

L'ordre public économique

Thomas PEZ - Professeur à l'Université Paris-Dauphine

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 49 (DOSSIER : L'ENTREPRISE) - OCTOBRE 2015 - P. 44 À 57

Résumé : L'ordre public économique est lié à la défense d'une concurrence suffisante sur les marchés comme en atteste la jurisprudence constitutionnelle, administrative et judiciaire en matière de concentrations économiques et de pratiques anticoncurrentielles. Mais l'ordre public économique va au-delà de la concurrence. D'autres impératifs que doivent prendre en considération les régulateurs enrichissent son contenu et sa fonction. La préservation et le rétablissement de l'ordre public économique constituent l'objet même de la régulation économique. De même que l'ordre public est indissociable de la police, l'ordre public économique fait le lien entre la notion de police appliquée à l'économie et la notion juridique de régulation.

1. L'ordre public économique est au cœur de la régulation. Assurer l'ordre public économique c'est assurer le bon fonctionnement du marché. Sa sauvegarde est l'objet même de la régulation économique. De même que l'ordre public est indissociable de la police, l'ordre public économique fait le lien entre la notion de police appliquée à l'économie et la notion juridique de régulation.

2. L'ordre public est présenté comme appartenant à ces notions juridiques dont l'indétermination ne semble avoir d'égal que leur place centrale dans le fonctionnement du système juridique. L'ordre public économique n'échapperait pas à ce constat ⁽¹⁾. Il s'agirait d'une notion juridique aussi floue qu'indispensable.

La doctrine de droit privé souligne l'indétermination du contenu de l'ordre public ⁽²⁾. L'affirmation concerne l'ordre public du juge ⁽³⁾, c'est-à-dire l'ensemble des normes que le juge doit faire prévaloir sur la volonté des parties en toutes circonstances. Elle est certainement exacte en droit privé. En droit public, le contenu de l'ordre public s'enrichit et prend également le sens de l'ordre public de la police ⁽⁴⁾ qui semble davantage déterminé et stable. L'ordre public y est traditionnellement défini comme « le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ». La formule qui figure aujourd'hui à l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales est reprise, mot à mot, de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale ⁽⁵⁾ et remonte à des lois révolutionnaires ⁽⁶⁾. Sécurité, salubrité et tranquillité publiques sont les trois composantes historiques de l'ordre public de la police. À cette trilogie classique et ancienne, le Conseil d'État a ajouté « le respect de la dignité de la personne humaine » dont il a fait l'« une des composantes de l'ordre public » ⁽⁷⁾. À la relative mais indéniable indétermination du contenu de l'ordre public en droit privé semble répondre une certaine stabilité de l'ordre public en droit public. Ce constat relatif à l'ordre public général, celui de la police, semble transposable à l'ordre public économique : son contenu est plus stable et moins indéterminé que le pensent certains ⁽⁸⁾.

3. L'ordre public, économique ou non, celui du juge comme celui de la police, a toujours la même fonction : contraindre des volontés particulières, limiter la liberté ⁽⁹⁾. L'opposition trop souvent admise entre ordre et liberté doit être dépassée : ils sont au contraire consubstantiels l'un à l'autre ⁽¹⁰⁾. L'ordre public économique est spécialement invoqué pour justifier des limites à la liberté contractuelle, à la liberté d'entreprendre, aux libertés économiques. L'ordre public économique et liberté économique sont inséparables. Cette idée est bien présente dans la jurisprudence.

4. L'ordre public économique a acquis un sens en droit privé avant d'être utilisé en droit public. L'ordre public économique, utilisé depuis longtemps par le juge judiciaire pour désigner l'ensemble des normes qu'il fait prévaloir sur la volonté des parties, ne l'est que depuis récemment par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État et dans un sens quelque peu différent.

La doctrine l'a déjà étudié, particulièrement en droit privé ⁽¹¹⁾ mais aussi plus récemment en droit public ⁽¹²⁾. Ces études doctrinales et théoriques peuvent être éclairées par la jurisprudence constitutionnelle et administrative récente qui se réfère désormais expressément à l'ordre public économique. Les décisions qui emploient l'expression et la notion se sont multipliées depuis sa première apparition dans la jurisprudence constitutionnelle en 2011. Au-delà de la construction théorique de la notion, l'étude de la jurisprudence permet de préciser la fonction de l'ordre public économique et d'en identifier les composantes. L'ordre public économique est lié au fonctionnement concurrentiel du marché mais ne se réduit pas à lui.

L'ordre public économique entretient une relation complexe avec la concurrence. La concurrence est dans l'ordre public économique (I) mais

I – La concurrence dans l'ordre public économique : ordre public économique et ordre public concurrentiel

5. Le fonctionnement concurrentiel du marché est la première composante de l'ordre public économique. Les juges ont associé l'ordre public économique au contrôle des concentrations autant qu'à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles.

A - Le lien entre ordre public économique et contrôle des concentrations

6. Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État lient expressément l'ordre public économique et le contrôle des concentrations. Parmi les décisions qui mentionnent l'ordre public économique, ce sont même les plus nombreuses.

