

**LE POUVOIR DE SANCTION DES AUTORITÉS DE RÉGULATION :
VERS LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT À L'INAPPLICATION DU DROIT
AU PROFIT DES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES ?**

Christos KALOUDAS¹

Résumé

L'étude du pouvoir de sanction des autorités de régulation sous le prisme du concept d'inapplication du droit implique d'opérer deux distinctions essentielles. D'abord, il convient de distinguer entre le prononcé ou non d'une sanction (la sanction elle-même) et la procédure de sanction. Ensuite, il faut distinguer entre inapplication du droit « de fait » et inapplication du droit « de droit ». L'inapplication du droit « de fait » en matière de régulation est liée à la pratique des autorités de régulation quant au prononcé effectif ou non des sanctions. En effet, dans la mesure où certaines autorités de régulation sanctionnent moins que les autres, il se pose la question de savoir si ce fait pouvait conduire les opérateurs relevant de leur champ de compétence à ne pas appliquer les règles dont ils sont les destinataires. En revanche, la problématique de l'inapplication du droit « de droit » est liée à la procédure de sanction : la mise en demeure, partie intégrante des dispositifs de sanction en matière de régulation, est un mécanisme prévu par le droit lui-même, qui laisse une certaine place à l'inapplication du droit. Or, cette inapplication n'est que temporaire et s'inscrit dans l'objectif de renforcer l'efficacité du pouvoir de sanction des autorités de régulation.

Abstract

Studying the sanctioning power of sectoral regulatory authorities through the prism of non-application of law implies making two essential distinctions. Firstly, it is necessary to distinguish between the decision pronouncing a sanction (the sanction itself) and the procedure of sanction. Secondly, a clear distinction has to be made between non-application of law «de facto» and non-application of law «de jure». On the one hand, the concept of non-application of law «de facto» is linked, in the area of sectoral regulation, to the practice of regulatory authorities in the field of sanctions. Given that some regulatory authorities impose less sanctions than others, the question

1 Docteur en droit de l'Université Paris II.

arises as to whether this fact could offer to operators falling under the scope of those authorities the choice of non-application of rules that apply to them. On the other hand, the question of non-application of law «de jure» is linked to sanction procedure : formal notice procedure, which forms a necessary part of sanction procedure in sectoral regulation, is a mechanism provided for by law itself, which leaves space however for non-application of law. Nevertheless, this lack of application is only temporary and contributes to achieving the objective of strengthening the efficiency of the sanctioning power that hold sectoral regulatory authorities.

Le titre de la présente contribution se veut provocateur : d'un côté est évoqué le pouvoir de sanction des autorités de régulation, pouvoir qui est censé ne laisser a priori aucune place à l'inapplication du droit. Lorsqu'une autorité se voit attribuer un pouvoir de sanction, c'est pour pouvoir, le moment venu, punir et, de ce fait, dissuader. En somme, pour assurer l'application effective du droit. De l'autre côté, une allusion est faite à un quelconque « droit » à l'inapplication du droit au profit des opérateurs économiques, allusion qui pourrait surprendre.

En effet, si le propre du pouvoir de sanction est d'assurer l'application effective du droit, comment pourrait-on envisager l'hypothèse d'un « droit » même à l'inapplication du droit au profit d'une personne concernée par un dispositif de sanction ? Ne serait-il pas problématique de mettre dans une même phrase la sanction et l'inapplication du droit, en faisant de l'inapplication du droit un « droit » même, émanant du pouvoir de sanction lui-même ?

Il convient d'abord d'apporter quelques précisions terminologiques, avant de tenter de répondre à toutes ces questions. Aux fins de cette présentation, sous le terme « autorités de régulation » seront entendues celles qui ont pour mission d'encadrer l'activité des opérateurs au sein d'un secteur économique donné. Il s'agit des autorités de régulation sectorielles, de ces organismes qui, revêtant la forme d'autorités administratives ou d'autorités publiques indépendantes, sont compétents pour réguler un marché donné. C'est notamment le cas des trois autorités dont la compétence consiste à réguler les marchés des services en réseau : l'Arcep, la CRE et l'Arafer.

Or, l'analyse sera enrichie par des exemples tirés de l'activité de sanction de l'AMF, autorité de régulation économique qui est très active en matière de sanction, et du CSA. Ce choix s'explique par les enjeux particuliers que revêt l'exercice du pouvoir de sanction dans l'ensemble des secteurs économiques : le risque de sanction et la teneur estimée de celle-ci rentrent, dans ces secteurs, dans la stratégie des opérateurs, qui, en cas de sanctions inexistantes ou faibles par rapport à la violation commise, auraient intérêt à ne pas appliquer les règles régissant leur activité ou, en toute hypothèse, à moduler leurs choix en fonction du risque de sanction estimé.

Quant à l'Autorité de la concurrence, même si le Conseil d'État, dans l'arrêt *Numericable* du 21 mars 2016², l'assimile aux autorités de régulation économique, elle ne sera pas rangée parmi les autorités de régulation faisant partie de cette contribution. Nous resterons ainsi fidèles à l'idée

² CE, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023.

classique selon laquelle l'Autorité de la concurrence, autorité intervenant ex post, est compétente pour caractériser les comportements anticoncurrentiels et pour sanctionner leurs auteurs, à la différence des autorités sectorielles qui, intervenant ex ante, sont appelées à « déterminer le cadre dans lequel peuvent évoluer les opérateurs au regard des objectifs de régulation qui [leur] sont assignés par la loi, pour assurer le fonctionnement optimal du marché »³.

Ensuite, le concept d'inapplication du droit, dans le cadre duquel s'intègre la présente contribution, aurait, à notre sens, un contenu large. En effet, « inapplication du droit » signifierait non seulement « violation du droit », mais aussi « mise à l'écart » ou, tout simplement, « non-application » du droit, ne serait-ce que temporairement.

Dans un article consacré au régime des sanctions administratives prononcées par les autorités de régulation, Stéphane Hoynck réutilise une citation tirée du film *Sanjuro* du cinéaste Akira Kurosawa : « L'épée la plus puissante est celle qui reste dans son fourreau »⁴. Bien que *Sanjuro* soit un film de samouraï, il ne comprend pas plusieurs scènes de combats armés. Le protagoniste n'est pas un samouraï comme les autres. Il préfère convaincre par l'intensité de ses expressions que recourir aux armes, même s'il les manie parfaitement.

Dans le résumé qui accompagne le programme de la présente journée d'études est noté que : « [...] le fonctionnement normal du système juridique appelle le respect de l'obligation primaire ou le prononcé d'une sanction, chacune des branches de l'alternative manifestant sous une forme différente l'effectivité de l'ordre juridique »⁵. Effectivement, dans tout système normatif, la sanction est un instrument qui intervient ex post, après qu'une violation aura été commise, afin de réprimer son auteur. En sus de sa fonction répressive, la sanction a une finalité dissuasive : elle ne vise pas seulement à réprimer une inapplication du droit, voire une violation du droit déjà commise, mais également à contraindre tous les destinataires de la règle de droit à l'appliquer. Cette double fonction de la sanction, préventive et répressive, est perceptible dans tous les domaines d'activité couverts par un dispositif de sanction : aucune spécificité propre à la régulation n'est à remarquer à cet égard.

