

²⁶⁸² M. SHACKLETON, « The European Parliament », in M. SHACKLETON (dir.) *The Institutions of the European Union*, 2e éd., Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 104.

²⁶⁸³ M. TSAKATIKA, « Claims to Legitimacy: The European Commission between Continuity and Change », *JCMS*, Vol. 43, Iss. 1, 2005, p. 193 ; C. LORD et P. MAGNETTE, « E Pluribus Unum? Creative Disagreement about Legitimacy in the EU », *JCMS*, Vol. 42, Iss. 1, 2004, p. 183.

²⁶⁸⁴ Voir : Y. DEVUYST, « The European Union's institutional balance after the Treaty of Lisbon : community method and democratic deficit reassessed », *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 39, Iss. 2, 2008, p. 249.

²⁶⁸⁵ Voir : <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/fr/turnout.html>.

institutions » n'a jamais été aussi faible qu'actuellement²⁶⁸⁶. Ces difficultés sont réelles mais il est difficile d'y répondre par des éléments juridiques, car elles sont liées essentiellement aux contextes économiques et politiques nationaux, qui poussent les citoyens à se prononcer pour ou contre l'UE.

En conséquence, si le renforcement continu de la légitimité de l'Union européenne est contrebalancé par une désaffection grandissante des opinions²⁶⁸⁷, il n'est pas pour autant possible de dire que la légitimité des agences de l'UE est affectée par ricochet d'un déficit de légitimité des instances de l'UE.

II. Les moyens pour le pouvoir politique de superviser l'action des régulateurs

Le pouvoir politique dispose traditionnellement de deux moyens de superviser les autorités de régulation : l'examen de leur activité, afin de déterminer si elles mènent à bien leur mission (A), et l'encadrement budgétaire, afin d'assurer l'adéquation des moyens du régulateur à ses missions (B).

A. L'examen de l'activité des régulateurs

L'examen de l'activité des autorités de régulation par le pouvoir politique s'appuie traditionnellement sur deux éléments : le rapport annuel (1) et l'audition des membres de l'autorité (2).

1. L'analyse du rapport annuel

Le rapport annuel d'activités est le principal moyen pour le pouvoir politique de superviser l'action de l'autorité de régulation. Pour cette raison, il constitue le plus important « support du contrôle démocratique »²⁶⁸⁸ des régulateurs. En 2015, tous les régulateurs –

²⁶⁸⁶ Commission européenne, *L'opinion publique dans l'Union européenne*, Eurobaromètre Standard 81, Étude réalisée par TNS opinion & social à la demande de la Commission européenne, Direction générale Communication, 2014.

²⁶⁸⁷ J. AUVRET-FINCK (dir.), *Le Parlement européen après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne*, Larcier, 2013, p. 8.

²⁶⁸⁸ P. GELARD, Rapport n° 404 (Sénat) et n° 3166 (AN) sur les autorités administratives indépendantes, op. cit., p. 121.

nationaux et européens – ont publié un rapport annuel sur leurs activités de l'année 2014²⁶⁸⁹. Des différences importantes ont toutefois pu être observées, aussi bien au regard des destinataires de ces rapports que de leur contenu. Deux séries de remarques peuvent ainsi être formulées.

En premier lieu, le rapport annuel est systématiquement transmis au pouvoir politique. Par exemple, le Gouvernement et le Parlement sont les destinataires systématiques des rapports annuels des ARN françaises²⁶⁹⁰, même si pour certaines d'entre elles, d'autres destinataires, comme le Président de la République pour l'AMF²⁶⁹¹, le Conseil supérieur de l'énergie pour la CRE²⁶⁹² et la Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques pour l'ARCEP²⁶⁹³ sont également prévus par la loi. La situation est identique pour les régulateurs européens, puisque le droit dérivé prévoit que l'ORECE, l'ACRE et les AES transmettent systématiquement leur rapport annuel aux trois Institutions de l'UE : le Parlement européen, le Conseil et la Commission. Pour l'ORECE²⁶⁹⁴ et pour les AES²⁶⁹⁵ d'autres destinataires, comme la Cour des comptes et le Comité économique et social européen sont également prévus. Pour l'ACRE, le règlement 713/2009 ajoute quant à lui en plus de ces différents destinataires le Comité des régions²⁶⁹⁶. Dans

²⁶⁸⁹ Cette situation est relativement récente. Par exemple, il y a encore quelques années, plusieurs ARN françaises ne publiaient pas de rapport annuel. Dans leurs travaux de 2010, les sénateurs Dosières et Vanneste relaient ainsi une anecdote surprenante concernant l'ACAM : « le président de l'ACAM, M. Philippe Jurgensen, déclarait, lors de son audition devant le Groupe de travail, que l'autorité n'établissait pas de rapport annuel, pour la raison que la loi ne le prévoyait pas, et que si l'autorité en avait établi un de sa propre initiative, le Gouvernement ne l'aurait pas accepté ». Rapport Dosières-Vanneste, p. 160.

²⁶⁹⁰ Par exemple : Art. L 2131-2 du Code des transports : la rapport annuel de l'ARAFER « est adressé au Gouvernement et au Parlement ».

²⁶⁹¹ Art. L. 621-19 du CMF : l'AMF « établit chaque année un rapport au Président de la République et au Parlement, qui est publié au Journal officiel de la République française ».

²⁶⁹² Art. L 32 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité tel que modifié en 2010 : le rapport annuel « est adressé au Gouvernement, au Parlement et au Conseil supérieur de l'électricité et du gaz ».

²⁶⁹³ Art. L 135 CPCE.

²⁶⁹⁴ Art. 5, § 5 du règlement 1211/2009 : « le conseil des régulateurs adopte le rapport annuel sur les activités de [l'agence] et le transmet, le 15 juin de chaque année au plus tard, au Parlement européen, au Conseil, à la Commission, au Comité économique et social européen et à la Cour des comptes ».

²⁶⁹⁵ Art. 43, § 5 des règlements instituant les AES : « sur la base d'une proposition du conseil d'administration, le conseil des autorités de surveillance adopte le rapport annuel sur les activités de l'Autorité, y compris sur l'exécution des tâches du président (...) et le transmet, chaque année le 15 juin au plus tard, au Parlement européen, au Conseil, à la Commission, à la Cour des comptes et au Comité économique et social européen ».

²⁶⁹⁶ Art. 13, § 12 du règlement 713/2009 : « le conseil d'administration adopte et publie le rapport annuel sur les activités de l'agence (...) et transmet ce rapport, le 15 juin de chaque année au plus tard, au Parlement européen, au Conseil, à la Commission, à la Cour des comptes, au Comité économique et social européen et au Comité des régions ».

certaines Etats membres, la législation prévoit parfois que le seul destinataire direct est le Gouvernement ou le ministre, lequel transmettra ensuite le rapport aux parlementaires. C'est le cas notamment pour certaines ARN du Royaume-Uni²⁶⁹⁷, des Pays-Bas²⁶⁹⁸ et d'Italie²⁶⁹⁹. Bien qu'elle puisse contribuer à douter de l'indépendance du régulateur, cette situation ne soulève que peu de difficultés dans la mesure où seules des observations peuvent être formulées par l'exécutif, qui ne peut nullement modifier le rapport de l'ARN et qui devra le transmettre tel qu'il lui a été donné aux parlementaires. Il est en revanche plus surprenant que certaines législations nationales prévoient que les autorités de régulation doivent transmettre leur rapport annuel uniquement à l'un ou l'autre de ces pouvoirs. En raison de leur indépendance vis-à-vis de l'exécutif, le fait par exemple que la FSA finlandaise ne doive transmettre son rapport d'activité qu'au Parlement national n'en est pas pour autant problématique²⁷⁰⁰. En revanche, on peut être surpris que l'autorité de régulation du secteur financier polonaise, la KNF, ne doive transmettre son rapport annuel qu'à l'exécutif²⁷⁰¹.

En second lieu, l'importance du rapport annuel doit être analysée en filigrane de l'intérêt que porte le pouvoir politique pour l'activité des régulateurs. En effet, la diversité des destinataires des rapports a été pointée du doigt par une partie de la doctrine qui relève que le « trop plein » de contrôles théoriques²⁷⁰² peut gravement nuire à l'efficacité pratique de la supervision de l'activité des ARN. C'est ce que Mark Bovens appelle « the problem of many eyes »²⁷⁰³. Cette théorie suppose que la multiplication des contrôles théoriques invite chacun des acteurs chargés du contrôle à plus de distance et moins d'intérêts en supposant qu'un autre destinataire des rapports supervisera effectivement l'action de l'autorité. La répétition de cette attitude entraîne alors une indifférence générale des acteurs chargés de la supervision,

²⁶⁹⁷ Financial services Act 2012, Annexe 3, 1ZA, § 11: « au moins une fois par an, la FCA doit faire un rapport au Trésor (...). Le Trésor doit déposer une copie de chaque rapport devant le Parlement ».

²⁶⁹⁸ Art. 6 de la Loi du 28 février 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt : le rapport annuel de l'ACM « doit être transmis au ministre de l'Infrastructure et de l'Environnement. Une fois avoir formulé ses conclusions, le ministre doit, dès que possible transmettre le rapport annuel aux deux Chambres ».

²⁶⁹⁹ Art. 6 c) 12) de la Loi n°249 du 31 juillet 1997 : « le 30 Juin de chaque année, l'AGCOM doit présenter au Président du Conseil des ministres pour la transmission au Parlement un rapport sur l'activité menée par l'Autorité ».

²⁷⁰⁰ Section 10, §10 de la loi sur l'Autorité de supervision financière du 19 décembre 2008 : « La FSA doit transmettre à la Commission parlementaire de surveillance un rapport annuel sur ses activités ».

²⁷⁰¹ Art. 4, §2 de la loi du 21 juillet 2006 : « la KNF doit présenter un rapport annuel sur ses activités au Président et au Conseil des ministres polonais le 31 Juillet de l'année suivante ».

²⁷⁰² M. EGEBERG et J. TRONDAL, « National Agencies in the European Administrative Space: Government Driven, Commission Driven or Networked ? », Public Administration Vol. 87, Iss. 4, 2009, p. 779.

²⁷⁰³ M. BOVENS, « Analysing and assessing accountability: A conceptual framework », op. cit., p. 455.

augmentant le caractère aléatoire de celle-ci²⁷⁰⁴. Les études empiriques menées par Madalina Busuioc ont ainsi montré qu'en Europe, les parlementaires européens se sentent peu concernés par l'activité des régulateurs et par leur efficacité²⁷⁰⁵. Dans l'UE, il est vrai que cette attitude peut s'expliquer par la difficulté de savoir à qui les régulateurs européens doivent rendre des comptes. Mais ce problème existe aussi à l'échelle nationale. En conséquence, si les rapports annuels participent à la reddition des comptes, ils peuvent ne pas suffire, en raison « de l'inertie des autorités politiques auxquelles ils sont fréquemment remis »²⁷⁰⁶.

2. La possibilité d'auditionner les membres des autorités

On peut distinguer plusieurs types d'auditions parlementaires de nature politique. Les premières ont lieu a priori, traditionnellement lors de la nomination des membres, et plus spécifiquement lors de la nomination des présidents des autorités. En France par exemple, l'article 3 de la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution permet aux parlementaires d'auditionner les présidents de l'AMF, de l'ARCEP, de l'ARAFER et de la CRE avant leur nomination. Lorsque son nom est rendu public, le candidat, après un délai minimum de huit jours, est entendu par les commissions permanentes compétentes des deux assemblées parlementaires. Au terme de l'audition publique, les membres des deux commissions peuvent alors s'opposer à cette nomination à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, les voix des membres des deux commissions s'additionnant. Ces auditions permettent de mieux cerner la personnalité du candidat et son aptitude à présider l'autorité de régulation. Elle permet également, le cas échéant, de vérifier la compétence du futur président²⁷⁰⁷.

²⁷⁰⁴ Y. PAPADOPOULOS, « Accountability and Multi-Level Governance: More Accountability, Less Democracy ? », *West European Politics*, Vol. 33, Iss. 5, 2010, p. 1041: « we noted that being placed under the scrutiny of "too many eyes" may induce risk-averse behaviour and blame-avoidance strategies on behalf of the controlled. We may add that surveillance by too many eyes may lead in the end to fatalism or indifference, as it increases the randomness of control. In short : how actors will behave in a context of indetermination may well be indeterminate too ».

²⁷⁰⁵ M. BUSUIOC, *The Accountability of European Agencies: Legal Provisions and Ongoing Practices*. Thèse, Université d'Utrecht, 2010, p. 108.

²⁷⁰⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 146.

²⁷⁰⁷ Voir supra, pp. 437 et s.

Le second type d'audition est une audition ponctuelle des membres de l'autorité durant leur mandat. Il est toutefois difficile de déterminer dans quelle mesure ces auditions constituent réellement un instrument de la reddition des comptes. En effet, l'intensité de l'échange entre le commissaire et les parlementaires dépend fortement de ce qui est demandé lors de ces auditions. L'impact des auditions peut donc être perçu très différemment selon ce qu'on souhaite en faire et selon la pratique menée par les parlementaires. Le récent rapport des sénateurs Des Esgaulx et Mézard estimait ainsi que « les auditions parlementaires sont l'occasion pour le représentant d'une autorité administrative indépendante d'exprimer son point de vue sur les textes en discussion ou les débats en cours davantage que de rendre compte de son activité devant la représentation nationale »²⁷⁰⁸. Dans cet optique, l'audition des membres des ARN constitue essentiellement un moyen, non de superviser, mais de bénéficier du point de vue de l'expert en lui donnant la parole²⁷⁰⁹. Pourtant, ces auditions devraient constituer un excellent moyen pour les parlementaires d'interroger les commissaires sur les activités de leur autorité de régulation au regard du contenu de leur rapport annuel. Les auditions réalisées au cours du mandat du président viseraient alors à déterminer si l'autorité a correctement rempli les missions qui lui sont assignées. Dans le secteurs des communications électroniques et des postes, l'article L 135 du CPCE précise ainsi que l'ARCEP « rend compte de ses activités, et notamment des progrès réalisés eu égard aux objectifs mentionnés à l'article L. 32-1, devant les commissions permanentes du Parlement compétentes, à leur demande », et dans le secteur de l'énergie, le président de la CRE « rend compte des activités de la commission devant les commissions permanentes du Parlement compétentes en matière d'énergie, à leur demande »²⁷¹⁰. Il existe toutefois rarement une obligation pour les présidents des ARN d'être auditionnés chaque année à la suite de la publication du rapport annuel de l'autorité²⁷¹¹, même si en pratique, les présidents font le plus souvent l'objet d'une audition annuelle sur ce point. Le recours à ce type d'auditions est donc laissé le plus souvent à la discrétion des assemblées parlementaires. Ici, les difficultés liées au désintérêt du législateur pour l'évaluation des ARN peuvent de nouveau avoir des répercussions sur l'intensité de la supervision.

²⁷⁰⁸ M.H. DES ESGAULX et J. MEZARD, Rapport n° 126 fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, op. cit., p. 79.

²⁷⁰⁹ Voir notamment : ARCEP, Rapport annuel 2014, juin 2015, p. 37.

²⁷¹⁰ Art. L 134-14 du Code de l'énergie.

²⁷¹¹ En Allemagne par exemple, le président de la BNetzA ne présente que tous les deux ans un rapport sur les activités et sur la situation et l'évolution des domaines des télécommunications et de l'énergie (§ 63. al. 3 EnWG, § 121 TKG).

La supervision politique des régulateurs doit par ailleurs être mise en perspective avec la possibilité pour le pouvoir politique, et notamment les parlementaires, de contrôler l'utilisation des deniers publics par les régulateurs. Ce contrôle budgétaire risque toutefois d'être réduit dans le cas des autorités de régulation autofinancées, c'est à dire non financées par le budget de l'Etat ou de l'UE mais par des taxes ou des recettes quasi-commerciales²⁷¹².

B. La responsabilité budgétaire : entre contrôle et reddition des comptes

La responsabilité budgétaire des régulateurs indépendants peut être mise en œuvre soit a priori, à travers la procédure budgétaire annuelle (1), soit a posteriori, par les cours des comptes compétentes, et plus rarement par des mécanismes de contrôle financier (2). Enfin, nous aborderons le cas spécifique des autorités de régulation autofinancées pour lesquelles l'encadrement budgétaire est naturellement assoupli (3).

1. L'encadrement a priori par la procédure budgétaire annuelle

Compte tenu du faible montant des budgets des régulateurs nationaux et européens comparativement à ceux des Etats et de l'UE, le contrôle budgétaire des autorités de régulation a longtemps eu, d'un point de vue purement financier, un intérêt limité. Ceci est moins vrai ces dernières années, où la volonté pour les pouvoirs publics de réduire les dépenses publiques entraîne une baisse des dotations de l'Etat pour certaines ARN, notamment dans des Etats comme la France et l'Italie. Toutefois, le contrôle budgétaire constitue surtout un temps fort du contrôle démocratique de leur activité, dans la mesure il constitue « un rendez-vous annuel (...) afin de s'assurer de l'adéquation entre les missions confiées (...) et les moyens budgétaires et humains qui sont mis à sa disposition pour les assurer »²⁷¹³.

Si nous avons vu que les autorités de régulation bénéficient d'une certaine autonomie dans la gestion de leur budget, cela ne signifie pas pour autant l'absence de contrôle budgétaire. Dès lors qu'elles sont financées au moins pour partie par le budget général de

²⁷¹² Voir supra, pp. 533 et s.

²⁷¹³ P. GELARD, Rapport d'information n° 616 sur les autorités administratives indépendantes, Sénat, 11 juin 2014.

l'Etat ou de l'UE, leur budget doit en effet être approuvé par le législateur lors du vote du projet de budget. A l'échelle nationale, le président de l'autorité propose ainsi en général au ministre compétent²⁷¹⁴, ou directement aux assemblées parlementaires²⁷¹⁵, les crédits nécessaires au bon fonctionnement de l'ARN. A l'échelle de l'UE, la procédure prévue pour l'ORECE, l'ACRE et les AES est quant à elle calquée sur la procédure budgétaire commune à toutes les agences. Elle débute par l'établissement avant le 15 février d'un projet de budget, le plus souvent par le directeur de l'agence²⁷¹⁶, lequel est transmis au collège qui dresse l'état prévisionnel des recettes et des dépenses pour l'exercice suivant. Cet état prévisionnel qui comporte obligatoirement un projet de tableau des effectifs est transmis à la Commission au plus tard le 31 mars. Les différents règlements prévoient que sur la base de cet état prévisionnel, la Commission inscrit dans le projet de budget de l'UE « les estimations qu'elle juge nécessaires en ce qui concerne le tableau des effectifs et le montant de la subvention à la charge du budget général de l'Union européenne »²⁷¹⁷. A l'inverse de ce qui est observé dans les Etats membres, où l'exécutif ne peut modifier le projet de budget des ARN, la Commission peut modifier les requêtes des agences²⁷¹⁸, ce qui impose en général une phase de coopération entre les agences et la Commission en amont, afin de trouver un accord sur ce point²⁷¹⁹. Cette phase de coopération marque alors les limites de l'autonomie budgétaire de l'ORECE, de l'ACRE et des AES. Les états prévisionnels éventuellement modifiés sont alors transmis par la Commission au Parlement européen et au Conseil avec le projet de budget de l'Union européenne.

Une fois les propositions de crédits transmises, les budgets généraux de l'Etat et de l'UE sont étudiés par les autorités budgétaires compétentes, c'est à dire les parlementaires

²⁷¹⁴ Par exemple pour l'ARCEP, art. L 133 CPCE ; Pour la CRE, art. L 133-5 Code de l'énergie ; Pour l'AGCOM, art. 1, al. 9 de la loi n° 249 du 31 juillet 1997 ; Pour la CNMC, art. 24, §1 de la loi 3/2013 du 4 juin 2013 ; Pour l'IBTP, art. 35, §1 de la loi relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges du 17 janvier 2003.

²⁷¹⁵ Par exemple pour l'ANCOM, art. 14, §3 de la loi n°113/2010.

²⁷¹⁶ C'est le cas pour l'ACRE (art. 23, § 1 du règlement 713/2009) et pour les AES (art. 63, § 1 des règlements instituant les AES). Pour l'ORECE en revanche, « le responsable administratif aide le comité de gestion à établir l'avant-projet » (art. 12, § 1 du règlement 1211/2009). Le comité de gestion dresse également l'état prévisionnel.

²⁷¹⁷ Art. 63, §3 des règlements instituant les AES, art. 23, § 3 du règlement 713/2009 et art. 12, § 3 du règlement 1211/2009.

²⁷¹⁸ Commission européenne, *European Union Public Finance*, 4ème éd., 2008. p. 211 : « If it disagrees with any of the estimates submitted by the other institutions, it may attach a dissenting opinion and its own recommendations, in accordance with Article 272(2) of the Treaty » (actuel article 314 § 1 du TFUE).

²⁷¹⁹ Ibid.

nationaux et pour l'UE le Conseil et le Parlement européen²⁷²⁰. Cette étape semble être importante du point de vue de la reddition de comptes puisque sont en principe prises en compte les demandes des autorités de régulation et les différentes études menées au cours de l'année précédente, y compris les rapports préparés par les Cours des comptes. Des réunions sont alors organisées entre les représentants des régulateurs et les parlementaires, afin de déterminer quels sont leurs besoins réels. C'est à cette occasion que les présidents des autorités peuvent également être auditionnés et participer aux débats qui portent sur les crédits alloués. Ces dernières années, on peut regretter que cette étape d'encadrement budgétaire amont des autorités de régulation constitue de plus en plus un moyen de réduire les dépenses publiques et non de déterminer quels sont les réels besoins des régulateurs. En France par exemple, tout indique que l'ARCEP a de plus en plus de difficultés à mener à bien ses missions compte tenu des ressources dont elle dispose²⁷²¹. Pourtant, le budget de l'ARCEP pour 2016 a encore été revu à la baisse. Dans l'UE, on peut également s'interroger sur la nature du contrôle exercé par le Conseil, pour lequel il semble que l'objectif de la Commission budgétaire semble être moins de rechercher les besoins réels des organismes contrôlés que de réduire les coûts engendrés par les agences²⁷²².

²⁷²⁰ Pour les agences de l'UE, les différents contrôles budgétaires s'appuient essentiellement sur deux règlements du Parlement européen et du Conseil : le règlement (UE, Euratom) n ° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n ° 1605/2002 du Conseil, JOUE L 298 du 26.10.2012, p. 1, dit « règlement financier », modifié récemment par le règlement (UE, Euratom) n ° 2015/1929 du Parlement européen et du Conseil du 28 octobre 2015 et le Règlement délégué (UE) n ° 1271/2013 de la Commission du 30 septembre 2013 portant règlement financier-cadre des organismes visés à l'article 208 du règlement (UE, Euratom) n ° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil, JOUE L 328 du 7.12.2013, p. 42, dit « règlement délégué ». Ces règlements semblent constituer une solide base visant à construire une légitimité pour l'Union européenne et à légitimer l'action des agences de l'Union. Voir : M.L. SANCHEZ-BARRUECO, « The 2012 Financial Regulation : Building the Cathedral of EU Legitimacy ? », *Challenges of the Knowledge Society* Vol. 4, Iss. 1, 2014, p. 842.

²⁷²¹ ARCEP, Rapport annuel 2014. L'autorité reprend ici certains passages du rapport de la Cour des comptes relatif à ses activités, celle-ci notant qu' « une réduction trop forte des capacités de l'ARCEP à engager des marchés d'études pourrait cependant nuire à sa crédibilité et à son autonomie de prise de décision vis-à-vis des opérateurs qu'elle régule (...). Les dépenses en frais de mission ont fortement diminué, notamment les déplacements à l'étranger. Il faudra veiller à ce que l'ARCEP puisse malgré tout continuer à entretenir sa capacité de veille et d'influence dans les instances européennes. De nombreuses discussions ou décisions stratégiques se tenant au sein de ces instances, une trop forte réduction de la présence française pourrait se révéler contreproductive ».

²⁷²² M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, op. cit., p. 107. L'auteure tire ce constat de plusieurs interviews réalisées auprès de parlementaires européens et de directeurs d'agence.

2. Le contrôle budgétaire a posteriori

Dans les Etats membres de l'UE, rares sont les cas dans lesquels il existe un contrôle budgétaire a posteriori exercé par les parlementaires. Dans la plupart des Etats, un contrôle financier ex-post est mis en œuvre par des entités indépendantes du pouvoir politique. C'est le cas notamment des Cours des comptes nationales qui sont chargées du contrôle financier des ARN, comme par exemple en France²⁷²³, en Belgique (Cour des comptes)²⁷²⁴, en Italie (Corte dei Conti)²⁷²⁵ ou encore au Portugal (Tribunal de Contas)²⁷²⁶.

En revanche, plus surprenante est la subsistance auprès de certaines ARN du contrôle financier de droit commun exercé sur l'administration. En France et malgré les doutes qu'a pu relever la doctrine concernant la LOLF²⁷²⁷ et l'intégration de l'ARCEP et de la CRE dans le programme du ministère de l'économie et des finances²⁷²⁸, les ARN financées sur le budget de l'Etat sont dispensées du contrôle financier exercé sous l'autorité de la direction du budget²⁷²⁹. En Espagne en revanche, l'article 34, §5 de la loi 3/2013 du 4 juin 2013 dispose ainsi que « sans préjudice des compétences de la Cour des comptes, la gestion économique et financière [de la CNMC] fait l'objet d'un examen par le contrôleur général de l'Administration de l'Etat dans les termes établis par la loi n° 47/2003 du 26 Novembre. Un contrôle financier permanent sera effectué par la direction de la Commission nationale sous la supervision du contrôleur général de l'Administration d'Etat ». Pour le Professeur Navarro Rodriguez, il existe donc un double contrôle financier sur la CNMC : un contrôle externe réalisé par la Cour des comptes (Tribunal de Cuentas), et un contrôle interne par le contrôleur général de l'administration de l'Etat (Intervención General de la Administración del Estado). Il s'agirait ici d'un contrôle financier permanent effectué par la direction de la CNMC, sous la supervision du contrôleur général de l'Administration d'Etat, mais qui pourrait prendre la

²⁷²³ Pour l'ARCEP, art. L 133 du CPCE ; Pour la CRE, art. L 133-5 du Code de l'énergie.

²⁷²⁴ Pour l'IBTP, art. 35, §3 de la loi relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges du 17 janvier 2003 ; Pour la CREG, art. 25, §5 de la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité du 29 avril 1999.

²⁷²⁵ Art. 2, al. 27 de la loi n°481 du 14 novembre 1995.

²⁷²⁶ Pour l'ERSE, art. 62 du décret-loi n° 97/2002 du 12 avril 2002, op. cit. ; Pour l'ANACOM, art. 3, §3 d) du décret-loi n° 39/2015 du 16 mars 2015.

²⁷²⁷ H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 327 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 125s.

²⁷²⁸ Voir notamment : PLF 2015 - Programme n° 134, Développement des entreprises et du tourisme.

²⁷²⁹ Art. L 133, al. 3 CPCE, art. L 133-5, al. 5 du code de l'énergie,

forme d'un contrôle plus « politique »²⁷³⁰. Il faut toutefois relativiser la portée de ce contrôle, dans la mesure où la loi sur l'organisation et le fonctionnement de l'administration générale de l'Etat indique dans sa dixième disposition additionnelle que les Organismos públicos, au nombre desquels figurent la CNMC, bénéficient d'une législation spécifique et complémentaire au terme de laquelle l'Etat exerce ses pouvoirs « dans le strict respect de leurs domaines d'autonomie »²⁷³¹.

La situation est différente pour les agences de l'UE car la mise en œuvre du budget relève de la responsabilité du directeur de l'agence qui est responsable devant le Parlement européen par l'intermédiaire de la procédure de décharge. Pour l'ORECE, l'ACRE et les trois AES, le contrôle du budget nécessite plusieurs étapes qui sont toutes identiques quel que soit le régulateur. D'abord, le comptable de l'agence transmet les comptes provisoires au plus tard le 1er mars suivant la fin de chaque exercice à la Cour des comptes et à la Commission et le rapport sur la gestion budgétaire et financière au Parlement européen et au Conseil au plus tard le 31 mars de l'année suivante²⁷³². Ensuite, l'audit externe de la Cour des comptes doit aboutir à une « déclaration d'assurance » concernant la fiabilité des comptes de toutes les recettes et dépenses de l'organisme et la légalité et la régularité des opérations sous-jacentes²⁷³³. A la suite de la consolidation des comptes par la Commission²⁷³⁴, le directeur de l'agence²⁷³⁵ établit alors les comptes définitifs et les transmet au Parlement européen, au Conseil, à la Commission et à la Cour des comptes²⁷³⁶. Sur recommandation du Conseil, le Parlement est enfin invité à accorder la décharge²⁷³⁷.

²⁷³⁰ P. NAVARRO RODRÍGUEZ, « La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia », op. cit., p. 55 : « A ese doble control, de carácter económico y financiero, hay que añadir un control adicional, éste de carácter más "político" »

²⁷³¹ Loi n° 6/1997 du 11 avril 1997, Dixième disposition additionnelle - Statut juridique de certains organismes publics. Cette précision qui touche aujourd'hui la CNMC existait déjà pour les anciennes CNE et CMT. Voir H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 332.

²⁷³² Pour l'ACRE, art. 24, § 2 du règlement 713/2009 ; Pour les AES : art. 64, § 2 des règlements instituant les AES ; Pour l'ORECE : 13, § 3 du règlement 1211/2009.

²⁷³³ Art. 109, § 2 du règlement délégué 1271/2013.

²⁷³⁴ Art. 98, § 2 du règlement délégué 1271/2013.

²⁷³⁵ Dans le cadre de l'ORECE, il s'agit du responsable administratif.

²⁷³⁶ Pour l'ACRE, art. 24, § 6 du règlement 713/2009 ; Pour les AES : art. 64, § 5 des règlements instituant les AES ; Pour l'ORECE : 13, § 7 du règlement 1211/2009.

²⁷³⁷ Contrairement à ce qu'on pourrait croire, les décharges ne sont pas systématiquement accordées. La dernière décharge pour l'exercice 2013 de l'AEMF a ainsi reçu 43 voix pour, 11 contre et 4 abstentions. Voir ECON_PV(2015)0223_1, p. 5.

La décision de décharge, qui vise à clore l'exercice budgétaire annuel, porte sur les comptes de la totalité des recettes et dépenses de l'organisme de l'Union, ainsi que sur le résultat budgétaire et sur l'actif et le passif de l'organisme de l'Union décrits dans le bilan financier²⁷³⁸. La procédure de décharge peut donner lieu à trois situations : l'octroi, l'ajournement ou le refus. En cas d'ajournement²⁷³⁹, c'est à dire quand il n'a pas donné, avant le 15 mai de l'année n + 2, décharge au directeur sur l'exécution du budget de l'exercice n, le Parlement fait peser un risque de refus sur l'agence. Dans ce cas, les pouvoirs du Parlement européen sont relativement élevés puisque des possibilités supplémentaires d'échanges entre les parlementaires et les agences apparaissent. Aussi, il peut demander des informations et des éclaircissements supplémentaires et forcer le directeur à « prendre, dans les meilleurs délais, les mesures de nature à permettre et à faciliter la levée des obstacles à cette décision »²⁷⁴⁰. Les exigences peuvent être accompagnées de nouvelles échéances, de telle sorte que le directeur ne doit pas simplement promettre, mais aussi montrer quelles actions il mène pour résorber les difficultés. A cette occasion, les parlementaires peuvent éventuellement intervenir au delà du cadre budgétaire de la décharge et effectuer un « contrôle politique »²⁷⁴¹, en procédant par exemple à une audition du directeur, lorsque celle-ci n'est pas prévue dans le règlement instituant l'agence. Le règlement délégué n° 1271/2013 prévoit par ailleurs des mesures de suivi après l'octroi d'une décharge lorsque celui-ci fait l'objet de recommandations et d'observations²⁷⁴². Dans ce cas, « le directeur met tout en œuvre pour donner suite aux observations accompagnant la décision de décharge du Parlement européen ainsi qu'aux commentaires accompagnant la recommandation de décharge adoptée par le Conseil », en faisant notamment un rapport sur les mesures prises suite aux observations et commentaires,

²⁷³⁸ Art. 109 du règlement délégué 1271/2013.

²⁷³⁹ Selon la fiche analytique n° 28 servant de base à la déclaration commune du 12 juin 2012, les problèmes les plus fréquemment rencontrés lors de la procédure de décharge sont liés à la surestimation budgétaire, aux reports et annulations de crédits opérationnels, aux carences dans les procédures d'appels d'offres, à la planification et la gestion de procédures de recrutement de personnel, et aux informations relatives aux performances des agences.

²⁷⁴⁰ Art. 108, § 3 du règlement délégué 1271/2013.

²⁷⁴¹ Par exemple, le Parlement européen a décidé d'ajourner la décharge de l'Agence des médicaments pour 2009, au regard « des risques potentiels concernant l'indépendance des experts ou des personnes associés à l'évaluation des médicaments ». Selon le Parlement, il était « inacceptable que l'agence n'applique pas les règles pertinentes en matière de conflits d'intérêts de manière effective, ce qui fait qu'il n'y a aucune garantie que l'évaluation de médicaments à usage humain est réalisée par des experts indépendants ».

²⁷⁴² Ces mesures de suivi s'inscrivent dans la continuité de la déclaration commune du Parlement européen, du Conseil de l'UE et de la Commission européenne du 12 juin 2012 sur les agences décentralisées, qui notait le peu de contrôle sur les mesures prises suite aux observations formulées lors de la décharge.

qu'il doit transmettre au Parlement européen, au Conseil, à la Commission et à la Cour des comptes²⁷⁴³.

3. Le difficile encadrement budgétaire des régulateurs autofinancés

La question de l'origine des ressources et de la portée de l'indépendance financière est un point crucial pour déterminer l'intensité du contrôle budgétaire exercé sur les régulateurs. En effet, si le contrôle opéré par les Cours des comptes continue d'être exercé, l'autofinancement des autorités de régulation entraîne un « risque de dérive dans les dépenses, notamment des dépenses somptuaires, dérivées que l'absence de contrôle financier rend possible, et que l'absence de contrôle a priori à travers la négociation budgétaire ne limite plus »²⁷⁴⁴. Pour cette raison, les cas en France de l'AMF et de l'ARAFER ont soulevé plusieurs difficultés. Comme toutes les autorités publiques indépendantes, ces deux autorités n'étaient initialement ni incluses dans le champ des opérateurs de l'Etat, qui font l'objet d'une annexe générale au projet de loi de finances, ni évoquées, même de manière indirecte, dans les projets annuels de performances. Pour conserver sur elles un contrôle budgétaire, le Parlement français a souhaité leur étendre des règles qui ne leurs étaient pas applicables. L'article 106 de la loi de finances pour 2012 institua ainsi un nouveau document budgétaire imposant une présentation budgétaire aux API semblable à celle applicable aux crédits budgétaires des AAI qui sont compris dans le budget de l'Etat²⁷⁴⁵. Faisant écho au rapport des

²⁷⁴³ Art. 110 du règlement délégué 1271/2013.

²⁷⁴⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 131.

²⁷⁴⁵ Art. 106. « À compter du 1er janvier 2012, le Gouvernement présente, en annexe générale au projet de loi de finances de l'année, un rapport sur les autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité morale et sur les autorités administratives indépendantes dont les effectifs ne sont pas inclus dans un plafond d'autorisation des emplois rémunérés par l'État. Cette annexe générale récapitule, par autorité et pour le dernier exercice connu, l'exercice budgétaire en cours d'exécution et l'exercice suivant :

1° Le montant constaté ou prévu de leurs dépenses ;

2° Le montant constaté ou prévu des produits des impositions de toute nature, des subventions budgétaires et des autres ressources dont elles bénéficient ;

3° Les emplois rémunérés par ces autorités.

Ce rapport comporte également, pour chacune de ces autorités, une présentation stratégique avec la définition d'objectifs et d'indicateurs de performance, une présentation des actions et une présentation des dépenses et des emplois avec une justification au premier euro. Il expose, par catégorie, présentée par corps ou par métier, ou par type de contrat, la répartition prévisionnelle des emplois rémunérés par l'autorité et la justification des variations par rapport à la situation existante. Il rappelle, de la même façon, les emplois utilisés par l'autorité et dont le coût est supporté par un autre organisme. À compter du 1er janvier 2013, ce rapport comporte également une analyse des écarts entre les données prévues et constatées pour les crédits, les ressources et les emplois, ainsi que pour les objectifs, les résultats attendus et obtenus, les indicateurs et les coûts associés. « Cette annexe générale est déposée sur le bureau des assemblées parlementaires et distribuée au moins cinq jours francs avant l'examen du

sénateurs Dosières et Vanneste²⁷⁴⁶, ce « jaune budgétaire » permet ainsi au Parlement d'introduire depuis 2012 un plafond d'autorisation des emplois de l'AMF et de l'ARAFER puisque leurs effectifs ne sont pas inclus dans un plafond d'autorisation des emplois rémunérés par l'Etat. On peut toutefois être surpris par l'instauration d'un tel plafond dans la mesure où le taux des taxes perçues par les deux autorités est déjà fixé par le gouvernement²⁷⁴⁷, ce qui réduit de facto les craintes quant à l'explosion de leurs budgets.

La problématique est identique pour les agences de l'Union européenne²⁷⁴⁸. Parmi les cinq agences de régulation étudiées, seules les AES bénéficient pour partie de ressources propres. Or nous savons qu'une partie de la doctrine favorable à leur indépendance financière se prononce en faveur d'un autofinancement total²⁷⁴⁹. Cette option est envisageable puisqu'il existe déjà plusieurs agences financées exclusivement par des taxes, comme l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV) ou le Centre de traduction des organes de l'Union européenne (CdT). Prendre exemple sur ces agences n'est pas toutefois pas sans poser certaines difficultés.

Premièrement, la procédure de décharge n'existant pas pour les agences autofinancées, les parlementaires européens pointent régulièrement du doigt l'absence de contrôle budgétaire qui leur est applicable. Une étude réalisée par le Parlement européen en 2006 relative aux décharges budgétaires des agences²⁷⁵⁰ avait déjà examiné la question des agences autofinancées de l'UE. Elle en avait conclu que « la décharge budgétaire devait être demandée à tous les organismes exerçant des activités au nom de l'Union, (...)

projet de loi de finances de l'année qui autorise la perception des impôts, produits et revenus affectés aux organismes divers habilités à les percevoir ».

2746 R. DOSIERE et C. VANNESTE, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, op. cit., p. 156. Le rapport notait que le dispositif de contrôle par le Parlement des autorités de régulation disposant de ressources propres « devait être renforcé, que ce soit en termes de comptes rendus sur la gestion et l'activité de l'autorité, d'obligation de discussion annuelle du budget, ou encore de plafonnement des emplois ».

2747 Pour l'AMF, art. L 621-5-3 du CMF : « les décrets prévus par le présent article sont pris après avis du collège de l'Autorité des marchés financiers » ; Pour l'ARAEFER, art. L 2132-13 du code des transports : « il est institué, à compter du 1er janvier 2009, un droit fixe dû par les entreprises ferroviaires qui utilisent le réseau ferroviaire au sens de l'article L. 2122-1. Le montant de ce droit est fixé par les ministres chargés des transports et du budget sur proposition de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires ».

2748 M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, op. cit., p. 117s.

2749 Voir supra, p. 534.

2750 Parlement européen, *Agencies' discharge*, 12 décembre 2006. Disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200712/20071213ATT15452/20071213ATT15452EN.pdf>.

indépendamment du fait qu'elles reçoivent ou non des fonds provenant du budget communautaire »²⁷⁵¹. L'étude notait également que puisque les agences agissaient toutes au nom de l'Union, elles devaient toutes être « accountable for their actions and for the way they raise and spend money »²⁷⁵². L'étude proposait ainsi une modification de l'ancien article 185 du règlement financier 1605/2002²⁷⁵³ de telle sorte que la décharge budgétaire soit applicable à tous les organismes de l'UE, y compris ceux qui ne recevaient pas de contributions à la charge du budget de l'Union. Cette proposition ne fut toutefois pas suivie d'effet puisque le nouveau règlement financier de 2012 modifié en 2015 n'a pas revisité en profondeur le contenu de l'article correspondant²⁷⁵⁴.

Deuxièmement, l'Union européenne conserve certaines garanties pour continuer d'exercer un contrôle budgétaire sur les agences autofinancées. C'est d'abord le contrôle de la Cour des comptes de l'Union qui continue d'être exercé. Ensuite, la Commission européenne conserve un moyen d'encadrer leur budget puisqu'elle fixe le taux des taxes perçues par les agences²⁷⁵⁵. Enfin et surtout, les institutions de l'UE conservent un moyen direct de contrôler ces agences à travers la composition des organes. Par exemple, l'autorité budgétaire de l'OCVV est un conseil d'administration composé de représentant des vingt-huit Etats membres et de la Commission européenne. Ce dernier point est important car il n'est pas possible de le transposer aux AES. En effet, les organes décisionnels des autorités européennes de supervision sont composés des présidents des autorités de régulation nationales. Leur permettre de s'autofinancer risquerait d'entraîner une perte supplémentaire de « contrôle » sur ces agences. Du ce point de vue, il peut donc sembler logique de privilégier un financement au moins partiel par le budget de l'UE.

²⁷⁵¹ Ibid., p. 6 : « discharge should apply to all agencies carrying out activities on behalf of the Union, in all three pillars, irrespective of whether they are in direct receipt of funds from the Community budget ».

²⁷⁵² Ibid., p. 24.

²⁷⁵³ L'article 185 du règlement financier 1605/2002 était rédigé comme tel : « La Commission arrête un règlement financier cadre pour les organismes créés par les Communautés, dotés de la personnalité juridique et qui reçoivent effectivement des contributions à la charge du budget ».

²⁷⁵⁴ Art. 208 du règlement (UE, EURATOM) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, EURATOM) n° 1605/2002 du Conseil tel que modifié en 2015 : « La Commission est habilitée à adopter un règlement financier cadre par le biais d'un acte délégué en conformité avec l'article 210 pour les organismes qui sont créés en vertu du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du traité Euratom et qui ont la personnalité juridique et reçoivent des contributions à la charge du budget ».

²⁷⁵⁵ Voir par exemple le règlement (CE) n° 1238/95 de la Commission du 31 mai 1995 établissant les règles d'exécution du règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil en ce qui concerne les taxes dues à l'Office communautaire des variétés végétales.

Pour finir, la portée de la supervision exercée sur les régulateurs dépend fortement du contenu des rapports annuels transmis. En effet, si le rapport annuel est « vide », il n'est pas possible pour le législateur de contrôler efficacement l'activité du régulateur. Or il n'est pas courant que le législateur – national et européen – impose aux régulateurs de rendre spécifiquement des comptes au regard d'objectifs poursuivis²⁷⁵⁶, ce qui ne permet pas toujours d'évaluer correctement l'activité de ce dernier. Pour cette raison, il semble alors opportun d'évoquer certaines pistes visant à renforcer et mieux préciser la reddition des comptes des autorités de régulation devant les parlementaires.

Section 2. Le renforcement de la reddition des comptes devant le pouvoir législatif

Depuis une dizaine d'année et la mise en place des premiers mécanismes d'accountability que sont les rapports annuels, les auditions et les encadrements budgétaires, la doctrine et le pouvoir politique se prononcent régulièrement en faveur d'un aménagement et d'un renforcement la reddition des comptes des autorités indépendantes en vue de leur légitimation²⁷⁵⁷. Si les parlementaires disposent des moyens théoriques pour évaluer et juger l'efficacité des régulateurs, l'important est toutefois de leur donner les moyens pratiques pour y parvenir.

Toute la difficulté est alors de savoir pondérer l'intervention des parlementaires pour constituer une véritable supervision sans pour autant contrôler l'autorité indépendante. A ce titre, la distinction contrôle a priori et reddition des comptes a posteriori ne tient pas. En effet, certains éléments du contrôle, comme l'homologation d'un acte, ont lieu ex post, alors que d'autres qui s'inscrivent dans la reddition des comptes, comme une hiérarchisation des objectifs dans un programme de travail, apparaissent ex ante. Il faut en effet comprendre l'accountability comme un moyen d'apprécier l'efficacité de l'autorité de régulation au regard d'objectifs fixés précédemment. La phase d'évaluation menée par les parlementaires s'opère donc de manière rétrospective par rapport aux objectifs qu'ils ont fixés et que l'acteur au

²⁷⁵⁶ En 2006, le Professeur Frison-Roche notait d'ailleurs que les rapports annuels des autorités françaises étaient « presque tous construits de la même façon, entre des informations statistiques, des informations systématiques sur l'activité, et le traitement d'un thème plus particulier rattaché à la mission de l'Autorité ». M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 145.

²⁷⁵⁷ Voir notamment : M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit., p. 147 ; H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, communications électroniques, énergie et postes, op. cit., p. 454.

centre du processus doit poursuivre²⁷⁵⁸. Pour cette raison, une bonne reddition des comptes ne peut donc être satisfaisante que si elle permet un suivi de l'activité : pour renforcer la légitimité d'entrée des autorités de régulation, il convient d'encadrer leur activité a priori (I), et d'évaluer leur action a posteriori (II).

I. L'encadrement en amont de l'action des régulateurs

L'accroissement de la légitimité des régulateurs passe par un double encadrement en amont : il convient de renforcer la légitimité des membres, en privilégiant l'intervention du pouvoir législatif dans leur nomination (A), et de procéder à un encadrement prospectif de leur action, qui concernerait les lignes directrices à suivre et les actions futures de l'autorité (B).

A. Le renforcement de la légitimité des membres

Même si aux Etats-Unis, il arrive que les présidents de certaines agences soient élus par la population²⁷⁵⁹, dans l'Union européenne, les membres des autorités de régulation sont nommés par le pouvoir politique. Nous avons également vu que dans la plupart des Etats membres²⁷⁶⁰, la nomination relève de la compétence du pouvoir exécutif et que les parlementaires sont assez peu associés à cette décision. Du point de vue de la légitimité d'entrée, il ne fait pourtant aucun doute qu'une extension du pouvoir de nomination serait souhaitable. D'abord à l'égard de la société civile, comme ce fut par exemple le cas pour la CRE, dont deux des membres étaient entre 2006 et 2010 des « représentants des consommateurs d'électricité et de gaz naturel »²⁷⁶¹. Cette ouverture des nominations à la société civile n'est toutefois plus d'actualité, et on ne retrouve cette initiative que dans de très rares cas, pour des ARN des secteurs financiers. Ensuite, la légitimité d'entrée suppose que les parlementaires soient à l'origine des nominations, ou au moins y participent directement.

²⁷⁵⁸ R. MULGAN, *Holding Power to Account: Accountability in Modern Democracies*, Palgrave Macmillan, 2003, p. 18 : « The scope of accountability follows from the fact that it is retrospective in operation. Accountability, in its core sense, involves inquiring into actions after they have occurred and imposing remedies or sanctions for past breaches of rules and instructions (...). Accountability is therefore to be distinguished from the various forward-looking controls, including laws and regulations, under which different institutions and their members are required to act ».

²⁷⁵⁹ M. ASIMOW et R. LEVIN, *State and Federal Administrative Law*, op. cit., pp. 437 et s.

²⁷⁶⁰ Voir supra, pp. 423 et s.

²⁷⁶¹ Ancien art. 28 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

Or nous savons là encore que la participation des parlementaires dans la désignation des membres des autorités de régulation ne constituent pas une règle mais bien une exception, tant pour les agences européennes de régulation que pour les ARN.

Dans l'UE, les règlements instituant l'ORECE, l'ACRE et les trois AES prévoient certes qu'une certaine vigilance peut être exercée par le Parlement européen sur la nomination de certains membres des agences, mais l'intensité de ce droit de regard varie substantiellement selon les régulateurs. D'abord, les parlementaires européens interviennent lors de la nomination et du renouvellement du mandat du « directeur » de l'agence. Dans le cadre de l'ORECE et de l'ACRE, avant d'être nommé, le candidat au poste peut à la demande des parlementaires faire l'objet d'une audition devant eux, au cours de laquelle il « est invité à faire une déclaration devant la commission compétente du Parlement européen et à répondre aux questions posées par les membres de cette dernière »²⁷⁶². Pour l'ORECE, il est également prévu que l'aptitude du candidat sélectionné par le comité de gestion peut faire l'objet d'un avis du Parlement européen, mais cet avis est non contraignant. Les parlementaires ne disposent donc d'aucun moyen d'intervenir dans le choix du directeur de ces deux régulateurs. Pire, le renouvellement du mandat du directeur fait l'objet pour ces deux agences d'une simple information²⁷⁶³.

Pour les AES, le Parlement reste en revanche « actif » dans la nomination du président des trois autorités, puisqu'il peut s'opposer à cette nomination après l'audition²⁷⁶⁴. Il serait intéressant d'étendre cette procédure à l'ensemble des régulateurs européens. Par exemple, nous avons vu que le directeur de l'ACRE est choisi sur une liste de trois candidats proposés par la Commission, mais que le Parlement européen ne peut actuellement pas s'opposer à sa nomination. En revanche, la possibilité pour le Parlement européen de s'opposer à la nomination du président des AES, lequel est choisi librement par le Conseil des régulateurs, accroît l'accountability devant le Parlement, au détriment du contrôle a priori de la Commission. En outre, les règlements disposent que les conseils des autorités de surveillance peuvent renouveler le mandat du président une fois, mais uniquement sous

²⁷⁶² Pour l'ORECE : art. 8, § 2 du règlement 1211/2009 ; Pour l'ACRE : art. 16, § 2 du règlement 713/2009.

²⁷⁶³ Pour l'ORECE : art. 8, § 4 du règlement 1211/2009 ; Pour l'ACRE : art. 16, § 5 du règlement 713/2009.

²⁷⁶⁴ Art. 48, § 2 des règlements instituant les AES : « Avant l'entrée en fonctions du candidat retenu et au plus tard un mois après sa désignation par le conseil des autorités de surveillance, le Parlement européen peut, après avoir entendu le candidat retenu, s'opposer à la désignation de ce dernier ».

réserve de confirmation par le Parlement européen²⁷⁶⁵. La combinaison de ces dispositions permet donc au Parlement européen, lorsqu'il estime que le président d'une Autorité européenne de surveillance n'a pas rempli correctement ses fonctions, de s'opposer au renouvellement de son mandat.

En conséquence, si pour l'ORECE et l'ACRE, le directeur « rend compte, mais ne rend pas de compte »²⁷⁶⁶, la possibilité de ne pas renouveler le mandat des présidents des AES confère au Parlement européen un réel moyen de pression sur les trois autorités du secteur des finances. Si la participation à la nomination du président des AES mériterait d'être généralisée à l'ACRE et à l'ORECE, il faut toutefois la replacer dans la dialectique générale « pouvoirs - indépendance - accountability ». En effet, la question de la reddition des comptes ne se pose que si les organes décisionnels sont dotés de réels pouvoirs et d'une réelle indépendance. A l'échelle de l'UE, ce n'est donc que lorsque le pouvoir décisionnel est concentré dans les mains d'un Conseil composé des représentants des ARN qu'une reddition des comptes – et un encadrement des nominations – est nécessaire. Dans le cadre de l'ORECE et de son Office par exemple, les représentants des ARN ne disposent d'aucun réel pouvoir. En conséquence, il ne s'agit pas de traiter des mécanismes de reddition des comptes mais de parler plus simplement d'un contrôle de la Commission sur l'agence. En revanche, lorsque, comme pour les AES, les pouvoirs et l'indépendance des régulateurs sont réels, alors le besoin d'une reddition des comptes devant les parlementaires européens prend tout son sens. Pour cette raison, il n'y a actuellement que pour les autorités européennes de surveillance qu'une véritable reddition des comptes est mise en œuvre.

La situation est différente pour les ARN, qui disposent de pouvoirs importants et qui bénéficient pour leur très grande majorité de garanties importantes d'indépendance. Pour cette raison, la participation des parlementaires aux nominations des membres du régulateur national est un bon moyen de légitimer l'action de l'autorité. Plusieurs Etats membres n'ont pourtant pas prévu que leurs parlements nationaux interviennent dans la procédure de nomination, comme le Royaume-Uni, la Belgique, les Pays-Bas et les pays scandinaves. Les Etats plus récemment rentrés dans l'UE ont en revanche dès la création de leurs ARN pris en compte certains impératifs d'indépendance et de légitimité qui n'existaient pas encore lors de l'entrée en vigueur des premières directives relatives à la libéralisation des secteurs

²⁷⁶⁵ Art. 48, § 4 des règlements instituant les AES.

²⁷⁶⁶ L. GRARD, « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », op. cit., p. 145.

économiques et financiers. Dans la plupart des nouveaux entrants dans l'UE, le pouvoir législatif est donc associé quasi-systématiquement à l'exécutif lors de la nomination des membres des ARN.

En France, la désignation de membres au terme d'une procédure concertée entre les pouvoirs exécutif et législatif est strictement encadrée par le Conseil constitutionnel, lequel s'appuie sur la théorie de la séparation des pouvoirs pour interdire le pouvoir législatif de s'immiscer dans les nominations exercées par le pouvoir exécutif²⁷⁶⁷. Il existe toutefois une exception : l'article 13, al. 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose qu'en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, certaines personnalités nommées par le Président de la République se font après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. L'article ajoute que « le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions ». Or figurent parmi les fonctions soumises à cette procédure celles de président des ARN²⁷⁶⁸. Certes, le système privilégié en France pour la nomination des membres des ARN dans les secteurs des réseaux est celui d'une nomination partagée entre le pouvoir exécutif et les présidents des chambres²⁷⁶⁹. Mais plus légitime serait une nomination concertée par l'exécutif et le législatif de tous les membres de l'autorité.

C'est le cas notamment en Espagne, où la fusion des autorités de régulation économique sectorielles et de l'autorité de la concurrence en 2013 a permis au législateur de modifier plusieurs règles relatives à la nomination des commissaires de la nouvelle CNMC²⁷⁷⁰. Même si la plupart de ces règles sont proches de celles prévues par la loi sur l'économie durable (LES) de 2011²⁷⁷¹, le mode de nomination des commissaires a été modifié. Proche de l'article 13 de la LES, l'article 15 de la loi 3/2013 de creación de la

²⁷⁶⁷ Le Conseil constitutionnel s'abrite derrière le principe de séparation des pouvoirs pour n'admettre ni audition, ni vote préalable sur une nomination effectuée par le pouvoir exécutif, en dehors de la procédure prévue au cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution. Conseil constitutionnel, 13 décembre 2012, n° 2012-658 DC.

²⁷⁶⁸ La liste des fonctions en question est donnée par la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution.

²⁷⁶⁹ Par exemple, art. L 130 du CPCE, art. L 123-2 du code de l'énergie et art. L 2132-7, al. 1 du code des transports.

²⁷⁷⁰ E. VÍRGALA FORURIA, « Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI : su independencia (especial referencia al caso español) », op. cit., p. 179.

²⁷⁷¹ Loi 2/2011, du 4 mars 2011, de Economía Sostenible, BOE n° 55, de 5 de marzo de 2011, p. 25033.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dispose que les membres du Conseil, y compris les président et vice-président, sont nommés par le Gouvernement, par décret royal, sur proposition du ministre de l'économie²⁷⁷². Mais cette nomination n'est pas totalement libre, le législateur ayant lui-même posé deux garanties. La première date de 2011 et touche à « l'autorité et à la compétence professionnelle » des candidats à ces postes. Le ministre, comme les membres proposés doivent par ailleurs passer une audition devant la chambre compétente du Parlement²⁷⁷³. Jusqu'en 2013, il s'agissait là toutefois d'une procédure très formelle et la nomination des commissaires restait à la discrétion du Gouvernement. Depuis 2013, une seconde garantie a été ajoutée à l'article 15 de la loi, puisque le Congrès, par une résolution adoptée à la majorité absolue, peut opposer son veto à la nomination proposée dans le mois suivant la communication des candidats retenus²⁷⁷⁴. Cette possibilité pour le Congrès d'opposer son veto à la majorité simple aux nominations constitue ainsi pour le Professeur Navarro Rodríguez « un pas supplémentaire vers une plus grande indépendance vis-à-vis de l'exécutif et un meilleur moyen pour les parlementaires de superviser la Commission »²⁷⁷⁵. Cette possibilité offerte au Parlement et déjà débattue en doctrine²⁷⁷⁶ trouve enfin sa place dans la loi en 2013 et permet aux parlementaires de conserver un droit de regard sur les nominations des commissaires.

En conclusion, il pourrait paraître opportun du point de vue de la légitimité d'entrée d'associer systématiquement les parlementaires à la nomination des membres des ARN, tout en organisation l'audition de ces derniers préalablement à leur entrée en fonction. Un autre

²⁷⁷² La différence avec l'article 13 tient ici essentiellement à la concentration des pouvoirs de proposition aux mains du ministre de l'économie, alors que cette compétence appartenait jusqu'en 2013 aux « ministres compétents ». Certains auteurs ont pu voir dans cette modification l'illustration que « le gouvernement fait, avec ces changements, la centralisation de la supervision pour une action plus rapide et énergique » ; J. MONTALVO, « Una cuestión de control y de más desregulación », *Diario Expansión*, 25 de febrero de 2012.

²⁷⁷³ Dans le cadre du processus de nomination des anciens membres des régulateurs des télécommunications (CMT) et de l'énergie (CNE), le ministre compétent devait déjà avant 2011 passer une audition devant les chambres. Voir : H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, op. cit., p. 286.

²⁷⁷⁴ L'article ajoute qu'en l'absence de manifestation du Congrès au bout d'un mois, les nominations sont considérées comme acceptées.

²⁷⁷⁵ P. NAVARRO RODRÍGUEZ, « La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia », op. cit., p. 46.

²⁷⁷⁶ Nuno Garoupa estimait ainsi qu'« un système de nomination par le gouvernement sous réserve de confirmation par le Congrès des députés (similaire au système américain) serait beaucoup plus approprié et transparent (...) afin de réduire le sentiment d'une tutelle exercée par le ministère compétent et de renforcer les compétences des organismes de régulation » ; N. GAROUPA, « Organismos Reguladores », in M. BAGÜES, J. FERNANDEZ-VILLAVARDE et L. GARICANO (dir.), *La Ley de Economía Sostenible y las reformas estructurales: 25 propuestas*, Fedea, 2010 p. 18.

type de garantie prospective pourrait être mis en place par les autorités de régulation, qui toucherait non plus la personne de leurs membres mais directement leur action.

B. L'encadrement prospectif : la rédaction d'un programme de travail

L'encadrement amont de l'activité des autorités de régulation indépendantes passe par la prévision ex ante d'objectifs du régulateur. En effet, si le régulateur ne dispose pas d'objectifs précis, et si le législateur ne prévoit pas en amont ses attentes avec une certaine clarté, il n'est pas possible que la phase ex post de l'accountability puisse être efficace²⁷⁷⁷. Il est donc impératif de préciser à l'avance les objectifs poursuivis par l'autorité de régulation dans un programme de travail annuel ou pluriannuel. Ce programme de travail doit par ailleurs être transmis au pouvoir politique, au moins pour information. Ainsi en Espagne, « le plan d'action de la [CNMC] pour l'année suivante comprends (...) les objectifs et les priorités pour l'année. Ce plan d'action est transmis à la Commission compétente du Congrès des députés et au Ministre de l'économie et de la compétitivité »²⁷⁷⁸. A l'échelle de l'UE, les agences sont également assujetties à une programmation de leurs activités. Dans le cas des cinq agences décentralisées appelées à constituer des autorités européennes de régulation, toutes doivent transmettre pour information leur programme de travail à la Commission, au Parlement européen et au Conseil. Le règlement 1211/2009 indique ainsi que « le conseil des régulateurs adopte le programme de travail annuel de l'ORECE avant la fin de l'année précédant celle à laquelle le programme de travail se rapporte. Le conseil des régulateurs transmet le programme de travail annuel au Parlement européen, au Conseil et à la Commission aussitôt après son adoption »²⁷⁷⁹. Une formule identique est prévue dans le règlement instituant l'ACRE²⁷⁸⁰, et cette obligation d'information pèse également sur les

²⁷⁷⁷ B. SMITH, « Accountability and Independence in the Contract State », in D. HAGUE et B. SMITH (dir.) *The Dilemma of Accountability in Modern Government: Independence versus Control*, Londres, Macmillan, 1971, p. 32 : « Failure to specify the terms of the bargain with some clarity at the beginning almost inevitably leads to trouble ».

²⁷⁷⁸ Art. 37, §1 g) de la loi 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

²⁷⁷⁹ Art. 5, § 4 du règlement 1211/2009. L'article 9, § 3 précise par ailleurs que « chaque année, le responsable administratif assiste le comité de gestion dans l'élaboration du projet de programme de travail de l'Office pour l'année à venir. Le projet de programme de travail pour l'année à venir est soumis au comité de gestion au plus tard le 30 juin et est adopté par le comité de gestion au plus tard le 30 septembre sans préjuger de la décision finale du Parlement européen et du Conseil (ci-après dénommés conjointement "autorité budgétaire") concernant la subvention ».

²⁷⁸⁰ Art. 13, § 5 du règlement 713/2009 : « Avant le 30 septembre de chaque année, après consultation de la Commission et après avoir reçu l'approbation par le conseil des régulateurs conformément à l'article 15,

différentes autorités européennes de surveillance pour leurs programmes de travail annuel et pluriannuel²⁷⁸¹.

Le programme de travail peut en outre être soumis à consultation, comme en Belgique, où la législation nationale dispose que « le Conseil établit, dans les douze semaines après l'entrée en fonction de ses membres et tous les trois ans, un plan stratégique triennal. Tous les membres composant le Conseil présentent le plan stratégique à la Chambre des représentants. Le Conseil prépare alors un plan d'activité annuel qui s'inscrit dans le plan stratégique. Ce plan annuel est soumis à consultation publique durant minimum deux semaines avant d'être publié sur le site de l'Institut »²⁷⁸². Ce processus original marque ici la volonté pour l'ARN de faire participer les parties prenantes à son activité de régulation, même s'il ne s'agit que de consultation ne liant pas le régulateur.

Enfin, le programme de travail de l'autorité de régulation ne doit pas être soumis à l'approbation du pouvoir politique. Nous avons vu que le droit de l'Union insiste sur ce point puisque la note interprétative de 2009 précise que « si l'ARN rédige un programme de travail pour l'année à venir, elle devrait être en mesure de le faire de façon autonome, sans devoir demander l'approbation ou le consentement des autorités publiques »²⁷⁸³. Nous avons également noté que lorsque le programme de travail d'une ARN fait l'objet d'une procédure d'approbation, la Commission européenne n'hésite pas à rappeler à l'ordre l'Etat membre concerné²⁷⁸⁴. Il peut donc être difficile pour les parlementaires ou le gouvernement d'intervenir lors de cette étape pour fixer certains objectifs précis à l'ARN, même si le régulateur doit s'inscrire dans un plan stratégique national qui s'impose à lui. A ce titre, il est intéressant d'observer le législateur portugais a prévu pour son régulateur des

paragraphe 3, le conseil d'administration adopte le programme de travail de l'agence pour l'année suivante et le transmet au Parlement européen, au Conseil et à la Commission ».

²⁷⁸¹ Art. 43, § 4 : « Avant le 30 septembre de chaque année, sur la base d'une proposition du conseil d'administration, le conseil des autorités de surveillance adopte le programme de travail de l'Autorité pour l'année suivante et le transmet pour information au Parlement européen, au Conseil et à la Commission » ; Art. 43, § 6 : « Le conseil des autorités de surveillance adopte le programme de travail pluriannuel de l'Autorité et le transmet pour information au Parlement européen, au Conseil et à la Commission ».

²⁷⁸² Art. 34 de la Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

²⁷⁸³ Commission européenne, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, op. cit., p. 9.

²⁷⁸⁴ Commission européenne, Communiqué de presse, Télécommunications: la Commission poursuit la Belgique devant la Cour de justice de l'UE pour défaut d'indépendance de son régulateur national, IP/14/1145, 16/10/2014. Voir supra.

communications électroniques une procédure permettant au pouvoir politique d'influer sur le programme de travail sans contrôler l'activité du régulateur. En effet, l'article 47 du décret-loi n° 39/2015 du 16 mars 2015 dispose d'abord que l'ANACOM « élabore le plan pluriannuel d'activités et en assure la mise en œuvre », en ouvrant notamment « chaque année une consultation publique sur ses grandes orientations stratégiques » pendant une durée d'au moins vingt jours ouvrables. L'article 48 de la loi indique ensuite que « le plan d'activités de ANACOM nécessite l'approbation préalable des membres du gouvernement chargés des finances et de la communication, dans les deux mois suivant sa réception », mais il précise que « l'approbation prévue à l'alinéa précédent ne peut être refusée par une décision portant atteinte à l'indépendance de ANACOM dans l'exercice de ses pouvoirs réglementaires ». Même s'il est difficile de déterminer pour quelle raison une approbation pourrait ne pas être donnée sans porter atteinte à l'indépendance du régulateur, on peut supposer que si l'ANACOM prévoit de ne pas poursuivre certains objectifs qui lui sont imposés, le gouvernement pourrait refuser d'approuver le plan d'activités. On peut toutefois regretter que cette faculté appartient au pouvoir exécutif, et non au pouvoir législatif, plus à même de superviser l'ARN du point de vue de la légitimité.

En définitive, il reste difficile de déterminer précisément dans quelle mesure la formulation ex ante d'objectifs peut avoir un impact sur la reddition des comptes ex post et quel lien de causalité il existe entre l'un et l'autre. En effet, le succès d'une reddition efficace des comptes dépend surtout de l'attitude de « l'examineur », et il importe donc au législateur de questionner et de procéder à une évaluation a posteriori de l'activité de l'autorité de régulation.

II. L'évaluation en aval de l'action des régulateurs par les parlementaires

L'évaluation représente un élément clé de la mesure de l'utilité et de l'efficacité de l'action du régulateur, permettant d'établir un état des lieux des pratiques existantes et des résultats obtenus, de proposer des améliorations et de rectifier certaines difficultés rencontrées, afin de juger éventuellement de leur nécessité et leur pertinence. En droit de l'Union par exemple, le droit dérivé est venu préciser plusieurs éléments de reddition des comptes permettant a posteriori d'évaluer les régulateurs européens : transmission d'un rapport annuel aux institutions de l'UE, auditions des présidents, rapports d'évaluations menées par la Commission. Ces différents mécanismes ne doivent toutefois pas constituer un

modèle à suivre pour les Etats membres, tant ils sont, au regard des méthodes employées et de leur contenu, largement insatisfaisants dans la pratique (A). L'analyse comparative des mécanismes de reddition des comptes des ARN laisse en revanche entrevoir plusieurs pistes permettant aux parlementaires nationaux d'évaluer concrètement l'efficacité de leurs régulateurs (B).

A. L'insuffisance de la reddition des comptes ex post des régulateurs européens

Plusieurs éléments permettent d'affirmer que la reddition des comptes a posteriori des agences européennes de régulation (ORECE, ACRE et AES) est en pratique insatisfaisante. D'abord, les contraintes pesant sur les agences de régulation en vue de l'évaluation de la part du pouvoir politique sont faibles, qu'il s'agisse du rapport annuel ou des auditions (1). Ensuite, les évaluations menées par la Commission pour déterminer l'efficacité et la performance des agences semblent trop hétérogènes pour permettre de légitimer correctement leur action (2).

1. Des rapports annuels et des auditions peu contraignants

Si les différentes agences de régulation de l'UE transmettent toutes un rapport annuel au Conseil, au Parlement européen et à la Commission²⁷⁸⁵, on remarque toutefois qu'il n'existe semble-t-il que peu d'obligations tenant au contenu de ces rapports annuels. Certes, ils constituent une obligation procédurale et leur exigence est importante pour le processus de reddition des comptes. Mais le fait d'imposer la transmission d'un rapport en dit peu sur la qualité de celui-ci. L'évaluation menée en 2009 par l'agence Ramboll pour le compte de l'UE sur vingt-six agences décentralisées concluait ainsi que les différents rapports annuels atteignaient un niveau de précision jugé faible et insatisfaisant²⁷⁸⁶. Si les cinq régulateurs européens qui nous intéressent n'étaient pas évalués à cette occasion, le constat tiré de cette étude s'applique largement aux cas étudiés. Comme le note Miroslava Scholten, il est rare que le droit dérivé impose quelles précisions et comment ces précisions doivent être incluses dans

²⁷⁸⁵ Pour l'ORECE, art. 5, §5 du règlement 1211/2009 ; Pour les AES, art. 43, §5 des règlements instituant les AES ; Pour l'ACRE, art. 13, §12 du règlement 713/2009.

²⁷⁸⁶ Etude Ramboll, Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009, Synthesis and prospects, Final Report Vol. 1, op. cit., p. 23 : « *Performance information relates to the agency's own responsibility in achieving its intended outputs, and results at a reasonable cost such information is scarce (...) and performance reporting is almost non-existent* ».

les rapports annuels²⁷⁸⁷. En conséquence, seules huit agences décentralisées de l'UE ont pour obligation de transmettre les résultats obtenus au regard de leur programme de travail²⁷⁸⁸. Les autres, parmi lesquelles on retrouve l'ORECE et les trois AES, sont classées par l'auteure parmi les agences dont le rapport annuel constitue une simple obligation procédurale (merely a procedural obligation). L'ACRE se distingue légèrement des régulateurs précédents. L'article 13, § 12 du règlement 713/2009 n'indique que « le conseil d'administration adopte et publie le rapport annuel sur les activités de l'agence (...) et transmet ce rapport, le 15 juin de chaque année au plus tard, au Parlement européen, au Conseil, à la Commission, à la Cour des comptes, au Comité économique et social européen et au Comité des régions », mais le règlement précise cependant que l'ACRE doit publier dans son rapport annuel les résultats de ses activités de surveillance portant sur « les marchés intérieurs de l'électricité et du gaz naturel, notamment les prix de détail de l'électricité et du gaz naturel, l'accès au réseau, y compris l'accès à l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, et le respect des droits des consommateurs »²⁷⁸⁹. En conséquence, peu d'obligations pèsent sur le contenu des rapports annuels des régulateurs, ce qui rend l'évaluation de leur activité par le Parlement européen difficile, lequel ne peut pas vérifier si l'agence a tenu ses engagements. Comme le note Miroslava Scholten, « il n'est pas possible pour le législateur de contrôler effectivement une autorité de régulation s'il oblige simplement l'autorité à présenter un rapport annuel »²⁷⁹⁰. Il est donc nécessaire pour le législateur de l'UE de déterminer précisément à l'avenir ce qu'il veut dans les rapports annuels²⁷⁹¹.

Dans le cadre d'un contrôle a posteriori, le Parlement européen et le Conseil disposent également de la possibilité de demander au directeur de l'ACRE et au président des AES de rendre des comptes de l'action menée par leur agence. Si pour l'ORECE, rien de tel n'est prévu, pour le directeur de l'ACRE, elle prend la forme d'une audition au cours de laquelle celui-ci peut être invité « à rendre compte de l'exercice de ses fonctions, à faire une déclaration devant sa commission compétente et à répondre aux questions posées par les

²⁷⁸⁷ M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, op. cit., p. 97.

²⁷⁸⁸ Ibid. Parmi ces agences figurent notamment l'AESA et l'AER. Voir : L. GRARD, « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », op. cit., p. 143.

²⁷⁸⁹ Art. 11 § 1 et § 2 du règlement 713/2009.

²⁷⁹⁰ M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, op. cit., p. 12.

²⁷⁹¹ Ibid., p. 97 : « the legislature has to have a clear idea what it wants in these reports ».

membres de cette dernière »²⁷⁹². Pour les AES en revanche, le contrôle politique est plus élevé en pratique. Ainsi, les règlements prévoient que « le Parlement européen et le Conseil peuvent inviter le président ou son suppléant à faire une déclaration, tout en respectant pleinement son indépendance. Le président fait une déclaration devant le Parlement européen et répond à toutes les questions posées par ses membres lorsqu'il est y invité (...). Le président rend compte par écrit des principales activités de l'Autorité au Parlement européen lorsque celui-ci en fait la demande et 15 jours au moins avant de faire la déclaration »²⁷⁹³. Mais ces auditions restent peu contraignantes. Elles ne sont pas systématiques (« le Parlement européen et le Conseil peuvent inviter »), ce qui repose la question de savoir si les législateurs de l'UE vont ou non prendre des initiatives de ce point de vue. A ce propos, Miroslava Scholten note justement que la transmission des rapports annuels n'est pas toujours doublée de l'audition des membres de l'agence²⁷⁹⁴.

Si la reddition des comptes directe devant le Parlement européen et le Conseil exercée à l'aide des rapports annuels et des auditions peut sembler insuffisante pour légitimer l'action des agences, des évaluations régulières sont également menées par la Commission. Celles-ci semblent également très hétérogènes.

2. L'hétérogénéité des évaluations menées par la Commission

A coté des mécanismes de reddition des comptes classiques, le droit dérivé a prévu que la Commission procède périodiquement à l'évaluation de l'activité de l'ORECE, de l'ACRE et des AES. Pour l'ORECE, l'énoncé de l'article 25 du règlement 1211/2009 précise que « la Commission publie un rapport d'évaluation de l'expérience tirée du fonctionnement de l'ORECE et de l'Office. Le rapport d'évaluation porte sur les résultats obtenus par l'ORECE et l'Office et sur leurs méthodes de travail respectives relativement à leurs objectifs, à leurs mandats et aux tâches définies dans le présent règlement et dans leurs programmes de travail annuel respectifs. Le rapport d'évaluation tient compte des points de vue des parties prenantes, tant au niveau communautaire que national et est transmis au Parlement européen

²⁷⁹² Art. 16, § 8 du règlement 713/2009.

²⁷⁹³ Art. 50, § 1 et § 2 des règlements instituant les AES.

