



Fondation Paris-Dauphine



gouvernance
& regulation

DAUPHINE
UNIVERSITÉ PARIS

Les conséquences économiques des actes des autorités de régulation

Synthèse de conférence

**Conférence de la Chaire Gouvernance et Régulation
organisée en coopération avec le Centre de Recherche en
Droit Public de l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense**

Université Paris-Dauphine, 28 juin 2016



DEBATE

Table des matières

Les effets économiques des actes de droit souple comme critère de recevabilité des recours contentieux	3
La prise en compte des effets économiques dans le contentieux de la régulation	6
Vers la définition de l'office du juge du droit souple de la régulation économique ?	9
Quel contentieux pour le droit souple ?	11
Le droit souple saisi par ses effets économiques	13
Débat	15

Les conséquences économiques des actes des autorités de régulation

Conférence de la Chaire Gouvernance et Régulation
organisée en coopération avec le Centre de Recherche en
Droit Public de l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense,
28 juin 2016

Depuis deux décisions d'assemblée du Conseil d'État du 21 mars 2016, les actes de droit souple des autorités de régulation sont susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux « lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique ». L'effet économique de l'acte de droit souple est donc devenu un critère de recevabilité du recours. Cette évolution jurisprudentielle, gage d'une plus grande sécurité juridique pour les opérateurs économiques, soulève de nombreuses questions quant à l'étendue du contrôle du juge. Elle consacre néanmoins l'intervention des régulateurs par le biais du droit souple, tout en encadrant leur activité de régulation.

Les effets économiques des actes de droit souple comme critère de recevabilité des recours contentieux

Vincent Daumas

Maître des requêtes au Conseil d'État

Pour éclairer les décisions du Conseil d'État faisant de l'effet économique des actes de droit souple un critère de recevabilité des recours, il est utile de rappeler l'origine de la jurisprudence en la matière.

Origine de la jurisprudence

En principe, le recours en contentieux administratif n'est recevable que pour les actes produisant des effets juridiques, c'est-à-dire créant des obligations ou des droits. Dès les années 1980 toutefois, la jurisprudence a ponctuellement admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'actes ne constituant pas véritablement des décisions, c'est-à-dire ne modifiant pas l'ordonnancement juridique (Conseil d'État, 1988, Église de scientologie). Deux décisions de 2012 (société Casino Guichard Perrachon et société ITM) avaient fait évoluer la jurisprudence s'agissant des actes pris dans le domaine de la régulation. Dans ces deux cas, les entreprises requérantes attaquaient des avis de l'Autorité de la concurrence sur le fonctionnement du secteur de la distribution dans l'agglomération parisienne, les considérant comme de véritables décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. À cette occasion, le Conseil d'État a admis la possibilité d'un tel recours contre des avis des autorités de régulation, dès lors que ces dernières adoptaient des prescriptions individuelles ou générales pouvant les conduire à exercer en aval leur pouvoir de sanction. Les effets juridiques – et non économiques – des actes en question étaient ici visés.

L'étude annuelle 2013 du Conseil d'État consacrée au droit souple invitait en outre le juge à un contrôle plus effectif de l'exercice des missions des autorités de régulation. Il était précisé qu'une large part de ces missions de régulation étaient exercées au travers d'actes qui relevaient du droit souple et non de décisions au sens strict. Une commission d'enquête parlementaire avait elle aussi mis l'accent sur la nécessité d'assurer un contrôle juridictionnel effectif des autorités de régulation. Le contexte était donc favorable à une évolution, laquelle s'est concrétisée à l'occasion de deux recours dirigés contre des actes de l'Autorité des marchés financiers (AMF) et de l'Autorité de la concurrence.