La particularité en matière de régulation réside plutôt dans la manière dont sont construites toutes les procédures de sanction et dans l'usage différencié que les autorités de régulation font de leur pouvoir de sanction. Le législateur a doté toutes ces autorités d'un pouvoir de sanction et tend progressivement à renforcer ce pouvoir⁶, ce qui devrait a priori avoir pour conséquence l'application effective, par les opérateurs, du droit applicable à leur activité. Or, l'observation de la pratique des autorités de régulation en matière de sanction ces dernières années fait apparaître leurs divergences quant au principe même ou à la fréquence du recours à la sanction : l'Arafer n'a émis aucune sanction à ce jour et la CRE n'a prononcé ses premières décisions de sanction que très récemment,

3 Arcep, *Lignes directrices. Partage de réseaux mobiles*, mai 2016, p. 3.

4 S. HOYNCK, « L'obscur clarté du régime des sanctions administratives prononcées par les autorités de régulation », *RJEP*, 2014, n° 724, rep. 10, p. 1-2, spéc. p. 2.

5 V. ici : <https://univ-droit.fr/actualites-de-la-recherche/manifestations/24338-l-inapplication-du-droit>.

6 Sur les évolutions récentes de la réglementation, renforçant ce pouvoir, v. Th. PEZ, « Les attributions des autorités de régulation économique », *RFDA*, 2017, n° 1, p. 42-56.

à la différence de l'Arcep qui a déjà sanctionné à quelques reprises depuis le rétablissement de son pouvoir de sanction ou de l'AMF qui sanctionne assez souvent et pour des montants élevés.

Mais si les autorités de régulation ne sanctionnent pas, comment faire en sorte que les opérateurs appliquent finalement les règles qui leur sont destinées ? Si les opérateurs savent à l'avance qu'ils ne seront pas sanctionnés lorsqu'ils n'appliquent pas le droit qui régit leur activité, ne seraient-ils pas tentés de le laisser inappliqué, voire de faire de cette non-sanction « de fait » un élément de leur stratégie ?

Par ailleurs, certains dispositifs en matière de sanction, comme la mise en demeure, semblent laisser une certaine place à la non-application du droit ou, au moins, à son application non-immédiate.

À l'inapplication du droit « de fait » due à la pratique des autorités de régulation, ne s'ajouterait-il pas, dans cette hypothèse, une forme d'inapplication du droit « de droit », dans le sens où elle serait au moins tolérée par le droit lui-même, au point de considérer que se construit un « droit » à l'inapplication du droit au profit des opérateurs ?

Pour répondre à cette question, il convient de mener une distinction qui nous semble fondamentale en matière de régulation : en effet, il faut bien distinguer, en l'espèce, entre le prononcé effectif d'une sanction (la sanction elle-même) et la procédure de sanction⁷. Le prononcé effectif d'une sanction est la dernière étape de la procédure de sanction. C'est la réponse des autorités de régulation aux opérateurs qui persistent à ne pas se conformer à telle ou telle obligation, malgré le rappel adressé dans le cadre de la phase de mise en demeure, étape en principe obligatoire avant le prononcé d'une sanction par les trois autorités de régulation sectorielles (CRE⁸, Arcep et Arafér).

La problématique de l'inapplication du droit « de fait » en matière de régulation est liée au prononcé effectif ou non des sanctions : si la pratique d'une autorité de régulation consiste à ne pas infliger des sanctions, il se pose la question de savoir si ce fait pourrait conduire les opérateurs à ne pas appliquer les règles dont ils sont les destinataires. En revanche, la problématique de l'inapplication du droit « de droit » est liée à la procédure de sanction : les différents dispositifs de sanction en matière de régulation prévoient des mécanismes laissant une certaine place à l'inapplication du droit, même si elle reste temporaire. L'inapplication du droit est, dans ce cas, une situation tolérée par le droit lui-même : elle résulte des règles régissant la procédure de sanction.

On verra que cette distinction entre pratique de sanction/ inapplication du droit « de fait » et procédure de sanction/ inapplication du droit « de droit » n'est pas absolue. Comme le prononcé effectif ou non d'une sanction dépend de l'issue de la procédure de sanction, on comprend que la non-sanction est loin d'être systématiquement une simple situation « de fait » due à la carence de l'autorité qui en est à l'origine : cette non-sanction peut notamment résulter de la conformité de

⁷ Sur cette distinction, v. Ch. LE BIHAN-GRAF et P. COURTADE, « La place de la sanction dans la pratique des autorités de régulation économiques sectorielles », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2018, n° 2, étude 3, notamment pts 4, 11 et 12.

⁸ La CRE peut sanctionner sans mise en demeure préalable en cas de non-respect d'une décision de règlement de différends (art. L. 134-28 du code de l'énergie) ou de manquement au règlement REMIT (art. L. 134-26 du code de l'énergie).

l'opérateur concerné à la mise en demeure qui lui a été adressée dans le cadre de la procédure de sanction, la mise en demeure permettant « juste » une inapplication temporaire du droit qui s'étale entre le moment où devait être remplie l'obligation initiale et la fin du nouveau délai donné par l'autorité de régulation à l'opérateur concerné dans la mise en demeure pour s'y conformer.

Ainsi, lorsqu'une procédure de sanction est déclenchée, la seule inapplication du droit vraiment envisageable est une inapplication temporaire, inapplication « de droit », dans la mesure où elle est tolérée par le dispositif de sanction lui-même. Si l'opérateur persiste à ne pas appliquer le droit, il devrait être sanctionné. Par conséquent, il ne faudrait pas penser que la pratique de non-sanction systématique de certaines autorités de régulation traduirait dans tous les cas une inertie de leur part qui rendrait inefficace leur pouvoir de sanction.

Malgré son caractère relatif, la distinction entre la pratique de (non-)sanction pouvant conduire à une inapplication du droit « de fait » et la procédure de sanction qui permettrait une inapplication du droit « de droit » sera placée au cœur de cette contribution. En effet, ce schéma refléterait, à notre sens, toute l'originalité du pouvoir de sanction des autorités de régulation et traduirait au mieux les rapports entre ce pouvoir et le concept d'inapplication du droit : partant des concepts d'inapplication du droit « de fait » et « de droit » tels qu'associés au pouvoir de sanction des autorités de régulation, quelqu'un pourrait légitimement penser qu'une sorte de « droit » à l'inapplication du droit serait en train de se construire au profit des opérateurs ; or, comme il a déjà été noté, une telle idée méconnaîtrait la réalité du pouvoir de sanction des autorités de régulation, qui est orienté avant tout vers la recherche de la conformité à la règle, cette conformité traduisant, même si elle intervient quelque peu tardivement, la restauration de l'équilibre sur le marché et, dès lors, la réussite de la régulation. C'est sous cet angle que doit être examinée la distinction entre pratique de (non-)sanction/ inapplication du droit « de fait » (Partie I) et procédure de sanction/ inapplication du droit « de droit » (Partie II).

I. La pratique des autorités de régulation en matière de prononcé des sanctions : vers une inapplication du droit « de fait » ?

Prérogative commune aux différentes autorités de régulation, le pouvoir de sanction n'est pas juste un complément de leur pouvoir de régulation, mais une composante à part entière de ce dernier. Les sanctions forment, avec les autorisations, les actes réglementaires et les actes de règlement des différends, ce que l'on qualifie dans nos travaux de thèse d'« actes administratifs unilatéraux de régulation »⁹, la notion d'acte administratif unilatéral étant entendue ici comme synonyme de la décision administrative, afin qu'elle se distingue de l'autre source normative de la régulation que sont les actes de droit souple, source qui devient de moins en moins autonome, au moins sur le plan contentieux, après les arrêts du Conseil d'État *Fairvesta* et *Numéricable*¹⁰.

