

23 - Au total donc, le système de l'homologation met surtout en avant le fait que le pouvoir normatif dévolu à l'autorité de régulation des télécommunications est un pouvoir normatif indirect dans la mesure où c'est le ministre qui finalement en dernier ressort décide de l'existence de la norme ou non. Toutefois, il convient de remarquer que s'agissant d'une homologation, le ministre n'a que le pouvoir d'accepter ou de rejeter la norme édictée par l'autorité. Il ne saurait ni réglementer de son propre chef ni modifier de son plein gré la décision de l'A.R.T., la loi ayant prévue une procédure spécifique d'élaboration de normes en la matière. Mais rien ne semble aller à l'encontre d'un rejet avec recommandations pour que la prochaine norme soumise au ministre aboutisse à une homologation. Autrement dit, l'effectivité du pouvoir normatif de l'autorité est conditionnée à une homologation ministérielle quasi-systématique.

Novembre 2001

## L'ATTRIBUTION À UNE AUTORITÉ AUTRE QUE LE PREMIER MINISTRE DU POUVOIR NORMATIF D'APPLICATION D'UNE LOI OU D'UN DÉCRET : LE CAS DE LA COMMISSION DE RÉGULATION DE L'ÉLECTRICITÉ

Par

Jean-Victor BOREL

*Doctorant en Droit privé*

*Chargé de travaux dirigés à la Faculté de Droit et de Science Politique  
d'Aix-Marseille*

La Commission de régulation de l'électricité (CRE) a été créée par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (1), « relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », qui avait pour objet la transposition de la Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 (2) fixant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. Cette directive européenne contribue à achever la mise en place d'un marché intérieur de l'énergie (3), par l'instauration progressive d'un marché concurrentiel de l'électricité répondant aux exigences du Traité, tout en portant une grande attention aux missions de service public incombant aux entreprises du secteur électrique. Elle impose notamment aux états membres le respect des exigences d'objectivité, de transparence, et de non discrimination, et plus particulièrement :

- « la désignation d'une autorité compétente, qui doit être indépendante des parties, pour régler les litiges relatifs aux contrats de fourniture d'électricité, aux négociations relatives à l'accès au réseau de production et aux refus d'accès et d'achat » (article 20 de la directive) ;

(1) *J.O.R.F.*, 11 février 2000, p. 2143.

(2) *J.O.C.E.* n° L. 24 du 30 janvier 1997.

(3) Lui-même permettant l'achèvement du marché commun, c'est-à-dire d'un espace dans lequel la libre circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux est assurée.

- « la création des mécanismes appropriés et efficaces de régulation, de contrôle et de transparence afin d'éviter tout abus de position dominante, au détriment notamment des consommateurs, et tout comportement prédateur » (article 22 de la directive).

Ainsi, *a priori*, il est permis de penser que le législateur français n'a décidé de créer la CRE que pour se conformer aux exigences communautaires.

Afin de lui donner les moyens de remplir sa mission de régulation du marché de l'électricité sur le territoire français, le législateur l'a dotée d'un certain nombre de pouvoirs. À titre illustratif, on peut citer notamment un pouvoir de contrôle, la CRE pouvant diligenter des enquêtes relatives, par exemple, au respect des règles d'utilisation des réseaux (article 33 de la loi), saisir des pièces et documents (article 34 de la loi) et constater, par l'établissement de Procès-Verbaux, les manquements à une disposition législative ou réglementaire relative à l'accès aux réseaux ou à leur utilisation, à une règle qu'elle a approuvée, ou à une décision prise par elle (article 33 de la loi). On peut relever également un pouvoir d'aide à la décision, comme celui d'émettre des propositions (4) concernant, par exemple, les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution (article 36 de la loi), ou encore un pouvoir quasi-juridictionnel, en ce sens qu'en vertu de l'article 38 de la loi, la CRE peut être saisie par l'une des parties pour trancher les éventuels différends pouvant naître entre les gestionnaires et utilisateurs des réseaux publics de transport ou de distribution, au niveau de l'accès aux dits réseaux, ou à leur utilisation.