²⁷⁹⁴ M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, op. cit., p. 12 : « An obligation to report about an agency's performance at a parliamentary committee's hearing is unlikely to ensure political accountability if no member of the committee is present at the hearing or if no questions have been asked. This is because a parliamentary hearing as a political accountability tool is meant to make an inquiry into an agency's actions which requires the presence of people's representatives and a discussion ».

et au Conseil ». Dans le cas de l'ACRE, l'évaluation est également réalisée par la Commission qui se fait assister d'un expert indépendant, et porte sur « sur les résultats obtenus par l'agence et sur ses méthodes de travail relativement à son objectif, à son mandat et aux tâches définies dans le présent règlement et dans son programme de travail annuel »²⁷⁹⁵. La lecture de ces deux articles appelle plusieurs séries de remarques. Si les évaluations menées auprès de l'ORECE et de l'ACRE posent en effet un problème dans la mesure où elles ne prescrivent pas de critères de fond sur lesquels l'évaluateur doit s'appuyer pour juger de l'action des deux régulateurs européens, la situation est radicalement différente pour les AES. Dans le cas des autorités de surveillance, le rapport publié par la Commission évalue en effet : le degré de convergence des pratiques en matière de surveillance atteint par les ARN, le degré de convergence des ARN en termes d'indépendance fonctionnelle, l'impartialité, l'objectivité et l'autonomie de l'AES, le fonctionnement des collègues d'autorités de surveillance, les avancées réalisées en matière de convergence dans les domaines de la prévention, de la gestion et de la résolution des crises, y compris des mécanismes de financement de l'Union, le rôle de l'Autorité en ce qui concerne le risque systémique ou encore l'application de la clause de sauvegarde et l'exercice du rôle de médiation à caractère juridiquement contraignant²⁷⁹⁶. Ici, ces critères permettent de crédibiliser les évaluations menées par la Commission dans la mesure où il est clairement précisé sur quels points elles doivent porter. Une obligation d'évaluation sur des points précis pèse donc sur la Commission et les experts qui l'assistent.

Ces clauses particulièrement élaborées n'existent d'ailleurs que pour les AES, qui font figures d'exceptions parmi les agences. Ce point est intéressant puisqu'il montre de nouveau la spécificité des AES au sein des agences décentralisées. Dotées de pouvoirs importants et d'une réelle indépendance, les AES doivent également faire l'objet d'une

²⁷⁹⁵ Art. 34 du règlement 713/2009.

²⁷⁹⁶ Art. 81, § 1 des règlements instituant les AES. Le rapport détermine également (§ 2) s'il est opportun de poursuivre la surveillance distincte des secteurs bancaire, des assurances, des pensions professionnelles et des marchés financiers, s'il est opportun de faire procéder à la surveillance prudentielle et à la surveillance des règles de conduite séparément ou par une même autorité de surveillance, s'il est opportun de simplifier et de renforcer l'architecture du SESF pour accroître la cohérence entre les niveaux « macro » et « micro » et entre les AES, si l'évolution du SESF est compatible avec l'évolution globale, si le SESF présente une diversité et un degré d'excellence suffisants, si la responsabilité et la transparence sont adéquates en ce qui concerne les obligations de publication, si les ressources de l'Autorité sont suffisantes pour qu'elle puisse exercer ses responsabilités et s'il est approprié de maintenir le siège de l'Autorité ou de réunir les AES en un seul siège pour améliorer la coordination entre elles.

meilleure reddition des comptes, et donc d'évaluations plus précises²⁷⁹⁷. Nous retrouvons d'ailleurs cette spécificité dans le cadre de l'évaluation des présidents et directeurs d'agence. Pour l'ORECE, rien n'est par exemple prévu dans le règlement 1211/2009 concernant l'évaluation de son responsable administratif. Pour l'ACRE, le directeur de l'agence fait l'objet d'une évaluation de la part de la Commission assistée d'un expert indépendant. Dans les neuf mois précédant le terme de ce mandat, la Commission procède ainsi à une évaluation au cours de laquelle elle examine notamment « les résultats obtenus par le directeur (...) et les fonctions et les exigences de l'agence dans les années à venir »²⁷⁹⁸. En revanche, la structure plus indépendante des AES, qui suppose que le président de chaque autorité est nommé par les représentants des ARN, n'impose pas une évaluation par la Commission mais plutôt par le conseil de surveillance²⁷⁹⁹, comme pour le directeur exécutif²⁸⁰⁰.

Cependant, s'il y a un point commun à tous les règlements instituant les différents régulateurs européens c'est celui de la fréquence à laquelle les évaluations et les révisions sont réalisées. Comme la plupart des agences décentralisées, il était prévu qu'une première évaluation de l'ORECE, de l'ACRE et des AES devait être réalisée dans les premières années suivant la création de l'agence. Le règlement 1211/2009 prévoyait ainsi que cette évaluation devait être effectuée « dans les trois ans qui suivent le début effectif des activités de l'ORECE et de l'Office »²⁸⁰¹, délai identique pour l'évaluation de l'ACRE²⁸⁰². Pour les AES, les règlements prévoyaient de manière originale la date du 2 janvier 2014, soit un peu plus de trois ans après leur création. Plus que cette première évaluation, ce sont les fréquences auxquelles la Commission procède aux évaluations suivantes qui importent réellement pour juger de la force du contrôle. Or sur ce point, le système actuel est très imparfait. A la suite de cette première évaluation, il n'est en effet pas prévu dans le règlement que l'ORECE soit de nouveau évalué²⁸⁰³. Pour l'ACRE, il est prévu que la Commission soumet une évaluation au

²⁷⁹⁷ M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, op. cit., p 101: « From an accountability perspective the former more elaborate clause seems to be more valuable because the Union Legislator sets up a clearer standard against which to check the review report ».

²⁷⁹⁸ Art. 16, § 3 du règlement 713/2009.

²⁷⁹⁹ Art. 48, § 4 des règlements instituant les AES : « Dans les neuf mois précédant le terme du mandat de cinq ans du président, le conseil des autorités de surveillance évalue les résultats obtenus au terme du premier mandat et la façon dont ils ont été atteints [et] les missions et les besoins de l'Autorité dans les années à venir ».

²⁸⁰⁰ Art. 51, § 4 des règlements instituant les AES.

²⁸⁰¹ Art. 25 du règlement 1211/2009.

²⁸⁰² Art. 34, § 3 du règlement 713/2009 : « La Commission soumet la première évaluation au Parlement européen et au Conseil dans un délai de trois ans à compter de la prise de fonctions du premier directeur ».

²⁸⁰³ La première évaluation a été menée en 2012 par la Commission et publiée en 2014. Voir : Commission européenne, *BEREC Evaluation: Recommendations and Follow-up Actions Report 2014*, BoR (14) 61.

moins tous les quatre ans²⁸⁰⁴, et pour les AES tous les trois ans²⁸⁰⁵. Pire, l'accord interinstitutionnel relatif aux agences décentralisées prévoit que ces évaluations devraient avoir lieu tous les cinq ans, ce qui allège d'autant l'examen de la performance des agences²⁸⁰⁶. Des évaluations rapprochées, tous les ans, permettraient à l'inverse d'aiguiller rapidement les organismes concernés vers certains objectifs prioritaires.

En conséquence, il ne semble pas actuellement que ces évaluations réalisées par la Commission permettent de déterminer réellement l'efficacité des différentes agences. Ainsi, les évaluations menées en 2014 sur l'ACRE ne fournissent que peu d'informations relatives à la performance de l'organisme²⁸⁰⁷. La démarche même de l'évaluation²⁸⁰⁷ peut surprendre. Par exemple, la Commission européenne s'est essentiellement appuyée sur une consultation d'une durée de 3 mois, débutée le 18 juin 2013, au terme de laquelle la Commission n'a recueilli que seize contributions²⁸⁰⁸, toutes issues de représentants des industries réglementées (associations d'entreprises du secteur ou des opérateurs régulés)²⁸⁰⁹. Pour ces raisons, les recherches qui se sont penchées sur la pertinence des évaluations actuellement menées par la Commission estiment que celles-ci ne constituent pas un gage de reddition des comptes pour les agences évaluées²⁸¹⁰.

²⁸⁰⁴ Art. 34, § 3 du règlement 713/2009.

²⁸⁰⁵ Art. 81, § 1 des règlements instituant les AES.

²⁸⁰⁶ Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil de l'UE et de la Commission européenne du 12 juin 2012 sur les agences décentralisées, op. cit., p. 13 : « L'acte fondateur de chaque agence devrait prévoir une évaluation globale à intervalles réguliers, à réaliser à la demande de la Commission. La première évaluation devrait avoir lieu cinq ans après le démarrage de la phase opérationnelle de l'agence concernée. Les évaluations ultérieures devraient avoir lieu tous les cinq ans, et lors d'une évaluation sur deux, la clause de limitation dans le temps/de réexamen devrait être appliquée ».

²⁸⁰⁷ Au mieux, la Commission invite l'ACRE à « inclure des indicateurs clés de performance dans son rapport annuel d'activité et à établir un programme pluriannuel ». Voir : Commission européenne, Evaluation de la Commission du 22 janvier 2014, C(2014) 242 final, op. cit., p. 10.

²⁸⁰⁸ Les consultations sont disponibles sur : <http://ec.europa.eu/energy/en/consultations/consultation-agency-cooperation-energy-regulators-acer>.

²⁸⁰⁹ Les contributeurs étaient : International Association of Oil and Gas Producers (OGP), Gas Infrastructure Europe (GIE), Friends of the Supergrid (FOSG), ENTSO E, Oesterreichs Energie, AXPO Holding AG, Enagas, CEZ Group, E.ON, European Federation of Energy Traders (EFET), GDF-SUEZ, EDF, EURELECTRIC, EUROGAS, IFIEC. Le dernier contributeur, resté anonyme, se définit toutefois comme un représentant des industries.

²⁸¹⁰ M. SCHOLTEN, The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience, op. cit., p. 104 : « poor quality of reports and evaluations, which may not serve the needs of accountability » ; Etude Ramboll, Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009, Synthesis and prospects, Final Report Vol. 1, op. cit., p. 26 : « the bulk of evaluation efforts applies to periodic agency evaluations which fall short on concluding on results and impacts, and therefore add little value in terms of accountability ».

B. Quelques pistes pour une reddition des comptes ex post effective

Les évaluations menées par les parlementaires ne peuvent être efficaces que si elles sont menées au regard des objectifs et des résultats de l'ARN (1). Pour ce faire, le rapport annuel doit contenir des indicateurs de l'activité de l'ARN (2), à propos desquels les parlementaires doivent pouvoir débattre et auditionner les membres de l'autorité (3).

1. Le contenu du rapport annuel en lien avec les objectifs de l'autorité

Dans le cadre de la reddition des comptes, plusieurs conditions doivent être réunies pour permettre au législateur d'évaluer de manière fiable et crédible l'action des ARN. Certaines sont remplies aisément, comme l'annualité de l'évaluation, lors de la transmission du rapport annuel, alors que d'autres sont moins simples à mettre en œuvre. Il semble par exemple que la condition la plus importante à remplir touche au contenu du rapport annuel. En effet, l'évaluation menée annuellement par les parlements nationaux doit l'être au regard des engagements et des objectifs qui pèsent sur l'ARN.

Toutes les législations nationales ne prévoient toutefois pas quel doit être le contenu des rapports annuels de leurs ARN. Par exemple, la loi du 28 Février 2013 fixant les règles relatives à la création de l'Autorité de la consommation et des marchés (ACM) néerlandaise prévoit simplement que le rapport annuel « contient une description générale de l'évolution du marché dans le secteur postal et du secteur des télécommunications »²⁸¹¹. Au Portugal, l'ANACOM doit pour sa part transmettre un « compte-rendu de son action de surveillance dans un rapport annuel complet »²⁸¹². Quant au rapport du régulateur des marchés financiers autrichien (la FMA), il doit simplement « inclure en particulier un aperçu des activités de surveillance et de l'état des finances de l'autorité »²⁸¹³. On peut cependant se réjouir que plusieurs Etats ont prévu, avec plus ou moins de précision, quel devait être le contenu des rapports annuels. C'est le cas en France, où le rapport annuel de l'AMF doit par exemple présenter « en particulier, les évolutions du cadre réglementaire de l'Union européenne applicable aux marchés financiers et dresse le bilan de la coopération avec les autorités de

²⁸¹¹ Art. 6 de la Loi du 28 février 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt

²⁸¹² Art. 34 h) du Décret-loi n° 39/2015 du 16 mars 2015.

²⁸¹³ Art. 16, al.3 du Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz.

régulation de l'Union européenne et des autres Etats membres »²⁸¹⁴, ou en Italie, ou celui de l'AGCOM « contient notamment les informations et les comptes-rendus relatifs à ses domaines de compétence, et notamment en matière de développement technologique, de ressource et de financement, de diffusion efficace des données et de la pluralité d'opinions dans le système d'information »²⁸¹⁵. Dans son rapport annuel, l'ARCEP « précise les mesures propres à assurer aux utilisateurs finals handicapés un accès aux réseaux et aux services de communications électroniques équivalent à celui dont bénéficient les autres utilisateurs qui ont été mises en œuvre et l'évolution des tarifs de détail applicables aux services inclus dans le service universel prévu à l'article L. 35-1. Elle y dresse une analyse des principales décisions prises par les autorités de régulation des communications électroniques et des postes dans les Etats membres de l'Union européenne au cours de l'année écoulée, en vue de permettre l'établissement d'une comparaison des différents types de contrôles exercés et de leurs effets sur les marchés »²⁸¹⁶. Pour la CRE, il est imposé que le rapport public soit encore plus précis puisque celui-ci « rend compte de son activité et de l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique et à la surveillance des marchés de détail et de gros, à l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, aux ouvrages de transport et de distribution de gaz naturel et aux installations de gaz naturel liquéfié ainsi qu'à leur utilisation. Ce rapport évalue les effets de ses décisions sur le développement de la concurrence, sur la situation des consommateurs résidentiels, professionnels et industriels, sur les conditions d'accès à ces réseaux, ouvrages et installations et sur l'exécution des missions du service public de l'électricité et du gaz naturel »²⁸¹⁷.

Ces précisions semblent aujourd'hui nécessaires pour qu'un véritable contrôle des régulateurs puisse avoir lieu mais ne semblent cependant pas suffisantes. En effet, pour contrôler efficacement les régulateurs, il importe de suivre l'évolution de l'activité des régulateurs au regard des objectifs affichés dans le programme de travail. Et c'est seulement lorsqu'un tel suivi est possible que les parlementaires peuvent juger de l'activité des ARN. Au Royaume-Uni par exemple, le rapport annuel de la Financial Conduct Authority (FCA) doit porter « sur l'exercice de ses fonctions et doit évaluer l'avancée de ses objectifs opérationnels

²⁸¹⁴ Art. L. 621-19 du CMF.

²⁸¹⁵ Art. 6 c) 12) de la Loi n°249 du 31 juillet 1997.

²⁸¹⁶ Art. L 135 du CPCE.

²⁸¹⁷ Art. 32 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité telle que modifiée en 2010.

et la compatibilité de son action avec ses objectifs stratégiques »²⁸¹⁸. Il importe ici que le rapport annuel soit un élément de suivi de l'activité de l'ARN au regard des objectifs affichés au début de l'année. En Espagne, la loi 3/2013 prévoit également que le rapport annuel d'activités transmis au Congrès et au Ministre compétent inclut « les résultats obtenus au regard des objectifs affichés »²⁸¹⁹. En France aussi, l'ARCEP procède depuis 2015 à un suivi similaire avec le coup d'envoi de sa revue stratégique le 25 juin 2015²⁸²⁰. Le 19 janvier 2016, l'autorité de régulation française a ainsi réalisé un « point sur le programme de travail 2015 »²⁸²¹ qui présente l'état d'avancement de ces travaux six mois après leur lancement. Il est donc important de lier systématiquement le contenu du rapport annuel avec le programme annuel de travail. Pour ce faire et pour transmettre précisément les résultats de l'action du régulateur, il importe alors d'intégrer dans le rapport annuel des indicateurs d'activités sur lesquels les parlementaires nationaux vont s'appuyer pour vérifier l'efficacité de l'ARN.

2. L'utilisation d'indicateurs d'activité pour analyser l'efficacité de l'ARN

Comme pour les agences de l'UE, l'évaluation de l'activité des ARN est essentiellement réalisée au regard du rapport d'activités transmis par les régulateurs aux parlementaires nationaux. Ce rapport annuel se double parfois de rapports de performance, notamment budgétaires. C'est le cas notamment du Royaume-Uni, avec le National Audit Office (NAO), organe dépendant du Parlement britannique et chargé par lui d'exercer un contrôle des dépenses publiques des ARN britanniques et de l'utilisation des moyens mis à leur disposition. L'intensité des évaluations, dès lors qu'elles sont annuelles et qu'elles portent sur la réalisation des objectifs prévus en amont, est essentiellement liée au contenu des indicateurs qui rendent compte de l'action de l'autorité. Si on se réfère au contenu des évaluations menées en France, il est possible d'en distinguer trois grands types.

Les premiers sont des indicateurs de moyens et touchent aux moyens budgétaires et humains dont bénéficient les autorités de régulation. Ils permettent surtout aux parlementaires de moduler, lorsqu'ils en ont la possibilité, le budget de l'autorité et ses effectifs. Il s'agit d'indicateurs intéressant à titre de comparaison, notamment entre autorités régulant des

²⁸¹⁸ Financial services Act 2012, Annexe 3, IZA, § 11.

²⁸¹⁹ Art. 37, §1 d) de la loi 3/2013 du 4 juin 2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

²⁸²⁰ Sur ce point, voir : P. IDOUX, « L'ARCEP pivote », AJDA, 2016, p. 535.

²⁸²¹ Disponible sur : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/point-programme-travail-2015-janv2016.pdf.

secteurs différents, ou pour comparer les autorités d'un Etat à celles d'un autre. Mais ce type d'indicateur est informatif, et il est difficile de tirer des enseignements dans la mesure où ils relèvent de d'information et non de l'évaluation. Les mêmes remarques peuvent d'ailleurs être formulées concernant les indicateurs d'activité. Ceux-ci sont des indicateurs volumétriques qui visent à informer sur l'activité de l'autorité, par exemple nombre de réclamations reçues, nombre de décisions rendues, nombre de sanctions infligées. Mais une autorité peut « gonfler » artificiellement ses statistiques sans que son activité se traduise par une meilleure efficacité, d'autant plus que ces indicateurs ne font pas référence à leur coût. En conséquence, ces deux types d'indicateurs ne sont pas utiles dans la mesure de la performance, ce qui peut paraître surprenant quand on sait que ce sont les plus nombreux dans les rapports annuels des autorités de régulation²⁸²². Il n'est en effet pas utile de savoir si l'autorité a rendu cent sanctions si on ne connaît pas l'effectif mis à sa disposition et le temps imparti pour traiter ces dossiers. Pour cette raison, il est nécessaire pour les autorités de régulation de se doter d'un dispositif d'évaluation s'appuyant sur des indicateurs de performance, qui permettent de mettre en perspective l'activité des régulateurs au regard de leurs moyens et du facteur temps. On peut en distinguer de trois types.

D'abord, la performance d'un régulateur s'évalue à l'aune de la qualité de son activité. Cet indicateur de qualité permet de mesurer le degré de satisfaction du service rendu par l'autorité. Pour cette raison, les indicateurs de performance les plus couramment calculés par les ARN sont ceux relatifs aux délais de prise de décision, d'avis, de recommandation, etc. La qualité des décisions prises par les ARN ou des sanctions qu'elles infligent constitue également un indicateur à surveiller. Pour la mesurer, on peut penser à des indicateurs comme le taux de recours devant les tribunaux, voire le taux de réformation des décisions ou des sanctions par les juridictions. En France, l'ARAFER évalue ainsi l'efficacité et la qualité de ses décisions à travers deux indicateurs intéressants : le respect des délais et le nombre de décisions annulées à la suite d'un recours. Comme le partage l'autorité, le délai moyen de traitement des demandes d'avis est par exemple de 2 mois, et aucune décision de l'ARAFER n'a été annulée en 2014²⁸²³. A côté des indicateurs d'activité et de moyens, l'évaluation de

²⁸²² R. DOSIERE et C. VANNESTE, Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, op. cit. p. 159. Comme le notaient les sénateurs dans leur rapport, si les indicateurs de moyen et d'activité relatifs aux AAI ont quasiment disparu des documents budgétaires, les indicateurs d'activité sont encore – et de loin – les plus fréquents dans les rapports d'activité des autorités.

²⁸²³ Rapport sur les autorités publiques indépendantes, Annexe au projet de Loi de finances pour 2016, p. 54s.

l'AMF s'appuie également sur l'analyse de la qualité de son action²⁸²⁴. Ainsi, la proportion des dossiers menés à terme par la Commission des sanctions donnant lieu à sanction était de 96% en 2014, 81% des médiations ont été traitées en moins de six mois, la part des sociétés de gestion agréées en moins de 75 jours était de 75%, et le délai moyen d'agrément des OPCVM de 13 jours²⁸²⁵.

Ensuite, la performance de l'autorité peut être analysée au regard de l'efficacité de sa gestion. Les indicateurs de performance concernés visent ici à déterminer le coût de traitement d'un dossier, qu'il s'agisse d'une décision, d'une réclamation, d'un avis, d'une procédure de médiation ou de sanction. Ce type d'indicateurs a également pour objectif d'évaluer le nombre d'actes produits par agent et par an. Dans ce cas, l'évaluation ne touche pas à la qualité du service ou des décisions rendus par le régulateur, mais concerne sa rentabilité. Il s'agit donc d'indicateurs purement économiques que les parlementaires mettent en perspective avec le budget de l'autorité. De l'aveu général, ces indicateurs de l'efficacité de gestion sont encore trop rares concernant les autorités de régulation. On en trouve toutefois plusieurs dans le cadre de l'évaluation de l'AMF : le nombre de sociétés cotées par chargé de dossiers pour les opérations et informations financières des sociétés cotées, le nombre de sociétés de gestion par chargé de dossiers pour la gestion de l'épargne, le nombre d'entités régulées par chargé de contrôle sur pièces et sur place pour les intermédiaires et sociétés de gestion, ainsi que le nombre de dossiers de demandes de consultation ou de médiation traités par juriste pour la médiation et la pédagogie envers les investisseurs. Pour les autres autorités de régulation françaises en revanche, ce type d'indicateurs est peu utilisé.

²⁸²⁴ Pour l'AMF, le rapport des députés Dosière et Vanneste de 2010 a répertorié les indicateurs de performance portant sur la qualité du service suivants : taux de dossiers en cours d'instruction en fin de trimestre, taux d'examen approfondi des documents de référence pour les opérations et informations financières des sociétés cotées, pourcentage de sociétés de gestion agréées en moins de 75 jours, délai moyen d'agrément des OPCVM pour la gestion de l'épargne, proportion des entités régulées ayant fait l'objet d'un contrôle sur place au cours de l'année, proportion des entités ayant fait l'objet d'un contrôle sur pièces au cours de l'année, pourcentage de contrôles menés en moins de six mois, pourcentage de cas dans lesquels le délai initial indiqué pour le contrôle a été respecté pour le contrôle des sociétés de gestion et des prestataires de services d'investissement, consultations traitées en moins d'un mois, médiations clôturées en moins de six mois, taux de médiations donnant lieu à l'accord entre les parties pour les relations avec les épargnants, nombre d'alertes de la surveillance des marchés ayant donné lieu à demande de dépouillement auprès d'un intermédiaire, nombre d'enquêtes clôturées, part des enquêtes domestiques clôturées en moins de 12 mois, taux de suite donnée aux enquêtes clôturées pour les enquêtes, proportion de dossiers présentés à la Commission des sanctions donnant lieu à sanction, proportion des procédures devant la Commission des sanctions clôturées en moins de 12 mois.

²⁸²⁵ Rapport sur les autorités publiques indépendantes, Annexe au projet de Loi de finances pour 2016, pp. 43 et s.

Enfin, les indicateurs socioéconomiques permettent de déterminer quel est l'impact de l'activité de l'autorité sur son environnement. Concernant l'ACPR, il peut par exemple s'agir de calculer le taux de faillite des groupes bancaires français. Cette démarche pose toutefois une difficulté car lorsque l'évaluation souhaite s'appuyer sur ces indicateurs, les résultats ne dépendent pas seulement de l'activité de l'autorité mais aussi du contexte économique ou social. Pour l'ARCEP, il peut s'agir d'indicateurs d'équipement du pays (données commerciales et techniques), des délais de construction et de réparation, ou encore de données techniques (types d'équipement, nombre de prises, taux d'équipement très haut débit, etc.). Parmi ces indicateurs socioéconomiques figurent plus rarement certains indicateurs d'efficacité qui constituent pourtant un très bon moyen pour le consommateur de juger de l'action du régulateur²⁸²⁶. Ils sont pourtant primordiaux pour déterminer si l'action de l'autorité de régulation est à la fois utile et efficace.

3. Une véritable reddition des comptes par des auditions systématiques

Si la transmission d'un rapport annuel complet faisant état des résultats de l'ARN constitue un bon moyen de rendre des comptes au Parlement, la tenue d'auditions des commissaires sonne comme une ultime possibilité à la fois de mieux comprendre l'action du régulateur et à la fois de demander des explications, voire des justifications de certaines des décisions prises par l'autorité. Nous avons vu que le plus souvent, les représentants des ARN étaient auditionnés « sur demande » du pouvoir législatif, comme par exemple en France pour les membres de l'ARCEP²⁸²⁷, de la CRE²⁸²⁸ et de l'AMF²⁸²⁹. On peut toutefois être surpris que la législation française ne prévoit pas d'audition systématique en même temps que les ARN transmettent leur rapport d'activité. En effet, les représentants des ARN françaises semblent actuellement auditionnés plus pour faire part de leur expertise, sur des propositions et projets de lois ou en vue de la préparation de rapports ou de résolutions parlementaires, que pour effectivement rendre des comptes²⁸³⁰. Une meilleure reddition des comptes devrait en

²⁸²⁶ Voir infra, p. 599.

²⁸²⁷ Art. L 135 du CPCE.

²⁸²⁸ Art. L 134-14 du code de l'énergie.

²⁸²⁹ Art. L 621-19 du CMF.

²⁸³⁰ ARCEP, *Rapport d'activité 2014*, juin 2015, p. 38.

revanche passer par une audition systématique des membres devant les chambres parlementaires²⁸³¹.

Dans plusieurs Etats membres de l'UE, la législation nationale prévoit ce type d'auditions régulières en vue d'une reddition des comptes devant les parlementaires. C'est par exemple le cas en Belgique pour l'IBPT, où « tous les membres composant le Conseil sont entendus chaque année par la Chambre des représentants dans le mois qui suit la publication du rapport d'activités annuel »²⁸³². En Espagne, l'article 39 de la loi 3/2013 prévoit également que le Président de la CNMC est auditionné au moins une fois par an devant la Commission correspondante du Congrès « pour présenter les grandes lignes de ses activités et de ses plans et priorités pour l'avenir », ajoutant que « les auditions annuelles sont basées sur le rapport annuel d'activité ». Plus originale et néanmoins très intéressante, la procédure prévue dans la loi créant l'autorité de régulation des communications électroniques roumaine (ANCOM) ne se contente pas d'imposer des auditions en vue d'une reddition des comptes. En effet, la loi indique dans un premier temps que les travaux de l'autorité sont analysés par le Parlement, qui examine le rapport annuel de l'année précédente, ainsi que les rapports spécifiques établis à la demande des parlementaires. Surtout, le 30 avril de chaque année, le rapport annuel de l'ARN fait l'objet d'une discussion entre les parlementaires et les représentants de l'ANCOM pour aboutir à une procédure spécifique : à la suite de cette audition et de l'analyse du rapport annuel, les membres de la Commission des Technologies de l'information et de la communication à leur tour rédigent « un rapport parlementaire d'évaluation soumis à débat au Parlement, en présence du président et des vice-présidents de ANCOM ». Une fois ce rapport rédigé, la loi dispose enfin que « l'ANCOM soumet au débat et à l'approbation du parlement un programme de mesures concrètes pour remédier aux défauts potentiels signalés dans le rapport parlementaire »²⁸³³. Certes, il est possible de voir dans cette procédure une atteinte à l'indépendance de l'autorité. Mais elle est instructive car elle permet un véritable échange entre l'ANCOM et les parlementaires, et transforme la reddition des comptes en une étape concrète d'amélioration des pratiques et de l'efficacité de l'autorité.

²⁸³¹ O. DAWN, « Executive Accountability: A Key Concept », in P. KIIVER, S. LOEFFEN et L. VERHEY (dir.), *Political Accountability and European Integration*, Europa Law Publishing, 2009, p. 29.

²⁸³² Art. 24, al. 4 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

²⁸³³ Art. 15 al. 3 de la loi n°113/2010 établissant l'ANCOM.

A défaut d'une légitimité directe devant le peuple, les autorités de régulation ont acquis une « légitimité d'entrée dérivée » par l'instauration de mécanismes de reddition des comptes, permettant au pouvoir législatif de superviser – et non de contrôler – leur action. Il n'en demeure pas moins que l'accountability peine à légitimer à elle seule la délégation de pouvoirs élargis à des autorités indépendantes. D'abord parce que comme son nom l'indique, la reddition des comptes permet au législateur de surveiller et de superviser, mais trop rarement d'influencer l'activité du régulateur. Ensuite parce que les destinataires de la régulation, les entreprises régulées et les consommateurs, n'ont aucun moyen d'intervenir dans ce processus de légitimation. Cet état de fait impose alors de réfléchir à de nouvelles sources de légitimité qui siéent peut-être mieux à la spécificité des régulateurs indépendants, comme la légitimité par la performance ou celle s'appuyant sur la participation du public lors des procédures menées.

Chapitre 2

Les formes alternatives de légitimité comme sources d'une légitimité propre aux autorités de régulation

Le déficit de légitimité des autorités de régulation s'inscrit dans la problématique plus large de l'encadrement des pouvoirs transférés par l'Etat aux « institutions non-majoritaires »²⁸³⁴, c'est à dire aux institutions non élues et non représentatives. Nous venons de voir que parce qu'elles sont indépendantes et exercent des pouvoirs étendus, « les autorités de régulation ne bénéficient pas de la légitimité démocratique dont peuvent faire état les organismes placés sous l'autorité du gouvernement »²⁸³⁵. Malgré les efforts réalisés pour rendre les régulateurs accountable, cette « gouvernance indirecte » a initié une phase de déclin des processus de légitimation classiques rattachés à la démocratie représentative²⁸³⁶.

Dès lors qu'il est admis que les autorités de régulation ne peuvent bénéficier de la même légitimité démocratique que les institutions représentatives nationales, il est naturel de rechercher si les ARI peuvent s'appuyer sur d'autres sources de légitimité²⁸³⁷. Deux options

²⁸³⁴ G. MAJONE, « Non majoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 157, 2001, p. 57 ; M. THATCHER and A. STONE SWEET, *Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions*, West European Politics, op. cit., p. 2 ; F. VIBERT, *The rise of the unelected: democracy and the new separation of powers*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

²⁸³⁵ M. COLLET, « De la consécration à la légitimation. Observation sur l'appréhension par le juge », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulation économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Science Po et Dalloz, 2004, p. 53.

²⁸³⁶ Ces bouleversements ont été très largement discuté, notamment en Scandinavie, où plusieurs études ont été menées à la fin des années 1990 afin d'évaluer quelle perception avaient les citoyens de la démocratie. Voir : P. SELLE and Ø. ØSTERUD, « The eroding of representative democracy in Norway », *JEPP*, Vol. 13, Iss. 4, 2006, p. 551 ; J. GOUL ANDERSEN, « Political power and democracy in Denmark : decline of democracy or change in democracy? », *JEPP*, Vol 13, Iss. 4, 2006, p. 569 ; E. AMNA, « Playing with fire? Swedish mobilization for participatory democracy », *JEPP*, Vol. 13, Iss. 4, 2006, p. 587.

²⁸³⁷ M. MAGGETTI, « Legitimacy and accountability of independent regulatory agencies. A critical review », op. cit., p. 2 : « IRAs must rely on other external sources of legitimacy ».

peuvent alors être retenues. La première de ces nouvelles sources de légitimité s'appuie sur le fait que les ARN sont à la fois plus efficaces et plus crédibles dans leurs domaines de compétences que ne le sont les institutions politiques démocratiquement élues. C'est parce que leur pratique et les résultats obtenus sont bons aux yeux des parties prenantes (stakeholders)²⁸³⁸ que les autorités de régulation seraient légitimes à exercer de tels pouvoirs. Il s'agit de la légitimité de performance (ou légitimité de sortie : output legitimacy) (Section 1). La seconde soutient que pour légitimer les ARI, il est nécessaire à la fois que les procédures décisionnelles des régulateurs soient transparentes et s'ouvrent au « public », en permettant aux acteurs des secteurs concernés de participer directement à la prise de décision. Il s'agit d'une légitimité dite « de participation » (throughput legitimacy) (Section 2).

Section 1. La recherche de la performance des autorités de régulation : la légitimité de sortie

Section 2. L'intervention directe des parties prenantes dans l'activité de l'autorité de régulation : la légitimité de participation

Section 1. La recherche de la performance des autorités de régulation : la légitimité de sortie

Même si l'accountability permet de combler pour partie le déficit de légitimité démocratique des autorités de régulation indépendantes, l'idée est ici d'ouvrir le processus de légitimation à d'autres conceptions de la légitimité. Pour les Professeurs Oliver Gerstenberg et Charles Sabel, les changements initiés par la régulation doivent ainsi être appréciés à travers une redéfinition des idéaux démocratiques²⁸³⁹. Le raisonnement est le suivant. D'un côté, l'Etat est le seul légitime pour mener les politiques de redistribution, directement liées à des choix politiques. Ces politiques doivent être prises par les représentants élus ou par les administrateurs directement responsables devant les élus, car le concept de démocratie est identifié à travers le principe de la majorité. La politique de redistribution nécessite pour cette

²⁸³⁸ La formule de « partie prenante » revêt plusieurs significations. En matière de régulation, les parties prenantes sont les individus et groupes d'individus qui peuvent affecter ou être affectés par l'activité des autorités de régulation, c'est-à-dire les entreprises régulées, mais aussi les utilisateurs, usagers, consommateurs ainsi que les pouvoirs publics.

²⁸³⁹ O. GERSTENBERG and C.F. SABEL, « Directly-Deliberative Polyarchy, An Institutional Ideal for Europe ? », in C. JOERGES and R. DEHOUSSE (dir.), *Good governance in Europe's integrated market*, Oxford University Press, 2002, p. 292: « as creating the occasion for a radical re-definition of our democratic and constitutional ideals, rather than as signs of a democratic declension ».

raison l'assentiment démocratique, elle s'appuie donc sur une légitimité d'entrée. En revanche, et même si elles ont parfois un impact en matière de distribution, nous avons vu que les politiques de régulation, pour des questions d'efficacité et de crédibilité, doivent être menées par des autorités indépendantes du pouvoir politique. Ce type de politique doit alors s'appuyer sur une démocratie « non majoritaire »²⁸⁴⁰ et doit emprunter un autre canal de légitimité. Souvent, la légitimité d'une autorité de régulation est remise en cause parce que son activité ne fait l'objet d'aucune validation d'origine démocratique. Le problème de ce raisonnement est qu'il considère la légitimité des autorités de régulation de manière univoque – car il envisage uniquement la légitimité démocratique – et statique – car il ne prend pas en compte les interactions entre les différentes sources possibles de légitimité. La régulation ne répondant pas à un objectif de distribution, elle doit s'appuyer sur la recherche de la performance, et c'est sur son efficacité et sa performance que le régulateur doit asseoir sa légitimité (I). Il est dès lors possible d'identifier une catégorie de décisions axées sur l'efficacité, prises par des institutions indépendantes et s'appuyant sur quelques indicateurs permettant aux parties prenantes (stakeholders) – et non plus au pouvoir politique – de légitimer l'action de l'autorité de régulation par ses résultats (II).

I. La recherche de la performance, vecteur de légitimité de la régulation

Recourir à la légitimité de sortie afin de légitimer l'action des autorités de régulation impose d'aborder la question de la légitimité à la confluence des points de vue du juriste et de l'économiste, pour finalement s'inspirer largement de la doctrine anglo-saxonne. Une fois admis que la légitimité de performance peut contribuer à légitimer l'action des régulateurs (A), encore faut-il déterminer comment l'évaluer correctement (B).

A. La justification du recours à la légitimité de performance

L'intérêt de recourir à la légitimité de sortie peut s'expliquer tant par l'insuffisance de l'accountability à légitimer les ARI (1) que parce qu'elle se positionne comme un complément à l'indépendance du régulateur et non comme une contrepartie (2).

²⁸⁴⁰ G. MAJONE, « The regulatory state and its legitimacy problems », op. cit., p. 13.

1. L'insuffisance de l'accountability pour légitimer l'action des autorités de régulation

Même si légitimité d'entrée et légitimité de sortie doivent se cumuler, faire le choix d'accorder plus de place à la légitimité de sortie est avant tout un moyen de s'interroger sur la place que peut prétendre avoir la légitimité d'entrée dans la régulation. Pour certains auteurs, le compromis entre légitimité d'entrée et légitimité de sortie doit ainsi se faire au détriment de la première et au bénéfice de la seconde²⁸⁴¹, car il semble en définitive naïf de croire que la légitimité par les inputs est suffisamment forte pour légitimer à elle seule l'action des autorités de régulation. Plutôt que de s'appuyer sur l'appréciation par le politique, la légitimité des autorités de régulation doit avant tout s'appuyer sur la compétence aux yeux des parties intéressées²⁸⁴². Pour Scharpf, la légitimité démocratique serait même un « concept vide » (« empty ritual ») si la procédure démocratique n'a pas été en mesure de produire des résultats efficaces au regard des attentes des citoyens (« achieving the goals that citizens collectively care about »)²⁸⁴³. Il faut donc accepter le recours à d'autres sources de légitimité car « la régulation [traduirait] l'idée que l'usage d'un pouvoir est légitime si la fin pour laquelle on l'a conféré est atteinte »²⁸⁴⁴.

En conséquence, le défaut de légitimité démocratique peut être compensé par une évaluation positive des résultats des régulateurs par les parties prenantes²⁸⁴⁵. Cet argument n'est pas dénué de sens car « les autorités de régulation sont coupées de la chaîne de légitimation démocratique précisément dans le but d'obtenir de meilleurs résultats »²⁸⁴⁶. Comme le notait Marie-Anne Frison-Roche dans une revue non juridique il y a déjà quelques années, « la démocratie n'a plus place dans la régulation » dans la mesure où « la représentation du peuple par le pouvoir parlementaire n'a plus guère prise, et où les autorités de régulation ne sont pas responsables devant celui-ci »²⁸⁴⁷. Pour cette raison, la perspective

²⁸⁴¹ BOEDELTE and J. CORNIPS, Input and output legitimacy in interactive governance, NIG Annual Work Conference 2004 Rotterdam, Working paper n°NIG2-01. p. 2 : « a trade-off must be made in which the principle of competence dominates at the expense of the criterion of fairness ».

²⁸⁴² Ibid., p. 1 : « it is a rather naive ideal to strive for participative processes that completely live up to the principle of fairness. Therefore new forms of citizen participation should primarily focus on the criterion of competence. In this way citizen involvement may indeed contribute to achieve legitimacy on the output side ».

²⁸⁴³ F.W. SCHARPF, « Economic integration, democracy and the welfare state », JEPP, Vol. 4, n°1, 1997, p. 19.

²⁸⁴⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « La victoire du citoyen-client », Sociétal, n°30, 4e trimestre, 2000, p. 54.

²⁸⁴⁵ F.W. SCHARPF, Gouverner l'Europe, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, p. 20.

²⁸⁴⁶ M. MAGGETTI, Legitimacy and accountability of independent regulatory agencies. A critical review, op. cit., p. 3. Traduction libre de « regulatory agencies are cut off from the chain of democratic delegation precisely for the purpose of obtaining "better" results ».

²⁸⁴⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, La victoire du citoyen-client, op.cit, p. 54.

classique de la légitimité par la source peut difficilement s'appliquer à la régulation. Cette position est toutefois contestée dans les systèmes de droit continental, comme en France et en Allemagne, dans lesquels la légitimité par la source reste la seule susceptible de légitimer l'action des régulateurs. Elle est en revanche admise et encouragée par le droit de Common Law et les doctrines anglo-saxonne et scandinave, qui voient dans cette légitimité de sortie la raison d'être des autorités de régulation.

Accepter de recourir à une légitimation de sortie permettrait par ailleurs de s'affranchir des difficultés nées du conflit opposant d'un côté l'indépendance des autorités de régulation et de l'autre leur légitimité démocratique. Ici, la légitimité de sortie ne se conçoit plus comme une contrepartie mais comme un complément de l'indépendance.

2. La légitimité de performance *comme complément à l'indépendance des régulateurs*

Même si l'accountability doit se renforcer en même temps que l'indépendance des régulateurs s'accroît, elle constitue avant tout une contrepartie à l'indépendance. Comme le souligne Stéphane Braconnier, la conception française de la légitimité s'éloigne de la conception anglo-saxonne en se conformant à une conception traditionnelle du service public et de l'intérêt général, dans laquelle seules les institutions représentatives disposent d'une légitimité démocratique²⁸⁴⁸. En conséquence, plus l'indépendance d'une institution à l'égard des représentants du peuple est prononcée, plus son déficit démocratique est frappant et plus l'accountability doit être élevée²⁸⁴⁹. Nous avons vu que ce point de vue est particulièrement défendu en Allemagne où la légitimité par la source rend difficilement concevable qu'une autorité de régulation puisse bénéficier d'une telle indépendance à l'égard des pouvoirs politiques dès lors qu'elle ne tire aucunement sa légitimité du suffrage.

Il est toutefois possible de légitimer l'action des autorités de régulation sur d'autres fondements²⁸⁵⁰. En raison de leurs objectifs multiples, de la complexité technique de leurs tâches et des asymétries d'information, on peut en effet douter que les ARI puissent être

²⁸⁴⁸ S. BRACONNIER, « La régulation des services publics », op. cit., p. 51.

²⁸⁴⁹ J. BIELA, What deficit? Legitimacy and Accountability of Regulatory Agencies, op. cit., p. 4 : « in cases of strongly pronounced independence, the democratic deficit of such institutions is most striking ».

²⁸⁵⁰ Ibid., p. 2 : « increasing importance [of regulatory agencies] is in conflict with the restricted democratic control due to their independence, representing a challenge for their legitimacy ». Pour l'auteur, ce défi est relevé par la légitimité de sortie.

efficacement contrôlées par les institutions politiques représentatives²⁸⁵¹. Contrairement à la légitimité d'entrée qui est parfois analysée comme une contrepartie à l'indépendance offerte aux autorités de régulation, la question se pose différemment à l'égard de la légitimité de sortie. En abordant l'action de l'autorité de régulation sous l'angle de la performance, la décision d'un régulateur est d'autant plus légitime du point de vue de la légitimité de sortie que ce même régulateur est en réalité indépendant de toute contingence politique²⁸⁵². Dans la recherche de l'efficacité, l'indépendance dans la prise de décision et la légitimité sont complémentaires plutôt que ne s'opposent.

Cette question de la relation entre l'indépendance et la légitimité a d'ailleurs fait l'objet de nombreuses réflexions à propos du statut des banques centrales dans les pays membres de l'UE. Nous ne sommes pas sans savoir que la Banque centrale européenne fait de longue date l'objet de critiques répétées quant à son déficit démocratique²⁸⁵³. Cette critique adressée à la BCE s'explique par le fait que son action n'est pas légitimée par un consentement démocratique, dans la mesure où la détermination de ses actions ne passe pas par les urnes²⁸⁵⁴. Les études menées sur l'indépendance de la banque centrale européenne montrent ainsi que la recherche de légitimité ne s'oppose pas à son indépendance, mais qu'en revanche elle devrait améliorer la performance du régulateur en constituant un complément nécessaire à cette indépendance²⁸⁵⁵. C'est également ce que prétendent les Professeurs Fabian Amtenbrink et Rosa Lastra, pour qui dans le cadre des banques centrales la relation entre l'indépendance et la légitimité « est beaucoup plus complexe qu'un simple compromis »

²⁸⁵¹ Voir : A. SKORKJÆR BINDERKRANTZ and J. GRØNNEGAARD CHRISTENSEN, « Delegation without Agency Loss? The Use of Performance Contracts in Danish Central Government », *Governance*, Vol. 22, Iss. 2, April 2009, p. 263.

²⁸⁵² O. GERSTENBERG et C.F. SABEL, *Directly-Deliberative Polyarchy, An Institutional Ideal for Europe ?*, op. cit., p. 293 : « a precondition of the accountability of decisionmaking in the realm of efficiency-oriented standards is that they be taken in greatest possible insulation from the pressures and distortions stemming from the world of strategic/distributive politics ».

²⁸⁵³ Voir notamment : P. LEINO, *The European Central Bank and Legitimacy. Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy?*, op. cit.

²⁸⁵⁴ F. LARCHEVÊQUE et J.-P. TESTENOIRE, « Les enjeux de l'indépendance des Banques centrales », *Economie et Management*, n° 114, 2005, p. 45.

²⁸⁵⁵ C. BRIAULT, A.G. HALDANE and M.A. KING, *Independence and Accountability*, Paper presented at Seventh International Conference of the Institute for Monetary and Economic Studies, Tokyo, 26-27 October 1995 ; M. QUINTYN, S. RAMIREZ and W. TAYLOR, *The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors*, IMF Working Paper 07/25, 2007 ; G. DIANA, *Transparence, responsabilité et légitimité de la Banque Centrale Européenne*, *Bulletin de l'Observatoire des politiques économiques en Europe*, 2008, Iss. 4, op. cit ; B. LAURENS, J.-F. SEGALOTTO and M. ARNONE, *Central Bank Independence, Accountability, and Transparency-A Global Perspective*, International Monetary Fund, 2009.

puisque « elles peuvent en fait se compléter mutuellement »²⁸⁵⁶. La légitimité d'entrée étant impossible à construire, seule une légitimité de sortie peut justifier l'activité de la BCE²⁸⁵⁷. En définitive, qu'il s'agisse de la politique monétaire ou plus récemment de sa mission de supervision des banques, « s'appuyer sur la légitimité de performance peut aider à renforcer l'indépendance des agences de régulation ». En d'autres termes, il ne faut plus penser la légitimité – d'entrée – comme une contrepartie à l'indépendance, mais plutôt penser la légitimité – de sortie – comme un complément à celle-ci²⁸⁵⁸.

B. L'hypothèse de l'évaluation de la légitimité de sortie des autorités de régulation

Evaluer la légitimité de sortie d'un régulateur n'est pas aisé. Outre l'inconvénient théorique selon lequel il n'est pas sûr que le déficit de légitimité d'entrée puisse être parfaitement compensé par de meilleurs résultats aux yeux des parties prenantes²⁸⁵⁹, il existe un inconvénient majeur d'ordre empirique qui limite la portée actuelle de l'output legitimacy. Après quarante années d'évaluation de l'impact de la régulation aux Etats-Unis et près de deux décennies de régulation européenne, rien n'indique en effet quelle est l'efficacité de la régulation, notamment parce que son évaluation pose des difficultés méthodologiques importantes (1). Plusieurs éléments permettent toutefois de penser qu'il est possible pour les acteurs de la régulation d'évaluer concrètement la légitimité de sortie des autorités de régulation (2).

²⁸⁵⁶ F. AMTENBRINK and R.M. LASTRA, « Securing Democratic Accountability of Financial Regulatory Agencies – A Theoretical Framework », in R. V. DE MULDER (dir.), *Mitigating Risk in the Context of safety and security. How Relevant is a Rational Approach?*, Rotterdam, Erasmus School of Law & Research School for Safety and Security, 2008, p. 121.

²⁸⁵⁷ P. BRENTFORD, « Constitutional Aspects of the Independence of the European Central Bank », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, Iss. 1, 1998, p 110 : « the Bank lack social legitimacy and may *exacerbate the democracy deficit when we consider the input side of democracy [...]. However, on the output side of democracy the effectiveness of the Bank in achieving the goals of monetary policy may provide democratic self-determination* ».

²⁸⁵⁸ M. QUINTYN, S. RAMIREZ and W. TAYLOR, *The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors*, op. cit., p. 11 : « independence and accountability are complementary ». Voir également : M. SCHOLTEN, « Democratic Input Legitimacy of IRAs: Proposing an Assessment Framework », *Utrecht Law Review*, Vol. 11, Iss. 2, June 2015, p. 64 : « Independence is assumed to help ensure the output legitimacy of IRAs. IRAs are created because of the need for credibility and to show commitment ».

²⁸⁵⁹ M. MAGGETTI, *Legitimacy and accountability of independent regulatory agencies. A critical review*, op. cit., p. 8.

1. Les difficultés méthodologiques de l'évaluation de la légitimité de sortie

Alors même que certaines études menées sur les performances des autorités de régulation se sont révélées utiles pour les pays qui en faisaient l'objet²⁸⁶⁰, il existe assez peu de recherches portant sur cette problématique de manière globale²⁸⁶¹, et celles qui furent menées ont pour la plupart conduit à des résultats mitigés et peu concluants.

En premier lieu, il est difficile d'évaluer l'impact des autorités de régulation car pour mener une telle évaluation, il convient de définir les objectifs visés par l'autorité de régulation. En définissant l'efficacité comme la capacité d'une mesure à atteindre les objectifs visés, nous recherchons une situation idéale composée d'objectifs clairs, univoques, précis, mesurables aisément, opérationnels, précisément déterminés, stables, certains, convergents et non contradictoires²⁸⁶². Or, de telles conditions sont rarement réunies en pratique, et, pire, rien n'indique qu'un accord sur les objectifs à atteindre puisse être trouvé. De manière empirique, l'analyse de l'action – positive ou négative – de l'autorité de régulation est liée aux interprétations subjectives des différents acteurs concernés par la régulation, c'est à dire des décideurs politiques, des experts, des entreprises des secteurs régulés et des usagers et consommateurs. Cette analyse diffère aussi substantiellement d'un Etat à l'autre, les objectifs de la régulation pouvant diverger entre les pays de droit civil et ceux de common law. En France par exemple, « on ne peut pas réduire la régulation aux champs concurrentiels, à des objectifs économiques, meilleur prix/meilleur service. On doit concilier le champ de la qualité du service avec d'autres champs qui sont généralement appelés "champs de la solidarité" »²⁸⁶³. Ce point de vue largement partagé par la doctrine explique que contrairement au Royaume-Uni, la mesure de la performance des autorités de régulation en France est

²⁸⁶⁰ Voir notamment : pour la Suède, K.H. BRUNSSON, « Management or Politics-or Both? How Management by Objectives May be Managed: A Swedish Example », *Financial Accountability and Management*, Vol. 18, 2002, p. 189 ; pour le Japon, K. YANAMOTO, « Performance of semi-autonomous public bodies: linkage between autonomy and performance in Japanese agencies », *Public Administration and Development*, Vol. 26, 2006, p. 35 ; pour le Royaume-Uni, C. TALBOT, *Executive Agencies: Have They Improved Management in Government?*, *Public Money & Management*, Vol. 24, n°2, 2004, p. 104.

²⁸⁶¹ Voir pour une approche globale : J. PIERRE, A. RØISELAND and A. GUSTAVSEN, *Legitimacy by performance in democratic systems? Preparing for empirical analysis*, Paper prepared for Nordisk Kommuneforskerkonferanse 2011, 24-25 November 2011, Gothenburg, Sweden

²⁸⁶² A. FLÜCKIGER, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, p. 108.

²⁸⁶³ L. SCHMIDT, « Les outils techniques disponibles, les choix et les combinaisons », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulation économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Science Po et Dalloz, 2004, p. 103.

complexe car la recherche de cette performance n'est pas encore ancrée dans notre culture²⁸⁶⁴. Il existe en conséquence plusieurs obstacles pour parvenir à un consensus sur les objectifs de la régulation. Deuxièmement, et à supposer qu'une série d'objectifs soient définie, une autre difficulté demeure, celle de déterminer quels indicateurs appropriés vont être utilisés pour évaluer l'action des autorités de régulation – c'est à dire la méthode d'évaluation – car il est complexe de trouver un accord général sur la mesure de l'efficacité de la régulation. Enfin, en troisième lieu, même si nous pouvons en toute confiance définir les objectifs et déterminer les indicateurs appropriés pour mesurer l'efficacité de la régulation, il n'est pas simple de vérifier de façon convaincante le lien de causalité entre les choix opérés par les régulateurs et les résultats obtenus pour les acteurs concernés.

Pour autant, il semble possible de tracer les grandes lignes d'une évaluation de la légitimité de sortie des autorités de régulation. Même si la culture de la performance et du résultat n'a pas encore atteint toutes les ARN, il n'y a toutefois pas lieu de craindre une évaluation de la régulation, car il s'agit d'« une pratique normale, justifiée et nécessaire (...) [qui] ne mérite ni un excès d'honneur, ni l'inquiétude qu'elle pourrait susciter »²⁸⁶⁵.

2. L'évaluation de l'action des régulateurs par les acteurs de la régulation

S'il est difficile de déterminer quel pourrait être l'objectif de la régulation, à tout le moins il est permis d'imaginer une série d'objectifs à atteindre. De manière globale, nous avons vu que la régulation vise « à réaliser certains équilibres entre concurrence et d'autres impératifs d'intérêt général »²⁸⁶⁶, à concilier l'intérêt général et le marché²⁸⁶⁷. La poursuite de résultats au regard des objectifs de la régulation présente donc une sorte de contradiction

²⁸⁶⁴ La conception française de la légitimité reste aujourd'hui encore éloignée de celle de la légitimité de sortie. Déjà en 2005, Martine Lombard relevait que « la théorie économique de l'output legitimacy, de l'efficacité comme principe de légitimité, a parfois trouvé un écho en France » avant de noter qu'elle était très largement minoritaire et peu exploitée ; M. LOMBARD, *Institutions de régulation économique et démocratie politique*, op. cit., p. 538. Comme le notait en 2004 Lucile Schmid, en France, « cette culture de la performance doit encore être améliorée, enrichie, [et] définie » ; L. SCMIDT, *ibid.*

²⁸⁶⁵ J.M. HUBERT, « Le bon usage des résultats de l'évaluation », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, op. cit., p. 106.

²⁸⁶⁶ M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », op. cit., p. 531.

²⁸⁶⁷ R. KOVAR et D. SIMON, *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Actes du colloque de Strasbourg des 17, 18 et 19 octobre 1996, Travaux de la CEDECE, La Documentation Française, 1998.

interne. Préserver un équilibre entre différents intérêts parfois antagonistes, tel est l'objectif des autorités de régulation²⁸⁶⁸.

Le plus souvent, les différentes lois portant sur la régulation fixent précisément les objectifs poursuivis par le régulateur. La loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996²⁸⁶⁹ se réfère ainsi à plusieurs objectifs parmi lesquels la concurrence, le service universel, la protection du consommateur ou encore l'emploi et l'aménagement du territoire. Or ces intérêts sont intimement liés aux décisions politiques et aux contingences économiques²⁸⁷⁰. Décisions politiques d'abord, car pour les réseaux d'utilité publique, l'ouverture à la concurrence des secteurs d'utilité publique et la disparition des monopoles nationaux est une décision politique, comme celle de conserver tel ou tel service universel, et d'aménager le territoire en fonction. Contingences économiques ensuite, car l'ouverture à la concurrence vise à la fois à permettre à de nouveaux acteurs économiques d'entrer sur les marchés mais aussi à protéger les « usagers-clients »²⁸⁷¹ en leur garantissant un service de qualité et à un prix abordable²⁸⁷². En conséquence, la légitimité de sortie des autorités de régulation doit prendre la forme d'un double objectif qu'on perçoit facilement dans les services publics en réseaux : les autorités de régulation ne seraient légitimes que si elles contribuent utilement à l'ouverture à la concurrence des réseaux – on parlera de « légitimité-

²⁸⁶⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « La régulation, objet d'une branche du droit », op. cit., p. 5.

²⁸⁶⁹ Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, JORF du 27 juillet 1996.

²⁸⁷⁰ C. GOETHALS et A. DRUMAUX, « Qui profite de l'ouverture à la concurrence des monopoles publics ? », Politique et management public, Vol. 24, n°24-3, 2006, p. 33.

²⁸⁷¹ Les notions mutantes d'« usager-client », de « citoyen-client » et d'« usager-consommateur » illustrent bien les évolutions du service public en Europe, comme le notent certains auteurs. Voir : M.-A. FRISON-ROCHE, « La victoire du citoyen-client », op. cit. ; C. GOETHALS et A. DRUMAUX, « Qui profite de l'ouverture à la concurrence des monopoles publics ? », op. cit. ; B. DE QUATREBARBES, Usagers ou Clients ?, Bulletin des Bibliothèques de France, n° 3, 1999 ; P. STROBEL, « L'usager, le client et le citoyen : quels rôles dans la modernisation du service public ? », Recherches et Prévisions, Vol. 32, 1993, p. 31 ; M. CHAUVIERE, « Que reste-t-il de la ligne jaune entre l'usager et le client ? », Politiques et management public, Vol. 24, n°24-3, 2006, p. 93 ; F. ABALLEA, « Relation de service à l'usager ou relation du service au client ? », Les transformations de l'intervention sociale », Pyramides, n°7, 2003, p. 119 ; S. LIVINGSTON, P. LUND and L. MILLER, « Citizens and consumers: discursive debates during and after the Communications Act 2003 », Media, culture & society, 29 (4), 2007, p. 613.

²⁸⁷² Voir : M. MAEGLI, C. JAAG et M. FINGER, « Coûts de la régulation des industries de réseaux : enseignements du réseau postal », *Revue d'économie industrielle* n°129, 2009, p. 47. Pour les auteurs, « ces critères sont : des prix à la consommation abordables et des services de qualité, ainsi qu'une large accessibilité aux services d'infrastructure concernés ».

utilité » – et si leur action est bénéfique pour les consommateurs²⁸⁷³ – on parlera de « légitimité-bénéfice »²⁸⁷⁴.

Afin de mesurer au mieux la légitimité de sortie, il est possible de recourir à deux méthodes. La première est celle bien connue de l'évaluation d'impact. Elle consiste à étudier les changements causés par une intervention et revient à évaluer le processus de mise en œuvre d'un programme de régulation afin de vérifier que les engagements prévus ont bien été tenus. Ici, l'effet causal de la participation à un dispositif de régulation est défini comme la comparaison entre la situation d'un individu bénéficiaire et ce qu'aurait été sa situation s'il n'avait pas participé au programme. Il s'agit donc de comparer une situation réelle et observée, celle de la partie bénéficiaire, avec une situation virtuelle et inobservée. Pour cette raison, l'évaluation d'impact est difficilement applicable en matière de légitimité de performance. Mais il est possible de comparer une situation actuelle à une situation ancienne, avant que la régulation ne s'installe. C'est ce que tente par exemple de faire une étude intéressante menée en 2011 par le néerlandais Adriaan Schout sur la légitimité de sortie des agences européennes²⁸⁷⁵. L'auteur propose ainsi, pour juger de la plus value qu'elles apportent à la légitimité européenne, de s'appuyer sur les résultats de l'EASA (agence européenne de sécurité aérienne) pour les comparer aux résultats qu'avaient eu à la fois les expériences de comitologie et à la fois les organismes précédant sa création (les Joint Aviation Authorities).

La seconde est une méthode par comparaison de systèmes²⁸⁷⁶. Elle consiste à évaluer l'action des autorités de régulation en les comparant les unes aux autres sur un certain nombre

²⁸⁷³ Le terme de consommateur, plus en phase avec le rapport qu'a le citoyen dans sa relation avec l'ouverture à la concurrence en Europe que ne le sont ceux d'usager ou de client, sera retenu à l'avenir.

²⁸⁷⁴ Par exemple, un rapport de 2000 de l'ART relatif à l'adaptation de la régulation présentait ainsi les prémices d'une évaluation de l'action du régulateur, en cherchant à contrôler les effets de la concurrence sur les capacités de choix des consommateurs et les avantages que ceux-ci pouvaient en tirer. L'étude précisait ainsi que « les pratiques commerciales des opérateurs vis à vis des particuliers, qu'il s'agisse des tarifs, des clauses contractuelles diverses, de l'information des clients, des circuits de distribution, du traitement des litiges, constituent autant d'éléments de différenciation de leurs offres. L'ouverture à la concurrence a conduit à les développer à un rythme qui n'a cessé de s'accélérer. Il s'agit donc de s'assurer qu'elles respectent bien l'objectif recherché qui est d'apporter des bénéfices réels aux consommateurs ». Voir : ART, Les relations des opérateurs de télécommunications avec leurs clients grand public : une étude réalisée par la Sofres pour le compte de l'ART, février 2001.

²⁸⁷⁵ A. SCHOUT, « Framework for assessing the added value of an EU agency », op. cit., p. 363.

²⁸⁷⁶ Pour un bon exemple d'évaluation par comparaison de système, voir : Commission européenne pour l'efficacité de la justice, Rapport sur les Systèmes judiciaires européens : efficacité et qualité de la justice, CEPEJ, 2014. Le rapport met l'accent sur la comparaison des systèmes judiciaires européens. La portée de cette

de critères afin de permettre de voir lesquelles d'entre elles obtiennent les meilleurs résultats. C'est ce que proposent les évaluations européennes qui apprécient la mise en œuvre des grandes directives d'ouverture à la concurrence des réseaux et les services d'intérêt économique général²⁸⁷⁷. Ces évaluations permettent d'interpeller les Etats membres qui ne satisfont pas aux exigences et aux obligations de l'UE et d'apprécier l'efficacité de l'action du régulateur en vérifiant l'obtention des résultats au regard des objectifs initialement fixés²⁸⁷⁸. Les comptes-rendus de ces évaluations étaient intéressants car ils permettaient d'apprécier l'évolution de la régulation de manière spécifique dans chaque pays mais opéraient aussi des comparaisons entre les Etats, par exemple dans le secteur de l'énergie en publiant les différents tarifs d'interconnexions²⁸⁷⁹.

Si ces méthodes rendent une approche globale de l'évaluation de la régulation difficile, au moins ont-elles eu le mérite de montrer que dans certains secteurs, une évaluation est toutefois possible et permettrait de légitimer l'action des régulateurs en fonction de leurs résultats. En fait, quelles que soient les méthodes d'évaluation, la régulation vise « des objectifs forts [qui] s'expriment tous dans des termes essentiellement qualitatifs : promouvoir la concurrence au bénéfice du consommateur »²⁸⁸⁰.

II. La légitimation des autorités de régulation par leurs résultats

Dans les secteurs financiers, la légitimité de sortie peut trouver son expression dans l'atteinte des deux grands objectifs classiquement retenus dans le cadre des modèles Twin Peaks, c'est à dire la protection des consommateurs et la sécurité du marché et des établissements financiers. Dans les secteurs des services publics en réseaux, l'appréciation de l'efficacité de la régulation peut prendre forme autour des objectifs affichés par l'Union européenne lors de leur ouverture à la concurrence. En la matière, se démarquent, d'une part,

comparaison dépasse l'efficacité au sens strict du terme, puisqu'elle s'intéresse tout particulièrement à la qualité de la justice.

²⁸⁷⁷ Commission européenne, Evaluation of the performance of network industries providing services of general economic interest, European Economy n°1, 2007. Voir également l'atelier conjoint de la Commission européenne et du CESE sur l'évaluation des performances des industries de réseau fournissant des services d'intérêt économique général du 10 septembre 2007.

²⁸⁷⁸ J.M. HUBERT, « Le bon usage des résultats de l'évaluation », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Les régulation économiques : légitimité et efficacité, op. cit., p. 109.

²⁸⁷⁹ Commission européenne, Evaluation of the performance of network industries providing services of general economic interest, op. cit., p. 57s.

²⁸⁸⁰ J.M. HUBERT, « Le bon usage des résultats de l'évaluation », op. cit., p. 107.

l'objectif de favoriser l'efficacité économique en abandonnant les monopoles naturels et en libéralisant les marchés, et d'autre part, une série d'objectifs non-économiques qui visent à protéger l'utilisateur-consommateur. Ces différentes dimensions peuvent ainsi constituer de manière crédible les deux principaux objectifs de performance de la régulation financière et des réseaux d'utilité publique : l'effectivité de l'ouverture à la concurrence des marchés, la protection des consommateurs ou usagers²⁸⁸¹.

Ce serait donc sur l'obtention de résultats au regard de ces objectifs que la légitimité de sortie pourrait prendre forme afin de légitimer l'action des autorités de régulation auprès des parties prenantes²⁸⁸². Les récents bouleversements structurels de la régulation financière à l'échelle de l'UE empêchant pour l'heure de tirer des leçons de la capacité de celle-ci à superviser les grands établissements financiers, dans les secteurs des réseaux en revanche, ces deux objectifs de la régulation poursuivis par les autorités de régulation peuvent être mis en avant. D'abord un objectif de libéralisation qui vise à permettre à de nouveaux opérateurs de concurrencer dans les meilleures conditions les anciens monopoles publics. Ensuite un objectif de protection de l'utilisateur-consommateur faisant suite à cette ouverture à la concurrence. Dans le cadre de la légitimité de performance, ce sont alors les parties prenantes qui vont évaluer l'efficacité de la régulation au regard de ces objectifs. Pour les nouveaux opérateurs régulés, la libéralisation des secteurs et leur ouverture à la concurrence constituent les indicateurs de l'efficacité du régulateur, car si la concurrence n'est pas correctement installée, il est impossible d'inciter des opérateurs à entrer dans de bonnes conditions dans ces secteurs où des entreprises monopolistiques sont présentes. Or nous constatons que la plupart des secteurs des services publics en réseaux sont encore insuffisamment ouverts à la concurrence (A). Pour l'utilisateur-consommateur, l'ouverture à la concurrence importe moins. En revanche, il attend de la régulation que dans un environnement libéralisé, celle-ci lui garantisse un certain « bien être », c'est-à-dire des services de qualité à des prix raisonnables. Or sur ce point également, on observe en pratique une très inégale protection du citoyen-consommateur selon les secteurs étudiés (B).

²⁸⁸¹ Voir : G. PFLIEGER, *Consommateur, client, citoyen : l'utilisateur dans les nouvelles régulations des services des réseaux. Les cas de l'eau, de l'électricité et des télécommunications en France*, Thèse dact., Ecole nationale des ponts et chaussées, 2003, pp. 262-289.

²⁸⁸² Les nombreux autres objectifs des autorités de régulation, comme par exemple la protection de l'environnement et le développement des énergies renouvelables dans le secteur de l'énergie sont des objectifs « politiques » et ne peuvent que très difficilement être évalués par les parties prenantes.

A. L'insuffisante ouverture à la concurrence dans la plupart des secteurs des réseaux

Même si la régulation financière vise à maintenir des conditions de concurrence neutres sur le marché²⁸⁸³, c'est dans les services publics en réseaux que les effets de l'ouverture à la concurrence sont les plus visibles. Nous savons que la disparition des monopoles publics et la libéralisation des marchés doivent théoriquement permettre d'accroître la concurrence et de multiplier les opérateurs intervenants sur un secteur économique. Mais il est également important de préciser que le développement effectif de la concurrence dans un secteur libéralisé dépend de multiples facteurs : croissance plus ou moins vive de la demande, possibilité d'abaissement des prix, possibilité de différenciation des produits et services, ampleur des rendements croissants et des coûts fixes, image de l'opérateur historique, etc. A la vérité, l'effectivité de la concurrence ne va pas de soi en pratique, même une fois les monopoles publics disparus. L'état des lieux de l'ouverture à la concurrence (1) montre que celle-ci est encore ineffective dans plusieurs secteurs (2).

1. L'état des lieux de l'ouverture à la concurrence dans les services publics en réseaux

Si certains facteurs peuvent entraîner une concurrence vive dans le secteur des communications électroniques, l'ouverture à la concurrence dans les secteurs des transports, de l'énergie et des postes pose certaines difficultés.

Ce constat a été rappelé récemment par les Professeurs Jacques Pelkmans et Giacomo Luchetta dans une étude détaillée menée par l'Institut Delors courant 2013²⁸⁸⁴. Pour les auteurs, le secteur des eComms est celui qui présente la plus forte réceptivité à tous les déterminants de la concurrence²⁸⁸⁵ : une grande diversification des offres liée aux évolutions technologiques, une structure de marché favorable à l'entrée de nouveaux opérateurs, et un potentiel de baisse des prix élevé. Parmi les différentes technologies de l'information que sont le téléphone fixe, le téléphone mobile et l'accès à internet, il est d'ailleurs intéressant de noter que pour les plus anciennes, considérées comme des « technologies héritées » (la téléphonie fixe essentiellement), le poids des anciens monopoles publics reste fort et plus important que

²⁸⁸³ Voir notamment : art. 17 §6 des règlements instituant les ESA.

²⁸⁸⁴ J. PELKMANS and G. LUCHETTA, *Enjoying a single market for network industries?*, Notre Europe, Jacques Delors Institute, Studies and Reports n°95, February 2013.

²⁸⁸⁵ *Id.*, p. 33.

dans les technologies développées après l'entrée des nouveaux opérateurs du secteur²⁸⁸⁶. Cet état de fait peut interroger sur l'efficacité de l'ouverture à la concurrence dans certains domaines, où les opérateurs historiques conservent une avance sur les nouveaux entrants. Néanmoins, le secteur des communications électroniques présente la particularité de faire coexister les technologies, et les offres triple (voire quadruple) play tendent à minimiser la position dominante des anciens monopoles publics. Ces offres, souvent économiquement avantageuses, poussent en effet le consommateur à privilégier un unique interlocuteur pour leur accès internet, la téléphonie mobile et la téléphonie fixe, souvent au détriment de l'opérateur historique. Le cas français illustre assez bien cette dynamique globale puisque sur le marché du haut et très haut débit, plusieurs opérateurs sont durablement installés (SFR-Numéricable avec 28% de parts de marché, Free avec 22%, et Bouygues avec 8%) alors que l'opérateur historique Orange n'est plus en position de monopole (41%). La situation est la même sur le marché des opérateurs mobiles puisqu'Orange voit ses parts diminuer chaque année (39% en 2015) au profit d'autres opérateurs déjà bien implantés (SFR-Numéricable 30%, Bouygues 15%, Free 15%).

Contrairement au secteur des communications électroniques, les secteurs de l'énergie, des transports et des postes sont en revanche peu sujets à des innovations révolutionnaires récentes et s'appuient à l'inverse sur des « services hérités ».

Dans le secteur de l'énergie, il est possible d'identifier quatre grands types de situations pour lesquelles l'ouverture à la concurrence présente des degrés d'effectivité plus ou moins prononcés. La première situation est celle d'une libéralisation totale ou fortement avancée traduite par une réelle concurrence. C'est le cas au Royaume-Uni, puisque le marché est divisé entre de nombreux producteurs d'électricité qui sont également les principaux fournisseurs²⁸⁸⁷. La seconde est celle d'un secteur ouvert à quelques grandes entreprises qui dominent le marché. C'est le cas de l'Allemagne, où quatre entreprises, dont trois grands opérateurs nationaux, dominent les secteurs de la production et de la fourniture²⁸⁸⁸. La troisième est une situation de transition dans laquelle l'opérateur historique continue de

²⁸⁸⁶ Commission européenne, SEC(2003)1342, SEC(2006)193, SWC(2012)180.

²⁸⁸⁷ International Energy Agency, Energy Policies of IEA Countries - The United Kingdom 2012 Review, 2013, p. 135. Les principaux producteurs et fournisseurs sont EDF Energy, filiale d'EDF : 24 %, E.ON : 12 %, Drax : 11%, et RWE nPower, filiale de RWE : 10%. Trois autres entreprises anglo-saxonnes dépassent les 5% de parts de marché.

²⁸⁸⁸ Il s'agit des groupes allemands E.ON, RWE et EnBW et du suédois Vattenfall.

détenir des parts de marché importantes malgré la concurrence accrue de nouveaux opérateurs. C'est le cas de la Suède, où l'ancien monopole public Vattenfall produit et fournit encore près de 60% de l'électricité dans le pays malgré la présence de E.ON et de Fortum, tous deux à hauteur de 20%²⁸⁸⁹. Enfin, la quatrième est celle d'une ouverture à la concurrence ineffective dans les faits où la libéralisation n'a permis qu'à de très rares opérateurs alternatifs de se développer, alors que l'opérateur historique conserve des parts de marché importantes, voire dans certains Etats membres un quasi monopole de fait. C'est le cas de la France, où EDF reste de loin le premier fournisseur d'électricité national, de l'Italie avec ENEL, ou du Portugal avec Energias de Portugal.

Dans le secteur des transports, des différences importantes existent selon les modes de transport analysés. Le transport ferroviaire présente par exemple trois caractéristiques essentielles qui en font l'un des secteurs des plus délicats à ouvrir à la concurrence²⁸⁹⁰ : une part élevée de coûts fixes irrécupérables, de fortes économies d'échelle et une activité de nature multiforme, puisqu'une même infrastructure ferroviaire relie diverses destinations pour le fret et le transport de passagers²⁸⁹¹. L'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire doit surtout être appréciée différemment selon qu'il s'agisse du fret ou du transport de voyageurs. Une analyse du transport ferroviaire en Europe montre que 50% du transport ferroviaire de marchandises est transfrontalier, alors que le transport de voyageurs est très largement circonscrit au territoire national. Les opérateurs historiques détiennent par ailleurs encore environ 70% des parts de marchés du fret²⁸⁹², et même si des disparités importantes existent²⁸⁹³, quelques opérateurs alternatifs sont installés dans la plupart des Etats membres. A l'inverse, les opérateurs historiques sont en position de monopole sur le transport national de voyageurs, et l'activité du transport ferroviaire international de voyageurs reste encore quasi-exclusivement réalisée via des accords de coopération entre les opérateurs historiques des différents pays européens. En France, les trains Thalys (France-Benelux), Aleo (France-Allemagne), Lyria (France-Suisse) et Elipsos (France-Espagne) sont tous des services

²⁸⁸⁹ Vattenfall, Rapport d'activité 2013, p. 5.

