

N° 359789

Syndicat CFE-CGC France Télécom Orange

2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies

Séance du 20 mars 2013

Lecture du 8 avril 2013

CONCLUSIONS

M. Damien BOTTEGHI, rapporteur public

1. – Le syndicat CFE-CGC France Télécom Orange sollicite l’annulation de la décision implicite par laquelle l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a refusé d’ouvrir à l’encontre de Free Mobile la procédure de sanction prévue à l’article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques (CPCE). Le syndicat fait valoir que Free Mobile ne respecte pas ses obligations de couverture dans le cadre de l’exploitation de sa licence « 3G » – obligations fixées par la décision n° 2010-0043 du 12 janvier 2010 attribuant à Free la quatrième licence « 3G » – et qu’il bénéficie de l’itinérance sur le réseau Orange en méconnaissance du cadre réglementaire.

Récemment, vous avez dénié à ces deux organisations un intérêt à agir contre les actes définissant le cadre de l’appel d’offres pour l’attribution des licences « 4G » ainsi que les décisions attribuant ces licences (2/7 SSR, 23 juillet 2012, *Syndicat CFE-CGC France Télécom-Orange et autres*, n° 351929, 354071, aux conclusions de B. Bourgeois-Machureau, inédit au Recueil). Vous appuyant sur les statuts du syndicat, vous avez dénié tout intérêt à agir et relevé qu’ « *eu égard au caractère général des considérations invoquées par les syndicats requérants, il n’est pas établi que l’exécution de ces différents actes (...) soit de nature à léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts des personnes représentées par ces syndicats* ».

Ici encore, l’intérêt à agir des deux requérantes est contesté par l’ARCEP. Si la position que vous avez adoptée en juillet dernier peut guider votre décision, elle ne la commande cependant pas, la procédure de sanction relevant de règles propres.

2. – En matière de sanctions, votre jurisprudence part du fait que, à la différence de la répression pénale, la répression administrative a pour finalité de sanctionner une méconnaissance des règles auxquelles la personne poursuivie est soumise et non de réparer l’atteinte que le comportement fautif a pu porter aux droits des tiers¹. Ainsi, même lorsqu’une action disciplinaire a pour origine une plainte, la procédure qui en résulte n’est pas regardée comme mettant en présence un plaignant et la personne poursuivie. C’est pourquoi, en contentieux disciplinaire, les tiers, fussent-ils victimes des agissements du fautif, n’ont

¹ V. les conclusions du Pdt Arrighi de Casanova sur la décision de Section du 10 juillet 1995, *Mme L...*, n° 141654, p. 302.

généralement pas d'intérêt à agir – il en va ainsi d'un professeur mécontent de la clémence du proviseur envers un élève de sa classe (Sect., 10 juillet 1995, *Mme L...*, p. 302) ou du refus de sanction d'un magistrat (25 mars 1994, *G...*, n° 123644, à propos de la décision du Garde des sceaux de ne pas sanctionner un magistrat)².

La répression administrative non disciplinaire ne relève pas de cette même logique restrictive – singulièrement quand le pouvoir de sanction sert l'objectif de régulation assigné à une autorité administrative indépendante. Dans ce cas, en l'absence même de texte, les personnes qui interviennent sur le marché soumis au contrôle de l'autorité justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour contester une décision de refus d'engager une procédure disciplinaire à l'encontre d'un des acteurs de ce secteur. C'est le cas pour les assurés s'opposant à un refus d'engager une procédure de sanction de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (Sect., 30 novembre 2007, *M. T...*, n° 293952, au R., ccl contraires Laurent Olléon). Par cette décision, la section a opté pour une approche plus large que celle valant pour les sanctions disciplinaires, qui colle davantage au droit commun de l'intérêt à agir et suppose de rechercher l'existence d'un intérêt suffisamment direct et certain.