⁹ Ch. KALOUDAS, *Les actes administratifs unilatéraux de régulation*, Thèse dactylographiée (dir. Y. GAUDEMET), Université Panthéon-Assas, 2016.

¹⁰ CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et a.*, n° 368082, 369083 et 368084 ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, *op. cit.*

Le meilleur moyen de comprendre comment chaque autorité de régulation appréhende son pouvoir de sanction est d'étudier ses rapports annuels. Ces rapports, qui sont disponibles sur les sites internet des différentes autorités de régulation, contiennent des informations précieuses sur leur activité normative, contentieuse et non-contentieuse. Ils permettent, entre autres, d'obtenir des éléments sur le nombre de sanctions adoptées au cours de l'année et, partant, de comprendre la pratique de chaque autorité. L'étude des rapports récents des autorités de régulation¹¹ fait apparaître une divergence importante entre elles en ce qui concerne le nombre de sanctions effectivement prononcées.

En effet, alors que le législateur a doté toutes les autorités de régulation d'un pouvoir de sanction (A), celles-ci ne prononcent pas des sanctions avec la même fréquence (B), ce qui pourrait laisser penser que dans les secteurs où les taux de sanction effective sont minimes ou inexistantes, pourrait émerger une sorte d'inapplication du droit « de fait », initiée par la pratique des autorités de régulation.

A. Une convergence des pouvoirs : le pouvoir de sanction, une prérogative commune aux autorités de régulation

Le champ du pouvoir de sanction des autorités de régulation est limité au secteur qu'elles sont appelées à réguler. Les sanctions qu'elles prononcent peuvent être pécuniaires ou « matérielles » conduisant, par exemple, au retrait d'une licence délivrée par telle ou telle autorité. Les plafonds des sanctions pécuniaires susceptibles d'être prononcées sont déterminés par référence au chiffre d'affaires des opérateurs concernés. Ces plafonds ne sont pas les mêmes pour toutes les autorités de régulation.

Le pouvoir de sanction de l'Arcep est défini dans les articles L. 5-3 du code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE ») en ce qui concerne le secteur postal et dans l'article L. 36-11 du CPCE concernant le secteur des communications électroniques. La loi pour une République numérique¹², dite « loi Lemaire », a renforcé le pouvoir de l'Arcep en matière de contrôle de la qualité du service universel, en augmentant les sanctions qu'elle peut infliger à l'opérateur du service universel lorsqu'il ne se conforme pas à ses obligations¹³. Cette loi a également institué un nouveau type de pouvoir au profit de l'Arcep en matière de sanction : lorsqu'il y a un risque caractérisé qu'un opérateur ne respecte pas ses obligations à l'échéance initialement fixée, l'Arcep peut le mettre en demeure de s'y conformer par anticipation. Ce pouvoir de mise en demeure « anticipée » est notamment important « [...] pour permettre d'assurer l'effectivité d'obligations s'inscrivant dans la durée et assorties d'échéances [...] »¹⁴.

11 Ces rapports sont disponibles en ligne sur les sites internet des autorités. Pour l'Arcep : <https://www.arcep.fr/larcep/les-rapports-publics-dactivite-de-larcep.html> ; en ce qui concerne la CRE : <https://www.cre.fr/Documents/Publications/Rapports-d-activite> ; pour l'Arafer : <https://www.arafer.fr/rapports-dactivite/> ; concernant l'AMF : <https://www.amf-france.org/Publications/Rapports-annuels/Rapports-annuels-de-l-AMF/Dernier-publie> et pour le CSA : <https://www.csa.fr/Informer/Informations-publiques-et-ressources-humaines/Les-rapports-annuels-et-bilans-du-CSA>.

12 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

13 Pour une présentation synthétique des modifications apportées par cette loi au pouvoir de sanction de l'Arcep, v. Th. PEZ, « Les attributions des autorités de régulation économique », *op. cit.*, pt 49.

14 Arcep, Avis n° 2015-1316 du 12 novembre 2015 relatif au projet de loi pour une République numérique, *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

En matière d'énergie, le Comité de règlement des différends et des sanctions (ci-après « CoRD*S* ») de la CRE dispose du pouvoir de sanctionner différents manquements mentionnés dans le code de l'énergie. En effet, une procédure de sanction peut être ouverte dans le cas d'un manquement prévu aux titres I et II du livre I (respectivement : « Les principes régissant les secteurs de l'énergie » et « Les obligations de service public et la protection des consommateurs »), ainsi qu'aux livres III et IV du code de l'énergie (respectivement : « Les dispositions relatives à l'électricité » et « Les dispositions relatives au gaz »)¹⁵. Par ailleurs, le CoRD*S* est compétent pour sanctionner des manquements répétés aux règles d'indépendance¹⁶ et des abus du droit d'ARENH¹⁷. En outre, depuis la loi n° 2013-312 du 15 avril 2013, son pouvoir de sanction s'étend aux manquements au règlement européen du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence des marchés de gros (REMIT)¹⁸. Finalement, le CoRD*S* peut réprimer le non-respect d'une décision de règlement des différends¹⁹.

Les sanctions pécuniaires prononcées par le CoRD*S* peuvent atteindre, dans la plupart des manquements, 8 % du chiffre d'affaires de l'opérateur concerné, porté à 10 % en cas de nouvelle violation de la même obligation²⁰.

Concernant les marchés ferroviaire et autoroutier, l'Arafer peut sanctionner, entre autres²¹, les manquements d'un gestionnaire d'infrastructure, d'un exploitant d'installation de service, de la SNCF, d'une entreprise ferroviaire ou d'un autre candidat, aux obligations leur incombant au titre de l'accès au réseau ou de son utilisation, ainsi que les violations de l'obligation de communication de documents et d'informations²².

Les sanctions pécuniaires prises par l'Arafer ne peuvent pas excéder 3 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos réalisé en France par l'entreprise sanctionnée, porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation.

Si toutes les autorités de régulation disposent d'un pouvoir de sanction, elles n'y ont pas recours à la même fréquence, cette divergence ne nous paraissant pas pouvoir être justifiée par une quelconque particularité de leur secteur d'intervention. Il semblerait a priori logique de croire que lorsqu'une autorité de régulation ne sanctionne pas ou lorsqu'elle sanctionne peu, elle ne réussirait pas à inciter suffisamment les opérateurs relevant de son champ d'action à appliquer le droit. Le réconfort des opérateurs induit par cette « indulgence » ne donnerait-il pas lieu, dans cette hypothèse, à une inapplication du droit ou, tout au plus, à son application sélective ?

15 Code de l'énergie, art. L. 134-25, al. 1.

16 Code de l'énergie, art. L. 134-25, al. 2.

17 Code de l'énergie, art. L. 134-26.

18 Code de l'énergie, art. L. 134-25, al. 3.

19 Code de l'énergie, art. L. 134-28.

20 Code de l'énergie, art. L. 134-27.

21 Pour une présentation complète des cas d'ouverture de sanction par l'Arafer, v. ici : <https://www.arafer.fr/dossiers-thematiques/la-procedure-de-sanction/>.