²⁸⁹⁰ A. LAGET-ANNAMAYER, « La loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire : une imparfaite adaptation au cadre européen sous contrainte nationale », DA, n° 12, Décembre 2014, étude 18 ; L. DI PIETRANTONIO and J. PELKMANS, « The economics of EU railway reform », *Journal of Network Industries*, Vol. 5, Iss. 3-4, 2004, p. 295.

²⁸⁹¹ J. PELKMANS and G. LUCHETTA, *Enjoying a single market for network industries?*, op. cit., p. 57.

²⁸⁹² Voir site de l'ARAF, *Le système ferroviaire, Le transport de marchandises*.

²⁸⁹³ En Grande-Bretagne, l'opérateur historique possède moins de 50% des parts de marché du fret, alors qu'en Autriche, moins de 20% du transport de marchandises est réalisé par des opérateurs alternatifs.

exploités par la SNCF et les anciens monopoles publics des pays voisins. Quant aux services au départ de Londres vers le continent, ils sont exploités par Eurostar, filiale de la SNCF.

Moins contraignant que pour les transports ferroviaires²⁸⁹⁴, le cadre juridique européen du transport par autocar²⁸⁹⁵ autorise un vaste éventail de situations dans les Etats membres de l'UE, qui vont du régime réglementé au cadre totalement libéralisé. Sur la base de la classification établie par le néerlandais Didier van de Velde²⁸⁹⁶, deux grandes approches observées dans l'UE servent de base pour distinguer les différents régimes nationaux lors des travaux menés sur cette thématique²⁸⁹⁷. La première est un cadre public dans lequel le transport par autocar est encadré par l'autorité publique qu'il s'agisse d'un marché réglementé (comme en Grèce ou en France avant la loi Macron de 2014) ou organisé par un régime de concessions (comme en Espagne²⁸⁹⁸). Le second cadre est dit « déréglementé » car laissé à l'initiative du marché, comme au Royaume-Uni²⁸⁹⁹, en Allemagne²⁹⁰⁰ ou dans les pays scandinaves²⁹⁰¹.

²⁸⁹⁴ A tel point que les définitions données au transport de voyageurs sur de longues distances varient fortement d'un Etat à l'autre. La distinction opérée par exemple en France entre le transport urbain (autobus) et interurbain / interrégional (autocar) n'est ainsi pas faite dans la plupart des autres pays.

²⁸⁹⁵ Par transport par autocar, nous entendons le transport interurbain de voyageurs sur lignes fixes. Sont donc exclus les transports urbains (autobus) et les transports de tourisme ponctuels.

²⁸⁹⁶ D. VAN DE VELDE, « Long-Distance Bus Services in Europe : Concessions or Free Market ? », OECD Discussion Paper n°2009-21, Décembre 2009, p. 263 ; « Market initiative regimes in public transport in Europe: Recent developments », *Research in Transportation Economics*, Vol. 48, 2014, p. 33.

²⁸⁹⁷ Voir pour des manifestations récentes, les conférences de l'IRU (IRU Bus and Coach Workshop, Long Distance Bus and Coach Transport in Europe : (re) Discovering the wheel, Bruxelles, 29 février 2012) et du Thredbo (13th International Conference on Competition and Ownership in Land Passenger Transport, Oxford, 15-19 septembre 2013).

²⁸⁹⁸ M.F. IGLESIAS, « Regulatory framework for interurban coach transport activities in Spain », Actes du IRU Bus and Coach Workshop, Long Distance Bus and Coach Transport in Europe : (re) Discovering the wheel, op. cit.

²⁸⁹⁹ P. WHITE and D. ROBBINS, « Long-term development of express coach services in Britain », *Research in Transportation Economics*, Vol. 36, 2012, p. 30.

²⁹⁰⁰ H. STRÖBENREUTHER, « Opening the intercity bus and coach market in Germany : challenges and opportunities », Actes du IRU Bus and Coach Workshop, Long Distance Bus and Coach Transport in Europe : (re) Discovering the wheel, op. cit. ; K. AUGUSTIN, R. GERIKE, M.J.M. SANCHEZ and C. AYALA, « Analysis of intercity markets on long distances in an established and a young market: The example of the U.S. and Germany », *Research in Transportation Economics*, Vol. 48, 2014, p. 245.

²⁹⁰¹ G. ALEXANDERSON, S. HULTEN, N. FEARNLEY and F. LONGVAB, « Impact of regulation on the performances of long-distance transport services: A comparison of the different approaches in Sweden and Norway », *Research in Transportation Economics*, Vol. 29, 2010, p. 121 ; T. RYE and A. WRETSTRAND, « Converging structures? Recent regulatory change in bus-based local public transport in Sweden and England », *Research in Transportation Economics*, Vol. 48, 2014, p. 24.

Enfin, dans le secteur postal, la concurrence pour les opérateurs historiques est également très éloignée de celle du secteur des communications électroniques. Par une ironie du calendrier, la libéralisation du secteur postal a été complétée lorsque le secteur confirmait la décroissance de ses volumes. Elle a donc indirectement concouru à des évolutions majeures pour les opérateurs historiques, en matière d'évolution des offres commerciales, de diversification, d'internationalisation, de modernisation et de changement de statut juridique. Mais elle eut des effets globalement limités sur le développement effectif de la concurrence interne au secteur car la concurrence entre opérateurs postaux est faible. Dans les faits, les opérateurs postaux alternatifs nationaux acheminant du courrier « de bout en bout », depuis la collecte du courrier jusqu'à sa distribution, sont restés marginaux dans la plupart des pays développés²⁹⁰². En revanche, la concurrence pour les opérateurs historiques provient essentiellement en interne d'opérateurs spécialisés sur certains stades de la filière postale et surtout, en externe, des opérateurs des communications électroniques. En conséquence, même dans des pays dans lesquels le secteur postal a été rapidement libéralisé, l'opérateur historique conserve un quasi monopole de fait. Aux Pays-Bas par exemple, qui constituent un terrain très favorable pour de nouveaux opérateurs postaux – le pays est densément peuplé et dépourvu de zones difficiles d'accès, les habitudes conduisent à un nombre élevé de plis par habitant, la libéralisation postale est ancienne – la part relative de l'opérateur historique PostNL avoisine encore 80%. En Allemagne et en France, où la libéralisation fut plus tardive, la situation est encore plus marquée puisque l'opérateur historique Deutsche Post - DHL traite encore 90% du volume du courrier et le groupe La Poste quant à lui continue de traiter environ 99 % du volume du marché domestique adressé et détient environ 85 % du marché du courrier international.

Cet état des lieux de l'ouverture à la concurrence témoigne ainsi de son caractère relatif dans la plupart des services publics en réseaux. Si dans le secteur des communications électroniques, la concurrence est bien réelle, dans d'autres, du fait des contraintes d'infrastructures et de la spécificité des marchés, la concurrence ne l'est guère en pratique. Pire, l'ouverture à la concurrence n'a que très peu abouti à la création de nouveaux opérateurs nationaux mais plutôt, à l'échelle européenne, à une mise en concurrence sur un marché européen des grands opérateurs historiques.

²⁹⁰² Les Pays-Bas font figure d'exception en Europe. Les deux opérateurs alternatifs Sandd et Selekt Mail concurrencent en effet TNTPost de « bout en bout ».

2. Les raisons de l'ineffectivité de l'ouverture à la concurrence dans les secteurs de l'énergie, des transports et des postes

L'état des lieux de l'ouverture à la concurrence dans des secteurs comme ceux de l'énergie, de certains transports et des postes impose de réfléchir aux raisons qui conduisent à son ineffectivité, lesquelles se trouvent dans l'analyse d'un triple mouvement économique.

D'abord, un premier mouvement de concentration des opérateurs a été constaté. L'ouverture à la concurrence avait comme objectif de diversifier les offres, et il existe, par exemple dans le secteur de l'énergie, inévitablement plus d'offres à l'heure actuelle que lorsqu'EDF disposait d'un monopole sur le territoire français. A l'échelle de l'UE, le phénomène observé est toutefois très différent dans la mesure où le nombre d'opérateurs a radicalement chuté depuis une dizaine d'années. D'abord, les nouveaux opérateurs ont beaucoup de difficultés à résister au pouvoir économique des anciens monopoles publics. Ces opérateurs alternatifs sont marginaux et la plupart ont dû fusionner pour survivre. C'est le cas par exemple dans le secteur de l'énergie pour les opérateurs français POWEO et Direct Energie. La situation est identique dans le secteur postal, où la logique de concentration a touché les petits opérateurs. Aux Pays-Bas, l'opérateur alternatif Sandd a par exemple acquis Selekt Mail en 2011, sans pour autant que son avenir ne soit parfaitement assuré. En outre, ce mouvement de concentration a pris une importance supplémentaire pour les Etats membres de petite taille, dans lesquels les opérateurs nationaux ont subi de plein fouet la concurrence des grands groupes de pays comme la France, l'Allemagne et l'Italie. C'est le cas par exemple en Belgique, où Electrabel a été racheté par GDF-SUEZ, ou aux Pays-Bas, où les deux acteurs néerlandais du marché de l'électricité ont été rachetés par de grands groupes : Essent par l'allemand RWE et Nuon N.V. par le suédois Vattenfall²⁹⁰³.

Ensuite, ce premier mouvement a naturellement conduit à un second mouvement d'expansion géographique. En se lançant dans des campagnes de fusion - acquisition de petits opérateurs locaux et en créant des filiales, la plupart des anciens monopoles publics ont étendu leur zone d'activité tout en réduisant mécaniquement le nombre d'opérateurs en Europe. Dans le secteur de l'énergie, l'espagnol Endesa a été racheté par l'italien Enel, les opérateurs alternatifs anglais British Energy et italien Edison l'ont été par EDF, et l'opérateur

²⁹⁰³ Outre RWE et Vattenfall, E.ON et GDF Suez (par sa filiale Electrabel) sont aussi présents sur le marché néerlandais.

historique espagnol Iberdrola a racheté récemment ScottishPower Plc. Dans le secteur du transport par autocar, les nouveaux opérateurs nationaux ne sont que des opérateurs étrangers qui bénéficient de l'ouverture à la concurrence des différents marchés nationaux. La société allemande Flixbus, leader sur le marché des autocars en Allemagne, a ainsi créé des filières en France, en Italie et aux Pays-Bas, et Eurolines est une filière de Transdev, l'un des leaders mondiaux du transport en commun (bus urbains, métros, tramways). Quant au secteur postal, le constat est identique puisque les opérateurs alternatifs concurrençant les anciens monopoles publics constituent pour l'essentiel des filières des opérateurs historiques étrangers²⁹⁰⁴. C'est le cas par exemple de City Mail en Suède, filière de la Poste norvégienne, de Selekt Mail aux Pays-Bas et d'Unipost en Espagne, tous deux filières de Deutsche Post AG, ou encore TNTDE en Allemagne, filière du néerlandais TNTPost.

Enfin, on constate un dernier mouvement de diversification des grands groupes dans certains secteurs comme l'énergie ou les transports. Dans le premier, on note ainsi que les opérateurs alternatifs actifs sur un marché national sont le plus souvent des opérateurs historiques étrangers ou des opérateurs historiques nationaux d'une autre branche du secteur. En France, GDF est par exemple le premier concurrent d'EDF sur le marché de l'électricité, et EDF est réciproquement le premier concurrent de GDF sur le marché du gaz. En Italie, le constat est identique avec les deux anciens monopoles publics Enel (électricité) et ENI (hydrocarbures). Dans le second, la situation est similaire, notamment en ce qui concerne l'ouverture à la concurrence du transport en autocar. Au Royaume-Uni, National Express (ancien monopole public), Stagecoach et Firstgroup sont des opérateurs multimodaux présents sur les marchés ferroviaires et urbains et se partagent plus de 80% du marché britannique du transport par autocar. En Allemagne, les quatre grands anciens opérateurs de transports multimodaux parmi lesquels figure l'opérateur ferroviaire historique Deutsche Bahn, se partagent 75% du marché, et en France, la SNCF est également présente sur les marchés des transports longue distance (avec iDBUS) et interurbains (avec Kéolis). Cet état de fait impose d'ailleurs de réfléchir à une régulation commune de ces différents modes de transport, comme l'avait suggéré en France l'Autorité de la concurrence²⁹⁰⁵ avant que

²⁹⁰⁴ ARCEP, Les marchés postaux en Allemagne, en Espagne, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Suède, Mai 2012.

²⁹⁰⁵ Autorité de la concurrence, Avis n° 14-A-05 du 27 février 2014 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar, p. 88.

l'ARAF ne devienne l'ARAFER. Outre les économies d'échelle²⁹⁰⁶, la maîtrise d'une offre intermodale présente en effet plusieurs avantages pour les usagers et pour les opérateurs, en permettant une meilleure coordination des horaires des autres modes de transport, une harmonisation des billetteries (billets combinés), une meilleure visibilité et une plus grande facilité d'accès (utilisation du réseau physique de points de vente). Enfin, la fourniture de services de transport collectif nécessite d'accéder aux infrastructures physiques. Au même titre que les gares ferroviaires ou les aéroports, les gares routières constituent donc un enjeu nécessitant une activité de régulation, de telle sorte que la gestion des infrastructures et l'exploitation des services soient séparées²⁹⁰⁷.

Ces trois mouvements – concentration, expansion, diversification – expliquent pour l'essentiel pourquoi l'ouverture à la concurrence dans la plupart des secteurs des réseaux constitue un échec. Ils appellent par ailleurs la formulation de deux remarques. La première touche à l'opportunité même de l'ouverture à la concurrence dans certains secteurs. Ainsi plusieurs auteurs estiment qu'un seul monopole de services s'avère parfois plus rentable que plusieurs opérateurs en compétition : l'ouverture à la concurrence n'est pas nécessairement efficace, en particulier pour le transport ferroviaire de voyageurs et le marché postal²⁹⁰⁸. La seconde touche au phénomène de reconcentration des opérateurs économiques intervenant sur certains marchés, comme celui de l'électricité. Au Danemark par exemple, l'opérateur historique DONG Energy a racheté les cinq autres petits producteurs d'électricité danois Elsam, Energi E2, Nesa, Københavns Energi et Frederiksberg Forsyning pour reconstituer un monopole de fait sur le territoire national. Mais surtout, 75% du marché européen est aujourd'hui dominé par cinq très gros opérateurs : EDF, Suez-GDF, Enel, RWE et E.ON. En conséquence, nous constatons qu'en lieu et place des monopoles nationaux, la libéralisation des marchés de l'énergie est en train de donner naissance à un oligopole de géants européens, qui dans la pratique viennent très peu contester leurs pré-carrés respectifs.

²⁹⁰⁶ Pour une estimation des économies générées par la production conjointe de services de transport urbain et interurbain, voir M. DI GIACOMO and E. OTTOZ, « The Relevance of Scale and Scope Economies in the Provision of Urban and Intercity Bus Transport », *Journal of Transport Economics and Policy*, Vol. 44, 2010, p. 161.

²⁹⁰⁷ L'expérience du transfert de la propriété de la gare de Victoria Station à Londres de l'opérateur historique National Express à la municipalité en 1988, s'est ainsi traduit par un changement de tarification de l'accès à la gare qui a permis l'arrivée de plusieurs opérateurs.

²⁹⁰⁸ J. PELKMANS and G. LUCHETTA, *Enjoying a single market for network industries?*, op. cit., p. 56.

Si dans plusieurs secteurs, la disparition des monopoles publics n'a pas les effets escomptés, le rôle de l'autorité de régulation n'est pas pour autant de créer de la concurrence, mais bien d'accompagner celle-ci, notamment par la régulation asymétrique et en y mettant « les formes incitatives ». En la matière, l'action des autorités de régulation a ainsi permis de créer les conditions juridiques théoriques de l'ouverture à la concurrence. L'autorité de régulation a également pu jouer un rôle central dans la théorie de la « concurrence virtuelle » : la possibilité offerte par la régulation de l'arrivée de nouveaux opérateurs fut à elle seule génératrice de changements positifs de comportements, avec notamment l'abandon de « l'esprit de monopole ». Pour toutes ces raisons, il est difficile d'évaluer l'impact des autorités de régulation en matière d'ouverture à la concurrence, tant la concurrence est en définitive ineffective dans plusieurs secteurs, indépendamment de l'action du régulateur. A l'inverse, l'impact du régulateur sur la protection des consommateurs semble plus facilement mesurable.

B. Une inégale protection du consommateur selon les secteurs

Pour reprendre les termes du Professeur allemand Rainer Arnold²⁹⁰⁹, à la fonction de libéralisation des secteurs s'ajoutent deux autres fonctions assignées au régulateur, celle de garantie (1) – il est nécessaire d'assurer la qualité des services et des biens – et celle de distribution (2) – il n'est pas possible de laisser la distribution des biens au marché et une libre fixation des prix par celui-ci – qui ont toutes deux pour finalité la protection du consommateur²⁹¹⁰.

1. La protection du consommateur par la fonction de garantie de la régulation

Bien qu'il s'agisse d'un critère important pour le consommateur, il n'est pas aisé de déterminer dans quelle mesure les autorités de régulation concourent efficacement à la garantie d'une bonne qualité des services fournis. L'action des autorités de régulation en fonction des secteurs et des Etats membres de l'UE laisse ainsi entrevoir de grandes disparités

²⁹⁰⁹ R. ARNOLD, « Régulation économique et démocratie politique en Allemagne », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, op. cit., p. 83.

²⁹¹⁰ A partir de l'étude du droit positif des pays européens, Gérard Marcou identifiait en 2006 plusieurs objectifs et fonctions de la régulation autres que l'encadrement de l'ouverture à la concurrence. Parmi ces objectifs, l'auteur citait notamment le service public entendu dans un sens large et les objectifs d'intérêt général. Tous deux concourent en réalité à la protection du consommateur. Voir : G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », op. cit. p. 351.

en la matière. Le secteur des communications électroniques et celui de la poste en sont deux bonnes illustrations.

Dans le secteur des communications électroniques, il ne fait aucun doute que la qualité des services a nettement augmenté du fait de l'action des régulateurs. D'une part, la régulation symétrique concourt de manière significative à la protection des consommateurs, comme par exemple pour la portabilité des numéros, qui permet à tout abonné de changer d'opérateur tout en conservant son numéro de téléphone. Cette obligation, imposée aux opérateurs par la directive « service universel » de 2002²⁹¹¹ et qui précise que « les Etats membres veillent à ce que tous les abonnés des services téléphoniques accessibles au public, y compris les services mobiles, qui en font la demande puissent conserver leur(s) numéro(s), quelle que soit l'entreprise fournissant le service²⁹¹² », a été reprise en France dans le Code des Postes et Communications Électroniques²⁹¹³ et a fait l'objet de modifications afin de prévoir une réduction du délai de mise en œuvre de la conservation du numéro²⁹¹⁴. D'autre part, le régulateur vise à entretenir une bonne qualité des services en termes d'accessibilité, comme c'est le cas de la couverture des services mobiles. Lorsqu'il délivre des licences d'exploitation des fréquences, le régulateur national peut imposer aux opérateurs des obligations de couverture en fonction du maillage territorial de la population²⁹¹⁵, dans un cadre temporel strict²⁹¹⁶. En la matière, les ARI font preuve d'efficacité et le bénéficient pour le

²⁹¹¹ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications Electroniques (directive « service universel »), JOCE L 108/51 du 24.4.2002.

²⁹¹² Art. 30 de la Directive 2002/22/CE.

²⁹¹³ Art. L. 44 du CPCE : « Les opérateurs sont tenus de proposer à un tarif raisonnable à leurs abonnés les offres permettant à ces derniers de conserver leur numéro géographique lorsqu'ils changent d'opérateur sans changer d'implantation géographique et de conserver leur numéro non géographique, fixe ou mobile, lorsqu'ils changent d'opérateur tout en demeurant en métropole, dans un même département d'outre-mer, à Mayotte ou à Saint-Pierre-et-Miquelon. Les opérateurs prévoient les dispositions nécessaires dans les conventions d'accès et d'interconnexion, à des tarifs reflétant les coûts correspondants ».

²⁹¹⁴ Art. 30 de la Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs

²⁹¹⁵ Jusqu'en 2012, la plupart des ARI des Etats membres imposaient un degré de couverture minimal à leurs opérateurs. Ce n'était toutefois pas le cas de la Finlande, de la Slovaquie et de la Suède ; ARCEP, Rapport sur la couverture et la qualité des services mobiles en France métropolitaine, Novembre 2012, p. 46.

²⁹¹⁶ RSPG Report on Improving Broadband Coverage, RSPG 11-393, 16 novembre 2011, p. 11: le groupe européen de la politique du spectre radioélectrique (Radio Spectrum Policy Group - RSPG) relevait ainsi « the regulator needs to strike a balance between setting out clearly the obligations on operators in terms of

consommateur est réel : en France, le niveau de couverture 2G a atteint, comme prévu lors de la délivrance des licences en 2002, plus de 99% de la population française en 2010. Pour la 3G, les mises en demeure par l'ARCEP des sociétés Orange France²⁹¹⁷ et SFR²⁹¹⁸ courant 2010 ont abouti à des régularisations et la couverture à hauteur de 98% de la population prévue pour 2011 fut respectée²⁹¹⁹. Au Royaume-Uni, l'Ofcom avait également menacé en février 2008 l'opérateur O2 d'une amende de 40 millions de livres si celui-ci ne respectait pas son engagement de couvrir les 80% de la population, prévu lors de la délivrance des licences UMTS²⁹²⁰, et l'ancien régulateur danois, la Telestyrelsen (National IT and Telecom Agency - NTA), avait à la même époque retiré plusieurs autorisations en raison de la non conformité de la couverture territoriale aux termes de la licence. Ces obligations de couverture, qui sont particulièrement importantes pour certaines zones rurales qui ne seraient pas desservies dès lors qu'il n'est pas rentable pour un opérateur privé de faire des investissements « à perte » dans des zones géographiques peu peuplées, témoignent donc de l'impact qu'a l'autorité de régulation sur la qualité du service public²⁹²¹. Le régulateur national contrôle donc chaque année la qualité des services dans ces secteurs²⁹²².

Dans le secteur postal à l'inverse, il est plus difficile d'évaluer quel peut être l'impact de la régulation sur la qualité du service, tant les disparités entre Etats membres sont importantes. Certes, la directive de 1998²⁹²³ précise les composantes du service universel

geographical/population penetration and minimum data speed deployment while ensuring that these obligations are being met ».

²⁹¹⁷ Décision n° 09-1065 en date du 22 décembre 2009 rendant publique la décision du directeur général en date du 30 novembre 2009 portant mise en demeure de la société Orange France de se conformer aux prescriptions définies par l'arrêté du 18 juillet 2001 modifié autorisant la société Orange France à établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public.

²⁹¹⁸ Décision n° 09-1064 en date du 22 décembre 2009 rendant publique la décision du directeur général en date du 30 novembre 2009 portant mise en demeure de la société SFR de se conformer aux prescriptions définies par l'arrêté du 18 juillet 2001 modifié autorisant la société SFR à établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public.

²⁹¹⁹ ARCEP, Rapport sur la couverture et la qualité des services mobiles en France métropolitaine, op. cit., p. 54.

²⁹²⁰ RSPG Report on Improving Broadband Coverage, op. cit., p. 14. O2 avait alors satisfait à son obligation de couverture en mai 2008.

²⁹²¹ Ces obligations font toutefois l'objet d'un financement par des fonds publics locaux, nationaux et européens. Voir par exemple les cas du Plan France numérique 2012, du Irish National Broadband Scheme et du Digital Italy Plan.

²⁹²² Voir notamment en France : ARCEP, Résultats pour 2014 de l'enquête de qualité des services mobiles en France métropolitaine, Juin 2014.

²⁹²³ Directive 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, JOCE L 15/14 du 21/08/1998.

postal ainsi que les obligations a minima qui en découlent²⁹²⁴, mais elle invite également les régulateurs nationaux et les opérateurs, s'ils le souhaitent, à aller plus loin en terme d'exigence. La France a plutôt joué le jeu de l'enrichissement de l'offre postale²⁹²⁵, en introduisant en 2011 la « lettre électronique recommandée » et en s'engageant sur l'acheminement de la lettre à « j+1 ». Tel n'est pas le cas de tous les opérateurs européens, l'ouverture à la concurrence ayant pu conduire à des régressions dans la qualité du service. La directive de 1998 garantit par exemple au consommateur un service universel imposant notamment une distribution du courrier « pas moins de cinq jours par semaine »²⁹²⁶. Aux Pays-Bas, où la concurrence a été introduite de manière plus précoce et plus intensive que dans les autres Etats membres, l'opérateur historique PostNL a ainsi supprimé la distribution du courrier le lundi. La situation est identique en Italie et en Autriche où PosteItaliane et Post.at ne distribuent plus le courrier que cinq jours par semaine, contre six auparavant. La lecture de ces chiffres doit s'apprécier au regard de la difficulté spécifique au secteur postal qui lie la compétitivité des opérateurs à la croissance plus ou moins vive de la demande. Or dans les pays développés, les volumes postaux décroissent irrémédiablement²⁹²⁷ et les opérateurs sont souvent dans l'obligation de devoir faire des choix stratégiques et financiers, qui se traduisent par une hausse des tarifs et une baisse de la qualité des services publics. Les grèves de novembre 2008 suite aux déclarations du président de Post.at de réduire drastiquement le nombre de bureaux de poste en Autriche²⁹²⁸ sont une bonne illustration de ces difficultés rencontrées par les opérateurs postaux en Europe. Face à ces difficultés, l'autorité de régulation joue donc un rôle d'une importance capitale, puisque c'est elle qui permet de garantir la qualité du service postal, en constituant un « moyen d'intervention

²⁹²⁴ Le service universel postal doit comprendre, « au minimum les prestations suivantes : la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kilogrammes et des colis postaux jusqu'à 10 kilogrammes, ainsi que les services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée ».

²⁹²⁵ A. BEAUX, La régulation du marché postal en France, Jurisdoctoria n°9, 2013, p. 57. Voir également pour une approche détaillée de la régulation du secteur postal en France : A. BEAUX, La régulation du secteur postal en France, thèse dact., 2013.

²⁹²⁶ Art. 3 de la directive 97/67/CE.

²⁹²⁷ J. BATAIL, Quelle concurrence pour le secteur postal et quels effets ?, Contrôle général économique et financier, Mission de contrôle auprès du groupe La Poste, 8 juillet 2012, p. 4. De 2006 à 2011, de grands écarts existent entre les Etats membres (baisse de 3.5% du volume en Belgique et baisse de 25% en Italie), mais tous les Etats membres sont touchés. Le phénomène est patent en France : jusqu'en 2007, la baisse du volume du courrier était limitée aux environs de 0,5 % par an ; Cette baisse a atteint 2,6 % en 2008 puis 4,3 % en 2009, avant de se limiter à 3,6 % en 2010 et 3 % en 2011, et de s'intensifier à nouveau en 2012 (6%).

²⁹²⁸ En novembre 2008, le président de Post.at, Anton Wais, avait annoncé la fermeture à terme de 65% des bureaux de poste pour que la société reste compétitive face à la libéralisation européenne du marché courrier ; Kronen Zeitung, 13.11.2008.

matérielle équilibrant le marché »²⁹²⁹. Cet impact positif a d'ailleurs été relevé à juste titre par la Commission européenne elle-même, qui estimait que la régulation avait rendu possible « une amélioration substantielle et mesurable de la qualité de service, l'établissement d'un niveau minimum harmonisé de service universel et l'introduction d'une ouverture progressive et contrôlée du marché postal à la concurrence »²⁹³⁰.

2. La protection du consommateur par la fonction de distribution de la régulation

S'il est inutile de rappeler pourquoi l'ouverture à la concurrence d'un secteur doit en principe se traduire par une baisse des prix, il est utile à l'inverse de préciser que rien n'indique que cette relation de cause à effet soit systématique. Par exemple, un monopole public peut bénéficier de coûts structurellement bas compte tenu d'économies d'échelle, et rétrocéder cette rente au consommateur dès lors qu'aucun impératif de rentabilité ne s'impose. Un nouvel entrant à l'inverse peut devoir investir fortement dans des infrastructures et être incapable de proposer des prix plus bas, surtout, si comme dans certains secteurs, les marges de manœuvre sont faibles et les coûts fixes importants. La possibilité donnée au consommateur de choisir ses fournisseurs par l'intermédiaire du jeu de la concurrence peut néanmoins prétendre à une baisse des prix et des tarifs, mais cette baisse des prix ne doit toutefois pas s'accompagner d'une baisse de la qualité des services publics. Dans un certain nombre de secteurs, il est indéniable que l'ouverture à la concurrence a pleinement profité aux consommateurs sur ces deux points. L'exemple ancien du marché concurrentiel unique de l'aviation illustre bien la réussite d'une telle entreprise. Il y a vingt-cinq ans, le marché de l'aviation était dominé par les grandes compagnies publiques et le transport transfrontalier faisait l'objet d'accords gouvernementaux. Depuis l'ouverture totale à la concurrence en 1997, cette concurrence entre les grandes compagnies européennes et l'entrée sur le marché des compagnies low cost ont abouti à une augmentation de l'offre et une baisse globale des tarifs sur les billets d'avion.

La situation est similaire dans le secteur des communications électroniques, pour lequel l'ouverture à la concurrence et la régulation semblent effectivement avoir eu un impact positif pour le consommateur européen. C'est le cas en premier lieu en termes de baisse des

²⁹²⁹ A. BEAUX, La régulation du marché postal en France, op. cit., p. 64.

²⁹³⁰ Commission européenne, Rapport au Conseil et au Parlement européen du 18 octobre 2006 sur l'application de la directive postale (directive 97/67/CE modifiée par la directive 2002/39/CE), COM (2006) 595, p. 4.

prix et du tarif, comme en témoigne le marché français. L'ARCEP relève ainsi que les tarifs moyens annuels de téléphonie mobile ont substantiellement diminué au cours des dernières années²⁹³¹, avec une baisse de 25% des tarifs forfaitaires entre 2010 et 2014, et de 35% sur les cartes prépayées²⁹³². L'entrée sur le marché français de l'opérateur Free correspond par ailleurs aux baisses les plus importantes au cours des années 2012 et 2013 (respectivement -11% et -27% sur l'ensemble des profils). Néanmoins, si l'Union européenne a réussi l'ouverture des marchés nationaux à la concurrence, elle a échoué dans la création d'un véritable marché unique. Les marchés de communications électroniques, sur lesquels une grande variété d'opérateurs nationaux opère, sont en effet divisés selon des spécificités nationales²⁹³³. En conséquence et en raison de certains critères nationaux (par exemple l'allocation des fréquences nationales), d'énormes disparités de prix persistent toutefois d'un Etat membre à l'autre pour les mêmes services de télécommunications²⁹³⁴.

Si dans le secteur des communications électroniques, l'impact des régulateurs en faveur des consommateurs est réel, le contraste avec les secteurs de la poste et de l'énergie est à l'inverse saisissant, car cette même problématique de baisse des prix concerne tous les services publics libéralisés, avec des résultats parfois diamétralement opposés.

Dans le secteur postal par exemple, la baisse des prix n'est qu'illusoire. De 2003 à 2014, le prix du timbre pour une lettre de 20g a déjà été revu à la hausse à huit reprises en France, et des disparités importantes subsistent en Europe. Depuis 2011, les tarifs des timbres ont ainsi augmenté de 12% en France, alors qu'ils ont bondi de 35% aux Pays-Bas, 46% au Royaume-Uni, et de 53% au Danemark. Au Royaume-Uni, l'accès des tiers aux infrastructures du réseau (le worksharing) de Royal-Mail a été très préjudiciable à l'opérateur historique. La plupart des concurrents de Royal-Mail se sont ainsi positionnés sur les stades amont de la filière postale (la collecte, le tri et l'acheminement) pour remettre le courrier à Royal Mail en vue de la distribution finale. Avec une tarification très favorable aux nouveaux entrants, ce système a conduit Royal-Mail à de grandes difficultés économiques²⁹³⁵ et à des

²⁹³¹ ARCEP, *Evolution des prix des services mobiles en France, Résultats pour l'année 2013*, 28 mai 2014.

²⁹³² Ibid., p. 14.

²⁹³³ Le marché du téléphone mobile peut être considéré comme une exception à cette affirmation dans la mesure où en 2013, quatre opérateurs (Telefonica/02, Vodafone, T-Mobile et Orange) équipaient 78% des abonnés de l'UE des 27.

²⁹³⁴ J. PELKSMAN and A. RENDA, « Single eComms Market? No such thing », op .cit., p. 21.

²⁹³⁵ R. HOOPER, *Modernise or decline, Policies to maintain the universal postal service in the United Kingdom*, op. cit..

pertes cumulées de l'ordre de 1,2 Milliard d'euros sur 4 ans. Cette situation, combinée à l'intention du Gouvernement britannique de privatiser Royal Mail en 2013, a conduit l'OfCom à accepter que l'opérateur britannique augmente ses tarifs au delà des prévisions : en mars 2012 a été annoncée une augmentation moyenne de 30 %. Sous cet aspect, l'ouverture à la concurrence et la régulation du secteur postal britannique se révèlent donc peu favorables pour l'utilisateur.

La situation dans le secteur de l'énergie est différente mais tout aussi complexe. Le prix que les consommateurs paient pour l'électricité et le gaz reflète trois éléments influencés par les forces du marché et les politiques gouvernementales. Le premier est le « prix de gros » et correspond normalement aux coûts supportés par les entreprises lors de la fourniture de l'énergie au réseau. Il s'agit notamment de l'achat de carburant, de la production, de l'expédition ainsi que des coûts de construction et d'exploitation des centrales. Deuxièmement, l'élément du prix de détail couvre les coûts liés à la vente d'énergie au consommateur final. Ces coûts de réseau reflètent les coûts de transport, de l'infrastructure de distribution liés à l'entretien et l'expansion des réseaux et de la fourniture. Des frais sont souvent ajoutés pour couvrir d'autres coûts tels que ceux liés aux obligations de service public et les évolutions technologiques. Enfin, la troisième composante du prix de l'énergie est celle des impôts et taxes. Il peut s'agir d'une fiscalité générale, comme la TVA, ou de prélèvements spécifiques pour soutenir par exemple des politiques publiques, comme pour les énergies renouvelables. En conséquence, si pour le consommateur, c'est le coût total de l'énergie qui rentre en ligne de compte lors du paiement, l'action du régulateur sur les prix n'est mesurable que pour un coût hors taxe de l'énergie.

En Europe, l'ouverture à la concurrence des marchés énergétiques n'est pas pleinement effective et on assiste à une relative diversification des offres et des opérateurs susceptibles de produire et de vendre de l'électricité et du gaz. Pour autant, les prix de l'électricité et du gaz ne cessent d'augmenter ces dernières années, et il est extrêmement difficile de mesurer l'impact de la régulation sur le coût de l'énergie pour le consommateur final, puisque d'un Etat membre à l'autre, le fonctionnement des secteurs énergétiques diffère substantiellement. Tous les régulateurs de l'énergie jouent toutefois un rôle important en matière de tarification du transport et de la distribution. En France, la CRE élabore les tarifs

d'accès au réseau²⁹³⁶ du gestionnaire du réseau public de transport (RTE)²⁹³⁷ et des gestionnaires du réseau public de distribution²⁹³⁸. Au Royaume-Uni, l'Ofgem régule également les tarifs des trois grands transporteurs d'énergie et des nombreux distributeurs locaux répartis sur le territoire dans le cadre du contrôle RIIO²⁹³⁹, comme l'AEEG en Italie pour les tarifs du transporteur Terna. Ces tarifs d'accès couvrent les coûts effectivement engagés par les gestionnaires de réseaux pour accomplir leurs missions dans la mesure où ces coûts correspondent à ceux d'un gestionnaire de réseaux efficace. A l'inverse, la régulation dans ces mêmes pays diffère radicalement en matière de tarification de fourniture d'électricité. En France, le système des tarifs réglementés laisse une place prépondérante à l'action de la CRE, puisque c'est le régulateur qui propose les tarifs de l'électricité fournie par EDF²⁹⁴⁰. Le même mécanisme existe aussi en Italie, où l'AEEG impose certains tarifs réglementés à ENEL, le servizio di maggior tutela²⁹⁴¹. En France, la loi NOME de décembre 2010²⁹⁴² a par exemple mis en place l'accès régulé des fournisseurs alternatifs à l'électricité produite par les centrales nucléaires historiques d'EDF à travers le dispositif AREHN (accès régulé à l'électricité nucléaire historique), qui constitue un droit pour les fournisseurs d'acheter de l'électricité à EDF à un prix régulé et pour des volumes déterminés par la CRE²⁹⁴³. A l'opposé, l'Ofgem n'a jamais eu l'intention d'intervenir sur les tarifs de détail de l'électricité²⁹⁴⁴. En conséquence et en raison des cultures nationales, l'action du régulateur est plus ou moins axée sur la tarification ou sur la protection du consommateur.

²⁹³⁶ Art. L. 341-3 du code de l'énergie.

²⁹³⁷ C'est à dire les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE).

²⁹³⁸ ERDF gère 95% du réseau public de distribution. Les 5% restant sont répartis entre des distributeurs locaux, tels que la régie de l'Usine d'Électricité de Metz, Sorégies, les Régies des Deux Sèvres et Électricité de Strasbourg.

²⁹³⁹ Ofgem, RIIO, Regulating energy networks for the future, Final decision, October 2010.

²⁹⁴⁰ Voir: Décret n° 2009-975 du 12 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, JORF n°0186 du 13 août 2009 p. 13424, puis Décret n° 2014-1250 du 28 octobre 2014 modifiant le décret n° 2009-975 du 12 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, JORF n°0251 du 29 octobre 2014 p. 17884.

²⁹⁴¹ Voir notamment pour de plus amples précisions : A. MANNARELLI, Il settore dell'energia elettrica tra obblighi di servizio pubblico e concorrenza, Thèse, Université de Cassino, 2007.

²⁹⁴² Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, JORF n°0284 du 8 décembre 2010 page 21467.

²⁹⁴³ Voir notamment : P. CHAMPSAUR, Rapport de la commission sur l'organisation du marché de l'électricité, Avril 2009.

²⁹⁴⁴ Comme le précise l'Ofgem, « we do not regulate energy retail prices - these are set by energy suppliers in competition with each other. Our role is to promote competition, which we believe acts as an effective mechanism to drive down prices and promote higher quality service »; Ofgem, The energy network: how it works for you, october 2014.

La perception de la légitimité par les résultats des autorités de régulation diffère donc que l'on soit un opérateur régulé ou un consommateur. Pire, la perception d'une bonne régulation pour le premier traduit rarement une telle perception pour le second. Par exemple, certains dispositifs de régulation visant à « forcer » le développement de la concurrence présentent des effets pervers pour les usagers : dans le secteur postal, le worksharing au Royaume-Uni s'est ainsi révélé désastreux pour l'opérateur historique postal Royal Mail, coûteux pour le contribuable, et négatif pour de multiples aspects du service public²⁹⁴⁵. Dans le secteur du transport par autocar à l'inverse, l'ouverture à la concurrence n'est pas effective dans plusieurs Etats membres. Considérée comme inefficace par les nouveaux opérateurs, elle a pourtant, du fait de la concurrence virtuelle, entraîné une baisse importante des prix en Angleterre et en Allemagne²⁹⁴⁶. L'ouverture à la concurrence peut donc ne pas être toujours perçue comme une réussite, pour les opérateurs entrants et pour les consommateurs²⁹⁴⁷.

Ce constat traduit l'obligation pour l'autorité de régulation de mener son action avec toujours l'objectif de conduire à un équilibre. Si la confrontation des différents indicateurs d'efficacité contribue à légitimer l'action des autorités de régulation, la légitimité de sortie est difficilement consensuelle. En conséquence, il ne semble possible de l'envisager que comme une source alternative de légitimité pour les autorités de régulation, insuffisante pour constituer la source de légitimité la plus crédible pour combler le déficit de légitimité d'entrée entrevu précédemment. Bien que prenant en considération le sentiment des acteurs à travers les résultats de la régulation, il ne s'agit en effet que d'une source de légitimité a posteriori, s'appuyant sur des indicateurs parfois contestables, alors qu'il est serait plus pertinent de légitimer l'action du régulateur lors des procédures de régulation. C'est à cette difficulté que tente de répondre la légitimité « de participation » (throughput legitimacy), qui entreprend de faire participer les différents acteurs de la régulation directement aux processus de régulation.

²⁹⁴⁵ R. HOOPER, *Modernise or decline, Policies to maintain the universal postal service in the United Kingdom*, op. cit.

²⁹⁴⁶ Autorité de la concurrence, Avis n° 14-A-05 du 27 février 2014, op. cit., Annexe 4, pp. 94-101.

²⁹⁴⁷ Voir : E.E. BAILEY and W.J. BAUMOL, « Deregulation and the theory of contestable markets », *Yale Journal of Regulation*, 1984, p. 119 : « while perfectly competitive and perfectly contestable markets are both ideals, the latter is more ideal than the former. After all, one must be tempered in one's praise of the many-firm structure of perfect competition in those cases in which the availability of economies of scale and scope means that an oligopoly structure can (perhaps) achieve far lower costs and offer far lower prices to consumers ».

Section 2. L'intervention directe des parties prenantes dans l'activité de l'autorité de régulation : la légitimité de participation

En raison des limites inhérentes au contrôle démocratique et à la légitimité d'entrée, le débat sur la légitimité des autorités de régulation pourrait glisser vers une autre source de légitimité que la doctrine anglo-saxonne appelle la « throughput legitimacy » (litt. : légitimité-débit)²⁹⁴⁸. Peu aisée à définir en français, elle serait une légitimité « de participation », c'est à dire un moyen de légitimer l'action d'une autorité par la nature des procédures suivies par celle-ci. Or si le citoyen est actif dans le cadre de l'élection de ses gouvernants, la question est de savoir comment rendre actif l'usager-consommateur dans le cadre de la régulation ? D'une manière générale, le développement des théories liées à la démocratie participative et délibérative a permis à l'administration contemporaine de regagner cette part de légitimité qui lui échappe²⁹⁴⁹. Ce mouvement touche également la régulation car le dialogue reconstruit entre l'autorité de régulation et « son public » constitue un gage de sa qualité et de son efficacité. Pour cette raison, des efforts d'amélioration dans les rapports entre l'autorité de régulation et les usagers-consommateurs se sont multipliés en Europe avec l'implémentation de procédures transparentes et participatives dans les mécanismes décisionnels des régulateurs²⁹⁵⁰.

Sensibles à cette idée, les Etats-Unis ont rapidement obligé leurs agences de régulation à informer (notice) et à recueillir les commentaires (comment) des parties concernées par leurs décisions²⁹⁵¹. Ils ont aussi imposé une obligation pour les agences telles que la SEC ou la FCC de traiter les questions soulevées dans les commentaires, et d'y apporter une réponse. Ce mécanisme global connu sous l'appellation de « notice and comment », qui constitue aux Etats-Unis une exigence démocratique minimale, n'a pourtant

²⁹⁴⁸ Il y a plusieurs années, la légitimité procédurale a été abordée en France sous la terminologie anglo-saxonne du due process of law. Voir : L. COHEN-TANUGI, « Une doctrine pour la régulation », op. cit., p. 62.

²⁹⁴⁹ Cette idée est bien connue en France, comme l'illustre le Rapport du Conseil d'Etat de 2011 Consulter autrement, Participer effectivement.

²⁹⁵⁰ J-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », DA n°2, février 2006, Repère 3. Il est par ailleurs intéressant de noter que l'explication et la participation constituaient déjà pour Jean Rivero les deux voies nécessaires à une plus grande démocratisation de l'action administrative. J. RIVERO, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration » in Mélanges J. Savatier, 1964, p. 822.

²⁹⁵¹ E. ZOLLER, « Les agences américaines, la régulation et la démocratie », in M. LOMBARD (dir.), Régulation économique et démocratie, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 177.

été intégré que récemment par les autorités de régulation économique et financière des Etats membres de l'UE²⁹⁵². Si celles-ci ont désormais multiplié les moyens d'informer et de consulter les destinataires de la régulation sur la nature de leurs décisions (I), leurs méthodes de consultations restent toutefois très éloignées de ce qui peut être entendu comme un moyen de « faire participer » le public à la prise de celles-ci (II).

I. L'information et la consultation comme premiers moyens de légitimer des autorités de régulation

Deux moyens sont utilisés dans le cadre de la recherche d'une légitimité de participation des autorités de régulation : agir de manière transparente en diffusant l'information (A) et recourir à des mécanismes de consultation (B).

A. La légitimité par la transparence : la diffusion de l'information

Informers les acteurs concernés par son action est la première exigence qui s'impose à chaque autorité de régulation. Le régulateur doit s'inscrire dans une démarche ouverte impliquant des méthodes spécifiques et novatrices par rapport à l'administration traditionnelle²⁹⁵³, et qui s'appuie tant sur une logique d'action fondée sur la diffusion de l'information (1) que sur un certain pragmatisme lié à un devoir d'explication et de justification (2).

1. L'obligation d'informer sur l'action du régulateur

La transparence de l'action est la première exigence qui est apparue dans le fonctionnement des autorités de régulation, car l'efficacité du régulateur suppose que celui-ci puisse largement diffuser l'information dont il a connaissance. Pour cette raison, des garanties procédurales sont exigées et comportent d'importants acquis en termes de transparence, comme la motivation de la décision et le débat contradictoire. Tous les éléments fondant la décision administrative doivent être explicitement évoqués, et cette exigence s'applique tant

²⁹⁵² A l'exception des pays scandinaves et du Royaume-Uni, les mécanismes de consultation ne se sont réellement développés en Europe qu'à compter de la fin du XXe siècle.

²⁹⁵³ Comme le notait Thierry Tuot lorsqu'il comparait les sites Internet des ARI et de l'administration traditionnelle, « ici, on dit ce qu'on fait, ou va faire (...), on rend compte et on livre toutes les règles applicables ; là, on vante les merveilles d'une politique avec trois mois de retard ». T. TUOT, « La planète des sages », in R. FAUROUX et B. SPITZ (dir.), *Notre Etat*, Ed. Robert Laffont, 2000, p. 697.

aux autorités de la concurrence et boursières²⁹⁵⁴ qu'à celles du secteur de l'énergie et des communications électroniques²⁹⁵⁵. Ces garanties s'inspirent nettement de la procédure américaine des « avis d'information » (notice) prévus par la loi de 1946 sur la procédure administrative qui indiquent la modification projetée par l'autorité²⁹⁵⁶. L'idée est que toutes les personnes concernées par l'acte doivent être informées des changements envisagés dans la réglementation ou dans sa mise en œuvre, dans un délai suffisant pour assurer la sécurité juridique et la prévisibilité des évolutions, avec toutes les informations nécessaires pour leur permettre d'intervenir dans le débat. La transparence doit être en effet conçue de façon exigeante pour permettre une véritable participation des citoyens : journées d'information, contacts avec la presse, prises de parole, communiqués sont autant de moyens pour les régulateurs d'informer les acteurs de leurs décisions.

La transparence vise aussi à permettre à l'autorité de régulation, même si en définitive elle n'est pas décideur, d'exprimer publiquement son avis, lequel influence la décision finale²⁹⁵⁷. Une utilisation intéressante des avis d'information publics est ainsi réalisée dans certains Etats scandinaves pour asseoir leur autorité et exercer par la même occasion une véritable activité de régulation. La transparence constitue alors non plus seulement une source de légitimité de participation mais permet également d'accroître la légitimité de sortie précédemment évoquée. La PTS, autorité de régulation suédoise des communications électroniques, use ainsi abondamment de processus de diffusion de l'information pour contraindre certains opérateurs à ne pas entraver la concurrence. En informant très largement le public des procédures décisionnelles auxquelles elle participe, la PTS légitime son action aux yeux des consommateurs qui disposent de la possibilité d'interférer effectivement dans le jeu de la concurrence.

La libéralisation du marché des communications en Suède, effectuée par la loi sur les télécommunications du 10 juin 1993²⁹⁵⁸, ne peut pas être considérée comme la suppression de barrières légales à l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs, mais plutôt comme la reconnaissance officielle de la fin d'une période de monopole. En pratique, la libéralisation du

²⁹⁵⁴ C.-S. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire*, LGDJ, Coll. Thèses, 2002.

²⁹⁵⁵ M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *op. cit.*, p. 538.

²⁹⁵⁶ E. ZOLLER, « Les agences américaines, la régulation et la démocratie », *op. cit.*, p. 178.

²⁹⁵⁷ Voir sur ce point les références au droit souple, voir supra.

²⁹⁵⁸ Teletag, 10/06/1993, SFS 1993:597.

secteur fut très largement facilitée par le statut initial du marché, dans lequel les intérêts de monopole étaient moins importants que dans les autres pays européens. L'absence de protection légale pour l'opérateur dominant avait en effet poussé celui-ci à devenir depuis longtemps compétitif, ce qui lui permettait de ne pas avoir la même attitude défensive à l'égard de la concurrence que les autres opérateurs monopolistiques²⁹⁵⁹. La plus grande spécificité de la régulation suédoise des communications tient à ce qu'elle était particulièrement légère, constituant un bon exemple de « sunshine regulation ». Lors de l'ouverture du marché en 1993, l'offre des services d'interconnexion était considérée comme une activité commerciale, et la régulation de l'accès à l'infrastructure exercée par la PTS était très restreinte, de telle sorte que les seuls instruments du régulateur étaient la médiation et le contrôle selon un cadre large, comme l'orientation des coûts. En conformité avec les règles européennes, la loi fut modifiée en 1997²⁹⁶⁰ et accorda à la PTS de nouvelles prérogatives. La PTS dispose toutefois de peu de pouvoirs de sanction et n'intervient dans la fixation des tarifs d'interconnexion et d'accès au réseau qu'en ultime recours, si les différents acteurs concernés ne trouvent pas de compromis. A l'inverse, le régulateur suédois dispose de pouvoirs d'investigation étendus et de la liberté complète d'exprimer publiquement ses opinions. Bénéficiant d'une aura et d'une crédibilité forte, la PTS a ainsi largement fait usage de la publication de ses avis afin d'exercer une régulation souple mais efficace.

La législation suédoise prévoit ainsi que les tarifs d'accès aux réseaux doivent être décidés entre les opérateurs par négociation. Si cela semble constituer une possibilité offerte pour l'opérateur historique Telia d'abuser de sa position dominante, la législation suédoise prévoit que toute partie insatisfaite des négociations peut demander au régulateur d'intervenir en qualité de médiateur. En 1998, l'opérateur Tele2 avait ainsi demandé l'avis de la PTS quant au caractère disproportionné des tarifs demandés par Telia pour les services d'interconnexions. Tele2 s'interrogeait notamment sur le coût élevé des frais d'entrée au réseau. Ces frais d'entrée avaient été introduits en 1997 et depuis lors, étaient restés inchangés alors que les charges d'interconnexion avaient chuté d'environ 20% durant la même période. Tele2 estimait donc que les tarifs d'entrée représentaient une part disproportionnée du coût total des tarifs d'interconnexions et avaient pour conséquence d'entraver la concurrence. Dans

²⁹⁵⁹ C. HENRY, *Etude comparative des conditions et instruments de régulation économique de services publics en réseaux*, op. cit., p. 178.

²⁹⁶⁰ Teleförordning, 05/06/1997, SFS 1997:399.

son avis du 7 octobre 1998²⁹⁶¹, la PTS relève que « Telia ne peut actuellement pas prouver que les coûts des frais initiaux sont destinés à couvrir la charge des frais engagés ». Pour cette raison, « la perception d'une redevance uniforme, indépendamment de l'utilisation du réseau n'est pas compatible avec les règles sur les tarifs fixées par la loi sur les télécommunications ». Alors qu'il n'avait aucune force obligatoire, l'avis public rendu par le régulateur représentait pourtant une incitation forte pour l'opérateur historique de telle sorte qu'il allait suffire à faire baisser les tarifs de Telia. Même si les pouvoirs de la PTS ont été augmentés en conformité avec le droit de l'UE, l'information au public constitue encore aujourd'hui l'instrument privilégié de la régulation suédoise des communications électroniques. La loi du 23 juin 2003²⁹⁶² indique ainsi à son chapitre 4 (« Interconnexions et autres formes d'accès au réseau ») que la fixation des tarifs s'exerce dans le cadre obligatoire d'une négociation (« skyldighet att förhandla om samtrafik »).

2. L'explication et la justification de l'action du régulateur

Si la transparence se traduit dans le fonctionnement interne de l'autorité, le devoir d'information prend également forme dans les relations que le régulateur entretient avec les citoyens et les professionnels.

D'abord, le régulateur doit justifier ses décisions. Cela passe par une obligation de motivation lorsqu'elle rend par exemple une décision individuelle ou une sanction, mais il importe également de justifier et d'expliquer les mesures réglementaires qu'elle prend. Pour Claudio Radaelli et Fabrizio De Francesco, la légitimité des autorités de régulation « est éminemment une question de procédure. Les régulateurs sont crédibles s'ils fournissent les raisons de leurs choix réglementaires, justifient leurs décisions par des analyses économiques transparentes et des analyses objectives des risques, en impliquant les parties prenantes dans les processus de consultation »²⁹⁶³. Pour cette raison, plusieurs Etats membres ont imposé à leurs ARN de recourir systématiquement à des impact assessments (IA) – études ou analyses d'impact en français – lorsqu'elles prennent des décisions ayant des répercussions sur les

²⁹⁶¹ PTS, Yttrande 07/10/98, Dnr. 98-10718.

²⁹⁶² Lag om elektronisk kommunikation, 12/06/2003, SFS 2003:389.

²⁹⁶³ C.M. RADAELLI et F. DE FRANCESCO, Regulatory impact assessment, political control and the regulatory state, Paper delivered to the 4th general conference of European Consortium for Political Research, Pise, 2007, p. 7. Traduction libre de : « Legitimacy (...) is eminently a question of procedures. Regulators are credible if they provide reasons for their regulatory choices, support decisions with transparent economic analysis and objective risk analysis, involve stakeholders in processes of consultation ».

marchés régulés. C'est le cas notamment au Royaume-Uni où le Communications Act précise dans quelles conditions l'Ofcom devait recourir aux études d'impact. L'Ofcom doit réaliser et publier une étude d'impact lorsqu'une mesure est liée à l'exercice de ses fonctions ou si elle est jugée importante, c'est à dire si elle implique un changement majeur dans les activités de l'autorité ou a un impact significatif sur les entreprises régulées ou le grand public (general public)²⁹⁶⁴. Faisant œuvre de pédagogie, l'Ofcom a également expliqué lui-même dans une publication de 2005 de quelle manière il procédait pour mener les IA²⁹⁶⁵. Le régulateur britannique détermine ainsi quatre grandes étapes : 1. Pour chacune des options, identifier les impacts sur les intérêts des parties prenantes ; 2. Pour chacune des options, identifier les impacts sur la concurrence ; 3. Pour chacune des options, identifier et, si possible, quantifier les coûts et les avantages ; 4. Pour chacune des options, évaluer les principaux risques associés. L'Ofcom choisit alors « l'option la plus en accord avec la fonction principale [de l'autorité], qui est de promouvoir les intérêts des citoyens par rapport aux questions de communication et pour faire avancer les intérêts des consommateurs sur les marchés concernés, le cas échéant par la promotion de la concurrence »²⁹⁶⁶. L'ARN a en outre précisé qu'elle considérait les IA comme une exigence minimale et estimait que les évaluations d'impact constituaient un élément clé pour une meilleure régulation : « les évaluations d'impact devraient permettre à l'Ofcom et aux parties prenantes de voir plus clairement les coûts et les avantages associés aux différentes options stratégiques. Ils seront donc en mesure de commenter les propositions plus facilement et, par conséquent, des consultations devraient être plus efficaces ».

A l'échelle de l'Union européenne, il est intéressant de noter que les agences de régulation peuvent également contribuer à l'amélioration de la législation de l'UE en réalisant des études d'impact sur les directives européennes. Par exemple, l'AEAPP est chargée de mener des Quantitative Impact Studies (QIS) des réformes Solvabilité dans le domaine des assurances. L'autorité de surveillance du secteur des assurances a ainsi réalisé à ce jour cinq QIS²⁹⁶⁷ auxquelles ont activement participé les régulateurs et les organismes et entreprises

²⁹⁶⁴ Art. 7 du Communications Act 2003.

²⁹⁶⁵ Ofcom, Better Policy Making, *Ofcom's approach to Impact Assessment*, 2005.

²⁹⁶⁶ Ibid., p. 6.

²⁹⁶⁷ Voir : <https://eiopa.europa.eu/publications/qis>.

d'assurance des Etats membres²⁹⁶⁸. L'implication des régulateurs européens à ce niveau est intéressante car elle montre bien que l'expertise et la compétence des régulateurs peut être mise à profit par le législateur. On pourrait d'ailleurs imaginer que dans les Etats membres, les ARN puissent également participer directement à la réalisation des études d'impact menées sur les projets et propositions de lois relatifs à leurs domaines d'activité.

Ensuite, les autorités de régulation sont invitées à expliquer leur action auprès des citoyens en organisant des moments privilégiés de rencontre avec eux, notamment pour répondre à leurs questions²⁹⁶⁹. Cette démarche trouve deux illustrations originales avec les « tchats » sur Internet et les forums publics d'échange et de discussion.

En France d'abord, l'ARCEP a par exemple mis en place sur son site Internet une rubrique facile d'accès intitulée « Consommateurs », dans laquelle les grands projets et les grandes décisions de l'ARN sont expliqués. Surtout, le régulateur français fait preuve de pédagogie puisqu'il recourt également à des « tchats »²⁹⁷⁰ portant sur certaines thématiques, lors desquels plusieurs membres de l'autorité échangent et discutent avec les consommateurs et répondent à leurs questions. Depuis 2003, l'ARN a ainsi recouru à seize tchats, sur des thématiques aussi variées que la portabilité du numéro mobile²⁹⁷¹, la neutralité du net et des réseaux²⁹⁷² et la 4G²⁹⁷³. Ce type de rencontre constitue un bon moyen pour le régulateur de faire preuve de pédagogie dans un secteur marqué par les innovations techniques et à propos desquelles certains citoyens se sentent « dépassés ».

Ensuite, il arrive que des autorités de régulation aient recours à des forums publics d'échange, de débats et de concertation lors desquels ils expliquent leurs actions. Par exemple, les régulateurs italiens de l'énergie²⁹⁷⁴ et des communications électroniques²⁹⁷⁵

²⁹⁶⁸ Avec plus de 500 réponses individuelles reçues lors du QIS5, la France se place au premier rang des contributeurs européens. Voir : ACPR, Analyses et synthèses, Solvabilité 2, Principaux enseignements de la cinquième étude quantitative d'impact (QIS5), mars 2011.

²⁹⁶⁹ L'idée que l'explication peut constituer un moyen de légitimer l'action du régulateur se rapproche de celle de « l'auditoire » de Chaïm Perelman. C. PERELMAN, Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 1999, p. 108s.

²⁹⁷⁰ <http://www.arcep.fr/index.php?id=11518>

²⁹⁷¹ <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/chat/script-chat-porta-070607.pdf>

²⁹⁷² <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/chat/script-chat-neutralite-211010.pdf>

²⁹⁷³ http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/chat/Transcript_ARCEP_27032014.pdf

²⁹⁷⁴ http://www.autorita.energia.it/it/com_stampa/11/110509.htm

²⁹⁷⁵ <http://www.agcom.it/forumpa-2011-piazza-della-tutela-del-consumatore->

participèrent en coopération avec le CNCU (Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti) à l'édition 2011 du ForumPA (Forum della Pubblica Amministrazione) sur la thématique du « Piazza della tutela del consumatore » (protection du consommateur)²⁹⁷⁶. A cette occasion, des membres de l'AEEG et de l'AGCOM eurent la possibilité d'échanger publiquement avec les citoyens. Cette initiative qui constitua un lieu de partage et de discussion fut l'occasion pour les régulateurs de répondre aux différentes questions posées en matière de protection des droits des utilisateurs. Une synthèse des questions et des réponses est disponible sur les sites Internet respectifs des deux autorités. En France, des lieux d'échanges et de discussions ont également vu le jour, sous la forme « d'entretiens » annuels, lors desquels certaines ARN, comme l'AMF²⁹⁷⁷, permettent à des professionnels et des journalistes d'échanger leurs points de vue sur plusieurs thèmes.

Outre la diffusion de l'information, la légitimité procédurale prend forme avec les mécanismes de consultation.

B. La légitimité par le recours aux mécanismes de consultation

Le recours aux processus de consultation impose de s'interroger, d'une part sur le cadre – obligatoire ou facultatif – dans lequel l'autorité de régulation va consulter (1), et d'autre part sur les différents mécanismes de consultation et la nature de ses interlocuteurs (2).

1. Obligation et liberté de recourir aux mécanismes de consultation

La participation aux décisions des autorités de régulation prend deux formes classiques : soit les destinataires de la régulation jouissent d'un droit de participation établi par la loi – le législateur a prévu le recours à des mécanismes de consultation – soit le régulateur, de sa propre initiative, fait appel à la société civile et aux régulés afin que ceux-ci expriment leur avis sur les règles existantes ou en cours d'adoption – la participation naît alors de la volonté de celui qui élabore la norme.

²⁹⁷⁶ <http://www.forumpa.it/riforma-pa/comunicazioni-elettroniche-al-forum-pa-una-piazza-per-la-tutela-del-consumatore>

²⁹⁷⁷ <http://www.amf-france.org/Publications/Colloques-et-journees-d-information/Entretiens-de-l-AMF.html>

a. L'obligation de consulter

En premier lieu, la loi peut imposer aux autorités de régulation de recourir à des consultations lorsque le régulateur est amené à prendre certains types de décisions. C'est notamment le cas dans le secteur des communications électroniques, pour lequel la directive 2002/22 impose de tenir compte du point de vue des différents acteurs lorsque le régulateur prend une décision « ayant une incidence importante sur le marché »²⁹⁷⁸. Les législations nationales ont ainsi traduit cette obligation « de tenir compte du point de vue » par le recours obligatoire à la consultation publique pour certaines décisions de leur autorité de régulation des communications électroniques. Les lois luxembourgeoises sur les services de communications électroniques et sur les services postaux précisent ainsi qu'« avant de décider une mesure ayant des incidences importantes sur le marché, l'Institut donne aux parties intéressées l'occasion de présenter endéans le délai d'un mois leurs observations sur le projet de mesure. A cette fin, il met en place une procédure de consultation qu'il publie au Mémorial et sur son site Internet »²⁹⁷⁹. Nous retrouvons une formulation identique à l'article L. 32-1. III du CPCE, qui indique que « lorsque, dans le cadre des dispositions du présent code, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes envisagent d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché, ils rendent publiques les mesures envisagées dans un délai raisonnable avant leur adoption et recueillent les observations qui sont faites à leur sujet. Le résultat de ces consultations est rendu public (...). L'autorité met en place un service permettant de prendre connaissance des consultations prévues par l'alinéa précédent ». De même, le code des communications électroniques italien exige le recours à des mécanismes de consultation par l'AGCOM pour les catégories de mesures « ayant un impact significatif sur le marché cible » (« aventi un impatto rilevante sul mercato di riferimento »)²⁹⁸⁰.

²⁹⁷⁸ Art. 33 de la directive 2002/22, §1 : « les Etats membres veillent, selon qu'il conviendra, à ce que les autorités réglementaires nationales tiennent compte du point de vue des utilisateurs finals et des consommateurs (...), des fabricants, des entreprises qui fournissent des réseaux et/ou des services de communications électroniques sur toute question liée à tous les droits des utilisateurs finals et des consommateurs au regard des services de communications électroniques accessibles au public, en particulier lorsqu'ils ont une incidence importante sur le marché ».

²⁹⁷⁹ Art. 78 de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques, Mémorial A n°43 du 08.03.2011, p. 609 et art. 39 de la loi du 26 décembre 2012 sur les services postaux, Mémorial A n°286 du 31.12.2012, p. 4507.

²⁹⁸⁰ Art. 11 §1 Codice delle comunicazioni elettroniche

En second lieu, la loi peut imposer la consultation de certaines commissions, comme c'est le cas en France avec la commission consultative des communications électroniques (CCCE). L'article D99-4 du CPCE prévoit ainsi que la CCCE doit être consultée par l'ARCEP sur un certain nombre de sujets : procédures de déclaration et règles relatives aux catégories de réseaux, services de communications électroniques ou installations, conditions dans lesquelles les réseaux indépendants peuvent être connectés à un réseau ouvert au public, prescriptions relatives à l'interconnexion, à l'accès aux réseaux et à la numérotation, et conditions techniques et d'exploitation et d'attribution des fréquences ou bandes de fréquences dont l'assignation est confiée à l'ARCEP. La loi peut également imposer la consultation de certains comités à des fréquences précises. Toujours dans le domaine des communications électroniques, le comité de l'interconnexion et de l'accès doit être consulté au moins une fois par an par l'ARCEP²⁹⁸¹ sur la mise en œuvre de plusieurs articles du CPCE.

Enfin, les membres des autorités de régulation peuvent également participer à des comités constitués à leur propre initiative, comme le Comité de prospective de l'ARCEP. Créé à l'automne 2009, le Comité de prospective s'inscrit dans le souhait de l'ARCEP de s'appuyer sur un mode de gouvernance moderne, fondé sur la collégialité, et sur une intense concertation avec l'ensemble des acteurs économiques et des institutions publiques. Composé de personnalités diverses (juristes, économistes, membres de l'Autorité de la concurrence, etc.), le Comité de prospective se réunit à un rythme trimestriel pour mieux éclairer l'ARCEP dans ses décisions et lui permettre de mieux exercer ses fonctions de veille et d'information des acteurs.

b. La liberté de consulter

Bien qu'un certain nombre de consultations soient imposées par les législations nationales ou européennes, il est toutefois intéressant de noter que la plupart des mécanismes de légitimation par la participation utilisés par les ARN sont adoptés de leur propre initiative, et, lorsqu'ils leur ont été imposés, que les autorités de régulation sont bien souvent allées au delà des prescriptions législatives en la matière. Ce constat dressé par Dorit Reiss montre paradoxalement que les ARN ne sont pas réticentes à l'inclusion de ces processus de

²⁹⁸¹ Art. D99-6 du CPCE.

consultation²⁹⁸². Des difficultés tenant à l'opportunité d'y recourir et aux conditions de leur mise en œuvre existent toutefois.

Concernant l'ouverture de consultations au public, les ARN sont en effet confrontées à deux séries d'incertitudes. La première est idéologique. Les autorités de régulation sont souvent considérées comme souffrant d'un déficit démocratique, mais ce débat est encore trop souvent centré sur la théorie politique classique, qui conçoit la démocratie sous l'angle de la représentation territoriale et du modèle électif²⁹⁸³. Aussi, il n'est pas toujours simple pour l'autorité de régulation de déterminer dans quelle mesure l'ouverture de consultations au public s'inscrit dans un objectif de légitimation et en quoi la participation de la société civile aux prises de décision lui permet de gagner en légitimité²⁹⁸⁴. En Allemagne par exemple, le principe de la « chaîne de légitimité » entretient l'idée que la BaFin et la BNetzA ne sont légitimes que parce qu'elles rendent des comptes à l'exécutif et aux parlementaires : pour cette raison, il n'est pas évident pour tous les Etats membres de l'UE que le recours à des processus de démocratie participative soit synonyme de gain de légitimité pour les ARN, alors même qu'ils devraient constituer un « nouvel esprit de la démocratie »²⁹⁸⁵. En outre, la consultation de groupes d'intérêts pose régulièrement une question de légitimité. Non élus et pas toujours représentatifs, ces derniers « sont plus considérés comme une menace pour la démocratie que comme des acteurs légitimes qui jouent un rôle central dans le processus de légitimation »²⁹⁸⁶. Pourtant, les groupes d'intérêts peuvent servir d'instruments pour améliorer la qualité dans la prise de décision de l'autorité de régulation et pour assurer la participation des citoyens²⁹⁸⁷. Si le lien entre les groupes et la démocratie peut être à double tranchant, « recouvrant des valeurs aussi différentes, voire contradictoires, que la solidarité et l'autogestion d'un côté, l'initiative privée et la concurrence de l'autre »²⁹⁸⁸, il est possible d'identifier l'intervention des groupes d'intérêt – dans ce cas, de l'intérêt public – comme une

²⁹⁸² D.R. REISS, « Participation in Governance from a Comparative Perspective: Citizen Involvement in Telecommunications and Electricity in the UK, France and Sweden », *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2009, Iss. 2, pp. 391.

²⁹⁸³ Voir sur ce point: B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995.

²⁹⁸⁴ Voir: S. SMISMANS, « European Civil Society: Shaped by Discourses and Institutional Interests », *European Law Journal*, Vol. 9, Iss. 4, 2003, p 478 ; S. KRÖGER, *Nothing but Consultation : The Place of Organized Civil Society, EU Policy-making across Policies*, *European Governance Papers* n°C-08-03, 2008.

²⁹⁸⁵ L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie*, Paris, Seuil, 2008.

²⁹⁸⁶ S. SAURUGGER, « Les groupes d'intérêts, entre démocratie associative et mécanismes de contrôle », *Raisons politiques*, n°10, 2003/2, p. 151.

²⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 159.

²⁹⁸⁸ F. RANGEON, « Société civile : histoire d'un mot », in *CURAPP La société civile*, Paris, PUF, 1986, p. 32.

autre forme de démocratie dans son propre droit, et une correction à la démocratie représentative²⁹⁸⁹.

La seconde interrogation est d'ordre pratique et touche à la nature des thématiques sujettes à consultation et des documents y afférant. Dès lors qu'il est admis que la consultation constitue un renforcement de la légitimité, comment faire en sorte que ces mécanismes de consultation soient suffisamment accessibles et compris pour être efficaces ? Le régulateur doit prendre en considération le public concerné et ouvrir les consultations de telle sorte que tous les destinataires de la régulation puissent y participer. Par exemple, l'une des critiques autrefois formulées à l'égard des ARN britanniques était le trop grand nombre de consultations composées de très nombreux documents. Les enquêtes menées par Dorit Reiss montrent ainsi que « agencies hold too many consultations that are too long and too detailed (...), with huge consultation papers ». Cet état de fait traduisait en pratique le « trop plein » d'informations fourni par l'Ofcom, de telle sorte que la grande majorité des destinataires de la régulation n'étaient pas en mesure d'intervenir lors de ces consultations faute de temps. Face à ces critiques, l'Ofcom a modifié sa façon d'aborder les consultations, en décidant d'en limiter le nombre et d'en permettre une meilleure accessibilité : « we will make the consultation document as short and simple as possible with a summary in plain English. We will try to make it as easy as possible to give us a written response. If the consultation is complicated, we may provide a shortened plain English Guide for smaller organizations or individuals who would otherwise not be able to spare the time to share their views »²⁹⁹⁰. En 2007, l'Ofcom a ainsi allongé sensiblement le délai durant lequel les consultations étaient ouvertes et a réduit la quantité des informations transmises. Depuis quelques années, l'autorité britannique invite même le public à proposer des aménagements à propos des procédures de consultation via une adresse mail²⁹⁹¹.

2. Les différents mécanismes de consultation

On distingue traditionnellement les consultations internalisées, c'est à dire le recours pour avis de commissions consultatives instituées par le législateur ou directement par le

²⁹⁸⁹ J. COHEN and J. ROGERS, « Secondary Associations and Democratic Governance », *Politics and Society*, Vol. 20, Iss. 4, 1992, p. 394.

²⁹⁹⁰ Ofcom, *How will Ofcom consult ? Consultation Guidelines*, Novembre 2007. Consultable sur le site : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/how-will-ofcom-consult>.

²⁹⁹¹ consult@ofcom.org.uk.

régulateur, et les consultations externalisées, c'est à dire ouvertes directement au public dans des cadres décidés par l'ARN.

a. Les mécanismes de consultations internalisées

Les consultations internalisées traduisent la possibilité pour le régulateur de demander l'avis de comités consultatifs et d'organes représentatifs, institués par la loi ou par les régulateurs eux même. Il est possible de distinguer deux types d'organes dans ce cadre internalisé.

Les premiers sont des comités traditionnellement institués par le régulateur lui-même afin de bénéficier d'une expertise supplémentaire lors de la prise de certaines décisions. Le plus souvent, les autorités de régulation se dotent de comités consultatifs composés d'experts représentant les entreprises et les opérateurs régulés. C'est le cas dans le secteur financier où les régulateurs nationaux se dotent systématiquement de comités consultatifs spécialisés dans des domaines sur lesquels intervient l'autorité de régulation. A l'image des commissions créées par l'AMF²⁹⁹², les participants échangent et donnent leur avis afin d'aider l'ARN à conduire sa réflexion et à forger sa doctrine au regard des évolutions des produits, des structures de marché et de l'environnement juridique et réglementaire. Les commissions sont ainsi consultées par le Collège sur des projets de textes ou des sujets réglementaires qui semblent émerger.

Il est fréquent que les autorités de régulation s'adjoignent également un comité consultatif de protection des consommateurs. En Italie, l'AGCOM a intensifié le dialogue avec les consommateurs en instituant au cours des dernières années une « table permanente » (Tavolo permanente)²⁹⁹³. Ce Comité composé de l'autorité et des associations de consommateurs est chargé d'examiner l'ensemble les besoins des utilisateurs et d'orienter l'activité de l'AGCOM. Grâce aux informations qui lui sont transmises et aux propositions reçues, le Comité permanent permet au régulateur de prendre connaissance des différentes positions des associations nationales représentatives des intérêts collectifs. Au Royaume-Uni,

²⁹⁹² L'AMF s'est dotée de cinq commissions consultatives permanentes : la Commission consultative Épargnants, la Commission consultative Organisation et fonctionnement du marché, la Commission consultative Activités de compensation, de conservation et de règlement-livraison, la Commission consultative Gestion et Investisseurs institutionnels et la Commission consultative Opérations et information financières des émetteurs.