Mais surtout, la CRE a reçu un pouvoir particulier de la part du législateur. En effet, aux termes de l'article 37 de la loi, « la Commission précise par décision publiée au Journal Officiel, en tant que de besoin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, les règles concernant :

- les missions des gestionnaires de réseaux publics de transport et de distribution d'électricité en matière d'exploitation et de développement des réseaux, en application des articles 14 et 18 ;
- les conditions de raccordement aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, en application des articles 14 et 18 ;
- les conditions d'accès aux réseaux et de leur utilisation, en application de l'article 23 ;
- la mise en œuvre et l'ajustement des programmes d'appel, d'approvisionnement et de consommation, et la compensation financière des écarts, en application des articles 15 et 19 ;
- la conclusion de contrats d'achat et de protocoles par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution, en application du III de l'article 15 ;
- les périmètres de chacune des activités comptablement séparées, les règles d'imputation comptable appliquées pour obtenir les comptes séparés et les principes déterminant les relations financières entre ces activités, conformément aux articles 25 et 26 ».

L'étude de la CRE se justifie ainsi à plus d'un titre.

(4) Il faut noter que ce pouvoir de proposition a un caractère contraignant vis-à-vis des pouvoirs publics, car il ne permet pas à l'autorité destinataire de déroger ou de passer outre ladite proposition, contrairement à un simple avis, ainsi que l'a rappelé M. C. Bataille dans son rapport présenté devant l'Assemblée Nationale en première lecture (rapport n° 1371, 4 février 1999, p. 140). Il ne permet que la mise en œuvre de la proposition ou la faculté de demander une nouvelle délibération modificative de la proposition initiale.

Premièrement, et malgré le silence de la loi (5), la CRE peut être qualifiée d'autorité administrative indépendante. En effet, c'est tout d'abord une autorité au sens fonctionnel, car elle est au moins amenée à édicter des directives de comportement et ne se borne pas à un simple rôle consultatif (6). Elle est également une autorité au sens organique (7), car elle dispose, en vertu de l'article 30 de la loi, de services placés sous l'autorité de son président, et est dotée d'un budget de fonctionnement, constitué des crédits proposés par la CRE et inscrits dans la loi de finances, ainsi que des éventuelles rémunérations pour service rendu qu'elle est habilitée à percevoir. Ensuite, c'est une autorité administrative, en ce sens qu'elle n'est pas dotée de la personnalité morale et demeure un service de l'État, compris au sein du pouvoir exécutif (8). Enfin, elle peut être désignée sous le vocable d'autorité administrative indépendante (9) en vertu de l'article 35 de la loi, aux termes duquel « les membres et agents de la Commission de régulation de l'électricité exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instructions du Gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou organisme ».

Deuxièmement, elle se trouve incontestablement dotée d'un pouvoir normatif d'application des règles précitées, issues de la loi du 10 février 2000.

Mais, outre ces particularités, la CRE s'avère être un sujet d'étude intéressant à un autre niveau, eu égard à la problématique d'ensemble dans laquelle s'inscrit cette modeste contribution. Cet intérêt, en réalité double, résulte, d'une part, de l'absence de saisine préalable du Conseil constitutionnel, ceci nous amenant donc à analyser la conformité à la Constitution de l'article 37 de la loi du 10 février 2000, source du pouvoir normatif de la CRE (I). Il réside, d'autre part, dans le contexte communautaire de la création de la CRE. En effet, il convient de se demander si le législateur était effectivement dans l'obligation de créer la CRE et de lui attribuer un tel pouvoir normatif, eu égard aux prescriptions contenues dans la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996, comme on pourrait le penser à première vue, ou si c'était là le résultat d'un choix délibéré dont les justifications sont finalement à chercher ailleurs (II).

#### I - CONSTITUTIONNALITÉ DE L'ATTRIBUTION D'UN POUVOIR NORMATIF D'APPLICATION DE LA LOI DU 10 FÉVRIER 2000 À LA CRE : L'ARTICLE 37 DE LA LOI FACE À LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

En l'absence de décision du Conseil sur cette question, nous analyserons les dispositions de l'article 37 de la loi par rapport aux critères dégagés par le Conseil constitutionnel au travers de sa jurisprudence (B), après en avoir brièvement rappelé les grandes lignes (A).

(5) Au contraire d'autres instances comme la CNIL (créée par la loi du 6 janvier 1978 et qualifiée d'autorité administrative indépendante) ou le CSA (créé par la loi du 17 janvier 1989 et qualifié d'autorité indépendante).

(6) En ce sens : C. Teitgen-Colly, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, février 1990, p. 153 et s.

(7) Voir notamment au sujet des critères permettant de distinguer les autorités administratives indépendantes : J.-C. Oderzo, *Les autorités administratives indépendantes et la Constitution*, Thèse dactylographiée, Aix-Marseille III, 2000, p. 3.