Ainsi que le fichage de la décision *M. T...* le montre³, cette solution vaut dans la généralité des cas, c'est-à-dire en l'absence de texte organisant l'accès des tiers à l'autorité collégiale de sanction. Si tel est le cas, un tiers auteur d'une plainte a, en raison des prévisions mêmes du texte, intérêt à agir contre le refus de l'autorité d'engager une procédure. C'est ainsi que l'auteur d'une plainte adressée à la CNIL a intérêt à contester son classement sans suite par la Commission (CE 28 mars 1997, *S...*, précité). C'est ainsi également qu'un syndicat peut demander l'annulation d'un refus de sanction opposé par le CSA, parce que la loi lui réserve le droit de saisir le Conseil à cette fin (23 avril 1997, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques et autres*, précité). Et vous considérez, s'agissant du CSA, dont les règles de saisine à fin de sanctions se trouvent actuellement aux articles 42 et 48-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, que la liste des tiers intéressés de cet article est limitative (11 mai 2007, *Société Media Ratings*, n° 286508, aux T.). En conséquence, ainsi que l'expliquait Didier Chauvaux dans ses conclusions sur cette dernière affaire, l'autorité de régulation peut se borner à rejeter la demande d'enclenchement de la procédure de sanction au seul motif que la personne n'est pas habilitée par la loi à la saisir, sans donc s'interroger sur le comportement litigieux. Et une personne qui n'a pas intérêt à former une demande devant l'administration n'a pas intérêt à déférer un refus au juge (23 décembre 1987, *Association « Les amis du socialisme »*, n° 66624, T. p. 874 ; 8 décembre 1995, *L... et autres*, n° 140747, au R.).

L'autorité de régulation peut aussi – parce qu'il lui est toujours possible de s'autosaisir en raison du principe d'opportunité des poursuites – décider d'étudier la question mais de considérer que les faits allégués ne constituent pas un manquement à des obligations légales, ou que la gravité n'est pas telle qu'elle justifie une mise en demeure. Dans ce cas, le seul fait qu'elle ait formulé une réponse ne donne pas qualité à agir (v. Ass., 20 décembre 1995, *J...*, p. 440, sol. impl. : la personne qui a saisi l'autorité compétente d'une demande

² Est réservé, semble-t-il, le cas où l'abstention de poursuites disciplinaires révélerait une carence systématique constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique, si elle avait un lien direct avec un préjudice causé aux tiers (Ass. 7 mai 1971, *Min. c/ S...*, p.335, concl Gentot ; 6 novembre 1985, *Société Couder*, p. n° 48630, à propos d'une grève illégale des contrôleurs aériens).

³ Il est indiqué que n'est pas abandonnée la solution spécifique adoptée dans une décision rendue le 11 mars 1998, *Société NRJ*, T. p. 1153

d'abrogation d'un acte réglementaire n'est recevable à attaquer le refus qui lui a été opposé que si elle justifie d'un intérêt pour agir au regard des dispositions dont l'acte dont elle demandait l'abrogation). Il faut regarder si, en l'espèce, la personne peut être regardée comme un tiers intéressé, c'est-à-dire si elle a intérêt à agir au regard de l'incidence du comportement qu'elle dénonce sur sa propre situation.

3. – Dans le cas de l'ARCEP, il existe un texte : l'article L. 36-11 du CPCE issu de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications. Son premier alinéa n'a pas évolué depuis. Il dispose que l'ARCEP « *peut, soit d'office, soit à la demande du ministre chargé des Communications Electroniques, d'une organisation professionnelle, d'une association agréée d'utilisateurs ou d'une personne physique ou morale concernée, sanctionner les manquements qu'elle constate (...)* ». Vous ne vous êtes jamais prononcés sur le caractère limitatif de cette liste, car le doute sur l'intérêt à agir n'avait pas lieu d'être pour les quelques cas dans lesquels ce dispositif a été sollicité devant vous (v. nt. 4 juillet 2012, *AFORST*, n°s 334062 et 347163, aux T. et à nos conclusions). Nous pensons que vous devez regarder cette liste comme limitative, dans la lignée de ce que vous estimez pour le CSA.

Il vous faut donc d'abord déterminer si les syndicats requérants font partie des tiers visés par l'article L. 36-11 du CPCE.

Il faut noter que l'ARCEP n'a pas fondé son refus – implicite dans un premier temps mais qu'elle a explicité ensuite par une lettre aux intéressés et qu'elle précise à nouveau devant vous – sur le défaut d'intérêt au regard de l'article L. 36-11, mais sur « la légalité même des poursuites ». Elle a estimé que Free Mobile respectait ses obligations de couverture du territoire, ce qui s'opposait à toute mise en demeure. Mais elle soutient devant vous que, malgré le choix qu'elle a fait de répondre au fond, la contestation n'est pas ouverte devant le juge. Elle estime que, même si les syndicats pourraient être regardés comme des « *organisations professionnelles* » ou des « *personnes morales* » au sens de l'article L. 36-11, ils ne sont pas pour autant « *concerné(s)* » par la procédure à engager, comme l'exige le même article.