²⁹⁹³ AGCOM, délibération n° 662/06/CONS.

le Consumer Challenge Group (CCG) constitue un autre bon exemple d'organe consultatif, créé dans le cadre de la régulation de la distribution de l'électricité. Composé de représentants des associations de consommateurs, le CCG intervient à titre consultatif auprès de l'Ofgem avec pour objectif d'assurer le contrôle des prix de la distribution de l'électricité dans l'intérêt des consommateurs, en agissant comme un « critical friend » auprès du régulateur britannique.

Il arrive également que les autorités de régulation s'entourent de comités mixtes représentatifs des acteurs du secteur. Depuis 2007, la CRE a ainsi institué des groupes de travail à la suite de la possibilité offerte à tous les consommateurs d'électricité et de gaz de choisir librement leur fournisseur²⁹⁹⁴. Les collèges de ces groupes de travail sont composés à la fois de représentants de consommateurs, d'installateurs, de gestionnaires de réseau, de fournisseurs et d'organismes publics et parapublics. A l'échelle de l'Union, l'AEMF a également institué un « Groupe des parties intéressées au secteur financier » (Securities and Markets Stakeholder Group - SMSG) composé de membres représentant d'une manière proportionnée les acteurs des marchés financiers opérant dans l'Union, les représentants de leur personnel, ainsi que les consommateurs, les autres utilisateurs des services financiers et les représentants des petites et moyennes entreprises, au moins cinq universitaires indépendants de premier plan et dix acteurs des marchés financiers²⁹⁹⁵. La consultation du Groupe est prévue concernant les normes techniques de réglementation et d'exécution, les orientations et recommandations.

A côté de ces comités propres aux régulateurs figurent par ailleurs des organes institués dans un cadre national ou européen dépassant celui de la seule régulation, mais qui concernent celle-ci dans la mesure où les autorités de régulation sont amenées à les consulter. C'est le cas en France du Conseil supérieur de l'énergie (CSE)²⁹⁹⁶ que la CRE doit consulter préalablement à la prise de certaines décisions pouvant avoir une incidence importante sur les objectifs de la politique énergétique²⁹⁹⁷. Mis en place par le ministère en charge de l'énergie avec pour principal objectif de conseiller celui-ci sur la politique énergétique nationale, le

²⁹⁹⁴ Parmi les trois groupes (Groupe de travail Electricité - GTE2007, Groupe de travail gaz - GTG2007, et Groupe de travail consommateurs - GTC2007), les deux premiers semblaient encore actifs en 2014.

²⁹⁹⁵ Art. 37 du règlement UE n°1095/2010.

²⁹⁹⁶ Décret n° 2006-366 du 27 mars 2006 relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil supérieur de l'énergie.

²⁹⁹⁷ Art. L134-9 du code de l'énergie.

CSE est un organe représentatif composé de parlementaires, de représentants de ministères, de collectivités territoriales, de consommateurs, d'entreprises du secteur de l'énergie, de parlementaires et d'un membre du CE. S'ils peuvent être représentatifs des acteurs d'un secteur, ces organes consultatifs nationaux visent le plus souvent à protéger les consommateurs. Cette protection peut s'exercer dans un secteur précis, comme en Grande Bretagne, où le Communications Consumer Panel (CCP)²⁹⁹⁸ est un organe composé de huit experts indépendants qui travaillent pour protéger et promouvoir les intérêts des consommateurs dans le secteur des communications électroniques, en effectuant des recherches et en fournissant des conseils à l'Ofcom, mais aussi au gouvernement britannique, à l'UE, aux consommateurs et aux PME. En Italie, cette protection concerne tous les secteurs de la vie économique et financière, puisque le Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti (CNCU)²⁹⁹⁹ intervient comme organe consultatif auprès des régulateurs de nombreux secteurs (médias, communications électroniques, énergie, épargne, assurance, environnement, etc.).

b. Les mécanismes de consultations externalisées

Exception faite des auditions publiques, qui permettent le plus souvent au régulateur de bénéficier d'un « retour » sur les mesures déjà entrées en vigueur plutôt qu'un processus consultatif préalable à la prise d'une mesure réglementaire³⁰⁰⁰, deux mécanismes de consultations externalisées sont traditionnellement utilisés : les consultations ouvertes sur internet et les réunions bilatérales.

²⁹⁹⁸ Art. 16 du Communications Act de 2003.

²⁹⁹⁹ Art. 136 Codice del consumo. Le CNCU rassemble une vingtaine d'associations de consommateurs.

³⁰⁰⁰ En Italie par exemple, l'article 23 de la loi n° 481 de 1995 prévoit le droit pour les différents acteurs des secteurs régulés d'être auditionné à l'oral, ce qui constitue une plus efficacité de la contribution des acteurs privés par rapport, notamment, à l'utilisation de simples communications écrites. Ce même article fait par ailleurs explicitement référence aux règlements adoptés par les ARN qui visent à la réglementation des « audiences périodiques » et des « enquêtes » de satisfaction des utilisateurs relatives à l'efficacité des services. Ces auditions et enquêtes sont encadrées par des délibérations des ARN et ouvertes aux « destinataires potentiels de la régulation », c'est à dire en principe la société civile, les groupes de représentants des usagers-consommateurs et des syndicats. Ces deux mécanismes se greffent ainsi aux processus décisionnels de l'AGCOM et de l'AEEG de telle sorte qu'un dialogue et une collaboration se créent entre les autorités de régulation et les destinataires de leurs décisions, ces derniers pouvant facilement donner leur point de vue. Voir également : S. DEL GATTO, « La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti », *Giornale di diritto amministrativo* 9/2010, p. 947 ; S. CASSESE, « Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti », *op. cit.*, p. 40.

i. Les consultations sur internet

Depuis plusieurs années, les autorités de régulation utilisent abondamment les consultations électroniques afin de recueillir des informations en amont de leur prise de décision³⁰⁰¹. Il est trop tôt pour dire si ce mouvement global de démocratie administrative électronique constitue une évolution fondamentale ou mineure, voire un simple effet de mode³⁰⁰², dans la mesure où les juristes s'intéressent peu au développement de la démocratie administrative dans son lien avec internet³⁰⁰³. Il n'en demeure pas moins que les cyberconsultations constituent un bon moyen pour l'autorité de régulation de tenir compte de l'avis des personnes intéressées par la régulation, notamment parce qu'elles sont peu coûteuses, en argent comme en temps.

Bien que les ARN aient toutes recours à des procédures de consultation sur internet, il est marquant de constater la subsistance d'un Etat à l'autre de différences importantes en matière de transparence de ces procédures. En France par exemple, les régulateurs sont libres de déterminer les sujets ainsi que les durées des cyberconsultations. Si la durée moyenne des consultations avoisine un mois en général, il arrive ainsi que des consultations soient ouvertes sur des durées beaucoup plus importantes³⁰⁰⁴, voire beaucoup plus courtes³⁰⁰⁵. Au Luxembourg en revanche, la durée des consultations est strictement encadrée³⁰⁰⁶, puisque lorsque l'ILR envisage de prendre une mesure ayant des incidences importantes sur le marché postal ou sur celui des communications électroniques, il publie le projet de mesure sur son site Internet. Les parties intéressées peuvent alors, « dans un délai d'un mois à partir de la

³⁰⁰¹ J.B. AUBY, « Nouvelles de la démocratie administrative », op. cit., p. 2.

³⁰⁰² Voir : H. OBERDORFF, *La démocratie à l'ère numérique*, Presses universitaires de Grenoble, Coll. Politique en +, 2010, pp. 75 et s.

³⁰⁰³ H. BELRHALI-BERNARD, « La pratique des consultations sur Internet par l'administration », RFAP, 2011/1 n° 137-138, p. 183.

³⁰⁰⁴ Voir par exemple, la consultation publique de l'ARCEP sur les processus techniques et opérationnels de la mutualisation des réseaux de communications électroniques à très haut débit en fibre optique ouverte du 15 juillet au 26 septembre 2014.

³⁰⁰⁵ Voir par exemple, la consultation publique de l'AMF sur son projet de modification du règlement général concernant le raccourcissement du délai de dénouement des transactions, ouverte du 23 juin au 14 juillet 2014, ou celle de l'ARAF sur les projets de décrets d'application de la loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, ouverte du 20 octobre au 7 novembre 2014.

³⁰⁰⁶ Art. 2 et 3 du règlement 13/168/ILR du 21 août 2013 relatif à la procédure de consultation instituée par l'article 78 de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques – Secteur Communications électroniques, Mémorial A n°178 du 03.10.2013, p. 3400, et du règlement P13/08/ILR du 30 avril 2013 relatif à la procédure de consultation prévue par l'article 39 de la loi du 26 décembre 2012 sur les services postaux, Mémorial A n°86 du 13.05.2013, p. 999.

publication sur le site Internet de l'Institut, délai qui est également mentionné dans le projet de mesure »³⁰⁰⁷, faire parvenir à l'Institut leurs observations sur le projet de mesure. Les processus de cyberconsultations restent toutefois très opaques et peu de régulateurs sont pleinement transparents à leur sujet.

En Grande-Bretagne, les régulateurs sectoriels des communications et de l'énergie ont pris quant à eux le parti d'informer très précisément les destinataires de leurs décisions sur le fonctionnement de ces cyberconsultations. L'Ofcom et l'Ofgem ont ainsi rédigé des Guidelines consultations qui viennent préciser la nature et le fonctionnement de leurs mécanismes consultatifs³⁰⁰⁸. Ces guidelines prévoient ainsi que les consultations menées sur internet par l'Ofcom doivent en principe concerner « tous ceux dont les voix doivent être entendues, les grandes comme les petites entreprises, les industries, les associations de consommateurs et les consommateurs pris individuellement ». Le régulateur britannique précise également que les procédures doivent être simplifiées de telle sorte que « tous les intervenants puissent répondre de façon éclairée » dans un laps de temps important variant de un mois à dix semaines en fonction du type de consultations. Celles-ci s'appuient par ailleurs « sur le plus large éventail de vues possibles » afin d'obtenir « le maximum d'informations ». Pour cela, l'Ofcom s'engage à « délivrer des documents de consultations complets et détaillés qui expliquent les différentes actions qu'elle envisage de mener ». Le régulateur britannique se réserve toutefois le droit de limiter les participants de certaines consultations en cas d'urgence : « in some circumstances, where our proposals affect a limited number of organisations, or where we need to act quickly, we may issue shorter documents, to a more limited range of stakeholders and with a shorter period for consultation ».

ii. Les consultations bilatérales

Bien qu'elles soient également utilisées, les consultations bilatérales ou « ex parte » et leur impact démocratique à propos de la légitimité de participation des autorités de régulation ont également assez peu fait l'objet de réflexions en Europe. A l'inverse, la

³⁰⁰⁷ Règlement 13/168/ILR du 21 août 2013 relatif à la procédure de consultation instituée par l'article 78 de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques – Secteur Communications électroniques, Mémorial A, n°178, 3 octobre 2013, p. 3400.

³⁰⁰⁸ Ofcom, How will Ofcom consult? Consultation Guidelines, op. cit. et Ofgem, *Guidance on Ofgem's approach to consultation*, Décembre 2011.

doctrine étatsunienne s'est très largement penchée sur ce type de consultations et sur ses conséquences sur la démocratie participative.

Outre Atlantique, les communications « ex parte » ou bilatérales ont lieu au cours d'un procès et se produisent entre une des parties concernées et le juge, habituellement « without notice to or argument from the adverse party ». Sauf autorisation expresse de la loi, ces communications sont généralement considérées comme contraires à l'éthique car elles font courir un risque d'impartialité sur le jugement³⁰⁰⁹. En principe, les communications « ex parte » sont donc considérées comme une atteinte au processus de participation démocratique³⁰¹⁰, en ce sens qu'elles mettent en péril l'égalité des acteurs concernés par la régulation devant la participation aux procédures de notice and comment. Ces règles précisent qu'au cours de la procédure décisionnelle, l'agence ne peut rencontrer séparément l'une des parties destinataires de la mesure, et doit limiter les échanges avec les différents acteurs à des réunions publiques enregistrées et à des consultations écrites ouvertes³⁰¹¹.

Dans l'UE, la situation est différente. D'une part, et comme vu précédemment, les processus de participation restent très largement décidés et encadrés par les ARN elles-mêmes, qui déterminent le plus souvent au cas par cas des modalités des consultations³⁰¹². Ensuite, les régulateurs voient dans les réunions bilatérales un moyen de recueillir des informations plus franches au cours d'échanges souvent plus interactifs que dans les consultations en ligne ou les réunions publiques comptant de nombreux intervenants. Enfin, les ARN relèvent que lors de réunions « ex parte », leurs interlocuteurs n'ont pas à se soucier

³⁰⁰⁹ « Ex parte » contacts, *Black's Law Dictionary*, 9e éd. 2009.

³⁰¹⁰ S.J. PIOTROWSKI & E.L. BORRY, « Open Meetings and Transparency: Key Issues for Local Government », *Public Administration and Management*, Vol. 15, n°1, p. 138

³⁰¹¹ 5 U.S. Code §556 et §557. Les Etats-Unis ont toutefois récemment admis dans certains cas le recours aux consultations « ex parte » dans le cadre de réunions informelles, c'est à dire en dehors de tout processus obligatoire formel de « notice and comment » des procédures décisionnelles. Voir : « "Ex Parte" Communications in Informal Rulemaking », 6 juin 2014, Administrative Conference Recommendation n° 2014-4.

³⁰¹² Voir par exemple, art. L134-18 du code de l'énergie : « pour l'accomplissement des missions qui lui sont confiées, la Commission de régulation de l'énergie recueille toutes les informations nécessaires auprès des ministres chargés de l'économie, de l'environnement et de l'énergie, auprès des gestionnaires des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, des opérateurs des ouvrages de transport ou de distribution de gaz naturel et des exploitants des installations de gaz naturel liquéfié, des fournisseurs de consommateurs finals sur le territoire métropolitain continental bénéficiant de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique mentionné à l'article L. 336-1, des exploitants de réseaux de transport et de stockage géologique de dioxyde de carbone ainsi qu'auprès des autres entreprises intervenant sur le marché de l'électricité ou du gaz naturel ou du captage, transport et stockage géologique de dioxyde de carbone. Elle peut également entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information ».

de la portée et de la nature de leur argumentaire, et peuvent tenir des propos sensibles qu'ils ne tiendraient pas en présence d'autres participants³⁰¹³.

Le plus souvent, les consultations bilatérales s'exercent dans le cadre de « pré-consultations », qui visent à demander l'avis d'un certain nombre de personnes et d'organisations de manière informelle pour aider à comprendre leurs préoccupations. L'Ofcom précise ainsi dans ses Consultation Guidelines que lorsque cela est possible, le régulateur met en place des discussions informelles avec certains acteurs du secteur avant d'annoncer l'ouverture d'une consultation formelle ouverte au public³⁰¹⁴.

La concertation des différentes parties prenantes à la régulation par le recours à la consultation est sans doute le mécanisme actuel le plus connu des mécanismes de légitimité de participation. Il n'en demeure pas moins qu'elle ne constitue pas l'instrument de légitimation le plus satisfaisant du point de vue de la démocratie participative. Il convient dès lors de réfléchir à un véritable moyen de faire participer les différents acteurs à la procédure de décision de l'autorité de régulation.

II. Réinventer la participation directe du citoyen à la procédure de décision

Les mécanismes de démocratie participative auxquels ont recours les ARI constituent indéniablement les instruments d'une meilleure qualité de la régulation. Toutefois, et bien qu'ils ne cessent de se diversifier, les processus actuels de consultation souffrent de nombreuses limites et constituent encore aujourd'hui « les oripeaux d'un système qui feint de tout changer pour que tout reste identique »³⁰¹⁵ (A). Il convient donc de les dépasser pour repenser la réelle participation du public aux prises de décision des régulateurs en renouvelant les sources de cette légitimité (B).

³⁰¹³ C. HALL, C. HOOD and C. SCOTT, « Telecommunications Regulation : Culture, Chaos and Interdependence Inside the Regulatory Process », *Utilities Law Review*, Vol. 11, Iss. 3, mai-juin 2000, p. 104.

³⁰¹⁴ Ofcom, *Consultation Guidelines*, November 2007 : « we may have a period of pre-consultation in some circumstances with stakeholders who might potentially be particularly affected so that we can understand the issue better. Any stakeholders views gathered during pre-consultation may help inform Ofcoms initial thinking but will not be treated as formal consultation responses, as these informal discussions will apply as well as not instead of the formal consultation process. We undertake pre-consultation through a mixture of informal meetings and seminars ».

³⁰¹⁵ R. FELLI, « Développement durable et démocratie : la participation comme problème », *Urbia, Les cahiers du développement durable* 3, 2006, p. 11.

A. Les limites des processus actuels de consultation

Il est possible de formuler deux grandes critiques à l'encontre des processus actuels de consultation. D'abord, le recours à de tels processus est largement soumis à la discrétion du régulateur (1). Ensuite, les méthodes utilisées pour recueillir les avis ne permettent pas à toutes les personnes concernées d'intervenir effectivement (2).

1. Un recours aux consultations largement à la discrétion du régulateur

Alors que recourir à des consultations constitue une avancée importante pour leur légitimation de participation, les ARN conservent le plus souvent une main mise sur les processus, qu'il s'agisse de l'initiative de la consultation comme de leur portée. En restreignant la consultation au sujet posé par l'autorité, les participants ne peuvent pas s'autosaisir, et ne peuvent pas non plus déterminer l'étendue de la consultation. Cet état de fait a un effet important, puisque les titulaires du pouvoir conservent la maîtrise de la décision, tout en ayant la possibilité de rejeter la responsabilité sur ceux qui ont participé à la prise de la décision.

Un second constat tiré de l'analyse de l'organisation de consultations par les régulateurs nationaux touche à la grande disparité des fréquences d'utilisation de ces mécanismes. Il est frappant de constater que certains régulateurs usent très largement de consultations publiques, très au delà des consultations obligatoires ou internalisées. L'exemple le plus frappant est sans doute celui des régulateurs des communications électroniques, de l'énergie et des marchés financiers britanniques. Ces ARN ont pris l'habitude d'ouvrir de nombreuses consultations publiques sur leurs sites. Pour preuve, l'Ofcom a organisé depuis 2003 plus de 900 consultations publiques par l'intermédiaire de son site internet dans les seuls secteurs des communications électroniques, des médias et des postes. A l'inverse, un certain nombre de régulateurs n'ont en pratique que peu recours à ces processus participatifs. En Allemagne par exemple, la BNetzA organise peu de consultations publiques : exception faite du secteur des communications électroniques, pour lequel le droit de l'UE impose de tenir compte du point de vue des acteurs du secteur pour certaines décisions, le régulateur allemand n'a ouvert de consultations que pour l'expansion des

réseaux de lignes à haute tension³⁰¹⁶. En conséquence, la BNetzA n'a ouvert de consultations sectorielles au public qu'à une soixantaine de reprises depuis 2003, et quasi-exclusivement dans le secteur des communications électroniques. Cette situation, qui s'explique largement par la conception allemande de la légitimité démocratique³⁰¹⁷, souffre de critiques importantes de la part de la doctrine, qui juge cette conception trop restrictive³⁰¹⁸. A l'image des pratiques de la BNetzA et à l'exception de rares cas imposés par le législateur, le recours aux consultations reste ainsi une prérogative de l'autorité de régulation.

Enfin, la participation du public aux consultations n'entrave nullement la liberté des ARN de prendre ou non en considération leurs résultats lors de la prise de décision. Les consultations ne restent que des avis qui ne lient pas le régulateur. Certes, la loi impose aux ARN de rédiger des synthèses des consultations. Mais peu de régulateurs justifient encore leur choix de suivre ou de ne pas suivre telle ou telle recommandation. En pratique, ces processus restent donc des mécanismes de consultation limités uniquement à la phase initiale du processus réglementaire, tout en laissant la phase decision-up à la seule autorité. La doctrine italienne note ainsi que la consultation « ne concerne pas la totalité du processus de régulation, mais seulement certaines de ses étapes »³⁰¹⁹. En conséquence, les procédures de participation aux ARN « attribuent aux destinataires de la régulation un simple rôle facultatif » puisqu'il n'existe pas réellement de forme de communication bidirectionnelle entre les ARN et les tiers. Il manque donc encore une « construction de la décision par la consultation »³⁰²⁰ qui pourrait favoriser l'ouverture du processus de prise de décision et conduire à la production de règles issues d'une véritable « codécision » dans le cadre d'une procédure entièrement négociée.

³⁰¹⁶ H.J. LIETZMANN, « Bürgerschaftliche Partizipation beim Netzausbau: Höhere Effizienz der Planung und Beschleunigung der Verfahren », in Bundesnetzagentur, Wissenschaftsdialog, 2013 Technologie, Kommunikation, Wirtschaft, Landschaft, p. 79.

³⁰¹⁷ Voir supra.

³⁰¹⁸ R. WIEDEMANN, « Les autorités administratives indépendantes et la jurisprudence de la cour constitutionnelle fédérale sur la légitimité démocratique », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne, op. cit., p. 60.

³⁰¹⁹ G. DE MINICO, Regole. Comando e consenso, Giappichelli, 2004, p. 89: « non riferita all'intero percorso regolativo, ma solo ad alcune sue tappe ».

³⁰²⁰ Ibid., p. 90.

2. Les critiques adressées aux différentes méthodes de consultations

Ces critiques touchent autant les consultations internalisées, propres aux ARN, que les consultations en ligne.

a. Les critiques adressées aux consultations internalisées

Solution privilégiée par les autorités de régulation, la consultation internalisée ne constitue pas toujours un véritable processus de consultation ou de participation permettant de légitimer l'action de l'ARN. Une étude intéressante menée il y a quelques années sur les satisfactions et les attentes des professionnels des secteurs financiers à l'égard des processus de consultation de l'AMF³⁰²¹ relève ainsi que si le recours aux procédures de consultations internalisées est bien perçu dans son principe, leur fonctionnement est fortement critiqué en pratique. L'enquête montre ainsi que le principe de commissions consultatives permanentes est bien accepté et compris par les intervenants, mais beaucoup critiquent leur fonctionnement et ont en particulier des difficultés à comprendre leur positionnement. Selon l'étude, la plupart des interviewés ont spontanément cité la participation des associations professionnelles comme une amélioration à apporter. D'autres s'interrogent sur le rôle à donner à ces commissions : « soit ces commissions deviennent des vraies commissions de consultations de la place et alors les associations professionnelles doivent y être invitées systématiquement et une large place laissée à l'auto-organisation, soit elles deviennent des commissions d'experts pilotées par les services de l'AMF et la composition doit être revue et resserrée »³⁰²². Parmi les cinq commissions consultatives de l'AMF³⁰²³, peu d'associations de professionnels sont en effet représentées alors que certains groupes bancaires ou spécialisés dans l'assurance figurent dans la plupart de ces commissions. Les associations de protection des consommateurs sont quant à elles membres de la seule commission des épargnants. Les mêmes remarques peuvent par ailleurs être formulées à l'égard de la FCA britannique puisque parmi les membres composant le Markets Practitioner Panel, aucune organisation professionnelle n'est

³⁰²¹ Accenture, Enquête sur la satisfaction et les attentes des professionnels concernés par les activités de l'AMF, Note de synthèse, Novembre 2006.

³⁰²² Ibid., p. 9.

³⁰²³ En vertu de l'article L. 621-2 I du CMF (l'Autorité des marchés financiers comprend un collège, une commission des sanctions et, le cas échéant, des commissions spécialisées et des commissions consultatives), l'AMF a créé en février 2004 cinq commissions consultatives : la Commission consultative Épargnants, la Commission consultative Organisation et fonctionnement du marché, la Commission consultative Activités de compensation, de conservation et de règlement-livraison, la Commission consultative Gestion et Investisseurs institutionnels et la Commission consultative Opérations et information financières des émetteurs.

représentée. La situation est encore plus surprenante en Allemagne, où, outre les comités composés de parlementaires, le cadre des consultations internalisées de la BNetzA est composé du seul WAR (Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen). Ce Groupe de travail sur la régulation est ainsi organisé autour de douze membres, tous universitaires, les associations de consommateurs et professionnelles en étant exclues.

A supposer même que les associations de consommateurs soient matériellement aptes à participer aux consultations internalisées, une autre difficulté issue des nouvelles formes de démocratie participative est liée à l'inégalité de ressources et de visibilité des groupes, ce qui peut empêcher une participation équilibrée aux processus consultatifs. Contrairement aux associations s'appuyant essentiellement sur des bénévoles, l'Etat entretient des relations financières avec près de la moitié des associations d'employeurs. Il exerce ainsi une influence essentielle sur la structuration de la participation des groupes aux différents processus, à la fois à travers le financement qu'il accorde et par l'organisation de leur participation. Pour certains auteurs, la perspective que seuls certains groupes d'intérêts puissants vont réellement être en mesure d'influencer le processus fait ainsi peser le risque d'exclusion des citoyens ordinaires et des associations de consommateurs³⁰²⁴.

Enfin, le dernier problème est davantage inhérent au concept de la démocratie associative : il s'agit de la professionnalisation des élites de la représentation et de l'aliénation de la base. Au-delà des limites d'accès égalitaire que présentent ces nouvelles formes démocratiques, nous sommes confrontés à un problème lié aux modes participatifs de la démocratie, à savoir la professionnalisation des groupes d'intérêt, car seuls les délégués ou les représentants de plus en plus professionnalisés et parfois éloignés de la base peuvent participer in fine aux processus de consultation. Depuis les travaux de l'école sociologique élitiste et l'ouvrage de Robert Michels³⁰²⁵, le phénomène de la professionnalisation n'est plus nouveau. Les études américaines sur les mouvements sociaux ont d'ailleurs insisté très tôt sur la professionnalisation inévitable des groupes sociaux lorsque ces derniers cherchent à influencer les processus politiques et économiques. En effet, lors de consultations courtes et

³⁰²⁴ M. MAGGETTI, « Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review », op. cit., p. 5. Pour l'auteur, « apart from the criticisms about the idealization of that assumption - the prospect that only certain powerful interest groups are actually able to influence the process, thus excluding ordinary citizens and looser organisations, such as consumer associations ».

³⁰²⁵ R. MICHELS, *Les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*, Paris, Flammarion, 1971.

peu espacées dans le temps, il est peu probable que les représentants d'association aient toujours le temps et les moyens de consulter à leur tour leurs membres.

b. Les critiques adressées aux consultations en ligne

Si les remarques formulées à l'encontre des processus internalisés permettent d'avoir un regard critique sur les ARN, il convient de noter que la majorité d'entre elles offrent toutefois la possibilité à tous les types d'acteurs de se manifester lors de consultations. Alors que le recours à des consultations électroniques semble constituer une solution à ces problèmes de représentativité, l'utilisation répétée des cyberconsultations entraîne la formulation d'autres critiques.

En effet, les consultations en ligne présentent un certain nombre de limites liées à la représentativité des participants, puisque les destinataires de la régulation ne sont pas placés sur un même pied d'égalité devant les consultations en ligne. Comme le note l'Ofcom, certains destinataires des décisions des régulateurs, comme les grandes entreprises, ont des experts disponibles pour participer effectivement à toutes les consultations, à l'inverse des petites entreprises. Les associations de consommateurs et les consommateurs pris individuellement manquent également de temps et de compétences pour pouvoir y répondre³⁰²⁶. Le risque existe que les consommateurs ne soient pas aussi bien organisés que les entreprises et les opérateurs régulés pour faire valoir leurs intérêts propres, faisant de chaque consultation un leurre. Comme le précise Martine Lombard, « il serait (...) utile d'organiser l'accès le plus large à des sources d'information diversifiées et de donner aux consommateurs et usagers des services publics les moyens juridiques et financiers de rééquilibrer auprès des instances décisionnelles les pouvoirs de pression dont disposent d'autres intérêts »³⁰²⁷. Cette remarque est d'autant plus vraie que la très grande majorité des consommateurs, bien que concernés directement par les décisions des ARN, ne sont pas, pris individuellement, aptes à participer à ces consultations et ce pour plusieurs raisons.

La première est liée à la méconnaissance totale de la part des consommateurs de l'existence même de régulateurs dans certains secteurs. Une étude intéressante menée en

³⁰²⁶ Dans son article précité, Dorit Reiss notait que des associations de consommateurs telles que UFC-Que choisir n'avaient en réalité qu'un ou deux membres chargés de répondre aux consultations internet des ARN.

³⁰²⁷ M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », op. cit., p. 538.

France en 2012 à la demande de l'Autorité de la concurrence montre toute la difficulté pour ce type d'autorité d'être reconnue et identifiée³⁰²⁸. Même s'il est difficile de transposer les résultats de ce type de sondage aux autorités de régulation économiques et financières françaises, les résultats de l'étude sont édifiants. Moins de 2/3 des sondés connaissent l'existence de l'Autorité de la concurrence, dont il est pratiquement certain qu'elle bénéficie d'une meilleure visibilité que la plupart des régulateurs sectoriels, et moins d'1/3 des sondés estiment qu'elle constitue une autorité indépendante. Comment imaginer dès lors que le consommateur lambda puisse s'intéresser aux consultations organisées par des régulateurs dont il ne connaît pas les principales caractéristiques, voire même l'existence. Alors qu'elle touche et impacte la vie au quotidien, la régulation du secteur de l'énergie reste par exemple largement méconnue de la population et peu d'utilisateurs s'intéressent réellement au travail de la CRE, si tant qu'ils en connaissent la mission. C'est l'idée bien connue de « la fée de l'électricité »³⁰²⁹, qui est invisible et dont on ne se soucie guère, jusqu'à ce qu'elle arrête de briller, comme en période de crise.

La seconde est liée au difficile accès à la consultation. Il s'agit en partie d'un défaut d'information sur l'existence de consultations par les ARN elles-mêmes. Si certaines autorités de régulation ont pris le parti d'informer très largement le public de l'ouverture de consultations³⁰³⁰, d'autres ont des sites internet qui nécessitent une recherche afin d'y accéder³⁰³¹. Plusieurs ARN ne leur donnent même quasiment aucune visibilité³⁰³². A cette

³⁰²⁸ Autorité de la concurrence, Les Français et la concurrence. Principaux enseignements, Etude menée par l'institut de sondage TNS sofrès, Janvier 2012. Les résultats de cette enquête rejoignent largement ceux de l'Eurobaromètre conduit en 2009 dans l'enquête « Comment les citoyens de l'UE perçoivent-ils la politique de la concurrence? » en 2009.

³⁰²⁹ La formule, appréciée des économistes, fait référence au tableau éponyme « La Fée Electricité » de Raoul Dufy, réalisé pour l'exposition universelle organisée à Paris en 1937.

³⁰³⁰ Les pages principales des sites de l'ARCEP (depuis 2016), de la CRE, de l'Ofcom, de l'Ofgem, de l'AEEG et de l'AGCOM permettent par exemple d'accéder directement aux consultations en cours. Sur les sites de l'ILR et de la CNMC, l'accès aux consultations se fait secteur par secteur mais celles-ci bénéficient d'une bonne visibilité, et celui de l'ACM permet d'accéder directement aux consultations par le menu déroulant « publications ».

³⁰³¹ Sur les sites de la CREG et de l'AMF, les consultations publiques sont respectivement accessibles via les onglets « secteurs » et « publications ». L'onglet « documents » permet d'accéder rapidement aux consultations publiques en cours sur les sites de la CREG et de la BaFin. Le menu déroulant de l'onglet « news » de la FCA permet également un accès direct aux consultations.

³⁰³² Pour accéder aux consultations publiques en cours sur les sites de l'IBPT ou de la COVIP, il est nécessaire de rechercher parmi les communiqués de presse et d'actualité, ou effectuer une recherche sur le site parmi les publications. A l'exception de la consultation d'ampleur liée à l'expansion du réseau de lignes à haute tension en Allemagne (qui bénéficie d'ailleurs d'un site spécifique), la même remarque peut être formulée à l'égard de la Bundesnetzagentur.

difficulté s'ajoute par ailleurs la complexité des processus de consultation et le temps imparti pour y répondre.

Mais c'est aussi la méthode de la consultation publique en ligne qui pose problème. D'une part, les consultations sur internet entretiennent une illusion égalitaire et peuvent en réalité conduire à des inégalités entre administrés³⁰³³. Cette critique n'est pas propre aux cyberconsultations mais elle prend une dimension supplémentaire en matière de régulation : ceux qui participent spontanément sont souvent les mieux informés et la démocratie participative semble par conséquent accentuer les inégalités préexistantes. Dans certains Etats membres de l'UE, l'accès à internet est également une source spécifique d'inégalités. Par ailleurs, la participation des personnes privées peut entraîner des phénomènes de confiscation et renforcer l'influence de certains groupements pour finalement s'avérer trompeurs si les citoyens sont de fait évincés. Enfin, les consultations en ligne symbolisent en vérité une crise de la démocratie représentative et de l'expertise³⁰³⁴ en remettant en cause certains bienfaits de la collégialité et de la délibération. Au point d'en oublier l'une des limites pratiques : les consultations électroniques entretiennent une segmentation des intérêts. Malgré leurs défauts, les organes collégiaux, qui combinent souvent représentation et expertise, permettent de réunir des points de vue différents, d'entretenir un dialogue entre les différents acteurs et d'aboutir à des positions adoptées collectivement sous forme de consensus.

Enfin, il est difficile d'apprécier le résultat d'une consultation en ligne. Alors que l'avis d'une commission consultative consiste en une expression d'une volonté unique qui fait le plus souvent l'objet d'un compte rendu par la commission elle-même, les résultats d'une consultation électronique nécessitent par nature une synthèse. L'autorité de régulation dispose donc ici d'une plus grande liberté, à la fois pour interpréter les volontés multiples, mais aussi pour les prendre en compte dans la prise de décision. Il existe un risque que l'intérêt du procédé soit tributaire de ce que l'autorité voudra bien « faire dire » aux différentes contributions. En effet, les remarques formulées et les commentaires recueillis lors des consultations sont rarement publiés individuellement mais font l'objet de synthèses et de

³⁰³³ T. VEDEL, « L'internet et ses usages citoyens » in *Les nouvelles dimensions de la citoyenneté*, Cahiers français, 2003, n°316, p. 86.

³⁰³⁴ Voir : T. VEDEL, « L'idée de démocratie électronique : origines, visions, questions », in P. PERRINEAU (dir.), *Le désenchantement démocratique*, La Tour d'Aigues, Ed. de l'Aube, 2003, p. 258. Pour l'auteur, la démocratie électronique fait face à « une démocratie représentative fatiguée et une démocratie directe utopique ».

comptes-rendus par la plupart des ARN, et rares sont les régulateurs qui ont tenté de pallier ces difficultés en publiant toutes les réponses reçues lors des consultations. L'Ofcom et l'Ofgem font ici encore office d'exception, puisque les deux régulateurs britanniques prévoient par exemple dans leurs guidelines une transparence totale des réponses reçues à leurs consultations : « we believe it is important for everyone interested in an issue to see the views expressed by consultation respondents. We therefore usually publish all responses on our website, www.ofcom.org.uk, ideally on receipt »³⁰³⁵.

En définitive, et bien que ces mécanismes de consultation tendent à légitimer l'action des autorités de régulation, les nombreuses critiques formulées à leur encontre illustrent l'idée selon laquelle la plupart des consultations menées par les ARN participent à une manifestation très confidentielle de la démocratie participative, à laquelle ne prend part en réalité qu'un microcosme d'experts économiques, juridiques et politiques³⁰³⁶.

B. Renouveler les sources de la légitimité de la régulation par la participation

En dépit des critiques formulées à l'encontre des mécanismes de concertations actuels, ces derniers constituent l'une des meilleures chances pour les régulateurs de bénéficier d'une légitimité. D'autres mécanismes, essentiellement d'inspiration étrangère, permettent également de replacer les professionnels et les consommateurs au centre de la prise de décision. L'utilisation de la régulation privée comme complément à la régulation publique (1) et l'expérience américaine de la Regulation Negotiation (2) figurent ainsi parmi les « bonnes idées » dont nous pourrions nous inspirer pour re-légitimer les autorités de régulation (3).

1. L'utilisation adéquate de la régulation privée

Nous avons déjà expliqué qu'une autorégulation des marchés économiques et financiers par les agents intervenant dans les secteurs régulés n'est ni possible ni souhaitable. Les marchés ne pouvant s'autoréguler, c'est l'action des autorités de régulation qui vise à

³⁰³⁵ Ofcom, *How will Ofcom consult ? Consultation Guidelines*, op. cit. Voir également Ofgem, *Guidance on Ofgem's approach to consultation*, op. cit., §32.

³⁰³⁶ Voir notamment pour une analyse des procédures de consultations menées par l'administration en général : R.A. IRVIN and J. STANSBURY, « Citizen Participation in Decision Making: Is It Worth the Effort? », *Public Administration Review*, Vol. 64, Iss. 1, February 2004, p. 55

combler cette lacune. Faut-il pour autant écarter tout recours à la régulation privée ? Nous ne le pensons pas et nous estimons même que sous certains aspects, un renforcement de la régulation privée permettrait à la régulation de regagner une part de légitimité auprès de certains de ses acteurs. De manière simplifiée, il est possible d'affirmer que la régulation est marquée par un impératif d'indépendance qui impose la séparation entre auteurs et destinataires de la régulation. L'autorégulation au contraire admettrait une coïncidence, une proximité entre les deux. Si ce critère structurel pourrait mettre en évidence différents types d'intérêts protégés – l'intérêt public par la régulation et les intérêts des régulés par la régulation privée – cette interprétation est en réalité dépassée tant en théorie qu'en pratique.

En fait, le rapport entre régulation publique et régulation privée change selon que cette dernière a une fonction supplétive ou un rôle complémentaire. Lorsque l'autorégulation a une fonction supplétive, celle-ci a une force inversement proportionnelle à celle de la régulation publique. Cette autorégulation supplétive fut privilégiée un temps dans le secteur de l'énergie en Allemagne, ou dans les secteurs financiers dans les pays anglo-saxon. C'est également le cas aux niveaux supranational et international, où les institutions de régulation sont souvent soit totalement absentes, soit dotées de pouvoirs insuffisants³⁰³⁷. Cette fonction de l'autorégulation a toutefois perdu de son importance en Europe avec le développement des autorités de régulation contemporaines que l'on connaît depuis plusieurs années.

En cas de complémentarité à l'inverse, il n'y a pas de relation de « vase communicant » entre régulation et régulation privée. La complémentarité implique au contraire un renforcement réciproque³⁰³⁸. Plus la régulation est forte, plus la régulation privée pourra trouver sa place dans certains domaines³⁰³⁹. Un auteur a d'ailleurs développé l'hypothèse d'une intégration des deux formes de régulations³⁰⁴⁰ par laquelle les régulateurs privés opèrent dans une chaîne de régulation dont les régulateurs publics restent les principaux acteurs. L'originalité de la participation du privé dans l'élaboration des règles de

³⁰³⁷ R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, op. cit.

³⁰³⁸ En ce sens, l'autorégulation et la régulation privée s'analysent surtout en réalité comme des mécanismes de co-régulation. Voir : J.-B. AUBY, « Autorégulation et droit administratif », DA, 2008, étude 17.

³⁰³⁹ Il est en effet erroné d'interpréter les développements actuels de l'autorégulation et de la régulation privée participative comme les indices d'une privatisation de la fonction de régulation.

³⁰⁴⁰ F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », RFAP, 2004/1 n°109, p. 30. L'auteur précise que « par intégration nous n'entendons pas la simple superposition, mais plutôt une chaîne de régulation dans laquelle les régulateurs publics et privés coopèrent selon des modalités établies dans l'exercice de l'activité régulatoire ».

régulation ne réside d'ailleurs pas dans l'intervention du privé elle-même, mais dans la reconnaissance officielle, l'institutionnalisation de cette participation à la fonction de régulation menée par les autorités de régulation³⁰⁴¹. Parmi ces différents modèles de participation de l'autorégulation distingués par Fabrizio Cafaggi, plusieurs semblent permettre de légitimer l'action des ARN aux yeux d'un certain nombre d'acteurs des secteurs concernés. Nous en retiendrons deux qui touchent à l'activité complémentaire de l'autorégulation et qui s'inscrivent pleinement dans la chaîne de régulation précédemment évoquée.

Le premier modèle favorise l'adoption de règles et de codes de conduite par des autorités dotées d'un pouvoir d'autorégulation tout en permettant à la fois un contrôle ex post de vérification de la légalité du contenu des codes et la possibilité pour le régulateur public de prendre des mesures d'intervention ou de substitution. Ce type d'intervention de la régulation privée est relativement courant dans certains secteurs. Le code des marchés financiers prévoit ainsi que les conseillers en investissements financiers doivent adhérer à une association chargée de leur représentation collective. Chacune de ces associations doit être agréée et le code de bonne conduite auxquels sont soumis ses membres approuvé par l'AMF³⁰⁴². Autre exemple dans le secteur des communications électroniques, l'ARCEP avait en 2010 proposé la création d'un organe d'autorégulation composé des opérateurs de communication électronique et des éditeurs de SVA (services à valeur ajoutée)³⁰⁴³. Créé en 2012, cet organe appelé SVA+ est désormais chargé de lutter contre les pratiques déloyales et de proposer des évolutions dans son secteur pour assurer une cohérence déontologique afin de garantir des

³⁰⁴¹ L. VILLABLANCA, Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Etude de droit comparé, Thèse, 2013, p. 231.

³⁰⁴² Art. L541-4 CMF : « tout conseiller en investissements financiers doit adhérer à une association chargée de la représentation collective et de la défense des droits et intérêts de ses membres. Ces associations sont agréées par l'Autorité des marchés financiers en considération, notamment, de leur représentativité et de leur aptitude à remplir leurs missions. Elles doivent avoir fait approuver par l'Autorité des marchés financiers les conditions de compétence et le code de bonne conduite auxquels sont soumis leurs membres », et art. L547-4 CMF : « tout conseiller en investissements participatifs doit adhérer à une association chargée du suivi de ses membres dans les conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Cette association est agréée par l'Autorité des marchés financiers en considération, notamment, de sa représentativité et de son aptitude à remplir ses missions dont les critères sont précisés dans le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Elle doit avoir fait approuver par l'Autorité des marchés financiers les conditions de compétence et le code de bonne conduite auxquels sont soumis ses membres pour l'exercice de l'activité de conseiller en investissements participatifs ».

³⁰⁴³ ARCEP, *Trente propositions afin d'améliorer les offres faites aux consommateurs de services de communications électroniques et postales*, Document de synthèse, novembre 2010, proposition n°22 : « l'ARCEP propose que soit créée une nouvelle instance déontologique comprenant l'ensemble des parties prenantes du secteur qui définira les règles sur l'usage légitime des SVA et qui veillera à les faire respecter ».

services de qualité aux consommateurs³⁰⁴⁴. A l'échelle de l'Union, l'AEMF avait elle aussi invité récemment les proxy advisors à rédiger eux-mêmes leur code de bonne conduite, en énonçant toutefois un certain nombre de principes qui sont autant d'objectifs à atteindre, dans le cadre d'une « autorégulation contrôlée »³⁰⁴⁵.

Le second peut s'apparenter à une « régulation déléguée » et traduit une délégation de pouvoirs et de compétences à des organismes de régulation privée. Cette délégation se traduit en pratique par une plus grande implication du privé et permet une meilleure définition des standards, et par conséquent un plus fort degré d'application conforme. Cette régulation déléguée en matière de régulation financière s'illustre notamment en France par les règles de marché, lesquelles sont établies par les entreprises de marché, mais approuvées par l'AMF. Le code des marchés financiers prévoit ainsi que « l'Autorité des marchés financiers peut : 1° Déléguer aux entreprises de marché et, le cas échéant, aux chambres de compensation le contrôle de l'activité et des opérations effectuées par les membres d'un marché réglementé ainsi que par les prestataires de services d'investissement ayant transmis des ordres sur ce marché »³⁰⁴⁶. En Suisse, la Loi sur le blanchiment d'argent³⁰⁴⁷ va encore plus loin puisqu'elle institue des OAR (organismes d'autorégulation) chargés de la surveillance de certains intermédiaires financiers³⁰⁴⁸. La mission des OAR consiste à établir les règlements précisant les modalités de mise en œuvre des obligations découlant de la LBA et à contrôler que leurs affiliés respectent leurs obligations. Quant aux OAR, ils sont eux-mêmes placés sous la surveillance de la FINMA. Il incombe ainsi à la FINMA d'octroyer ou de retirer la reconnaissance aux OAR, d'approuver leurs règlements et de veiller à ce que les OAR fassent appliquer ces règlements³⁰⁴⁹. Dans les secteurs économiques également, une régulation opportune du numérique et notamment de l'internet ne peut par exemple s'exercer

³⁰⁴⁴ ARCEP, L'ARCEP salue la création de l'association « SVA+ » qui va concourir à la régulation des services à valeur ajoutée, Communiqué de presse, Paris, le 7 février 2012. Pour de plus amples informations, voir le site internet du SVA+ : <http://www.svaplus.fr/>.

³⁰⁴⁵ Communiqué de presse de l'AEMF, ESMA recommends EU Code of Conduct for proxy advisor industry, 19/02/2013.

³⁰⁴⁶ Art. L621-9-2 CMF. Voir également, Art. L421-10 CMF : l'entreprise de marché établit les règles du marché qui « sont approuvées par l'Autorité des marchés financiers, qui vérifie leur conformité aux dispositions législatives et réglementaires applicables, ainsi que leur caractère proportionné aux objectifs poursuivis. Les propositions de modifications de ces règles sont notifiées à l'Autorité des marchés financiers, qui les approuve, dans un délai fixé par son règlement général, après avoir effectué les vérifications prévues à l'alinéa précédent ».

³⁰⁴⁷ Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier, 10 octobre 1997, RO 1998 892.

³⁰⁴⁸ Art. 24 de la LBA.

³⁰⁴⁹ Voir le site de la FINMA : <https://www.finma.ch/>.

efficacement sans une délégation importante à des organes d'autorégulation³⁰⁵⁰, notamment en matière de gestion du système de nommage sur l'internet. Enfin, à l'échelle de l'Union européenne, et à supposer que voit le jour une véritable autorité de régulation européenne intervenant notamment dans le secteur de l'énergie, des mécanismes de régulation déléguée pourraient prendre tout leur intérêt. Les actuels ENTSO, qui sont des organismes d'autorégulation chargés de rédiger des normes techniques et de sécurité appliquées à l'ensemble des acteurs européens, pourraient ainsi se voir déléguer des compétences par l'ARE, laquelle conserverait toutefois la possibilité d'en contrôler l'exercice.

2. *L'inspiration américaine de la Regulatory Negotiation*

Contrepartie indispensable à la concentration des pouvoirs dont les agences de régulations américaines bénéficient, le principe de Rep by pop³⁰⁵¹ a permis aux Etats-Unis la multiplication des processus de participation dans le cadre des prises de décisions d'agences de régulation américaines. Précisément, l'ancrage des agences de régulation américaines « dans la démocratie » date de l'adoption en 1946 de l'Administrative Procedure Act (APA)³⁰⁵², dont l'objectif est d'obliger les agences « à fonctionner de manière démocratique dans l'élaboration des règlements qu'elles prennent et l'application qu'elles en font »³⁰⁵³. L'APA reconnaît un droit pour toute personne intéressée de participer à la procédure de rule-making des agences de régulation. Cette possibilité s'exerce dans le cadre d'un processus de consultation encadré, obligatoire et contraignant pour l'agence mais dont les résultats ne lient pas celle-ci³⁰⁵⁴. Ce sont les procédures de notice and comment, proches de celles abordées précédemment en Europe, qui s'appuient sur un devoir d'information et un large recours aux consultations. Deux procédures permettent toutefois de dépasser ce processus consultatif

³⁰⁵⁰ E. BROUSSEAU, « Régulation de l'Internet. L'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique*, 2001, Vol. 52, p. 349.

³⁰⁵¹ Le principe de Representation by population implique le consentement de la population à toute prise de décision. Voir : B.E. BROWN, *L'État et la Politique aux États-Unis*, Paris, PUF, 1994, pp. 6 et 184.

³⁰⁵² Administrative Procedure Act, Public Law 79-404,60 Statutes at Large 237 (Juin 11,1946). Pour une étude non-technique, voir C. COGLIANESE, « Citizen Participation in Rulemaking, Past, Present and Future », *Duke Law Journal*, 2006, Vol. 55, p. 943. Pour une étude de droit comparé entre la France et les Etats-Unis, voir: D. CUSTOS, « Droits administratifs américain et français : sources et procédure », *RIDC* 2/2007, Vol. 59, pp. 285-305.

³⁰⁵³ E. ZOLLER, « Les agences américaines, la régulation et la démocratie », *op. cit.*

³⁰⁵⁴ Si le juge vérifie ainsi que les exigences de participation, de transparence et de publicité sont respectées, la décision revient à l'agence seule.

somme toute classique pour permettre a priori aux destinataires de la régulation d'agir directement sur l'activité des agences³⁰⁵⁵.

En premier lieu, l'APA précise que toute personne possède le droit de demander que soit adoptée, modifiée ou abrogée une règle par le dépôt d'une petition for rulemaking³⁰⁵⁶. L'accès aux pétitions est facilité par les agences de régulation elles-mêmes, puisque les sites Internet de la SEC³⁰⁵⁷ et de la FCC³⁰⁵⁸ expliquent par exemple leur fonctionnement et possèdent une rubrique destinée à leur formulation. Toutefois, parce que le processus de chaque agence pour le traitement des petition for rulemaking diffère, les réponses varient également. Dans certains cas, un organisme peut informer le public de la pétition en l'affichant sur son site Web ou en publiant un « avis de réception » dans le Federal Register. D'autres agences peuvent seulement en informer personnellement l'auteur. Le traitement de la demande est également différent d'une agence à l'autre. La SEC par exemple soumet les pétitions à une période de consultation au cours de laquelle les individus et les groupes d'intérêts concernés peuvent donner leur avis sur la question, selon le principe du notice and comment. Dans d'autres cas, l'agence peut délibérer sur la pétition en interne. La procédure aboutit alors à l'acceptation ou au refus de la pétition. Si l'agence de régulation accepte la pétition, un processus de modification de la règle contestée débute. Si l'agence décide de ne pas donner suite à la requête, l'auteur de la pétition est informé du refus, par un avis publié sur le site Internet de l'agence ou dans le Federal Register.

En second lieu, le Negotiated Rulemaking Act de 1990³⁰⁵⁹ est à l'origine d'un processus de participation tout à fait innovant appelé Regulatory Negotiation (Reg-Neg). Ce processus appelé des vœux de la doctrine³⁰⁶⁰ permet notamment aux destinataires de la régulation, non plus de participer au processus de décision mais d'élaborer directement la règle au sein d'un comité de négociation créé à cet effet. Ce comité, généralement composé de quinze à vingt-cinq membres, est censé représenter tous les stakeholders potentiellement

³⁰⁵⁵ M-F. CUELLAR, « Rethinking Regulatory Democracy », *Administrative Law Review*, Vol. 57, n° 2, 2005, p. 411.

³⁰⁵⁶ 5 U.S. Code § 553 (e) : « each agency shall give an interested person the right to petition for the issuance, amendment, or repeal of a rule ».

³⁰⁵⁷ <http://www.sec.gov/rules/petitions.shtml>.

³⁰⁵⁸ <http://www.fcc.gov/encyclopedia/rulemaking-process-fcc>.

³⁰⁵⁹ Negotiated Rulemaking Act, Public Law 101-648, 104 Statutes at Large 4969 (November 29, 1990).

³⁰⁶⁰ Voir : P.J. HARTER, « Negotiating regulations: A cure for the malaise? », *Georgetown Law Journal*, Vol. 71, Iss. 1, octobre 1982, p. 1.

affectés par la régulation en question³⁰⁶¹, y compris les citoyens et l'agence de régulation elle-même, laquelle ne bénéficie plus de statut spécial, mais est un membre du comité de négociation comme les autres. L'objectif de cette régulation par la négociation est « to encourage agencies to use the process when it enhances the informal rulemaking process »³⁰⁶². En d'autres termes, le but est de créer, à côté du processus de consultation ordinaire, un processus de concertation, et non plus de consultation, entre le secteur régulé, les groupes d'intérêts concernés et l'agence. Le comité débat alors sur la réglementation, souvent avec l'aide d'un médiateur³⁰⁶³ (facilitator), de telle sorte que les négociations aboutissent à un projet de texte né d'un consensus entre les participants³⁰⁶⁴, c'est à dire un accord unanime entre les parties présentes³⁰⁶⁵. Une fois l'accord trouvé, le projet de texte est publié et soumis au processus consultatif ordinaire. Même s'il est complexe à mettre en œuvre – le comité doit être réellement représentatif – il semble « difficile d'imaginer un procédé administratif de prise de décision plus démocratique que celui de la Regulatory Negotiation »³⁰⁶⁶.

Si ces deux processus originaux donnent un moyen au public de participer réellement à l'élaboration des règles, l'agence de régulation conserve néanmoins la main mise sur le processus au moins lors d'une de ses étapes. Ils constituent toutefois de bons exemples de procédures qui pourraient être reprises et aménagées par les régulateurs européens.

3. Propositions pour re-légitimer les autorités de régulation dans leur prise de décision

Dès lors qu'il est admis qu' « aucune décision n'est estimée légitime par les citoyens si elle n'a pas été discutée »³⁰⁶⁷, il convient d'abord dans tous les Etats membres de rendre obligatoire et systématique le recours à des mécanismes de consultation sur un certain nombre de sujets d'importance ayant un impact sur les différents acteurs du secteurs, de l'opérateur au citoyen. Ces consultations doivent par ailleurs bénéficier d'une meilleure visibilité, comme

³⁰⁶¹ En pratique, l'agence publie au Federal Register la liste des intérêts affectés par la régulation et les personnes et groupes retenus pour représenter ces intérêts. Ainsi informé, le public dispose alors de la possibilité de demander la nomination d'autres personnes pour siéger au comité.

³⁰⁶² 5 U.S. Code § 561.

³⁰⁶³ 5 U.S. Code § 566 (c), (d).

³⁰⁶⁴ 5 U.S. Code § 566 (f).

³⁰⁶⁵ 5 U.S. Code § 562 (2) : « unanimous concurrence among the interests represented on a negotiated rulemaking committee ».

³⁰⁶⁶ D.H. ROSENBLOOM et J. DOLAN, « La bureaucratie représentative », RFAP 2/ 2006 n°118, p. 261.

³⁰⁶⁷ « Questions à... Jacky Richard, président adjoint, rapporteur général de la section du rapport et des études », AJDA 2011, p. 1292.

une publicité sur le service public télévisuel, et doivent s'étaler sur plusieurs mois, de telle sorte que les personnes intéressées puissent prendre le temps de participer effectivement aux consultations et que les représentants des associations et des groupes d'intérêts puissent faire remonter le point de vue de leurs membres. Les consultations pourraient faire l'objet de pré-consultations intégrées et informelles afin de mieux cerner les enjeux avant que les consultations publiques soient lancées. Une phase de questions / réponses devrait également être systématiquement organisée afin d'être certain que toutes les problématiques liées à la décision aient été comprises. L'objectif est ici de replacer le citoyen au centre du processus consultatif, lequel n'a actuellement guère de place dans le dispositif de régulation traditionnel³⁰⁶⁸. Comme le note un auteur, « l'acte pris par l'autorité de régulation doit être soumis à la consultation préalable des parties prenantes (...) de telle sorte que celles-ci puissent contribuer activement et participer à la formation de la règle dont elles seront les destinataires »³⁰⁶⁹. Pour ce faire, la possibilité pour les usagers de recourir à une pétition qui devrait être étudiée par l'ARN au delà d'un certain nombre de signatures leur permettrait d'être directement à l'initiative de la réglementation. La pétition ferait alors l'objet d'une procédure transparente de consultation, plus large, afin de déterminer la pertinence de la demande. Dans tous les cas, elle imposerait au régulateur de répondre aux demandes formulées et de justifier sa décision.

Ensuite, il faut rechercher dans quelle mesure les consultations intégrées peuvent faire l'objet d'une meilleure représentativité. Celle-ci nécessiterait une structuration des groupes d'intérêts, avec pour objectif de donner plus de place et de poids au citoyen. En effet, « la démocratie participative ne peut pas se suffire de l'expression, souvent désordonnée, des opinions (...). Elle mérite des procédures pour recueillir des avis aussi indépendants d'intérêts particuliers que nourris de savoirs variés (...). Un échantillon de la population, indépendant parce que tiré au sort, devient capable, à l'issue d'une formation pluridisciplinaire et

³⁰⁶⁸ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 532. Pour Martin Collet, *La légitimité de l'autorité de régulation « passe par l'association des personnes intéressées à l'élaboration des normes, par la synthèse entre les intérêts divergents, par la prise en compte des aspirations de tous, sans recours au principe classique de la désignation par l'élection »*. M. COLLET, « De la consécration à la légitimation, Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », *op. cit.*, p. 53.

³⁰⁶⁹ S. SCREPANTI, « La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti », *Giorn. dir. amm.*, n° 4, 2007, p. 379. Traduction libre de : « *l'atto di regolazione deve essere sottoposto alla consultazione preventiva dei soggetti interessati (e cioè di coloro che operano in un determinato ambito materiale oggetto di regolazione) in modo tale che questi ultimi possano contribuire o essere messi nelle condizioni di partecipare alla formazione della regola, della quale risulteranno i destinatari* ».

contradictoire, de proposer des solutions de ce qu'on imagine être le "bien commun" »³⁰⁷⁰. Cette idée a été reprise avec la création en 2007 au Royaume-Uni de l'Ofgem Consumer First Panel³⁰⁷¹, un panel de cent consommateurs représentatifs de la société britannique qui participent aux travaux de l'Ofgem, proposent des modifications de la réglementation et donnent leur avis lorsque l'autorité prend une décision. Ce panel dont les membres sont choisis pour plusieurs années sert également à l'Ofgem pour l'analyse du marché de l'énergie, pour apprécier l'attitude des consommateurs devant la concurrence des opérateurs et pour trouver des solutions aux conflits nés avec les différents fournisseurs. Mais cette représentativité peut également prendre forme au sein de forums consultatifs rassemblant la totalité des acteurs du secteur. Sur ce point, les forums européens de l'énergie³⁰⁷² et des transports³⁰⁷³ constituent de bons exemples dont il faudrait s'inspirer. Ces organes de réflexion, de débat et d'avis, sont composés de personnalités qualifiées afin d'examiner un large éventail de questions touchant aux politiques de l'énergie et des transports³⁰⁷⁴. Ces forums sont ainsi composés de trente-quatre membres sélectionnés par la Commission, représentant tous les secteurs impliqués dans la politique de l'énergie et des transports, à savoir : les opérateurs (producteurs d'énergie, transporteurs, etc.) (neuf membres), les représentants des infrastructures et des réseaux (cinq membres), les usagers et les consommateurs (y compris la maîtrise de la demande) (sept membres), les syndicats (six membres), les organisations environnementales et les organisations chargées de la sécurité notamment dans les transports (cinq membres) et le monde universitaire ou les cercles de réflexion (deux membres).

Enfin, il serait opportun de faire participer directement à la prise de décision des groupes dont la représentativité n'est pas contestée. Ce point de vue est partagé par le conseiller d'Etat italien Luciano Barra Caracciolo, pour qui « replacer les partenaires sociaux et destinataires potentiels de la régulation dans le processus de prise de décision ultime permettrait une réelle re-légitimation démocratique de l'autorité sous forme de démocratie

³⁰⁷⁰ J. TESTART, « Préface », in B. SOURICE, Plaidoyer pour un contre lobbying citoyen, ECLM, 2014, p. 9.

³⁰⁷¹ Voir : <https://www.ofgem.gov.uk/about-us/how-we-work/working-consumers/our-consumer-research-and-publications>

³⁰⁷² <http://www.europeanenergyforum.eu/>

³⁰⁷³ <http://www.europeantransportforum.eu/>

³⁰⁷⁴ Point 3) de la décision 2001/546/CE de la Commission du 11 juillet 2001 portant création d'un comité consultatif intitulé "Forum européen de l'énergie et des transports", JOCE L 195 du 19/7/2001.

directe »³⁰⁷⁵. A l'image de la Reg-Neg, un tel système intégrerait directement le citoyen et le professionnel du secteur à la prise de décision. Si une telle démarche peut paraître utopique, il existe en réalité, en dehors des Etats-Unis, des Etats membres de l'UE dans lesquels les ARN doivent composer avec des groupes d'intérêts pour prendre des décisions. L'idée est ici d'appuyer la décision sur un consensus global entre l'ARN, les consommateurs et les entreprises régulées. En Suède, ce système de décision partagée est notamment utilisé par le régulateur de communications électroniques, la PTS. Pour un certain nombre de décisions, la PTS a ainsi l'obligation de composer avec les sociétés régulées et la konsumentverket (litt : agence de la consommation) pour rendre sa décision. En 2014, la PTS a par exemple conclu un accord tripartite avec la konsumentverket et les sociétés régulées (Hi3G, Net1, Tele2, Telenor et TeliaSonera), sur la couverture du territoire national suédois pour les téléphones portables³⁰⁷⁶. Si ce type de procédure est, comme pour la Reg-Neg, à l'initiative de l'ARN, il n'est pas interdit d'imaginer que les autorités de régulation puissent être obligées de recourir à des procédures décisionnelles négociées dans certains domaines, comme l'augmentation du prix du timbre, les tarifs réglementés de l'électricité, ou la couverture du territoire par les opérateurs téléphoniques.

En demandant le point de vue et en faisant directement intervenir les parties prenantes à l'activité des régulateurs indépendants, la légitimité de sortie et la légitimité de participation permettraient en pratique de réduire le déficit de légitimité des ARI tel qu'il est ressenti par les destinataires de la régulation. En ce sens, si on juge par les résultats et par la méthode employée, ces nouvelles sources de légitimité pourraient ainsi rendre plus acceptable le fait que des pouvoirs importants soient confiés à des organismes indépendants non issus de l'élection.

³⁰⁷⁵ L. BARRA CARACCILOLO, « I procedimenti davanti alle Autorità indipendenti tra diritto interno e diritto comunitario » in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato)*, Torino, 1999, p. 81. Traduction libre de « collocare le parti sociali potenziali destinatarie dell'attività di regolazione delle autorità dentro il processo decisionale che a queste ultime fa capo [consente] una vera e propria rilegittimazione democratica in forma di democrazia diretta »

³⁰⁷⁶ PTS, Krav på tydligare kartor för mobiltäckning, 02/04/2014.

Conclusion du Titre II

Personne ne peut aujourd'hui contester que la légitimité constitue une qualité rendant l'action des autorités de régulation plus démocratique et donc plus acceptable. Prises séparément, les légitimités d'entrée, de sortie et de participation semblent toutefois insuffisantes pour légitimer l'exercice par des autorités indépendantes de pouvoirs élargis à l'abri de tout contrôle politique. D'abord, la légitimité par les inputs qui est la plus démocratique dans l'inconscient collectif est impossible dès lors qu' « un lien avec la démocratie politique conduit à la perte de l'indépendance »³⁰⁷⁷. Ensuite, la légitimité par les outputs présente plusieurs failles d'importance³⁰⁷⁸. Ne faisant pas l'objet d'un consensus doctrinal, elle constitue une source de légitimité très subjective et s'apprécie différemment selon qu'on évalue l'efficacité de la régulation à la place de l'entreprise régulée ou du consommateur. Enfin, la légitimité de participation constitue actuellement une solution qui manque de crédibilité tant en pratique elle n'est pas suffisamment développée.

Schématiquement, la combinaison des différentes sources de légitimité permettrait en revanche de légitimer durablement l'action des régulateurs indépendants, en s'inscrivant dans la recherche d'une régulation du peuple (throughput), par le peuple (input) et pour le peuple (output)³⁰⁷⁹. La quête de légitimité de l'autorité de régulation doit donc s'inscrire dans un dialogue avec le pouvoir politique, les opérateurs économiques et les citoyens. Elle aboutit alors à un carrefour auquel se croisent deux types de légitimité : l'une « dérivée », l'accoutability, qui lui impose de rendre des comptes, l'autre qui lui est propre, et qui constitue une source de son efficacité autour d'un triptyque impartialité, participation et performance.

³⁰⁷⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », *Revue d'économie financière*, op. cit., p. 92.

³⁰⁷⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Réversibilité entre légitimité et efficacité dans les systèmes de régulation », op. cit., p. 196.

³⁰⁷⁹ V. BEKKERS, G. DIJKSTRA et M. FENGER, *Governance and the Democratic Deficit: Assessing the Democratic Legitimacy of Governance Practices*, Routledge., 2013, p. 43.

Conclusion de la Seconde Partie

En confiant les pouvoirs de régulation à des autorités indépendantes, les Etats modernes ont souhaité répondre à deux préoccupations. La première est de placer le régulateur en dehors de tout risque de capture. C'est parce qu'il est indépendant des opérateurs du secteur qu'il régule qu'aucun conflit d'intérêts ne peut apparaître. La seconde est de préserver l'autorité de régulation des influences politiques. L'objectif est ici de lui conférer la crédibilité nécessaire à son action et à la prévisibilité de ses décisions. Si rien n'indique qu'une ARN ne peut pas exercer correctement ses pouvoirs et faire preuve d'efficacité sans être pleinement indépendante, il est toutefois indéniable qu'un tel statut constitue le gage d'une « meilleure » régulation.

Exerçant des pouvoirs considérables à l'abri de la tutelle et du contrôle du pouvoir politique, l'autorité indépendante ne peut toutefois s'exonérer de légitimer son action. Certes, nous avons vu que l'indépendance lui confère une certaine « légitimité d'impartialité ». Mais celle-ci est insuffisante. L'autorité indépendante ne peut devenir légitime que si elle est soumise à plusieurs « épreuves de validation »³⁰⁸⁰ concurrentes et complémentaires. L'élection étant exclue, l'autorité indépendante doit alors s'appuyer sur d'autres sources de légitimité et rendre des comptes à ceux qui lui ont confiés ses pouvoirs comme aux destinataires de son action.

Qu'elle s'inscrive en complément ou en contrepartie de l'indépendance, la légitimité des autorités de régulation lui est donc directement liée, car plus l'exigence d'indépendance est forte, plus les efforts consentis pour devenir légitime doivent être importants. Or si d'un côté les ARN bénéficient sous l'impulsion de l'Union européenne de solides garanties d'indépendance, de l'autre, leur quête de légitimité ne semble pas constituer une priorité. Il faut donc repenser le lien entre indépendance et légitimité pour construire une véritable relation de renforcement mutuel. L'indépendance et la légitimité de l'autorité de régulation doivent donc s'entendre comme un ensemble et non comme deux critères distincts.

³⁰⁸⁰ P. ROSANVALLON, La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité, op. cit., p. 150.

CONCLUSION GENERALE

En dépit de l'existence de sources communes largement issues du droit de l'Union européenne, la mise en œuvre de la régulation subit l'influence de nombreux facteurs nationaux. Pour cette raison, la recherche s'inscrit au carrefour d'intérêts culturels, juridiques, économiques et politiques qui ensemble permettent de comprendre et d'expliquer pourquoi certaines différences importantes entre les autorités de régulation subsistent. Le résultat de la comparaison des systèmes de régulation montre ainsi que l'organisation de la régulation reste profondément marquée par les cultures et les histoires nationales. Au Royaume-Uni, la culture de management dans laquelle travaillent les offices justifie par exemple qu'une part importante de leur légitimité est tirée de l'évaluation de leur performance. En France, l'importance donnée aux droits de l'homme explique que le juge national est allé plus loin que celui de la CEDH en appliquant l'article 6 de la Convention au stade de l'ARN. En Allemagne, la chaîne de légitimité impose quant à elle qu'un contrôle théorique puisse être exercé par le Gouvernement sur les autorités de régulation nationales. Notre démarche consistant à proposer un modèle à suivre pour les autorités de régulation dans l'Union européenne, il ne s'agit pas de nier les spécificités nationales dont nous venons de faire état. Il ne faut d'ailleurs pas toujours voir les particularismes nationaux comme des freins, mais aussi parfois comme des sources d'inspiration. Plus problématiques sont en revanche les contraintes d'ordre politique dont l'influence sur le design institutionnel des autorités de régulation nationales n'est pas liée à un impératif d'efficacité. La réticence à faire évoluer la supervision financière allemande vers un modèle par objectifs, l'opposition à une fusion des ARN françaises dans les services publics en réseaux, ou encore le refus britannique de déléguer un pouvoir réglementaire à l'AEMF figurent ainsi parmi les nombreuses décisions qui ne sont justifiées par aucune considération juridique.

Face à ces difficultés, l'idée de construire un modèle d'autorité de régulation peut donc paraître extravagante. De nombreux indices mis en avant dans notre recherche laissent toutefois penser qu'une telle idée prend progressivement forme. Il ressort de notre analyse que la construction d'un tel modèle est ainsi rendue possible dès lors que celle-ci s'appuie sur des mouvements d'inspirations réciproques qui permettent d'entrevoir des systèmes de régulation

a priori différents comme un ensemble cohérent et harmonisé, et non comme une mosaïque de cas particuliers.

Il s'agit d'abord d'une inspiration verticale, entre l'Union européenne et les Etats membres. Sous l'impulsion de l'UE, les autorités de régulation présentent aujourd'hui de nombreuses caractéristiques communes, notamment dans les secteurs des services publics en réseaux. La démarche « top-down » issue de l'Union européenne favorise l'harmonisation entre les régimes juridiques nationaux et la constitution d'un socle commun de caractéristiques que remplissent désormais ces ARN, notamment depuis que les directives européennes ont diffusé des garanties d'indépendance dans les secteurs des réseaux. Mais les Etats membres participent également à ce mouvement d'inspiration vers l'UE. L'approche « bottom-up » permet en effet aux ARN de servir d'exemple pour renforcer les régulateurs européens actuels, particulièrement en matière de délégation de pouvoirs.

Nous observons ensuite une inspiration horizontale, entre les Etats. Lorsque le principe d'autonomie institutionnelle empêche l'UE d'harmoniser plus en avant le régime juridique applicable aux autorités de régulation, les Etats membres, par mimétisme, participent d'eux-mêmes à cette harmonisation. Par exemple, l'immense majorité des autorités de régulation des services publics en réseaux et des secteurs financiers bénéficient d'une indépendance financière et sont au moins pour partie autofinancés.

Il existe enfin une inspiration inter-sectorielle, tant à l'échelle nationale qu'à celle de l'UE. De ce point de vue, la confrontation des régulations des secteurs des réseaux et des finances est particulièrement enrichissante. Du point de vue organisationnel, les processus de fusion des régulateurs de la banque, des marchés de valeurs et de l'assurance illustrent bien les avantages d'une régulation plus intégrée, que seuls des pays comme l'Allemagne, le Luxembourg et la Lettonie ont privilégié pour la régulation des réseaux. A l'échelle de l'Union également, les trois autorités européennes de surveillance peuvent constituer des modèles à suivre pour la construction de véritables régulateurs européens des réseaux. En matière d'indépendance fonctionnelle à l'inverse, les institutions de régulation financière ne bénéficient pas encore, loin s'en faut, de garanties identiques à celles conférées aux régulateurs des réseaux. Néanmoins, des règles communes à tous ces secteurs prennent forme et ces garanties sont étendues aux secteurs des finances dans plusieurs Etats membres.

Sur la base de ces expériences européennes, nationales et sectorielles, la thèse a mis en lumière des éléments sur lesquels nous pouvons nous appuyer afin de construire un modèle commun d'autorité de régulation dans l'Union européenne. A travers ces résultats, nous souhaitons mettre en évidence plusieurs propositions, car rechercher un modèle implique de faire des choix et de se positionner en faveur de certaines options au détriment d'autres. Celles que nous avons choisi de mettre en avant s'inscrivent dans la recherche d'une régulation plus efficace et s'articulent autour de quatre points.

D'abord, nous pensons qu'il faut à court ou moyen terme mettre l'architecture institutionnelle des régulateurs en phase avec l'évolution des secteurs régulés. Pour ce faire, il serait utile de procéder à des rapprochements et des concentrations, tout en distinguant la régulation ex ante qui doit perdurer et le contrôle ex post de la concurrence. A l'échelle nationale et à celle de l'Union européenne, une fusion des autorités de régulation des secteurs de la banque, de l'assurance et des valeurs mobilières sous la forme du modèle intégré par objectifs nous semble à la fois possible et souhaitable. Dans les secteurs des réseaux, parce que la régulation présente des points de contact évidents, nous privilégions aussi l'autorité de régulation multisectorielle à l'interrégulation horizontale entre les autorités intervenant sur des secteurs similaires, sur le modèle des régulateurs allemand, luxembourgeois et letton.

Ensuite, il semble nécessaire de faire évoluer les moyens mis à disposition des autorités de régulation. Cette évolution doit concerner deux éléments en particulier. Le premier est celui des moyens financiers des ARN. Il impose de s'assurer que les régulateurs puissent s'autofinancer au moins partiellement par une taxe sur les secteurs régulés. Il ressort de notre analyse que certains a priori nationaux doivent ici être remis en cause. Si le droit administratif français est par exemple un « traditionnel produit d'exportation »³⁰⁸¹, il doit savoir lui aussi s'inspirer largement des expériences étrangères. Ce type de financement propre dont bénéficient déjà les régulateurs des secteurs financiers doit donc être étendu à l'ensemble des ARN, y compris en France à toutes celles chargées de la régulation des services publics en réseaux. Le second point touche à la délégation de pouvoirs aux régulateurs européens. Si l'AEMF dispose désormais de pouvoirs élargis, l'ACRE et l'ORECE sont encore des organes de coopération et non de véritables autorités européennes de régulation. L'accroissement de leurs pouvoirs, le cas échéant au détriment de la

³⁰⁸¹ F. MELLERAY, « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », op. cit., p. 1224.

Commission et des ARN qui leurs transfèreraient une part de leurs prérogatives, permettrait à ces deux agences de contribuer à un renforcement de la régulation.