7. Si elle n'est pas la première à mentionner l'ordre public économique⁽¹³⁾, la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre⁽¹⁴⁾, est probablement la plus significative. Le Conseil constitutionnel rapproche « les objectifs de préservation de l'ordre public économique » et le contrôle des opérations de concentration qui a « pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé ». Le « fonctionnement concurrentiel du marché » apparaît comme la première composante de l'ordre public économique. Le juge s'approprie ainsi les termes de la loi selon laquelle l'Autorité de la concurrence « apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international »⁽¹⁵⁾ et « peut également recommander au ministre [...] de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés »⁽¹⁶⁾. La décision du 12 octobre 2012 inaugure un courant jurisprudentiel qui n'a cessé de s'enrichir et dans lequel d'autres juges se sont rapidement inscrits. Le Conseil constitutionnel en a repris les termes et le Conseil d'État s'y réfère expressément.

8. Dans une décision du 1^{er} octobre 2013 concernant la loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie⁽¹⁷⁾, le Conseil constitutionnel apprécie la constitutionnalité du dispositif mis en place localement par le « congrès » qui « a entendu soumettre les opérations de concentration [...] à un contrôle dans tous les secteurs d'activité afin d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché ». Et c'est « eu égard aux particularités économiques de la Nouvelle-Calédonie et aux insuffisances de la concurrence sur de nombreux marchés » que le Conseil constitutionnel considère que « l'atteinte à la liberté d'entreprendre qui résulte des dispositions contestées [...] est justifiée par les objectifs de préservation de l'ordre public économique que le législateur s'est assignés et proportionnée à cette fin ».

Il faut comprendre que c'est le contrôle des concentrations qui permet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché par une limitation de la liberté d'entreprendre. Assurer le fonctionnement concurrentiel du marché en soumettant à un contrôle les opérations de concentration concourt aux objectifs de préservation de l'ordre public économique. L'ordre public économique permet de limiter la liberté économique⁽¹⁸⁾.

9. Le Conseil d'État, dans sa décision d'Assemblée du 21 décembre 2012, Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal⁽¹⁹⁾, reprend à son compte le raisonnement du Conseil constitutionnel et se réfère expressément à sa jurisprudence. Le juge administratif suprême considère qu'il résulte de la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 que les dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, qui visent à garantir le respect effectif des mesures correctives assortissant une autorisation de concentration, ont « pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans les secteurs affectés par l'opération de concentration ». Ainsi, « eu égard à leur objet qui, outre sa portée punitive, est la préservation de l'ordre public économique, les sanctions prévues par le 1^o et le 2^o du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, qui sont distinctes de la sanction pécuniaire prévue au quatrième alinéa de ce IV, doivent être proportionnées à la gravité des manquements constatés et aux exigences de maintien ou de rétablissement d'un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés ».

Les sanctions de l'irrespect des mesures correctives qui assortissent la décision autorisant une opération de concentration (spécialement le retrait de l'autorisation en cas d'inexécution des engagements⁽²⁰⁾ pris par les parties) ont donc « pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché » autant qu'elles ont pour « objet » la « préservation de l'ordre public économique ». Pour le Conseil d'État, comme pour le Conseil constitutionnel, la préservation de l'ordre public économique passe par le fonctionnement concurrentiel du marché. « Assurer un fonctionnement concurrentiel du marché » c'est contribuer à « la préservation de l'ordre public économique ». Le fonctionnement concurrentiel du marché est une des composantes – la première composante – de l'ordre public économique.

10. Le Conseil d'État a également jugé, dans un arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2013, Société Métropole Télévision (M6)⁽²¹⁾, que « compte tenu des effets excessifs pour l'ordre public économique d'une annulation immédiate » d'une décision entachée d'une erreur d'appréciation autorisant une opération de concentration, « et au regard de l'intérêt général qui s'attache à la préservation d'une concurrence suffisante, il y a lieu [...] de différer l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence ».

De cet arrêt il faut retenir « l'intérêt général qui s'attache à la préservation d'une concurrence suffisante » que le Conseil d'État raccorde à l'ordre

public économique⁽²²⁾. La formule éclaire le sens du « fonctionnement concurrentiel des marchés » auquel le Conseil constitutionnel comme le juge administratif ont pris l'habitude de se référer avec le législateur depuis quelques années. Qu'est-ce qu'un « fonctionnement concurrentiel des marchés » ? Comme le rappelle le Conseil d'État qui reprend une formule de la loi⁽²³⁾, l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue, lorsqu'elle identifie un effet anticoncurrentiel d'une opération de concentration, d'adopter des mesures correctives de nature à le supprimer intégralement, « pourvu que ces mesures permettent d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante »⁽²⁴⁾. La concurrence pure et parfaite n'est pas exigée pour que l'ordre public économique soit assuré. Le maintien d'une « concurrence suffisante » suffit à assurer « un fonctionnement concurrentiel du marché » et garantit la préservation de l'ordre public économique. La concurrence suffisante, autre nom du fonctionnement concurrentiel du marché, est certainement la première composante de l'ordre public économique.