22 Code des transports, art. L. 1264-7 à L. 1264-10.

B. Une divergence dans la pratique de sanctions : la non-sanction, source d'inapplication du droit « de fait » ?

Appliqué aux autorités de régulation, le concept d'inapplication du droit implique de les envisager sous l'angle de leur pratique en matière de sanction. La lecture comparée de leurs récents rapports publics annuels fait apparaître d'importantes différences parmi ces autorités quant au nombre de sanctions adoptées. Ainsi, si elles partagent le fait d'avoir un pouvoir de sanction, elles divergent concernant l'usage de ce pouvoir. La pratique des autorités de régulation en matière de sanction pourrait peut-être se profiler comme un nouveau critère de leur classification : d'un côté, il y a l'Arafer, qui n'a jamais sanctionné et la CRE qui a commencé à exercer son pouvoir de sanction il y a peu, toutes les deux disposant cependant d'un pouvoir de sanction depuis quelques années. De l'autre côté, il y a l'AMF qui sanctionne fréquemment et pour des montants élevés. Entre ces deux « catégories », se situent l'Arcep et le CSA²³.

L'Araf, créée par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 et devenue Arafer avec la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite « loi Macron », n'a jamais sanctionné à ce jour. En outre, le CoRDIS de la CRE, créé par la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006, n'a adopté sa première décision de sanction qu'en juin 2018. En effet, par sa décision n° 03-40-16 en date du 11 juin 2018²⁴, il a sanctionné le gestionnaire de réseau à hauteur de 3 millions d'euros pour ne pas avoir respecté une décision de règlement des différends. Le fait de prendre une décision administrative de régulation (sanction) pour assurer le respect d'une autre décision administrative de régulation (décision de règlement des différends) démontre toute l'ampleur du système de régulation par voie de décision administrative²⁵.

Quelque temps après cette première décision de sanction, le CoRDIS a émis une deuxième sanction, s'inscrivant dans le cadre de sa mission majeure consistant à surveiller le marché de gros de l'énergie et à faire en sorte que le règlement REMIT soit respecté²⁶. Il a sanctionné, dans ce cadre, une société à hauteur de 5 millions d'euros pour avoir procédé à des manipulations de marché au point d'échange de gaz (PEG), en violation de l'article 5 de ce règlement. La sanction prononcée par le CoRDIS a été saluée par la CRE qui souligne, dans un communiqué de presse paru le 9 octobre 2018 à propos de cette sanction²⁷, l'importance que joue la surveillance des marchés de gros pour assurer la confiance dans la formation des prix sur les marchés.

Dans deux arrêts récents, le Conseil d'État a précisé le contenu du principe d'impartialité appliqué au pouvoir de sanction de la CRE, en corroborant le système d'instruction actuel au sein du CoRDIS. Dans le premier arrêt²⁸, appelée à se prononcer sur un refus du CoRDIS de donner suite à une demande de sanction, la haute juridiction administrative a notamment jugé en ce sens que

23 Pour une présentation plus détaillée de la pratique des autorités de régulation en matière de sanction, v. notre thèse, *op. cit.*, p. 418 et s. et Ch. LE BIHAN-GRAF et P. COURTADE, « La place de la sanction dans la pratique des autorités de régulation économiques sectorielles », *op. cit.*

24 CoRDIS, Déc. n° 03-40-16 en date du 11 juin 2018.

25 Sur ce système de régulation, v. notre thèse, *op. cit.*

26 CoRDIS, Déc. n° 02-40-16 du 5 octobre 2018.

27 Ce communiqué est téléchargeable ici : <https://www.cre.fr/Actualites/Le-CoRDIS-sanctionne-pour-la-premiere-fois-des-manipulations-de-marche-sur-un-marche-de-gros-de-l-energie>.

28 CE, 18 mars 2019, UFC-Que Choisir, n° 410628.

« [...] la circonstance que ce soit la même personne qui, après avoir été chargée de l'instruction de la plainte, décide, au vu de cette instruction, qu'il n'y a pas lieu de donner suite à la saisine ne saurait, par elle-même, traduire un manquement à l'impartialité ». Par ailleurs, dans le même arrêt, le Conseil d'État a considéré que la décision par laquelle le membre désigné décide « [...] au vu de l'instruction, qu'il n'y a pas lieu à mise en demeure ou à notification de griefs ne présente pas le caractère d'une sanction et ne peut conduire au prononcé d'une sanction ».

Dans le second cas²⁹, le Conseil d'État a rejeté une demande de renvoi d'une QPC concernant les articles L. 134-25, al. 3 et L. 134-27 du code de l'énergie qui portent sur la procédure de sanction du CoRDIS. La haute juridiction administrative a considéré qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer la QPC relative à l'article L. 134-25, al. 3, parce que ces dispositions n'étaient pas applicables au litige. En revanche, elle est allée plus loin dans l'examen de l'article L. 134-27 du code de l'énergie, en considérant que la procédure qu'il institue ne crée aucune confusion entre les fonctions de poursuite et de jugement des mêmes manquements au sein du CoRDIS et que, par conséquent, le grief tiré de la méconnaissance des principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne présentait pas de caractère sérieux³⁰.

Aux antipodes de l'Arafer et de la CRE se situe l'AMF dont la Commission des sanctions, au cours de la seule année 2018, a rendu 17 décisions de sanction sur le fond et une décision de relèvement de sanctions³¹. Les 17 décisions rendues ont concerné 53 personnes et conduit au prononcé de 44 sanctions pécuniaires pour un montant total de 7 181 000 euros. En 2017, la Commission des sanctions a rendu 15 décisions de sanction sur le fond qui ont abouti au prononcé de 23 sanctions pécuniaires allant jusqu'à 35 000 000 euros, pour un montant total de 40 756 000 euros³².

Entre l'Arafer et la CRE, d'une part, et l'AMF, d'autre part, se trouvent le CSA et l'Arcep. Depuis le rétablissement de son pouvoir de sanction avec l'ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014, complétée par le décret n° 2014-867 du 1^{er} août 2014, l'Arcep a prononcé six sanctions. Trois d'entre elles ont été « matérielles », consistant en un retrait des licences préalablement attribuées par l'Autorité. En effet, en 2015, l'Arcep a retiré les trois autorisations d'utilisation des fréquences délivrées à trois opérateurs

29 CE, 24 avril 2019, n° 425988.

30 *Ibid.*, consid. n° 7 : « Les dispositions contestées de l'article L. 134-27 du code de l'énergie ne désignent pas la personne ou l'organe spécifique au sein de la Commission de régulation de l'énergie chargé de notifier les griefs à la personne mise en cause en cas de manquement constaté par les agents habilités de cette autorité administrative indépendante dans les conditions prévues à l'article L. 135-12 du même code. Elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'attribuer le pouvoir de notifier les griefs au comité de règlement des différends et des sanctions ou à l'un de ses membres qui participerait ensuite au jugement des manquements ayant fait l'objet d'une telle notification. Ainsi, elles n'opèrent pas de confusion au sein du comité de règlement des différends et des sanctions entre, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement de ces mêmes manquements. Il en résulte que le grief tiré de ce que ces dispositions méconnaissent les principes d'indépendance et d'impartialité qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ne présente pas un caractère sérieux. Par suite, il n'y a pas lieu de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la société Vitol, qui n'est pas nouvelle, en tant qu'elle porte sur les dispositions de l'article L. 134-27 du code de l'énergie ».

31 V. le rapport public annuel de l'AMF pour 2018, *op. cit.*, not. p. 74 et s.

32 V. le rapport public annuel de l'AMF pour 2017, disponible sur : <https://www.amf-france.org/Publications/Rapports-annuels/Rapports-annuels-de-l-AMF/annee-2015-2019> ?, not. p. 90 et s.

ultramarins en 2008 en raison du non-respect de leurs obligations en matière de déploiement et de paiement de leurs redevances³³.

Ce retrait s'imposait notamment, comme précisé dans les décisions de sanction, pour assurer la bonne utilisation du domaine public hertzien de l'État et la concurrence effective et loyale entre les opérateurs, au bénéfice des consommateurs.