Nous sommes également convaincus que des efforts doivent être engagés pour poursuivre l'harmonisation des règles d'indépendance des autorités de régulation. Pour cela, l'Union européenne doit d'abord veiller à faire respecter les règles déjà prévues dans les directives européennes relatives à l'indépendance fonctionnelle, notamment à propos des instructions formulées par le pouvoir exécutif national. L'UE doit en outre étendre ces règles d'indépendance déjà bien ancrées dans les secteurs des réseaux aux secteurs des finances, par l'intervention du juge si nécessaire. Il semblerait par ailleurs opportun que les Etats membres participent eux aussi à ce mouvement de rationalisation en harmonisant les règles d'indépendance qui s'imposent à leurs régulateurs nationaux. L'Espagne, l'Italie, le Portugal et les Pays-Bas ont initié ce mouvement ces dernières années. En France, l'examen de ces règles a longtemps conduit « au constat d'une grande diversité des solutions (...) dont on peine à trouver la justification »³⁰⁸². Récemment, le législateur français a néanmoins souhaité rationaliser les règles d'indépendance relatives aux AAI. Cette initiative intéressante a pris la forme d'une proposition de loi déposée au Sénat en décembre 2015³⁰⁸³. Malgré certaines réserves, nous ne pouvons que saluer cette initiative qui vise à réduire le nombre d'AAI et à harmoniser les règles applicables aux ARN.

Enfin, il faut repenser le rapport entre autorité de régulation indépendante et démocratie, en renforçant et en multipliant les mécanismes de légitimation des ARN. Cette problématique se pose en premier lieu en termes d'insertion de la figure du régulateur dans la démocratie. Il faut renforcer la reddition des comptes exercée par les parlementaires en prévoyant précisément en amont sur quels critères celle-ci doit porter et sur quoi l'ARN doit rendre des comptes. Il faut en second lieu réfléchir à l'insertion de procédures démocratiques dans l'exercice des pouvoirs de l'autorité de régulation. Pour cela, il est important de renforcer la démocratie participative au sein des ARN afin que les parties prenantes puissent donner plus facilement leurs avis et pour leur permettre d'intervenir directement dans le processus décisionnel de l'autorité. Certaines expériences, comme celles menées aux Etats-Unis, en Suisse et en Suède doivent permettre de faire évoluer la régulation dans ce sens.

³⁰⁸² G. ECKERT et J.-P. KOVAR, « Introduction », op. cit., p. 626.

³⁰⁸³ Proposition de loi n° 225 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, présentée par Mme Marie-Hélène DES ESGAULX, MM. Jean-Léonce DUPONT et Jacques MÉZARD, enregistrée à la Présidence du Sénat le 7 décembre 2015.

Dans le prolongement de ces propositions, il est inévitable de conclure sur les perspectives ouvertes par cette recherche. Lorsque des doutes subsistent sur un système de régulation, la diversité paraît souhaitable dans la mesure où elle reflète l'hétérogénéité entre Etats membres et permet l'expérimentation. Des défis communs en vue d'une meilleure efficacité de la régulation ont toutefois été mis en avant : harmonisation des règles d'indépendance, accroissement des moyens et des pouvoirs, renouvellement des rapports avec la démocratie sont autant de lignes directrices qui construisent un cadre dans lequel tous les régulateurs peuvent se retrouver. Mais le modèle d'aujourd'hui n'est pas le modèle de demain, et les autorités de régulation ne doivent pas être appréhendées de manière statique. Elles opèrent au contraire dans un monde en constante mutation, tant au niveau technique, qu'économique et institutionnel.

La probable sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne participe à ces changements et constitue un bon exemple des futurs bouleversements qui attendent la régulation et l'Union européenne. Le Royaume-Uni s'est souvent positionné pour un statu quo ou pour « moins d'Europe », a souvent été défavorable aux mesures d'intégration proposées à l'échelle de l'UE et a toujours constitué un frein pour la construction d'un modèle d'autorité de régulation. Le système britannique se situe en effet très en marge du mouvement global d'harmonisation et de rationalisation observé dans et entre la plupart des autres Etats membres : opposition à l'accroissement des pouvoirs des régulateurs européens, refus de participer au MSU, choix d'une fusion entre la régulation mixte ex ante et le contrôle ex post de la concurrence, faible indépendance des ARN, choix privilégié d'une légitimité par les outputs, etc. En matière de régulation, sa sortie de l'Union européenne ne doit donc pas être perçue comme une crainte mais comme une chance qui ouvre de nouvelles perspectives de recherche.

A l'heure du bilan, nous avons conscience que notre étude constituait, tant par son ampleur que par les difficultés qu'elle posait, un défi auquel nous n'avons sans doute pas pu complètement répondre. Mais il est de la construction d'un modèle comme de tout absolu : la certitude de ne pouvoir l'atteindre ne doit pas décourager l'effort de s'en approcher. Ce sujet impose donc une mise à jour et un état des lieux réguliers que nous nous efforcerons de réaliser au mieux. Dans l'attente, cette recherche puisse-t-elle au moins convaincre le lecteur de l'intérêt de s'inspirer des « bonnes idées » étrangères et d'harmoniser les règles applicables

aux autorités de régulation des Etats membres et de l'Union européenne, dans la perspective d'une régulation plus intelligible et plus efficace.

Résumé des principales propositions formulées au cours de la thèse :

Architecture institutionnelle

- Proposition n°1

A l'échelle nationale, fusionner les autorités de régulation des communications électroniques, des postes, de l'énergie et des activités de transport au sein d'une Autorité de régulation multisectorielle des industries de réseaux

- Proposition n°2

A l'échelle nationale, privilégier une architecture de la régulation financière par objectifs en distinguant une Autorité intégrée des marchés financiers intervenant dans les secteurs de la banque, de l'assurance et des valeurs mobilières, et une Autorité de supervision prudentielle surveillant ces mêmes secteurs agissant au sein ou en lien direct avec la banque nationale

- Proposition n°3

A l'échelle européenne, privilégier une architecture de la régulation financière par objectifs en fusionnant les trois Autorités européenne de surveillance (AES) et en élargissant les compétences du Mécanisme de surveillance unique (MSU) au secteur des assurances

- Proposition n°4

Renommer l'Organe européen des régulateurs des communications électroniques (ORECE) et l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACRE) en Autorité européenne de régulation des communications électroniques (AERCE) et Autorité européenne de régulation de l'énergie (AERE)

- Proposition n°5

Transformer l'organisation interne de l'AERCE et de l'AERE en confiant les pouvoirs à un Conseil composé des présidents des ARN, à l'image de ce qui est prévu pour les AES

Pouvoirs

- Proposition n°6

Confier ou renforcer les pouvoirs décisionnels ex ante des AER, en transférant ou en partageant le pouvoir d'émettre des lignes directrices et des recommandations contraignantes exercé actuellement par la Commission européenne

- Proposition n°7

Transformer le pouvoir de veto de la Commission européenne en pouvoir de contre proposition nécessitant l'accord de l'AER compétente afin que la Commission doive recevoir l'aval de l'AER pour imposer le retrait d'une décision d'une ARN, à l'image de ce qui est prévu à l'article 10 du règlement instituant l'AEMF

- Proposition n°8

A l'échelle nationale, assurer une séparation organique des fonctions de poursuite et de jugement dans les ARN dotées d'un pouvoir de sanction, en nommant pour une durée déterminée un rapporteur indépendant chargé des fonctions de poursuite et d'instruction

- Proposition n°9

Garantir le respect du principe ne bis in idem pour les Etats signataires du protocole n°7 de la CEDH en interdisant le cumul de poursuites et de sanctions pour les mêmes faits et en privilégiant le cas échéant un aiguillage des sanctions entre l'ARN et le juge pénal

- Proposition n°10

Etendre le pouvoir d'arbitrage et de médiation octroyé aux ARN des secteurs des finances aux ARN des secteurs des industries de réseau

Indépendance

- Proposition n°11

Harmoniser et rationaliser la législation sur des ARN à travers l'adoption dans chaque Etat d'une loi portant statut général des autorités de régulation nationales

- Proposition n°12

Imposer pour chacun des membres d'une ARN une expérience ou une connaissance du secteur régulé par l'autorité

- Proposition n°13

Limiter le mandat des membres des ARN à un mandat de six ou sept ans non renouvelable. Imposer un renouvellement du Conseil par tiers ou par moitié

- Proposition n°14

Limiter les causes d'irrévocabilité des membres des ARN à des causes objectives. Le mandat d'un membre ne devrait pouvoir prendre fin que : au terme du mandat, à son décès, à sa démission, en cas de conflit d'intérêts non résolu, en cas de non respect des règles d'incompatibilités, à la date d'un jugement pénal définitif entraînant emprisonnement, en cas d'incapacité pendant une durée de six mois

- Proposition n°15

Imposer aux membres des ARN des règles d'incompatibilités professionnelles strictes pendant la durée du mandat en ne pouvant exercer aucune fonction en lien avec les entreprises supervisées

- Proposition n°16

Imposer aux membres des ARN des règles d'incompatibilités par anticipation pendant une durée d'au moins un an à compter de la fin de leur mandat et mettre en place une indemnité pendant ce délai de viduité à hauteur de 50% du salaire perçu

- Proposition n°17

Interdire aux membres des ARN de disposer d'intérêts patrimoniaux dans une entreprise supervisée en dehors des intérêts personnels (épargne)

- Proposition n°18

Faire respecter dans les secteurs des industries de réseau le droit de l'Union européenne relatif à l'indépendance des ARN dans leur prise de décision à l'égard des exécutifs nationaux (disparition des homologations, instructions, véto, etc.). Etendre ces garanties d'indépendance aux ARN des secteurs des finances

- Proposition n°19

Accorder aux ARN une indépendance de gestion, la capacité d'ester en justice, et au moins un financement partiel par des ressources propres issues de taxes prélevées sur les entreprises du secteur régulé, si besoin en leur conférant la personnalité juridique

Légitimité

- Proposition n°20

Instaurer une procédure de désignation des membres des ARN partagée ou concertée entre les pouvoirs exécutif et législatif, et permettre au pouvoir judiciaire et à la société civile de nommer au moins un membre de l'ARN

- Proposition n°21

Imposer un Rapport annuel permettant une évaluation précise de l'action du régulateur au regard d'objectifs fixés dans un programme de travail à l'aide d'indicateurs de performance

- Proposition n°22

Organiser au moins une fois par an une audition du directeur du régulateur devant les parlementaires ou devant des commissions parlementaires spécialisées pour rendre des comptes de l'activité de l'autorité

- Proposition n°23

Faciliter l'accès aux cyberconsultations en organisant des campagnes de sensibilisation, en augmentant leur visibilité sur les sites Internet et en prévoyant des durées plus longues pour y participer

- Proposition n°24

Rechercher une meilleure représentativité lors des consultations internalisées en créant dans chaque ARN des comités consultatifs représentatifs des parties prenantes et des spécialistes du secteur (représentants de consommateurs, représentants des entreprises, universitaires, etc.)

- Proposition n°25

Permettre sur quelques sujets sensibles (aménagement du territoire, service universel, etc.) une participation de toutes les parties prenantes au processus décisionnel de l'ARN

TABLE DES ANNEXES

Annexe 1. Tableaux récapitulatifs des autorités de régulation nationales

Etat / Secteur	Energie	eCom	Postes	Transport	Assurance	Valeurs mobilières	Banque
Allemagne	Bundesnetzagentur (BNetzA)				Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) (SM + CP)		Bundesbank (CP)
Autriche	Energie Control Austria (E-Control)	Telekom Control Kommission (TC-Kom)		Schiene-Control Kommission (SC-Kom)	Finanzmarktaufsicht (FMA) (SM + CP)		Banque nat. d'Autriche (CP)
Belgique	Commission de régulation de l'électricité du gaz (CREG)	Institut belge des postes et télécommunications (IBPT)		Service de régulation TFEAB	Autorité des services et marchés financiers (FSMA) (SM)		
					Banque nationale de Belgique (CP)		
Bulgarie	State Energy & Water Reg. Com. (SEWRC)	Communications Regulation Commission (CRC)		Executive Agency Railway Adm. ⁴	Financial Supervision Commission (FSC)		Banque nationale de Bulgarie
Chypre	Cyp. Energy Regulatory Authority (CERA)	Office of the Commissioner of Telecommunications and Postal Regulation (OCECPR)		N/A ⁵	Insurance Companies Control Service	Cyprus Securities and Exchange Com. (CYSEC)	Banque centrale de Chypre
Croatie	Hrvatska energetska regulatorna ag. (HERA)	Hrvatska regulatorna agencija za mrežne djelatnosti (HAKOM)			Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga (CFSSA)		
Danemark	Energitilsynet (DERA)	Danish Business Authority (DBA)		Jernbanelævnævnet	Finanstilsynet - Danish FSA (DFSA)		
Espagne	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ¹				Dirección Gen. Seguros y Fondos Pens. (DGSFP)	Comisión Nacional del Merc. de Val.(CNMV)	Banca de España

Etat / Secteur	Energie	eCom	Postes	Transport	Assurance	Valeurs mobilières	Banque
Estonie	Tehnilise Järelevalve Amet (TRA)	Konkurentsiamet (ECA) ¹			Finansinspektsioon (FI)		
Finlande	Energia- markkina- virasto (EMV)	Finnish Communications Regulatory Authority (FICORA) ²	Liikenteen turvallisuus virasto Trafi ⁴	Finanssivalvonta (FIN-FSA)			
France	Commission de régulation de l'énergie (CRE)	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)	Autorité de rég. des act. ferr. et rout. (ARAFER)	Autorité des marchés financiers			
				ACPR ³ (CP)	(AMF) (SM) (CP)	ACPR ³ (CP)	
Grèce	Regulatory Authority for Energ. (RAE)	Hellen. Telecommunications and Post Commission (EETT)	Regulatory authority for rail. (RH) ⁴	Dep. of Private Insurance Supervision ³	Epitroph Kefalaiaogoras (HCMC)	Banque nationale de Grèce	
Hongrie	Mag. Energ. és Közmű- szabályo-zási Hiv. (MEKH)	Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság (NMHH) ²	Nemzeti Közle- Hatóság (NKH) ⁴	Banque nationale de Hongrie			
Irlande	Commission for Energy Regulation (CER)	Commission for Communications Regulation (COMREG) ^{1,2}	Commission for Railway regulation (CRR) ⁴	Central Bank of Ireland			
Italie	Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG)	Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) ²	Autorità di regolazione dei trasporti (ART)	Com. Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) (SM)			
				IVASS ³	Banca d'Italia (CP)		
Lettonie	Public Utilities Commission (PUC)				Finanšu un kapitāla tirgus komisija (FKTK)		
Lituanie	Valstybinė kainų ir ener. Kontrol. kom.(NCC)	Ryšių reguliavimo tarnyba (RRT)	N/A ⁵	Banque nationale de Lituanie			
Luxembourg	Institut luxembourgeois de la régulation (ILR)				Commissariat aux assurances (CAA)	Commission de surveillance du secteur fin.(CSSF)	
					(SM + CP)	Banque nationale du du Lux. (CP)	
Malte	Regulator for Energy and water serv. (REWS)	Malta Communications Authority (MCA)	N/A ⁵	Malta Financial Services Authority (MFSA)			

Etat / Secteur	Energie	eCom	Postes	Transport	Assurance	Valeurs mobilières	Banque
Pays-Bas	Autoriteit Consument & Markt (ACM) ¹				Autoriteit Financiële Markten (AFM) (SM)		
					Banque des Pays-Bas (CP)		
Pologne	Urząd Regulacji Energetyki (URE)	Urząd Komunikacji Elektronicznej (UKE)		Urząd Transportu Kolejowego (UTK) ⁴	Komisja Nadzoru Finansowego (KNF)		
Portugal	Entidade Reguladora dos Serviços Energ. (ERSE)	Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)		Autoridade de mob. e dos transportes (AMT)	Instituto Seguros de Portugal (ISP)	Comissão do Mercado de Valores Mob. (CMVM)	Banque nationale du Portugal
Rép. Tchèque	Energetický regulační Úřad (ERÚ)	Český telekomunikační Úřad (CTÚ)		Drážní Úřad (DÚ) ⁴	Banque nationale de République tchèque		
Roumanie	Aut. Nat. de Regl. in Dom. Energ. (ANRE)	Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații (ANCOM)		Consiliul de supraveghere din dom. feroviar ⁴	Autoritatea de Supraveghere Financiară (ASF) (SM)		
					Banque nationale de Roumanie (CP)		
Roy. Uni	Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem)	Office of Communications (Ofcom) ^{1 2}		Office of Rail and Road (ORR) ⁴	Financial Conduct Authority (FCA) (SM)		
					Prudential Regulation Authority (PRA) ³ (CP)		
Slovaquie	Úrad pre reguláciu sieť. odv. (ÚRSO)	Úrad pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb (RÚ)		Dopravný Úrad (DÚ) ⁴	Banque nationale de Slovaquie		
Slovénie	Agencija za energijo (AE)	Agencija za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije (AKOS) ⁴			Agencija za zavarovalni nadzor (AZN)	Agencija trg vrednostnih papirjev (ATVP)	Banque nationale de Slovénie
Suède	Energi-marknadsinspektionen (Ei)	Post- och telestyrelsen (PTS)		Transportstyrelsen (STA) ⁴	Finansinspektionen (FI)		

¹ Ces ARN exercent également l'activité d'une autorité de la concurrence

² Ces ARN sont également les régulateurs du secteur de l'audiovisuel

³ Ces ARN sont intégrées dans la Banque nationale de leur Etat

⁴ Ces ARN exercent également l'activité d'une autorité nationale de sécurité

⁵ Ces Etats membres n'ont pas de réseau ferroviaire

SM : supervision des marchés

CP : contrôle prudentiel

NB : en l'absence de précision, la supervision du marché (SM) et le contrôle micro-prudentiel (CP)

Annexe 2. Etat des processus de régulation Etat par Etat

ALLEMAGNE

Items de comparaison	BNetzA	BaFin
Architecture	Intégrée	Intégrée
Mode de désignation	Proposition par le Beirat et validation par le Gouvernement	Par le Gouvernement
Collégialité	Oui (3 membres) Les formations sectorielles délibèrent indépendamment du directoire	Oui (5 membres) Structure très hiérarchisée au profit du Président
Impératifs de compétence des membres	Aucun	Aucun
Durée du mandat	5 ans	5 à 8 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui
Personnalité juridique	Non	Non
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Oui (instructions)	Oui (instructions)
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui Possibilité d'exercer des fonctions sans rapport avec les secteurs régulés	Oui Possibilité d'exercer des fonctions sans rapport avec les secteurs régulés
Incompatibilités patrimoniales	Non	Non
Incompatibilités par anticipation	Non	Non

Items de comparaison	BNetzA	BaFin
Recours au droit souple	Rare	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non
Financement	Mixte	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Oui	Oui
Recours aux consultations publiques	Rare	Rare
Accès aux consultations sur le site Internet	Complexe	Limité
Durée moyenne des consultations	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultation pour avis	Consultation pour avis
Représentativité des parties prenantes dans les consultations internalisées	Faible	Faible
Auditions devant le Parlement	Non Auditions possibles par le Beirat	Non Contrôle au quotidien de l'autorité par le Gouvernement
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Non Rapport rendu tous les 2 ans	Aucune obligation stricite sur le contenu
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par le Beirat	Par le Gouvernement
Programme de travail avec objectifs identifiés	Oui	Non

AUTRICHE

Items de comparaison	E-Control Kommission	Telekom Control Kommission	Schiennen Control Kommission	FMA
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transport ferroviaire)	Intégrée
Mode de désignation	Un membre proposé par la Cour suprême. Tous nommés par le Gouvernement	Un membre proposé par la Cour suprême. Tous nommés par le Gouvernement	Un membre proposé par la Cour suprême. Tous nommés par le Gouvernement	Par le Gouvernement
Collégialité	Oui (3 membres)	Oui (3 membres)	Oui (4 membres)	Oui (6 membres)
Impératifs de compétence des membres	Strictes	Strictes	Strictes	Souples
Durée du mandat	5 ans	5 ans	5 ans	5 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Personnalité juridique	Oui	Oui	Oui	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non	Non	Non
Subsistance de causes subjectives de révocation	Non	Non	Non	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Non	Non	Non	Non

Items de comparaison	E-Control Kommission	Telekom Control Kommission	Schiene Control Kommission	FMA
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent	Rare	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non Présence d'une chambre de recours spécialisée	Non Présence d'une chambre de recours spécialisée	Non	Non
Financement	Propre	Propre	Propre	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Non	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	Rare	Rare
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Facile	Complexe	Complexe
Durée moyenne des consultations	N/A	N/A	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes (PP)	Consultation pour avis	Consultation pour avis	Consultation pour avis	Consultation pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	N/A	N/A	N/A	Forte
Auditions devant le Parlement	Lors de la nomination des membres	Lors de la nomination des membres	Lors de la nomination des membres	Oui (+ auditions devant le Gouvernement)
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Compte rendu des actions menées par l'autorité
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement
Programme de travail avec objectifs identifiés	Oui	Oui	Oui	Non

BELGIQUE

Items de comparaison	CREG	IBPT	Serv. de Régulation du Transport	FSMA
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transports)	Par objectifs
Mode de désignation	Par le Roi sur proposition du Conseil des ministres	Par le Roi sur proposition du Conseil des ministres	Par le Roi sur proposition du Conseil des ministres	Par le Roi sur proposition des ministres compétents
Collégialité	Oui (4 membres)	Oui (4 membres)	Oui (2 membres)	Oui (4 membres)
Impératifs de compétence des membres	Strictes	Strictes	Souples	Souples
Durée du mandat	6 ans	6 ans	6 ans	6 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Personnalité juridique	Oui	Oui	Non	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non	Non	Non
Subsistance de causes subjectives de révocation	Non	Non. L'évaluation négative d'un membre peut aboutir à une révocation	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui	Oui pour la moitié +1 des membres
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui	Oui pour la moitié +1 des membres
Incompatibilités par anticipation	Oui (1 an)	Oui (1 an)	Non	Non

Items de comparaison	CREG	IBPT	Serv. de Régulation du Transport	FSMA
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent	Rare	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non	Oui
Financement	Propre	Propre	Propre	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Non	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	N/A	Fréquent
Accès aux consultations sur le site Internet	Limité	Complexe	Complexe	Simple
Durée moyenne des consultations	N/A	N/A	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultation pour avis	Consultation pour avis	Consultation pour avis	Consultation pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Faible	Faible	N/A	Faible
Auditions devant le Parlement	Tous les ans	Tous les ans	Non	A l'initiative des chambres parlementaires
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Porte sur les résultats de l'autorité au regard des objectifs formulés	Porte sur les résultats de l'autorité au regard des objectifs formulés	Aucune obligation stricte sur le contenu	Compte rendu des actions menées par l'autorité
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par audit	Par audit	N/A	Par audit
Programme de travail avec objectifs identifiés	Oui	Oui	Non	Non

BULGARIE

Items de comparaison	SEWRC	CRC	Agence exécutive du Rail	FSC
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transport ferroviaire)	Intégrée
Mode de désignation	Par le Parlement	Par le Président de la République	Par le Gouvernement	Par le Parlement
Collégialité	Oui (9 membres)	Oui (5 membres)	Non	Oui (4 membres)
Impératifs de compétence des membres	Strictes	Strcites	Aucun	Strictes
Durée du mandat	5 ans	5 ans	5 ans	6 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Personnalité juridique	Oui	Oui	Non	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non	Oui	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Non	Non	Non	Non
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non	Non

Items de comparaison	SEWRC	CRC	Agence exécutive du Rail	FSC
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent	N/A	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non	Non
Financement	Propre	Propre	Public	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Non	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	Non	Fréquent
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Facile	N/A	Complexe
Durée moyenne des consultations	1 mois	1 mois	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultation pour avis	Consultation pour avis	N/A	Consultation pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Forte	Faible	N/A	Forte
Auditions devant le Parlement	A l'initiative des chambres parlementaires	A l'initiative des chambres parlementaires	Non	Tous les ans
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Aucune obligation stricte sur le contenu	Aucune obligation stricte sur le contenu	Aucune obligation stricte sur le contenu	Porte sur les résultats de l'autorité au regard des objectifs formulés
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	N/A	N/A	Par le Gouvernement	Par audit indépendant
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non	Non	Oui , tous les 6 mois

CHYPRE

Items de comparaison	CERA	OCECPR	ICCS	CYSEC
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (assurances)	Sectorielle (valeurs mobilières)
Mode de désignation	Par le Conseil des ministres après consultation du Parlement	Par le Conseil des ministres après consultation du Parlement	Par le Gouvernement après consultation de l'association des assurances de Chypre	Par le Conseil des ministres sur proposition du Min. des finances
Collégialité	Oui (3 membres)	Oui (2 membres)	Non	Oui (5 membres)
Impératifs de compétence des membres	Strcites	Souples	Aucun	Strictes
Durée du mandat	6 ans	6 ans	4 ans	5 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Personnalité juridique	Oui	Oui	Non	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non	Oui	Non
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui	Oui	Oui, mais l'accord de la majorité des membres est nécessaire
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Non	Non
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non	Non

Items de comparaison	CERA	OCECPR	ICCS	CYSEC
Recours au droit souple	N/A	N/A	N/A	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non	Non
Financement	Propre	Propre	Public	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	N/A	Oui	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	N/A	N/A	Fréquent
Accès aux consultations sur le site Internet	Limité	Limité	N/A	Facile
Durée moyenne des consultations	N/A	N/A	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultation pour avis	Consultation pour avis	Consultation pour avis	Consultation pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	N/A	N/A	Elevée	Elevée
Auditions devant le Parlement	1 fois par an	N/A	N/A	N/A
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	N/A	N/A	Compte rendu des actions menées par l'autorité
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	N/A	N/A	N/A	N/A
Programme de travail avec objectifs identifiés	Oui	N/A	N/A	N/A

CROATIE

Items de comparaison	HERA	HAKOM	CFSSA
Architecture	Sectorielle (énergie)	Multisectorielle (communications + transports)	Intégrée (secteurs financiers)
Mode de désignation	Par le Parlement sur proposition du Gouvernement	Par le Parlement sur proposition du Gouvernement	Par le Parlement sur proposition du Gouvernement
Collégialité	Oui (5 membres)	Oui (5 membres)	Oui (5 membres)
Impératifs de compétence des membres	Strictes	Strictes	Strictes
Durée du mandat	5 ans	5 ans	5 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	Oui
Personnalité juridique	Oui	Oui	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Non	Non	Non
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non

Items de comparaison	HERA	HAKOM	CFSSA
Recours au droit souple	N/A	N/A	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non
Financement	Propre	Propre	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	N/A	N/A	Oui
Recours aux consultations publiques	Limité	Limité	Limité
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Limité	Complexe
Durée moyenne des consultations	N/A	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultation pour avis	Consultation pour avis	Consultation pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	N/A	N/A	Elevée
Auditions devant le Parlement	A l'initiative du Parlement	A l'initiative du Parlement	A l'initiative du Parlement
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par des experts indépendants	Par des experts indépendants	Par des experts indépendants
Programme de travail avec objectifs identifiés	Oui	Oui	Oui

DANEMARK

Items de comparaison	DERA	DBA	Jernbanenævnet	DFSA
Architecture	Sectorielle (énergie)	Multisectorielle (communications)*	Sectorielle (transport ferroviaire)	Intégrée
Mode de désignation	Par le Ministre de l'énergie et du climat	Par le Gouvernement	Par le Ministre des affaires économiques et de la croissance	Par le Ministre des affaires économiques et de la croissance
Collégialité	Oui (7 membres)	Oui (14 membres)	Oui (7 membres)	Oui (5 membres)
Impératifs de compétence des membres	Souples	Souples	Souples	Souples
Durée du mandat	4 ans	Variable selon les membres	4 ans	4 ans
Renouvellement du mandat	Oui	N/A	Oui	Oui
Personnalité juridique	Non	Non	Non	Non
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Oui	Oui	Oui	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	N/A	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non	Non

* La DBA est aussi chargée de l'agriculture, de l'aménagement du territoire, de l'innovation et de la construction.

Items de comparaison	DERA	DBA	Jernbanenævnet	DFSA
Recours au droit souple	Fréquent	N/A	N/A	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Oui	Non	Non	Non
Financement	Propre	Propre	Propre	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Non	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	Fréquent	Rare
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Facile	Complexe	Complexe
Durée moyenne des consultations	N/A	N/A	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultation pour avis	Participation à la décision de l'autorité	Consultation pour avis	Consultation pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	N/A	Forte	N/A	Forte
Auditions devant le Parlement	A l'initiative du Parlement	A l'initiative du Parlement	A l'initiative du Parlement	A l'initiative du Parlement
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non	Non	Oui

ESPAGNE

Items de comparaison	CNMC	DGSFP	CNMV
Architecture	Multisectorielle	Sectorielle (assurance et fonds de pension)	Sectorielle (valeurs mobilières)
Mode de désignation	Par le Gouvernement avec accord du Parlement	Par le Ministre de l'économie, de l'industrie et de la concurrence	Par le Gouvernement sur proposition du Ministre des finances ou par le Ministre des finances
Collégialité	Oui (10 membres)	Directions sous le contrôle hiérarchique du Ministère	Oui (5 membres)
Impératifs de compétence des membres	Souples, mais les parlementaires auditionnent les membres avant nomination	Souples	Strictes
Durée du mandat	6 ans	N/A	4 ans
Renouvellement du mandat	Non	N/A	Oui
Personnalité juridique	Oui	Non	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Oui	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui (gestion des droits et actions par un tiers durant le mandat)	N/A	Oui (gestion des droits et actions par un tiers durant le mandat)
Incompatibilités par anticipation	Oui (2 ans)	N/A	Oui (2 ans)

Items de comparaison	CNMC	DGSFP	CNMV
Recours au droit souple	Fréquent	N/A	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non
Financement	Mixte	Public	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Oui	N/A	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	N/A	Fréquent
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Complexe	Facile
Durée moyenne des consultations	Entre 1 et 2 mois	N/A	Entre 1 et 2 mois
Type d'intervention des parties prenantes	Consultation pour avis	Consultation pour avis	Consultation pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Faible	Forte	Forte
Auditions devant le Parlement	Avant leur nomination et durant leur mandat à la demande du Parlement + 1 fois par an pour le Pdt	N/A	A l'initiative du Parlement
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Aucune obligation stricite sur le contenu	Aucune obligation stricite sur le contenu
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Lors du dépôt du rapport annuel	N/A	Lors du dépôt du rapport annuel
Programme de travail avec objectifs identifiés	Oui	N/A	Non

ESTONIE

Items de comparaison	ECA	TRA	FI
Architecture	Multisectorielle (énergie et transports)	Sectorielle (communications)	Intégrée
Mode de désignation	Par le Ministre des affaires économiques et des communications	Par le Ministre des affaires économiques et des communications	Par le Ministre des finances
Collégialité	Non (1 directeur général et des chambres sectorielles)	Oui (5 membres)	Oui (Ministre des finances et Gouverneur de la banque + 4 membres nommés)
Impératifs de compétence des membres	Souples	Souples	Souples
Durée du mandat	La Directeur nommé peut être révoqué à tout moment	5 ans	Les membres nommés peuvent être révoqués à tout moment
Renouvellement du mandat	N/A	Oui	N/A
Personnalité juridique	Non	Non	Non
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Oui	Oui	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non

Items de comparaison	ECA	TRA	FI
Recours au droit souple	N/A	N/A	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non
Financement	Public	Public	Public
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Oui
Recours aux consultations publiques	Limité	Limité	Limité
Accès aux consultations sur le site Internet	Complexe	Complexe	Complexe
Durée moyenne des consultations	N/A	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultation pour avis	Consultation pour avis	Consultation pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Faible	Faible	Faible
Auditions devant le Parlement	N/A	N/A	N/A
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Aucune obligation stricite sur le contenu	Aucune obligation stricite sur le contenu	Aucune obligation stricite sur le contenu
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	N/A	N/A	N/A
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non	Non

FINLANDE

Items de comparaison	EMV	FICORA	Trafi	FIN-FSA
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transports)	Intégrée
Mode de désignation	Par le Ministre du travail et de l'économie	Le Gouvernement nomme le directeur général qui nomme les chefs de division	Par le Ministère des transports	Par le Parlement sur proposition du Min. des finances et du Min. des affaires sociales
Collégialité	Oui (10 membres)	Non (1 Président nommé et différents services)	Non (1 Président nommé et différents services)	Oui (5 membres)
Impératifs de compétence des membres	Souples	Souples	Souples	Strictes
Durée du mandat	5 ans	5 ans	5 ans	3 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Personnalité juridique	Non	Non	Non	Non
Substance d'un contrôle politique au moins théorique	Oui	Oui	Oui	Oui
Substance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non	Non

Items de comparaison	EMV	FICORA	Trafi	FIN-FSA
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent	Limité	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non	Non
Financement	Mixte	Mixte	Public	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Non	Oui
Recours aux consultations publiques	Limité	Limité	Limité	Limité
Accès aux consultations sur le site Internet	Complexe	Complexe	Complexe	Complexe
Durée moyenne des consultations	N/A	N/A	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	N/A	Forte	N/A	Forte
Auditions devant le Parlement	N/A	N/A	N/A	N/A
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Annuelle par le Gouvernement	Annuelle par le Gouvernement	N/A	Annuelle par le Gouvernement
Programme de travail avec objectifs identifiés	Oui	Oui	Oui	Oui

FRANCE

Items de comparaison	CRE	ARCEP	ARAFER	AMF	ACPR
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transports)	Par objectifs	Par objectifs
Mode de désignation	Mixte entre pouvoirs exécutif et législatif	Mixte entre pouvoirs exécutif et législatif	Mixte entre pouvoirs exécutif et législatif	Pluriel (Exécutif, Législatif, Magistrats) + membres de droit	Pluriel (Exécutif, Législatif, Magistrats) + membres de droit
Collégialité	Oui (6 membres)	Oui (7 membres)	Oui (6 membres)	Oui (16 membres)	Oui (19 membres)
Impératifs de compétence des membres	Strictes	Strictes	Strictes	Strictes	Strictes
Durée du mandat	6 ans	6 ans	6 ans	5 ans	5 ans
Renouvellement du mandat	Non	Non	Non	Oui	Oui
Personnalité juridique	Non	Non	Oui	Oui	Non
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui	Non	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui	Non	Oui
Incompatibilités par anticipation	Oui (3 ans)	Oui (3 ans)	Oui (3 ans)	Non	Non

Items de comparaison	CRE	ARCEP	ARAFER	AMF	ACPR
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent	Limité	Fréquent	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Financement	Public	Public	Propre	Propre	Public
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non, sauf en matière postale	Non	Oui	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	Limité	Fréquent	N/A
Accès aux consultations sur le site Internet	Simple	Simple	Simple	Simple	N/A
Durée moyenne des consultations	1 mois	1 mois	1 mois	1 mois	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultation pour avis	Consultation pour avis	Consultation pour avis	Consultation pour avis	N/A
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Forte	Forte	N/A	Variable selon les secteurs	Forte
Auditions devant le Parlement	Avant nomination ou à la demande des parlementaires	Avant nomination ou à la demande des parlementaires	Avant nomination ou à la demande des parlementaires	Avant nomination ou à la demande des parlementaires	N/A
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité			
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par les parlementaires au regard des indicateurs	Par les parlementaires au regard des indicateurs			
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non	Non	Non	Non

HONGRIE

Items de comparaison	MEKH	NMHH	NKH
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transports)
Mode de désignation	Le Premier Ministre nomme le président qui nomme les vice-présidents	Par le Président de la République sur proposition du premier Ministre	Le Premier Ministre nomme le président qui nomme les vice-présidents
Collégialité	Oui (6 membres)	Non (le Président de l'autorité nomme juste 2 vice-présidents)	Oui (8 membres)
Impératifs de compétence des membres	Aucun	Strictes	Aucun
Durée du mandat	7 ans	9 ans	N/A
Renouvellement du mandat	Oui	N/A	N/A
Personnalité juridique	Oui	Oui	Non
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non	Non
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Non	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Non
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Non
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non

Items de comparaison	MEKH	NMHH	NKH
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent	Limité
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non
Financement	Propre	Propre	Public
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Non
Recours aux consultations publiques	Limité	Limité	Limité
Accès aux consultations sur le site Internet	Complexe	Complexe	Complexe
Durée moyenne des consultations	N/A	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	N/A	N/A	N/A
Auditions devant le Parlement	A la demande des parlementaires	A la demande des parlementaires + le Président de l'autorité 1 fois par an	A la demande des parlementaires
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	N/A	Menées lors de l'audition annuelle	N/A
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non	Non

IRLANDE

Items de comparaison	CER	COMREG	CRR
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transports)
Mode de désignation	Par le Ministre des communications, de l'énergie et des ressources naturelles	Par le Ministre des communications, de l'énergie et des ressources naturelles	Par le Ministre des Transports, du Tourisme, et des Sports
Collégialité	Oui (3 membres)	Oui (3 membres)	Non (1 Commissioner)
Impératifs de compétence des membres	Souple	Souple	Souple
Durée du mandat	Variable (de 1 à 10 ans)	Variable (de 4 à 5 ans)	Variable
Renouvellement du mandat	N/A	N/A	N/A
Personnalité juridique	Oui	Oui	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Oui	Oui	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non

Items de comparaison	CER	COMREG	CRR
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non
Financement	Propre	Propre	Mixte
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Non
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	Rare
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Limité	N/A
Durée moyenne des consultations	1 à 2 mois	1 à 2 mois	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Faible	Forte	N/A
Auditions devant le Parlement	A la demande des parlementaires	A la demande des parlementaires	N/A
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	N/A	N/A	N/A
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non	Non

ITALIE

Items de comparaison	AEEG	AGCOM	ART	CONSOB
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transports)	Par objectifs
Mode de désignation	Par le PdR sur proposition du Gouv. avec accord des parlementaires	Désignation partagée entre pouvoirs exécutif et législatif	Par le PdR sur proposition du Gouv. avec accord des parlementaires	Par le PdR sur proposition du Premier Ministre
Collégialité	Oui (4 membres)	Oui (4 membres)	Oui (3 membres)	Oui (5 membres)
Impératifs de compétence des membres	Stricte	Stricte	Stricte	Souple
Durée du mandat	7 ans	7 ans	7 ans	7 ans
Renouvellement du mandat	Non	Non	Non	Non
Personnalité juridique	Oui (selon la doctrine)	Oui (selon la doctrine)	Oui (selon la doctrine)	Oui (selon la doctrine)
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non	Non	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Non	Non	Non	Non
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Oui (2 ans)	Oui (2 ans)	Oui (2 ans)	Oui (2 ans)

Items de comparaison	AEEG	AGCOM	ART	CONSOB
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent	Limité	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non	Non
Financement	Propre	Mixte	Mixte	Mixte
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Non	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	Fréquent	Limité
Accès aux consultations sur le site Internet	Simple	Simple	Simple	Complexe
Durée moyenne des consultations	1 mois	1 mois	1 mois	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Forte	Forte	Forte	Forte
Auditions devant le Parlement	A la demande des parlementaires			
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Compte rendu des actions menées par l'autorité			
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par les parlementaires	Par les parlementaires	Par les parlementaires	Par les parlementaires
Programme de travail avec objectifs identifiés	Oui	Oui	Oui	Oui

LETTONIE

Items de comparaison	PUC	FKTK
Architecture	Intégrée	Intégrée
Mode de désignation	Par le Parlement sur proposition du Conseil des ministres	Par le Parlement sur proposition du Ministre des finances et du Gouverneur de la Banque de Lettonie
Collégialité	Oui (5 membres)	Oui (5 membres)
Impératifs de compétence des membres	Aucun	Stricte
Durée du mandat	5 ans	6 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui
Personnalité juridique	Oui	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non
Subsistance de causes subjectives de révocation	Non	Non
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Non	Non

Items de comparaison	PUC	FKTK
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non
Financement	Mixte	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Limité
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Facile
Durée moyenne des consultations	2 semaines à 1 mois	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Faible	Limitée
Auditions devant le Parlement	N/A	Annuelle lors de la remise du rapport annuel
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	N/A	N/A
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Oui

LITUANIE

Items de comparaison	NCC	RTT
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)
Mode de désignation	Par le Parlement sur proposition du Président de la République	Par le Président de la République sur proposition du Premier Ministre
Collégialité	Oui (5 membres)	Oui (7 membres)
Impératifs de compétence des membres	Souple	Souple
Durée du mandat	5 ans	5 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui
Personnalité juridique	Oui	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non
Subsistance de causes subjectives de révocation	Non	Non
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Non	Non

Items de comparaison	NCC	RTT
Recours au droit souple	Limité	Limité
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non
Financement	Propre	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non
Recours aux consultations publiques	Limité	Limité
Accès aux consultations sur le site Internet	Complexe	Complexe
Durée moyenne des consultations	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Limité	Limité
Auditions devant le Parlement	Annuelle lors de la remise du rapport annuel	Annuelle lors de la remise du rapport annuel
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par les parlementaires	Par les parlementaires
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non

LUXEMBOURG

Items de comparaison	ILR	CAA	CSSF
Architecture	Intégrée	Sectorielle (assurances)	Sectorielle (valeurs mobilières)
Mode de désignation	Par le Grand Duc sur proposition du Gouvernement	Par le Grand Duc sur proposition du Gouvernement et des entreprises régulées	Par le Grand Duc sur proposition du Gouvernement et des entreprises régulées
Collégialité	Oui (7 membres)	Oui (5 membres)	Oui (7 membres)
Impératifs de compétence des membres	Aucun	Aucun	Aucun
Durée du mandat	5 ans	5 ans	5 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	Oui
Personnalité juridique	Oui	Oui	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Oui	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Non	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Non	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Non	Oui
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non

Items de comparaison	ILR	CAA	CSSF
Recours au droit souple	Limité	Fréquent	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non
Financement	Mixte	Propre	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Oui	Oui	Oui
Recours aux consultations publiques	Limité	Aucun	Limité
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	N/A	Complexe
Durée moyenne des consultations	1 mois	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	N/A	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Limité	Forte	Forte
Auditions devant le Parlement	N/A	N/A	N/A
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Aucune obligation stricite sur le contenu	Rapport d'activités essentiellement financier	Compte rendu des actions menées par l'autorité
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	N/A	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non	Non

MALTE

Items de comparaison	REWS	MCA	MFSA
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Intégrée
Mode de désignation	Par le Ministre de l'énergie	Par le Gouvernement	Par le Premier Ministre
Collégialité	Oui (5 à 7 membres)	Oui (7 membres)	Oui (7 membres)
Impératifs de compétence des membres	Aucun	Aucun	Aucun
Durée du mandat	5 à 7 ans	4 ans	Pas plus de 5 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	Oui
Personnalité juridique	Oui	Oui	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Oui	Oui	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non

Items de comparaison	REWS	MCA	MFS A
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non
Financement	Propre	Propre	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Limité	Fréquent
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Complexe	Facile
Durée moyenne des consultations	Variable (2 semaines à 2 mois)	N/A	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	N/A	N/A	N/A
Auditions devant le Parlement	Annuelle à la remise du rapport d'activités	Annuelle à la remise du rapport d'activités	N/A
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par les parlementaires	Par les parlementaires	N/A
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non	Non

PAYS-BAS

Items de comparaison	ACM	AFM
Architecture	Intégrée	Par objectifs
Mode de désignation	Par le Ministère des Affaires économiques	Par le Ministre des finances
Collégialité	Oui (3 membres)	Oui (5 membres)
Impératifs de compétence des membres	Souples	Souples
Durée du mandat	7 ans pour le Chairman , 5 ans pour les deux autres membres	4 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui
Personnalité juridique	Oui	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui Possibilité d'exercer des fonctions sans rapport avec les secteurs régulés
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Non	Non

Items de comparaison	ACM	AFM
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Oui (souple)	Oui (souple)
Financement	Mixte	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Oui	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Limité
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Complexe
Durée moyenne des consultations	1 mois	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Forte	Forte
Auditions devant le Parlement	N/A	N/A
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	N/A	N/A
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non

POLOGNE

Items de comparaison	URE	UKE	UTK	KNF
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transport ferroviaire)	Intégrée
Mode de désignation	Par le Premier Ministre sur proposition du Min. de l'économie	Par le Ministre des affaires numériques	Par le Ministre des transports	Par le Premier Ministre
Collégialité	Non (1 directeur et des services)	Non (1 directeur et des services)	Non (1 directeur et des services)	Oui (8 membres)
Impératifs de compétence des membres	Non (choix parmi une liste de candidats)	Non (choix parmi une liste de candidats)	Non (choix parmi une liste de candidats)	Oui
Durée du mandat	5 ans	Non défini	Non défini	5 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Personnalité juridique	Non	Non	Non	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Oui	Oui	Oui	Non
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui	Oui	Non
Incompatibilités en cours de mandat	N/A	N/A	N/A	Oui
Incompatibilités patrimoniales	N/A	N/A	N/A	Oui
Incompatibilités par anticipation	N/A	N/A	N/A	Non

Items de comparaison	URE	UKE	UTK	KNF
Recours au droit souple	Limité	Limité	Limité	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non	Non
Financement	Propre	Propre	Propre	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Oui	Non	Oui
Recours aux consultations publiques	Rare	Rare	Rare	Limité
Accès aux consultations sur le site Internet	Complexe	Limité	Complexe	Limité
Durée moyenne des consultations	2 semaines	1 mois	N/A	2 mois
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	N/A	Forte	N/A	Forte
Auditions devant le Parlement	Aucune. Le directeur est auditionné par le Gouvernement	Aucune. Le directeur est auditionné par le Gouvernement	Aucune. Le directeur est auditionné par le Gouvernement	N/A
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non	Non	Non

PORTUGAL

Items de comparaison	ERSE	ANACOM	AMT	ISP	CMVM
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transports)	Sectorielle (assurances)	Sectorielle (valeurs mobilières)
Mode de désignation	Par le Conseil des ministre apres audition devant le Parlement	Par le Conseil des ministre apres audition devant le Parlement	Par le Conseil des ministre apres audition devant le Parlement	Par le Conseil des ministre apres audition devant le Parlement	Par le Conseil des ministre apres audition devant le Parlement
Collégialité	Oui (3 membres)	Oui (3 à 5 membres)	Oui (4 à 5 membres)	Oui (3 membres)	Oui (4 membres)
Impératifs de compétence des membres	Souples	Souples	Souples	Souples	Souples
Durée du mandat	6 ans				
Renouvellement du mandat	Non	Non	Non	Non	Non
Personnalité juridique	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non	Non	Non	Non
Subsistance de causes subjectives de révocation	Non	Non	Non	Non	Non
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Oui (2 ans)				

Items de comparaison	ERSE	ANACOM	AMT	ISP	CMVM
Recours au droit souple	Limité	Limité	Limité	Fréquent	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non	Non	Non
Financement	Mixte	Mixte	Mixte	Mixte	Mixte
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Non	Oui	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	Limité	Fréquent	Limité
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Facile	Facile	Facile	Complexe
Durée moyenne des consultations	1 à 2 mois	1 mois	1 mois	2 semaines	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis				
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Faible	Faible	Faible	Forte	Forte
Auditions devant le Parlement	Lors de la nomination et à la demande des parlementaires	Lors de la nomination et à la demande des parlementaires	Lors de la nomination et à la demande des parlementaires	Lors de la nomination et à la demande des parlementaires	Lors de la nomination et à la demande des parlementaires
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par le Gouvernement				
Programme de travail avec objectifs identifiés	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui

REPUBLIQUE TCHEQUE

Items de comparaison	ERÚ	CTÚ	DÚ
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transports)
Mode de désignation	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement
Collégialité	Non (1 directeur et des services)	Oui (5 membres)	Non (1 directeur et des services)
Impératifs de compétence des membres	Aucun	Souples	Aucun
Durée du mandat	6 ans	5 ans	Variable
Renouvellement du mandat	N/A	Oui	N/A
Personnalité juridique	Non	Oui	Non
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Oui	Non	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	N/A
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non

Items de comparaison	ERÚ	CTÚ	DÚ
Recours au droit souple	Limité	Fréquent	Limité
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non
Financement	Mixte	Mixte	Mixte
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Non
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	Rare
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Facile	N/A
Durée moyenne des consultations	N/A	3 semaines	N/A
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Faible	Faible	Faible
Auditions devant le Parlement	N/A	N/A	N/A
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Aucune obligation stricite sur le contenu	Aucune obligation stricite sur le contenu	Aucune obligation stricite sur le contenu
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non	Non

ROUMANIE

Items de comparaison	ANRE	ANCOM	CNSDF	ASF
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transport ferroviaire)	Intégrée
Mode de désignation	Par le Parlement	Par le Parlement	Par le Président du Conseil de la concurrence	Par le Parlement
Collégialité	Oui (3 membres)	Oui (3 membres)	Oui (5 membres)	Oui (9 membres)
Impératifs de compétence des membres	Strictes	Strictes	Souples	Strictes
Durée du mandat	5 ans	6 ans	5 ans	5 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Personnalité juridique	Oui	Oui	Non (agit au sein du Conseil de la concurrence)	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non	Non	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Non	Non	Non	Non
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Oui (3 ans)	Oui (3 ans)	Oui (3 ans)	Oui (3 ans)

Items de comparaison	ANRE	ANCOM	CNSDF	ASF
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent	Limité	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non	Non
Financement	Propre	Propre	Mixte	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Non	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	Limité	Fréquent
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Facile	Facile	Facile
Durée moyenne des consultations	1 mois	1 mois	N/A	1 mois
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Forte	Forte	Faible	Forte
Auditions devant le Parlement	A la remise du rapport annuel et à la demande des parlementaires	A la remise du rapport annuel et à la demande des parlementaires	A la remise du rapport annuel et à la demande des parlementaires	A la remise du rapport annuel et à la demande des parlementaires
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par le Parlement	Par le Parlement	Par le Parlement	Par le Parlement
Programme de travail avec objectifs identifiés	Oui	Oui	Oui	Oui

ROYAUME-UNI

Items de comparaison	Ofgem	Ofcom	ORR	FCA / PRA
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transports)	Par objectifs
Mode de désignation	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement et le Gouverneur de la Banque d'Angleterre
Collégialité	Oui (7 membres non exécutifs)	Oui (6 membres non exécutifs)	Oui (8 membres non exécutifs)	Oui (9 membres non exécutifs)
Impératifs de compétence des membres	Aucun	Aucun	Aucun	Souples
Durée du mandat	Variable	Variable	5 ans	Variable
Renouvellement du mandat	N/A	N/A	Oui	N/A
Personnalité juridique	Oui	Oui	Oui	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Oui	Oui	Oui	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui avec exceptions	Oui avec exceptions	Oui avec exceptions	Oui avec exceptions
Incompatibilités patrimoniales	Oui avec exceptions	Oui avec exceptions	Oui avec exceptions	Oui avec exceptions
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non	Non

Items de comparaison	Ofgem	Ofcom	ORR	FCA / PRA
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent	Fréquent	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non	Oui
Financement	Propre	Mixte	Mixte	Propre
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Oui	Oui	Non	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	Limité	Fréquent
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Facile	Facile	Facile
Durée moyenne des consultations	2 mois	2 mois	N/A	2 mois
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Forte	Forte	Limitée	Forte
Auditions devant le Parlement	Lors des évaluations et à la demande des parlementaires	Lors des évaluations et à la demande des parlementaires	Lors des évaluations et à la demande des parlementaires	Lors des évaluations et à la demande des parlementaires
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par des audits, le Gouvernement et le Parlement (NAO)	Par des audits, le Gouvernement et le Parlement (NAO)	Par des audits, le Gouvernement et le Parlement (NAO)	Par des audits, le Gouvernement et le Parlement (NAO)
Programme de travail avec objectifs identifiés	Oui	Oui	Oui	Oui

SLOVAQUIE

Items de comparaison	ÚRSO	RÚ	DÚ
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transports)
Mode de désignation	Par le Parlement sur proposition du Conseil des ministres	Par le Parlement sur proposition du Conseil des ministres	Par le Parlement sur proposition du Conseil des ministres
Collégialité	Oui (7 membres)	Non (1 Président et un vice-Président)	Non (1 Président et un vice-Président)
Impératifs de compétence des membres	Souple	Souple	Souple
Durée du mandat	6 ans	6 ans	6 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	Oui
Personnalité juridique	Non	Non	Non
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non	Non
Subsistance de causes subjectives de révocation	Non	Non	Non
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non

Items de comparaison	ÚRSO	RÚ	DÚ
Recours au droit souple	Limité	Limité	Limité
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non
Financement	Mixte	Mixte	Mixte
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Non
Recours aux consultations publiques	Limité	Fréquent	Fréquent
Accès aux consultations sur le site Internet	Complexe	Simple	Simple
Durée moyenne des consultations	N/A	1 mois	1 mois
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Limitée	Limitée	Limitée
Auditions devant le Parlement	Annuelle lors de la remise du rapport annuel	Annuelle lors de la remise du rapport annuel	Annuelle lors de la remise du rapport annuel
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité	Compte rendu des actions menées par l'autorité
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par les parlementaires	Par les parlementaires	Par les parlementaires
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non	Non

SLOVENIE

Items de comparaison	AE	AKOS	AZN	ATVP
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (assurances)	Sectorielle (valeurs mobilières)
Mode de désignation	Par le Parlement sur proposition du Gouvernement	Par le Parlement sur proposition du Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Parlement sur proposition du Gouvernement
Collégialité	Oui (6 membres)	Oui (5 membres)	Non (1 directeur et des services)	Oui (5 membres)
Impératifs de compétence des membres	Strictes	Strictes	Souples	Strictes
Durée du mandat	6 ans	5 ans	N/A	6 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	N/A	Oui
Personnalité juridique	Oui	Oui	Oui	Oui
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Non	Non	Oui	Non
Subsistance de causes subjectives de révocation	Non	Non	Oui	Non
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non	Non

Items de comparaison	AE	AKOS	AZN	ATVP
Recours au droit souple	Limité	Limité	Fréquent	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non	Non
Financement	Mixte	Mixte	Mixte	Mixte
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Non	Non	Oui	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	Rare	Fréquent
Accès aux consultations sur le site Internet	Facile	Facile	Complexe	Facile
Durée moyenne des consultations	1 mois	1 mois	N/A	1 mois
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Forte	Forte	Forte	Forte
Auditions devant le Parlement	N/A	N/A	N/A	Lors de la transmission du rapport annuel
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Compte rendu des actions menées par l'autorité			
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Parlement
Programme de travail avec objectifs identifiés	Non	Non	Non	Non

SUEDE

Items de comparaison	Ei	PTS	STA	FI
Architecture	Sectorielle (énergie)	Sectorielle (communications)	Sectorielle (transports)	Intégrée
Mode de désignation	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement	Par le Gouvernement
Collégialité	Oui (10 membres)	Oui (9 membres)	Oui (7 membres)	Oui (8 membres)
Impératifs de compétence des membres	Souples	Souples	Souples	Strictes
Durée du mandat	3 ans	3 ans	3 ans	3 ans
Renouvellement du mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Personnalité juridique	Non	Non	Non	Non
Subsistance d'un contrôle politique au moins théorique	Oui	Oui	Oui	Oui
Subsistance de causes subjectives de révocation	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités en cours de mandat	Oui	Oui	Oui	Oui
Incompatibilités patrimoniales	Oui	Oui	Oui	Non
Incompatibilités par anticipation	Non	Non	Non	Non

Items de comparaison	Ei	PTS	STA	FI
Recours au droit souple	Fréquent	Fréquent	Fréquent	Fréquent
Séparation des fonctions de jugement et de poursuite	Non	Non	Non	Non
Financement	Mixte	Mixte	Mixte	Mixte
Pouvoir d'arbitrage et de médiation	Oui	Oui	Oui	Oui
Recours aux consultations publiques	Fréquent	Fréquent	Limité	Fréquent
Accès aux consultations sur le site Internet	Limité	Simple	Complexe	Limité
Durée moyenne des consultations	N/A	2 mois	N/A	1 mois
Type d'intervention des parties prenantes	Consultations pour avis + participation à la décision	Consultations pour avis + participation à la décision	Consultations pour avis	Consultations pour avis
Représentativité des PP dans les consultations internalisées	Limitée	Forte	Limitée	Forte
Auditions devant le Parlement	A la remise du rapport annuel + à la demande des parlementaires	A la remise du rapport annuel + à la demande des parlementaires	A la remise du rapport annuel + à la demande des parlementaires	A la remise du rapport annuel + à la demande des parlementaires
Obligations portant sur le contenu du rapport annuel	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs	Fournit les résultats de l'autorité au regard des objectifs
Evaluation de l'autorité (hors Cour des comptes)	Par le Parlement	Par le Parlement	Par le Parlement	Par le Parlement
Programme de travail avec objectifs identifiés	Oui. Les objectifs sont fixés par le Gouvernement	Oui. Les objectifs sont fixés par le Gouvernement	Oui. Les objectifs sont fixés par le Gouvernement	Oui. Les objectifs sont fixés par le Gouvernement

N/A : Données indisponibles ou disponibles mais non significatives.

Annexe 3. Questionnaire à destination des ARN

Basic regulatory and governance characteristics

1. Please write the full name of the regulatory agency and its acronym (both in the original language and if applicable in English).

Institutional design of the regulators

2. Please provide information about the overall objectives of the regulatory agency. Such objectives are often formulated as part of the founding law or revisions to the overall governance structure of the regulator. Objectives could be to promote efficiency, investor protection, consumer protection, or environmental protection, etc.

3. What are the sectors/industries over which the regulatory agency has authority?

4. Does the regulator have legal personality?

5. Please describe briefly the specific tasks performed by the regulator in meeting its objectives.

Regulatory powers

Regulatory powers can be attributed to one of the following categories:

a. **Supervisory power:** Power to monitor compliance with guidelines and standards, to sanction the regulated and to enforce sanctions to ensure compliance

b. **Licensing, pricing, administrative powers:** Power to issue and revoke licences, set prices, review and approve contracts between regulated companies

c. **Adjudicatory powers:** Power to review regulations and decisions and to hear and resolve any disputes pertaining to the functioning of the regulated industry

d. **Rule-making powers:** Power to create rules and regulations pertaining to the functioning of the regulated industry.

6. What regulatory powers does the agency have? (One or more among the four categories)

7. Supervisory powers: Who holds supervisory powers over the relevant sectors?

- Agency only
- Agency and another body (e.g. competition authority)
- Agency and government
- Agency has no supervisory power

8. Administrative powers: Who holds administrative powers over the relevant sectors?

- Agency only
- Agency and another body (e.g. competition authority)
- Agency and government
- Agency has no administrative power

9. Adjudicatory powers: Who holds adjudicatory powers over the relevant sectors?

- Agency only
- Agency and another body (e.g. competition authority)
- Agency and government
- Agency has no adjudicatory power

10. Rule-making powers: Who holds rule-making powers over the relevant sectors?

- Agency only
- Agency and another body (e.g. competition authority)
- Agency and government
- Agency has no rule-making power

Institutional and legal status of the regulatory agency

Economic regulators should be assigned to one, and only one, of the following four categories:

a. **Ministerial department:** Bodies that are part of the central government and do not have the status of a separate corporate body. They are headed by or report directly to a Minister in Cabinet. They are typically and largely funded from tax revenue, and are part of the civil service. They can have statutory independence in carrying out some regulatory functions, and can have considerable administrative autonomy from Ministers.

b. **Ministerial agency:** Executive bodies, set at arm's length from central government, which may or may not have a separate budget and autonomous management. They may be subject to different legal frameworks (civil service regulations may not apply). They may have a range of powers, but are ultimately subordinate to a ministry and subject to ministerial intervention.

c. **Independent advisory body:** Agencies with the power to provide official and expert advice to government, lawmakers, and firms on specific regulations and aspects of the industry. The

agency may also have the power to publish its recommendations. The scope for public decisions to depart from this advice or recommendations may vary³⁰⁸⁴.

d. **Independent regulatory authority:** Public bodies charged with the regulating specific aspects of an industry. They are typically under autonomous management, and their budget may be under a Ministry. However, there is no scope for political or ministerial intervention with the body's activities, or intervention is limited to providing advice on general policy matters rather than specific cases. These bodies have a varying range of powers.⁶

11. Please indicate to which category this regulatory agency belongs.

Head: Board or Individual

12. Is the highest governing authority of the regulator a single individual, or a board/commission?

13. In either situation, does the individual or board/commission assume the legal personality of the regulatory body? (YES/NO) Explain.

³⁰⁸⁴ These independent advisory bodies may be located within a Central Bank in the case of financial services.

Status of the head of the regulator

14. Does the regulator's head have a fixed term of office? (YES/NO)

15. If yes, what is the length of the term? (Give the number of years, precise if it is at the discretion of the appointer.)

16. Who appoints the head?

- One or two ministers
- The executive collectively
- The Parliament
- A complex mix of the Parliament and government
- Members of the board/commission in charge
- Other, specify

17. Is the appointment renewable?

- No
- Yes, once
- Yes, more than once (indicate how many times)

18. Are there any explicit limitations on the type of person who can be appointed head of the regulatory agency? (YES/NO)

19. Is political independence a formal requirement for the appointment? (YES/NO)

20. What is the dismissal procedure for the head?

- Dismissal is possible for subjective reasons
- Dismissal is impossible, or only for objective reasons
- No specific provisions for dismissal exist
- Dismissal is possible at the appointer's head

34. Please detail any provisions for dismissal.

Status of the board (or commission) of the regulator

21. Do the board (or commission) members have fixed terms of office? (YES/NO)

22. If yes, what is the length of the term? (Give the number of years, noting if it is at the discretion of the appointer.)

23. Who appoints the board members?

- One or two ministers
- The executive collectively
- The Parliament
- A complex mix of the Parliament and government
- Members of the board/commission in charge
- Other, specify

24. Is the appointment renewable?

- No

- Yes, once
- Yes, more than once (indicate how many times)

25. Are there any eligibility requirements for appointment to the board or commission governing the regulatory agency? (YES/NO) Describe the eligibility criteria.

26. Is political independence a formal requirement for the appointment? (YES/NO)

27. What is the dismissal procedure for the head?

- Dismissal is possible for subjective reasons
- Dismissal is impossible, or only for objective reasons
- No specific provisions for dismissal exist
- Dismissal is possible at the appointer's head

Please detail any provisions for dismissal.

28. Are members allowed to hold other offices in government?

- Yes, or no specific provisions
- Yes, only with the permission of the government
- No

Independence

29. Is the political independence of the regulatory agency from the executive government, from

Parliament explicitly stated in law or statutes? (YES/NO)

30. Is there a possibility for the executive to overturn the regulator's decision? (YES/NO)

31. If yes, in all cases or in exceptional circumstances? Please specify.

32. Is it formally stated in law or statutes that the regulator can receive instructions from the government, or other body, on specific decisions? (YES/NO)

33. Must the instructions be published in the state gazette? (YES/NO)

34. Are there any formal laws or statutes which exist to ensure that the regulator will not be easily captured by economic interests of the regulated industry? (YES/NO) Please describe these provisions.

Resources

35. Budget: What is the regulatory agency's total annual budget? (Please indicate the year of the information.)

36. What are the regulatory agency's revenue and/or funding sources?

- Fees levied on the regulated industry
- State budget and fees
- State budget only

Other (specify)

37. If possible when there is a mix of sources, please note how much each source provides, or at least indicate the primary source.

38. If funds come from the state budget, please provide the details and note any specific procedures to protect the independence of the regulator as part of the budgetary process.

39. If funds are raised through levies or fees imposed on the regulated industries, goods, or services, then please specify if the levies can be directly determined by the regulator, or whether they need to be approved by a ministry.

40. Is the budget of the regulatory agency approved and controlled by the:

- Agency
- Accounting office or court
- Government
- Parliament
- Other (please specify)

41. Staff: Please indicate the number of people employed by the agency in regulatory functions.

42. What body is in charge of the agency's staffing policy (hiring personnel, deciding on its allocation and composition)?

- Agency itself
- Both the agency and the government
- Government only
- Other (please specify)

Accountability

43. What are the formal obligations (in law or statute) of the regulatory agency vis-à-vis the executive government?

- No formal obligations
- Reporting requirement, for information only
- Reporting requirement, and report must be approved
- Fully accountable to government

44. What are the formal obligations (in law or statute) of the regulatory agency vis-à-vis the Parliament?

- No formal obligations
- Reporting requirement, for information only
- Reporting requirement, and report must be approved
- Fully accountable to Parliament

45. If there is a reporting requirement, should reports cover finances only, or performance, or both?

46. Can the regulator present, at will, reports or statements to the government or to Parliament?
(YES/NO)

Transparency and procedural requirements

47. What are the obligations of the regulatory agency in regard to publishing its formal reports to government or parliament, or any other documents relating to markets and regulations?

48. What obligations exist to explain decisions, deliberations, and proceedings?

49. Do governing laws stipulate the objectives of regulation? (YES/NO) Explain

50. Is there any explicit prioritization of multiple objectives? (YES/NO)

51. Are regulatory objectives quantified in statute or decree? (YES/NO) Explain.

52. Is the regulator required (in law or statute) to produce periodic (i.e. annual) reports assessing the extent to which its objectives have been achieved? (YES/NO) Please explain.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

A. France

- N. AMENC, S. BONNET, G. HENRY, L. MARTELLINI et A. WEYTENS, La gestion alternative, Economica, 2004, 374 pp.
- A-J. ARNAUD (dir), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2e édition, LGDJ, 1993, 758 pp.
- J-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), Droit administratif européen, Bruylant, 2008, 1134 pp.
- J-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), Traité de Droit administratif européen, Bruylant, 2^{ème} éd., 2014, 1354 pp.
- C. AUTEXIER, Introduction au Droit public allemand, PUF, 1997, 379 pp.
- J. AUVRET-FINCK (dir.), Le Parlement européen après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, Larcier, 2013, 276 pp.
- A. BARAV et V. PHILIP (dir.), Dictionnaire juridique des Communautés européennes, PUF, 1993, 1150 pp.
- A. BARAV et V. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, 2001. Disponible sur : <http://fdv.univ-lyon3.fr/cee/Dictionnaire.htm>
- E. BAUMGARTNER et P. MENARD, Dictionnaire étymologique et historique de la langue française, Livre de poche, 4^e éd., 2004, 843 pp.
- C. BECCARIA, Des délits et des peines, Ed. de Londres, 2013, 159 pp.
- A. BERRAMDAME et J. ROSSETTO, *Droit de l'Union européenne*, Coll. Cours, LGDJ, 2e éd., 2013, 518 pp.
- D. BLACHE, Le droit bancaire des Etats-Unis : Le modèle pour l'Europe bancaire ?, Ed. Revue Banque, Coll. Droit - Fiscalité, 2006, 376 pp.
- L. BLONDIAUX, Le nouvel esprit de la démocratie, Paris, Seuil, 2008, 109 pp.
- C. BLUMANN et L. DUBOUIS, Droit institutionnel de l'Union européenne, LexisNexis, 2013, 5^e éd., Coll. Manuel, 850 pp.
- T. BONNEAU et F. DRUMMOND, Droit des marchés financiers, 3e éd., Economica, 2010, 1210 pp.
- T. BONNEAU, Régulation bancaire et financière européenne et internationale, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 1ère éd., 2012, 346 pp.
- B.E. BROWN, *L'État et la Politique aux États-Unis*, Paris, PUF, 1994, 478 pp.

- F. CADET, *L'Ordre public en droit international de la famille: étude comparée France/Espagne*, L'Harmattan, 2005, 364 pp.
- L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2008, 752 pp.
- J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2004, 379 pp.
- G. CANIVET, M-A FRISON-ROCHE et M. KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, Coll. Droit et Economie, 2005, 156 pp.
- S. CASSESE, *La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni*, Montchrestien, 2000, 155 pp.
- J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, 2^{ème} éd., Economica, Coll. Corpus Droit public, 1032 pp.
- L. COHEN TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 1987, 273 pp.
- C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, 319 pp.
- J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2014, 796 pp.
- L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Tome 2, *La méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1974, 412 pp.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., PUF, Coll. Quadrige, 2014, 1152 pp.
- H. DE VAUPLANE et J.-J. DAIGRE (dir.), *Droit bancaire et financier IV*, Mélanges AEDBF, Ed. Revue banque, 2004, 537 pp.
- B. DEFAINS et E. LANGLAIS, *Analyse économique du droit: Principes, méthodes, résultats*, De Boeck Supérieur, Coll. Ouvertures économiques, 2009, 407 pp.
- C.-S. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire*, LGDJ, Coll. Thèses, 2002, 544 pp.
- P. DELVOLVE, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, Coll. Précis-Dalloz, 1998, 799 pp.
- T. DESJARDINS, *Arrêtez d'emmerder les Français !*, Plon, 2000, 382 pp.
- G. DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles. Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, Bibliothèque de droit international et communautaire, LGDJ, 2009, 508 pp.
- B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences po et Dalloz, Paris, 2004, 350 pp.
- E. DURKHEIM, *Le suicide. Etude de sociologie*, Paris, PUF, 2e édition, Coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1967, 402 pp.
- J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Interventions publiques et droit communautaire*, Etudes de droit des communautés européennes, Pedone, 1988, 188 pp.
- G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *L'interrégulation*, L'Harmattan, 2015

- E. FARVAQUE, La banque centrale européenne, Ed. La découverte, Coll. Repère, 2010, 128 pp.
- M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Les régulations économiques, légitimité et efficacité, Droit et économie de la régulation Vol.1, Presses de Sciences Po et Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2004, 206 pp.
- M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Les risques de régulation, Droit et économie de la régulation, Vol. 3, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, 334 pp.
- M.-A. FRISON-ROCHE, Les 100 mots de la régulation, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2011, 128 pp.
- M.-A. FRISON-ROCHE, La régulation des secteurs de la santé, Dalloz / Presses de Sciences Po, Coll. Thèmes & commentaires, Droit et économie de la régulation, volume 6, 2011, 182 pp.
- Y. GAUDEMET, Traité de droit administratif, Tome 1, 16e éd., LGDJ, 2001, 916 pp.
- M. GENTOT, Les autorités administratives indépendantes, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs politiques, 2^{ème} éd., 1994, 160 pp.
- P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, L'accélération du temps juridique, Publications Fac St Louis, Bruxelles, 2000, 931 pp.
- J. HABERMAS, Morale et communication, traduit de l'allemand par C. BOUCHINDHOMME, Ed. du Cerf, 1986, 416 pp.
- M. HEIDEGGER, Etre et temps, Paris, Gallimard, Coll. Bibliothèque de philosophie, 1990, 589 pp.
- E. LAMBERT, Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, Procès verbaux et documents, Vol. 1, Paris, 1905
- J. LASSERRE CAPDEVILLE et J.-P. KOVAR, Droit de la régulation bancaire, Revue Banque, Coll. Droit-Fiscalité, 2012, 350 pp.
- M. LEROY, Contentieux administratif, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, 1127 pp.
- F. LEVÊQUE, Economie de la réglementation, La Découverte, Coll. Repères, 2004, 128 pp.
- M. LOMBARD (dir.), Régulation économique et démocratie, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, 248 pp.
- J.-V. LOUIS, L'Union européenne et sa monnaie, Ed. de l'Université de Bruxelles, Coll. Institut d'Etudes Européennes, 3e éd., 2009, 328 pp.
- B. MANIN, Principes du gouvernement représentatif, Paris, Calmann-Lévy, 1995, 352 pp.
- G. MAJONE, La Communauté européenne : un Etat régulateur, Paris, Montchrestien, 1996, 158 pp.
- G. MARCOU et J. MASING (dir.), Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne, Société de législation comparée, Coll. de l'UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 25, 2011, 406 pp.

- A. MASSON, Droit communautaire: Droit institutionnel et droit matériel, Larcier, 2009, 584 pp.
- R. MICHELS, Les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties, Paris, Flammarion, 1971, 315 pp.
- F. MODERNE, Sanctions administratives *et justice constitutionnelle : contribution à l'étude* du jus puniendi *de l'État dans les démocraties contemporaines*, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1999, 341 pp.
- J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2011, 280 pp.
- P. N'DA, Méthodologie et guide pratique du mémoire de recherche et de la thèse de doctorat en lettres, arts, sciences humaines et sociales: informations, normes et recommandations universitaires, techniques et pratiques actuelles, L'Harmattan, 2007, 240 pp.
- S. NICINSKI, Droit public des affaires, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 4e éd., 2014, 800 pp.
- H. OBERDORFF, *La démocratie à l'ère numérique*, Presses universitaires de Grenoble, Coll. Politique en +, 2010, 208 pp.
- OCDE, Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE: De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation, OCDE, 2003
- P.E. PARTSCH, Droit bancaire et financier européen, Larcier, 2009, 1088 pp.
- F. PERALDI LENEUF (dir.), *La légistique dans le droit de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2012, 224 pp.
- F. PERALDI-LENEUF (dir.), *Jeux et paris en ligne. Vers un cadre juridique européen*, Larcier, 2015, 299 pp.
- J. PERTEK, Droit des institutions de l'Union européenne, PUF, Thémis, 3^e éd., 496 pp.
- L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe: huitièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet*, De Boeck, 2010, 510 pp.
- R. RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation : recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2012, 931 pp.
- J. RIFKIN, *La troisième révolution industrielle*, Actes Sud, 2013, 411 pp.
- J. RIVERO, *Droit administratif comparé : recherches sur la notion du système juridique appliqué au droit administratif comparé : doctorat : 1954-1955*, Paris, Cours de droit, 1954-1955, 160 pp.
- R. RODIERE, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979, 161 pp.
- L. RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, Bruylant, Coll. Droit administratif, 2012, 499 pp.
- P. ROSANVALLON, *La Légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008, 384 pp.