11. Dans une dernière décision le Conseil d'État réitère d'une manière particulièrement claire le lien direct qui unit le contrôle des opérations de concentration et l'ordre public économique. Dans l'arrêt du 16 juillet 2014, Société Copagef⁽²⁵⁾, le juge administratif considère en effet « qu'un manquement à l'obligation de notification d'une opération de concentration constitue, en tant que tel, que l'opération ait ou non des effets anticoncurrentiels sur le ou les marchés pertinents concernés et, si elle en a, quelle que soit leur importance, un manquement grave aux obligations prévues par le code de commerce, dès lors qu'il nuit à la mise en œuvre des pouvoirs de contrôle des opérations de concentration dévolus à l'Autorité de la concurrence et, par suite, à la mission de préservation de l'ordre public économique qui lui incombe ». Une atteinte aux pouvoirs de contrôle des opérations de concentration correspond à une atteinte à la mission de préservation de l'ordre public économique. Cela ne signifie par pour autant que le champ de l'ordre public économique se restreindrait à ce seul aspect de la défense de la concurrence : l'ordre public économique se maintient en dehors du contrôle des opérations de concentration.

B - L'ordre public économique en dehors du contrôle des concentrations

12. Parmi les décisions qui font expressément référence à l'ordre public économique, les plus nombreuses sont relatives au contrôle des concentrations. Toutefois, ce n'est pas le seul dispositif qui concourt à la préservation de l'ordre public économique et qui a pour objet d'assurer le fonctionnement concurrentiel du marché. La prohibition des comportements anticoncurrentiels des entreprises⁽²⁶⁾ et spécialement des ententes ou des abus de position dominante y contribue également. D'autres décisions moins nombreuses mais non moins significatives en attestent.

13. Les arrêts de la Cour de cassation et de la Cour d'appel de Paris⁽²⁷⁾, compétentes pour juger de la légalité des décisions de l'Autorité de la concurrence relatives aux pratiques anticoncurrentielles ou en matière de règlement des différends, s'inscrivent dans le même courant jurisprudentiel que celui relatif au contrôle des concentrations ; peut-être d'ailleurs l'ont-ils inspiré. La juridiction judiciaire affirme de manière significative, dans une affaire dans laquelle était suspecté un *abus de position dominante*, que « l'Autorité de la concurrence, qui a pour mission de *garantir le bon fonctionnement de la concurrence* sur les marchés et de *défendre l'ordre public économique*, est habilitée à rendre des décisions pour remédier aux situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence »⁽²⁸⁾. De même, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation⁽²⁹⁾ mentionne-t-elle la « *mission de protection de l'ordre public économique* » du Conseil de la concurrence à propos d'une *entente* relative à l'application de prix conseillés. Le lien entre les ententes prohibées et l'ordre public économique est encore établi lorsque la Chambre commerciale de la Cour de cassation parle de « *trouble à l'ordre public économique engendré par une entente* comme celle alors suspectée dans le secteur des travaux ferroviaires »⁽³⁰⁾.

14. La Cour de justice de l'Union européenne se réfère également explicitement à l'ordre public économique à propos des ententes et pratiques concertées. Elle juge que le montant de l'amende venant sanctionner la violation des règles de concurrence est fixé, notamment, en fonction de la gravité de l'infraction et que « des éléments objectifs tels le contenu et la durée des comportements anticoncurrentiels, leur nombre et leur intensité, l'étendue du marché affecté et *la détérioration subie par l'ordre public économique* doivent être pris en compte »⁽³¹⁾.

15. Au-delà de la mission de l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'ordre public économique est encore invoqué à propos de l'action du ministre chargé de l'économie contre des « pratiques restrictives de concurrence »⁽³²⁾. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre*⁽³³⁾, considère que « le législateur a attribué à l'autorité publique un pouvoir d'agir pour *faire cesser des pratiques restrictives de concurrence* » et « qu'ainsi, il a entendu *réprimer ces pratiques, rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux et prévenir la réitération de ces pratiques* ; qu'en égard aux *objectifs de préservation de l'ordre public économique* qu'il s'est assignés, le législateur a opéré une *conciliation* entre le *principe de la liberté d'entreprendre* et *l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales* ». Maintenir un équilibre dans les relations commerciales en faisant cesser les pratiques restrictives de concurrence contribue à la préservation de l'ordre public économique.

16. En définitive, les atteintes à l'ordre public économique peuvent résulter de toutes les formes d'entraves au libre jeu de la concurrence⁽³⁴⁾. Le fonctionnement concurrentiel du marché est bien un des éléments essentiels de l'ordre public économique et il ne se limite pas au contrôle des

II – L'ordre public économique au-delà de la concurrence : ordre public économique et régulation

17. L'ordre public économique a pu être confondu avec un « ordre public concurrentiel »⁽³⁵⁾. Cette présentation de l'ordre public économique n'emporte pas entièrement la conviction. Elle est trop réductrice. L'ordre public économique va au-delà de la défense de la concurrence et est au cœur de la régulation qu'il rapproche de la police.

A - Les autres composantes de l'ordre public économique

18. Pas plus que l'ordre public général ne saurait être circonscrit à la seule sécurité – la tranquillité, la salubrité et la dignité de la personne humaine viennent s'y ajouter –, l'ordre public économique ne saurait être réduit au seul fonctionnement concurrentiel du marché. Il ne s'agit pas de nier l'importance de l'impératif de concurrence suffisante au sein de l'ordre public économique mais simplement de constater que d'autres composantes s'y ajoutent. La jurisprudence et la loi sont établies en ce sens et permettent d'identifier les autres objectifs d'intérêt général qui composent l'ordre public économique.