Les décisions du Conseil d'État du 21 mars 2016

Le premier des actes attaqués était un communiqué de presse publié sur le site de l'AMF et mettant en garde contre des produits proposés par la société Fairvesta. Cette suspicion publiquement affichée avait affecté le chiffre d'affaires de l'entreprise. Le second acte attaqué était une prise de position de l'Autorité de la concurrence. Cette dernière avait précédemment adopté une décision autorisant la concentration des activités de télévision de Canal+ et de TPS. Elle avait formulé dans ce cadre des injonctions envers les parties, dont l'une avait donné lieu à des interrogations compte tenu de l'évolution ultérieure de l'état des marchés de la télévision payante. Questionnée

sur les conséquences qu'il convenait de tirer de cette évolution, l'Autorité avait précisé, dans une prise de position, la portée exacte de l'une de ces injonctions. Numericable prétendait attaquer cette prise de position en ce qu'elle équivalait à donner un feu vert à Canal+ pour la concurrencer sur sa propre plateforme de distribution de services de télévision payante. L'acte faisant l'objet du recours n'avait donc pas en lui-même d'effet juridique.

Le Conseil d'État, en assemblée, a admis la recevabilité de ces deux recours. Dans un considérant de principe commun aux deux affaires, après avoir rappelé les principes dégagés par les jurisprudences Casino Guichard Perrachon et ITM de 2012, il précise que les actes pris par les autorités de régulation dans l'exercice de leurs missions peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir « lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ». Se référant à la notion de régulation (sans pour autant la définir), ce considérant tend à reconnaître en elle un objet particulier allant sans doute au-delà du strict exercice de pouvoir de police dans le domaine économique. En outre, le critère de recevabilité du recours invoqué est, de façon inédite, l'attachement aux effets susceptibles d'être produits par les actes attaqués. Est également mentionné l'objet de ces derniers : vise-t-il à influencer le comportement des personnes soumises à la régulation ?

De ces deux critères alternatifs, les effets et l'objet des actes de droit souple adoptés par les autorités de régulation, il est fort probable que le second sera le plus fréquemment utilisé – sachant qu'*in fine*, ces actes visent bien à influencer le comportement des opérateurs. Du reste, dans la décision du Conseil d'État du 20 juin 2016 Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA), c'est bien le critère de l'objet de la recommandation attaquée de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) qui a été retenu, plutôt que celui des effets.

Questions ouvertes par les décisions du 21 mars 2016

Les décisions du 21 mars 2016 ouvrent trois principales interrogations.

La première concerne l'office du juge de l'excès de pouvoir qui aura à connaître de ces recours d'un type nouveau. Le Conseil d'État a indiqué que le juge de l'excès de pouvoir devrait, pour contrôler la légalité de ces actes de droit souple, tenir compte de leur nature et de leurs caractéristiques particulières. La formule est quelque peu sibylline, mais semble montrer que le contrôle de la légalité de ces actes ne peut pas être similaire à celui que le juge de l'excès de pouvoir pratique sur de véritables décisions. Un « permis d'imaginer » un nouveau type de contrôle paraît ainsi donné. Il est probable que les moyens de légalité externe seront appréciés avec plus de souplesse que dans l'excès de pouvoir classique – à l'exception de la compétence de l'autorité de régulation pour adopter les actes attaqués, qui continuera probablement à faire l'objet d'un contrôle étroit. Au-delà, la question est ouverte.

Une deuxième interrogation réside dans la manière dont le juge de l'exécution se positionnera dans ce contentieux, mais aussi dont le juge des référés, qui pourra être saisi sur le fondement de l'article L.521-1 du Code de justice administrative, maniera

cette nouvelle voie de droit. Ainsi serait-il possible d'introduire un référé suspension à l'encontre d'actes adoptés par des autorités de régulation produisant des effets dommageables pour un opérateur économique, et d'assortir le recours pour excès de pouvoir de conclusions à fin d'injonction. Quelles pourront être ces injonctions, sachant que les actes de droit souple sont réputés ne pas produire d'effets de droit ? Probablement viseront-elles à effacer les effets dommageables produits par l'acte. Ceci reste largement à construire.

Dernière question enfin, le champ de ce nouveau recours sera-t-il cantonné aux actes adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice de leurs missions ? Il est probable qu'un certain nombre de requêtes conduisent le Conseil d'État à se pencher sur un possible élargissement de ce champ, sachant que des prises de position gouvernementales peuvent elles aussi produire des effets économiques considérables.