Par ailleurs, l'Arcep a sanctionné, en 2016, un opérateur de réseau mobile virtuel (« MVNO ») pour non-respect de ses obligations en matière de financement du service universel des communications électroniques³⁴. L'Autorité souligne dans sa décision de sanction que toute défaillance d'un opérateur dans le règlement de ses contributions pourrait fragiliser le mécanisme de financement du service universel, dans la mesure où elle retarde, à court terme, la compensation de l'opérateur du service universel créditeur et, si elle perdure, elle peut aboutir, sur le long terme, à ce que les sommes dues se répercutent sur les autres opérateurs contributeurs auxquels il revient de les prendre en charge, conformément à l'article R. 20-39 du CPCE. Enfin, en 2016, l'Arcep a également prononcé deux sanctions financières à deux opérateurs de téléphonie mobile en raison du non-respect de leurs obligations de couverture mobile en 2G en zones blanches centres-bourgs courant l'échéance de leurs mises en demeure³⁵. La première sanction adoptée par la formation restreinte de l'Autorité s'élevait à 27 000 euros, et la seconde à 380 000 euros. Pour la détermination de ces montants, l'Autorité « [...] a notamment tenu compte du manquement constaté, de ses conséquences dommageables pour l'aménagement numérique du territoire et des efforts fournis par chacun des deux opérateurs pour couvrir, dans l'intervalle, l'ensemble des centres-bourgs concernés »³⁶.

Concernant le CSA, il convient de noter à titre indicatif qu'en 2017 il a prononcé 8 sanctions, dont la forme varie³⁷. La CSA a ordonné, par exemple, la diffusion d'un communiqué, la suspension des séquences publicitaires pendant un certain temps et a imposé des sanctions pécuniaires variables, allant de 20 000 à 300 000 000 euros.

Quelles pourraient être les raisons de la divergence parmi les autorités de régulation sectorielles quant à l'exercice de leur pouvoir de sanction ? En ce qui concerne la CRE, nous n'avons pas de réponse précise à ce stade, mais en tout cas, tant le revirement de la pratique de l'Autorité, qui a déjà adopté ses premières décisions de sanction, que la confirmation, par le Conseil d'État, du caractère impartial du système d'instruction actuel au sein du CoRDiS pourraient laisser présager l'émergence d'une nouvelle politique décisionnelle de la CRE en matière de sanction.

Quant à l'Arafer, l'absence de décision de sanction pourrait peut-être être liée au caractère relativement jeune de cette autorité. Enfin, l'importante différence observée concernant l'AMF

33 Arcep, Déc. n° 2015-0592-FR, n° 2015-0593-FR et n° 2015-0594-FR en date du 19 mai 2015.

34 Arcep, Déc. n° 2016-0504-FR en date du 14 avril 2016.

35 Arcep, Déc. n° 2016-1015-FR et n° 2016-1016-FR en date du 28 juillet 2016.

36 Arcep, Communiqué de presse du 20 septembre 2016, disponible ici : <https://www.arcep.fr/actualites/les-communiques-de-presse/detail/n/larcep-fait-le-point-sur-le-respect-des-obligations-de-deploiement-mobile-en-zones-peu-denses-par-l.html>.

37 V. le rapport public annuel du CSA pour 2017, *op. cit.*, p. 204-206.

pourrait être due au fait qu'elle exerce essentiellement une mission de contrôle, ce qui la rapproche de l'Autorité de la concurrence.

En effet, à la différence du pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence, le pouvoir de sanction des autorités de régulation sectorielles n'a pas un caractère primo-répressif. Ces autorités ne sanctionnent qu'après avoir épuisé toute autre possibilité, la sanction n'étant pas autant dans leur « culture ». Ainsi, leur pratique dans l'exercice du pouvoir de sanction ne nous paraît préjuger en rien de l'application du droit par les opérateurs. Le non-exercice du pouvoir de sanction pourrait, au contraire, témoigner dans une certaine mesure du succès de ces autorités dans l'exercice de leur mission de régulation. Selon cette acception, parcimonie en matière de sanction et régulation iraient de pair, la régulation recouvrant, entre autres, une fonction d'accompagnement des opérateurs dans l'application du droit.

Une fois cette inapplication du droit « de fait » nuancée, il convient d'explorer la question de l'inapplication du droit « de droit », rendue possible par certains dispositifs particuliers régissant la procédure de sanction suivie par les autorités de régulation.

II. Une procédure de sanction laissant une certaine place à l'inapplication du droit : vers une inapplication du droit « de droit » ?

La distinction entre inapplication du droit « de fait » et inapplication du droit « de droit » renvoie à la distinction entre prononcé effectif de sanction et procédure de sanction. En effet, le prononcé effectif de sanction doit être clairement distingué de la procédure de sanction. Les autorités de régulation ne prononcent une sanction, pécuniaire ou « matérielle », que si le manquement persiste tout au long d'une procédure formelle de sanction dont l'étape décisive est la mise en demeure. Les différents dispositifs régissant le pouvoir de sanction des autorités de régulation imposent à celles-ci, avant d'adopter une sanction, d'adresser une mise en demeure à l'opérateur concerné, l'invitant à se conformer aux obligations rappelées dans cette mise en demeure. Lorsque l'opérateur s'y conforme dans le délai fixé dans la mise en demeure, la procédure de sanction s'arrête là.

Ainsi, un risque d'instrumentalisation de la mise en demeure aboutissant à l'inapplication du droit pourrait se profiler : les opérateurs, au lieu de se conformer à leur obligation initiale, seraient éventuellement tentés d'attendre l'ouverture d'une procédure de sanction et, par la suite, l'adoption d'une mise en demeure leur donnant un nouveau délai pour se conformer à leurs obligations, bien postérieures au délai initial. En ce sens, la mise en demeure, partie intégrante de la procédure de sanction en matière de régulation, pourrait être perçue comme un mécanisme prévu par le droit lui-même qui laisserait une certaine place à l'inapplication du droit. Or, on verra que cette inapplication du droit n'est que temporaire : si la personne concernée par la mise en demeure ne se conforme finalement pas à ses obligations telles que rappelées dans la mise en demeure, elle sera sanctionnée. En toute hypothèse, la lecture des rapports récents des autorités de régulation révèle que les opérateurs ont plutôt tendance à respecter les mises en demeure qui leur sont adressées, ce qui permet d'éviter in fine le prononcé des sanctions.

La mise en demeure telle que décrite ci-dessus, que l'on pourrait qualifier de « classique », induirait une inapplication du droit temporaire qui pourrait notamment se justifier par la nécessité de tenir compte des difficultés ponctuelles des opérateurs, servant ainsi à la meilleure régulation du marché (A). À côté de ce type de mise en demeure, se développent d'autres formes, plus originales, qui visent à réduire le temps d'inapplication de la règle de droit (B).

A. La mise en demeure « classique » : une modalité d'inapplication temporaire du droit, au service de la régulation

La mise en demeure n'est pas une sanction. Elle consiste en une injonction à se conformer à telle ou telle obligation qu'elle rappelle elle-même dans son corps. Dans sa décision n° 2013-359 QPC³⁸, le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé que le CSA ne peut exercer son pouvoir de sanction qu'après mise en demeure du titulaire de l'autorisation concerné, affirme que cette mise en demeure « [...] ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont inopérants »³⁹.