(8) En ce sens : T. Tuot, « La loi du 10 février 2000 un an après, l'installation de la régulation du marché électrique », *C.J.E.G.*, n° 573, février 2001, p. 51 et s.

(9) La CRE se présente d'ailleurs comme telle (voir notamment son site Internet : [www.cre.fr](http://www.cre.fr)). Néanmoins, on peut considérer qu'il s'agit d'une indépendance toute théorique car comme le souligne très justement M. Tuot (*op. cit.*, p. 52), Directeur Général de la CRE, « elle n'a par exemple d'autonomie budgétaire qu'autant que l'administration du ministère de l'économie veut bien lui en laisser » car en effet, les crédits nécessaires à son fonctionnement sont soumis au vote du Parlement par l'intermédiaire du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie...

### A - Rappel des grandes lignes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Le pouvoir normatif attribué par le législateur à la CRE, aux termes de la loi du 10 février 2000, est sans conteste de nature réglementaire. En effet, le pouvoir normatif détenu par la CRE (10) correspond parfaitement à la définition donnée par André De Laubadère dans son *Traité élémentaire de droit administratif* (11), selon laquelle le pouvoir réglementaire est « le pouvoir que détiennent certaines autorités administratives d'édicter des mesures de portée générale et impersonnelle ». De plus, l'article 37 de la Constitution dispose lui-même que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ».

Or l'attribution par la loi d'un pouvoir réglementaire à une autorité administrative indépendante ne va pas de soi et pose un problème, eu égard principalement aux dispositions de l'article 21 de l'actuelle Constitution. En effet, ce texte dispose que « Sous réserve des dispositions de l'article 13 (12), il (le Premier Ministre) exerce le pouvoir réglementaire (...). Se pose alors la question de savoir si le législateur peut attribuer directement à une autorité (administrative indépendante), autre que le Premier Ministre, un pouvoir de nature réglementaire, eu égard aux dispositions de l'article 21 de la Constitution, et sur quel fondement.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de répondre à cette question, qui n'est pas nouvelle (13), lors de l'examen de la loi relative à la liberté de communication, qui a donné lieu à la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 (14), soit bien avant la création de la CRE. Sa réponse fût affirmative, le Conseil constitutionnel ayant à cette occasion considéré que si l'article 21 de la Constitution confère au Premier Ministre « l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national, il ne fait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier Ministre le soin de fixer (...) des normes permettant de mettre en œuvre une loi ». Cette interprétation a été confirmée par la suite à l'égard du Conseil supérieur de l'audiovisuel (15), de la Commission des opérations de bourse (16), et de l'Autorité de régulation des télécommunications (17).

Le fondement d'une telle solution semble devoir être trouvé dans l'article 34 de la Constitution (18), aux termes duquel la loi fixe notamment les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (...) ». Les autorités administratives indépendantes étant amenées à réguler des secteurs particulièrement sensibles pouvant affecter les libertés publiques et leur exercice, dont le législateur est le garant, il apparaît justifié que la loi attribue un pouvoir réglementaire à ces autorités. Il faut noter qu'une telle

(10) Qui consiste donc globalement à préciser, en tant que de besoin, les règles concernant les réseaux de transport et de distribution de l'électricité et la comptabilité des entreprises intervenant sur le marché de l'électricité.

(11) Tome I, L.G.D.J., 1973, p. 65.

(12) L'article 13 de la Constitution donne en effet compétence au Président de la République pour signer les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des Ministres.

(13) Voir par exemple L. Hamon, « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *D.* 1960, Chron., p. 253.

(14) Cons. const. n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, *RJC* I-290.

(15) Cons. const. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*, *RCJI*-339.

(16) Cons. const. n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Commission des Opérations de Bourse*, *RCJI*-365.

(17) Cons. const. n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *Réglementation des télécommunications*, *RJC* I-675.

(18) En ce sens notamment J.-C. Oderzo, *op. cit.*, p. 256.

solution conduit à admettre le caractère non limitatif de l'énumération de l'article 34 de la Constitution, étant donné qu'une telle faculté n'y est nullement inscrite (19).

Mais cette faculté (20) d'habilitation reconnue au législateur par le Conseil constitutionnel n'est pas sans limites, tant au niveau de la délimitation de ce pouvoir réglementaire face au pouvoir législatif, qu'au niveau de l'étendue de cette habilitation et de sa portée quant à la hiérarchie des compétences.