La prise en compte des effets économiques dans le contentieux de la régulation

Guy Canivet

Ancien Président de la Cour de cassation et ancien membre du Conseil constitutionnel

Par nature, la régulation est destinée à produire des effets et des conséquences économiques. Prévues et encadrées par des normes juridiques relevant du droit dur, les actions de régulation sont conçues pour réaliser des objectifs économiques précis. Elles sont mises en œuvre par des autorités dédiées. Dans quelle mesure la capacité des autorités de régulation à satisfaire les effets économiques qui leur sont assignés est-elle évaluée ? Si divers rapports du Parlement¹ et de la Cour des comptes² ont analysé, non sans critique, le fonctionnement et le comportement de ces autorités, ils n'ont guère évalué l'impact même de leur activité sur les marchés. Plusieurs rapports de l'OCDE, en revanche, s'attachent à décrire les modalités et les finalités d'une telle évaluation, qu'elle intervienne *a priori* (les objectifs sont-ils précisément définis dans le droit de la régulation ; les institutions ont-elles bien été conçues pour les atteindre?) ou *a posteriori* (les objectifs et les moyens donnés aux régulateurs doivent-ils être réévalués ?). L'OCDE évoque également dans son *Guide pour aider les autorités de la concurrence à évaluer l'impact attendu de leurs activités* (2014) la possibilité de mesurer ex post les conséquences économiques produites par la décision d'un régulateur.

Un devoir de prise en compte des conséquences économiques des décisions de régulation

Comment les autorités de régulation prennent-elles en compte ex ante les conséquences économiques des décisions contentieuses qu'elles ont à rendre ?

Il convient tout d'abord de rappeler que cette prise en compte est une exigence fixée par la loi. C'est elle qui détermine les critères que le régulateur doit se donner pour apprécier les conséquences économiques de ses décisions.

Dans la régulation concurrentielle par exemple, les critères à examiner pour évaluer la conséquence d'une décision en matière de concentration sont précisément exprimés (article L.430-6 du Code de commerce) : ainsi, une opération est-elle de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante ? Le régulateur se voit clairement préciser les objectifs économiques à atteindre par ses décisions. De même le caractère préjudiciable des pratiques anticoncurrentielles est-il défini, le régulateur devant y mettre fin pour rétablir un état de concurrence suffisant sur le marché.

Pour parvenir à ces résultats, le régulateur procède par un pouvoir d'injonction ou de sanction. Dans le cas de l'injonction, il est dans l'obligation d'anticiper les conséquences que produira sa décision sur le marché, pour rétablir un état de libre concurrence. Autrement dit, il y a une spéculation sur les mesures à prendre au regard de leur aptitude à aboutir aux objectifs recherchés.

¹ Citons le rapport du Sénat «Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler», 2015.

² Voir le rapport de la Cour des comptes «Les autorités de contrôle et de régulation du secteur financier», 2009.

Quant au pouvoir de sanction, il est appliqué de manière à modifier par la dissuasion le comportement des agents économiques. L'autorité de régulation en matière de concurrence s'attachera donc à évaluer si son pouvoir de sanction est apte à modifier ces comportements. Autrement dit, l'on calibre le pouvoir de sanction à son aptitude à réorienter le comportement des acteurs. L'Autorité de la concurrence a publié des lignes directrices en matière de sanction qui procèdent de cette recherche, c'est-à-dire qui visent à identifier le bon niveau de sanction pour telle ou telle pratique, dans le but de produire un effet de dissuasion.

Méthodes d'appréciation des conséquences économiques des décisions de régulation

Pour mesurer et apprécier les conséquences économiques de ses décisions, le régulateur mobilise trois méthodes :

- **Le débat contradictoire**

Pour bien comprendre les conséquences économiques d'une décision, il importe d'en débattre avec les parties auxquelles elle s'applique, et de leur permettre de s'expliquer sur la manière de remédier à un dysfonctionnement. Au-delà d'une obligation procédurale, ce débat contradictoire devant les autorités de régulation constitue une modalité de prise de décision.

- **L'expertise**

Les autorités de régulation disposent de services d'expertise plus ou moins étoffés ayant pour mission d'observer le secteur économique concerné et d'éclairer la prise de décisions en mesurant l'impact économique de celles-ci. Les parties peuvent elles-mêmes se faire assister d'experts pour débattre avec le régulateur de cette évaluation.