19. Les autorités de régulation sectorielle, qui veillent également au respect de la concurrence et donc à la préservation de l'ordre public économique, ce qui autorise à les qualifier de régulateurs sectoriels de la concurrence, ont aussi et peut-être surtout d'autres préoccupations⁽³⁶⁾. Les régulateurs sectoriels n'ont pas pour première ou pour seule fonction de veiller au respect de la concurrence. Les textes leur assignent un cadre d'action plus large et des missions spéciales qui dépendent du secteur qu'ils ont la charge de réguler et qui vont au-delà de cette seule préoccupation⁽³⁷⁾. Ainsi l'ARCEP qui exerce « la fonction de régulation du secteur des communications électroniques »⁽³⁸⁾ précise les règles concernant les conditions d'utilisation des fréquences, délivre les autorisations d'utilisation des fréquences qui lui sont attribuées⁽³⁹⁾ en veillant à la réalisation d'objectifs d'intérêt général parmi lesquels figurent la fourniture et le financement du *service public* des communications électroniques, le développement de l'emploi, la *protection de l'environnement* et de la *santé*, la *défense* et la *sécurité publique*⁽⁴⁰⁾ ainsi que l'*aménagement du territoire*⁽⁴¹⁾. Le CSA qui est en charge de la régulation de la communication audiovisuelle autorise et contrôle l'usage des fréquences attribuées à des usages de radiodiffusion⁽⁴²⁾ en veillant à des « impératifs prioritaires » parmi lesquels « la sauvegarde du *pluralisme* des courants d'expression socio-culturels »⁽⁴³⁾. La CRE a qui incombe la fonction de régulation du secteur de l'énergie a pour mission de concourir au *bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel au bénéfice des consommateurs* *finals*⁽⁴⁴⁾ en cohérence avec certains objectifs dont l'indépendance stratégique de la Nation, la *sécurité* d'approvisionnement, la préservation de la *santé* humaine et de l'*environnement* en particulier en luttant contre l'aggravation de l'effet de serre, la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie⁽⁴⁵⁾. L'ACPR est l'organe de supervision français de la banque et de l'assurance qui « veille à la préservation de la *stabilité* du système financier et à la *protection* des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle »⁽⁴⁶⁾. L'AMF « veille à la *protection de l'épargne* investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au *bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers* »⁽⁴⁷⁾.

Que les régulateurs sectoriels aient des objectifs autres que le fonctionnement concurrentiel du marché explique leur complémentarité avec l'Autorité de la concurrence : ils interviennent à des moments différents de l'évolution des marchés⁽⁴⁸⁾. Ils n'en contribuent pas moins à la préservation de l'ordre public économique aux côtés de l'Autorité de la concurrence et contribuent à l'enrichissement de son contenu.

20. Le cas de l'Autorité des marchés financiers est significatif. Dans son importante décision du 18 mars 2015 relative au principe *ne bis in idem* (décision n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC, *M. John L. et autres*⁽⁴⁹⁾), le Conseil constitutionnel considère « qu'aux termes de l'article L. 621-1 du code [monétaire et financier], l'*Autorité des marchés financiers* veille à « la *protection de l'épargne investie* » dans les instruments financiers, divers actifs et tous les autres placements offerts au public ; qu'ainsi, la répression du manquement d'initié et celle du délit d'initié poursuivent une seule et même *finalité de protection du bon fonctionnement et de l'intégrité des marchés financiers* ; que ces *répressions d'atteintes portées à l'ordre public économiques* s'exercent dans les deux cas non seulement à l'égard des professionnels, mais également à l'égard de toute personne ayant utilisé illégalement une information privilégiée ».

Le lien est ainsi tracé par le Conseil constitutionnel entre « la *protection de l'épargne investie* », la « protection du *bon fonctionnement* et de l'*intégrité* des marchés financiers » et l'« ordre public économique ». L'AMF reprend à son compte ce raisonnement dans son rapport sur l'application du principe *ne bis in idem* dans la répression des abus de marché⁽⁵⁰⁾. C'est bien la preuve que l'ordre public économique ne saurait être réduit au seul « ordre public concurrentiel », au seul fonctionnement concurrentiel des marchés. Le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ne se limitent pas au fonctionnement concurrentiel de ces marchés mais inclut également la protection de l'épargne investie. Rattacher ces impératifs à un « ordre public *concurrentiel* »⁽⁵¹⁾ ne peut être admis sans faire perdre au mot « concurrence » une partie

de sons sens. Mieux vaut admettre que ces missions qui incombent à l'AMF sont des composantes de l'ordre public économique qui viennent s'ajouter au « fonctionnement concurrentiel du marché » sans se confondre avec lui.

Une décision de l'AMF du 17 mars 2005 [\(52\)](#) illustre cette nécessité de distinguer, au sein de l'ordre public économique, le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers, d'une part, du fonctionnement concurrentiel des marchés, d'autre part. La commission des sanctions de l'AMF qualifie de « *trouble à l'ordre public économique* » les « dysfonctionnements » ayant pour source « l'absence d'un système de comptabilisation des opérations sur titres en partie double ». L'absence d'un tel système de comptabilisation semble difficile à rattacher à l'exigence d'une concurrence suffisante. Le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers sont une autre composante de l'ordre public économique.

