

CONCLUSIONS

M. Vincent DAUMAS, rapporteur public

Cette seconde affaire inscrite au rôle d'aujourd'hui, à la suite des dossiers n° 368082 et suivants, et que l'on pourrait d'ores et déjà surnommer « *Canal Plus IV* », vous offre un autre exemple de recours contre ce qu'il est possible d'analyser comme un acte de « droit souple » pris par une autorité administrative dans l'exercice d'une mission de régulation économique.

*

1. Comme la portée exacte de l'acte attaqué n'est pas évidente et fait l'objet d'une discussion entre les parties, il faut commencer par un assez long détour par l'analyse des faits.

Le groupe Canal Plus (GCP) est un acteur majeur du secteur de la télévision payante, présent sur tous les marchés de ce secteur. Les deux marchés qui nous intéressent plus particulièrement sont le marché « intermédiaire » et le marché « aval ». Sur le marché intermédiaire, dit encore « marché de gros », les éditeurs de chaînes de télévision proposent les chaînes qu'ils ont constituées aux distributeurs de services de télévision payante. Ces derniers les achètent pour constituer des bouquets de chaînes et de services qu'ils proposent ensuite aux consommateurs finaux sur le marché aval ou « marché de détail », c'est-à-dire celui de la distribution de services de télévision payante. GCP détient des positions particulièrement fortes sur le marché aval, où ses deux principaux bouquets, « Les chaînes Canal + » d'une part, « CanalSat » d'autre part, sont des références.

Sur le marché de détail, GCP utilise principalement le mode de diffusion par satellite. Cependant, cette plate-forme de diffusion par satellite est concurrencée depuis le début des années 2000 par le développement de la télévision par Internet qu'a permis le déploiement des réseaux à haut débit (technologie ADSL puis fibre optique). Les principaux fournisseurs d'accès à Internet (FAI), c'est-à-dire Orange, Bouygues Télécom, SFR et Free, en ont profité pour élaborer leurs propres offres de télévision payante. Toutefois, GCP s'est adapté à cette concurrence en proposant ses bouquets de chaînes Canal + et CanalSat sur les plateformes de ces opérateurs, selon un modèle dit d'« auto-distribution », c'est-à-dire en conservant une relation commerciale directe avec les abonnés, les FAI jouant le simple rôle de prestataires de services en transportant le signal, pour le compte de GCP, jusqu'aux consommateurs finaux.

Avec l'auto-distribution s'est ainsi développée, sur la plateforme de diffusion de chaque FAI, une concurrence dite « intra-plateforme », entre les offres de GCP et celles du FAI propriétaire de la plateforme considérée. Les FAI, qui ne proposent leurs offres que sur leur propre plateforme, sont qualifiés de distributeurs « mono-plateforme », tandis que GCP, dont les offres sont disponibles sur les différentes plateformes propriétaires, est un distributeur « multi-plateformes ». Cette position offre à GCP un avantage concurrentiel très important, puisqu'il est en mesure, sur le marché intermédiaire, de proposer aux éditeurs de chaînes de télévision qui ne dépendent pas du groupe une diffusion sur un ensemble de plateformes, là où les FAI ne peuvent leur proposer qu'une diffusion sur leur propre plateforme, donc en direction d'un nombre par construction plus réduit d'abonnés.

La société NC Numericable (ci-après : Numericable) est également présente sur le marché aval de la distribution de services de télévision payante, avec une place un peu particulière. Numericable continue d'exploiter, entre autres infrastructures, un réseau de câble coaxial initialement déployé pour distribuer des services de télévision payante. Elle est parvenue à nouer et à maintenir dans le temps des relations contractuelles avec les principaux éditeurs de chaînes du marché, de sorte qu'elle est le seul distributeur à proposer une offre de télévision payante comparable, en contenu, à celle de GCP. Numericable présentait surtout la particularité d'être le seul distributeur à ne pas proposer à ses abonnés les offres de GCP en auto-distribution sur sa plateforme propriétaire. Ce choix commercial lui avait permis d'échapper à toute concurrence intra-plateforme de la part de GCP, là où les autres FAI avaient dû s'y résoudre.