- **La procédure d'engagement**

Il est possible pour les auteurs d'une pratique anticoncurrentielle de s'engager à y mettre fin. Les entreprises évaluent alors les conséquences que produiraient pour elles les décisions du régulateur et s'efforcent de les effacer ou de les atténuer.

Comment une décision individuelle d'un régulateur, dans l'évaluation des conséquences économiques qu'elle produit, s'inscrit-elle dans les objectifs généraux qui lui sont assignés ? Si les objectifs du régulateur sont précisément fixés, et si les critères d'évaluation des effets d'une décision sont bien posés, il ne se présente pas de rupture entre les conséquences à court et à long terme de cette décision. Il y a alors une coïncidence absolue entre la décision individuelle et l'objectif du régulateur. Les rapports annuels que produisent les régulateurs témoignent de leur effort constant de replacer chaque décision individuelle dans la perspective d'objectifs généraux.

Un droit conséquentialiste

La régulation est donc un droit finalisé, qui n'a de pertinence que par son aptitude à satisfaire les objectifs économiques assignés aux régulateurs. Les autorités chargées de mettre en œuvre ce droit doivent donc pratiquer des raisonnements conséquentialistes, ce qui suppose d'interpréter leurs décisions au regard de leur

aptitude à satisfaire les objectifs de régulation. Ce raisonnement conséquentialiste, largement exploré en matière juridictionnelle, est souvent contesté pour son caractère arbitraire. L'on reproche ainsi au juge de s'arroger une évaluation des conséquences de sa décision pour pouvoir en quelque sorte la réorienter. En matière de régulation, ce reproche n'est pas justifié dans la mesure où le régulateur poursuit des objectifs fixés par la loi. Le conséquentialisme s'inscrit donc dans un mécanisme légal de prise de décision. Mais pour être pertinent, il doit s'appuyer sur des objectifs clairement définis par la loi.

Pour éviter que l'évaluation des conséquences soit arbitraire, il importe de donner au régulateur le pouvoir de mesurer les conséquences de ses décisions – et par conséquent les moyens matériels et humains d'y procéder. En outre, il est essentiel de lui imposer de discuter avec les parties de ces conséquences économiques.

Enfin, pour être pertinent, ce raisonnement conséquentialiste doit être tenu d'un bout à l'autre de la chaîne de régulation. Autrement dit, il faut non seulement que le régulateur le tienne (et en ait les moyens), mais que les autorités de contrôle puissent en faire de même. L'on rejoint ici le discours sur l'adaptation du recours pour excès de pouvoir pour arriver à contrôler un raisonnement conséquentialiste.

Vers la définition de l'office du juge du droit souple de la régulation économique ?

Claudie Boiteau

Professeur de droit public, Université Paris-Dauphine

Les actes de droit souple ont envahi l'activité administrative, tout spécialement celle des autorités de régulation. Ils relèvent de l'essence même de la régulation, qui développe des formes nouvelles de normativité et privilégient un mode d'action non contraignant. Or ces actes peuvent avoir un impact – et c'est bien leur but. Ils n'auraient pu continuer de bénéficier d'une quasi-immunité juridictionnelle, sauf à faire perdre tout crédit à la fonction de régulation.

L'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle plutôt qu'un revirement

La jurisprudence qui précise les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple vient conforter et légitimer l'action des autorités de régulation. Ceci, d'abord, parce qu'elle soumet les mécanismes essentiels de la régulation aux exigences de la légalité – et partant, de l'État de droit.

Pour autant, la solution adoptée en mars dernier paraît davantage être l'aboutissement d'une évolution qu'un véritable revirement de jurisprudence. Les arrêts Duvignières (2002), société Casino Guichard Perrachon (2012) et société ITM (2012) avaient ouvert la voie. La jurisprudence témoignait également d'une tendance du juge administratif à s'appuyer sur les effets de l'acte. Dans son arrêt Voltalis de 2011 par exemple, le Conseil d'État avait estimé que la formulation de l'acte de la Commission de régulation de l'énergie était impérative, mais il s'appuyait également sur ses effets.