21. Les autorités de régulation sectorielle se réfèrent parfois dans leurs décisions à l'ordre public économique. Se faisant elles combinent au sein de l'ordre public économique la nécessité d'une concurrence suffisante avec d'autres impératifs. Ainsi, l'ARCEP a-t-elle eu l'occasion de reprendre à son compte le raisonnement de la Cour d'appel de Paris [\(53\)](#) selon lequel « le régulateur doit exercer sa mission au regard des *objectifs de la régulation en matière de communications électroniques* définis par l'article L. 32-1 du CPCE, *en se fondant*, au-delà de la situation particulière d'un opérateur [], *sur des considérations touchant à l'ordre public économique* ». Et l'ARCEP de poursuivre : « parmi ces objectifs, figure "l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale", qui *garantit à la fois* la *concurrence* entre opérateurs *et les intérêts des utilisateurs* » [\(54\)](#) . La concurrence n'est clairement pas la seule « des considérations touchant à l'ordre public économique », les « intérêts des utilisateurs » en font également partie. N'est-ce d'ailleurs pas le propre de la régulation de concilier la concurrence avec d'autres objectifs économiques [\(55\)](#) ?

Dans le même ordre d'idée, la Cour d'appel de Paris [\(56\)](#) a jugé, dans un arrêt relatif au règlement de différends auquel l'ARCEP se réfère également [\(57\)](#) , que « la *mission régulatrice confiée par la loi à l'ARCEP* lui donne notamment le pouvoir d'imposer aux opérateurs relevant de son autorité des prescriptions et des injonctions ayant une incidence sur la conclusion, le contenu ou l'exécution de leurs conventions et de restreindre ainsi, pour des motifs d'*ordre public économique*, le *principe de liberté contractuelle* dont ils bénéficient ». C'est bien la preuve, d'une part, que l'ordre public économique ne se limite pas à la préservation de la concurrence et, d'autre part, qu'il permet de restreindre la liberté d'une manière que ne renieraient ni le juge ni la doctrine de droit privé [\(58\)](#) .

22. Quelles sont donc les autres composantes de l'ordre public économique qui viennent s'ajouter à une concurrence « suffisante » ? Le service public (son fonctionnement et son financement) fait souvent partie des considérations que les régulateurs sectoriels doivent retenir de même que la protection de l'environnement ou le développement durable, la protection des usagers ou des consommateurs, la santé, la sécurité et la défense. On ajoutera aussi le pluralisme des courants d'expression. Les régulateurs doivent veiller au respect de ces « impératifs » comme les appellent parfois les textes. Peut-être peuvent-ils être réunis sous la bannière du « bon fonctionnement du marché ». Pour l'Autorité de la concurrence, le bon fonctionnement du marché rejoint certainement le fonctionnement *concurrentiel* du marché. Pour les régulateurs sectoriels, le contenu du « bon fonctionnement du marché » des communications électroniques, de l'audiovisuel, de l'énergie, des transports, des marchés financiers, des banques et des assurances, celui des jeux en ligne, varie partiellement d'un secteur à l'autre. Il y a néanmoins une base commune. Dans tous les cas, il s'agit pour les autorités publiques de prévenir les troubles à l'ordre public qui peut être appelé économique en ce qu'il encadre spécifiquement le fonctionnement d'un marché [\(59\)](#) . Le bon fonctionnement du marché décliné selon les différents marchés ou les différents secteurs en « fonctionnement concurrentiel », ou en protection de l'un des « impératifs » précédemment mentionnés, fait l'unité de la notion d'ordre public économique.

23. Parfois, même fréquemment, les objectifs poursuivis par les régulateurs sectoriels au titre de l'ordre public *économique* relèvent également de l'ordre public *général*. Le lien est alors tracé entre ordre public économique et ordre public général [\(60\)](#) . L'activité économique des entreprises est en effet susceptible de provoquer des troubles à l'ordre public classique [\(61\)](#) .

Le risque que présentent pour la santé publique les ondes électromagnétiques des antennes relais de téléphonie mobile a ainsi pu être considéré comme un trouble à l'ordre public général [\(62\)](#) . Toutefois, le Conseil d'État [\(63\)](#) a jugé que seules les autorités de l'État (le ministre chargé des communications électroniques, l'ARCEP et à l'ANFR) sont compétentes pour réglementer de façon générale l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile. La police spéciale des communications électroniques ainsi confiée à l'État, qui veille à un niveau élevé et uniforme de protection de la santé publique contre les effets des ondes électromagnétiques émises par les réseaux de communications électroniques et au « fonctionnement optimal de ces réseaux notamment par une couverture complète » du territoire, exclut que le maire réglemente par arrêté l'implantation des antennes relais sur le territoire de sa commune, sur le fondement de son pouvoir de police générale.

Plus généralement, de nombreuses missions qui incombent aux régulateurs sectoriels renvoient à des notions qui sont au cœur de l'ordre public général. Ainsi de la défense et de la sécurité publique auxquelles doivent notamment veiller, dans le cadre de leurs compétences respectives,

tant l'ARCEP que le CSA, la CRE et l'ARAF ou de la santé que doivent préserver les trois premières de ces autorités. Des considérations économiques peuvent donc jouer en liaison avec celles de l'ordre public général(64).