Il ne peut s'agir tout d'abord que d'une habilitation consistant en la mise en œuvre d'une loi, ainsi que cela transparaît de la décision du 18 septembre 1986 précitée. Le législateur ne peut pas déléguer sa compétence (21), c'est-à-dire charger une autre autorité d'exercer ses pouvoirs à sa place, de sorte que les autorités habilitées ne peuvent que mettre en œuvre la loi et non la faire. Ensuite cette habilitation « ne peut concerner que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu (22) ». Enfin cette habilitation ne peut se faire que dans le strict respect de la hiérarchie des compétences, en ce sens que les normes qui sont édictées par le législateur, mais surtout celles qui le sont par le Premier Ministre, ne doivent pas être subordonnées à celles produites par les autorités administratives indépendantes (23).

Reste maintenant à savoir si l'attribution d'un pouvoir réglementaire à la CRE est conforme à ces exigences.

### B - Essai d'examen de conformité à la Constitution de l'article 37 de la loi du 10 février 2000

Nous exposerons successivement les éléments plaidant en faveur d'une conformité à la Constitution de l'article 37 de la loi (a), puis les éléments qui nous semblent aller à son encontre (b), de manière à tenter d'en dégager une synthèse (c).

#### a - Éléments favorables

Le premier d'entre eux est sans nul doute le fait que le législateur ait prévu que la CRE « précise (...) les règles (...) dans le respect des dispositions législatives et réglementaires ». Cette précaution du législateur a en effet pour conséquence d'assurer le respect de la hiérarchie des compétences, de sorte que les normes élaborées par lui-même ou par le Premier Ministre ne sont en aucun cas subordonnées à celles produites par la CRE.

Le second peut être tiré du fait que la CRE exerce son pouvoir normatif « en application des articles (...) » ou « en conformité avec les articles (...) » de la loi

(19) Cela va notamment dans le sens de la théorie selon laquelle il existerait une « réserve de loi » (voir à ce sujet J. Trémeau, *La Réserve de loi*, *Économica*-PUAM, 1997, p. 264 et s.), c'est-à-dire un domaine législatif incompressible délimité par l'article 34 de la Constitution, au sein duquel le législateur doit « épuiser » sa compétence, et qu'il peut lui-même compléter par les matières qu'il considère comme relevant de sa compétence.

(20) Ainsi que l'a considéré le Conseil constitutionnel dans la décision n° 88-248 DC, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, *RJC* I-339.

(21) En vertu du principe de prohibition de « l'incompétence négative » : à ce sujet, voir notamment G. Schmitter, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AJJC*, 1989, pp. 137-177.

(22) Cons. const. n° 88-248 DC précitée : le Conseil constitutionnel a d'ailleurs considéré dans cette décision que l'habilitation donnée au CSA, de fixer 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 à celui-ci, avait une portée trop étendue.

(23) Cons. const. n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, précitée.

du 10 février 2000. Il semble bien alors que le législateur ne puisse être accusé d'avoir délégué le pouvoir législatif à la CRE, étant donné que celle-ci ne peut user de son pouvoir normatif qu'en application des dispositions de la loi du 10 février 2000.

Le troisième, peut-être un peu plus discutable, concerne l'étendue de l'habilitation de la CRE. On peut en effet considérer que l'habilitation de la CRE est limitée quant à son champ d'application et donc conforme à la Constitution, l'énumération faite par l'article 37 pouvant *a priori* être interprétée comme étant limitative (24). Mais la constitutionnalité d'une telle habilitation peut sembler moins évidente quant à son contenu, si l'on analyse à titre comparatif ce que le Conseil constitutionnel a décidé au sujet de l'habilitation de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) (25), qui demeure l'autorité administrative indépendante qui s'apparente le plus à la CRE. Certes le Conseil constitutionnel a considéré comme conforme à la Constitution le fait que l'ART soit chargée notamment de préciser les règles concernant les droits et obligations afférents à l'exploitation des différentes catégories de réseaux et de services, à savoir l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public du service téléphonique. Mais la loi ne prévoyait pas que la comptabilité des entreprises soit réglementée par l'ART, alors que c'est le cas en ce qui concerne la CRE. Néanmoins le fait que la CRE ait reçu compétence pour assurer la séparation comptable dans les entreprises intervenant sur le marché de l'électricité, afin de mettre en évidence et donc d'éviter l'obtention de « subventions croisées » pouvant nuire à la concurrence, ne nous semble pas *a priori* constituer un obstacle dirimant à la conformité à la Constitution de l'article 37 de la loi du 10 février 2000.