Le juge administratif légitime donc cette forme d'action des autorités de régulation, y compris lorsqu'elle ne s'appuie pas explicitement sur un texte. Ainsi dans l'affaire Fairvesta, l'AMF ne s'appuie sur aucune disposition du Code monétaire et financier pour prononcer la mise en garde ; le juge administratif considère que cela relève de sa mission. Dans l'affaire société Numericable, le juge administratif déduit la compétence de l'Autorité de la concurrence pour exprimer sa prise de position de l'article L.430-7 du Code de commerce qui dispose que cette autorité doit veiller à la bonne exécution des engagements pris par les parties.

Ces arrêts semblent donc bien identifier une mission de régulation comme étant vraisemblablement une mission de police spéciale. Les régulateurs concernés y voient d'ores et déjà une confirmation voire une incitation de leur méthode d'action.

Le Conseil d'État a élargi les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, sans pour autant franchir le pas du plein contentieux objectif. Le juge ne se substituera pas au régulateur. Son office reste celui du juge de l'excès de pouvoir *a priori*. C'est donc un contrôle classique de légalité externe et interne, qui sera limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

Questions en suspens

Si cette jurisprudence conforte bien les méthodes de la régulation des marchés et contribue à un véritable régime contentieux du droit souple de la régulation, elle soulève une série de questions.

Tout d'abord, les conditions même de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir devront être précisées. S'agissant du critère lié à l'autorité et à la mission, sont concernés les actes adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies. Est-ce à dire que les actes des autorités administratives indépendantes qui ne seraient pas des autorités de régulation n'entreraient pas dans le champ du régime contentieux défini ?

Il paraît également utile de définir plus précisément la mission de régulation. Est-elle une mission globale de police administrative qui emprunte un ensemble de modalités originales ? Les deux arrêts du Conseil d'État visent les avis, les recommandations, les mises en garde et les prises de position. Cette liste doit-elle être considérée comme exhaustive ?

Venons-en au critère de recevabilité selon lequel les actes sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir car faisant grief à raison de leurs effets. Ce critère vise l'ensemble des actes de droit souple des autorités de régulation – puisque le régulateur cherche à produire un effet sans avoir à contraindre les entités qu'il régule. Reste toutefois à expliciter la mention selon laquelle ces actes peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir « *lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique* ». Dans quelle mesure le caractère économique est-il déterminant ?

Se pose ensuite la question de l'étendue du contrôle du juge. Il s'agit *a priori* d'un contrôle classique. Ce contrôle s'exercera sur des actes qui se fondent parfois seulement sur la mission de l'autorité de régulation, et non sur un texte. Quel sera le contrôle du juge sur la procédure d'élaboration de l'acte de droit souple, quand ce dernier n'aura pas été prévu par un texte ?

Enfin, quels enseignements doivent être tirés de cette jurisprudence par les régulateurs ? Ces derniers ne seront-ils pas incités à agir davantage par le biais du droit souple ? Ils devront, certes, prendre un certain nombre de précautions procédurales : ne pas commettre d'erreur manifeste d'appréciation, et prendre soin d'appuyer la sanction sur la règle princeps. Ils pourront continuer à influencer les acteurs du marché sans nécessairement s'imposer la lourdeur de la règle de droit, et sans encourir un réel risque de censure. Peut-être l'apport essentiel de ces arrêts se trouve-t-il dans le développement sibyllin selon lequel le contrôle doit être effectué en tenant compte de la nature et des caractéristiques des actes, et du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation. Il y a sans doute là le terreau d'un contrôle juridictionnel extrêmement riche, dont nous attendons la mise en œuvre.

Quel contentieux pour le droit souple ?

Arnaud Sée

Professeur de droit public, Université de Picardie

Les décisions d'assemblée du Conseil d'Etat du 21 mars 2016 étendent considérablement les normes de droit souple susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux. Le Conseil d'Etat identifie une nouvelle catégorie de normes de droit souple qui font grief à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir. Les normes de droit souple évoquées ici sont bien différentes des précédentes. Elles n'ont aucun contenu impératif et ne contiennent aucune obligation juridique. Elles ne sont donc pas décisives. Mais elles sont quand même considérées comme faisant grief en raison de leurs effets. Le juge considère désormais que « ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours (...) lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ».

Ces décisions sont remarquables en ce qu'elles opèrent une évolution profonde des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux, mais aussi du contentieux des autorités de régulation.