Le Conseil d'État, appelé à se prononcer lui aussi sur la nature de la mise en demeure adoptée par le CSA, a considéré dans un arrêt *Sté Vortex* de 2002 qu'elle n'avait pas le caractère d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴⁰. Il a considéré qu'eu égard à son objet, et en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires expresses, la mise en demeure n'était soumise à aucune procédure préalable et que, par suite, le moyen tiré de ce que les droits de la défense de la société requérante auraient été méconnus, faute pour la décision attaquée d'avoir été précédée d'une procédure contradictoire, devait être écarté.

D'un point de vue procédural, la mise en demeure présente le mérite de dispenser son émetteur de l'obligation de recourir à une nouvelle mise en demeure en cas de violation de la même obligation que celle rappelée dans son corps. Le Conseil d'État a jugé, en ce sens, à propos des mises en demeure du CSA

« [...] qu'il ne résulte ni de ces dispositions ni d'aucun autre texte ou principe général du droit que les mises en demeure adressées sur le fondement de l'article 42 de la loi [audiovisuelle] auraient une validité limitée dans le temps ; qu'une même mise en demeure peut donner lieu à

38 Cons. const., Déc. n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, *Société Sud Radio Services et autre*, Rec. p. 1090.

39 *Ibid.*, consid. n° 6 : « Considérant que l'éditeur, le distributeur ou l'opérateur qui ne se conforme pas à une mise en demeure prononcée en application de l'article 42 peut faire l'objet de l'une des sanctions prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel en vertu de l'article 42-1 de la loi du 30 septembre 1986, qui n'est pas renvoyé au Conseil constitutionnel ; que ces sanctions sont la suspension de l'édition, de la diffusion ou de la distribution du ou des services d'une catégorie de programme, d'une partie du programme ou d'une ou plusieurs séquences publicitaires pour un mois au plus, la réduction de la durée de l'autorisation ou de la convention dans la limite d'une année, une sanction pécuniaire assortie éventuellement d'une suspension de l'édition ou de la distribution du ou des services ou d'une partie du programme, le retrait de l'autorisation ou la résiliation unilatérale de la convention ; qu'ainsi qu'il résulte de la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 1989, «les pouvoirs de sanction dévolus au Conseil supérieur de l'audiovisuel ne sont susceptibles de s'exercer... qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation» ; que la mise en demeure ne peut être regardée, dans ces conditions, comme l'ouverture de la procédure de sanction prévue à l'article 42-1 mais comme son préalable ; que, dès lors, la mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont inopérants ; que les dispositions contestées, qui ne sont contraires à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution ».

40 CE, 30 décembre 2002, *Sté Vortex*, n° 236826.

plusieurs sanctions à raison de la réitération d'agissements contraires aux obligations auxquelles elle invite le service à se conformer⁴¹. »

Le fait d'envisager la mise en demeure sous le prisme de l'inapplication du droit nous amène à la question suivante : quid du cas où une mise en demeure est bien respectée, mais tardivement, à savoir après le délai qu'elle laisse à l'opérateur visé pour qu'il se conforme à ses obligations ? Dans cette hypothèse, l'autorité de régulation compétente devrait-elle quand même sanctionner l'opérateur parce qu'il ne s'est pas conformé à la mise en demeure dans le temps ?

Une réponse positive tempérerait le concept d'inapplication du droit, au profit de l'efficacité du pouvoir de sanction des autorités de régulation. En revanche, une réponse négative serait notamment motivée par l'argument selon lequel la sanction en matière de régulation n'aurait pas un caractère primo-répressif : un respect tardif de la mise en demeure devrait, selon cet argument, aboutir à ce que la procédure de sanction soit clôturée, sans aucune conséquence pour l'opérateur auquel est imputé le manquement, dans la mesure où l'objectif du rétablissement de la concurrence sur le marché, rendu possible par l'application in fine du droit, a été atteint.

L'arrêt du Conseil d'État AFORST de 2012 ne permet pas de dégager une réponse claire en ce qui concerne les conséquences du respect tardif d'une mise en demeure⁴². Appelée à se prononcer sur une mise en demeure adoptée par l'Arcep, la haute juridiction administrative indique dans cet arrêt que : « [...] dans le cas où, au cours de l'instruction d'une procédure ouverte par l'Autorité, les manquements de l'exploitant ou du fournisseur à ses obligations cessent, que ce soit avant qu'une mise en demeure ait été adressée ou à la suite d'une telle mise en demeure, l'Autorité ne peut que mettre un terme à la procédure de sanction »⁴³.

Cet arrêt ne précise pas clairement le sort réservé à un respect tardif d'une mise en demeure, à savoir un respect qui intervient après le délai laissé par mise en demeure à l'opérateur concerné pour qu'il se conforme à ses obligations. En effet, le respect « à la suite d'une mise en demeure » peut recouvrir deux hypothèses : le respect bien après une mise en demeure, mais dans le délai qu'elle prévoit, ou le respect après ce délai. Est-ce que l'Arcep devrait mettre fin à la procédure de sanction même lorsque l'opérateur visé se conforme à la mise en demeure après le délai qu'elle fixe ?

L'Autorité a donné une réponse négative à cette question dans deux décisions de sanction prises quatre ans après l'arrêt AFORST à l'encontre de deux opérateurs n'ayant pas respecté leurs obligations en matière de couverture en 2G des zones blanches centres-bourgs. En effet, elle a refusé de clôturer la procédure de sanction envers des manquements persistant après le délai prévu dans la mise en demeure, mais ayant cessé le jour du délibéré⁴⁴. Dans leur argumentaire, les opérateurs, évoquant

41 CE, 22 octobre 2010, *Sté Vortex*, n° 324614. Sur ce point, v. *infra*, sous-partie B : « Des formes en mise en demeure originales réduisant le temps d'inapplication du droit », arrêts cités dans la partie consacrée à la mise en demeure de se conformer « pour l'avenir ».

42 CE, 4 juillet 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, n° 334062, tables Lebon ; *AJDA*, 2012, chron. « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », p. 1717 et s., note M. LOMBARD.

43 Nous soulignons.

44 Arcep, Déc. n° 2016-1015-FR et n° 2016-1016-FR, *op. cit.*

l'arrêt *AFORST*, notaient que le pouvoir de sanction de l'Arcep devait s'apprécier au regard de la persistance du manquement dans le temps et qu'elle ne pouvait sanctionner que les manquements constatés le jour du délibéré.

L'Autorité a cependant considéré que la circonstance que les opérateurs avaient couvert les centres-bourgs visés dans leurs mises en demeure au jour du délibéré constituait, certes, une manifestation du souci de satisfaire enfin à leurs obligations, mais n'était pas de nature à remettre en cause le constat de leurs manquements à l'issue du délai figurant dans la mise en demeure. Ainsi, si elle a bien tenu compte du respect tardif des mises en demeure, celui-ci n'a pas suffi à ce que les opérateurs restent impunis pour les manquements constatés à l'échéance des délais posés dans ces mises en demeure.

Une telle grille de lecture du pouvoir de sanction de l'Arcep, voire des autorités de régulation en général, contribuerait, à notre sens, à renforcer son efficacité. En effet, l'inapplication du droit telle que tolérée par la mise en demeure ne devrait pas se prolonger au-delà du délai prévu dans cette dernière. Le fait de prolonger davantage l'inapplication du droit viderait de son sens le pouvoir de sanction des autorités de régulation.

Le Conseil d'État, dans un arrêt concernant le pouvoir de sanction de la CNIL, a corroboré ce raisonnement⁴⁵. Il a jugé que le respect tardif d'une mise en demeure ne devrait pas obliger la CNIL à clore la procédure de sanction, mais pourrait quand même être pris en compte dans le cadre de la détermination de la sanction.