- F. ROUVILLOIS (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, 144 pp.
- R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *Economica*, 1991, 178 pp.
- F.W. SCHARPF, *Gouverner l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, 238 pp.
- H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Droit comparé. Théorie générale et principes*, Paris, LGDJ, 1978, 260 pp.
- M. SEVE, *La régulation financière face à la crise*, Bruylant, Coll. Droit et Economie, 2013, 1014 pp.
- D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2ème édition, 1998, p. 211, 578 pp.
- B. SOURICE, *Plaidoyer pour un contre lobbying citoyen*, ECLM, 2014, 250 pp.
- E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, Coll. Droit fondamental, droit politique et théorique, Paris, PUF, 2000, 1328 pp.

B. Etranger

- D.W. ARNER, *Financial stability, economic growth, and the role of law*, Cambridge University Press, 2007, 354 pp.
- M. ASIMOW et R.M. LEVIN, *State and Federal Administrative law*, 3ème éd., St. Paul : West Publishing, 2009, 821 pp.
- J.-B. AUBY, E. BREEN et T. PERROUD, *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*, Edward Elgar Publishing, 2014, 352 pp.
- R. BALDWIN and C. WYPLOSZ, *The Economics of European Integration*, McGraw-Hill Education, 2015, 560 pp.
- V. BEKKERS, G. DIJKSTRA et M. FENGER, *Governance and the Democratic Deficit: Assessing the Democratic Legitimacy of Governance Practices*, Routledge, 2013, 340 pp.
- M. BOVENS, D. CURTIN et P. HART (dir.), *The Real World of EU Accountability, What Deficit?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 236 pp.
- S. COMTOIS and K.J. DE GRAAF (dir.), *On Judicial and Quasi-Judicial Independence*, Den Haag: Eleven International Publishing, 2013, 216 pp.
- G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, 2004, 262 pp.
- Dirección Del Servicio Jurídico Del Estado, *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*, Madrid: Ministerio de Justicia, 2009, 436 pp.
- D.C. DRAGOS et B. NEAMTU (dir.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, 2014, 605 pp.

- H. EIBE et R. WOLFRUM (dir.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law: German Reports Presented to the XVIIth International Congress on Comparative Law*, Utrecht, 16 to 22 July 2006, Springer, 2010, 289 pp.
- M. EVERSON, C. MONDA and E. VOS (dir.), *European Agencies in Between Institutions and Member States*, Kluwer Law International, 2014, 312 pp.
- G. GALLI and J. PELKMANS (dir.), *Regulatory Reform and Competitiveness in Europe: Horizontal issues*, Edward Elgar Publishing, 2000, 526 pp.
- D. GERADIN (dir.), *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation*, Intersentia nv, 2004, 264 pp.
- D. GERADIN, R. MUNOZ and N. PETIT, *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, 280 pp.
- F. GILARDI, *Delegation in the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Edward Elgar Publishing, 2009, 200 pp.
- G. GIRAUDI et M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti - dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Rome-Bari, Laterza, 2001, 248 pp.
- C. HENRY, M. MATHEU et A. JEUNEMAITRE (dir.), *Regulation of Network Utilities: The European Experience*, Oxford University Press, 2001, 365 pp.
- G. HERMANN, *Rundfunkrecht : Fernsehen und Hörfunk mit neuen Medien*, Munich, Editions CH. Beck, 2004, 878 pp.
- R. HOLLO (dir.), *Finnish Legal System and Recent Development*, Edita, Helsinki, 2006, 235 pp.
- C. JOERGES et R. DEHOUSSE (dir.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press, 2002, 348 pp.
- P.F. KJAER, *Between Governing and Governance: On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation*, Bloomsbury Publishing, 2010, 212 pp.
- B. KOHLER-KOCH et B. RITTBERGER (dir.), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Rowman & Littlefield, 2007, 392 pp.
- K. KÖNIG and A. BENZ, *Privatisierung und staatliche Regulierung. Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk*, Baden-Baden, Nomos, 1997, 652 pp.
- J.-E. LANE, *Public Sector Reform. Rationale, Trends and Problems*, London, Sage, 1997, 380 pp.
- B. LAURENS, J.-F. SEGALOTTO and M. ARNONE, *Central Bank Independence, Accountability, and Transparency-A Global Perspective*, International Monetary Fund, 2009, 256 pp.
- D. LEVI-FAUR (dir.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, 712 pp.
- R. LOWEINSTEIN, *When Genius Failed: The Rise and Fall of Long-Term Capital Management*, Random House LLC, 2001, 264 pp.

G. MAJONE, *Deregulation or Re-Regulation? Regulatory Reform in Europe and the United States*, London, Pinter, 1990, 262 pp.

G. MAJONE, *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996, 336 pp.

R. MULGAN, *Holding Power to Account: Accountability in Modern Democracies*, Palgrave Macmillan, 2003, 253 pp.

B. NUNBERG, *Ready for Europe : public administration reform and European Union accession in Central and Eastern Europe*, Banque mondiale, WTP466, 2000, 364 pp.

OCDE, *Economic Surveys : Germany*, OECD 2006, 147 pp.

OCDE, *Economic Surveys : Germany*, OECD 2006, 25 pp.

OCDE, *Working party on regulatory management and reform, Designing independent and accountable regulatory authorities for high quality regulation*, 11 janvier 2005, 236 pp.

R. PELIZZO et F. STAPENHURST, *Parliamentary Oversight Tools: A Comparative analysis*, London, Routledge, 2013, 200 pp.

S. ROSE-ACKERMAN et P.L. LINDSETH (dir.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, 2010, 668 pp.

F. VAN DER MENSBRUGGHE (dir), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, 2003, 216 pp.

J.H.M. VAN ERP et L.P.W. VAN VLIET (dir.), *Netherlands Reports to the Seventeenth of International Congress of Comparative Law*, Intersentia NV, 2006, 542 pp.

F. VIBERT, *The rise of the unelected: democracy and the new separation of powers*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, 210 pp.

II. Thèses et mémoires

N. BECK, *L'évolution du cadre institutionnel de la régulation prudentielle*, Thèse, Paris II Panthéon-Assas, 2012

A. BEAUX, *La régulation du secteur postal en France*, Thèse, Université Paris X, 2013.

R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruylant, Coll. Mondialisation et droit international, 2011, 795 pp.

A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Thèse, Université Strasbourg, 2007

B. BLOTTIN, *Le rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle dans la surveillance de la libéralisation des marchés de l'énergie*, Thèse, Université Paris II, 2015

M. BUSUIOC, *The Accountability of European Agencies: Legal Provisions and Ongoing Practices*. Thèse, Université Utrecht, 2010

- D. CAPELLI, Poteri e responsabilità della CONSOB *nell'offerta al pubblico di prodotti finanziari*, Thèse, Université Milan-Bicocca, 2009
- M.-N. COURIAUT, *La Commission nationale de la communication et des libertés* (1986-1989) : audiovisuel et cohabitation, Thèse, Histoire contemporaine, Ecole nationale des chartes, Paris, 2004
- H. COURIVAUD, L'introduction de la concurrence dans les activités de réseaux électriques : éléments de comparaison entre la France et l'Allemagne, Thèse, Université Paris XI, 2000
- M. CRESPIY-DE CONINCK, Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique, Thèse, Université Montpellier, 2015
- H. DAOUD-RUMEAU MAILLOT, Les autorités de régulation dans le domaine bancaire et financier. *Vers la mise en œuvre d'un cadre institutionnel européen*, Thèse, Université Lyon III, 2008
- H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, communications électroniques, énergie et postes, Thèse, Université Bordeaux IV, 2008
- M. ESCANDE, Les mutations de l'ordre public en droit des jeux d'argent et de hasard, Thèse, Université Toulouse I, 2012
- L. GRARD, Du marché unique des transports aériens à *l'espace aérien communautaire : contribution à l'étude du droit positif et prospective juridique*, Thèse, Université Bordeaux I, 1992
- Y. GAUTIER, La délégation en droit communautaire, Thèse, Université Strasbourg, 1995
- N. GRIMM, The shift of energy regulatory powers under the framework of Directive 2009/72/EC, Thèse, Université Vienne, Autriche, 2011
- C. GUENOD, Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel : modèles communautaires et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie, Thèse, Université Paris IX, 2009
- N. HOBERDON, Droit de la concurrence et régulation sectorielle : recherche sur un ensemble juridique cohérent, Thèse, Université Paris-Dauphine, 2010
- C. KOOP, Measuring and explaining accountability : A comparative study of independent agencies, Thèse, European University Institute, 2011
- A. LAGET-ANNAMAYER, La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité, Bruylant, LGDJ, 2002, 546 pp.
- J. LELIEUR-FISCHER, La règle non bis in idem : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive : étude à la lumière des droits français, allemand et européen, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005
- V. MAIORANO, Modelli di regolamentazione e finanziamento delle autorità di vigilanza nei mercati finanziari, Thèse, LUISS, Université Rome, 2011
- A. MANNARELLI, Il settore dell'energia elettrica tra obblighi di servizio pubblico e concorrenza, Thèse, Université Cassino, 2007

R. METTOUDI, *Les fonctions quasi juridictionnelles de l'Autorité de régulation des télécommunications*, Thèse, Université Nice, 2004

G.L. PIETRANTONIO, CONSOB : Aspetti istituzionali, regolamentari, amministrativi e civili. Prospettive e problematiche del nuovo quadro normativo dalla riforma del risparmio alla direttiva MIFID, Thèse, Université Pise, 2007

T. PERROUD, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, Thèse, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2013, 1292 pp.

S. PIERRE, L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, Thèse, Université Lyon III, 2001

S. RODRIGUES, Services publics et services d'intérêt économique général dans la communauté européenne : éléments de droit compare et analyse du droit communautaire, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1999

A. SEE, La régulation du marché en droit administratif. Etude critique, Thèse Université Strasbourg, 2010

M. SCHOLTEN, The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience, Thèse, Université Maastricht, 2014

F. STASIAK, Nature des autorités de régulation aux pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne, Thèse, Université Nancy, 1995

S. THOMASSET-PIERRE, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, LGDJ, Coll. Thèses, 2003, 536 pp.

R. VABRES, Comitologie et services financiers, Réflexions sur les sources européennes du droit bancaire et financier, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Vol. 90, 2009, 606 pp.

L. VILLABLANCA, Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Etude de droit comparé, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2013

C. VLACHOU, La coopération entre autorités de régulation en Europe (communications électroniques et énergie), Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2014

A.R. ZARATE-PEREZ, *L'indépendance des autorités de concurrence*, analyse comparative Colombie, France, Etats-Unis, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011

III. Articles et contributions

A. France

F. ABALLEA, « Relation de service à l'utilisateur ou relation du service au client ?, Les transformations de l'intervention sociale », Pyramides, n°7, 2003, pp. 119-134

S. ABOUDRAR, « Les rencontres du forum de la régulation : régulation, risque et crise », LPA n° 250, 16 décembre 2003, pp. 4-7

- M. AGLIETTA, « L'indépendance de la Banque de France », *Banque*, n° 537, mai 1993, pp. 64-67
- M. AGLIETTA, « L'indépendance des banques centrales : Leçons pour la banque centrale européenne », in REF, n°22, 1992, pp. 37-56.
- J.-B. AUBY, « Autorégulation et droit administratif », DA, 2008, étude 17
- J.-B. AUBY, « La façon de comprendre les AAI », JCP. G. n° 51, 20 Décembre 2010, p. 1260
- J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », DA n° 12, Décembre 2010, étude 24
- J.-L. AUTIN, « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in J.-L. AUTIN et C. RIBOT (dir.), *Environnements, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, pp. 439-450
- J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », RFDA 2010, pp. 875-883
- R. ARNOLD, « Le droit administratif comparé dans l'enseignement et la recherche en Allemagne », RIDC, Vol. 41, n°4, 1989, pp. 853-861
- T. BACH et W. JANN, « Des animaux dans un zoo administratif : le changement organisationnel et l'autonomie des agences en Allemagne », RISA n° 3, Vol. 76, 2010, pp. 469-494
- J.-P. BARBIERI, « Cumul sanctions administratives – sanctions pénales : quel avenir ? », Bull. Joly Sociétés n° 1, 01 janvier 2015, p. 1
- C. BARRERE, « Logique judiciaire et logique de l'efficacité », in A. ALCOUFFE, B. FOURCADE, J.-M. PLASSARD et G. TAHAR (dir.), *Efficacité versus équité en économie sociale*, L'Harmattan, 2000, Tome 1, pp. 103-114
- P. BARTOLI et D. BOULET, « Conditions d'une approche en termes de régulation sectorielle. Le cas de la sphère viticole », *Cahiers d'économie et de sociologie rurale*, n°17, INRA-ESR, Paris, 1990, pp. 7-38
- P. BAUBY, « Service public : de la tutelle à la régulation », Flux, Vol. 14, n° 31, 1998, pp. 25-34
- M. BAZEX et S. BLAZY, « L'ambivalence des interventions de la Commission bancaire : juridiction ou régulation ? », DA n° 12, décembre 2007, comm. 172
- A. BEAUX, *La régulation du marché postal en France*, Jurisdoctoria n°9, 2013. Disponible sur : http://www.jurisdoctoria.net/pdf/numero9/aut9_BEAUX.pdf
- J. BELL, « Le droit administratif comparé au Royaume Uni », RIDC, vol. 41, n°4, 1989, pp. 887-892
- E. BERNARD, « Accord sur les agences européennes : la montagne accouche d'une souris », RDUE, 2012/3, pp. 399-446
- E. BERNARD, « Quels pouvoirs pour les agences de l'Union européenne ? », *Cahiers de droit européen* 2014/3, pp. 637-659

- B. BETRAND, « Le principe de l'équilibre institutionnel : la double inconstance », *Europe* n° 6, Juin 2016, étude 5
- A.C. BEZZINA, « L'identité menacée de la règle non bis in idem en droit public français », *RDP* n°4, 2015, p. 945
- D. BIANCHI, « La comitologie est morte ! Vive la comitologie ! », *RTD Eur.*, 2012, pp. 75
- J. BIGOT et J-L. BELLANDO, « La nouvelle Autorité de contrôle prudentiel et l'assurance : aspects structurels », *JCP. G.* n° 13, 29 Mars 2010, doctr. 364.
- X. BIOY, « Notions et concepts en droit : Interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, pp. 21-50
- B. T. BLAGOJEVIC, « Le droit comparé, méthode ou science ? », *RIDC* 1953, pp. 649-657
- A. BLANDIN-OBERNESSER, « La question du renforcement des pouvoirs de la Commission européenne dans la réforme du cadre réglementaire des communications électroniques », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe: huitièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet*, De Boeck, 2010, pp. 419-436
- M. BLANQUET et N. DE GROVE-VALDEYRON, « Le recours à des agences de l'Union en réponse aux questions de sécurité », in J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2011, pp. 77-128
- Cl. BLUMANN, « Equilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire », in *Clés pour le XXIème siècle*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 1639-1659
- Cl. BLUMANN, « A la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les "nouveaux" actes délégués », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 127-144
- J.-C. BONICHOT, « À propos de l'attribution du pouvoir réglementaire à l'Autorité européenne des marchés financiers », *RFDA* 2014, pp. 325-334
- T. BONNEAU, « Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière », *JCP. E.* n° 38, 2003, p. 1325
- T. BONNEAU, « Efficacité et avenir de la régulation financière », *RDBF*, n° 6, 2010, étude 35
- T. BONNEAU, « Enregistrement et sanction », *RDBF* n° 5, Septembre 2011, comm. 181
- T. BONNEAU, « Autorités, Régimes de sanction », *RDBF* n° 3, 2011, comm. 116
- T. BONNEAU, « Coup de projecteur sur les agences de notation », *RDBF* n° 6, novembre 2011, alerte 31
- T. BONNEAU, « Un nouveau 2 décembre 1804 », *JCP. G.*, 2011, p. 949
- T. BONNEAU, « Conglomérat financier », *RDBF* n° 3, Mai 2012, comm. 108
- T. BONNEAU, « Mécanisme de surveillance unique et Union bancaire », *JCP. E.*, 2012, p. 1645

T. BONNEAU, « Pouvoirs d'intervention de l'AEMF dans des circonstances exceptionnelles », RDBF n°6, Novembre 2013, comm. 220

T. BONNEAU, « L'Union bancaire européenne. Propos introductifs », RDBF n° 4, Juillet 2014, dossier 25

T. BONNEAU, « Haro sur le cumul des poursuites administrative et pénale », Bull. Joly Bourse, n° 5, 1er mai 2015, p. 206

A. BOUJEKA, « Vers un modèle de régulation des marchés financiers dans l'Union européenne », D. 2012, pp. 1355-1362

A. BOUVERESSE, « Droit communautaire et responsabilité extracontractuelle des autorités de régulation », RDBF n°2, 2009, étude 17

L. BOY, « Réflexion sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. FRISON-ROCHE) », D. 2001, p. 3031-3038

S. BRACONNIER « La régulation des services publics », RFDA, 2001, pp. 43-58

S. BRACONNIER : « Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique ? », RDP n° 2, 1er mars 2014, p. 261

J.-F. BRISSON, « La diversité des régulateurs nationaux sectoriels », RFDA, 2014, pp. 869-875

E. BROUSSEAU, « Régulation de l'Internet. L'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », Revue économique, 2001, Vol. 52, pp. 349-377

F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », RFDA 2013, pp. 113-126

A-M. BROCCAS, « Pour une régulation du système de santé », Droit social 1995, pp. 608-618

F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », RFAP, 2004/1 n°109, pp. 23-35

S. CASSESE, « L'étude comparée du droit administratif en Italie », RIDC, vol. 41, n°4, 1989, pp. 879-886

P-H. CASSOU, « Réguler le shadow banking system implique une approche globale et différenciée », Revue Banque n°746, mars 2012, p. 46

J. CATTAN, « L'interrégulation entre le CSA et l'ARCEP », in G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *L'interrégulation*, L'Harmattan, 2015, pp. 135-154

K. CAUNES, « Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image... », RTD Eur., 2007, pp. 297

J. CHACORNAC, « Propositions de loi relative à la répression des infractions financières », RDBF n° 6, novembre 2015, comm. 214

J. CHACORNAC, « Proposition de loi réformant le système de répression des abus de marché », RDBF n° 3, mai 2016, comm. 145

F. CHALTIELTERRAL, « L'ARCEP devant le juge constitutionnel : à propos de la décision QPC du 5 juillet 2013 », LPA n° 208, 17 octobre 2013, pp. 6-11

- N. CHARBIT, « Les objectifs du régulateur, entre recherche d'efficacité et rappel de légalité », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Droit et économie de la régulation*, Vol. 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. *Thèmes et commentaires*, 2004, pp. 54-73
- M. CHAUVIERE, « Que reste-t-il de la ligne jaune entre l'utilisateur et le client ? », *Politiques et management public*, Vol. 24, n°24-3, 2006, pp. 93-106
- M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Le droit international et la régulation », in M. MAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, Coll. *Logiques juridiques*, 1992, pp. 57-72
- J. CHEVALLIER, « De la CNCL au CSA », *AJDA*, 1989, pp. 59-76
- J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et Société* 49-2001, pp. 827-846
- J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *RFAP* n° 105-106, 2003/1, pp. 203-217
- J. CHEVALLIER, « L'Etat régulateur », *RFAP* n° 111, 2004, pp. 473-482
- J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA* 2010, pp. 896-900
- R. CHIAPPINI, *Les indices composites sont-ils de bonnes mesures de la compétitivité des pays ?*, LAREFI Working Paper n°2012-05, Laboratoire d'Analyse et de Recherche en Economie et Finance internationales, 2012. Disponible sur : <http://lare-efi.u-bordeaux4.fr/IMG/pdf/CR12-05.pdf>
- E. CHITI, « Existe-t-il un modèle d'agence de l'Union européenne ? », in J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. *Droit de l'Union européenne*, 2011, pp. 49-74
- P. CHONE, « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre ex ante et ex post », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulations, Droit et Économie de la Régulation*, Vol. 4, 2006, pp. 49-72
- M. CIHAK et J. DECRESSIN, *The Case for a European Banking Charter*, Working Paper 07/173, International Monetary Fund, 2007. Disponible sur : <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2007/wp07173.pdf>
- E. COHEN, « Design institutionnel communautaire et UMTS », in C. STOFFAËS (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, Coll. *ISUPE*, 2003, Annexe III. C, pp. 34-40
- L. COHEN-TANUGI, « Une doctrine pour la régulation », *Le Débat*, n° 52, 1988, pp. 56-66
- P. COLLAS, « Le dépeçage de l'administration. Un nouveau pas : la tentative d'autonomiser la Banque de France », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1994, n°2, pp. 557-598
- M. COLLET, « De la consécration à la légitimation. Observation sur l'appréhension par le juge », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Science Po et Dalloz, pp. 41-58

- P.-H. CONAC, « Un exemple étranger, la S.E.C. aux Etats-Unis », in H. DE CHARETTE (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes*, Paris, Economica, 2002, pp. 35-42
- P.-H. CONAC, « Création de l'autorité des marchés financiers (AMF) », RDBF n° 5, Sept. 2003, p. 201
- P.-H. CONAC et V. CAILLAT : « Du CESR à l'ESMA : le rubicon est franchi », Bull. Joly bourse, novembre/décembre 2010, n° 6, 2010, p. 500
- P.-H. CONAC, « L'application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marché. Proposition de réforme », *Revue des sociétés*, 2015, p. 473
- B. COSPEREC, « L'indépendance de l'autorité de régulation des activités ferroviaires », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, RFAP, n° 143, 2012, pp. 779-790
- D. COSTA, « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », RFDA, 2005, pp. 1174-1183
- L. COSTES, « Le sort incertain de la HADOPI », RLDI, 2013/ 98, p. 3
- L. COSTES, « Le nouveau régime de l'audiovisuel public », RLDI 2013/99, p. 3
- A. COURET : « La Commission bancaire à l'épreuve de l'article 6, § 1 de la Convention EDH », D. 2009, pp. 2247-2249
- A. COURET et B. DONDERO, « La commission des sanctions de l'ACP est une juridiction dont il n'est pas sérieux de contester l'indépendance », JCP. G, 2011, p. 1544
- H. COURIVAUD, « Droit de la concurrence et entreprises publiques. L'adaptation des entreprises publiques françaises à un environnement concurrentiel mondialisé », J-Cl. Concurrence Consommation, Fasc. 122, § 18
- J.CREEL et J. FAYOLLE, « La Banque centrale et l'Union monétaire européennes : les tribulations de la crédibilité », *Revue de l'OFCE* 2002/5 n° 83 bis, pp. 211-244
- N. CURIEN, « Enchères et télécommunications. Echecs et leçons », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Science Po et Dalloz, 2004, pp. 94-100
- D. CUSTOS, « Agences indépendantes de régulation américaines (Independent Regulatory Commissions ou IRC) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI) », *Politiques et management public*, Vol. 12, n° 1, mars 2002, pp. 67-84
- D. CUSTOS, « La notion américaine de régulation », in G. MARCOU et F. MODERNE (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome 1 : Comparaisons et commentaires, Editions L'Harmattan, 2005, pp. 145-166
- L. D'AMBROSIO et D. VOZZA, « Le "dialogue des juges" à l'épreuve du ne bis in idem : quelques réflexions à partir de l'expérience italienne », RTD Eur., 2015, p. 235
- J.-J. DAIGRE, « La complexité de l'architecture institutionnelle du secteur financier en France », *Droit & Patrimoine*, n° 121, 2003, pp. 60-62

J.-J. DAIGRE, « L'inversion des sources formelles en droit des marchés financiers », RTDF n° 2, 2006, pp. 105-106

J.-J. DAIGRE, « Les commissions des sanctions de l'ACP et de l'AMF ne sont-elles pas des juridictions ? », Bull. Joly Bourse n° 12, 1er décembre 2011, p. 629

J. DANIELSSON et J-P. ZIGRAND, « Quelle forme de régulation pour les hedge funds? », Banque de France, Revue de la stabilité financière, Numéro spécial hedge funds, n° 10, Avril 2007, pp. 30-40

A. DARODES DE TAILLY, « Le rôle du Conseil de la concurrence dans les secteurs régulés : l'exemple du secteur des communications électroniques », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe: huitièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet*, De Boeck, 2010, pp. 169-197

P. DAUTRY, « Etudes d'impact et procédures d'évaluation : approche de droit comparé et actualité. L'efficacité de la norme juridique bénéficiera-t-elle d'un regain d'AIR ? », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité?*, Bruylant, 2012, pp. 161-186

S. DAVY et F. HURARD, « Les réflexions autour d'un éventuel rapprochement entre le CSA et l'ARCEP », Etude 321-46 in *La télévision : évolution législative*, Lamy Droit des Médias et de la Communication, 2014

C. DE BOISSIEU, « La refonte de la régulation bancaire et financière : une vue prospective », Bull. Joly Bourse, 1er octobre 2012, n° 10, p. 457

N. DE GROVE VALDERON, « Les agences de la communauté sont-elles des autorités de régulation ? », in *Autorités de régulation et Droit européen, Cahiers de droit de l'Entreprise*, JCP. E, n°19, 2004, p. 22

B. DE LAMY, « Le non cumul des sanctions par la constitutionnalisation du principe ne bis in idem », RSC n° 3, 2015, pp. 705-710

O. DE MATTOS, « Les agences de notation, entre notation et régulation ! », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 4, Juillet 2010, act. 19

T. DE RAVEL D'ESCLAPON, « Impartialité et indépendance des autorités de régulation bancaire en droit français », RLDA, 2011, p. 61

D. DE ROY, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge », in *Rapports belges au 17^e Congrès de l'Académie Internationale de Droit comparé à Utrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 711-739

N. DE SADELEER, « La compatibilité avec le droit de l'UE de la réglementation de la vente à découvert par l'Autorité européenne des marchés financiers », *Kluwer – Revue luxembourgeoise de bancassurfinance* n° 1, 2014, pp. 60-75

B. DE SAINT MARS, « L'intégration européenne des activités de marché : le plus difficile reste à faire », Bull. Joly Bourse, 1 décembre 2012, n° 12, p. 619

A. DE STREEL et R. QUECK, « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe », *Journal des tribunaux droit européen* n° 101, septembre 2003, pp. 193-202

- A. DE STREEL, A. GAUTIER et X. WAUTHY, « La régulation des industries de réseau en Belgique », *Reflète et perspectives de la vie économique*, 2011/3, pp. 73-92
- O. DECIMA, « Tombeau de ne bis in idem », *D.* n° 16, 2016, pp. 931-934
- K. DECKERT, « Le cumul des poursuites et sanctions pour délit d'initié et pour manquement d'initié. Acte 2 devant le Conseil constitutionnel », *Lettre CREDA-Sociétés* n° 2016-06 du 15 février 2016
- N. DECOOPMAN, « La nouvelle architecture des autorités financières. Le volet institutionnel de la loi de sécurité financière », *JCP. G*, 2003, n°42, p. 1817
- M. DEGOFFE, « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA* 2008, pp. 622-630
- F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « De quelques difficultés dans les relations entre droit et médecine », in *Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, L'Harmattan, 1999, pp. 127-146
- B. DELAUNAY, M. LE CLAINCHE, J-L. PISSALOUX, L. ROUBAN, D. SUPLISSON, « Chronique de l'administration », in « La réforme des collectivités territoriales », *RFAP*, 2012/1 n° 141
- B. DELAUNAY, « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *RDP* mars 2014, pp. 276-289
- A. DELION, « Notions de régulation et droit de l'économie », in T. REVET (dir.), *Annales de la régulation*, Vol. 1, 2006, pp. 3-43
- G. DELLIS, « Régulation et droit public "continental". Essai d'une approche synthétique », *RDP* n° 4, 1er juillet 2010, p. 957
- D. DELVAX, « Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative », *APT*, 2001, pp. 196-215
- H. DELZANGLES, « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationales par la Cour de justice de l'Union européenne », *RJEP*, n° 689, Août 2011, comm. 41
- H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », *RJEP* n° 692, Décembre 2011, p. 2
- H. DELZANGLES, « L'encadrement des agences américaines de régulation, un modèle pour l'Europe ? », in F. PERALDI LENEUF (dir.), *La légistique dans le droit de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 161-189
- H. DELZANGLES, « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation. Propos autour de la réforme des pouvoirs de sanction du CSA », *AJDA* 2014, pp. 1021-1028
- H. DELZANGLES, « Regulatory Authorities and conflict of interest », in J.-B. AUBY, E. BREEN et T. PERROUD, *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 11-29
- H. DELZANGLES, « La notion d'interrégulation », in G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *L'interrégulation*, L'Harmattan, 2015, pp. 13-36

F. DEMARIGNY, « Le Forum of European Securities Commissions (FESCO) : une première réponse aux besoins de régulation du marché unique des services financiers », *Revue d'économie financière*, 2000, Vol. 60, n° 60, pp. 125-134

F. DEMARIGNY, « Régulateurs et régulés dans la construction des normes financières européennes », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, *Droit et économie de la régulation* Vol. 1, Presses de Science Po et Dalloz, Coll. *Thèmes et commentaires*, 2004, pp. 22-24

E. DERIEUX, « Régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques. Convergence et concurrence », *RLDI* 2013/89, p. 22

E. DERIEUX, « Régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques. Cohérence et efficacité », *RLDI* 2013/89, p. 24

E. DERIEUX, « Régulation de l'audiovisuel », *RLDI* 2013/91, p. 25

D. DERO-BUGNY, « Agences européennes », *Juris Cl. Europe*, Fasc. 245

D. DERO-BUGNY, « Autorités nationales de contrôle ; Note sous Cour de justice de l'Union européenne, grande Chambre, 9 mars 2010, Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne, Aff. C-518/07 », *Journal du droit international* n° 2, Avril 2011, chron. 4

E. DEZEUZE et N. RONTCHEVSKY, *RDTF* 2014, Chr. p. 149

G. DEZOBRY, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, *RFAP*, n° 143, 2012, pp. 645-654

G. DIANA, *Transparence, responsabilité et légitimité de la Banque Centrale Européenne*, *Bulletin de l'OPEE* n° 18, 2008. Disponible sur : <http://opee.unistra.fr/IMG/pdf/18article3.pdf>

O. DOUVRELEUR, « L'indépendance de l'Autorité des marchés financiers » in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, *RFAP*, n° 143, 2012, pp. 747-758

R. DRAGO, « Le Conseil de la Concurrence », *JCP. G*, n° 42, p. 3300

J.-D. DREYFUS, « Les autorités de régulation indépendantes au croisement des droits administratif, civil et pénal. Etude des règles de procédure, de contrôle juridictionnel et relatives au pouvoir de sanction », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, *Société de législation comparée*, Coll. de l'UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 25, 2011, pp. 297-338

F. DRUMMOND, « Le fabuleux destin de la règle non bis in idem », *Bull. Joly Bourse*, n° 12, 31 décembre 2014, p. 605

B. DU MARAIS, « U.M.T.S. : l'idée de régulation est-elle encore soutenable ? », *LPA*, 15 mars 2001, n°53, pp. 13-18

B. DU MARAIS, « Les limites méthodologiques des rapports Doing Business », *Document de travail ED 2006-1*, Programme de recherche « Attractivité économique du Droit », 2006. Disponible sur : <http://ufr->

O. DUFOUR, « Les droits de la défense ne sont pas les ennemis de l'efficacité », LPA, n° 217, 30 octobre 2012, pp. 3-7

O. DUFOUR, « C'est la fin des doubles poursuites ... au terme de 26 ans de combat », LPA n° 59, 24 mars 2015, pp. 4-7

H. DUMEZ et A. JEUNEMAÎTRE, « Montée en puissance passée et impasses actuelles de la régulation économique européenne des industries de réseau », in M.-A. FRISON-ROCHE, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Droit et économie de la régulation, Presses de Science Po, 2004, pp. 1-18

H. DUMEZ et A. JEUNEMAÎTRE, « La régulation restructurante en Europe. Le cas du contrôle aérien », Concurrences n° 1, 2008, pp. 1-8

P-E. DUPONT, « Financements immobiliers par les sociétés d'assurance : première approche des contraintes juridiques », RDBF n° 2, Mars 2013, étude 6

F. DUPUIS-TOUBOL, « Le juge en complémentarité du régulateur », LPA, 23 janvier 2003, n° 17, pp. 17-24

G. ECKERT, « La responsabilité administrative des autorités de régulation », RDBF n°2, 2009, étude 13

G. ECKERT, « Les autorités de régulation et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : quelle cohérence ? », RDBF n° 3, mai 2010, dossier 18

G. ECKERT, « Quel est le juge compétent pour connaître de la responsabilité des Autorités de régulation ? », DA n° 10, Octobre 2011, comm. 89

G. ECKERT, « Impartialité des juridictions et efficacité de la régulation », RJEP, n° 699, juillet 2012, comm. 39

G. ECKERT, « Pour un régime commun des sanctions prononcées par les autorités de concurrence et de régulation sectorielle », JCP. G. n° 28, 9 juillet 2012, p. 813

G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, RFAP, n° 143, 2012, pp. 629-644

G. ECKERT, « Vers l'interdiction du cumul des poursuites administratives et pénales », RJEP n° 724, novembre 2014, comm. 48

Q. EPRON, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », RFDA 2011, pp. 1007-1018

S. FABER et G. SROUSSI, « Révision du "Paquet Télécom" : quel(s) régulateur(s) pour demain ? », RLDI n°45, 2009, pp. 68-71

E. FARVAQUE, « Fondements constitutionnels de l'indépendance des banques centrales : des pères fondateurs de la nation américaine à la Banque centrale européenne », REF, n°87, 2007, pp. 225-239

- R. FELLI, « Développement durable et démocratie : la participation comme problème », Urbia, Les cahiers du développement durable 3, 2006, pp. 11-28
- J.-L. FEUGIER et M.-H. PRADINES, Agences de régulation *de l'Union européenne* : la conclusion d'un accord interinstitutionnel « historique » en juillet 2012, Etudes européennes, 3 décembre 2012. Disponible sur : http://www.etudes-europeennes.eu/images/stories/Variations_europeennes/A_la_une/Agences_final.pdf
- S. FEYLER, « Conglomération financière et architecture de surveillance », *Revue d'économie politique*, 2011/4, Vol. 121, pp. 527-546
- C. FICHET, « De la régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », LPA, 17 octobre 2003, n° 208, pp. 3-8
- N. FIRZLI, « Les leçons du Glass-Steagall Act », *Revue Analyse Financière* n° 34, Janv-Fev-Mar 2010, pp. 49-52
- S. FLOGAITIS, « Le droit administratif en droit comparé : La Grèce », RIDC, Vol. 41, n°4, 1989, pp. 867-871
- A. FLÜCKIGER, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, pp. 93-119
- T. FOSSIER, « Vers un droit procédural commun des autorités de régulation », RJEP n° 692, Décembre 2011, 5
- L. FRANCESCHINI, « Les points clés de la loi du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public », RLDI 2014/101, n°3350
- C. FRANCHINI, « Les notions d'administration indirecte et de co-administration », in B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, LGDJ, 2008, pp. 245-266
- M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », D. 1999, pp. 53-57
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », *Revue d'économie financière*, n° 60, 2000, p. 95
- M.-A. FRISON-ROCHE, « La victoire du citoyen-client », *Sociétal*, n°30, 4e trimestre, 2000, pp. 49-54
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », D. 2001, p. 614
- M.-A. FRISON-ROCHE, « La régulation, objet d'une branche du droit », in *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° spéc., 3 juin 2002, pp. 3-8.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Les nouveaux champs de la régulation », RFAP, 2004/1, n°109, pp. 53-63
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation et règlement des différends : présentation du terme et synthèse du 10^e forum de la régulation », LPA, n° 212, 22 octobre 2004, pp. 6-9
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, *Droit et économie de la régulation*, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, pp. 154-170

- M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », D. 2004, p. 126
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Appliquer le droit de la régulation au secteur agricole », RLC, n°4, août/octobre 2005, pp. 126-130
- M.-A. FRISON-ROCHE, « L'hypothèse de l'interrégulation », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Les risques de régulation, Droit et économie de la régulation, Vol. 3, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 69-80
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Les engagements dans les systèmes de régulations, Droit et Économie de la Régulation, Vol. 4, 2006, pp. 33-48
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulateurs indépendants versus LOLF », RLC, 2006, pp. 69-73
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Dialectique entre concurrence et régulation », in Actualité du droit de la régulation, RLC, 2007, pp. 168-174
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation bancaire, régulation financière », in Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier, Economica, Paris, 2009, pp.173-187
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Ambition et efficacité de la régulation économique », RDBF, novembre-décembre 2010, pp. 59-66
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Autorités administratives incomprises (AAI) », JCP. G., 29 novembre 2010, p. 1166
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation versus concurrence », in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Au-delà des codes, Dalloz, Paris, 2011, pp. 171-185
- M.-A. FRISON-ROCHE, « QPC, Autorités de concurrence, Autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », LPA, 29 septembre 2011 n° 194, pp. 25-34
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Droit de la régulation. Vers une conformité au droit européen », Revue Banque n° 783, avril 2015, p. 39
- M. GABEL, « Régulation de l'énergie : l'exception allemande », *Regards sur l'économie allemande*, Bulletin économique du CIRAC n°76, 2006. Disponible sur : <https://rea.revues.org/807#tocto1n2>
- Y. GAUDEMET, « Responsabilité de l'administration et nouvelles activités de contrôle », in Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique, 11 et 12 mai 2001. Disponible depuis le site du Sénat.
- Y. GAUDEMET, « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », in La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?, RFAP n° 109, 2004, pp. 13-16
- A. GAUDEMET, « Agences de notation : le régulateur européen affirme son pouvoir de sanction », RDBF n° 4, Juillet 2014, comm. 155
- C. GENOUD, « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? », Revue internationale de politique comparée 2004/2, Vol. 11, pp. 187-204

D. GERADIN, « Hiérarchie des pouvoirs dans les systèmes communautaires de régulation », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Science Po et Dalloz, 2004, pp. 19-25

A. GESLIN, « Le champ de la régulation », *RFDA*, 2010, pp. 731-734

C. GOETHALS et A. DRUMAUX, « Qui profite de l'ouverture à la concurrence des monopoles publics ? », *Politique et management public*, Vol. 24, n°24-3, 2006, pp. 33-56

A. GOSSET-GRAINVILLE, « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur ? », M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation, Droit et économie de la régulation*, Vol. 3, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. *Thèmes et commentaires*, 2005, pp. 151-159

A. GOURIO et L. THÉBAULT, « Union bancaire : volet supervision », *RDBF* n° 2, Mars 2014, Com. 67

A. GOURIO, « Le mécanisme de résolution unique : les nouveaux instruments et pouvoirs des autorités de résolution bancaires », *RDBF* n° 4, Juillet 2014, dossier 30

L. GRARD, « Sécurité et transport dans l'Union européenne, le recours aux agences de régulation », *Europe*, Chr. N° 10, octobre 2003, p. 4

L. GRARD, « L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », *JCP. E., cahier de droit de l'entreprise* n°2/2004, 6 mai 2004, pp. 11-14

L. GRARD, « Sécurité et transport dans l'Union européenne : le recours aux agences de régulation », in C. STOFFAËS (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, Coll. *ISUPE*, 2003, Annexe III. D, pp. 61-70

L. GRARD, « Répondre la régulation indépendante du transport en transformant l'ARAF en ARTI », *Revue de droit des transports* n°5, mai 2010, comm. 121

L. GRARD, « Le périmètre de la législation européenne sur les redevances aéroportuaires est validé : grands aéroports et aéroports principaux », *Revue de droit des transports* n° 7, Juillet 2011, comm. 116

L. GRARD, « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », in F. PERALDI LENEUF (dir.), *La légistique dans le droit de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruylant, Coll. *Droit de l'Union européenne*, 2012, pp. 137-159

L. GRARD, « Sécurité aérienne : toujours plus d'intégration ! », *RTD Eur.*, 2014, p. 217

L. GRARD, « Réforme de l'Agence européenne pour la sécurité maritime (AESM) : compétences nouvelles et subsidiarité dans leur mise en œuvre », *RTD Eur.*, 2014, p. 218

GRASPE, « La Cour de Justice donne les moyens au législateur de l'UE pour réguler le marché intérieur », *Cahier* n° 23, juin 2014, pp. 83-87. Disponible sur : <http://graspe.eu/document/grasp23.pdf>

N. GROVE-VALDEYRON, « Les agences de la communauté sont-elles des autorités de régulation ? », in L. GRARD (dir.), *Autorités de régulation et droit européen*, *JCP. E.*, n°2, supplément n°19 du 6 mai 2004, p. 22

M. GUENAIRE, « L'expérience du règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation, Droit et*

économie de la régulation, Vol. 3, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 191-196

G. GUILLERMIN, « Le principe d'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes », *JDI*, 1992, p. 319

M. GUYOMAR, « Les sanctions administratives », *LPA*, n° 9, 12 janvier 2006, pp. 7-10

J-P. HANSEN, « La construction d'une culture européenne de régulation faisant l'économie de l'articulation entre régulations hétérogènes », in M-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation Vol. 2, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 171-180

F. HAUT, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *RIDC*, Vol. 41, n°4, 1989, pp. 907-914

M. HECQUARD-THERON, « La notion d'Etat en droit communautaire », *RTD Eur*, n°4, 1990, pp. 693

G. HERMES, « Les autorités administratives dépendantes et indépendantes. Un aperçu de l'administration fédérale », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, Coll. de l'UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 25, 2011, pp. 101-134

L. HEUSCHLING, « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité?*, Bruylant, 2012, pp. 27-60

G. HOUILLOIN, « La procédure devant la Commission bancaire censurée par la CEDH », *DA* n° 8, août 2009, comm 111

S. HOYNCK, « Indépendance de qui ? Les trois âges de l'indépendance des régulateurs des télécommunications en Europe », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, *RFAP*, n° 143, 2012, pp. 791-802

S. HOYNCK, « L'obscur clarté du régime des sanctions administratives prononcées par les autorités de régulation », *RJEP* n° 724, novembre 2014, repère 10

P. HUBERT, « La confrontation des enchères avec les principes généraux du droit de la concurrence », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Science Po et Dalloz, 2004, pp. 129-135

G. IACONO, « Le nouveau statut de la Banque de France, une étape vers l'union économique et monétaire », *D.* 1994, pp. 89-92

L. IDOT, « Rapport de synthèse », in L. IDOT et S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.) « Internormativité et réseaux d'Autorités », *LPA*, 5 octobre 2004, n° 199, p. 65

P. IDOUX, « Questions à l'Europe, questions sur l'Europe », *RDP* n° 3, 1er mai 2008, p. 788

P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA* 2010, pp. 920-930

P. IDOUX, « L'avenir des autorités de régulation : les pistes du rapport Dosière-Vanneste », *RLC* 2011/26, p. 90

- P. IDOUX, « L'adaptation du dispositif de régulation de l'audiovisuel », RLDI 2014/38, p. 124
- P. IDOUX, « Régulateurs nationaux et régulateurs européens », RDP n°2, 1er mars 2014, p. 290
- P. IDOUX, « L'ARCEP pivote », AJDA, 2016, pp. 535-537
- P. IDOUX, « L'évolution de l'Autorité chargée de la concurrence », AJDA, 2016, pp. 769-776.
- B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », RIDC, 2005, Vol. 57, n°1, pp. 29-48
- P.-A. JEANNEREY, « Le régulateur producteur de droit », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, pp. 44-51
- F. KAUFF-GAZIN, « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? - À propos de l'affaire C-518/07, Commission c/ Allemagne », Europe n° 7, Juillet 2010, étude 9
- C. KESSEDJIAN, « Le rapport "Doing Business" », Revue du droit des affaires de l'Université Paris II Assas, 3 octobre 2005
- J.-P. KOVAR, « La soumission des autorités de régulation aux garanties du procès équitable », RDBF n° 3, mai 2010, dossier 19
- J.-P. KOVAR, « Les autorités européennes de surveillance : organes des régulateurs nationaux, agences européennes de régulation ou autorités européennes de régulation ? », RDBF n°4, Juillet 2011, dossier 24
- J.-P. KOVAR, « La commission des sanctions de l'ACP : juridiction ou administration ? », LPA n° 225, 9 novembre 2012, pp. 29-30
- D. LABETOULLE, « La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de "garantie de l'Etat". A propos de l'Avis n° 371558 du Conseil d'Etat du 8 septembre 2005 », RJEP, n° 635, 2006, p. 359
- F. LAFARGE, « L'indépendance des autorités européenne de surveillance », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, RFAP, n° 143, 2012, pp. 677-692
- A. LAGET-ANNAMAYER, « Les pouvoirs de sanction de la Commission bancaire », AJDA 2004, pp. 26-29
- A. LAGET-ANNAMAYER, « Régulation économique et privatisation », Contrats Concurrence Consommation n° 4, Avril 2006, comm. 70
- A. LAGET-ANNAMAYER, « La loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire : une imparfaite adaptation au cadre européen sous contrainte nationale », DA n° 12, Décembre 2014, étude 18
- V. LAMANDA, « Avant-propos », RFDA 2010, pp. 873-875
- F.M. LAPRADE, « Le tribunal des marchés financiers à la lumière du rapport Coulon (tentative de synthèse) », Bull. Joly Bourse, n° 3, 1er mars 2015, p. 141

- B. LASSERRE, « Régulation, mode d'emploi », Sociétal, n° 30, 2000, pp. 77-79
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La procédure applicable devant la Commission bancaire méconnaît l'article 6 § 1 de la Conv. EDH », AJ Pénal n° 9, septembre 2009, jurisprudence, pp. 354-356
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La Commission bancaire face à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme », RDBF n° 3, mai 2010, dossier 21
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La convergence du droit régissant l'Autorité des marchés financiers et l'autorité de contrôle prudentiel », RDBF n° 4, juillet 2011, dossier 21
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Droit pénal bancaire : quelle utilité aux délits prévus par l'article L. 511-8 du code monétaire et financier ? », Banque et Droit n° 139, 2011, p. 9
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le délit de "pantouflage" », AJCT n° 9, 2011, pp. 395-397
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Inconstitutionnalité du pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire », Bull. Joly Bourse, n° 2, 1er février 2012, p. 55
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, C. MASCALA et S. NEUVILLE, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe non bis in idem en matière financière », D., 2012, pp. 693-699
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard des opérateurs régulés », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, RFAP, n° 143, 2012, pp. 667-676
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Remarques sur "des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives" », Bull. Joly Bourse, 01 septembre 2012 n° 9, p. 330
- T. LE BIANIC, L. DE VERDALLE, C. VIGOUR, « S'inscrire dans une démarche comparative. Enjeux et controverses », in *Ce que comparer veut dire*, Terrains & travaux n°21, Revue de sciences sociales, 2012/2, pp. 5-21
- C. LE BIHAN-GRAF et E. CREUX, « Le règlement des différends, instrument moteur de la régulation sectorielle », Energie - Environnement - Infrastructures n° 6, Juin 2016, étude 13
- A.-V. LE FUR, « L'organisation structurelle de l'AMF suffit-elle à garantir le respect des exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité ? », Bull. Joly Bourse, n° 4, 1er avril 2014, p. 200
- A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « Pour un tribunal des marchés financiers », Bull. Joly Bourse, n° 1, janvier 2015, p. 24
- A.-V. LE FUR, « Pour un tribunal des marchés financiers », RLDA n° 101, février 2015, p. 91
- A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « La réforme du contentieux financier imposée par le Conseil constitutionnel », D. 2015, pp. 894-897
- A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « Le TMF au regard du droit de l'UE relatif aux sanctions administratives », Bull. Joly Bourse, n° 5, mai 2015, p. 236

- A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « Sanctions des abus de marché : "l'aiguillage", source de déraillement », D. 2015, pp. 1450-1456.
- A.-V. LE FUR, « La rationalisation des sanctions, une exigence démocratique en faveur de leur efficacité », D., 2016, pp. 1091-1101
- C. LEBIHAN GRAF et O. BEATRIX, « La nouvelle organisation du marché de l'électricité », AJDA 2011, pp. 432-438
- S. LÉBOUCHER, « Supervision européenne, Intégration ou complexification », Revue Banque, n°757, février 2013, p. 20
- S. LÉBOUCHER, « La BCE comme superviseur, Un risque de conflit d'intérêt ? », Revue Banque n°757, février 2013, p. 40
- P. LEGRAND, « À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique », RIDC, Vol. 45, n°4, Octobre-décembre 1993, pp. 879-888
- A. LEVI, « L'apport du droit comparé à la recherche juridique prospective », RIDC, Vol. 47 n°2, 1995, pp. 497-502
- D. LINOTTE et G. SIMONIN, « L'Autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'Etat ? », AJDA 2004, pp. 143-147
- M. LOMBARD, « Le nouveau statut de la Banque de France », AJDA 1994, pp. 491-495
- M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », AJDA 2005, pp. 530-540
- M. LOMBARD, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », RJEP, n° 619, 2005, p. 127
- M. LOMBARD, « Introduction générale », in M. LOMBARD (dir.), Régulation économique et démocratie, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 1-7
- M. LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in M. LOMBARD (dir.), Régulation économique et démocratie, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 203-218
- M. LOMBARD, « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? Typologie de leurs missions », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne, Société de législation comparée, Coll. de l'UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 25, 2011, pp. 147-168
- M. LOMBARD, « Pouvoir répressif des autorités de régulation », AJDA 2012, p. 578
- M. LOMBARD, « Collèges des autorités de régulation : des modes de nomination perfectibles », RJEP n° 698, Juin 2012, repère 6
- M. LOMBARD, « Reconstruire le pouvoir de sanction de l'ARCEP (et du CSA) », AJDA 2013, pp. 1955-1957
- M. MAEGLI, C. JAAG et M. FINGER, « Coûts de la régulation des industries de réseaux : enseignements du réseau postal », *Revue d'économie industrielle* n°129, 2009, pp. 47-68

- H. MAISL, « La régulation des télécommunications : changements et perspectives », RFDA, mai-juin 1995, pp. 449-461
- E. MALARET et M. TIMON, « Régulation et services publics en Espagne », in G. MARCOU et F. MODERNE, Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2, Expériences européennes, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2005, pp. 259-290
- P. MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », Pouvoirs n° 114 2005/3, pp. 131-137
- M. MATHEU, « L'Europe à l'école américaine et britannique », Sociétal n° 30, 2000, pp. 55-60
- G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », AJDA 2006, pp. 347-353
- G. MARCOU, « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », in G. MARCOU et F. MODERNE (dir.), Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2011, pp. 11-64
- G. MARCOU, « Introduction », in G. MARCOU et F. MODERNE (dir.), Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2011, pp. 11-28.
- G. MARCOU, « Les autorités administratives "dépendantes" et "indépendantes" dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique - Une analyse sur des secteurs sélectionnés », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne, Société de législation comparée, Coll. de l'UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 25, 2011, pp. 65-94
- B. MARKESINIS, « Unité ou divergence ; A la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », RIDC 2001, , Vol. 53, n°4, pp. 807-830
- P-G. MARLY, « Le sort des opérations de banque réalisées par les sociétés d'assurance », D. 2009, pp. 2731-2735
- S. MARTIN, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », RDP, n° 1, 2013, p. 53
- F. MARTUCCI, J. LASSERRE CAPDEVILLE et J.-P. KOVAR, « Le système européen de surveillance financière », Europe n° 6, Juin 2011, Etude 6, p. 4.
- F. MARTUCCI, « Régulation financière dans l'Union européenne : les instruments de convergence », RDBF n° 4, Juillet 2011, dossier 23
- F. MARTUCCI, « L'indépendance des autorités de régulation en Italie », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, RFAP, n° 143, 2012, pp. 723-734
- F. MARTY, « La sécurité de l'approvisionnement électrique. Quels enjeux pour la régulation ? », *Revue de l'OFCE*, 2002/7, n°101, pp. 421-452
- J. MASING, « Typologie des missions des autorités administratives indépendantes », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne, Société de législation comparée, Coll. de l'UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 25, 2011, pp. 181-222

- N. MATHEY, « Vers une solidification du droit souple », RDBF n°3, mai 2016, comm. 108
- H. MATSOPOULOU, « Le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales, pour les mêmes faits, n'est pas conforme à la règle ne bis in idem », Revue des sociétés, 2014, p. 675
- C. MAURO, « Le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales en matière financière est conforme à la Charte des droits fondamentaux », JCP. G., n° 12, 24 mars 2014, p. 533
- R. MEDHI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et J. PINI (dir), Autour de la qualité des normes, Bruylant, Coll. A la croisée des chemins, 2010, pp. 177-192
- M. MEDINA ORTEGA, « "Soft Law" et principes démocratiques », in F. PERALDI LENEUF (dir.), La légistique dans *le droit de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 191-204
- M. MEISTER, « Transports aériens », Europe n° 7, Juillet 2011, comm. 257
- F. MELLERAY, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public », AJDA 2003, pp. 711-717
- F. MELLERAY, « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », AJDA 2004, pp. 1224-1229
- R. METTOUDI, « L'expérience du règlement des différends par l'Autorité de régulation des télécommunications » in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Les risques de régulation, Droit et économie de la régulation, Vol. 3, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 197-210
- F. MEURIS, « Centre d'intérêts communs, le début d'une union ? », Communication Commerce électronique n° 12, Décembre 2012, alerte 88
- L. MILANO, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », RFDA 2014, pp. 1119-1130
- C. MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », RIEJ, n°40, 1998, p. 124
- F. MODERNE, « Etude comparée, les modèles étrangers », in J.-C. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), Les autorités administratives indépendantes, Paris, PUF, 1988, pp. 188- 232
- J. MOLINIER, « Agences de l'Union européenne », Répertoire Dalloz de droit communautaire
- J. MOLINIER, « L'élaboration d'un cadre commun aux agences de l'Union », in J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2011, pp. 221-246
- A. MOLLARD, « L'approche sectorielle de la régulation : L'agriculture entre régulation globale et sectorielle », in R. BOYER, Y. SAILLARD (dir), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, Editions La Découverte, Coll. Recherches, 2002, pp. 332-340

- C. MÖLLERS, « Les règles juridiques matérielles applicables aux autorités indépendantes », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, Coll. de l'UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 25, 2011, pp. 259-290
- A. MORAVCSIK, « Le mythe du déficit démocratique européen », *Raisons politiques* 2003/2, n° 10, pp. 87-105
- J.-M. MOULIN, « Le cumul des poursuites et sanctions en matière d'abus de marché : fin de partie ? », *Gaz. Pal.*, n° 132, 12 mai 2015, p. 7
- A. MOUROUGANE, « Indépendance de la Banque centrale et politique monétaire : application à la Banque centrale européenne », *RFE*, Vol. 13, n° 13-1, 1998, pp. 135-199
- H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, Vol. 52, n°3, pp. 503-527
- A.-C. MULLER, « Conformité des pouvoirs d'intervention de l'AEMF en matière de vente à découvert », *RDBF* n° 2, Mars 2014, comm. 85
- S. NICINSKI, « Le mode de régulation », *RFDA*, 2010, pp. 735-740
- P. NIHOUL, « Les autorités administratives indépendantes en Belgique », *RFDA* 2013, pp. 897-902
- D. NOUY, « La supervision indirecte des hedge funds », *Banque de France, Revue de la stabilité financière*, Numéro spécial hedge funds, n° 10, Avril 2007, p. 105-116
- D. NOUY, « La coopération entre superviseurs bancaires nationaux », *Revue d'économie financière*, Vol. 87, n°87, 2007, pp 121-132
- D. NOUY, « Point de vue de l'autorité nationale, "Un superviseur adossé à la BCE est un vrai avantage" », *Revue Banque* n°757, février 2013, pp. 24-26
- E. OLIVA, « L'autonomie budgétaire et financière des autorités de régulation économique », *RDP* n° 2, 1er mars 2014, p. 340
- Y. PACLOT, « Quelques remarques sur le pouvoir normatif de l'AMF », *Lexbase Hebdo*, n° 101, janvier 2004
- Y. PACLOT, « De la nature de la commission des sanctions de l'ACP et quelques autres questions », *RDBF* septembre 2011, n° 5, alerte 26
- G. PAROLA et M. POTO, « La Consob : l'AMF italienne ? Création, développement et réformes de l'Autorité italienne des marchés financiers », *Gaz. Pal.*, 22 septembre 2007, n° 265, p. 11
- H. PAULIAT, « Séparation des autorités de poursuite et de sanction : mise en conformité des procédures devant le CoRDIS », *JCP. A.* n° 10-11, 9 mars 2015, act. 231
- F. PERALDI-LENEUF, « La libéralisation du marché des terminaux de télécommunications et la jurisprudence communautaire : une connexion en cours », *Europe*, n° 2, février 1996, p. 1
- F. PERALDI-LENEUF, « La mise en agence de l'administration de la sécurité des transports : quelle régulation? », in L. GRARD (dir.), *L'Europe des transports*, Actes du colloque

d'Agen, Université Montesquieu Bordeaux IV, 7 et 8 octobre 2004, Paris, La documentation française, 2005, pp. 663-693

F. PERALDI-LENEUF, « Légistique et démocratie dans le système de l'Union européenne », in F. PERALDI LENEUF (dir.), *La légistique dans le droit de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 111-135

F. PERIER, « L'Organisation Internationale des Commission de Valeurs (OICV) et le rôle des régulateurs boursiers dans l'internationalisation des marchés », *Revue d'économie financière*, Vol. 33, n° 2, 1995, pp. 123-133

A. PERROT, « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue française d'économie*, Vol. 16, n° 4, 2002. pp. 81-112

A. PERROT, « Concilier service public et concurrence ; L'économie de la réglementation », *Les Cahiers français*, n° 313, 2003, pp. 51-56

T. PERROUD, « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de soft law des autorités de régulation », *JCP. G.* n°22, 30 mai 2016, 623

T. PERROUD, « Sanction administrative et pénale », *DA* n° 6, juin 2015, p. 30

T. PEZ, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *RDP* mars 2014, pp. 358

O. PFERSMAN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, Vol. 53, 2001, pp. 275-288

D. PILHON, « Quelle surveillance prudentielle pour l'industrie de services financiers ? », *Revue d'économie financière*, Vol. 60, n°60, 2000, pp. 17-32

A. POP, « Le processus d'intégration financière en Europe : Quo vadis ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2008/1, n°3, pp. 45-53

M. PORTO et T. ALMEIDA, « Le droit de la régulation, les services publics et l'intégration régionale : le cas du Portugal », in G. MARCOU et F. MODERNE, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome 2, *Expériences européennes*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2005, pp. 389-408

P. QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger, Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA* 2004 pp. 1060-1069

E. RABEL, « Unification du droit de la vente internationale, ses rapports avec les formulaires ou contrats types des divers commerces », traduction par H. MANKIEWICZ, in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Tome 2, Paris, LGDJ, 1938, pp. 688-703

C.M. RADAELLI, « Européanisation », in L. BOUSSAQUET, S. JACQUOT et P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de sciences Po, 2010, pp. 247-257

N. RAMOGNINO et P. VITALE, « Littérature et sociologie, l'exemple des manuels scolaires de l'enseignement des sciences économiques et sociales », in *À la recherche du meilleur des mondes: littérature et sciences sociales*, Actes du colloque international d'Aix-en-Provence, 25-26 mai 1999 organisé par le Groupe de recherche sur l'art et la littérature et le laboratoire méditerranéen de sociologie, L'Harmattan, 2006, pp. 121-154

- F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in D. LOCHAK (dir.), Les usages sociaux du droit, PUF, 1989, pp. 126-150
- F. RANGEON, « Société civile : histoire d'un mot », in CURAPP La société civile, Paris, PUF, 1986, pp. 9-32
- L. RAPP, « Numérique et concurrence », RFDA 2014, pp. 896-900
- J.-P. RELMY, « Impartialité et autorité des marchés financiers : de l'impartialité personnelle à la partialité structurelle ? », RTD Com. 2010, pp. 29-58
- P. REY, « Concurrence par les mérites », in G. CANIVET (dir.), La modernisation du droit de la concurrence, Paris, LGDJ, Coll. Droit et économie, 2006, pp. 150-161
- L. RICHER, « Droit d'accès et service public », AJDA, 2006, pp. 73-78
- J.-H. ROBERT, « Plus de cumuls entre les poursuites pour manquement et pour délit d'initié », JCP. G. n° 13, 30 mars 2015, p. 609
- S. RODRIGUES, « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », AJDA, 2004 pp. 1179-1182
- E. ROLIN, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Les régulations économiques, légitimité et efficacité, Droit et économie de la régulation Vol.1, Presses de Sciences Po et Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, pp. 149-173
- D.H. ROSENBLUM et J. DOLAN, « La bureaucratie représentative », RFAP 2/ 2006 n°118, pp. 251-263
- M. ROUSILLE, « Levée de boucliers contre les QPC mettant en cause le pouvoir réglementaire de l'AMF », Bull. Joly Bourse, n° 9, 1er septembre 2011, p. 506
- M. RUFFERT, « Commentaire », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne, Société de législation comparée, Coll. de l'UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 25, 2011, pp. 339-342
- H. RUMEAU-MAILLOT, « L'Europe et la régulation des services financiers : entre principes et réalité », RDBF n°4, juillet 2011, dossier 22
- P. SABLIERE, « Une nouvelle source du droit ? Les "documents référents" », AJDA 2007, pp. 66-73
- P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes dans l'État », in C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, pp. 93-116
- R. SAINTE FARE GARNOT, « Des juristes au service d'une entreprise opérant au plan international », RIDC, Vol. 47, 1995, pp. 345-361
- G. SARTORI, « Bien comparer, mal comparer », RIDC, Vol. 1, n°1, p. 19-36
- S. SAURUGGER, « Les groupes d'intérêts, entre démocratie associative et mécanismes de contrôle », Raisons politiques, n°10, 2003/2, pp. 151-169

- J.-M. SAUVE, « Conflits d'intérêts et déontologie dans le secteur public », *AJDA* 2012, pp. 861-864
- J.-M. SAUVE, « Introduction », in Conseil d'Etat, *Corriger, équilibrer, orienter : Une vision renouvelée de la régulation économique*, La documentation française, 2013, pp. 5-6
- D. SCHMIDT, « Quel tribunal unique pour traiter l'ensemble du contentieux boursier ? », *RLDA* n° 101, février 2015, p. 93
- E. SCHMIDT-ABMANN, S. DAGRON, « Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand », *RFAP*, 2008/3, n° 127, pp. 525-541
- L. SCHMID, « Les outils techniques disponibles, les choix et les combinaisons », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulation économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Science Po et Dalloz, 2004, pp. 99-105
- F. SCHULTHEIS, « Comme par raison – comparaison n'est pas toujours raison. Pour une critique sociologique de l'usage social de la comparaison interculturelle », *Droit et société*, Vol. 11, n°1, 1989, pp. 219-244
- M. SEVE, « Les agences de notation : de la dérégulation à la re-régulation », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, novembre 2012, dossier 32
- A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité?*, Bruylant, 2012, pp. 61-84
- D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, n° 14, 1991, p. 73
- D. SIMON, « Délégation de compétences à l'Autorité européenne des marchés financiers », *Europe* n° 3, Mars 2014, comm. 113
- D. SORACE, « Régulation économique et démocratie politique : un point de vue italien », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, Coll. *Thèmes et commentaires*, 2006, pp. 153-165
- B. SOUSI-ROUBI, « L'extension de la procédure Lamfalussy à la coordination bancaire européenne : quiproquo et faux débat », *D.*, 2003, pp. 1346-1350
- B. SOUSI-ROUBI, « Le champ d'application du Mécanisme de surveillance unique (MSU) – "Dessine-moi le MSU" », *RDBF* n° 4, Juillet 2014, dossier 27
- Y. STEINER, « The Dark Side of the Force. De l'usage du politique dans la théorie économique de la banque centrale indépendante », *Critique internationale*, n° 22, 2004, pp. 49-61
- C. STOFFAËS, « Histoire de la régulation : la formation historique du monopole électrique », *Annales des mines-Réalités industrielles*, octobre 1994, pp. 9-16
- C. STOFFAËS, « La régulation des réseaux aux Etats-Unis, enseignements pour l'Europe », *Annales des mines-Réalités industrielles*, octobre 1994, pp. 36-46
- C. STOFFAËS, « Bruxelles et Washington : la régulation des réseaux à l'échelle fédérale : enseignements pour l'Europe de l'expérience américaine », in C. STOFFAËS (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, Coll. *ISUPE*, 2003, Annexe III. B., pp. 26-33

- P. STROBEL, « L'usager, le client et le citoyen : quels rôles dans la modernisation du service public ? », Recherches et Prévisions, Vol. 32, 1993, pp. 31-44
- F. SUDRE, « A propos d'un bric-à-brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction », JCP. G. n° 10, 8 mars 2000, p. 10267
- F. SUDRE, « Droit à un procès équitable » in « Fasc. 6526 : Convention européenne des droits de l'Homme - Droits garantis », J.-Cl. Europe Traité, n° 84
- F. SUDRE, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel » JCP. G. n° 13, 30 mars 2015, p. 605
- H. SYNDET, « L'Autorité de contrôle prudentiel sous le regard de la Cour des comptes », D. 2012, p. 544
- Y. TADJEDDINE, « Le shadow banking », in C. DE BOISSEAU et J. COUPPEY-SOUBEYRAN (dir.), Les systèmes financiers. Mutations, crises et régulation, 4e édition, pp. 102-120
- C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de la régulation et la Constitution », RDP, 1990, pp. 153-529
- L. TERTRAIS et C. UZAN, « Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers », Gaz. Pal. n° 356, 22 décembre 2005, p. 12
- S. THOMASSET-PIERRE, « L'Autorité des marchés financiers: une autorité publique ambivalente », in H. DE VAUPLANE et J.-J. DAIGRE (dir.), Droit bancaire et financier IV, Mélanges AEDBF, Ed. Revue banque, 2004, pp. 417-438
- O.-T. TIEU et D. HERVEY, « Le principe ne bis in idem dans le règlement et la directive Abus de marché 2 », D. 2014, pp. 2310-2311
- S. TORCK, « Chronique d'une mort annoncée ou la vaine résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation », Droit des sociétés n° 5, Mai 2014, comm. 87
- S. TORCK, « Double répression pénale et administrative des opérations d'initié : le principe de nécessité est-il soluble dans la jurisprudence Grande Stevens ? », Droit des sociétés n° 5, mai 2015, comm. 94
- T. TUOT, « La planète des sages », in R. FAUROUX et B. SPITZ (dir.), Notre Etat, Ed. Robert Laffont, 2000, pp. 688-712
- T. TUOT, « Perspectives d'évolution », in M. LOMBARD (dir.), Régulation économique et démocratie, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 219-323
- R. VABRES, « L'influence des comités européens des régulateurs sur le droit des services financiers », Euredia/REDBF, 2007-2008/3, pp. 293-324
- R. VABRES, « Le système européen de supervision : état des lieux et perspectives », RDBF n° 1, Janvier 2010, étude 3
- R. VABRES, « La réforme du système européen de surveillance financière : les pouvoirs des autorités européennes de surveillance », RDBF n° 2, Mars 2011, étude 12

- R. VABRES, « Les compétences de la Commission et de l'Autorité européenne des marchés financiers dans l'élaboration de la législation financière européenne », RDBF n° 3, Mai 2012, étude 12
- R. VABRES, « CJUE, 22 janvier 2014, Affaire C-270/12, Royaume-Uni contre Parlement européen et Conseil », in K. DECKERT et A. SOTIROPOULOU (dir.), « Chroniques », RISF 2014/2, pp. 50-52
- R. VABRES, « Recours contre les instruments de "soft law" », Droit des sociétés n°6, juin 2016, comm. 108
- J-P. VALETTE, « La régulation des marchés financiers », RDP, n° 1, 2001, p. 183
- T. VEDEL, « L'internet et ses usages citoyens » in Les nouvelles dimensions de la citoyenneté, Cahiers français, 2003, n°316, pp. 81-87
- T. VEDEL, « L'idée de démocratie électronique : origines, visions, questions », in P. PERRINEAU (dir.), Le désenchantement démocratique, La Tour d'Aigues, Ed. de l'Aube, 2003, pp. 243-266
- F. VENAYRE, « L'évolution du secteur aéroportuaire français renforce la nécessité de régulation », RLC, Vol. 23, avril-juin 2010, pp. 27-30
- N. VERON, « Autorités européennes, L'EBA, arbitre des différends entre le Royaume-Uni et l'Union bancaire », Revue Banque, n°757, février 2013, p. 36
- L. VIDAL, « Trois années de régulation de la santé », in T. REVET, L. VIDAL (dir), Annales de la régulation 2009, Vol. 2, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, IRJS Editions, 2009, pp. 237-238
- A. VIENNEY, « Banques centrales et marchés financiers », LPA, 10 janvier 1996, n° 5, pp. 54-56
- J. WALTHER, « Un "modèle allemand" d'autorité de régulation pour l'Europe ? - Concentration et diversification des autorités de régulation sectorielle en Allemagne », RJEP n° 692, Décembre 2011, Dossier spécial n°4, p. 21
- J. WALTHER, « L'indépendance des autorités de régulation en Allemagne », in G. ECKERT (dir.), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée*, RFAP n°143, 2012, pp. 693-706
- R. WIEDEMANN, « Les autorités administratives indépendantes et la jurisprudence de la cour constitutionnelle fédérale sur la légitimité démocratique », in G. MARCOU et J. MASING (dir.), Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne, Société de législation comparée, Coll. de l'UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 25, 2011, pp. 53-64
- A. A. WEBER, « Hedge funds : un point de vue de banque centrale », Banque de France, Revue de la stabilité financière, Numéro spécial hedge funds, n° 10, Avril 2007, pp. 177-186
- D. WOLF, « La régulation et la concurrence en Allemagne », in L. COHEN-TANUGI et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibres dans le secteur des services publics concurrentiels, LPA, n° 82, 10 juillet 1998, pp. 7-11

J. ZILLER, « La régulation comme prévention des risques », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Les risques de régulation, Droit et économie de la régulation, Vol. 3, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 51-58

J. ZILLER, « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », RFDA 2010, pp. 901-906

E. ZOLLER, « Les agences américaines, la régulation et la démocratie », in M. LOMBARD (dir.), Régulation économique et démocratie, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 167-200

B. Etranger

V.V. ACHARYA, J. BIGGS, M. RICHARDSON and S. RYAN, On the Financial Regulation of Insurance Companies, NYU Stern School of Business, August 2009. Disponible sur : <http://web-docs.stern.nyu.edu/salomon/docs/whitepaper.pdf>

R.K. ADAMS et M. TAYLOR, « Issues in the Unification of Financial Sector Supervision », Washington, DC, IMF Working Paper n°00/123, 2000

I. ALEXANDER, C. MAYER and H. WEEDS, Regulatory Structure and Risk and Infrastructure Firms: An International Comparison, World Bank Policy Research Working Paper, n°1698, November 1999. Disponible sur : http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/1999/08/15/000009265_3970625091351/additional/129529322_20041117170615.pdf

G. ALEXANDERSON, S. HULTEN, N. FEARNLEY and F. LONGVAB, « Impact of regulation on the performances of long-distance transport services: A comparison of the different approaches in Sweden and Norway », Research in Transportation Economics, Vol. 29, 2010, pp. 121-218

M. ALLENA, « La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo », Diritto Processuale Amministrativo, n° 2, 2012, pp. 549-663

M. ALLENA, « Art. 6 ECHR : New Horizons for Domestic Administrative Law », IUS Publicum Network Review, décembre 2014. Disponible sur : http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/09_01_2015_11_49_Allena_ENG.pdf

G. ALPA, « La responsabilità extracontrattuale della Consob: alcuni problemi di metodo e di merito », Nuova giurisprudenza civile commentata n°2, 2004, p. 90

E. AMNA, « Playing with fire? Swedish mobilization for participatory democracy », JEPP, Vol. 13, Iss. 4, 2006, pp. 587-606

F. AMTENBRINK and R.M. LASTRA, « Securing Democratic Accountability of Financial Regulatory Agencies – A Theoretical Framework », in R. V. DE MULDER (dir.), Mitigating Risk in the Context of safety and security. How Relevant is a Rational Approach?, Rotterdam, Erasmus School of Law & Research School for Safety and Security, 2008, pp. 107-132

M. ANDENAS et J-H. BINDER, « Financial market regulation in Germany : the new institutional framework », in M. ANDENAS, Y. AVGERINOS (dir.), Financial markets in

Europe. Towards a single regulator?, London/New York, Kluwer Law International, 2003, pp. 349-447

C. ANDERSON, « Sweden: A Case of Lighter or Tighter Telecommunications Regulation ? », in C. HENRY, M. MATHEU et A. JEUNEMAITRE (dir.), Regulation of Network Utilities: The European Experience, Oxford University Press, 2001, pp. 121-139

S. ANDOURA et P. TIMMERMAN, Governance of the EU: The Reform Debate on European Agencies Reignited, Working Paper n° 19/2008, EPIN. Disponible sur : <http://aei.pitt.edu/11474/1/1736.pdf>

G. ARIÑO ORTIZ et J.M. DE LA CUÉTARA, Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión, Working Paper n° 42, Ariño y Asociados, Madrid, 18 avril 2012

K. AUGUSTIN, R. GERIKE, M.J.M. SANCHEZ and C. AYALA, « Analysis of intercity markets on long distances in an established and a young market: The example of the U.S. and Germany », Research in Transportation Economics, Vol. 48, 2014, pp. 245-254

E.E. BAILEY and W.J. BAUMOL, « Deregulation and the theory of contestable markets », Yale Journal of Regulation, 1984, pp. 111-138

Banque centrale européenne, « The accountability of the ECB », Monthly Bulletin, novembre 2002, pp. 45-57

A. BAKAVECKAS et I. DEVIATNIKOVAITE, « Independent Regulatory Agencies : Possibilities to Identify the Peculiarities of their Activity and their Position in the System of Lithuanian Public Administration Bodies », Societal Studies, Vol. 3, Iss. 3, 2009, pp. 333-349

R.J. BARRO and D.B. GORDON, « Rules, Discretion, and Reputation in a Model of Monetary Policy », Journal of Monetary Economics, Vol. 12, 1983, pp. 101-121

G. BEL and F. TRILLAS, « Privatization, corporate control and regulatory reform: the case of Telefonica », Telecommunications Policy 29, 2005, pp. 25-52

H. BELRHALI-BERNARD, « La pratique des consultations sur Internet par l'administration », RFAP, 2011/1 n° 137-138, pp. 181-192

U.E. BERGER-KÖGLER, « Regulierung des Auslandsroaming-Marktes », MMR, 2007, pp. 294-300

J. BIELA, What deficit? Legitimacy and Accountability of Regulatory Agencies, Paper prepared for the 42nd ECPR Joint Sessions, Salamanca, 10-15 April 2014, Administrative Organization and the Welfare State: Wicked Issues and the Challenges of Accountability, Legitimacy and Coordination. Disponible sur : <http://ecpr.eu/filestore/paperproposal/c294ff37-abb7-4aff-8583-868a1fa3b227.pdf>

J. BIELA, Governance, accountability, and legitimacy of regulatory agencies : Comparative case studies from the telecommunications and financial sectors in Germany and Switzerland, National Centre of Competence in Research Challenges to Democracy in the 21st Century, Working Paper n° 71, janvier 2014. Disponible sur : http://www.nccr-democracy.uzh.ch/publications/workingpaper/pdf/wp_71.pdf

I. BIGLINO, « Formants and Institutions: Intellectual Meeting Points between Rodolfo Sacco and Douglass North », Global Jurist, Vol. 1, Iss. 2, 2011

W. BLAIR, « Board of Appeal of the European Supervisory Authorities », *European Business Law Review*, Vol 24, Iss. 2, pp. 165-171

C. BLANCHARD, « Telecommunications regulation in New Zealand: How effective is “light-handed” regulation? », *Telecommunications Policy*, Vol. 18, n°2, 1994, pp. 154-164

BOEDELTE and J. CORNIPS, Input and output legitimacy in interactive governance, NIG Annual Work Conference 2004 Rotterdam, Working paper n°NIG2-01. Disponible sur : <http://repub.eur.nl/pub/1750/NIG2-01.pdf>

B. BORN, M. EHRMANN et M. FRATSCHER, « Macroprudential policy and central bank communication », *BIS Papers chapters, Macroprudential regulation and policy*, Vol. 60, pp. 107-110

M. BOVENS, « Analysing and Assessing Public Accountability : A Conceptual Framework », *European Law Journal*, Vol .13, Iss. 4, 2007, pp. 447-468

M. BOVENS, D. CURTIN et P. HART, « The Quest for Legitimacy and Accountability in EU Governance », in M. BOVENS, D. CURTIN et P. HART (dir.), *The Real World of EU Accountability, What Deficit?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 9-30

P. BRENTFORD, « Constitutional Aspects of the Independence of the European Central Bank », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, Iss. 1, 1998, pp. 75-116

C. BRIAULT, A.G. HALDANE and M.A. KING, Independence and Accountability, Paper presented at Seventh International Conference of the Institute for Monetary and Economic Studies, Tokyo, 26-27 octobre 1995. Disponible sur : <http://www.imes.boj.or.jp/english/publication/edps/1996/96-E-17.pdf>

C. BRIAULT, « A Single Regulator for the UK Financial Services Industry », *Bank of England Financial Stability Review*, Novembre 1998, pp. 19-27

C. BRIAULT, The Rationale for a Single National Financial Regulator, FSA Occasional Paper n°2, London, FSA, 1999. Disponible sur : <http://www.fsa.gov.uk/pubs/occpapers/op16.pdf>

K.H. BRUNSSON, « Management or Politics-or Both? How Management by Objectives May be Managed: A Swedish Example », *Financial Accountability and Management*, Vol. 18, 2002, pp. 189-209

M. BUSS, The vertical accountability of EU agencies: An empirical analysis of *management boards' accountability*, National Centre of Competence in Research Challenges to Democracy in the 21st Century, Working Paper n° 82, 2014, p. 6. Disponible sur : http://www.nccr-democracy.uzh.ch/publications/workingpaper/pdf/wp_82.pdf.