Elles n'en posent pas moins plusieurs séries de difficultés que seule l'évolution de la jurisprudence pourra résoudre. Si certaines, comme la question du délai de recours, seront réglées rapidement (affaire n°388150, évoquée en séance publique le 8 juillet 2016), d'autres semblent plus problématiques.

Il en va ainsi en premier lieu du champ d'application de cette jurisprudence. Le juge a cantonné la recevabilité du recours au droit souple des autorités de régulation. Mais qu'est-ce qu'une « autorité de régulation » ? Et, plus largement, pourquoi limiter le nouveau recours aux actes de ces autorités ? Les décisions d'assemblée sont les secondes à assigner une portée juridique à la notion de régulation (après not. CE, Sect., 22 nov. 2000, Crédit agricole Indosuez Chevreux). En tout état de cause, la solution rendue le 21 mars permet surtout de légitimer la compétence des autorités de régulation pour édicter de tels actes.

La seconde difficulté concerne le critère de recevabilité, tiré des effets « notamment » économiques de l'acte de droit souple. Ce critère semble mélanger l'objet même et les effets de l'acte. Plus encore, on sait que, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, le juge examine l'acte en se replaçant au jour où il a été édicté : comment, dans ces conditions, prendre en compte des effets qui ne se sont pas encore forcément produits ? Et quel sera le rôle du juge des référés ?

En troisième lieu, des interrogations subsistent quant à la nature du recours mis en place pour contrôler les actes de droit souple. On sait que le Conseil d'Etat n'a pas suivi son rapporteur public, Vincent Daumas, lorsqu'il proposait de subjectiviser le contentieux et de limiter le recours aux requérants se prévalant d'un intérêt lésé. Est-ce à dire que la multiplication des recours n'est pas crainte ?

Il y a quelques semaines, Frédéric Rolin se demandait, dans un éditorial provocateur à l'AJDA, si le droit administratif n'était pas «au service du grand capital » (sic – F. Rolin, « Le droit administratif au service du grand capital ? », AJDA, 2016, p. 921). Les décisions d'assemblée, objet de la conférence, permettent de se demander si c'est le contentieux économique qui se développe, ou si c'est le juge administratif qui développe le contentieux économique.

Le droit souple saisi par ses effets économiques

Laurence Folliot Lalliot

Professeur de droit public, Université Paris Ouest Nanterre la Défense

Les décisions d'assemblée du Conseil d'Etat du 21 mars 2016 présentées lors de cette conférence illustrent les tentatives du juge administratif français pour appréhender le concept fuyant des normes de droit souple, ici saisies par leurs effets économiques. Avec ces arrêts rendus dans la forme la plus solennelle, la Haute juridiction administrative développe son approche de cette notion qui est plus familière aux univers du droit de la Common law pratiqué par les pays anglo-saxons. Pour le non juriste, il faut comprendre que cette identification de la norme et de ses effets forment un préalable nécessaire pour reconnaître ensuite la compétence du juge afin de se pencher sur ses conséquences et d'éventuels dommages causés. Or si le juge administratif est traditionnellement compétent pour examiner les actes administratifs, il s'attache à n'examiner que ceux qui ont un effet juridique notoire (ex un Règlement, une décision de refus opposée à la demande d'un administré). Or ici les actes en question ne remplissaient pas ces critères traditionnels puisqu'ils provenaient d'Autorités de régulation qui s'étaient affranchies des voies habituelles de production de la décision contraignante (en l'espèce dans l'une des affaires, un communiqué de presse pour mettre en garde contre une pratique sur le marché). Ces arrêts sont par conséquent remarquables parce qu'ils élargissent le champ des actes susceptibles de recours, embrassant largement la zone grise des actes non contraignants des Régulateurs, et qu'ils placent le critère de l'effet économique au même plan que celui de l'effet juridique.