Des développements précédents, il s'ensuit que l'inapplication du droit « de droit » que permet la mise en demeure n'est que temporaire. Les opérateurs n'ont pas, dans son cadre, un droit à l'inapplication définitive du droit, mais plutôt une possibilité de reporter pendant un certain temps le respect de leurs obligations, dans la limite du délai prévu dans la mise en demeure.

B. Des formes de mise en demeure originales réduisant le temps d'inapplication du droit

En sus de la mise en demeure « pure », il existe deux autres types de mise en demeure qui permettent de renforcer l'efficacité du pouvoir de sanction des autorités de régulation, facilitant l'application immédiate du droit : la mise en demeure « anticipée » et la mise en demeure qui fixe une obligation de se conformer « pour l'avenir ».

Pour un exemple de mise en demeure « anticipée », il convient de citer les mises en demeure adressées par l'Arcep à deux opérateurs de téléphonie mobile en 2016 concernant le respect de leurs obligations de couverture en 4G des zones peu denses⁴⁶ ou la mise en demeure récente à l'égard de l'opérateur du service universel en matière de communications électroniques, concernant la qualité du service universel téléphonique⁴⁷.

⁴⁵ CE, 19 juin 2017, *Optical Center*, n° 396050.

⁴⁶ Arcep, Déc. n° 2016-0243-RDPI et n° 2016-0244-RDPI en date du 18 février 2016.

⁴⁷ Sur ce point, v. : <https://www.arcep.fr/actualites/les-prises-de-parole/detail/n/qualite-du-reseau-adsl-orange-sous-la-menace-dune-amende-record.html>.

La mise en demeure « anticipée » permet de mettre en garde l'opérateur concerné, avant même le non-respect de ses obligations, lorsqu'il existe un risque caractérisé qu'il ne respecte pas ses obligations à l'échéance initialement prévue. En ce sens, elle contribue à assurer l'application immédiate du droit.

La mise en demeure fixant une obligation de se conformer « pour l'avenir » participe de la même fonction. Cette forme de mise en demeure est souvent utilisée par le CSA. À titre d'exemple, on pourrait évoquer une décision du 11 février 2015, par laquelle le CSA a mis en demeure une société éditrice de service radiophonique « [...] de respecter, à l'avenir [...] les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 en ne diffusant plus de séquences portant atteinte à la sauvegarde de l'ordre public »⁴⁸. Appelé à se prononcer sur cette mise en demeure, le Conseil d'État a considéré qu'elle ne présentait pas le caractère d'une sanction, mais constituait une mesure destinée à « [...] éclairer son destinataire sur l'étendue de ses obligations »⁴⁹.

La conséquence pratique de la mise en demeure de se conformer « pour l'avenir » consiste en le fait qu'une fois adoptée, elle permet le déclenchement d'une sanction pour toute violation future de l'obligation qu'elle recouvre, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une autre mise en demeure⁵⁰.

Or, la possibilité d'infliger des sanctions successives en se fondant sur une seule et même mise en demeure est doublement conditionnée : pour que de multiples sanctions puissent être déclenchées sur le fondement d'une seule mise en demeure, il faut que les agissements nouvellement constatés s'inscrivent dans le cadre du même comportement illicite que celui ayant provoqué la mise en demeure, de sorte que l'illégalité soit prolongée, et que la personne concernée soit mise à même de présenter ses observations avant le prononcé de la nouvelle sanction⁵¹.

Cette solution est cohérente eu égard à la différence de nature entre la mise en demeure et la sanction. En effet, dans la mesure où la mise en demeure n'a pas de caractère de sanction, elle n'a pas à être précédée d'une procédure préalable permettant le respect des droits de la défense de la personne concernée⁵². Par conséquent, même si une seule mise en demeure pouvait suffire, d'un

48 CSA, Déc. n° 2015-41 en date du 11 février 2015 (nous soulignons).

49 CE, 10 février 2017, *Société Lagardère Active Broadcast*, n° 391088.

50 En ce sens, v. CE, 13 mai 2019, *France Télévisions*, n° 421779, consid. n° 5 : « [...] la décision attaquée ne prononce pas une sanction mais procède seulement, en raison des faits qu'elle constate, à une mise en demeure destinée [...] à rendre possible l'engagement d'une procédure de sanction en cas de réitération de faits de même nature [...] ». V. également la décision de principe en la matière, qui déborde le cadre de la régulation, CE, 12 décembre 2008, *Taillepiéd*, n° 297921 : « [...] que, toutefois, ces dispositions n'imposent pas au préfet, dans le cas où deux contrôles successifs sur l'exploitation font apparaître que le bénéficiaire de l'autorisation dûment mis en demeure de respecter une règle déterminée, après y avoir déféré, méconnaît à nouveau cette même règle, de lui adresser une nouvelle mise en demeure avant de soumettre le dossier à la commission des cultures marines [...] ».

51 Sur ce point, v. CE, 28 octobre 1994, *SARL Positif Communication*, n° 140259 : « [...] cette seconde décision de suspension [adoptée sans nouvelle mise en demeure], fondée sur des éléments de fait distincts de ceux qui justifiaient la précédente sanction, ne pouvait pas être légalement prise sans que la société requérante ait été mise à même de présenter sa défense [...] » ; CE, 7 février 2003, *Association Radio deux couleurs*, n° 232840 : « [...] que, si cette dernière décision pouvait être prise sans nouvelle mise en demeure préalable, elle ne pouvait, toutefois, intervenir légalement sans que l'association ait été mise à même de présenter sa défense [...] ».

52 En ce sens, v. not. : CE, 15 janvier 1997, *Société SERC Fun Radio*, n° 155049 : « [...] Considérant qu'une mise en demeure ne constitue pas une sanction, mais une mesure préalable à une éventuelle sanction ; qu'ainsi en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires particulières, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la décision attaquée aurait dû être précédée d'une procédure contradictoire [...] » ; CE, 24 janvier 2007, *Association parti libéral modéré*, n° 284060 : « [...] Considérant que les mises en demeure prises en application d'une convention entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et le bénéficiaire d'une autorisation d'émettre délivrée en application de l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986 ne constituent pas des sanctions ; qu'elles ne constituent pas davantage des décisions qui « restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police » au sens des dispositions de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 ni une décision administrative individuelle qui déroge aux règles générales fixées par la loi ou le règlement au sens des dispositions de l'article 2 de ladite loi ; qu'elles n'entrent dans aucun des autres cas visés aux articles 1er et 2 de la loi du 11 juillet 1979 ; que par suite, et en tout état de cause, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir que la décision attaquée ne pouvait légalement intervenir qu'après qu'elle ait été mise à même de présenter des observations écrites ou orales en application des dispositions précitées de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 [...] ».

point de vue procédural, pour le déclenchement des sanctions successives, elle ne pourrait entraîner aucun allègement procédural de la sanction elle-même, qui doit être précédée dans tous les cas d'une procédure permettant à la personne concernée de présenter à l'autorité compétente ses observations. La différence de nature entre mise en demeure et sanction justifierait par ailleurs que cette obligation de respect des droits de la défense avant le prononcé d'une sanction perdure même dans l'hypothèse où l'autorité qui sanctionne avait mis à même spontanément la personne concernée de présenter ses observations auparavant dans le cadre de la mise en demeure.