Par contre d'autres éléments semblent pouvoir aller à l'encontre d'une éventuelle déclaration de conformité à la Constitution de la loi du 10 février 2000 en son article 37.

#### b - Éléments obstacles

Il nous semble possible de relever principalement deux éléments susceptibles d'encourir la censure du Conseil constitutionnel.

Le premier d'entre eux concerne selon nous le premier alinéa de l'article 37 de la loi du 10 février 2000, aux termes duquel la CRE « précise (...) en tant que de besoin (...) les règles (...) ». En effet cette disposition nous paraît avoir pour conséquence d'attribuer à la CRE une trop grande marge d'appréciation quant à la nécessité d'user de son pouvoir normatif, eu égard aux exigences posées par le Conseil constitutionnel dans la décision relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) (26). Dans cette décision, le Conseil a notamment considéré que l'habilitation du CSA à édicter des normes de nature réglementaire n'est conforme à la Constitution qu'en raison du fait qu'elle « (...) n'est accordée par le législateur que dans la mesure limitée où un tel aménagement serait de nature à rendre plus aisée la réalisation par chaque service autorisé des objectifs déterminés par la loi ».

Ainsi il nous est permis de penser que le Conseil constitutionnel n'aurait pas déclaré l'article 37 de la loi en l'état conforme à la Constitution.

(24) Cela pourrait à tout le moins faire l'objet d'une réserve d'interprétation en ce sens de la part du Conseil constitutionnel.

(25) Cons. const. n° 96-378 DC., 23 juillet 1996, précitée.

(26) Cons. const. n° 91-304 DC, 15 janvier 1992, *Liberté de communication*, RJC I-482.

Quant au second, il nous semble résider dans la non soumission des normes édictées par la CRE à l'homologation par le Ministre compétent. Le Conseil constitutionnel a en effet validé (27) l'habilitation de l'ART parce que sa compétence réglementaire s'exerce, dans une certaine mesure, sous le contrôle du Ministre chargé des télécommunications, celui-ci homologuant par arrêté les décisions prises par l'ART. Or cela n'est nullement le cas pour la CRE qui n'est soumise à aucun contrôle (28) de la part de l'Exécutif, en ce qui concerne l'exercice de son pouvoir réglementaire. De ce chef, il est également permis de douter de la conformité à la Constitution des dispositions de l'article 37 de la loi du 10 février 2000 dans leur rédaction actuelle, alors qu'il aurait été aisé de l'éviter comme cela a été fait dans le cas de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, dont les actes ne peuvent être publiés au Journal Officiel qu'après homologation par arrêté des Ministres chargés de l'environnement et de l'aviation civile (29).

#### c - Tentative de synthèse

Ainsi il ressort de cette brève analyse que l'on peut légitimement douter de la conformité à la Constitution de l'article 37 de la loi du 10 février 2000 dans sa rédaction actuelle, eu égard à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, la loi rend à notre avis la CRE seul juge de la nécessité d'user de son pouvoir normatif, et donc de la clarté des règles à préciser, sans possibilité directe de contrôle de la part de l'Exécutif. Le législateur aura peut-être l'occasion de rectifier cela lors de l'élargissement de la compétence de la CRE au gaz (30).

Néanmoins la question de savoir par quel moyen le législateur pourrait rendre l'article 37 véritablement conforme à la Constitution demeure. En effet, hormis l'ajout d'une disposition calquée sur la décision relative au CSA (31), l'instauration d'une procédure d'homologation par le Ministre compétent des décisions prises par la CRE n'irait pas sans poser de problèmes, notamment au niveau de la portée de l'homologation, et plus particulièrement d'un refus d'homologation. Faudrait-il prévoir une formalité d'homologation obligatoire, de sorte que son absence entraînerait *ipso jure* l'illégalité de l'acte pris nonobstant cette absence, ainsi que cela semble être le cas pour l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires précitée, et limiter ainsi singulièrement le secteur réglementaire des autorités administratives indépendantes (32)? Ou conviendrait-il davantage de n'attribuer à cette formalité qu'un caractère subsidiaire? Une solution intermédiaire parmi d'autres pourrait consister à obliger la CRE à solliciter l'avis du Ministre compétent, sans que son caractère éventuellement défavorable ne bloque l'activité normative de la Commission, allant ainsi dans le sens d'une collaboration entre Autorité administrative indépendante et Exécutif. Le débat reste ouvert...