Il y a là un enjeu de lecture de l'article L. 36-11 qui est important et qui ne va pas de soi. L'ARCEP a une approche extensive de la notion d'« *organisation professionnelle* » visée par l'article : des syndicats peuvent être inclus dans de telles catégories. Mais leurs droits sont tout de suite limités par l'exigence qu'aurait posée le législateur que ces personnes soient « *concernées* », l'adjectif valant, selon l'autorité, pour l'ensemble des intervenants visés par la loi.

On peut discuter de cette approche. La lecture qui nous paraît la plus naturelle de l'article est de considérer que « *concerné* » est un adjectif épithète, ne s'appliquant qu'aux personnes. Les travaux préparatoires de la loi de 1996 (v. rapport AN n° 2750, p. 184) évoquent d'ailleurs séparément « *toute personne concernée* » et l'organisation professionnelle, le ministre chargé des télécommunications et les associations agréées d'utilisateurs, catégorie souhaitée par les parlementaires. Selon nous, toute organisation professionnelle, comme toute association agréée d'utilisateurs a intérêt à solliciter la sanction – à condition, bien sûr, qu'elles évoluent dans le secteur des télécommunications. Mais l'exigence n'est pas plus forte. Il ne nous paraît légitime de réintroduire une exigence d'intérêt direct alors que le texte

ne porte pas cette restriction. En revanche, pour les personnes physiques ou morales, il faut qu'elles soient « *concernées* » – la précision est ici utile pour éviter une action populaire.

Nous en déduisons que si les syndicats requérants peuvent être regardés comme des « *organisations professionnelles* », comme le pense l'ARCEP, ils ont de ce fait un intérêt à agir. Nous étions d'abord dans ce sens, car traditionnellement la notion d'« *organisation professionnelle* » recouvre les syndicats. Mais nous avons noté que, dans la loi de 1986, tant l'article 42 que l'article 48-1 sont plus précis et distinguent les « *organisations professionnelles* » des « *organisations syndicales* » (représentatives du secteur de la communication audiovisuelle). Or le dispositif de la loi de 1996 est très inspiré de celui mis en œuvre par la loi de 1986. On peut raisonnablement déduire, en comparant les deux régimes, que la notion d'« *organisation professionnelle* » visée par l'article L. 36-11 ne couvre pas les syndicats.

Ces derniers n'ont donc intérêt à solliciter l'engagement d'une procédure de sanction que s'ils sont « *concernés* », en tant que personne morale – cette qualité ne faisant aucun doute, selon nous, et n'étant pas contestée par l'ARCEP. Cette notion rejoint celle de tiers intéressé de la décision de section *T*...

4. – On peut hésiter sur le point de savoir si les syndicats d'une entreprise concurrente à Free sont concernés par le refus de l'ARCEP de poursuivre cet opérateur pour manquement à ses obligations.

Il ne fait guère de doute, à nos yeux, que l'entreprise concurrente aurait intérêt à agir – c'est d'ailleurs précisément pour couvrir le cas des acteurs de marché que la section n'a pas suivi le commissaire du gouvernement et a privilégié un critère large dans *T*... La mission régulatrice d'une autorité indépendante ne peut en effet être effective que si les autres acteurs du marché sont en mesure d'activer la régulation et qu'un certain degré de contrôle du régulateur existe. Un concurrent de Free serait en droit d'exiger de l'ARCEP qu'elle contrôle la manière dont Free s'acquitte de ses obligations – et, le cas échéant, sanctionne l'opérateur.

Reconnaître les syndicats comme tiers intéressés, en l'absence d'intervention de l'opérateur et alors qu'ils ne sont pas, à proprement parler, acteurs de marché, n'est pas aussi évident. Les intéressés mettent en avant le fait qu'il existerait une distorsion de concurrence, le comportement de Free entraînant une vague de réduction d'effectifs au sein des opérateurs mobiles concurrents depuis son entrée sur le marché. Les conditions dans lesquelles Free développent ces marchés feraient peser un risque important de suppression d'emplois sur les personnes travaillant dans les sociétés concurrentes. L'argumentation n'est pas sans poids ; on sait à quel point la question est discutée. Mais force est de reconnaître que, confrontés à un argumentaire similaire, vous n'avez pas été convaincus, dans votre décision du 23 juillet 2012. Et quoique les actes litigieux soient distincts, nous ne voyons pas comment vous pouvez, *in fine*, vous séparer de cette position.

C'est pourquoi, compte tenu de ce précédent mais en suivant une logique distincte, nous pensons que vous devez faire droit à la fin de non recevoir de l'ARCEP et rejeter la requête comme irrecevable.

Telles sont nos conclusions dans cette affaire.