Ce faisant le Conseil d'Etat a adopté une approche pragmatique, qui n'est pas sans rappeler celle de ses homologues d'outre-Atlantique ou d'outre-Manche. Il recherche *in concreto* si l'acte a eu un impact manifeste, ici économique, sur la situation des personnes qu'il visait. Faute de pouvoir cerner l'acte *a priori*, par ses conditions d'élaboration, le juge s'empare de ses effets *a posteriori*. La souplesse revendiquée est en réalité dans la production de l'acte, dans son origine qui peut aménager les critères organiques ou formels classiques ou la liste des compétences attribuées à une entité, en revanche ses effets doivent être tangibles ou « notables » comme le relèvent les arrêts.

Pourtant ces arrêts novateurs soulèvent aussi de nombreuses questions. Ils ouvrent sur des incertitudes relatives au périmètre indéfiniment extensible de ces « effets notables, notamment de nature économique ». Que recouvre potentiellement l'adverbe « notamment » ? Pourra-t-on, par exemple, envisager que le juge se saisisse un jour d'effets « sociaux » ou « environnementaux » ? Qui pourra revendiquer ces effets ? S'agit-il de leurs seuls destinataires qui sont ici les entreprises, alors que les effets économiques souvent plus diffus que les effets juridiques pourraient aussi affecter des tiers tels que des actionnaires ou des usagers ? Ces derniers auront-ils alors la possibilité de s'appuyer sur l'effet économique pour contester d'autres actes des Régulateurs ? Un autre questionnement se fait jour autour de l'identification des effets économiques à distinguer des effets juridiques. Sont-ils dissociables ou consubstantiels ? Surtout, quelles méthodes le juge va-t-il employer pour identifier ces nouveaux « effets économiques ». A partir de quel niveau, de quel

seuil conviendra-t-il de les prendre en compte ? Les arrêts poursuivent d'ailleurs par une formule intéressante puisque le juge peut aussi s'emparer des actes qui « ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent », ce qui laisse peut-être présager des incursions du côté de la théorie économique comportementale.

Incidemment ces arrêts étendent le champ des interventions du recours pour excès de pouvoir, une voie de recours qui était peut-être moins en lumière ces dernières années que celle du recours de plein contentieux, dans laquelle l'office du juge administratif s'est particulièrement développé grâce à de nombreux pouvoirs d'intervention, et qui a explosé notamment en matière contractuelle.

Au final on peut remarquer que cette reconnaissance des effets économique du droit souple a été réalisée grâce à des arrêts qui ont démontré une certaine souplesse du Conseil d'Etat par rapport à sa grille de lecture traditionnelle.

Cette jurisprudence n'incitera-t-elle pas l'ensemble des autorités de régulation à adopter des actes de droit souple, même en l'absence de texte les y autorisant ?

Vincent Daumas

Dans les décisions Fairvesta et Numericable, l'existence d'un pouvoir d'adopter des actes de droit souple a été reconnue aux autorités de régulation concernées alors qu'aucun texte ne leur confiait expressément ces pouvoirs. Cependant, le Conseil d'État s'est appuyé sur les textes qui définissaient le champ de la régulation et la mission de ces autorités – pour l'Autorité de la concurrence notamment, la possibilité d'adopter des injonctions à l'appui d'une décision autorisant une concentration. Il faut donc relativiser l'argument selon lequel cette jurisprudence ouvrirait la porte à une prolifération du droit souple.

Le critère des effets

Arnaud Sée

En matière d'excès de pouvoir, le juge se place à la date de publication de l'acte pour apprécier la légalité de celui-ci. Qu'en sera-t-il pour examiner les effets d'un acte ? S'agira-t-il d'apprécier ses conséquences potentielles au jour où il a été pris, ou de tenir compte de ses effets avérés ?

Vincent Daumas

Le considérant de principe précise qu'il s'agit de « contrôler des actes lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment économiques ». La formule « de nature à » permet d'embrasser des effets seulement potentiels. Autrement dit, la saisine du juge de l'excès de pouvoir pourrait intervenir sans attendre que les effets économiques dommageables se soient effectivement produits.

Quels aspects d'une recommandation un requérant peut-il contester devant le juge administratif ?