Mais si la question de la Constitutionnalité de l'habilitation de la CRE est bien évidemment d'une grande importance, ce n'est pas la seule. L'autre question

(27) Cons. const. n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, précitée.

(28) Si ce n'est, nous l'avons vu, un contrôle indirect au niveau de la soumission par le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, des crédits de fonctionnement de la CRE au vote du Parlement (cf. *supra* note 6).

(29) Loi n° 99-588 du 12 juillet 1999 portant création de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, *J.O.R.F.* du 13 juillet 1999, p. 10400.

(30) La CRE devant devenir à terme la Commission de régulation de l'électricité et du gaz, concomitamment avec l'ouverture du marché du gaz.

(31) Cons. const. n° 91-304 DC, 15 janvier 1992, précitée.

(32) En ce sens J.-C. Oderzo, *op. cit.*, p. 319.



importante à nos yeux concerne la nécessité d'une telle habilitation, à laquelle nous allons maintenant tenter d'apporter quelques éléments de réponse.

## II - NÉCESSITÉ DE L'ATTRIBUTION D'UN POUVOIR NORMATIF D'APPLICATION DE LA LOI DU 10 FÉVRIER 2000 À LA CRE : L'ARTICLE 37 DE LA LOI FACE AUX EXIGENCES DE LA DIRECTIVE 96/92/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL DU 19 DÉCEMBRE 1996

L'objet de la loi du 10 février 2000 étant la transposition de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996, la recherche de la réponse à la question de la nécessité de l'habilitation de la CRE par le législateur français passe nécessairement par l'analyse des prescriptions contenues dans cette norme européenne (A).

Les résultats de cette analyse commanderont peut-être la quête d'éléments de réponse ailleurs que dans les exigences du droit européen (B).

### A - Analyse de la portée du contenu normatif de la directive

La portée exacte du contenu normatif de la directive peut déjà être discutée au niveau de la nécessité de la création même de la CRE, en tant qu'autorité administrative indépendante. En effet, selon certains (33), la directive faisait véritablement obligation au législateur de créer l'autorité administrative indépendante qu'est la CRE. D'autres (34), aux côtés desquels nous nous rangeons, sont plus mesurés quant à cette nécessité. Il ne nous semble pas effectivement que l'on puisse interpréter les dispositions de la directive comme faisant en soi obligation au législateur de créer une autorité administrative indépendante pour réguler le marché de l'électricité. Les prescriptions contenues dans celle-ci ont seulement pour objet de donner une orientation générale conforme aux objectifs du Traité, laissant aux législateurs des pays membres le soin de fixer le régime le plus approprié à leur situation. Une interprétation contraire nous semble, d'une part, difficile à soutenir eu égard au contenu même de la directive, et d'autre part, incompatible avec les règles de droit européen, et notamment le principe de subsidiarité. En effet selon ce principe, qui régit les matières relevant du « premier pilier (35) » sur lequel repose l'Union européenne, l'action communautaire ne se substitue pas à l'action des États mais vient en complément de celle-ci, laissant ainsi le soin aux États membres de légiférer en prenant en compte leurs spécificités. C'est effectivement en conformité avec ce principe que la directive dispose notamment, en son article 22, que « les États membres créent des mécanismes appropriés et efficaces de régulation, de contrôle et de transparence afin d'éviter

(33) Notamment M. Tuot, Directeur Général de la CRE, qui considère que « la loi a créé, comme la directive lui en faisait d'ailleurs l'obligation, une autorité administrative indépendante, la CRE, comparable dans les grandes lignes aux régulateurs économiques bien connus que sont la COB, le Conseil de la concurrence ou l'ART » (op. cit., p. 51).

(34) Par exemple Rémy Coin, Direction Juridique d'Électricité de France, qui estime « qu'aucun des considérants de la directive 96/92 CE du 19 décembre 1996 ne fait explicitement référence à la création d'une instance spécifique de régulation du marché de l'électricité, à l'exception, indirectement du considérant 36, qui préconise la nécessité de prévoir des clauses de sauvegarde et des procédures de règlement des litiges, le considérant 37 ajoutant qu'il conviendrait d'éviter tout abus de position dominante et tout comportement prédateur. Le recours à une autorité spécifique n'est donc pas explicitement imposé par la directive (...) ». (« Les instances de régulation dans la loi du 10 février 2000 », *Commentaire législatif, C.J.E.G.*, n° 572, janvier 2001, p. 6).