24. Il n'est pas toujours aisé de distinguer l'ordre public économique de l'ordre public général. Faut-il considérer que « ce qui caractérise l'ordre public économique par rapport aux autres aspects de l'ordre public, c'est qu'il est un instrument de la politique économique »(65) ? Quel est le critère du caractère économique de l'ordre public ? La réponse à cette question n'a rien d'une évidence. La difficulté tient aux incertitudes que peut connaître la notion même d'économie(66). Il y a une part d'arbitraire à décréter qu'un phénomène est « économique »(67). Le critère de l'économie a pu être découvert dans l'accumulation des richesses. Il apparaît désormais davantage dans la *rareté des ressources*(68). Dans cette perspective, les impératifs auxquels doivent veiller les régulateurs sectoriels n'apparaissent pas sans rapport avec l'économie : leur objet autant que leur but est, pour l'essentiel, économique(69). L'ordre public général et l'ordre public économique se rejoignent parfois et la mission des régulateurs s'apparente encore un peu plus à la police, la police de l'économie(70).

B - L'ordre public économique, objet de la régulation économique

25. Au sein de l'ordre public économique doivent être conciliées différentes considérations et la nécessité d'une concurrence suffisante n'est que l'une d'elles. Si la régulation consiste, au premier sens du terme, à rendre régulier, à assurer le fonctionnement régulier, le bon fonctionnement, *la régulation économique vise alors à assurer le bon fonctionnement du marché*. Et le bon fonctionnement du marché, même dans une économie libérale, ne saurait être réduit au seul « *fonctionnement concurrentiel du marché* ». Au-delà de la nécessité d'une concurrence suffisante, d'autres impératifs, d'autres « *considérations touchant à l'ordre public économique* »(71) doivent être pris en compte par les régulateurs qui ont pour mission de concilier l'ensemble.

La *régulation économique* est *la fonction de la puissance publique dont l'objet est la préservation et le rétablissement de l'ordre public économique*. En bref, *la régulation économique consiste à assurer le maintien de l'ordre public économique*. Il s'agit d'une fonction disciplinaire(72), d'une discipline du marché.

Cette définition qui unit la régulation à l'ordre public économique appelle certainement des précisions et certains tempéraments, elle présente toutefois le mérite d'être simple autant à énoncer qu'à retenir. À cet égard, il faut certainement s'inspirer de la jurisprudence et la jurisprudence récente qui vient d'être rappelée, spécialement celle du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, a ouvert la voie en ce sens. La définition proposée poursuit une opinion doctrinale(73), parfois contestée(74), mais qui semble confirmée(75) et qui rapproche la régulation économique de la police de l'économie.

26. La corrélation est clairement établie par le Conseil d'État entre l' *ordre public économique* et la *police* en ce qui concerne le contrôle des concentrations économiques. Le juge administratif suprême, dans ses décisions *Canal Plus*, considère que « lorsqu'elle se prononce sur une opération de concentration qui lui a été notifiée, l'Autorité de la concurrence [] exerce un *pouvoir de police* »(76). Il parle également « des *pouvoirs de police* en matière de concentrations antérieurement détenus par le ministre chargé de l'économie et transférés à l'Autorité de la concurrence » et retient que l'objet de ces pouvoirs est « la préservation de l'ordre public économique »(77). La formule selon laquelle la police de la concurrence « désigne, comme toute activité de police, le maintien d'un certain ordre »(78) prend tout son sens. Même la doctrine la plus réticente à l'assimilation de la régulation à la police adhère à cette présentation(79).

Or l'ordre public économique n'est pas seulement un objectif du contrôle des concentrations ni même, plus largement, des dispositifs visant à maintenir une concurrence suffisante. L'ordre public économique est une préoccupation de tous les régulateurs sectoriels autant que de l'Autorité de la concurrence. Le lien établi par le Conseil d'État entre cet ordre et la police doit encore valoir entre celui-là et la régulation. Le régulateur veille au maintien de l'ordre public économique et la police (économique) est la mission qui consiste à maintenir l'ordre public (économique). L'ordre public économique est au cœur du rapprochement de ces deux notions, celle classique de police, celle plus récente de régulation.

Transposée à l'économie la notion de police recouvre l'ensemble des dimensions de la régulation : à la police administrative qui a un caractère *préventif* (empêcher les désordres) et *curatif* (rétablir l'ordre), et à la police judiciaire qui a un caractère *répressif* (poursuivre les délinquants)(80) correspondent les deux attitudes *ex ante* et *ex post* de l'Autorité de la concurrence et des régulateurs sectoriels. Ces trois dimensions – préventive, curative et répressive – se retrouvent dans la régulation économique comme en atteste la formulation de certains arrêts(81). La régulation est une forme de police. La régulation économique est une police économique, ce qui explique que le maintien de l'ordre public économique soit sa fonction première.

(1) G. Marcou, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in T. Revet et L. Vidal (dir.), *Annales de la régulation*, IRJS