Cette possibilité d'infliger multiples sanctions à la suite d'une seule mise en demeure en cas de réitération d'agissements contraires à cette dernière a été admise en principe dans des cas où la mise en demeure prononcée par le CSA ne laissait pas de délai précis à son destinataire pour se conformer à ses obligations (cas de la mise en demeure de se conformer « pour l'avenir »)⁵³. Dans un arrêt Association Radio Sun FM du 24 novembre 2004⁵⁴, le Conseil d'État va toutefois encore plus loin dans cette acception. Il considère qu'une nouvelle sanction à la suite d'une seule mise en demeure peut être admise même dans l'hypothèse où la mise en demeure n'est pas muette quant à la date de respect, par son destinataire, de ses obligations, mais elle lui prescrit un délai précis pour s'y conformer. La multiplicité des sanctions à la suite de cette seule mise en demeure sous délai reste toutefois soumise au respect de la double condition précitée (continuité factuelle par rapport à la première mise en demeure et respect des droits de la défense)⁵⁵.

Conclusion

La problématique présentée dans le cadre de la présente contribution, consistant à distinguer entre la pratique des autorités de régulation quant au prononcé des sanctions, susceptible de conduire à une inapplication du droit « de fait », et la procédure de sanction, qui pourrait laisser une certaine place à une inapplication temporaire du droit « de droit », a notamment été choisie parce qu'elle nous paraît refléter au mieux l'état actuel du rapport entre le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le concept d'inapplication du droit. Or, ce rapport pourrait être également envisagé sous une autre perspective, dans le cadre d'une étude doctrinale différente.

En effet, couplé avec le concept d'inapplication du droit et le pouvoir de sanction des autorités de régulation trouverait une nouvelle vie grâce au concept de *compliance*⁵⁶. Étymologiquement, la *compliance* procède du verbe anglais « *comply* » qui tire son origine du « [...] vieux français “complir” (complaire, se conformer), que l'on doit lui-même au latin *cum-placere*, c'est-à-dire littéralement plaire ensemble. La *compliance* c'est certes se soumettre à la règle, mais c'est pour lui plaire, l'amadouer »⁵⁷. Conçue ainsi, la *compliance* traduit le respect de la règle non pas par peur, mais par affection.

53 V. not., sur ce point, les deux exemples précités : CE, 28 octobre 1994, *SARL Positif Communication* ; CE, 7 février 2003, *Association Radio deux couleurs*.

54 CE, 24 novembre 2004, *Association Radio Sun FM*, n° 258076.

55 *Ibid.*, pts suivants : « [...] par une décision du 10 juillet 2001, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a mis l'association en demeure de respecter les obligations qui lui incombent à cet égard dans un délai de quinze jours à compter de la notification de sa décision [...]. Considérant que la décision du 22 avril 2003 [...] fondée sur la méconnaissance [...] des obligations [...] qui avait donné lieu à une mise en demeure le 10 juillet 2001, pouvait intervenir sans nouvelle mise en demeure, dès lors que la radio a été mise à même de présenter sa défense ».

56 Sur ce concept, v. notamment les travaux suivants : M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la Compliance*, série « Régulations et Compliance », Dalloz, 2019 ; N. BORGA, J.-Cl. MARIN et J.-Ch. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, série « Régulations et Compliance », Dalloz, 2018 ; M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, coll. « Régulations », Dalloz, 2017.

57 L.-M. AUGAGNEUR, « La *compliance* a-t-elle une valeur ? », *JCP E*, 2017, n° 40, p. 30-36 (n° 1522), spéc. p. 32.

La régulation recèle, certes, l'objectif de respect volontaire de la règle de droit, mais ce respect volontaire auquel elle peut aboutir émane plutôt de la technique juridique que d'une quelconque relation affective avec la règle : si les opérateurs régulés se soumettent volontiers à la règle de droit, c'est parce que dans la plupart des cas ils ont participé à son élaboration, à travers des dispositifs de participation obligatoires ou mis en place spontanément par les autorités de régulation. En revanche, la compliance implique que les opérateurs concernés « internalisent » le respect des buts assignés et qu'ils prévoient des mécanismes de contrôle leur permettant de s'y conformer en permanence⁵⁸ : en matière de compliance, il ne s'agit pas juste de respecter le droit, mais de faire en sorte qu'il n'y ait même pas de risque de non-respect de ce dernier.

La compliance diffère de la régulation de par son objet et son champ d'application⁵⁹. S'inscrivant dans un cadre non seulement national ou principalement européen, mais international, elle consiste en la protection des « buts mondiaux monumentaux »⁶⁰ comme la lutte contre la corruption, le terrorisme ou le traitement abusif des données personnelles⁶¹. Elle ne reste pas cantonnée à la préservation d'un ordre public économique bien délimité au sein d'un territoire donné, mais vise à satisfaire un « service public mondial »⁶².

Dans ce cadre, les entreprises sont invitées à jouer un rôle majeur dans la construction d'un droit de la compliance⁶³. Trouvant son pendant dans la responsabilité sociale des entreprises (« RSE ») et traduisant l'objectif d'éthique dans la vie des affaires, la compliance contribue à ce que les entreprises concernées par celle-ci, à savoir les opérateurs le plus puissants, se trouvent liées par des projets qui dépassent leur strict champ d'action économique⁶⁴.

Lorsqu'un opérateur est soumis à la fois à la régulation et la compliance, il doit se plier à diverses contraintes extra-économiques qui pourraient lui sembler peut-être excessives. En effet, la compliance fait peser sur les opérateurs régulés des contraintes qui paraîtraient moins « logiques » que celles pesant sur eux en vertu de la régulation : un opérateur régulé pourrait être plus enclin à respecter des normes de régulation extra-économiques destinées à garantir un service public directement attaché à son activité que des règles de compliance visant à assurer un « service public mondial »⁶⁵, qui l'érigerait en « agent d'effectivité de buts mondiaux monumentaux »⁶⁶.

Face au risque de non-application du droit que comporte une telle situation, non-application qui devrait être *a priori* inconcevable dans un système de compliance vu que le propre de ce système est la lutte permanente contre le moindre risque d'inapplication de ces règles et le développement

58 En ce sens, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *D.*, 2016, n° 32, p. 1871-1874.

59 Sur cette distinction, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la *compliance* au-delà du droit de la régulation », *D.*, 2018, n° 28, p. 1561-1563 ; P. IDOUX, « Après la régulation, la compliance ? », *AJDA*, 2017, chron. « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », p. 1872 et s.

60 M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *op. cit.*, spéc. p. 1872.

61 Sur ces composantes de la compliance, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la *compliance* au-delà du droit de la régulation », *op. cit.*

62 *Ibid.*, p. 1562.

63 *Ibid.*

64 Concernant les obligations de compliance pesant sur les entreprises régulées en particulier, v. C. BOITEAU, « L'entreprise régulée », *RFDA*, 2018, n° 3, p. 469-478, spéc. p. 475 et s.

65 M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la *compliance* au-delà du droit de la régulation », *op. cit.*, p. 1562.

66 M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *op. cit.*, p. 1872.

progressif d'un rapport « affectif » entre ces dernières et leurs destinataires, il convient de réinterroger le pouvoir de sanction des autorités de régulation à l'échelle nationale et internationale : qui va sanctionner le non-respect de la norme supranationale de compliance, quelle sera la teneur de la sanction pour une violation d'une norme établie dans un souci de protéger non un ordre public économique territorialement défini, mais des valeurs extra-économiques, voire éthiques, et quelle devrait finalement la place de la sanction au sein d'un dispositif où les opérateurs respectent une règle de droit supranationale pour lui « faire plaisir » ?