Le 23 juillet 2012, l'Autorité de la concurrence a de nouveau autorisé l'opération de concentration consistant dans le regroupement des activités de distribution de services de télévision payante de GCP et celles de son principal concurrent TPS (décision n° 12-DCC-100¹), après avoir retiré, un an auparavant, l'autorisation initialement donnée à cette opération, qui remontait à 2006. L'Autorité a toutefois assorti sa décision d'une liste de trente-trois injonctions, valables cinq ans, destinées à remédier aux effets anticoncurrentiels identifiés – comme les dispositions de l'article L. 430-7 du code de commerce lui en donnent le pouvoir. L'une de ces injonctions, l'injonction 5 (a), consiste à imposer à GCP, dans ses négociations conduites sur le marché intermédiaire avec les éditeurs de chaînes indépendantes, de formuler ses offres de distribution plateforme propriétaire par plateforme propriétaire, sans pouvoir lier entre elles des offres de distribution sur plusieurs plateformes, et en faisant apparaître de manière distincte, dans la rémunération proposée à l'éditeur, la valeur de l'exclusivité concédée, le cas échéant, pour la distribution sur la plateforme considérée. L'injonction 5 (b) précise à ce propos que les offres de distribution exclusives de GCP doivent se faire sur la base de critères économiques objectifs, transparents et non-discriminatoires, prenant en compte le nombre d'abonnés desservis par les plateformes concernées par les contrats. L'objectif de ces injonctions est double. D'abord, permettre à chaque FAI, sur sa propre plateforme, de concurrencer de manière effective GCP dans l'obtention de droits exclusifs de diffusion de certaines chaînes, en contraignant GCP à formuler des offres mono-plateformes, auxquelles chacun, individuellement, soit en mesure de répliquer. Ensuite, donner aux éditeurs de chaînes indépendantes une véritable possibilité de choix, plateforme par plateforme, entre une distribution exclusive *via* le bouquet CanalSat de GCP et une distribution *via* les bouquets de chaînes proposés par les FAI.

¹ Décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus, confirmée par votre décision dite « Canal Plus II » (CE assemblée, 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et autres, n° 362347, 363542, 363703, au Recueil).

Une autre des injonctions prononcées par l’Autorité, l’injonction 3 (c), concourt en partie aux mêmes objectifs. Celle-ci contraint en effet GCP à soumettre à l’agrément de l’Autorité une « offre de référence » – autrement dit un contrat-type – pour la reprise, dans le bouquet CanalSat, des chaînes indépendantes de GCP. L’injonction précise que cette offre de référence doit comprendre, entre autres, une valorisation distincte de tous les éléments constitutifs de la rémunération des chaînes, notamment les exclusivités de distribution, dont la valorisation doit reposer sur des critères économiques objectifs et vérifiables.

GCP s’est exécuté et a soumis à l’Autorité, en application de cette injonction 3 (c), une offre de référence qui, après ajustements, a donné lieu le 7 juin 2013 à une décision d’agrément (décision n° 13-DAG-01²). Il résulte des motifs mêmes de cette décision³ que, dans sa première version, l’offre de référence formulée par GCP prévoyait les conditions dans lesquelles celui-ci pourrait acquérir des droits exclusifs pour la distribution de chaînes sur la plateforme de Numericable. L’Autorité y explique qu’étant donné le choix de Numericable de ne pas proposer l’offre de télévision de GCP en auto-distribution à ses abonnés, l’acquisition par GCP de droits exclusifs pour la diffusion de chaînes sur la plateforme de Numericable aurait eu pour effet de priver l’opérateur de la faculté de proposer ces chaînes à ses abonnés. L’Autorité estime que Numericable ne serait pas en mesure de répliquer utilement à l’offre de GCP, ce qui aurait pour effet d’évincer Numericable de la distribution des chaînes concernées. L’Autorité indique enfin qu’en conséquence, GCP a modifié son offre de référence pour écarter la possibilité d’acquérir des droits exclusifs de diffusion de chaînes sur les plateformes de distributeurs concurrents ne proposant pas ses services de télévision en auto-distribution – ce qui, en pratique, ne concernait que Numericable.