- (2) Ph. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Éd. Matot-Braine, Reims, 1953, 278 p. ; P. Deumier, Th. Revet, v° *Ordre public*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1119.
- (3) Selon l'expression de G. Marcou, *op. cit.*, spéc. p. 83.
- (4) *Ibid.*
- (5) *JO* du 6 avril 1884 p. 1557.
- (6) D. Truchet, *Droit administratif*, 4^e éd., Thémis, PUF, p. 305.
- (7) CE Ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^e éd., Dalloz, 2013, n° 95.
- (8) G. Marcou, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », préc., p. 79 s.
- (9) P. Deumier, Th. Revet, v° *Ordre public*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1119 et s., spéc. p. 1119 et 1122.
- (10) G. Marcou, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », préc., p. 79 et s., spéc. p. 83 ; É. Picard, *La notion de police administrative*, Bibliothèque de Droit public, t. 146, vol. 2, 1984, p. 534, p. 541-542, et p. 544 et s.
- (11) G. Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Mél. Gény*, 1934, t. 2, p. 352 ; G. Farjat, *L'ordre public économique*, Bibliothèque de Droit privé, t. 34, LGDJ, 1963, 543 p. ; R. Savatier, « L'ordre public économique », *D.* 1965, chr., p. 37. V. aussi : J. Méadel, *Les marchés financiers et l'ordre public*, Bibliothèque de Droit privé, t. 478, LGDJ, 2007, 528 p.
- (12) G. Marcou, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », préc., p. 79 s. ; Ch. Vautrot-Schwarz, « L'ordre public économique », in C.-A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Cujas, 2012, p. 187 et s.
- (13) V. Cons. const., décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre*.
- (14) Cons. const., décision n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre*, cons. 11.
- (15) Article L. 461-1 du code de commerce.
- (16) Article L. 462-4 du code de commerce.
- (17) Cons. const., décision n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, cons. 5.
- (18) Rappr. : P. Deumier, Th. Revet, v° *Ordre public*, préc.
- (19) CE Ass., 21 décembre 2012, *Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal*, n° 353856, cons. 48 et 49, v. aussi cons. 63.
- (20) F. Blanc, *Les engagements dans le droit français des concentrations*, Bibliothèque de Droit public, t. 284, LGDJ, Lextenso éd., 2015, 436 p.
- (21) CE Ass., 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision (M6)*, n° 363702, cons. 23.
- (22) V. aussi : CE Ass., 21 décembre 2012, *Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal*, n° 353856, cons. 49 qui mentionne les « exigences de maintien ou de rétablissement d'un *niveau de concurrence suffisant* sur les marchés concernés ».
- (23) V. not. art. L. 430-7 du code de commerce.
- (24) CE Ass., 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision (M6)*, n° 363702, cons. 9.
- (25) CE, 16 juillet 2014, *Société Copagef*, n° 375658, cons. 3.
- (26) A. Decocq, G. Decocq, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 6^e éd., Manuel, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 219 et s.

(27) CA Paris, 20 novembre 2001, *Sociétés Norelec, Forlumen et SFEE*, n° RG2001/08867, à propos de pratiques anticoncurrentielles ; 20 janvier 2004, *Sociétés Comptel et France Telecom*, CT0175 ; 24 février 2011, *Société LRN c/ Société Mobius*, RG n° 2010/16143, p. 44 ; 23 juin 2011, *Société NC Numericable SA, Numericable SA_S*, RG n° 2010/23690, p. 9.

(28) Cass. com., 12 mai 2015, *Sociétés Cogent*, n° 14-10792, à paraître au *Bull.*

(29) Cass., Ass. plén., 7 janvier 2011, *Société Philips France et Société Sony France*, n° 09-14316 et 09-14667, *Bull.* 2011, AP, n° 1.

(30) Cass. com., 2 novembre 2011, n° 10-21103, *Bulletin* 2011, IV, n° 177.

(31) CJUE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a. c/ Commission*, aff. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, *Rec. p. I-123*, point 91.

(32) Sur la différence entre pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives de concurrence : A. Decocq, G. Decocq, *Droit de la concurrence*, préc., n° 288.

(33) Cons. const., Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre*, cons. 5.

(34) Pour une rédaction significative, v. Autorité de la Concurrence, Décision n° 08-D-29 du 3 décembre 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie, n° 143 : « des pratiques ayant causé un dommage à l'économie en raison d'entraves au libre jeu de la concurrence et de l'atteinte qui en est résultée pour l'*ordre public économique* ».

(35) G. Marcou, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », préc., p. 79 s., spéc. p. 91, p. 95 et s.

(36) Th. Pez, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *RDP*2014/2, p. 358 et s.

(37) B. Lasserre, « Régulation, mode d'emploi », *Sociétal*, n° 30, 2000, p. 77-78 ; J.-M. Sauvé, « Introduction », *Corriger, équilibrer, orienter : Une vision renouvelée de la régulation économique*, 2013, p. 5 et 8 ; M.-A. Frison-Roche, « Régulation », in *Les 100 mots de la régulation*, PUF, p. 114 et s.

(38) Art. L. 32-1 I, 3° du code des postes et des communications électroniques.

(39) Th. Pez, *Le domaine public hertzien. Attribution et exploitation des fréquences radioélectriques*, coll. Systèmes, LGDJ, 2011, p. 49 et s.

(40) Art. L. 32-1 CPCE.

(41) Art. L. 42-1 CPCE.

(42) *Op. cit.*, p. 86 et s.

(43) Art. 29 de la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication (dite « Loi Léotard ») modifiée.

(44) Art. L. 131-1 du code de l'énergie.

(45) Art. L. 100-1 du code de l'énergie.

(46) Art. L. 612-1 du code monétaire et financier.

(47) Art. L. 621-1 du code monétaire et financier.

(48) B. Lasserre, *op. cit.*, p. 78 ; Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, EDCE n° 52, p. 380 ; B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Amphi, Sciences-Po Dalloz, 2004, p. 496-497.

(49) Cons. const., décision du 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC, *M. John L. et autres*, cons. 25.