Vincent Daumas

Les premiers moyens invocables à l'appui de tels recours se rapportent à la légalité externe. Pour autant, tous les moyens de légalité externe seront-ils invocables, comme dans un contentieux d'excès de pouvoir classique ? On peut en douter. Dans la décision Numericable, l'un des moyens invoqués était tiré de la méconnaissance du principe général des droits de la défense : Numericable reprochait à l'Autorité de la concurrence de n'avoir pas mis en œuvre une procédure lui permettant de présenter ses observations avant que l'Autorité adopte la prise de position attaquée. En

l'occurrence, le moyen a été regardé comme opérant, même s'il a été écarté au fond. J'ai le sentiment qu'il sera souvent opérant, dès lors que l'un ou l'autre des critères de recevabilité du recours sera rempli, c'est-à-dire dès lors que l'autorité de régulation aura clairement pour intention d'influencer le comportement des opérateurs, ou dès lors que les effets seront suffisamment significatifs.

Un autre moyen de légalité externe porte sur la compétence de l'autorité : celle-ci est-elle bien intervenue dans son cadre de compétence ? N'est-elle pas sortie de la mission générale que lui a confiée le législateur ? La question se poserait si la Commission de régulation de l'énergie adoptait des actes tendant à infléchir les comportements des opérateurs sur le marché de l'assurance, par exemple.

Un troisième type de moyen de légalité externe, à mi-chemin entre un moyen de procédure et un moyen d'incompétence, pourrait être invoqué si l'acte de droit souple attaqué n'a pas été pris par la bonne personne au sein de l'autorité de régulation – si par exemple il ne provient pas de son collègue, qui est normalement compétent. Dans l'affaire Numericable, ce moyen a été soulevé et examiné, mais a été écarté au fond.

Restent les questions de légalité interne, champ encore largement à défricher. Il me semble que les moyens tirés d'erreurs d'appréciation seront *a priori* opérants. Ce ne sera certes pas pertinent dans toutes les hypothèses, comme l'illustre assez bien l'affaire FFSA. En revanche, dans l'affaire Numericable, il y avait matière à contrôler les faits à l'origine de la prise de position de l'Autorité de la concurrence. Le Conseil d'Etat n'a censuré aucune erreur d'appréciation, mais il a bien procédé à ce contrôle et cela fera partie des questions de légalité interne contrôlées à l'avenir.

Dans quelle mesure un contrôle du droit souple peut-il inciter les autorités à modifier leur comportement ? Peut-on vraiment considérer que ce contrôle aboutira à une meilleure régulation ?

Vincent Daumas

Comme l'a souligné le Président Canivet, une procédure contradictoire préalable est un gage de bonne régulation. En consacrant l'opérance du moyen tiré de la méconnaissance du principe général des droits de la défense, le juge incite les autorités à agir en ce sens.

Quels seront les effets concrets d'une annulation ?

Vincent Daumas

S'agissant d'une décision qui produit des effets juridiques, l'annulation contentieuse implique que l'administration efface ces effets. La question est plus ambiguë pour un acte de droit souple, par définition dénué d'effet juridique. La conséquence d'une annulation est alors essentiellement symbolique : les opérateurs seront conduits à ne plus tenir compte de cet acte. Reste à savoir comment la jurisprudence se positionnera si l'auteur du recours ne se contente pas de ces effets symboliques et dépose des conclusions accessoires tendant à ce que le juge formule une injonction pour que

soient tirées les conséquences de l'annulation. J'ai tendance à croire qu'il s'agira, autant que possible, d'effacer les effets concrets produits par l'acte de droit souple. Dans l'affaire Fairvesta, la conséquence est assurément le retrait du communiqué de presse de mise en garde du site de l'AMF, et pourquoi pas la publication d'un communiqué de presse rectificatif.

Qu'en est-il du contrôle juridictionnel des actes de droit souple adoptés par des organismes ou institutions de l'Union européenne ?

Vincent Daumas

Le juge compétent est alors celui de l'Union européenne, alors même que les effets produits par l'acte et la porte d'entrée de la contestation seraient situés au sein d'un Etat membre. Les actes de droit souple des organismes ou institutions de l'Union européenne sont déjà contrôlés par le juge européen, comme ce fut le cas pour un communiqué de presse de la Banque centrale européenne.



Fondation Paris-Dauphine

Chaire Gouvernance et Régulation
Fondation Paris-Dauphine
Place du Maréchal de Lattre de Tassigny - 75116 Paris (France)
<http://chairgovreg.fondation-dauphine.fr>