L’Autorité de la concurrence a donc procédé, dans les motifs de cette décision du 7 juin 2013 agréant l’offre de référence élaborée par GCP en application de l’injonction 3 (c), à une interprétation de la portée de l’injonction 5 (a). Elle a considéré – ce qui n’avait rien d’évident, soit dit en passant – que cette injonction interdisait à GCP d’acquérir auprès des éditeurs de chaînes des droits exclusifs de distribution portant sur la plateforme d’un opérateur qui refuse de proposer l’offre de télévision de GCP en auto-distribution. De portée générale, cette interprétation n’avait cependant d’effet concret qu’à l’égard de Numericable.

C’est dans ce contexte qu’est intervenue une autre concentration d’ampleur dans le secteur de la télévision payante : celle correspondant à la prise de contrôle de SFR par la société Numericable Group, société mère de Numericable. Soumise au contrôle de l’Autorité de la concurrence, elle a donné lieu le 30 octobre 2014 (décision n° 14-DCC-160⁴) à une décision d’autorisation assortie de la reprise de plusieurs engagements souscrits par les parties à l’opération. Cette prise de contrôle a suscité des interrogations sur la portée pratique de l’injonction 5 (a) formulée à l’égard de GCP dans le cadre de la concentration avec TPS, telle que précisée par l’Autorité de la concurrence dans sa décision d’agrément du 7 juin 2013 : quelles conséquences tirer, pour l’application de cette injonction, d’une éventuelle fusion des plateformes propriétaires de SFR et Numericable, sachant que l’offre de télévision de GCP

² Décision n° 13-DAG-01 du 7 juin 2013 relative à l’exécution de l’injonction n° 3(c) prononcée dans la décision n° 12-DCC-100 autorisant la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

³ Paragraphes 54 à 56 de la décision.

⁴ Décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice.

était proposée en auto-distribution sur la première et ne l'était pas sur la seconde ? L'Autorité de la concurrence a abordé cette question dans les motifs de sa décision du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle de SFR par Numericable. Elle a considéré que, dans l'hypothèse où la plateforme propre de Numericable ne constituerait plus une plateforme propriétaire autonome mais un simple élément d'un ensemble plus vaste proposant l'offre de GCP en auto-distribution, ce dernier pourrait alors revendiquer auprès des éditeurs de chaînes des droits exclusifs de distribution pour cette nouvelle plateforme.

Par courrier du 23 janvier 2015, GCP a demandé à l'Autorité de la concurrence de constater la fusion des plateformes de SFR et de Numericable. Selon GCP, cette fusion était intervenue dès le lancement, le 18 novembre 2014, d'une nouvelle offre commerciale de SFR incluant l'offre de télévision de Numericable. GCP sollicitait l'avis du collège de l'Autorité de la concurrence afin qu'il lui confirme partager ce point de vue.

Par une délibération de son collège du 23 mars 2015, dont les motifs et le dispositif ont été révélés à GCP ainsi qu'à Numericable par deux courriers en date du 31 mars 2015 signés de son président, l'Autorité de la concurrence a constaté que les plateformes de Numericable et de SFR avaient « effectivement fusionné » pour en conclure que « les considérations des décisions n° 12-DCC-100 et 13-DAG-01 ayant pour effet de prévenir l'acquisition par GCP de droits exclusifs de diffusion sur la plateforme câblée de Numericable sont donc désormais sans objet ».

C'est cet objet, cette une prise de position de l'Autorité de la concurrence, qu'attaque la société Numericable. On comprend bien ce qui la motive : cette prise de position confirme à GCP qu'il peut désormais concurrencer Numericable dans les mêmes conditions que celles dans lesquelles il rivalise, sur leurs propres plateformes, avec les autres FAI.