(35) Expression consacrée désignant les Communautés européennes, et notamment la Communauté européenne, ayant remplacé l'ancienne CEE, dont relèvent un certain nombre de domaines dont la concurrence et les réseaux transeuropéens depuis le Traité de Maastricht.

tout abus de position dominante, au détriment notamment des consommateurs et tout comportement prédateur ». On ne saurait selon nous interpréter différemment son article 6 qui dispose que « les États membres désignent une autorité ou un organisme public ou privé (36) indépendant des activités de production, de transport et de distribution d'électricité qui sera responsable de l'organisation, du suivi et du contrôle de la procédure d'appel d'offres », ni même son article 20, aux termes duquel « les États membres désignent une autorité (37) compétente, qui doit être indépendante des parties, pour régler les litiges relatifs aux contrats et aux négociations en question ».

Si la création de la CRE en tant qu'autorité administrative indépendante ne paraît pas être imposée de manière évidente par la directive du 19 décembre 1996, a fortiori sa dotation par le législateur d'un pouvoir normatif de type réglementaire nous semble être le fruit d'un choix délibéré du législateur. La directive se contente, nous l'avons vu, de prescrire « la création de mécanismes appropriés et efficaces de régulation », par la désignation d'autorités ou d'organismes de droit privé ou public, sans préciser la nature ou l'étendue de leurs pouvoirs. Ceci est laissé à l'appréciation des États membres qui conservent en ce domaine leur souveraineté, conformément au principe de subsidiarité.

La directive du 19 décembre 1996 ne pouvant par conséquent expliquer en elle-même l'attribution d'un pouvoir normatif d'application de la loi du 10 février 2000 à la CRE, il convient alors de tenter de chercher ailleurs sa justification.

### B - Poursuite de la quête des justifications de l'attribution d'un pouvoir normatif d'application de la loi du 10 février 2000 à la CRE

L'attribution d'un pouvoir normatif de type réglementaire à la CRE ne relève donc pas, nous l'avons vu, d'une nécessité juridique, découlant des exigences du droit européen. La justification d'une telle attribution est à chercher ailleurs, par-delà les frontières du juridique *stricto sensu*. On se contentera modestement d'indiquer quelques pistes...

Les autorités administratives indépendantes dans leur ensemble connaissent un essor considérable depuis les années 80, en raison de « l'insuffisance des structures traditionnelles pour répondre à des problèmes de société complexes et évolutifs (38) ». Elles peuvent être analysées comme le fruit d'une réaction du législateur face à une certaine défiance collective vis-vis des pouvoirs publics, et à une exigence d'indépendance à l'égard des tenants du pouvoir économique. Le Conseil d'État avait justement illustré dès 1983 (39) l'intervention des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique par la régulation de l'économie de marché, afin de protéger les citoyens « contre les abus de position dominante émanant de puissances économiques privées, dans le cadre de ce que l'on appelle parfois le capitalisme sauvage ». La CRE s'inscrit parfaitement dans cette mouvance. Intervenant dans un domaine particulièrement technique, la CRE peut apparaître comme l'organe le plus en prise avec la réalité complexe du marché de l'électricité, et par conséquent le plus à même de le réguler. À cet effet, le

(36) La deuxième branche de l'option offerte par la directive excluant ainsi la création d'une entité administrative, soumise au droit public.

(37) Qui pourrait parfaitement être distincte de celle prévue à l'article 6 précité.

(38) M.-J. Guédon, *Les autorités administratives indépendantes et la Constitution*, L.G.D.J., Paris, 1991, p. 16.

(39) F. Gazier et Y. Cannac, *Étude sur les autorités administratives indépendantes*, in *Études et documents du Conseil d'État*, n° 35, 1983-1984, p. 13.

législateur a choisi de lui attribuer un pouvoir normatif direct, et ne s'est pas contenté de la doter de pouvoirs consultatifs ou d'aide à la décision.