J. BULLER and N. LINDSTROM, « Hedging its Bets: The UK and the Politics of European Financial Services Regulation », *New Political Economy*, Vol. 18, Iss. 3, 2013, pp. 391-409

M. BUSUIOC, « Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies », *European Law Journal*, Vol. 15, Iss. 5, 2009, p 599-615

E. BUYST et I. MAES, « Financial Crisis and Regulation - An Overview of the Belgian Experience », in *Financial Market Regulation in the Wake of Financial Crises: The Historical Experience Conference*, Banca Italia, 2009

- G. CALVO DIAZ, « El mercado de las telecomunicaciones : la experiencia de un proceso liberalizador. Abogacía General del Estado », in XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores, Madrid, Ministerio de Justicia, 2009, pp. 213-220
- O. CASTREN, « Accountability of the ECB and a Government's Incentives to Rebel against the Common Monetary Policy in EMU », Bank of Finland Discussion Papers 2/99, Helsinki, 1999. Disponible sur: <http://www.suomenpankki.fi/pdf/88525.pdf>
- M. CHAMON, « EU agencies between Meroni and Romano or the devil and the deep blue sea », CMLR, Vol 48, Iss. 4, 2011, pp. 1055-1075
- M. CHAMON, « The Influence of "Regulatory Agencies" on Pluralisms in European Administrative Law », Review of European Administrative Law, Vol. 5, n°2, 2012, pp. 61-91
- E. CHITI, « An important part of the EU's institutional machinery: Features, problems and perspectives of European agencies », CMLR, Vol. 46, Iss. 5, 2009, pp. 1395-1442
- E. CHITI, « European Agencies' Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment », European Law Journal, Vol. 19, Iss. 1, janvier 2013, pp. 93-110
- D. COEN and C. DOYLE, « Designing economic regulatory institutions for European network industries », Current Politics and Economics of Europe, Vol. 9, Iss. 4, 2000, pp. 455-476
- D. COEN and M. THATCHER, After Delegation: The Evolution of European Networks of Regulatory Agencies, ECPR Regulation Conference: 8th to 10th September, Bath University, 2006. Disponible sur : http://www.bath.ac.uk/management/crj/pdf/ecpr_pdf/22_Coen.pdf
- C. COGLIANESE, « Citizen Participation in Rulemaking, Past, Present and Future », Duke Law Journal, 2006, Vol. 55, pp. 943-968
- C. COGLIANESE, Mesuring regulatory performance, Evaluating the impact of regulation and regulatory policy, OCDE, Août 2012. Disponible sur: https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/1_coglianesse%20web.pdf
- J. COHEN and J. ROGERS, « Secondary Associations and Democratic Governance », Politics and Society, Vol. 20, Iss. 4, 1992, pp. 391-472
- P. CRAIG, The Constitutionnalization of Community Administration, Jean Monnet Working paper 3/2003. Disponible sur : <http://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030301.pdf>
- B. CRETTEZ et A. LAVIGNE, « Développements récents de la littérature sur l'incohérence temporelle et la crédibilité de la politique économique », Louvain Economic Review, Vol. 59, n° 3, 1993, pp. 297-325
- M-F. CUELLAR, « Rethinking Regulatory Democracy », Administrative Law Review, Vol. 57, n° 2, 2005, pp. 411-499
- D. CUSTOS, « Independent administrative Authorities in France : structural and procedural change at intersection of Americanization, Europeanization and Gallicization », in S. ROSE-ACKERMAN et P.L. LINDSETH (dir.), Comparative Administrative Law, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 277-292

O. DAWN, « Executive Accountability: A Key Concept », in P. KIIVER, S. LOEFFEN et L. VERHEY (dir.), *Political Accountability and European Integration*, Europa Law Publishing, 2009, pp. 9-31

M. D'ALBERTI, « Il valore dell'indipendenza », in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (dir.), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologne, Il Mulino, 2010, pp. 11-48

M. DE BENEDETTO : « La "giusta misura" della regolazione », *Munus*, Vol. 2, 2011, pp. 551-565

M. DE BENEDETTO, « Auto-finanziamento delle autorità indipendenti e provvedimenti di contenimento della finanza pubblica », *Giornale di diritto amministrativo*, n° 7/2012, p. 727

A. DE STREEL, « Remedies in the electronic communications sector », in D. GERADIN (dir.), *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation*, Intersentia nv, 2004, pp. 67-124

R. DEHOUSSE, « Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance », in C. JOERGES et R. DEHOUSSE (dir.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press, 2002, pp. 207-229

R. DEHOUSSE, « Delegation of powers in the European Union: The Need for a Multi principals Model », *West European Politics* Vol. 31, Iss. 4, 2008, pp. 789-805

S. DEL GATTO, « La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti », *Giornale di diritto amministrativo* 9/2010, pp. 947-954

E. DEMAESTRI, F. GUERRERO, « Financial supervision : Integrated or specialized ? The case of Latin America and the Caribbean », *Financial Market, Institutions & Instruments*, Vol. 14, Iss. 2, 2005, pp. 46-106

E. DENTERS, « Global Financial Architecture and the Insurance sector », in P.M. LIEDTKE and J. MONKIEWICZ (dir.), *The Future of Insurance Regulation and Supervision: A Global Perspective*, Editions Palgrave Macmillan, 2011, pp. 41-61

Y. DEVUYST, « The European Union's institutional balance after the Treaty of Lisbon : community method and democratic deficit reassessed », *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 39, Iss. 2, 2008, p. 247

L. DI DONATO, « Il finanziamento delle Autorità Amministrative Indipendenti », *Amministrazione In Cammino*, 25/05/2015. Disponibile sur : http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2015/05/Di-Donato_Finanziamento-AAI.pdf

M. DI GIACOMO and E. OTTOZ, « The Relevance of Scale and Scope Economies in the Provision of Urban and Intercity Bus Transport », *Journal of Transport Economics and Policy*, Vol. 44, 2010, pp. 161-187

L. DI MAURO et A.G. INOTAI, « Market analyses under the New Regulatory Framework for electronic communications: context and principles behind the Commission's first veto decision », *CPN*, 2004/2, p. 52

L. DI PIETRANTONIO and J. PELKMANS, « The economics of EU railway reform », *Journal of Network Industries*, Vol. 5, Iss. 3-4, 2004, pp. 295-346

B. EBERLEIN and E. GRANDE, « Beyond delegation: transnational regulatory regimes and the EU regulatory state », JEPP, Vol. 12, Iss. 1, February 2005, pp. 89-112

G. EDWARDS et L. WAVERMAN, « The effects of public ownership and regulatory independence on regulatory outcomes », Journal of Regulatory Economics Vol. 29, n° 1, 2006, pp. 23-67

M. EGEBERG et J. TRONDAL, « National Agencies in the European Administrative Space: Government Driven, Commission Driven or Networked ? », Public Administration Vol. 87, Iss. 4, 2009, pp. 779-790

R. ELGIE, « Democratic Accountability and Central Bank Independence: Historical and Contemporary, National and European Perspectives », West European Politics, Vol. 21, Iss. 3, July 1998, pp. 53-76

K.C. ENGELEN, « Germany's fight over BaFin. The ramifications of a Bundesbank takeover », The International Economy, Winter 2010, pp. 54-72. Disponible sur : http://www.international-economy.com/TIE_W10_Engelen.pdf

E. ENGELEN, I. ERTÜRK, J. FROUD, S. JOHAL, A. LEAVER, M. MORAN, and K. WILLIAMS, « Misrule of experts? The financial crisis as elite debacle », Economy and Society, Vol. 41, Issue 3, 2012, pp. 360-382

E. FERRAN, « Examining the United Kingdom's experience in adopting the single financial regulator model », Brooklyn Journal of International Law, Vol 28, n°2, 2003, pp. 257-277

E. FERRAN, European Banking Union: Imperfect, But It Can Work, Paper n°30/2014, University of Cambridge, Legal Studies Research Paper Series, April 2014. Disponible sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426247

K.FISHER, « Quangos - An Unknown Species in German Public Law ? German Report on the Rule-making Powers of Independent Administrative Agencies », in H. EIBE et R. WOLFRUM (dir.), Recent Trends in German and European Constitutional Law: German Reports Presented to the XVIIth International Congress on Comparative Law, Utrecht, 16 to 22 July 2006, Springer, 2010, pp. 153-178

G.-M. FLICK, V. NAPOLEONI, « Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? », Rivista telematica giuridica *del'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* n° 3, 2014. Disponible sur : <http://www.rivistaaic.it/cumulo-tra-sanzioni-penali-e-amministrative-doppio-binario-o-binario-morto-giusto-processo-e-ne-bis-in-idem-nella-sentenza-della-corte-edu-4-marzo-2014-sul-market-abuse.html>

A. FOLLESDAL et S. HIX, « Why there is a democratic deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik », JCMS, Vol. 44, Iss. 3, 2006, pp. 533-562

S. FRANCIS, « Shadow banking and the financial crisis », International Financial Regulation Review, 16 mai 2012, pp. 160-162

P. FRANKE, « Energieregulierungsbehörden und Verfahren », in J. P. SCHNEIDER et C. THEOBALD (dir), Recht der Energiewirtschaft, Beck, 2008, pp. 1047-1086

J.R. FREEMAN, « Competing Commitments: Technocracy and Democracy in the Design of Monetary Institutions », International Organization, Vol. 56, October 2002, pp. 889-910

O. FRITSCH et C. RADAELLI, *Mesuring regulatory performance, Evaluating regulatory management tools and programmes*, OCDE, Juillet 2012. Disponible sur: https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2_Radaelli%20web.pdf

K.F. GÄRDITZ, « *Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen* », *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 135, 2010, pp. 251-288

N. GAROUPA, « *Organismos Reguladores* », in M. BAGÜES, J. FERNANDEZ-VILLAVARDE et L. GARICANO (dir.), *La Ley de Economía Sostenible y las reformas estructurales: 25 propuestas*, Fedea, 2010 pp. 18-21

P.M. GERAATS, « *Central Bank Transparency* », *Economic Journal*, n°112, 2002, pp. 532-565

D. GERADIN et N. PETIT, *The development of agencies at EU and National Levels : Conceptual Analysis and Proposals for Reform*, Jean Monnet Working paper 01/04. Disponible sur : <http://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/04/040101.pdf>

D. GERADIN, « *The Development of Regulatory European Agencies : Lessons from the American Experience* », in D. GERADIN, R. MUNOZ and N. PETIT, *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, pp. 215-245

O. GERSTENBERG and C.F. SABEL, « *Directly-Deliberative Polyarchy, An Institutional Ideal for Europe ?* », in C. JOERGES and R. DEHOUSSE (dir.), *Good governance in Europe's integrated market*, Oxford University Press, 2002, pp. 289-341

F. GILARDI, « *Evaluating Independent Regulators* », *Regulatory Management and Reform Division*, Paris, OCDE, 2003

F. GILARDI, « *The Institutional Foundations of Regulatory Capitalism: The Diffusion of Independent Regulatory Agencies in Western Europe* », in *Annals of the American Academy of Political and Social Science* Vol. 598, 2005, pp. 84-101. Disponible sur : <http://www.fabriziogilardi.org/resources/papers/Gilardi-ANNALS-2005.pdf>

F. GILARDI, « *The Same, But Different: Central Banks, Regulatory Agencies, and the Politics of Delegation to Independent Authorities* », *Comparative European Politics*, Vol. 5, 2007, pp. 303-327

F. GILARDI, « *Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis* », *JEPP*, Vol 9, Iss. 6, 2011, pp. 873-893.

F. GILARDI et M. MAGGETTI, « *The Independence of Regulatory Authorities* », in D. LEVI-FAUR (dir.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 201-214

W. E. GIPSON, « *Are Swap Agreements Securities or Futures?: The Inadequacies of Applying the Traditional Regulatory Approach to OTC Derivatives Transactions* », *Journal of Corporation Law*, Vol. 24, Issue 2, Janvier 1999, pp. 380-409

C.A.E. GOODHART, « *Some Regulatory Concerns* », *Swiss Journal of Economics and Statistics*, Vol. 132, December 1996, pp. 649-650

C.A.E. GOODHART and D. SCHOENMAKER, « *Should the Functions of Monetary Policy and Banking Supervision Be Separated?* », *Oxford Economic Papers*, Vol. 47, Iss. 4, Oxford University Press, 1995, pp. 539-560

- J.B. GOODMAN, « The politics of Central Bank independence », *Comparative Politics* Vol. 23, Iss. 3, 1991, pp. 329-349
- J. GOUL ANDERSEN, « Political power and democracy in Denmark : decline of democracy or change in democracy? », *JEPP*, Vol 13, Iss. 4, 2006, pp. 569-586
- D. GREWE, A. INOTAI and S. KRAMER, « Two recent veto decisions under the new regulatory framework for electronic communications : The importance of competition law principles in market analysis », *CPN.*, 2005/1, p. 49
- S. GRILLER and A. ORATOR, « Everything under control? The “way forward” for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine », *European Law Review*, Vol. 35, n°1, 2010, pp. 3-35
- M. GROENLEER, M. KAEDING et E. VERSLUIS, « Regulatory governance through agencies of the European Union? The role of the European agencies for maritime and aviation safety in the implementation of European transport legislation », *JEPP*, Vol. 17, Iss. 8, 2010, pp. 1212-1230
- C. HALL, C. HOOD and C. SCOTT, « Telecommunications Regulation : Culture, Chaos and Interdependence Inside the Regulatory Process », *Utilities Law Review*, Vol. 11, Iss. 3, mai-juin 2000, pp. 104-105
- S. HANDKE, « Die Ruhe nach dem Sturm – Steuerungskonflikte als Hemmnis für institutionellen Wandel in der deutschen Finanzmarktaufsicht », *Leviathan*, Vol. 40, Iss. 1, 2010, pp. 24-51
- S. HANDKE, « Political Deadlock in German Financial Market Policy », *German Policy Studies*, Vol. 8, N°1, 2012, p. 53
- C. HANRETTY et C. KOOP, « Measuring the formal independence of regulatory agencies », *JEPP*, Vol. 19, n° 2, 2012, pp. 198-216
- C. HANRETTY, P. LAROUCHE, A. REINDL, Independence, accountability and perceived quality of regulators, CERRE, 2012. Disponible sur : http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/120306_IndependenceAccountabilityPerceivedQualityofNRAs.pdf
- P.J. HARTER, « Negotiating regulations: A cure for the malaise? », *Georgetown Law Journal*, Vol. 71, Iss. 1, octobre 1982, pp. 1-118
- J. HAUCAP and J. KÜHLING, « Eine effiziente vertikale Verteilung der Exekutivkompetenzen bei der Regulierung von Telekommunikationsmärkten Europa », *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*, Vol. 55, Iss. 3, 2006, pp. 324-356
- M. HAVERLAND, « Does the EU cause domestic developments? Improving case selection in Europeanisation research », *West European Politics*, Vol. 29, Iss. 1, 2006, pp. 134-146
- C.A. HAZEU, « De crisis, de bank en de wet », *Tijdschrift voor Openbare Financien*, 2011, n° 2, pp. 138-148
- W.J. HENISZ, « The institutional environment for multinational investment », *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 16, Iss. 2, 2000, pp. 334-364

C. HENRY et M. MATHEU, « New regulations for public services in competition », in C. HENRY, M. MATHEU et A. JEUNEMAÎTRE (dir.), *Regulation of network Utilities, the European experience*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 1-37.

I. HENSELER-UNGER, « Federal Network Agency for Electricity, Gas, Telecommunications, Post and Railway – A Success Story! », Actes de la Conférence « La régulation multisectorielle. Défis d'aujourd'hui et de demain », Riga 2011, pp. 10-34

R.J. HERRING and J. CARMASSI, « The Structure of Cross-Sector Financial Supervision », *Financial Markets, Institutions & Instruments*, Vol. 17, n° 1, février 2008, pp. 51-76

L. HODGSON and S. BAKER, « Insurers and the “twin peaks” regulatory system - are two heads really better than one? », *British Insurance Law Association Journal*, n°123, November 2011, pp. 3-22

L. HOOGHE et G. MARX, « A postfunctionalist theory of European integration: From permissive consensus to constraining dissensus », *British Journal of Political Science*, Vol. 39, Iss. 1, 2009, pp. 1-23

M. HÜTHER, M. JÄGER, M. HELLWIG, T. HARTMANN-WENDELS, *Arbeitsweise der Bankenaufsicht vor dem Hintergrund der Finanzmarktkrise*, Institut der deutschen Wirtschaft Köln, 2009. Disponible sur : http://www.iwkoeln.de/_storage/asset/63720/storage/master/file/353573/download/Gutachten%20Bankenaufsicht-12.pdf

R.A. IRVIN and J. STANSBURY, « Citizen Participation in Decision Making: Is It Worth the Effort? », *Public Administration Review*, Vol. 64, Iss. 1, February 2004, pp. 55-65

J. JORDANA, D. LEVI-FAUR and I. PUIG, « The Limits of Europeanization: Regulatory Reforms in the Spanish and Portuguese Telecommunications and Electricity Sectors », *Gouvernance*, Vol. 19, Iss. 3, 2006, pp. 437-464

E. J. KANE, « Regulatory structure in futures markets: Jurisdictional competition between the SEC, the CFTC, and other agencies », *Journal of Futures Markets*, Vol. 4, Issue 3, 1984, pp. 367-384

E. KARNITIS, A. VIRTMANIS, « Multi-sectoral regulation of services of general economic interest. Ten-year experience of Latvia », Actes de la Conférence « La régulation multisectorielle. Défis d'aujourd'hui et de demain », Riga, 2011, pp. 34-48

J. KARP, S.A. BANDUCCI et S. BOWLER, « To know it is to love it? Satisfaction with democracy in the European Union », *Comparative Political Studies*, Vol. 36, Iss. 3, 2003, pp. 271-292.

W. KERBER, « European System of Private Laws: An Economic Perspective », in F. CAFAGGI and H. MUIR WATT (dir.), *The Making of European Private Law*, Cheltenham, 2008, pp. 64-97

W. KERBER and J. WENDEL, « Regulation of network sectors in the EU: A federalist perspective », Joint Discussion paper series in Economics MAGKS, n° 22-2014, March 2014. Disponible sur : https://www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/magkspapers/22-2014_kerber.pdf

F.E. KYDLAND and E.C. PRESCOTT, « Rules rather than discretion: the inconsistency of optimal plans », *Journal of Political Economy*, Vol. 85, Iss. 1, 1977, pp. 473-491

- A. KREHER, « Agencies in the European Community – a step towards administrative integration in Europe », JEPP, Vol. 4, Iss. 2, 1997, pp. 225-245
- J. KREMERS, D.SHOENMAKER, and P. WIERTS, “Cross-Sector Supervision: Which Model?”, in Brookings-Wharton Papers on Financial Services, 2003, ed. by Richard Herring and Robert Litan, p. 225-243
- S. KRÖGER, Nothing but Consultation : The Place of Organized Civil Society, EU Policy-making across Policies, European Governance Papers n°C-08-03, 2008
- W. KÖNIG, « Interview mit dem Präsidenten der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post Matthias Kurth zu Aufgaben und Lösungsansätzen seines Hauses », Wirtschaftsinformatik, Vol. 44, Iss. 6, 2002, pp. 591-597
- W.E. KOVACIC, Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence, IESE Conference on the 50th Anniversary of the Treaty of Rome, 2007. Disponible sur : https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/competition-policy-european-union-and-united-states-convergence-or-divergence/080602bateswhite.pdf
- R. KRÜGER and L. DI MAURO, « The Article 7 consultation mechanism: managing the consolidation of the internal market for electronic communications », CPN, 2003/3, p. 33
- R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER et W. VISHNY, « The quality of Government », Journal of Law, Economics, and Organizations, Vol. 15, Iss. 1, 1999, pp. 222-279
- A. LARSEN, O.J. OLSEN, L.H. PEDERSEN and E.M. SORENSEN, « Independent regulatory authorities in European electricity markets », Energy Policy, Vol. 34, Iss. 17, November 2006, pp. 2858-2870
- S. LAVRIJSEN and A. OTTOW, « Independent Supervisory Authorities: a fragile concept », Legal issues of European integration, Vol. 39, Iss. 4, 2012, pp. 419-445
- P. LEGRAND, « What “legal transplants” ? », in D. NELKEN, J. FEEST, Adapting legal cultures, Hart, 2001, pp. 55-69
- P. LEINO, « The European Central Bank and Legitimacy. Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy? », Harvard Jean Monnet Working Paper 1/01, 2000. Disponible sur: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/00/001101.rtf>
- K. LENAERTS, « Regulating the regulatory process: “delegation of powers” in the European Community », European Law Review, 1993, pp. 23-49
- D. LEVI-FAUR, « On the "Net Impact" of Europeanization. The EU's telecoms and electricity regimes between the global and the national », Comparative Political Studies, Vol. 37, n°1, 2004, pp. 3-39
- D. LEVI-FAUR, « Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space », JEPP, Vol. 18, Iss. 6, 2011, pp. 810-829
- R. LEVINE, « Finance and growth : Theory and evidence », in P. AGHION et S. DURLAUF (dir), Handbook of economic growth, Amsterdam, Elsevier Publisher, 2005, pp. 865-934

- D. T. LLEWELLYN, « Institutional structures of financial regulation and supervision: The basic issues », World bank, Washington, DC, 2006. Disponible sur: <http://siteresources.worldbank.org/INTTOPCONF6/Resources/20572921162909660809/F2Fl emmingLlewellyn.pdf>
- S.C. LITTLECHILD, « German airport regulation: Framework agreements, civil law and the EU Directive », Journal of Air Transport Management Vol. 21, 2012, pp. 63-75
- S. LIVINGSTON, P. LUND and L. MILLER, « Citizens and consumers: discursive debates during and after the Communications Act 2003 », Media, culture & society, 29 (4), 2007, pp. 613-638
- S. LOHMANN, « Federalism and Central Bank independence. The politics of German monetary policy, 1957-1992 », World Politics Vol. 50, 1998, pp. 401-446
- A.R. LOMBARTE, « La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia : los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador », Teoría y Realidad Constitucional, n° 34, 2014, pp. 193-234
- C. LORD et P. MAGNETTE, « E Pluribus Unum? Creative Disagreement about Legitimacy in the EU », JCMS, Vol. 42, Iss. 1, 2004, pp. 183-202
- M. MAGGETTI, « Legitimacy and accountability of independent regulatory agencies : A critical review », Living Reviews in Democracy, Vol. 2, Iss. 1, 2010, pp. 1-9
- M. MAGGETTI, K. INGOLD et F. VARONE, « Having Your Cake and Eating It, Too: Can Regulatory Agencies Be Both Independent and Accountable? », Swiss Political Science Review, Vol. 19, Iss. 1, 2013, pp. 1-25
- G. MAJONE, « The rise of the regulatory state in Europe », in W.C. MÜLLER and V. WRIGHT (dir.), The State in Western Europe: Retreat or Redefinition?, London, Frank Cass, 1994, pp. 77-101
- G. MAJONE, Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions, European University Institute, Working Paper RSC n° 96/57, 1996. Disponible sur : http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/1472/rsCAs_1996_57.pdf?sequence=3
- G. MAJONE, « Independent agencies and the delegation problem: theoretical and normative dimensions », in B. STEUENBERG and F. VAN VUGHT (dir.), Political Institutions and Public Policy, Perspectives on European Decision Making, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997, pp. 139 – 156
- G. MAJONE, « Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards », European Law Journal, Vol. 4, n° 1, mars 1998, pp. 5-28
- G. MAJONE, « The regulatory state and its legitimacy problems », West European Politics, Vol. 22, Iss. 1, 1999, pp. 1-24
- G. MAJONE, « Non majoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach », Journal of Institutional and Theoretical Economics, Vol. 157, 2001, pp. 57-78

G. MAJONE, « Functional Interests : European Agencies », in J. PETERSON and M. SHACKLETON (dir.), *The Institutions of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 292-325

Y. MARIQUE, « The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies (“QUANGOs”) », *Electronic Journal of comparative law*, Vol. 11, Iss. 3. Disponible sur : <http://www.ejcl.org/113/article113-30.pdf>

D. MASCIANDARO et A. PORTA, « Single Authority in Financial Market Supervision: Lessons for EU Enlargement », in D. MASCIANDARO (dir.), *Financial Intermediation in the New Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, pp. 284-320

D. MASCIANDARO, « Unification in financial sector supervision: The trade-off between central bank and single authority », *Journal of Financial Regulation and Compliance*, Vol. 12 Iss: 2, 2004, pp.151-169

L. MEEUS et N. KEYAERTS, « First series of cross-border cost allocation decisions for projects of common interest: Main lessons learned », *Florence School of Regulation Policy Brief*, Issue 2015/01, February 2015. Disponible sur : <http://fsr.eui.eu/Documents/PolicyBrief/Energy/2015/PB2015.01digital.pdf>.

P. E. MICALLEF, *Utility regulation in a small island state - Ensuring a fair deal for consumers in Malta*, *Association Internationale de Droit de la Consommation*, 10e conférence de Lima, Pérou, 4-6 mai 2005. Disponible sur : <http://www.money-advice.de/index.php?id=4&viewid=35305>

T. MOE, « Interests, Institutions and Positive Theory: The Politics of NLRM », *Studies in American Development*, Vol. 2, 1987, pp. 236-299

A. MORAVCSIK, « In Defense of the “Democratic Deficit”: Reassessing the Legitimacy of the European Union », *JCMS*, Vol. 40, n° 4, 2002, pp. 603-625

F. MUELLER, J. MUELLER, C. KONIG, A. HOFFJAN, « Regulation of Airport Charges in Germany », *First Madrid Workshop on Transport Economics*, *Fundación de Estudios de Economía Aplicada*, Madrid, 2008

P. MÜLBERT, « Finanzmarktregulierung – Welche Regelung empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? », *Juristenzeitung*, 65/17, 2010, pp. 834-843

M. MÜLLER and R. STURM, « Ein neuer regulativer Staat in Deutschland? Die neuere Theory of the Regulatory State und ihre Anwendbarkeit in der deutschen Staatswissenschaft », *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, Vol. 9, 1998, p. 507 à 534

K.K. MWENDA, « Legal aspects of unified financial services supervision in Germany », *German Law Journal*, Vol 4, Iss. 10, 2003, pp. 1009-1031

G. NAPOLITANO, « L’autofinanziamento delle autorità indipendenti », *Giornale di diritto amministrativo*, n° 3, 2006, p. 260

S. NEVELING, « Die Bundesnetzagentur – Aufbau, Zuständigkeit, Verfahren », *ZNER*, 2005, pp. 263-270

P. NICOLAIDES and N. PREZIOSI, *Discretion and Accountability: The ESMA Judgment and the Meroni Doctrine*, *Bruges European Economic Research Papers* 30 / 2014, Collège

d'Europe, 2014. Disponible sur : https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/beer30.pdf?download=1

A. NUZZO, « Parmalat, Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d'impresa », *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1-2009, giugno 2009, pp. 105-114

J. ONHESORGE, « Perspectives on U.S . financial regulations », in R. GROTE et T. MARAUHN, *The regulation of international financial market. Perspectives and reform*, Cambridge Univesity Press, 2006, pp. 95-112

S. OOSTERLOO and J. HAAN, « A Survey of Institutional Frameworks for Financial Stability », *Occasional Studies Vol 1/Nr 4*, De Nederlandsche Bank, Amsterdam, 2003. Disponible sur : http://www.dnb.nl/binaries/os_4_tcm46-146640.pdf

A. OTT, E. VOS and F. COMAN KUND, *EU agencies and their international mandate: A new category of global actors ?*, Centre for the Law of EU External Relations, CLEER Working paper 2013/07. Disponible sur : http://www.asser.nl/media/1642/cleer_13-7_web.pdf

A. OTT, E. VOS and F. COMAN KUND, « European Agencies on the Global Scene: EU and International Law Perspectives », in M. EVERSON, C. MONDA and E. VOS (dir.), *European Agencies in Between Institutions and Member States*, Kluwer Law International, 2014, pp. 87-122

A. OTTOW, « The Different Levels of Protection of National Supervisors' Independence in the European Landscape », in S. COMTOIS and K.J. DE GRAAF (dir.), *On Judicial and Quasi-Judicial Independence*, Den Haag: Eleven International Publishing, 2013, pp. 139-156

A. OTTOW et M. SCHOLTEN, « Institutional Design of Enforcement in the EU : The Case of Financial Markets », *Utrecht Law Review*, Vol. 10, Iss. 5, 2014, pp. 80-91

T. PADOA-SCHIOPPA, « Securities and banking: bridges and walls », *BNL Quarterly Review*, n°222, September 2002, pp. 241-261

Y. PAPADOPOULOS, « Accountability and Multi-Level Governance: More Accountability, Less Democracy ? », *West European Politics*, Vol. 33, Iss. 5, 2010, pp. 1030-1049

R. PATTERSON, *Regulation of Telecommunications: The lessons learned over the last 25 years and their application in a broadband world*, Paper delivered to 22 Annual Workshop of the Competition Law and Policy Institute of New Zealand, 5 aout 2011. Disponible sur : <http://www.comcom.govt.nz/dmsdocument/10988>

S. PAUL, S. STEIN, A. UHDE, « Measuring the relationship between supervisory authorities and banks: An assessment of the German banking sector », *Journal of Risk Management in Financial Institutions*, 2008, Vol. 2, pp. 69-87

J. PELKMANS, S. LABORY, G. MAJONE, « Better EU Regulatory Quality », in G. GALLI and J. PELKMANS (dir.), *Regulatory Reform and Competitiveness in Europe: Horizontal issues*, Edward Elgar Publishing, 2000, pp. 461-528

J. PELKMANS and A. RENDA, « Single eComms Market? No Such Thing... », *Communications & Strategies*, Vol. 82, 2011, pp. 21-42

J. PELKMANS, « Single market: Deepening and widening over time », *Intereconomics : review of European economic policy*, Vol. 46, n°2, Mars-Avril 2011, pp. 64-68

J. PELKMANS et M. SIMONCINI, Mellowing Meroni: How ESMA can help build the single market, CEPS Commentary. Disponible sur : <https://www.ceps.eu/system/files/Mellowing%20Meroni.pdf>

M. PHILP, « Delimiting democratic accountability », *Political Studies*, Vol. 57, Iss. 1, 2009, pp. 28-53

S.J. PIOTROWSKI & E.L. BORRY, « Open Meetings and Transparency: Key Issues for Local Government », *Public Administration and Management*, Vol. 15, n°1, pp. 138-176

J. PISANI-FERRY, A. SAPIR, N. VÉRON AND G.B. WOLFF, What kind of European Banking Union?, *Bruegel Policy contribution*, Iss. 2012/12, june 2012. Disponible sur : http://bruegel.org/wp-content/uploads/imported/publications/pc_2012_12_Banking.pdf

A. PRÜM, « L'Union Bancaire européenne et les autorités de surveillance nationales », *RDBF* n° 4, Juillet 2014, dossier 28

M. QUINTYN et M.W. TAYLOR, « Les régulateurs financiers devraient-ils être indépendants ? », *Dossiers économiques* n°32, FMI, 2004. Disponible sur : <https://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues32/fra/issue32f.pdf>

M. QUINTYN, S. RAMIREZ and W. TAYLOR, The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors, *IMF Working Paper 07/25*, 2007. Disponible sur : <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2007/wp0725.pdf>

C.M. RADAELLI et F. DE FRANCESCO, Regulatory impact assessment, political control and the regulatory state, Paper delivered to the 4th general conference of European Consortium for Political Research, Pise, 2007. Disponible sur : <http://www.regulation.upf.edu/ecpr-07-papers/cradaelli.pdf>

J.-C. REITZ, « How to do Comparative Law ? », *AJCL*, 1998, pp. 617-636

T. RYE and A. WRETSTRAND, « Converging structures? Recent regulatory change in bus-based local public transport in Sweden and England », *Research in Transportation Economics*, Vol. 48, 2014, pp. 24-32

R. SACCO, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II) », *AJCL*, Vol. 39, Iss. 1, 1991, pp. 343-401

M.L. SANCHEZ-BARRUECO, « The 2012 Financial Regulation : Building the Cathedral of EU Legitimacy ? », *Challenges of the Knowledge Society* Vol. 4, Iss. 1, 2014, p. 842

M. SHAPIRO, « A Comparison of US and European independent agencies », in S.R. ACKERMAN, P.L. LINDSETH (dir.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 296-306

M. SHACKLETON, « The European Parliament », in M. SHACKLETON (dir.) *The Institutions of the European Union*, 2e éd., Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 104-124

F.W. SCHARPF, « Negative and positive integration in the political economy of European welfare states », in G. MARKS (dir.), *Governance in the European Union*, Sage, 1996, pp. 15-39

F.W. SCHARPF, « Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt », in M. JACHTENFUCHS and B. KOHLER-KOCH (dir.), Europäische Integration, Opladen, Leske Budrich, 1996, pp. 219-254

F.W. SCHARPF, « Economic integration, democracy and the welfare state », JEPP, Vol. 4, n°1, 1997, pp. 18-36

T. SCHILLEMANS, « Redundant Accountability: The Joint Impact of Horizontal and Vertical Accountability on Autonomous Agencies », Public Administration Quarterly Vol. 34, Iss. 3, 2010, pp. 301-337

D. SCHOENBROD, « The Delegation Doctrine: Could the Court Give It Substance? », Michigan Law Review Vol. 83, Iss. 5, 1985, pp. 1223-1290. Disponible à partir de : http://www.jstor.org/stable/1288983?seq=1#fndtn-page_thumbnails_tab_contents

M. SCHOLTEN et M. VAN RIJSBERGEN, « The Limits of Agencification in the European Union », German Law Journal n° 7, Vol. 15, 2014, pp. 1224-1255

M. SCHOLTEN, « Democratic Input Legitimacy of IRAs: Proposing an Assessment Framework », Utrecht Law Review, Vol. 11, Iss. 2, June 2015, pp. 64-77

A. SCHOUT, « Framework for assessing the added value of an EU agency », Journal of Public Policy, Vol. 31, Iss. 3, 2011, pp. 363-384

A. SCHOUT, « Changing the EU's Institutional Landscape? The Added Value of an Agency », in M. BUSUIOC, M. GROENLEER and J. TRONDAL (dir.), The Agency Phenomenon in the European Union, Manchester, Manchester University Press, 2012, pp. 63-83

G. SCOGNAMIGLIO, « La responsabilità civile della Consob », in Rapport Mercato finanziario e tutela del risparmio, 10-11 juin 2005. Disponible sur : <http://www.dircomm.it/2006/n.3/03.html>

M. SCOLETTA, « Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem », Diritto penale contemporaneo, 17 novembre 2014. Disponible sur : <http://www.penalecontemporaneo.it/>

C. SCOTT, « Accountability in the Regulatory State », Journal of Law and Society, Vol. 27, Iss. 1, 2000, pp. 38-60

C. SCOTT, « The Governance of the European Union: The Potential for Multi-Level Control », European Law Journal, Vol. 8, Iss. 1, 2002, pp. 59-79

C. SCOTT, « Agencies For European regulatory Governance : A regimes Approach » in D. GERADIN, R. MUNOZ and N. PETIT, Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, pp. 67-88

P. SELLE and Ø. ØSTERUD, « The eroding of representative democracy in Norway », JEPP, Vol. 13, Iss. 4, 2006, pp. 551-568

A. SKORKJÆR BINDERKRANTZ et J. GRØNNEGAARD CHRISTENSEN, « Delegation without Agency Loss? The Use of Performance Contracts in Danish Central Government », Governance, Vol. 22, Iss. 2, April 2009, pp. 263 – 293

S. SMISMANS, « European Civil Society: Shaped by Discourses and Institutional Interests », European Law Journal, Vol. 9, Iss. 4, 2003, pp 473-495

B. SMITH, « Accountability and Independence in the Contract State », in D. HAGUE et B. SMITH (dir.) *The Dilemma of Accountability in Modern Government: Independence versus Control*, Londres, Macmillan, 1971, pp. 3-69

W. SMITH, « Utility Regulators – Roles and Responsibilities », in *Viewpoint*, World bank, note n°128, October 1997. Disponible sur : http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDS/IB/2000/10/24/000009265_3980218124925/Rendered/PDF/multi_page.pdf

R.B. STEWART, « The Reformation of American Administrative Law », *Harvard Law Review* Vol. 88, Iss. 8, 1975, pp. 1669-1813. Disponible sur : <http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/TheReformationOfAmericanAdministrativeLaw.pdf>

O. SUVIRANTA, « The rule-making powers of independent administrative agencies in Finland », in R. HOLLO (dir.), *Finnish Legal System and Recent Development*, Edita, Helsinki, 2006, pp. 201-210

C. TALBOT, *Executive Agencies: Have They Improved Management in Government?*, *Public Money & Management*, Vol. 24, n°2, 2004, pp. 104-112

M. TAYLOR, *Twin Peaks: A Regulatory Structure for the New Century*, London, Centre for Study of Financial Innovation, 1995

M. TAYLOR, *Peak Practice: How to Reform the UK's regulatory System*, London, Centre for Study of Financial Innovation, October 1996

M. TAYLOR et A. FLEMING, « Integrated Financial Supervision : Lessons of Scandinavian Experience », *Finance & Development*, Vol. 36 n° 4, 1999, pp. 42-45

M. TAYLOR et A. FLEMING, « Integrated Financial Sector Regulation and Supervision in the Context of EU Accession. Setting the Context: Framework for Financial Sector Developments; Lessons of Northern European Experience », in *Opportunities and Risks in Central European Finances*, World Bank Publications, 2000, pp. 145-158

M.TAYLOR, « The Road from “Twin Peaks” - and the way back », *Connecticut Insurance Law Journal*, Volume 16, No.1, 2009-2010, pp. 61-96

M. THATCHER, « Analysing Regulatory Reform in Europe », *JEPP*, Vol. 8, Iss. 5, 2002, pp. 859-872

M. THATCHER, A. STONE SWEET, « Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions », *West European Politics*, Vol. 25, n° 1, 2002, pp. 1-22

M. THATCHER, « Delegation to Independent Regulatory Agencies », *West European Politics*, Vol. 25, Iss. 1, 2002, pp. 125-145

M. THATCHER, « The Third Force ? Independent Regulatory Agencies and Elected, Politicians in Europe », *Governance*, Vol. 18, Iss. 3, 2005, pp. 347-374

M. THATCHER, *Governance structures and health technology assessment agencies: a comparative approach*, Department of Government, London School of Economics and Political Science, London, 2010. Disponible depuis : <http://eprints.lse.ac.uk/29471>

G.J. THOMPSON, « The Wallis Inquiry: Perspectives from the Reserve Bank », *Reserve Bank of Australia Bulletin*, September 1996, pp. 35-42

- B. THORNGREN, « The Swedish road to liberalization », *Telecommunications Policy*, Vol. 14, Iss. 2, 1990, p. 94-98
- F. TRILLAS, « Electricity and telecommunication reforms in the EU: insights from the economics of federalism », *Utilities Policy*, Vol. 18, Iss. 2, 2010, pp. 66-76
- M. TSAKATIKA, « Claims to Legitimacy: The European Commission between Continuity and Change », *JCMS*, Vol. 43, Iss. 1, 2005, pp. 193-220
- D. VAN DE VELDE, « Long-Distance Bus Services in Europe : Concessions or Free Market ? », *OECD Discussion Paper n°2009-21*, Décembre 2009, pp. 263-285
- D. VAN DE VELDE, « Market initiative regimes in public transport in Europe: Recent developments », *Research in Transportation Economics*, Vol. 48, 2014, pp. 33-40
- R. VAN DEN BERGH, « Towards an Institutional Legal Framework for Regulatory Competition in Europe », *Kyklos (International Review for Social Sciences)*, Vol. 53, Iss. 4, November 2000, pp 435-466
- R.A.J. VAN GESTEL, P. EIJLANDER et J.A.F. PETERS, « The Regulatory Powers of Quangos in the Netherlands: Are Trojan Horses Invading Our Democracy? », in J.H.M. VAN ERP et L.P.W. VAN VLIET (dir.), *Netherlands Reports to the Seventeenth of International Congress of Comparative Law*, Intersentia NV, 2006, pp. 421-450
- T. VEITH, « The national regulatory structure against the background of the European regulatory system », *ZEW, Discussion Papers*, 89, 2010. Disponible sur : <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp10089.pdf>
- D. VERDIER and R. BREEN, « Europeanization and Globalization, Politics Against Markets in the European Union », *Comparative Political Studies*, Vol. 34, Iss. 3, 2001, pp. 227-262
- E. VERESS, « Considerații generale privind autoritățile administrative autonome », *Revista Româno-Maghiară de Științe Juridice*, n° 2/2011, pp. 5-13. Disponible sur : <http://drept.sapiientia.ro/data/tudomanyos/Periodikak/scientia-iuris/2011-2/8-veress.pdf>
- N. VERON, Is Europe ready for a major banking crisis ?, *Bruegel Policy contribution*, Iss. 2007/03, Bruegel, august 2007. Disponible sur : http://bruegel.org/wp-content/uploads/imported/publications/pbf_030807_banking.pdf
- N. VERON, « A realistic bridge towards European Banking Union », *Bruegel Policy contribution*, Iss. 2013/9, june 2013. Disponible sur : http://bruegel.org/wp-content/uploads/imported/publications/pc_2013_09_040713.pdf
- W.R. VIDAR et P.G. RONESS, *Mapping Organizational Units in the State: Challenges and Classifications*, Paper presented at COST-CRIPO Meeting in Brussels 20-21 April 2009. Disponible sur : http://soc.kuleuven.be/io/cost/act/pdf/200904_cost%20meeting/20090420/Mapping%20Roness_presentation.pdf
- F. VIGANO, « Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani », *Diritto penale contemporaneo*, 8 février 2016

J. VINALS and N. EYZAGUIRRE, Brazil: Financial System Stability Assessment, International Monetary Fund, Washington, D.C., 2012. Disponible sur : <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr12206.pdf>

E. VÍRGALA FORURIA, « Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI : su independencia (especial referencia al caso español) », in M.E. PRESNO LINERA, *La metamorfosis del Estado y del derecho*, Fundamentos n°8, 2014, pp. 161-212

G. VISENTINI et A. BERNARDO, « La responsabilità della Consob per negligenza nell'esercizio dell'attività di vigilanza », *Centro di ricerca per il diritto d'impresa*, 2001. Disponible sur : http://www.adusbef.veneto.it/veneto/Consob_Bernardo.pdf

E. VOS and A. EVERSON, European Agencies: What About the Institutional Balance ?, Maastricht Faculty of Law Working Paper n° 4, 17 juillet 2014. Disponible sur : https://www.maastrichtuniversity.nl/web/Faculties/FL/maastricht_working_papers.htm

P. WAHL, « “No, they can't!” The potential and limitations of the EU (as a supranational state in the making) to reform finance and overcome the crisis », *PSL Quarterly Review*, Vol. 65, n° 263, 2012, pp. 403-427

A. WEALE, « New Modes of Governance, Political Accountability and Public Reason », *Government and Opposition*, Vol 46, Iss 1, 2011, pp. 58-80

R. WETTENHALL, « Exploring Types of Public Sector Organizations : Past Exercises and Current Issues », *Public Organization Review*, Vol. 3, Issue 3, 2003, pp. 219-245

P. WHITE and D. ROBBINS, « Long-term development of express coach services in Britain », *Research in Transportation Economics*, Vol. 36, 2012, pp. 30-38.

S. WILKS, « Institutional Reform and the Enforcement of Competition Policy in the UK », *European Competition Journal*, Vol. 7, Iss. 1, 2011, pp. 1-23

E. WYMEERSCH, The institutional reforms of the European Financial Supervisory System, an interim report, Financial Law institute, Working paper series 2010/1. Disponible sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1541968

E. WYMEERSCH, *The single supervisory mechanism or “SSM”, part one of the Banking Union*, National Bank of Belgium, Working Paper Research n°255, April 2014. Disponible sur : <https://www.nbb.be/doc/ts/publications/wp/wp255en.pdf>

K. YANAMOTO, « Performance of semi-autonomous public bodies: linkage between autonomy and performance in Japanese agencies », *Public Administration and Development*, Vol. 26, 2006, pp. 35-44

K. YEUNG, « Better Regulation, Administrative Sanctions and Constitutional Values », *Legal Studies*, Vol. 33, Iss. 2, juin 2013, pp. 312-339

IV. Rapports, avis, études

ACPR, *Analyses et synthèses, Solvabilité 2, Principaux enseignements de la cinquième étude quantitative d'impact (QIS5)*, mars 2011

AEMF, Rapport, Actual use of sanctioning powers under MAD, 26 avril 2012, ESMA/2012/270

D. ATTIAS, Concurrence et régulation des services publics, comparaison internationale, Commissariat général du plan, mai 1997

ARCEP, Les marchés postaux en Allemagne, en Espagne, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Suède, Mai 2012. Disponible sur : http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/secteurpostal/benchmark_marches-postaux-mai09.pdf

ARCEP, *Réflexions sur l'évolution, à l'ère d'Internet, de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques et sur ses conséquences*, 11 oct. 2012

J. ATTALI, Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, La Documentation française, 2008

D. BADRE, Rapport d'information n° 17, fait au nom de la commission des affaires européennes et de la commission des finances, 7 octobre 2009

J. BATAIL, Quelle concurrence pour le secteur postal et quels effets ?, Contrôle général économique et financier, Mission de contrôle auprès du groupe La Poste, 8 juillet 2012

J. BERGOUGNOUX, Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, Commissariat général du Plan, Avril 2000

E. BESSON, *France numérique 2012, Plan de développement de l'économie numérique*, La Documentation française, octobre 2008

BCE, Recent developments in supervisory structures in the EU member states (2007-2010), octobre 2010, 24 pp.

E. BLESSIG, De la fracture numérique à la convergence des réseaux, téléphonie mobile, Internet et TNT dans les territoires de 2002 à 2007, Rapport d'information n°3531 du 19 décembre 2006 présenté à l'Assemblée nationale

Chambre des députés (Italie), Documento approvato dalla I Commissione permanente a *conclusione dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti*, DOC. XVII, n° 17, Rome, 12/02/2012

Chambre des députés (Italie), Autorità di regolazione dei trasporti, Dossier di documentazione n°353, 04/06/2012

Club des juristes, *Poursuite et sanction des abus de marché : le droit français à l'épreuve des textes communautaires et des jurisprudences récentes* (CEDH, CJUE, Conseil constitutionnel), Mai 2015.

Commission européenne, Evaluation of the performance of network industries providing services of general economic interest, European Economy n°1, 2007

Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, 26 janvier 2011

Commissie van Onderzoek report DSB Bank, 23 juin 2010, 350 pp

Conseil d'Etat, Rapport public 2001, Réflexions sur les autorités administratives indépendantes, EDCE, Paris, La Documentation française n° 52, 2001

Conseil d'Etat, Le droit souple, Etude annuelle du Conseil d'Etat, 2013

Conseils d'Etat du benelux, Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas Analyse comparée, Actes du colloque organisé à Bruxelles par les Conseils d'Etat du Benelux le 21 octobre 2011. Disponible sur : <http://www.raadvst-consetat.be/?action=doc&doc=929>

J. COOPER, The integration of financial regulatory authorities - the Australian experience, Australian Securities and Investments Commission, September 2006

J.-M. COULON, La dépenalisation de la vie des affaires, La Documentation française, Coll. des rapports officiels, 2008

CSA, Actes du colloque sur les téléviseurs connectés, Les colloques du CSA, Juin 2011, 94 pp.

CSA, Contribution à la réflexion sur l'évolution de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques, 30 oct. 2012

Commission européenne, Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009, Synthesis and prospects, Final Report Vol. 1, décembre 2009

Commission européenne, Conclusions at System Level, Final Report Vol. 2, décembre 2009

Commission européenne, Agency level findings, Final Report Vol. 3, décembre 2009

Commission européenne, Evaluation method, Final Report Vol. 4, décembre 2009

Commission européenne, Rapports de la Commission sur les travaux des comités COM(2011) 879 final, 12/12/2011

Commission européenne, Rapports de la Commission sur les travaux des comités COM(2012) 685 final, 23/11/2012

Commission européenne, Rapports de la Commission sur les travaux des comités COM(2013) 701 final, 10/10/2013

Commission européenne, Rapport au Conseil et au Parlement européen, Quatrième rapport sur le suivi de l'évolution du marché ferroviaire, COM(2014) 353 final, 13/6/2014

Commission européenne, Rapport au Parlement européen et au Conseil du 8 aout 2014 sur le fonctionnement des autorités européennes de surveillance (AES) et du système européen de surveillance financière (SESF), COM(2014) 509 final, 8/8/2014

Committee on Standards in Public Life, First Report of the Committee on Standards in Public Life, 1995

Cour des comptes, Rapport annuel 2009, p. 390 ;

Cour des comptes, *Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, 24 juillet 2013

Cour des comptes européenne, Management of conflict of interest in selected EU Agencies, Special Report n° 15/2012

J. DE LA ROSIERE, Rapport du Groupe de haut niveau sur la supervision financière en Europe, Bruxelles, février 2009

M.H. DES ESGAULX et J. MEZARD, Rapport n° 126 fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, présenté au Sénat le 28 octobre 2015

H. DAEMS et Y. MAYEUR, Rapport du 19 mars 2010 fait au nom de la Commission des finances et du budget devant la Chambre des représentants de Belgique sur le projet de loi du 2 juillet 2010 modifiant la loi 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, et portant des dispositions diverses

B. DELETRE, *Rapport sur la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France*, La Documentation française, 2009

DNB : Bouwen aan vertrouwen, Maatschappelijk verslag, 2009

R. DOSIERE et C. VANNESTE, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, 2010

EPEC, Cost-Benefit Analysis of Options for Better Functioning of the Internal Market in Electronic Communication, Final Report 2007

ERGEG, Interim Report on the lessons to be learned from the large disturbance in European power supply on 4 November 2006, E06-BAG-01-05, 20/12/2006

C. ERHEL, Avis n° 2262 présenté au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi de finances pour 2015, Tome VII, Economie, Communications électroniques et économie numérique, 9 octobre 2014

European Competitive Telecommunications Association, *New regulatory framework is best package to deliver Europe's broadband future*, Bruxelles, 13 novembre 2007

FMI – BRI – CSF, *Guidance to Assess the Systemic importance of financial institutions, markets and instruments*, 20 Octobre 2009

C. GAILLARD, Rapport n° 2750 au nom de la Commission de la production de l'Assemblée nationale, 30 avril 1996

P. GELARD, Rapport n° 404 (Sénat) et n° 3166 (AN) sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, tome 1, 2006

P. GELARD, Rapport d'information n° 616 sur les autorités administratives indépendantes, Sénat, 11 juin 2014

F. GRIGNON, Rapport n° 184 fait au nom de la commission des Affaires économiques (1) sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et guidés et portant diverses dispositions relatives aux transports (urgence déclarée), 28 janvier 2009

Group of Thirty, *The structure of financial supervision, Approaches and Challenges in a Global Marketplace*, Washington, DC, 2008, 252 pp

C. HENRY, *Etude comparative des conditions et instruments de régulation économique de services publics en réseaux*, Ecole Polytechnique, 1999

M.-T. HERMANGE, Rapport d'information n°58 de la délégation pour l'Union européenne au Sénat sur les agences européennes, 27 octobre 2005

HM Treasury, A new approach to financial regulation: judgement, focus and stability, Cm 7874, July 2010.

HM Treasury, A new approach to financial regulation: building a stronger system, Cm 8012, February 2011

HM Treasury, A new approach to financial regulation: the blueprint for reform, Cm 8083, June 2011

R. HOOPER, Modernise or decline, Policies to maintain the universal postal service in the United Kingdom, Independent Review of the UK Postal Services Sector, 16 December 2008

House of Lords, Select Committee on Economic Affairs, Banking Supervision and Regulation, Volume 1, 2nd Report of Session 2008–09

ICT regulation Toolkit, Practice Notes, Case Study Multi-Sector Regulator: Latvian Public Utilities Commission (PUC)

Institut Montaigne, Pour des réseaux électriques intelligents, Rapport du groupe de travail présidé par Jean-Paul Tran Thiet, Février 2012

H. INTVEN, Manuel sur la réglementation des télécommunications, Banque Mondiale, 2000

J-P. JOUYET, C. DE BOISSIEU, S. GUILLON, Prévenir et gérer *l'instabilité des marchés agricoles*, Rapport remis au Ministre de l'agriculture, 22 septembre 2010

P. LEROY, E. LAMURE et M. BOURQUIN, Avis n° 109 présenté au nom de la commission des affaires économiques du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2015, 20 novembre 2014

P. LESCURE, Mission « Acte II de l'exception culturelle ». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique, Tome 1, Mai 2013

M. LEVY et J-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel, décembre 2006

L. MAER, Postal Services: the Postal Services Act 2011 and recent developments, House of Commons Library, 12 July 2012

P. MARINI, Avis n° 7 présenté au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif au secteur de l'énergie, 4 octobre 2006

P. MARINI, Rapport n° 206 sur le projet de loi de sécurité financière, présenté au Sénat le 12 mars 2003

H. MARITON, Avis n° 1806 présenté au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports (n° 1507), 8 juillet 2009

Monopolkommission, La concurrence des réseaux grâce à la réglementation, Rapport n°14, 2001

OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans les secteurs publics*, Rapport 2005

ORECE, BEREC Evaluation: Recommendations and Follow-up Actions Report 2014, BoR(14) 61, 6 juin 2014

Y. PATERNOTTE, Rapport n° 1788 fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi adopté par le Sénat, après déclaration d'urgence, relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, (n°1507), 30 juin 2009

J. PELKMANS and G. LUCHETTA, *Enjoying a single market for network industries?*, Notre Europe, Jacques Delors Institute, Studies and Reports n°95, February 2013

C. PHILIP, Rapport d'information n° 3069 de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur les agences européennes, 3 mai 2006

B. RETAILLEAU, Dix ans après, la *régulation à l'ère numérique*, Rapport d'information n° 350 au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, 27 juin 2007

F. SAUER (dir.), *Rapport du groupe de travail sur l'établissement d'un cadre pour des agences de régulation à vocation décisionnelle*, in Commission européenne, Gouvernance européenne, Travaux préparatoires au Livre blanc, juin 2001

S. WALLIS (dir), *Financial System Inquiry Final Report*, Australian Government Publishing Service, 18 mars 1997, 750 pp.

V. Presse, discours et interventions

F. AMIEL, « Affaires B SkyB et Canal + : vers plus de convergence en matière de régulation de la télévision payante ? », La lettre Concurrence, septembre 2011

ART, Communiqué de presse, *Clôture de l'appel à candidatures pour l'attribution des licences de troisième génération mobile*, 21 janvier 2001

B.S. BERNANKE, « Central Banking and Bank Supervision in the United States », Remarks before the Allied Social Science Association Annual Meeting, Chicago, Illinois , January 5, 2007. Disponible sur : <https://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/bernanke20070105a.htm>

G. CAPELLE-BLACART, J. COUPPEY-SOUBEYRAN, « Peut-on superviser les banques sans argent ? », Telos, 26 octobre 2012

Commission européenne, Communiqué de presse, Principaux enseignements à tirer de la panne électrique de novembre 2006, IP/07/110, 30/01/2007

Commission européenne, Communiqué de presse, Télécommunications : la Commission veut diviser la régulation par deux et la recentrer sur la concurrence dans le domaine du haut débit, IP/07/1678, 13/11/2007

Commission européenne, Communiqué de presse, Télécommunications: l'autorité de *régulation bulgare manque d'indépendance et d'efficacité*, la Commission ouvre une *procédure d'infraction*, IP/07/1786, 28/11/2007

Commission européenne, Communiqué de presse, Réglementation sur les télécommunications: la Commission traduit la Pologne et la Belgique devant la Cour de justice européenne, IP/08/142, 31/01/2008

Commission européenne, Communiqué de presse, Télécommunications : la Commission *approuve la proposition de l'OFCOM de déréguler une partie du marché de l'accès haut débit* au Royaume-Uni, IP/08/232, 14/02/2008

Commission européenne, Communiqué de presse, La Commission ouvre trois nouvelles *procédures d'infraction relatives à l'indépendance et à l'efficacité* des autorités réglementaires chargées des télécommunications en Lettonie, en Lituanie et en Suède, IP/08/1343, 18/09/2008

Commission européenne, Communiqué de presse, Télécommunications: la Commission ouvre *une procédure d'infraction à l'encontre de la Roumanie à propos de l'indépendance du régulateur*, IP/09/165, 29/01/2009

Commission européenne, Communiqué de presse, Indépendance des autorités réglementaires des télécommunications : *la Commission ouvre une procédure d'infraction à l'encontre de la Slovaquie*, IP/09/775, 14/05/2009

Commission européenne, Communiqué de presse, Avertissement à la Lettonie à propos des taxes administratives dans le secteur des télécommunications, IP/09/1009, 25/06/2009

Commission européenne, Communiqué de presse, Télécommunications: la Commission demande à la Lituanie de séparer les fonctions de régulation et de propriété, IP/09/1040, 25/06/2009

Commission européenne, Communiqué de presse, EU Telecoms: the Article 7 procedure, the role of the European Commission and the impact of the EU Telecoms Reform: Frequently Asked Questions, MEMO/09/539, 7/12/2009

Commission européenne, Communiqué de presse, Telecoms: how the Article 7 consultation and notification mechanism works: frequently asked questions, MEMO/10/226, 1/6/2010

Commission européenne, Communiqué de presse, Stratégie numérique: la Commission ouvre une *procédure d'infraction à l'encontre de la Hongrie à propos de la taxe télécom* », IP/11/308, 14/03/2011

Commission européenne, Communiqué de presse, Stratégie numérique: la Commission traduit la France et l'Espagne devant la cour de Justice dans le cadre de la procédure sur les « taxes télécoms », IP/11/309, 14/03/2011

Commission européenne, Communiqué de presse, Marché intérieur de l'énergie: les législations nationales de 5 États membres ne sont pas encore totalement conformes aux règles de l'UE, IP/12/410, 26/04/2012

Commission européenne, Communiqué de presse, *Il est temps d'achever la mise en place du marché intérieur de l'énergie*, IP/12/1214, 15/12/12

Commission européenne, Communiqué de presse, *Procédures d'infraction du mois d'avril: principales décisions*, MEMO/14/293, 16/04/2014

Commission européenne, Communiqué de presse, Télécommunications: la Commission poursuit la Belgique *devant la Cour de justice de l'UE pour défaut d'indépendance de son régulateur national*, IP/14/1145, 16/10/2014

CJUE, Communiqué de presse n° 180/14 du 18 décembre 2014

J. DE ROSNAY, *Le mariage du numérique et de l'énergétique*, Conférence NetExplo, Unesco, Paris, 16 mars 2012

J. DE VLIÉGER, « Gerrit Zalm worstelt met zijn DSB verleden », FTM, 6 juni 2014

S. FLEMING, P. STAFFORD, « Esma chief warns securities regulators on monitoring risk », Financial Times, 20 avril 2014

G.F. FERRARI, « The Rule-making Powers of Independent Administrative Agencies ("Quangos") in Italy », Relazione al 17th International Congress of Comparative Law, Utrecht, The Netherlands 2006

M.-A. FRISON-ROCHE, « Délits financiers : le virage juridique français », Les Echos, 20 mars 2015

GDV, The positions of German insurers 2013, Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft, Avril 2013. Disponible sur : http://www.en.gdv.de/wp-content/uploads/2013/05/GDV_Positions_of_german_insurers_2013.pdf

C. GIURO, « Renzi intende trasferire le competenze della Covip alla Banca d'Italia », Pensione & Welfare italia, 6 maggio 2014

C. GIURO, « Ma Renzi fa bene a rispolverare l'abolizione della Covip? », Milano Finanza, 10 maggio 2014

T.J. JORDAN, A changing role for central banks?, Swiss National Bank, Bern 2010. Disponible sur : https://www.snb.ch/en/mmr/speeches/id/ref_20100922_tjn/source/ref_20100922_tjn.en.pdf

J-P. KOVAR, « Les autorités de régulation économique et financière et les garanties du procès équitable », Colloque : *Les autorités de régulation et l'article 6 de la CEDH*, 24 février 2010, Strasbourg

D. LESCOP, « Numérique et marchés : vers la régulation ou la dérégulation ? » in « Ateliers du Numérique », Le cercle des échos, 23 mai 2012

C. LINGUELLA, « Risoppressa la Covip, Previdenza Complementare », Previdenza complementare, 5 maggio 2014

A. MARECHAL, « Les pistes explorées par l'AMF », Séminaire du CREDA, 11 décembre 2014

B. MARX, « Parmalat. C'est arrivé près de chez vous », La lettre de Confrontations Europe, n°66, février-mars 2004, p. 4

J. MONTALVO, « Una cuestión de control y de más desregulación », Diario Expansión, 25 de febrero de 2012

C. NOQUET, « Propos introductifs », Compte rendu du 4^e colloque de la commission des sanctions de l'AMF, Paris, 5 oct. 2011, p.3. Disponible sur : http://www.amf-france.org/technique/multimedia?docId=workspace://SpacesStore/68027840-a047-41c2-96ae-c25c953338d0_fr_1.0_rendition

C. NOYER, « La création de la nouvelle Autorité de Contrôle prudentiel : quels enjeux ? », *Les rencontres de l'asses management*, 22 juin 2010. Disponible sur : https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/Communication/20100622-discours-acp.pdf.

C. NOYER, « Pourquoi l'Union économique et monétaire a besoin d'une union bancaire », Conférences Lamfalussy, Le dilemme de l'euro : l'adopter ou pas ?, janvier 2014. Disponible sur : https://www.banque-france.fr/uploads/tx_bdfgrandesdates/discours-CN-Conferences-Lamfalussy-20140131.pdf

ORECE, Communiqué de presse du 16 septembre 2013 concernant la proposition de règlement relatif au marché unique européen publiée par la Commission européenne

G. OSBORNE, Mansion House Speech, Lord Mayor's dinner for bankers and merchants of the City of London, June 16, 2010, Mansion House, London

T. PARK, « Kapitalmarktstrafrecht: Handkommentar », Nomos, 2004

R. PETRESCU, « Cu privire la înființarea unei noi autorități administrative autonome, Autoritatea de Supraveghere Financiară », *Universul Juridic*, 14 novembre 2014

A. PUAAR, « Q&A with EMSA's Steven Maijoor : "We need more resources" », *Financial News*, 7 mai 2014

C. RUHE and M. VAN GAAL, « ECB Urged to Integrate With Financial-Conduct Watchdogs », *Bloomberg*, 24/06/2014

J-M. SAUVE, Les autorités administratives indépendantes, Intervention du 11 février 2010 dans le cadre de la mission mise en place par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) sur les autorités administratives indépendantes

W. SCHAEUBLE, « Banking union must be built on firm foundations », *Financial Times*, 13 Mai 2013

O. SCHRAMECK, Préserver la force de notre système de financement de la production et favoriser le dynamisme rayonnant de notre culture, Discours prononcé à la Journée de la création TV, 4 juillet 2013

J.-P. SERVAIS, 7^e colloque de la commission des sanctions de l'AMF organisé le 7 octobre 2014 au siège de l'autorité. Disponible sur : <http://www.amf-france.org/Reglementation/Dossiers-thematiques/l-AMF/Fonctionnement-de-l-AMF-et-reformes-du-secteur-financier/7e-Colloque-de-la-commission-des-sanctions-de-l-AMF.html>

N. SONNAC et P. WILHELM, *Fusion CSA-ARCEP-Hadopi : le temps de l'action est venu*, *Le Cercle Les Echos*, 24 septembre 2012

Lord J.A. TURNER, « How to tame global finance ? », *Prospect Magazine*, August 27, 2009

Lord J.A. TURNER, Mansion House Speech, The City Banquet, September 22, 2009, The Mansion House, London

E. YRAOLA, La crisis económica apraca la reforma de la supervisión financiera, Finanzas.com, 19/09/2009

VI. Textes officiels

Les références (JO) sont données dans les notes de bas de page.