2. Avant d'aborder la question de la recevabilité de ce recours, il faut dire un mot du paysage, très peu exploré par la jurisprudence, dans lequel s'inscrit la prise de position attaquée. C'est celui des différentes mesures que l'Autorité de la concurrence est susceptible de prendre dans le cadre du suivi d'une opération de concentration soumise à conditions.

Les textes, sur ce sujet, restent assez peu diserts – quoiqu'ils aient fait l'objet, tout récemment, d'une explicitation.

Les dispositions de l'article L. 430-7 du code de commerce permettent à l'Autorité de la concurrence d'assortir une autorisation de concentration de différents types de conditions. Il peut s'agir d'engagements, c'est-à-dire de conditions proposées par les parties à l'opération de concentration elles-mêmes afin de remédier aux effets anticoncurrentiels identifiés par l'Autorité (IV de l'article L. 430-7). Il peut s'agir d'injonctions, c'est-à-dire de conditions imposées aux parties par l'Autorité, à cette même fin ; il peut également s'agir de prescriptions, c'est-à-dire de conditions imposées aux parties par l'Autorité, mais avec une finalité différente, qui est d'apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence (III de l'art. L. 430-7).

La loi (n° 2015-990) du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « loi Macron »), qui est postérieure à la prise de position attaquée, est venue préciser, au dernier alinéa de l'article L. 461-3 du code de commerce, que le président de l'Autorité ou un vice-président désigné par lui peut adopter seul « les décisions

(...) de révision des mesures mentionnées aux III et IV de l'article L. 430-7 ou des décisions nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures ». Avec ces dispositions, les décisions de révision des engagements, injonctions et prescriptions et les actes nécessaires à leur mise en œuvre ont été dotés d'une base textuelle explicite.

Enfin les dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce prévoient les différents types de conséquences que l'Autorité peut tirer de la méconnaissance des conditions dont est assortie son autorisation de concentration. Elles instituent un système de sanctions, comme vous l'avez jugé à la suite du Conseil constitutionnel dans l'affaire « *Canal Plus I* »⁵, d'une nature particulière puisque les considérations de préservation de la concurrence ne sont pas étrangères au choix de la sanction. Ces sanctions que peut prendre l'Autorité lorsqu'elle constate l'incorrecte exécution d'un engagement, d'une injonction ou d'une prescription ne vous sont donc pas inconnues.

En revanche, c'est la première fois, à notre connaissance, qu'est contestée devant vous une autre mesure prise par l'Autorité dans le cadre du suivi d'une opération de concentration soumise à conditions. En pratique, les mesures de cette nature peuvent être variées et nombreuses.

2.1. Il n'est sans doute pas évident d'en dresser une typologie mais il nous semble possible d'identifier, en première analyse, trois grands types de mesures – dont certaines seulement sont de véritables décisions.

Il y a d'abord les décisions d'agrément – ou de refus d'agrément – de l'Autorité. La décision du 7 juin 2013 dont nous avons déjà parlé, agréant l'offre de référence de GCP pour la reprise, dans le bouquet CanalSat, des chaînes non éditées par lui, en fournit un exemple. On peut en trouver d'autres : un engagement ou une injonction peut aussi prévoir l'agrément par l'Autorité de l'entreprise cessionnaire d'un actif dont les parties à l'opération sont tenues de se séparer, ou encore celui d'un mandataire chargé de veiller à la mise en œuvre de tout ou partie des engagements ou injonctions.