(50) AMF, *L'application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marché. Proposition de réforme*, 19 mai 2015, p. 11 et 40.

(51) G. Marcou, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », préc., p. 96.

(52) AMF, Décision de la commission des sanctions du 17 mars 2005 à l'encontre de la banque X, SAN-2005-07, p. 6-7.

(53) CA Paris, 24 février 2011, *Société_LRN c/ Société Mobius*, RG n° 2010/16143, p. 44.

(54) ARCEP, Décision n° 2011-0893 du 26 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés France Télécom et Free Infrastructure, *JO* du 28 août, texte 55.

(55) G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, p. 349 ; G. Eckert, *Droit public des affaires*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso éd., p. 160 ; M.-A. Frison-Roche, « Régulation », in *Les 100 mots de la régulation*, PUF, p. 114 et s. ; B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, préc., p. 482-484.

(56) CA Paris, 23 juin 2011, *Société NC Numericable SA, Numericable SA_S*, RG n° 2010/23690, p. 9. Dans le même sens : CA Paris, 20 janvier 2004, *Sociétés Completel et France Telecom*, CT0175.

(57) ARCEP, Décision n° 2011-1469 en date du 20 décembre 2011 prononçant une sanction à l'encontre des sociétés Numericable SAS et NC Numericable, en application de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques, *JO* n° 9 du 11 janv. 2012, texte n° 83.

(58) Cf. *supra* l'introduction.

(59) A.-S. Mescheriakoff, *Droit public économique*, 2^e éd., Droit fondamental, PUF, 1996, n° 116.

(60) P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, n° 118 ; A.-S. Mescheriakoff, *Droit public économique*, préc., n° 116 ; G. Marcou, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », préc., p. 87 et p. 91.

(61) O. Renaudie, « Que reste-t-il du pouvoir de police générale du gouvernement en matière économique ? », *LPA*, 22 janv. 2009, n° 16, p. 24-32.

(62) G. Marcou, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », préc., p. 91.

(63) CE Ass., 26 octobre 2011, *Commune de Saint-Denis*, n° 326492, *Communes des Pennes-Mirabeau*, n° 329904, *SFR*, n° 341767.

(64) P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, préc., n° 118.

(65) P. Raynaud, *L'ordre public économique*, Droit civil approfondi, Les Cours de Droit, 1965-1966, p. 67.

(66) P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, préc., n° 5.

(67) Même dans le cas du contrôle des concentrations économiques, il n'y a pas que des considérations économiques qui entrent en jeu : A. Decocq, G. Decocq, *Droit de la concurrence*, préc., n° 217 à propos du pouvoir d'évocation du ministre chargé de l'économie.

(68) V. p. ex. : J. Généreux, *Économie politique. 1. Concepts de base et comptabilité nationale*, 6^e éd., Hachette, 2012, p. 10.

(69) Sur la nécessité de distinguer le *but* économique de l'*objet* économique pour définir l'ordre public économique : G. Marcou, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », préc., p. 87.

(70) Y. Gaudemet, « Introduction », in *La concurrence des modes et des niveaux de régulation*, ENA, *Revue française d'administration publique*, 2004/1, n° 109, p. 14 ; Th. Pez, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *RDP* 2014/2, § 8.

(71) CA Paris, 24 février 2011, *Société_LRN c/ Société Mobius*, préc.

(72) Rappr. É. Picard, v° Police, in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1163.

(73) P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, préc., n° 359 et n° 422 et s. ; Y. Gaudemet, « Introduction », in *La concurrence des modes et des niveaux de régulation*, préc., p. 14. V. aussi : B. du Marais, *op. cit.*, p. 484 ; F. Blanc, *Les engagements dans le droit français des concentrations*, préc., p. 128 et s. et p. 151 et s. ; Ch. Vautrot-Schwarz, « Police et régulation », in *La police administrative*, Thémis, Essais, PUF, 2014, p. 55 et s.

(74) D. Truchet, *Droit administratif*, préc., p. 369 et s. ; G. Marcou, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », préc., p. 79 et s. ; « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, p. 347 et s., toutefois p. 351 ; S. Braconnier, *Droit public de l'économie*, Thémis, PUF, 2015, p. 112.

(75) V. aussi, à propos de l'ACPR, l'intitulé de la Section 2 (« Mesures de *police administrative*») du Chapitre 2 du Titre 1^{er} du Livre VI du CMF.

(76) CE Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et Société Vivendi*, n° 362347, cons. 20.

(77) CE Ass., 21 décembre 2012, *Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal*, n° 353856, cons. 5 et cons. 49 : « eu égard à leur objet qui, *outre sa portée punitive*, est *la préservation de l'ordre public économique*, les sanctions ».

(78) P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, préc., n° 422.

(79) G. Marcou, « La notion juridique de régulation », préc., p. 351.

(80) P. Delvolvé, *Le droit administratif*, 5^e éd., Dalloz, 2010, p. 38.

(81) CE Ass., 21 décembre 2012, *Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal*, n° 353856, cons. 49 ; Cass. Ass. plén., 7 janvier 2011, *Société Philips France et Société Sony France*, n° 09-14316 et n° 09-14667, *Bull.* 2011, AP, n° 1 : « la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'*ordre public économique*, exerce des *poursuites à fins répressives* le conduisant à prononcer des sanctions *punitives* ».