A. En Droit de l'UE

1. Règlements

Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission

Règlement (CE) n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002, instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime

Règlement (CE) n° 1592/2002 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2002, instituant une Agence européenne pour la sécurité aérienne

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

Règlement (CE) n° 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires

Règlement (CE) n° 139/2003 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

Règlement (CE) n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité

Règlement (CE) n° 460/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004, instituant l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information

Règlement (CE) n° 460/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 instituant l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information

Règlement (CE) n° 881/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 instituant une Agence ferroviaire européenne

Règlement (CE) n° 1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires

Règlement (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, et abrogeant la directive 91/670/CEE du Conseil, le règlement (CE) n° 1592/2002 et la directive 2004/36/CE

Règlement (CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie

Règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n° 1228/2003

Règlement (CE) n°715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement (CE) n° 1775/2005

Règlement (CE) n°1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit

Règlement (CE) n° 1108/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 modifiant le règlement (CE) n° 216/2008 dans le domaine des aéroports, de la gestion du trafic aérien et des services de navigation aérienne, et abrogeant la directive 2006/23/CE

Règlement (CE) n°1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office

Règlement (UE) n° 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique

Règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission

Règlement (UE) n°1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision n°716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission

Règlement (UE) n°1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission

Règlement (UE) n°182/2011 du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission

Règlement (UE) n°513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 modifiant le règlement (CE) n°1060/2009 sur les agences de notation de crédit

Règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie

Règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit

Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux

Règlement délégué (UE) n° 918/2012 de la Commission du 5 juillet 2012 complétant le règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, en ce qui concerne les définitions, le calcul des positions courtes nettes, les contrats d'échange sur défaut souverain couverts, les seuils de notification, les seuils de liquidité pour la suspension de restrictions, les baisses de valeur significatives d'instruments financiers et les événements défavorables

Règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil

Règlement (UE) n° 347/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 concernant des orientations pour les infrastructures énergétiques transeuropéennes, et abrogeant la décision n° 1364/2006/CE et modifiant les règlements (CE) n° 713/2009, (CE) n° 714/2009 et (CE) n° 715/2009

Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012

Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit

Règlement (UE) n° 1316/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant le mécanisme pour l'interconnexion en Europe, modifiant le règlement (UE) n° 913/2010 et abrogeant les règlements (CE) n° 680/2007 et (CE) n° 67/2010

Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission

Règlement (UE) n° 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012

Règlement de la Banque centrale européenne du 16 avril 2014 établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la Banque centrale européenne, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales, BCE/2014/17

2. Directives

Directive 77/780/CEE du Conseil du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice

Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication

Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité

Directive 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE

Directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication

Directive 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires

Directive 92/44/CEE du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées,

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

Directive 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1995, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale

Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité

Directive 97/13/CE du Parlement Européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications

Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert

Directive 97/51/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications

Directive 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service

Directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel

Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel

Directive 98/61/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 1998 modifiant la directive 97/33/CE pour ce qui concerne la portabilité du numéro et la présélection de l'opérateur

Directive 99/5/CE du Parlement Européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité

Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice

Directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires

Directive 2001/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires

Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité

Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès")

Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "autorisation")

Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre")

Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »)

Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté

Directive n°2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance

Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE

Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE

Directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation

Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil

Directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE

concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (directive sur la sécurité ferroviaire)

Directive 2004/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 96/48/CE du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse et la directive 2001/16/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel

Directive 2004/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires

Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE

Directive de du Parlement européen et du Conseil n°2005/1/CE du 9 mars 2005 organisant selon une nouvelle structure les comités compétents en matière de services financiers

Directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire

Directive 2007/59/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relative à la certification des conducteurs de train assurant la conduite de locomotives et de trains sur le système ferroviaire dans la Communauté

Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté

Directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires, JOUE L 70/11 du 14 mars 2009

Directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE

Directive 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE

Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen

Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE

Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché

Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE

3. Communications

Communication de la Commission du 3 décembre 1997, Livre vert La convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation - Vers une approche pour la société de l'information, COM(97) 623 final

Communication de la Commission du 25 juillet 2001, Gouvernance européenne, Un livre blanc, COM(2001) 428 final

Communication de la Commission du 5 juin 2002, « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire » COM(2002) 278

Communication de la Commission du 6 juin 2002 « Gouvernance européenne: mieux légiférer » COM(2002) 275

Communication de la Commission du 11 décembre 2012 sur L'encadrement des agences européennes de régulation, COM(2012) 728 final

Communication de la Commission du 12 mai 2004, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final

Communication de la Commission du 25 février 2005, *Projet d'accord interinstitutionnel* pour un encadrement des agences européennes de régulation, COM (2005) 59 final

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 janvier 2007, Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM(2006) 841 final

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 11 mars 2008 Agences européennes - Orientations pour l'avenir, COM(2008) 135 final

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions du 13 novembre 2008 « Deuxième analyse stratégique de la politique énergétique : plan d'action européen en matière de sécurité et de solidarité énergétiques », COM(2008) 781 final

Communication de la Commission au Parlement européen du 12 janvier 2009 conformément à l'article 251, paragraphe 2, deuxième alinéa, du traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du

Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1775/2005 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel, COM(2008) 911 final

Communication de la Commission du 2 février 2009, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, COM(2009) 864 final

Communication de la Commission du 9 février 2009 concernant l'élaboration d'un espace ferroviaire unique européen du 17 septembre 2010, COM(2010) 474 final

Communication de la Commission du 4 mars 2009, *L'Europe, moteur de la relance*, COM(2009) 114 final

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions 17 novembre 2010 « Priorités en matière d'infrastructures énergétiques pour 2020 et au-delà - Schéma directeur pour un réseau énergétique européen intégré », COM(2010) 677 final

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions 8 décembre 2010, Renforcer les régimes de sanctions dans le secteur des services financiers, COM(2010) 716 final

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 13 avril 2011 « L'Acte pour le marché unique Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance "Ensemble pour une nouvelle croissance" », COM(2011) 206 final

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 7 septembre 2011 sur la sécurité de l'approvisionnement énergétique et la coopération internationale intitulée « La politique énergétique de l'UE : s'investir avec des partenaires au-delà de nos frontières », COM(2011) 539 final

Communication de la Commission du 30 mai 2012, Agir pour la croissance, la stabilité et l'emploi, COM(2012) 299 final

Communication de la Commission du 12 septembre 2012 au Parlement européen et au Conseil, Feuille de route pour une union bancaire, COM(2012) 510 final

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 10 juillet 2013 sur la programmation des ressources humaines et financières destinées aux organismes décentralisés pour 2014-2020, COM(2013) 519 final

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Conseil économique et social européen, au Comité des régions et à la banque centrale d'investissement du 25 février 2015, Cadre stratégique pour une Union de l'énergie résiliente, dotée d'une politique clairvoyante en matière de changement climatique, COM(2015) 80 final

4. Autres

COCOM, Draft Commission Recommendation on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU, COCOM 09-05, 19/02/2009

COCOM, Implementation of the revised Framework Directive – Independence of National Regulatory Authorities, COCOM 10-16, 15/04/2010

Commission européenne, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, 22 janvier 2010

Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil de l'UE et de la Commission européenne du 12 juin 2012 sur les agences décentralisées

IRG-Rail, Third Position Paper on the Recast Regulatory questions arising from the ongoing discussion on the Recast, 28/29 November 2011

Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 3 juillet 2012 sur l'intermédiation en assurance (refonte), COM(2012) 360 final

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 19 septembre 2007 modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, COM(2007) 528 final

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 19 septembre 2007 instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, COM(2007) 530 final

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, COM (2007) 699 final

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 2 juin 2010 modifiant le Règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences notation de crédit, COM(2010) 289 Final

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 11 septembre 2013 établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, et modifiant les directives 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1211/2009 et (UE) n° 531/2012, COM (2013) 627 final

Recommandation de la Commission n° 87/62/CEE du 22 décembre 1986 relative à la surveillance et au contrôle des grands risques des établissements de crédit

Recommandation de la Commission n° 87/63/CEE du 22 décembre 1986 relative à l'instauration, dans la Communauté, de systèmes de garantie des dépôts

Recommandation de la Commission n° 2000/408/CE du 23 juin 2000 concernant la publication d'informations sur les instruments financiers et autres, destinées à compléter les informations à fournir en vertu de la directive 86/635/CEE du Conseil concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers

Recommandation de la Commission n° 2003/311/CE du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications

électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques

Recommandation de la Commission n° 2007/879/CE du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques

Recommandation de la Commission n° 2014/710/UE du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques

Résolution du Parlement européen du 13 janvier 2004 sur la Communication de la Commission sur L'encadrement des agences européennes de régulation, P5_TA(2004)0015

Résolution du Parlement européen du 1er décembre 2005 P6_TA(2005)0460

Résolution du Parlement européen du 3 avril 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, P7_TA-PROV(2014)0281

B. En Droit français

Constitution française du 4 octobre 1958

Loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, de confier à une même autorité de régulation les secteurs de l'audiovisuel et des télécommunications

Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications

Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie

Loi n° 2003-706 du 1 août 2003 de sécurité financière

Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique

Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

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

Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant organisation du marché de l'électricité

Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique

Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire

Proposition de loi n° 285 (séance du 30 mars 2006) tendant à doter la Commission de régulation de l'énergie de la personnalité morale et à poser le principe de son indépendance financière en créant une contribution qui lui soit affectée proposée par Philippe Marini

C. En droit étranger

Allemagne :

Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung, 19 février 1987

Telekommunikationsgesetz, 25 juillet 1996

Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 22 avril 2002

Energiewirtschaftsgesetz vom 7 juillet 2005

Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, 7 juillet 2005

Kreditwesengesetz, 9 septembre 1998

Loi fondamentale du 8 mai 1949

Autriche:

Constitution fédérale autrichienne du 12 juin 1994

Energie-Control Gesetz (Bundesgesetz über die Regulierungsbehörde in der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft), 3 mars 2011

Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, 1^{er} janvier 2002

Belgique :

Arrêté royal du 3 mai 1999 fixant les règles applicables au président et aux membres du comité de direction de la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz en matière d'incompatibilités et de conflits d'intérêts

Arrêté royal du 11 mai 2003 fixant le statut, la rémunération et les devoirs du président et des membres du Conseil de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications

Arrêté royal du 25 octobre 2004 créant le Service de Régulation du transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles-National, fixant sa composition ainsi que les statuts administratif et pécuniaire applicables à ses membres

Arrêté royal du 3 mars 2011 mettant en œuvre l'évolution des structures de contrôle du secteur financier

Arrêté royal du 4 décembre 2012 modifiant l'arrêté royal du 25 octobre 2004 créant le Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles National, et fixant sa composition ainsi que les statuts, administratif et pécuniaire applicables à ses membres

Constitution de la Belgique fédérale du 17 février 1994

Loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, et portant des dispositions diverses

Loi modifiée du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité

Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers

Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges

Loi modifiée du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité

Loi du 2 juillet 2010 modifiant la loi 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers

Loi du 8 janvier 2012 portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations

Loi du 3 avril 2014 établissant les mécanismes d'une politique macro-prudentielle et précisant les missions spécifiques dévolues à la Banque nationale de Belgique dans le cadre de sa mission visant à contribuer à la stabilité du système financier

Loi du 16 mars 2015 portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges

Chypre :

Loi n° 4212 regulating the structure, responsibilities powers, organisation of the Securities and Exchange Commission and other related issues du 10 juillet 2009

Loi n° 122 Regulating the Electricity Market of 2003 and 2004

Croatie :

Loi du 30 mai 2014 sur les communications électroniques (*zakon o elektroničkim komunikacijama*)

Espagne :

Constitution espagnole du 6 décembre 1978

Décret-loi 6/1996, du 7 juin 1996, de Liberalización de las Telecomunicaciones

Décret royal n° 548/2011 du 1er avril 2011

Décret royal n° 657/2013, du 30 août 2013, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Loi 6/1997 du 14 avril 1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

Loi 24/1988, du 28 juillet 1988, del Mercado de Valores

Loi 26/1988, du 29 juillet 1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito

Loi 34/1998 du 7 octobre 1998 del sector de hidrocarburos

Loi 32/2003, du 3 novembre 2003, General de Telecomunicaciones

Loi 47/2003, du 26 novembre 2003, General Presupuestaria

Loi 35/2003, du 4 novembre 2003, de Instituciones de Inversión Colectiva

Loi 60/2003, du 23 décembre 2003, de Arbitraje

Loi 2/2011, du 4 mars 2011, de Economía Sostenible

Loi 3/2013, du 4 juin 2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Loi 10/2014, du 26 juin 2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito

Loi 3/2015 du 30 Mars 2015 reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado

Etats-Unis :

Communications Act du 19 juin 1934

Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 2010

Finlande :

Loi sur la gestion des communications (625/2001)

Loi sur les services postaux (100/2001)

Loi sur la télévision (80/2001)

Loi sur la radio (1015/2001)

Loi de supervision financière (878/2008)

Hongrie :

Loi 2010/CLXXXV sur les services des médias et des télécommunications (törvény a médiaszolgáltatásokról és a tömegkommunikációról)

Loi 2013/XXII instituant l'autorité hongroise de régulation de l'énergie et des services publics (*Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatalról*)

Italie :

Constitution italienne du 22 décembre 1947

Loi n° 216 du 7 juin 1974, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 1974, n. 95, recante disposizioni relative al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli azionari

Loi n° 576 du 12 août 1982, Riforma della vigilanza sulle assicurazioni

Loi n° 481 du 14 novembre 1995 Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità

Loi n° 249 du 31 juillet 1997, Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo

Decret-loi n° 70, du 9 avril 2003, Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico

Projet de loi n° 4747 du 25 février 2004, Istituzione del Sistema di Tutela del Risparmio

Loi n° 266 du 23 décembre 2005, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)

Loi n° 262 du 28 décembre 2005, Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari

Projet de loi n° 1366 du 2 mai 2007 Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento della Autorità Indipendenti preposte ai medesimi

Loi n° 31 du 28 février 2008, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria

Proposition de loi n°1057 du 8 mai 2008 Istituzione dell'*Autorità* per i servizi e l'uso delle infrastrutture di trasporto

Loi n° 191 du 23 décembre 2009, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2010)

Décret-loi n° 201 du 6 décembre 2011, Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici

Décret-loi n°1 du 24 janvier 2012 Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività

Décret-loi n° 135 du 7 août 2012

Décret-loi n° 90 du 24 juin 2014 Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari

Proposition de loi n° S 997 du 6 août 2013 présenté par Linda Lanzillotta, Norme in materia di Autorità indipendenti

Loi n° 114 du 11 août 2014 Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari

Lettonie :

Règlement n°163 du 7 mai 1996 instituant le Conseil de régulation de l'énergie (*Energoapgādes regulēšanas padomes un tās izpildinstitūcijas nolikums*)

Décret ministériel n°167 du 7 avril 1998 instituant le Conseil des tarifs des télécommunications (*Par Telekomunikāciju tarifu padomi*)

Règlement n°111 du 23 mars 1999 instituant l'Administration des chemins de fer (*Dzelzceļa administrācijas nolikums*)

Loi sur la régulation des services publics du 19 octobre 2000 (Par sabiedrisko pakalpojumu regulatoriem)

Loi sur la Commission financière et du marché de capitaux du 1^{er} juin 2000 (*Finanšu un kapitāla tirgus komisija*)

Luxembourg :

Loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances

Loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications

Loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier

Loi du 24 juillet 2000 relative à l'organisation du marché de l'électricité

Loi du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux

Loi du 6 avril 2001 relative à l'organisation du marché du gaz naturel et portant modification 1. de la loi du 24 juillet 2000 relative à l'organisation du marché de l'électricité et 2. de la loi modifiée du 14 décembre 1967 portant institution d'un poste de commissaire du Gouvernement, portant création d'un service de l'énergie de l'Etat, et concernant l'exploitation des centrales hydroélectriques d'Esch-sur-Sûre et de Rosport

Loi du 30 mai 2005 portant: 1) organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation; 2) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat

Loi du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité

Loi du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel

Loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement, à l'activité d'établissement de monnaie électronique et au caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres

Loi du 3 août 2010 ayant pour objet A) la transposition en droit national de la directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire; B) la création d'un organisme de contrôle du marché ferroviaire; C) de modifier la loi modifiée du 11 juin 1999 relative à l'accès à l'infrastructure ferroviaire et à son utilisation; D) de modifier la loi modifiée du 10 mai 1995 relative à la gestion de l'infrastructure ferroviaire

Loi du 23 mai 2012 portant transposition de la directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires et portant modification: 1) de la loi modifiée du 31 janvier 1948 relative à la réglementation de la navigation aérienne; 2) de la loi modifiée du 19 mai 1999 ayant pour objet a) de réglementer l'accès au marché de l'assistance en escale à l'aéroport de Luxembourg, b) de créer un cadre réglementaire dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile, et c) d'instituer une Direction de l'Aviation Civile

Malte :

Malta Financial Services Authority Act, 30 juin 1989

Regulator for Energy and Water Services Act, 31 juillet 2015

Nouvelle Zélande :

Commerce Act, 1986

Telecommunications Act, 1987

Telecommunications Amendment Act, 1988

Ministerial Inquiry into Telecommunications, 2000

Telecommunications Act, 2001

Pays-Bas :

Loi du 28 septembre 2006, établissant les règles de supervision des marchés financiers (houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop)

Loi-cadre du 2 novembre 2006 fixant les règles régissant les organes administratifs indépendants

Loi du 28 février 2013 fixant les règles relatives à la création de l'ACM (houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt)

Pologne :

Constitution polonaise du 2 avril 1997

Loi du 21 juillet 2006 de surveillance des marchés financiers (o nadzorze nad rynkiem finansowym)

Portugal :

Constitution portugaise du 25 avril 1976

Décret-loi n° 244/95 du 14 septembre 1995, Regime Geral das Contra-Ordenações

Loi n.º 91/97, du 1^{er} aout 1997 Define as bases gerais a que obedece o Estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações

Loi-cadre n° 67/2013 du 28 aout 2013, das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo

Décret-loi n° 97/2002, du 12 avril 2002 Aprova os estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

Décret-loi n° 84/2013 du 25 juin 2013, Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

Décret-loi n° 1/2015 du 6 janvier 2015 Altera a designação do Instituto de Seguros de Portugal para Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões e aprova os estatutos desta entidade

Décret-loi n° 5/2015 du 8 janvier 2015 estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

Décret-loi 39/2015, du 16 mars 2015 estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações

Royaume-Uni :

Electricity Act, 27 juillet 1989

Gas Act, 25 juillet 1986

Utilities Act, 28 juillet 2000

Office of Communications Act 2002

Communication Act 2003

Railway Act, 7 avril 2005

Ofcom, Better Policy Making, *Ofcom's approach to Impact Assessment*, 2005

Ofcom, How will Ofcom consult ? Consultation Guidelines, Novembre 2007

Ofgem, *Guidance on Ofgem's approach to consultation*, Décembre 2011

Digital economic Act, 12 avril 2010

Postal Services Act, 13 juin 2011

Financial Services Act, 19 décembre 2012

Enterprise and Regulatory Reform Act, 25 avril 2013

Roumanie :

Ordonnance gouvernementale n° 33 du 7 mai 2007 *privind modificarea și completarea Legii energiei electrice n° 13/2007 și Legii gazelor n° 351/2004*

Ordonnance gouvernementale n° 22 du 11 mars 2009 *privind înființarea Autoritatii Nationale pentru Administrare și Reglementare în Comunicatii*

Ordonnance gouvernementale n° 93 du 21 décembre 2012 *privind înființarea, organizarea și funcționarea Autorității de Supraveghere Financiară*

Loi n° 113/2010 du 15 juin 2010 *pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 22/2009 privind înființarea Autorității Naționale pentru Administrare și Reglementare în Comunicații*

Loi n° 176/2010 du 1er septembre 2010 *privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice*

Loi n° 123/2012 du 19 juillet 2012 *energiei electrice și a gazelor naturale*

Loi n° 113/2013 du 23 avril 2013 *pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 93/2012 privind înființarea, organizarea și funcționarea Autorității de Supraveghere Financiară*

Loi n° 160/2012 du 3 octobre 2012 *pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului n° 33/2007 privind modificarea și completarea Legii energiei electrice n° 13/2007 și Legii gazelor n° 351/2004*

Loi n° 202 du 4 novembre 2016 *privind integrarea sistemului feroviar din România în spațiul feroviar unic European*

Slovaquie :

Loi n° 351/2011 du 14 septembre 2011 *sur les télécommunications électroniques (o elektronických komunikáciach)*

Loi n° 250/2012 du 31 juillet 2012 *sur la régulation des industries de réseaux (o regulácii v sieťových odvetviach)*

Loi n° 402/2013 du 27 novembre 2013 *sur l’Autorité de régulation des communications électroniques et des services postaux et l’Autorité du transport (Úrade pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb a Dopravnom úrade ao zmene a doplnení niektorých zákonov)*

Slovénie :

Loi du 1er juin 2000 sur l'assurance (*Zakona o zavarovalništvu*)

Loi du 20 décembre 2010 sur la supervision des instruments financiers (*Zakon o trgu finančnih instrumentov*)

Loi du 20 décembre 2012 sur les communications électroniques (*Zakona o elektronskih komunikacijah*)

Loi du 30 septembre 2014 sur l'énergie et l'Agence de l'énergie (*Energetskega zakona in SvetAgencije za energijo*)

Suède :

Telelag, 10 juin 1993

Teleförordning, 5 juin 1997

Loi n° 395 du 10 juin 1997 om Telestyrelsen

Loi du 12 juin 2003 om elektronisk kommunikation

VII. Jugements, avis, décisions

Les références (ECLI, Rec., etc.) sont données dans les notes de bas de page.

A. En Droit européen et Droit de l'UE

- TPICE

TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Services*, Aff. T 374/94, T 375/94, T 384/94 et T 388/94

TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft corporation*, Aff. T-201/04

TPICE, 8 octobre 2008, *Sogelma contre Agence européenne pour la reconstruction*, Aff. T-411/06

- CJUE

CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute Autorité*, Aff. 9-56

CJCE, 15 décembre 1971, International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor groenten en fruit, Aff. jointes 51 à 54-71,

CJCE, 6 mars 1974, Commercial Solvents Corporation c/ Commission, Aff. 6/73 et 7/73

CJCE, 14 mai 1981, *Giuseppe Romano c/ Institut national d'assurance maladie-invalidité*, Aff. 98/80

CJCE, 20 mars 1985, République italienne contre Commission des Communautés européennes, Aff. 41/83

CJCE, 13 décembre 1989, Grimaldi c/ Fonds des maladies professionnelles, aff. C-322/88

CJCE, 19 mars 1991, République française c/ Commission, Aff. C 202/88

CJCE, 13 décembre 1991, Régie des télégraphes et des téléphones contre GB-Inno-BM, Aff. 18/88

CJCE, 27 octobre 1993, Procédure pénale contre Francine Decoster, épouse Gillon, Aff. C-69/91

CJCE, 27 octobre 1993, Procédure pénale contre Annick Taillandier, épouse Nény, Aff. C-92/91

CJCE, 27 octobre 1993, Procureur du Roi contre J.M. Lagauche e.a., Aff. C-46/90 et C-93/91

CJCE, 24 mars 1994, Schindler, Aff. 275/92

CJCE, 6 avril 1995, RTE et ITP c/ Commission (dit « Magill »), Aff. C-241/91 P et C-242/91 P

CJCE, 11 novembre 1997, Commission et France c/ Ladbrooke Racing, Aff. C-359/95 P et C-379/95

CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner c/ Mediaprint, Aff. C-7/97

CJCE, 12 décembre 2002, Albacom SpA et Infostrada SpA, Aff. C-292/01 et C-293/01

CJCE 11 févr. 2003, Gözütok c/ Brügge, Aff. C-187/01 et C-385/01

CJCE, 20 mai 2003, Rechnungshof contre Österreichischer Rundfunk et autres, Aff. C-465/00, C-138/01 et C-139/01

CJCE, 29 avril 2004, IMS Health GmbH c/ NDC Health GmbH, Aff. C-418/01

CJCE, 8 juill. 2004, Gasparini, Aff. n° C-467/04

CJCE 10 mars 2005, Miraglia, Aff. n° C-469/03

CJCE, 25 mars 2005, Van Straaten, Aff. n° C-150/05

CJCE, 18 juill. 2007, Jürgen Kretzinger c/ Hauptzollamt Augsburg, Aff. n° C-288/05

CJCE, 6 mars 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contre Administración del Estado, Aff. C-82/07

CJCE, gde ch., 16 décembre 2008, *Huber contre République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-524/06

CJUE, 16 juillet 2009, Mark Horvath contre Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs, Aff. C-428/07

CJUE, 29 octobre 2009, Commission européenne contre Royaume de Suède, Aff. C-274/08

CJUE, 29 octobre 2009, Commission c/ Belgique, Aff. C-474/08

CJUE, 3 décembre 2009, Commission européenne *contre République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-424/07

CJUE, 9 mars 2010, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, affaire C-518/07

CJUE, 10 mars 2011, Telefónica Móviles España SA, Aff. C-85/10

CJUE, 24 novembre 2011, Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (Sabam), Aff. C-70/10

CJUE, 12 mai 2011, Luxembourg c/ Parlement et Conseil, Aff. C-176/09

CJUE, 16 février 2012, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV, Aff. C-360/10

CJUE 5 juin 2012, Bonda, Aff. C-489/10

CJUE, 12 juillet 2012, Vodafone Espana c/ Ayuntamiento de Santa Amalia, Aff. C-55, 57 et 58/11

CJUE, 13 juillet 2013, Vodafone Omnitel NV et autres, Aff. C-228/12 à C-232/12 et C-254/12 à C-258/12

CJUE, 16 octobre 2012, Commission européenne contre République d'Autriche, Aff. C-614/10

CJUE, grande ch., 26 févr. 2013, Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson, Aff. C-617/10

CJUE, 22 janvier 2014, Royaume-Uni c. Parlement européen et Conseil, Aff. C-270/12

CJUE, 18 mars 2014, Commission européenne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Aff. C-427-12

CJUE, 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, Aff. C-314/12

CJUE, 8 avril 2014, Commission européenne contre Hongrie, Aff. C-288/12

CJUE, grande ch., 27 mai 2014, Zoran Spasic, Aff. C-129/14PPU

CJUE, 12 juin 2014, Digibet Ltd et Gert Albers contre Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG , Aff. C-156/13

CJUE, avis 2/13 du 18 décembre 2014

B. Commission européenne et Conseil

Décision du Conseil n° 93/731/CE du 20 décembre 1993, relative à l'accès du public aux documents du Conseil.

Décision de la Commission 94/19/CE du 21 décembre 1993 Sea Container c/ Sealink

Décision du Conseil n° 1999/468/CE, du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission

Décision de la Commission du 12 avril 2000, Vodafone/Mannesmann, Aff. COMP/M.1795

Décision de la Commission du 7 février 2001, EDF/EnBW, Aff. COMP/M.1853

Décision de la Commission n° 2001/527/CE du 6 juin 2001 instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières

Décision de la Commission n° 2001/528/CE du 6 juin 2001 instituant le Comité européen des valeurs mobilières

Décision de la Commission n° 2001/546/CE du 11 juillet 2001 portant création d'un comité consultatif intitulé "Forum européen de l'énergie et des transports"

Décision de la Commission du 10 juillet 2002, Telia/Telenor, Aff. COMP/M.2803

Décision de la Commission n°2002/627/CE du 29 juillet 2002 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications

Décision de la Commission du 21 mai 2003, Deutsche Telekom AG, Aff. COMP/C-1/37.451, 37.578 et 37.579

Décision de la Commission du 17 juillet 2003, Wanadoo Interactive, Aff. COMP/38.233

Décision de la Commission n°2003/796/CE du 11 novembre 2003 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz

Décision de la Commission n°2004/5/CE du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des contrôleurs bancaires

Décision de la Commission n°2004/6/CE du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles

Décision de la Commission n°2004/7/CE du 5 novembre 2003 modifiant la décision 2001/527/CE instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières

Décision de la Commission n°2004/8/CE du 5 novembre 2003 modifiant la décision 2001/527/CE instituant le comité européen des valeurs mobilières

Décision de la Commission n°2004/9/CE du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des assurances et des pensions professionnelles

Décision de la Commission n°2004/10/CE du 5 novembre 2003 instituant le comité bancaire européen

Décision de la Commission n° 2003/796/CE du 11 novembre 2003 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz

Décision de la Commission du 11 février 2004, Air France/KLM, Aff. COMP/M.3280

Décision de la Commission du 20 février 2004 conformément à l'article 7 de la directive 2002/21/CE (retrait d'un projet de mesure notifié), Aff. FI/2003/0024 et FI/2003/0027

Décision de la Commission du 5 octobre 2004 conformément à l'article 7 paragraphe 4 de la directive 2002/21/CE (retrait d'un projet de mesure notifié), Aff. FI/2004/0082

Décision de la Commission du 20 octobre 2004 conformément à l'article 7 paragraphe 4 de la directive 2002/21/CE (retrait d'un projet de mesure notifié), Aff. AT/2004/0090

Décision de la Commission du 17 mai 2005 conformément à l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2002/21/CE demandant à l'autorité réglementaire allemande des télécommunications et des services postaux (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post-"RegTP") de retirer ses projets de mesures concernant les marchés de la terminaison d'appel sur les réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée en Allemagne, Aff. DE/2005/0144

Décision de la Commission du 7 juillet 2005, Lufthansa/Swiss, Aff. COMP/M.3770

Décision de la Commission du 14 mars 2006, DONG/Elsam/Energi E2, Aff. COMP/M.3868

Décision de la Commission du 10 janvier 2007 conformément à l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2002/21/CE (retrait de projet de mesures notifié), Aff. PL/2006/0518 et PL/2006/0524

Décision de la Commission du 4 juillet 2007 Telefonica, Aff. COMP/38.784

Décision de la Commission n° 2009/77/CE du 23 janvier 2009 instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières

Décision de la Commission n° 2009/78/CE du 23 janvier 2009 instituant le comité européen des contrôleurs bancaires

Décision de la Commission n° 2009/79/CE du 23 janvier 2009 instituant le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles

Décision de la Commission du 26 février 2010 conformément à l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2002/21/CE (retrait de projet de mesures notifié), Aff. PL/2009/1019 et PL/2009/1020

Décision de la Commission n° 2010/C 217/07 du 10 août 2010 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des services postaux

Décision de la Commission n° 2011/280/UE du 16 mai 2011 abrogeant la décision 2003/796/C et instituant le Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz

Décision de la Commission du 11 juin 2012 conformément à l'article 7, paragraphe 5, de la directive 2002/21/CE (retrait d'un projet de mesure notifié), Aff. CZ/2012/1322

Décision de la Commission du 10 décembre 2012 conformément à l'article 7, paragraphe 5, de la directive 2002/21/CE (retrait d'un projet de mesure notifié), Aff. PL/2012/1394

Décision de la Commission du 2 octobre 2013 conformément à l'article 7 de la directive 2002/21/CE amendée par la directive 2009/140/CE (retrait d'un projet de mesure notifié), Aff. FI/2013/1498

Décision de la Commission du 3 mai 2013 conformément à l'article 7, paragraphe 5, de la directive 2002/21/CE (retrait d'un projet de mesure notifié), Aff.AT/2013/1442

- Autres

ACRE, Decision on the investment request including cross-border cost allocation for the Lithuanian part for the interconnection between Alytus and the Lithuania/Poland border, Projet n° 4.5.1, 16 avril 2015

ACRE, Decision on the investment request including cross-border cost allocation for the gas interconnection Poland-Lithuania project of common interest Projet n° 8.5, 11 août 2014.

AEMF, Decision of the board of supervisors, ESMA/2014/544, 20 mai 2014

AEMF, Decision of the board of supervisors, ESMA/2015/1048, 24 juin 2015

BCE, avis du 17 juin 2010 sur un projet de loi portant sur la restructuration de la Central Bank and Financial Services Authority d'Irlande, CON/2010/48

BCE, avis du 27 novembre 2012 sur une proposition de règlement du Conseil confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit et sur une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) n°1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), CON/2012/96

Comité économique et social européen, avis sur la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, 29 mai 2008, TEN/327-329

Commission des affaires juridiques de la Commission, avis du 20 juin 2012 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché, COM(2011) 0654

Conclusions de l'avocat général Jan Mazak, 9 mars 2010, C-518/07

Conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen, 12 septembre 2013, Aff. C-270/12

Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet, 10 décembre 2013, Aff. C-288/12

GGP pour les gaz d'équilibrage, avril 2006, E06-GFG-17-03

GGP pour l'accès des tiers aux opérateurs de GNL, mai 2008, E08-GNL-06-03

GGP de sécurité d'exploitation de l'électricité, Novembre 2008, E08-ENM-02-04

GGP Intégration au marché d'électricité d'équilibrage, Décembre 2006, E05-ESO-06-08

GGP Séparation fonctionnelle et information pour les GRD, Juillet 2008, C06-CUB-12-04b

GGP sur la réglementation de dégroupage, avril 2007, E05-CUB-11-02

- CEDH

CEDH, 16 juillet 1971, Ringeisen c/ Autriche, n° 2614/65

CEDH, 8 juin 1976, Engel et autres c/ Pays-Bas, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72

CEDH, 27 février 1980, Deweer c/ Belgique, n° 6903/75

CEDH, 23 juin 1981, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique, n° 6878/75; 7238/75

CEDH, 21 février 1984, Oztürk c/ Allemagne, n° 8544/79

CEDH, 28 juin 1984, Campbell et Fell c/ Royaume-Uni, n° 7819/77 et 7879/77

CEDH, 22 octobre 1984, Sramek c/ Autriche, n° 8790/79

CEDH, 30 novembre 1987, H. c/ Belgique, n° 8950/80

CEDH, 29 avril 1988, Belilos c/ Suisse, n° 10328/83

CEDH, 22 mai 1990, Weber c/ Suisse, n° 11034/84

CEDH, 27 août 1991, Demicoli c/ Malte, n° 13057/87

CEDH, 28 mars 1992, Editions Périscope c. France, n° 11760/85

CEDH, 24 février 1993, Fey c/ Autriche, n° 14396/88

CEDH, 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, n° 14570/89

CEDH, 23 octobre 1995, Gradinger c/ Autriche, n° 15963/90

CEDH, 29 mai 2001, Fischer c/ Autriche, n° 37950/97

CEDH du 27 août 2002, Didier c/ France, n° 58188/00

CEDH, 10 février 2009, Zolotoukhine c/ Russie, n° 14939/03

CEDH, 11 juin 2009, Dubus c/ France, n° 5242/04

CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c/ Italie, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10

CEDH, 27 nov. 2014, Lucky Dev c/ Suède, n° 7356/10

CEDH, 30 avril 2015, Kapetanios c/ Grèce, n° 3453/12, n° 42941/12 et n° 9028/13

B. En Droit français

ACP, Commission des sanctions, 13 mai 2011, n° 2010-06 bis

ACP, Commission des sanctions, 10 janvier 2013, n° 2012-04

Cass. ass. plén., 5 févr. 1999, Oury, n° 97-16.440 et 97-16.441

Cass. com., 25 février 2014, n° 13-18871 QPC

Cass. crim., 20 juin 1996, n° 94-85.796

Cass. crim., 1er mars 2000, n° 99-86.299
Cass. crim., 28 janvier 2009, n° 07-81674
Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-10.965
Cass. crim., 22 janvier 2014, n° 12-83.579
Cass. crim. 17 déc. 2014, n° 14-90.042 et n° 14-90.043
Cass. crim. 28 janv. 2015, n° 14-90.049
Commission de régulation de l'énergie, délibération du 19 juillet 2012 portant avis sur le projet d'arrêté relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité
Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC
Cons. const., 30 décembre 1987, n° 87-237 DC
Cons. const., 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC
Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC
Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC
Cons. const., 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, n° 96-378 DC
Cons. const., 1er juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, n° 2004-497 DC
Cons. const, 2 décembre 2011, Banque populaire Côte d'Azur, n° 2011-200 QPC
Cons. const., 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre, n° 2012-280 QPC
Cons. const., 5 juillet 2013, Société Numéricâble SAS et autre, n° 2013-331 QPC
Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC
Cons. const., 18 mars 2015, n° 2015-462 QPC
CE, Avis contentieux, 31 mars 1995, Ministre du budget c/ SARL Autoroute-Industrie Méric
CE, 4 mai 1998, Société de bourse Patrice Wargny, n° 164294
CE, ass. 3 décembre 1999 Didier, n° 207434
CE, 22 juin 2001, Société Athis, n° 193392
CE, 11 juin 2003, Électricité de France et Société nationale *d'électricité et de thermique*, n° 240512
CE, 30 juillet 2003, Houlle, n° 232238
CE, 30 juillet 2003, Sté Dubus SA, n° 240884
CE, Sect., 27 février 2004, Mme Popin, n° 217257
CE, Avis n° 371558 du 8 septembre 2005

CE, 27 octobre 2006, Parent, n° 276069, n° 277198 et n° 277460

CE, 30 mai 2007, Société Europe finances et industries, n° 293408 et n° 288538

CE, 25 juillet 2007, Société Dubus, n° 266735

CE, 26 juillet 2007, Global Equities, n° 293908, n° 293626, n° 293627 et n° 293624

CE, 26 mai 2008, Société Norelec, n° 288583

CE, 8 novembre 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*, n° 329384

CE, 23 décembre 2011, Fédération française des installateurs électriciens, n° 316596

CE, 30 janvier 2013, Caisse de crédit municipal de Toulon, n° 347357

CE, 25 juillet 2013, n° 366640 QPC

CE, 11 avril 2014, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE), n° 365219

CE, 11 juin 2014, TowerCast, TD5 et Multiplexe R5 contre Arcep, n° 363920

CE, 30 janvier 2015, Région Provence-Alpes-Côte d'Azur, n° 374022

CE, 21 mars 2016, Société Fairvesta International GmbH et autres, n° 368082, 368083 et 368084

CE, 21 mars 2016, Société NC Numéricable, n° 3900023

CE, 20 juin 2016, *Fédération française des sociétés d'assurances*, n° 384297

Conseil de la concurrence, avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes

Conseil de la Concurrence, Avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports

Autorité de la Concurrence, Avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français

Autorité de la concurrence, Avis n° 14-A-05 du 27 février 2014 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar

TGI de Paris, 28 novembre 2013, Association des producteurs de cinéma, Syndicat de l'édition vidéo numérique et autres c. Yahoo, Bouygues Telecom, Free, Google et autres

TGI Paris, 11e ch. corr., 20 nov. 2014, affaire dite Oberthur

TGI Paris, 11e ch. corr., 26 sept. 2014, affaire dite Péchiney bis

TGI Paris, 11e ch. corr., 4 juin 2014, affaire dite Altran

C. En Droit étranger

Allemagne :

Cour constitutionnelle allemande, 31/10/1990, Ausländerwahlrecht zu den Hamburger Bezirksversammlungen, Aff. 2-BvF 3/89

Cour constitutionnelle allemande, 24/05/1995, Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein, Aff. 2-BvF 1/92

Cour constitutionnelle allemande, 3/06/2009, Vertrag von Lissabon, Aff. 2-BvE 2/08

Cour constitutionnelle allemande, 22 aout 2012, Aff. 1 BvR 199/11

Cour fédérale administrative allemande, 17 aout 2011, Aff. 6 C 15.10, 45.10 et 20.11

Belgique :

Conseil d'Etat belge, section de la législation, avis n° 27.994/4 du 9 juillet 1998, sur le projet devenu arrêté royal du 17 juillet 1998 portant des dispositions complémentaires relatives à la réforme des structures de gestion de l'aéroport de Bruxelles national

Cour constitutionnelle belge, 31 mai 2011, n° 97/2011

Etats-Unis :

Cour Suprême, Wayman v. Southard, 1825

Cour Suprême, Marshall Field & Co. v. Clark, 1892

Cour Suprême, ICC v. Goodrich Transit Co., 1912

Cour Suprême, J.W. Hampton, Jr., & Co. v. U.S., 1928

Cour Suprême, Panama Refining Co. v. Ryan, 1935

Cour Suprême, A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. U.S., 1935

Cour Suprême, Touby v U.S., 1991

Finlande :

Tribunal d'instance d'Helsinki, 29 octobre 2012, IFPI v. Elisa Corporation, Aff. n°2187

Italie :

AEEG, Délibération n° 243/2012/E/COM, 14/06/2012

AGCOM, délibération n° 662/06/CONS

AGCOM, Délibération n° 173/07/CONS, Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, 19 avril 2007

AGCOM, Deliberation n°452/13/CONS, 25/07/2013

CONSOB, Délibération n° 18750, adoptant le Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob, 19/12/2013

Cour de cassation italienne, 10 novembre 2014 n° 3333

Cour de cassation italienne, Sezione Prima, 3 mars 2001, n° 3132

Tribunal de Rome IX sezione civile, sezione specializzata in material di Proprietà Intellettuale, Sentenza Yahoo!, 16/11/2011

Lettonie :

Conseil national des médias électroniques de Lettonie, décision n°95 du 3 avril 2014, Par programmas "Rossija RTR" *retranslācijas ierobežošānu Latvijas teritorijā*

Luxembourg :

CE du Luxembourg, avis du 21 mars 2000 sur le projet de loi relatif à l'organisation du marché de l'électricité

CE du Luxembourg, avis du 16 mars 2004 sur le projet de loi relative à la concurrence, doc. parl. n° 5229

Cour administrative du Luxembourg, avis du 29 octobre 2009 sur le projet de loi portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure y applicable en matière d'échange de renseignements sur demande, doc. parl. n° 6072

Pays-Bas :

College van Beroep voor het bedrijfsleven, 29/06/2010, EnergieNed and VEMW v. Raad van Bestuur van de NMa

Cour d'appel de La Haye, 28 janvier 2014, Ziggo & XS4ALL v. BREIN, ECLI:NL:GHDHA:2014:88

Royaume-Uni :

Haute cour d'Angleterre et du pays de Galles, 28 février 2013, Emi Records and others v. British Sky Broadcasting Ltd and others, [2013] EWHC 379

Haute cour d'Angleterre et du pays de Galles, 2 mai 2012, Dramatico Entertainment et al v. British Sky Broadcasting et al, [2012] EWHC 1152

Haute cour d'Irlande, 13 juin 2013, EMI Records Ireland Ltd & ors v. UPC Communications Ireland Limited & ors, [2013] IEHC 274

Suède :

PTS, Krav på tydligare kartor för mobiltäckning, 02/04/2014

INDEX

A

Accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH), 236, 591, 645

Accountability, Voir Reddition des comptes

Accord interinstitutionnel, 34, 189, 210, 353, 354, **358-361**, 589

Agence de notation, 204, 213, 325, 330-331, 338

Agence de sécurité, 160, 190-193, 217, 348, 529, 535, 585

Agence décentralisée, **187-190**, 222, **358-361**
Agence exécutive, 186-187, 223

Allemagne (régulation en), 15-16, 22-23, 29 et s., 64-66, 95, **115-117**, **146-150**, 172, 180, 192, 207, 215-216, 224, 247 et s., 288, 294, 295, 309 et s., 379 et s., 408-413, 421, 426 et s., 440-445, 451 et s., 467-468, 472, **487-492**, 504, 514-516, 525-526, 530-531, 535-536, 541, 544, 557, 565, 602, 612-619

Architecture de la régulation, 51-225

Associations de régulateurs, **168-175**, 185, 194, 208, 223, 317, 333

Audition des membres, 550, 557, **564-566**

Autorégulation, 14, 28, 57, 64, 67, 70, 115, 654-658

Autorité administrative indépendante, 19-21, 31-32, 516-520

Autorité européenne de surveillance (AES), 168, **194-199**, **201-206**, **210-214**, 221, **318-350**, 362, **366-372**, 373, 375, **431-434**, 439, 443, 457, 460, 468 et s., **507-512**, 527-529, 567 et s., **584-589**, 641, 657, 667

Autriche (régulation en), 100, 108, 180-181, 192, 233 et s., 264 et s., 280, 289-290, 294-295, 413-414, 421, 468, 473, **487-492**, 504, 515, 535, 590, 613, 622

Avis, 238-244, 316-321

B

Banque centrale européenne (BCE), 55, 134-135, 184, 194, **199-202**, 205, 206, **214-217**, 248, 325 et s., **402-405**, 409, 413, 420, 455, 469, 486, 534, 552-553, 603

Belgique (régulation en), 20, 87, **90-92**, **129-130**, 231, 233, **235-236**, 250, 256, 280 et s., 312, 416-417, 424-425, 440-445, 454 et s., 461-466, 471 et s., 494-495, 514-516, 569 et s.

Bonne gouvernance, 50, 186-187, 336, 37 et s.

Budget, **524-539**, **566-574**

Bulgarie (régulation en), 93-94, 111

C

Capture (risque de), 81, 121, 154, 377, **423-482**, **541-542**

Collégialité, 434-436

Comitologie, **161-168**, 170, 608

Concurrence (ouverture à la), 13-14, **23-28**, **56-69**, 85-86, **611-627**

Consultation (mécanismes de), 629, **635-642**

Coopération européenne, 161-171

Cour européenne des droits de l'Homme, Voir Droits de l'Homme

Croatie (régulation en), 94, 192, 246, 514

D

Danemark (régulation au), **75-77**, 84, 94, 181, 192, 260, 304, 396, 444, 516, 618, 624

Délégation de pouvoirs aux agences, **338-345**, **350-372**

Droits de l'Homme, 29, **262-310**, 667

E

Enchères, 180

Equilibre institutionnel, **343-345**, 351, 368

Espagne (régulation en), 21-22, 25, 68, **72-73**, 231, 242-243, 252, 256-257, 440 et s., **451-452**, 456-457, 462-463, 468-469, 471 et s., 514-515, 523 et s., 567 et s., 569, 579, 581

Etats-Unis (régulation aux), 17-18, **71-72**, 81, **362-366**, 369, 374, 404, 409, **658-659**, 663, 670

F

Finlande (régulation en), 84, 94, **110**, 180, 232, 421, 424-425, 437, 441, 444, 504, 516, 535, 620

France (régulation en), 18-19, 22, 43, 57, 66 et s., **101-111**, 118, 135, **141-144**, 158, 174, 214, 233 et s., 269 et s., 291, 295 et s., 312-314, 379, 383, 384, 390, 396, 409, 420, 426 et s., 438 et s., **516-520**, 523, 524, 526, 530, **533-543**, 562 et s., 579, 590 et s., 617 et s., 634 et s.

Fusion des autorités de régulation, 74-91, 101-111, 112-124, 126-140, 211-223

H

Harmonisation, 20 et s., 31 et s., 154 et s., 176-179, 181, 194, 206, 229 et s., 422 et s., 500 et s., 544, 618, 623, 668 et s.

Hongrie (régulation en), 94, 111, 294, 398, 409 et s., 425, 445, 454, 461, 486, 531, 539

I

Impartialité, 15, 25, 28, 84, 120, **262-287**, 337, 375, **383-389**, 399, 416, 417, 418, 419, 438, **459-482**, 492, 547, 587, 645, 664, 665

Indépendance fonctionnelle, **483-543**

Indépendance organique, **423-482**

Instructions, 242, **484-506**

Interrégulation, 67-68

Italie (régulation en), 21-22, 39, 66 et s., **82-84**, 86, 93 et s., **141-143**, 180 et s., 235 et s., **283-284**, 286 et s., 374, 389 et s., 427 et s., 433 et s., 461, 471, 476 et s., 514-515, 530 et s., 563, 566 et s., 591, 608, 613 et s., 622, 626, 632 et s., 640 et s.

J

Juridictionnalisation, **263-287**

L

Légitimité d'entrée, 547 et s.

Légitimité de sortie, 547, **599-627**

Légitimité procédurale, 547, 628-663

Lettonie (régulation en), 94, 100, 112, **118-125**, 192, 224, 277, 389, 421, 427, 442, 455, 458, 515, 535, 539, 668

Libéralisation, 13-14, 26 et s., 56, 64-66, 88 et s., 125, 153, 383-399, 609-618

Licence, 180

Ligne directrice, 238-244, 497-501, 507-510

Luxembourg (régulation au), 18, **72-73**, 94, **112-115**, 163, 172, 175, 192, 224, 260, 267, 277-278, 312, 389, 397, 421 et s., 455 et s., 514-516, 643 et s.

M

Malte (régulation à), 93-94, 111-112, 193, 266, 288, 421

Mécanisme de surveillance unique (MSU), 194-196, **199-202**, 205-206, **211-217**, 325 et s., 347, 354 et s., 409-410, 420, 470, 484 et s., 534, 671

P

Pays-Bas (régulation aux), 21-22, 25, 68, 88, **127-129**, 137, **212-213**, 279, 312, 425, 440, 451, 455, 464 et s., 491, 513, 516, 533, 553, 563, 615 et s., 670

Personnalité juridique, 511-524

Politisation, 58-59, 73, 101-105, 141-150, 202-211, 211 et s., 338 et s., 400-421, 423 et s., 484 et s., 516 et s., 552 et s., 559

Pologne (régulation en), 25, 84, 94, 231, 258, 329, 437, 441, 465, 473, 504, 530, 532, 563

Portugal (régulation au), 19, 66, 72, 84, 94, 181, 193, 231, 295, 310, 312, 389 et s., 426, 438 et s., 440, 442, **446 et s.**, 481, 484, 513, 516, 533, 544, 569, 583, 590, 613, 670

Postes, 51, 66, **74-75**, **88-89**, **615-627**

Pouvoir consultatif, **238-244**, **316-321**

Pouvoir contentieux, **253-261**, 262 et s., **327-337**

Pouvoir d'enquêtes, **251-252**

Pouvoir de décision individuelle, **245-248**, **322-323**

Pouvoir réglementaire, **230-238**, **338-349**

Principe ne bis in idem, 288-314

R

Rapport d'activités, 174, 531, **561-567**, 584-585, **591-594**

Recommandation, 155, 163, 167, 230 et s., 136 et s., 348, 350, 356, 438, 497-499, 506, 509

Reddition des comptes, 336, 341, 362, 365, 377, 380, 549 et s.

Règlement des différends, 122, 213, 253-257, 327 et s.

Règles de déontologie, 32, 474-482

Régulation par objectifs, 90-92, **126-150**, 211-217

Régulation sectorielle, 15,-16, 27, 43, 56 et s., 175, 193-195

Regulatory Negotiation, 658 et s.

Roumanie (régulation en), 19-21, 25, 66, 72, 94, 193, 424, 441, 445, 454, 461 et s., 482, 514, 532, 567, 596

Royaume-Uni (régulation au), 22, 27, 58-59, 88-89, 93 et s., 109-110, 132 et s., 144-146, 204-206, 207, 240, 246, 247, 255, 259, 260, 266, 274, 277-278, 280, 311 et s., 327, 341 et s., 366 et s., 391, 398, 399, 424, 440, 444, 450, 456, 468 et s., 487 et s., 513, 515, 522, 525, 530 et s., 555, 563, 578, 591-592, 605, 612 et s., 640 et s.

S

Sanction administrative, 259 et s.

Séparation des fonctions de poursuite et de jugement, 262-288

Séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, 383 et s.

Slovaquie (régulation en), 19, 94, 111, 288, 409, 449, 453 et s., 486, 505, 514, 620

Suède (régulation en), 66, 76, 84, 94, 216, 260, 290, 304, 389, 391-393, 424-425, 496, 516, 535, 605, 613, 617, 620, 630-632, 663

Système européen de supervision financière
(SESF), 195, **196-199**, 202, 203, 209 et s.,
420, 587

T

Transparence, 90-91, 107, 129, 131, 164, 169,
188, 248, 351, 375, 416, 452, 474 et s., 549,
561 et s., 624, 629-635

TABLE DES MATIERES

TABLE DES ABREVIATIONS	3
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION	13
I. L'objet de la recherche : l'autorité de régulation	16
A. L'absence de catégorie juridique de l'autorité de régulation en droit interne	17
1. Dans les législations nationales	17
2. Dans les catégories institutionnelles nationales	19
a. La catégorie juridique de l'autorité administrative indépendante	19
b. La diversité des catégories institutionnelles nationales	22
B. L'identification de l'autorité de régulation par le droit de l'Union européenne	23
1. L'identification de l'autorité de régulation nationale en droit de l'Union européenne	23
2. L'extension de la catégorie de l'autorité de régulation	26
II. L'objectif de la recherche : un modèle d'autorité de régulation	30
A. Ambitions de la recherche	30
1. La rationalisation des autorités de régulation	31
2. La recherche d'un noyau a minima ou d'un modèle d'autorité de régulation	34
B. Les caractéristiques du modèle d'autorité de régulation	36
III. Le champ et la méthode de la recherche : une étude comparée des secteurs des finances et des services publics en réseaux dans l'Union européenne	39
A. Champ de recherche	39
1. Champ disciplinaire	39
2. Champ matériel	42
B. La méthode comparatiste	44
Première partie	51
La construction d'un cadre structurel et fonctionnel rationalisé pour les autorités de régulation	51
Titre I	53
La nécessaire mutation de l'architecture des autorités de régulation	53
Chapitre 1	55
La transformation de l'architecture de l'autorité de régulation nationale : de l'autorité de régulation sectorielle à l'autorité de régulation intégrée	55
Section 1. La remise en cause progressive de la régulation sectorielle	56
I. Les limites de l'approche sectorielle face aux évolutions de la régulation	56
A. Dans les industries de réseaux : droit de la régulation ou droit de la concurrence ?	56
1. La généralisation de la régulation transversale par le droit de la concurrence	57
a. Le caractère supposé transitoire de la régulation sectorielle des réseaux	57

b. La difficulté persistante de l'accès aux réseaux _____	59
2. Le caractère pérenne de la régulation économique des réseaux _____	62
a. L'échec de la seule « régulation transversale » _____	62
b. L'insuffisance de la libéralisation des services publics en réseaux _____	65
c. L'évolution des objectifs de la régulation des industries de réseaux _____	66
d. La coexistence des régulations sectorielle et de la concurrence _____	67
B. A propos de la régulation financière : l'éclatement sectoriel comme source d'hétérogénéité et de complexité _____	69
1. L'évolution de l'objectif et de l'objet de la régulation financière _____	69
2. Le déclin de l'approche sectorielle de la régulation financière _____	71
II. La fusion des autorités de régulation sectorielle comme nouveau mouvement architectural de la régulation _____	74
A. Le critère économique et financier _____	74
1. La fusion des régulations des télécommunications et des postes en France _____	74
2. La fusion des régulations des banques et des assurances au Danemark _____	75
B. Le critère de la convergence des objets de la régulation sectorielle _____	77
1. La fusion d'autorités de régulation compte tenu de l'évolution des secteurs régulés _____	77
a. Le secteur de l'énergie _____	78
b. Le secteur des finances _____	80
2. La fusion d'autorités de régulation compte tenu de la porosité des secteurs régulés _____	83
C. Le critère de la convergence des finalités de la régulation sectorielle _____	87
1. La régulation selon les objectifs poursuivis _____	87
2. La régulation par objectifs dans le secteur des finances _____	90
Section 2. Le choix d'une architecture intégrée de l'autorité de régulation _____	92
I. Dans les industries de réseaux : des méga-régulateurs sectoriels à une autorité multisectorielle _____	92
A. Le regroupement controversé au sein d'un méga-régulateur du numérique _____	94
1. La convergence des régulations dans le secteur du numérique _____	94
a. La régulation des contenants et des contenus de l'audiovisuel et d'Internet _____	95
b. La convergence supposée des objets de la régulation des communications et de l'audiovisuel _____	97
2. La convergence des régulations du numérique en France _____	101
a. Un rapprochement entre le CSA et l'ARCEP longtemps envisagé mais jamais concrétisé _____	101
b. La difficulté de concilier objet et objectif de la régulation des communications et de l'audiovisuel _____	105
c. Les différentes possibilités de rapprochement entre le CSA et l'ARCEP _____	107
B. La fusion des régulateurs sectoriels des réseaux au sein d'une autorité multisectorielle _____	112

1. La diffusion du modèle du régulateur multisectoriel dans l'UE _____	112
a. L'Institut luxembourgeois de la régulation, pionnier de la régulation multisectorielle des réseaux _____	112
b. La Bundesnetzagentur, prototype allemand de la régulation multisectorielle des réseaux _____	115
c. La transposition du régulateur intégré letton : la Public Utilities Commission _____	118
2. Les éléments justifiant le recours à un régulateur multisectoriel des réseaux _____	120
II. Dans le secteur des finances : l'hypothèse du modèle de régulation financière par objectifs _____	126
A. « Twin Peaks : a Regulatory Structure for the New Century » _____	127
1. Le modèle de régulation financière par objectifs _____	127
2. La justification du recours à un modèle de régulation financière par objectifs _____	131
a. La séparation du « conduct of business » et de la « prudential supervision » _____	131
b. Le rapprochement des contrôles micro-prudentiels des banques, des assurances et des valeurs mobilières _____	133
c. Le rôle de la Banque centrale dans le rapprochement des supervisions micro et macro-prudentielles _____	139
B. Le rôle du pouvoir politique dans la diffusion du modèle de régulation financière par objectifs _____	141
1. Le pragmatisme et la consultation comme préludes à une réforme structurelle de la supervision financière _____	141
a. L'abandon du modèle sectoriel au profit du modèle par objectifs en France et en Italie _____	141
b. L'abandon du modèle intégré au profit du modèle par objectifs au Royaume-Uni _____	144
2. L'indécision politique comme frein à une réforme structurelle de la supervision financière _____	146
a. La remise en cause progressive du modèle intégré de supervision financière en Allemagne _____	147
b. L'impasse politique autour de la réforme structurelle à l'origine du statu quo _____	149
Chapitre 2 _____	151
La recherche d'un nouvel échelon européen de régulation : l'émergence de nouveaux acteurs _____	151
Section 1. Le besoin d'une réorganisation de la régulation européenne marquée par l'émergence de nouveaux acteurs _____	152
I. L'insuffisance d'une organisation dichotomique de la régulation européenne _____	152
A. La recherche d'un échelon plus efficace de la régulation européenne _____	152
1. Les théories traditionnelles de l'échelon optimal de la régulation _____	152
2. La solution à la cristallisation des rapports de force : la thèse de la différenciation _____	157
B. L'incapacité pour les acteurs traditionnels de construire un nouvel échelon de la régulation européenne _____	161
1. Le rôle variable de la comitologie dans la régulation européenne _____	161

a. Un rôle très limité dans la régulation des services publics en réseau _____	162
b. Un rôle plus important dans la régulation des secteurs financiers _____	165
2. L'activité encadrée des associations et réseaux de régulateurs _____	168
a. Les rassemblements informels, simples lieux d'échanges et de discussion _____	168
b. Les organisations institutionnalisées, acteurs délibératifs au service de la Commission _____	171
II. Le recours aux agences européennes dans l'architecture de la régulation économique et financière en Europe _____	176
A. Les enjeux et les difficultés de l'exercice d'une régulation intermédiaire par les agences européennes _____	176
1. Pallier les insuffisantes harmonisation et coopération de la régulation dans l'UE ____	176
a. L'insuffisante harmonisation des législations nationales _____	176
b. L'insuffisante coopération entre les Etats membres _____	179
2. La délicate insertion des agences dans l'architecture de la régulation européenne ____	183
a. L'impact sur les autorités de régulation nationales _____	183
b. L'impact sur les groupes de régulateurs _____	184
B. Les agences européennes, nouveaux acteurs de la régulation économique et financière	185
1. Les différents types d'agences européennes _____	186
a. Les agences exécutives _____	186
b. Les « autres agences » _____	187
2. Les agences européennes pour la régulation économique et financière _____	190
a. Le cas particulier des agences de sécurité _____	190
b. Les agences destinées à exercer la fonction de régulation économique et financière _	193
Section 2. Vers un renouvellement de l'architecture et du champ de compétences des agences européennes _____	195
I. La régulation financière européenne, premier pas vers un cadre global de la régulation européenne _____	195
A. Le cadre novateur de la régulation européenne du secteur des finances _____	196
1. Le Système européen de surveillance financière _____	196
2. Le Mécanisme de surveillance unique _____	199
B. La régulation européenne au croisement des enjeux juridiques, économiques et politiques _____	202
1. Des contraintes politiques au développement de la régulation financière européenne partiellement écartées _____	203
2. Des contraintes politiques persistantes au développement d'une régulation européenne des industries de réseaux _____	206
II. Les modèles nationaux de régulation comme source d'inspiration pour le nouveau architectural de la régulation européenne _____	211

A. L'hypothèse concrète d'une architecture de la régulation financière européenne par objectifs _____	211
1. La fusion souhaitée des autorités européennes de surveillance _____	211
2. La réorganisation nécessaire du MSU _____	214
B. L'hypothèse conceptuelle d'une architecture intégrée de la régulation des réseaux ____	217
1. L'option des mégarégulateurs sectoriels européens _____	218
2. La création d'une unique autorité européenne de régulation des réseaux _____	220
Conclusion du Titre I _____	224
Titre II _____	227
L'octroi de pouvoirs étendus au profit d'une plus grande efficacité _____	227
Chapitre 1 _____	229
A l'échelle nationale : la constitution d'un socle commun de pouvoirs _____	229
Section 1. L'exercice par les ARN de pouvoirs élargis mais encadrés _____	229
I. Des pouvoirs normatifs effectifs mais limités _____	230
A. L'exercice contesté du pouvoir réglementaire _____	230
1. Un pouvoir réglementaire restreint _____	230
2. Un pouvoir réglementaire en constante expansion _____	235
B. L'évolution des pouvoirs consultatifs : du pouvoir d'influence au « droit souple » ____	238
C. Le pouvoir de décision individuelle _____	245
II. Des pouvoirs de contrôle élargis mais soumis à des règles de procédure _____	248
A. Les pouvoirs d'enquête et d'investigation _____	249
1. L'accès à l'information _____	249
2. Le pouvoir d'investigation et les enquêtes _____	251
B. Les pouvoirs contentieux _____	253
1. Les mécanismes de résolution extrajudiciaires des litiges _____	253
a. Le règlement des différends _____	253
b. La médiation et l'arbitrage _____	257
2. Le pouvoir de sanction _____	259
Section 2. L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'exercice du pouvoir de sanction des ARN _____	262
I. Le respect des critères de l'article 6 de la CEDH : vers une juridictionnalisation des autorités de régulation _____	263
A. L'application de l'article 6 aux autorités de régulation _____	263
1. L'applicabilité de l'article 6 Conv. EDH aux autorités de régulation _____	264
2. L'article 6 Conv. EDH et la juridictionnalisation progressive des autorités de régulation en France _____	269
B. L'hypothèse d'un modèle procédural commun aux autorités de régulation _____	276
1. La séparation des fonctions comme modèle pour les autorités de régulation ? ____	276
2. Quelle organisation interne pour les autorités de régulation : efficacité vs. Droits de l'Homme _____	283

II. L'application du principe ne bis in idem : vers un aiguillage des sanctions _____	288
A. La difficile harmonisation du principe ne bis in idem en Europe _____	288
1. Les interprétations partiellement divergentes du principe ne bis in idem par les cours européennes _____	288
a. L'appréciation stricte par la CEDH _____	289
b. L'appréciation souple par la CJUE _____	292
2. Les difficultés d'application du principe ne bis in idem par le juge national _____	294
B. L'influence du principe ne bis in idem sur l'exercice du pouvoir de sanction des ARN _____	297
1. Le cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative prononcée par une ARN en France _____	297
2. Les solutions envisagées afin de résoudre la problématique du cumul des poursuites et des sanctions _____	302
a. L'hypothèse excessive de la disparition d'un type de sanction au profit d'un autre _____	303
b. L'hypothèse circonscrite au secteur boursier de l'unification des sanctions _____	306
c. L'hypothèse d'un aiguillage généralisé entre sanction administrative et sanction pénale _____	310
Chapitre 2 _____	315
A l'échelle de l'Union européenne : des pouvoirs en plein essor _____	315
Section 1. La nature des pouvoirs exercés par les agences européennes de régulation _____	316
I. L'accroissement progressif des pouvoirs consultatifs et de décision individuelle _____	316
A. Des pouvoirs consultatifs en expansion _____	316
1. Un pouvoir consultatif en vue d'une mission de coopération et de coordination _____	317
2. Une mission d'assistance technique en constante évolution _____	319
B. Des pouvoirs de décision individuelle en construction _____	322
1. L'expérience enrichissante du pouvoir de décision individuelle dans les secteurs financiers _____	323
2. L'exercice hétérogène de la fonction contentieuse _____	327
3. Les conséquences de l'exercice de pouvoirs décisionnels sur l'organisation interne des régulateurs européens _____	332
a. La nature de l'organe détenteur des pouvoirs décisionnels au carrefour d'un paradoxe _____	332
b. La création d'une juridiction spéciale de recours au sein du régulateur _____	336
II. Les difficultés liées à l'octroi d'un pouvoir réglementaire aux agences _____	338
A. Les clarifications bienvenues quant à l'exercice d'un pouvoir réglementaire par les agences _____	339
1. L'incapacité pour les agences de prendre des actes de portée générale _____	339
2. L'attribution d'un pouvoir réglementaire à l'AEMF _____	341
B. L'encadrement et la diffusion du pouvoir réglementaire _____	343
1. Le contrôle exercé sur le pouvoir délégué aux agences _____	343
2. La diffusion du pouvoir réglementaire auprès des agences de régulation _____	346

Section 2. La recherche de fondements juridiques d'une délégation de pouvoirs plus étendus aux agences _____	350
I. L'encadrement normatif de la délégation de pouvoirs _____	351
A. L'ambiguïté persistante de la délégation de pouvoirs dans les traités _____	351
B. Les solutions envisagées _____	354
1. La délicate modification du texte du Traité _____	354
2. Les espoirs déçus de l'accord interinstitutionnel sur les agences décentralisées ____	358
II. Les clarifications jurisprudentielles sur la délégation de pouvoirs aux agences ____	361
A. L'expérience de la délégation de pouvoirs aux Etats-Unis comme inspiration pour l'UE _____	362
1. La délégation de pouvoirs aux Etats-Unis _____	362
2. L'encadrement souple de la délégation de pouvoirs par la Cour Suprême _____	364
B. L'éclaircissement jurisprudentiel du fondement de la délégation de pouvoirs aux agences européennes _____	366
1. La sanctuarisation d'une délégation de pouvoirs en dehors de la lettre du Traité ____	366
2. L'assouplissement de l'encadrement de la délégation de pouvoirs aux agences ____	369
Conclusion du Titre II _____	373
Conclusion de la Première Partie _____	375
Seconde partie _____	377
L'indispensable mise en oeuvre des critères de la bonne gouvernance auprès des autorités de régulation _____	377
Titre I _____	379
L'indépendance, principale protection de l'efficacité du régulateur _____	379
Chapitre 1 _____	382
Les facteurs de l'indépendance des autorités de régulation _____	382
Section 1. Le fondement conjoncturel de l'indépendance : la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation _____	383
I. L'impact du droit de l'Union sur la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation _____	384
A. Le principe de séparation des fonctions de régulateur et d'opérateur _____	384
B. Du principe de séparation des fonctions aux autorités de régulation indépendantes ____	386
II. La relativisation de l'impact de l'UE sur la diffusion des régulateurs indépendants ____	390
A. Le choix national du recours à la régulation indépendante sans contrainte européenne	391
1. L'exemple suédois d'une libéralisation et d'une régulation indépendante dans le secteur des télécommunications _____	391
2. Les autres initiatives nationales de séparation des fonctions ou de création d'ARI ____	393
B. Un contexte international favorable à la libéralisation et à la régulation indépendante_	396
Section 2. Le fondement structurel de l'indépendance : la crédibilité et la cohérence dans l'exercice des fonctions de régulation _____	400
I. La nécessité d'un régulateur indépendant du pouvoir politique _____	400
A. La crédibilité du régulateur par la prévisibilité de ses décisions _____	401
1. Le besoin de crédibilité des banques centrales dans la conduite de la politique monétaire _____	402

2. Le risque de réglementation pesant sur les opérateurs _____	405
B. La crédibilité du régulateur par la neutralité de son action vis-à-vis du marché _____	407
II. La reconnaissance par le droit de l'UE de l'indépendance des régulateurs à l'égard du pouvoir politique _____	410
A. La reconnaissance par le juge de l'indépendance des régulateurs à l'égard du pouvoir politique _____	410
B. La reconnaissance par le droit dérivé de l'indépendance des régulateurs à l'égard du pouvoir politique _____	415
1. La limitation du nombre d'organes pouvant exercer les fonctions de régulation _____	415
2. L'indépendance à l'égard de tout organe politique ou entité publique _____	418
Chapitre 2 _____	422
La mesure de l'indépendance des autorités de régulation _____	422
Section 1. L'indépendance organique en voie d'harmonisation _____	423
I. Le caractère composite de l'indépendance organique à l'égard du pouvoir politique _____	423
A. L'hétérogénéité des règles de composition et de nomination _____	423
1. Les règles de nomination des membres _____	423
a. La désignation par le seul pouvoir exécutif _____	424
b. La désignation par les pouvoirs exécutif et législatif _____	426
c. La désignation partagée entre le pouvoir politique et la société civile _____	428
d. L'inter-indépendance variable dans la composition des agences européennes de régulation économique et financière _____	431
2. Les caractéristiques des organes décisionnels _____	434
a. La collégialité des organes _____	434
b. La compétence des membres _____	438
B. L'uniformisation progressive des règles d'indépendance liées à l'exercice du mandat _____	443
1. La durée du mandat et son renouvellement _____	443
2. L'irrévocabilité des membres des ARN _____	449
II. Les garanties de l'indépendance organique à l'égard des intérêts privés en voie de développement _____	460
A. Le renforcement nécessaire des règles d'incompatibilités _____	460
1. Les incompatibilités professionnelles durant le mandat _____	461
2. Les incompatibilités professionnelles par anticipation _____	470
3. Les incompatibilités patrimoniales _____	472
B. Le recours accru aux règles de déontologie _____	475
1. La déclaration d'intérêts _____	476
2. L'obligation de se déporter _____	479
Section 2. L'indépendance fonctionnelle en cours de généralisation _____	484
I. L'affirmation de l'indépendance dans la prise de décision _____	484
A. L'indépendance des ARN dans leur prise de décision _____	484
1. La consécration de l'indépendance vis-à-vis des Etats membres _____	485

a. L'exercice des compétences des ARN à l'abri de toute instruction _____	485
b. La prise de décision par les ARN à l'abri de toute ingérence _____	493
2. La persistance d'une dépendance vis-à-vis de la Commission _____	498
a. L'encadrement en amont par la Commission des décisions des ARN _____	498
b. L'encadrement en aval par la Commission des décisions des ARN _____	503
B. L'indépendance fonctionnelle des agences décentralisées _____	508
1. L'exercice des compétences des agences à l'abri des instructions _____	508
2. L'évolution souhaitable du rôle des agences de l'Union européenne dans l'indépendance fonctionnelle des ARN _____	510
II. L'impulsion globale en faveur de l'indépendance de gestion et de fonctionnement ____	512
A. L'octroi fréquent de la personnalité juridique aux régulateurs _____	512
1. L'état du droit dérivé et des législations nationales _____	512
a. La référence à la personnalité juridique dans le droit dérivé _____	513
b. La personnalité juridique octroyée aux régulateurs nationaux _____	515
2. La justification de l'attribution de la personnalité juridique aux autorités de régulation _____	517
a. La personnalité juridique au cœur du débat doctrinal en France _____	517
b. Les inconvénients et les avantages de l'attribution de la personnalité juridique _____	521
B. L'indépendance dans le fonctionnement du régulateur en lien avec la suffisance des ressources _____	525
1. La libre gestion des ressources financières et humaines _____	525
a. L'autonomie de gestion budgétaire _____	526
b. L'obtention de ressources humaines suffisantes _____	529
2. L'indépendance financière en débat _____	534
a. Un mouvement global en faveur du financement par des ressources propres _____	535
b. Le recours aux ressources propres comme solution aux problématiques de financement des régulateurs _____	538
Conclusion du Titre I _____	545
Titre II _____	547
La quête de la légitimité, nouvelle source de crédibilité du régulateur _____	547
Chapitre 1 _____	549
La recherche d'une légitimité d'entrée des autorités de régulation par la reddition des comptes _____	549
Section 1. La mise en place d'une reddition des comptes par les autorités de régulation ____	551
I. La nature de la reddition des comptes des autorités de régulation _____	551
A. La nécessité d'une reddition des comptes devant le pouvoir législatif _____	552
1. La défiance du pouvoir politique à l'égard des régulateurs : légitimité vs. indépendance _____	552
2. L'organisation de la reddition des comptes devant les parlementaires _____	555

B. Une difficulté supplémentaire dans l'UE : le problème de la reddition des comptes des régulateurs européens _____	557
II. Les moyens pour le pouvoir politique de superviser l'action des régulateurs _____	561
A. L'examen de l'activité des régulateurs _____	561
1. L'analyse du rapport annuel _____	561
2. La possibilité d'auditionner les membres des autorités _____	564
B. La responsabilité budgétaire : entre contrôle et reddition des comptes _____	566
1. L'encadrement a priori par la procédure budgétaire annuelle _____	566
2. Le contrôle budgétaire a posteriori _____	569
3. Le difficile encadrement budgétaire des régulateurs autofinancés _____	572
Section 2. Le renforcement de la reddition des comptes devant le pouvoir législatif _____	575
I. L'encadrement en amont de l'action des régulateurs _____	576
A. Le renforcement de la légitimité des membres _____	576
B. L'encadrement prospectif : la rédaction d'un programme de travail _____	581
II. L'évaluation en aval de l'action des régulateurs par les parlementaires _____	583
A. L'insuffisance de la reddition des comptes ex post des régulateurs européens _____	584
1. Des rapports annuels et des auditions peu contraignants _____	584
2. L'hétérogénéité des évaluations menées par la Commission _____	586
B. Quelques pistes pour une reddition des comptes ex post effective _____	590
1. Le contenu du rapport annuel en lien avec les objectifs de l'autorité _____	590
2. L'utilisation d'indicateurs d'activité pour analyser l'efficacité de l'ARN _____	592
3. Une véritable reddition des comptes par des auditions systématiques _____	595
Chapitre 2 _____	598
Les formes alternatives de légitimité comme sources d'une légitimité propre aux autorités de régulation _____	598
Section 1. La recherche de la performance des autorités de régulation : la légitimité de sortie _____	599
I. La recherche de la performance, vecteur de légitimité de la régulation _____	600
A. La justification du recours à la légitimité de performance _____	600
1. L'insuffisance de l'accountability pour légitimer l'action des autorités de régulation _____	601
2. La légitimité de performance comme complément à l'indépendance des régulateurs _____	602
B. L'hypothèse de l'évaluation de la légitimité de sortie des autorités de régulation _____	604
1. Les difficultés méthodologiques de l'évaluation de la légitimité de sortie _____	605
2. L'évaluation de l'action des régulateurs par les acteurs de la régulation _____	606
II. La légitimation des autorités de régulation par leurs résultats _____	609
A. L'insuffisante ouverture à la concurrence dans la plupart des secteurs des réseaux _____	611
1. L'état des lieux de l'ouverture à la concurrence dans les services publics en réseaux _____	611
2. Les raisons de l'ineffectivité de l'ouverture à la concurrence dans les secteurs de l'énergie, des transports et des postes _____	616
B. Une inégale protection du consommateur selon les secteurs _____	619
1. La protection du consommateur par la fonction de garantie de la régulation _____	619

2. La protection du consommateur par la fonction de distribution de la régulation _____	623
Section 2. L'intervention directe des parties prenantes dans l'activité de l'autorité de régulation : la légitimité de participation _____	628
I. L'information et la consultation comme premiers moyens de légitimer des autorités de régulation _____	629
A. La légitimité par la transparence : la diffusion de l'information _____	629
1. L'obligation d'informer sur l'action du régulateur _____	629
2. L'explication et la justification de l'action du régulateur _____	632
B. La légitimité par le recours aux mécanismes de consultation _____	635
1. Obligation et liberté de recourir aux mécanismes de consultation _____	635
a. L'obligation de consulter _____	636
b. La liberté de consulter _____	637
2. Les différents mécanismes de consultation _____	639
a. Les mécanismes de consultations internalisées _____	640
b. Les mécanismes de consultations externalisées _____	642
II. Réinventer la participation directe du citoyen à la procédure de décision _____	646
A. Les limites des processus actuels de consultation _____	647
1. Un recours aux consultations largement à la discrétion du régulateur _____	647
2. Les critiques adressées aux différentes méthodes de consultations _____	649
a. Les critiques adressées aux consultations internalisées _____	649
b. Les critiques adressées aux consultations en ligne _____	651
B. Renouveler les sources de la légitimité de la régulation par la participation _____	654
1. L'utilisation adéquate de la régulation privée _____	654
2. L'inspiration américaine de la Regulatory Negotiation _____	658
3. Propositions pour re-légitimer les autorités de régulation dans leur prise de décision _____	660
Conclusion du Titre II _____	664
Conclusion de la Seconde Partie _____	665
CONCLUSION GENERALE _____	667
TABLE DES ANNEXES _____	679
Bibliographie _____	743
Index _____	833
Table des matières _____	837

Recherche sur un modèle d'autorité de régulation dans l'Union européenne dans les secteurs économiques et financiers

Résumé :

Au cours des deux dernières décennies, des autorités chargées de la régulation de secteurs aussi divers que l'énergie, les postes, les communications électroniques, les transports, la banque, l'assurance et les valeurs mobilières se sont multipliées aussi bien à l'échelle nationale qu'à l'échelle de l'Union européenne. Contraint par le droit dérivé, ou libre, à des fins d'impartialité et de crédibilité, ce mouvement européen de création des autorités de régulation n'est toutefois pas sans poser un certain nombre de difficultés. Qu'il s'agisse de la structure des autorités, de l'étendue de leurs pouvoirs, de leur degré d'indépendance ou de leur quête de légitimité, les solutions retenues pour institutionnaliser la régulation varient fortement d'un Etat à l'autre, cette diversité nuisant grandement à l'unité de cette catégorie juridique. Malgré l'absence de régime uniforme, des finalités communes animent pourtant ces autorités : encadrer, contrôler, sécuriser et protéger. Au regard des différentes expériences nationales et européennes, cet état de fait amène alors à s'interroger sur la possibilité et l'opportunité de construire un modèle d'autorité de régulation dans les secteurs des services publics en réseaux et des finances dont les Etats et l'Union européenne pourraient s'inspirer.

Mots clefs français : Autorité de régulation ; Etat ; Union européenne ; Services publics en réseaux ; Secteur des finances ; Modélisation ; Harmonisation ; Structure ; Pouvoirs ; Indépendance ; Légitimité.

Research on a regulatory authority model in the European Union in the economic and financial sectors

Abstract :

Over the past two decades, the authorities in charge of the regulation of sectors as diverse as Energy, Postal services, Electronic communications, Transports, Banking, Insurance and Securities have increased on a national level as well as on an European level. Imposed by Legislation, or free, in order to obtain impartiality and credibility, this European movement of creation of regulators can face some difficulties. Whatever the structure of these authorities, the extent of their powers, their degree of independence or their quest for Legitimacy, the solutions adopted to institutionalise regulation vary widely from a State to another, this diversity greatly affects the unity of this legal category. However and despite the absence of any harmonised framework, a common purpose animates these authorities which is to supervise, monitor, secure and protect. Due to different national and European experiences, this established fact raises issues about the possibility and also the opportunity of building a regulatory authority model in network utilities and in financial sectors that could guide the States as well as the European Union.

Keywords : Regulatory authority ; State ; European Union ; Network utilities ; Financial sector ; Model ; Harmonisation ; Framework ; Powers ; Independence ; Legitimacy.

Unité de recherche/Research unit : Centre de recherches sur le Droit et les perspectives du droit
Ecole doctorale/Doctoral school : Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place
Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, <http://edoctore74.univ-lille2.fr>
Université/University : Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>