Ainsi choix d'ordre politique, l'attribution d'un tel pouvoir normatif à la CRE n'est toutefois pas sans conséquences et les citoyens pourraient légitimement s'inquiéter des risques inhérents à toute situation dans laquelle les hommes ont du pouvoir. À cet égard, outre les vertus (40) dont sont nécessairement dotés de tels hommes, et qui doivent donc en théorie les prémunir contre toute tentation de détourner leurs pouvoirs de leur finalité première, à savoir la régulation du marché de l'électricité en vue principalement de préserver la concurrence et de prévenir les abus de positions dominantes, les garanties offertes aux citoyens contre de tels risques (41) consistent notamment, de manière plus pragmatique, et peut être aussi malheureusement plus réaliste, en la possibilité de saisir la juridiction administrative d'un recours contre les décisions prises par la CRE. Ces décisions peuvent être en effet à nos yeux soumises au contrôle de légalité (42) devant le Conseil d'État (43), par la voie du recours pour excès de pouvoir, les juridictions de l'ordre judiciaire ne pouvant recevoir compétence en cette matière qu'en vertu de la loi, et encore dans certaines limites précisées par le Conseil constitutionnel (44).

C'est donc ainsi surtout par le biais du recours au juge que les citoyens peuvent se prémunir contre les dangers que peut présenter l'attribution d'un tel pouvoir normatif à la CRE. Ainsi, si certains (45) s'émeuvent d'un certain empiètement des autorités administratives indépendantes sur la « sphère de compétence du juge » (46), et notamment les magistrats eux-mêmes, le juge demeure ici encore le dernier rempart face à l'arbitraire...

(40) Quelque peu à l'instar des juges que l'on espère dotés des vertus essentielles, et notamment aux souhaits de certains, de la fameuse prudence aristotélicienne (à ce sujet, lire notamment P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, P.U.F., Paris, 1997, 220 p.).

(41) Il faut toutefois noter que depuis sa création, la CRE a relativement peu utilisé son pouvoir normatif. On ne peut en effet relever, à la date où sont écrites ces lignes, que la décision prise à l'issue de la délibération du 15 février 2001 concernant les principes de dissociation comptable, seule prise expressément au visa de l'article 37 de la loi du 10 février 2000.

(42) À ce sujet, voir notamment J. Moreau, *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 1989, p. 69.

(43) Directement compétent pour les recours en annulation concernant les décisions d'organismes collégiaux à compétence nationale (en ce sens notamment M.-J. Guédon, *op. cit.*, p. 127).

(44) Celui-ci a en effet notamment considéré, dans sa décision du 23 janvier 1987 relative à la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, que « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ». Mais « dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel intéressé » (sur cette décision voir notamment la note de J. Chevallier, *A.J.D.A.*, 1987, p. 347).

(45) À ce sujet voir notamment J.-L. Autin, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *R.D.P.*, 1988, p. 1213.

(46) Expression empruntée à M.-J. Guédon, *op. cit.*, p. 22.

## ATTRIBUTION DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE AUX AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ET DROIT PÉNAL : LE CAS DE LA COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTÉS (CNIL)

Par

Raymond GASSIN

*Professeur honoraire à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille*

1 - À première vue, l'attribution, en matière pénale, du pouvoir normatif à des autorités autres que les autorités gouvernementales et les autorités administratives décentralisées paraît tout à fait inconcevable. L'article 34 de la Constitution ne dispose-t-il pas que « la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale, l'amnistie ... » ? Ainsi s'agissant des crimes et des délits, comme de la procédure pénale, une telle attribution paraît non seulement impensable, mais c'est le pouvoir réglementaire général du Premier Ministre (article 21 de la Constitution) et du président de la République (article 13 de la Constitution) qui semble lui-même totalement exclu en la matière.

Il est vrai que, pour les contraventions de police, l'interprétation de l'article 34 précité donnée successivement par le Conseil d'État (1), le Conseil Constitutionnel (2), et la Cour de Cassation (3), a exclu du domaine de la loi la détermination de celles-ci et des peines dont elles sont assorties et conféré ainsi au pouvoir réglementaire cette prérogative en application de l'article 37. Mais, outre le fait que, selon le Conseil Constitutionnel, le législateur conserve le pouvoir d'instituer des peines contraventionnelles (4), les contraventions ne peuvent être édictées que par des décrets en Conseil d'État et il est ainsi acquis qu'aucune autre

(1) CE 12 février 1960, *J.C.P.* 1960.II.11629, note Vedel, *Rev. Sc. crim.* 1961, 103, obs. Legal.

(2) Cons. Const. 19 fév. 1963, D.1964.J.92, note Hamon.

(3) Crim. 26 février 1974, D.1974.J.279.

(4) Cons. Const. 30 juillet 1982, Favoreu et Philip, *Grandes décisions du conseil constitutionnel*, n° 33.