Par ailleurs, dans votre décision « *Canal Plus II* »⁶, vous avez jugé que les mesures correctives dont l'Autorité de la concurrence assortit sa décision d'autorisation doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des effets anticoncurrentiels qu'elles entendent prévenir. Cela découle de leur nature de mesures de police, qui ne sont légales que si elles sont strictement proportionnées à leur objet – en l'occurrence, maintenir l'ordre public économique. La situation concurrentielle sur les marchés étant toujours susceptible d'évolution, nous avons envisagé, dans nos conclusions, l'hypothèse dans laquelle l'Autorité de la concurrence, au vu d'une telle évolution, décide d'abroger purement et simplement un engagement ou une injonction, parce qu'elle ne l'estime plus adapté, plus nécessaire ou disproportionné. Il y aurait là un deuxième type de mesures de suivi, qui revêtent sans aucun doute le caractère de décisions puisqu'elles aboutissent à réduire les obligations pesant sur les parties à l'opération de concentration.

Un troisième type de mesures regroupe une vaste nébuleuse d'actes par lesquels l'Autorité de la concurrence précise la portée d'un engagement ou d'une injonction, le cas

⁵ CE assemblée, 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus, n° 353856, au Recueil, point 3.

⁶ CE assemblée, 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et autres, n° 362347, 363542, 363703, au Recueil, notamment points 107 et 113.

échéant, au vu d'une situation de fait donnée. Nous y incluons l'hypothèse, que nous envisageons dans nos conclusions sur l'affaire « *Canal Plus I* », du constat par l'Autorité d'une « perte d'objet » totale ou partielle de la mesure corrective, qui dans notre esprit n'est pas assimilable à une abrogation de celle-ci : la mesure corrective continue de s'imposer aux parties à l'opération, simplement l'Autorité reconnaît qu'elle se trouve privée de tout ou partie de sa portée dans une situation particulière, et donc qu'il n'y a pas lieu, dans cette situation particulière, de la respecter – mais que cette situation disparaisse, et la mesure corrective retrouve toute sa portée.

2.2. Quant au nombre des mesures que l'Autorité de la concurrence est conduite à prendre, chaque année, dans le cadre du suivi d'opérations de concentration soumises à conditions, il est sans doute important.

Cela ne vous surprendra pas : vous connaissez la propension de l'Autorité à recourir à la technique de l'autorisation subordonnée à la réalisation effective d'engagements pris par les parties, de même que la tendance, malgré la priorité affichée aux engagements de type structurel, à retenir des engagements comportementaux, qui nécessitent un contrôle dans la durée de leur bonne exécution⁷. Les derniers chiffres rendus publics, que nous empruntons au rapport annuel 2014 de l'Autorité de la concurrence, font état de 32 dossiers d'autorisations comportant des engagements ou des injonctions suivis par les services de l'Autorité à la date du 31 octobre 2014. Chiffre intéressant, le rapport fait état pour cette année de quatre dossiers clos pour huit nouveaux dossiers ouverts – donc une croissance nette du stock. Sachant que, dans la pratique de l'Autorité de la concurrence, les engagements ou injonctions sont généralement prévus pour une durée de cinq ans, et susceptibles d'être reconduits pour la même durée après une nouvelle analyse concurrentielle, la durée de vie de ces dossiers est longue. A cela s'ajoute qu'ils portent rarement sur un unique engagement ou une unique injonction. Sans aller jusqu'aux 33 injonctions prononcées par l'Autorité à l'encontre de GCP dans sa décision autorisant de nouveau la concentration TPS/CanalSatellite, il s'agira souvent de suivre quatre, cinq, voire une dizaine d'engagement ou injonctions.

3. La prise de position attaquée par Numericable dans la présente affaire nous paraît se rattacher à la troisième catégorie d'actes que nous identifions tout à l'heure, celle des actes par lesquels l'Autorité de la concurrence précise la portée d'un engagement ou d'une injonction. Ce qui nous amène à la question de la recevabilité du recours.

Il ne fait aucun doute que l'Autorité de la concurrence, en l'adoptant, n'a pas abrogé ni modifié l'injonction 5 (a) prononcée à l'égard de GCP, telle qu'interprétée dans les motifs de sa décision d'agrément du 7 juin 2013. L'interdiction faite à GCP d'acquérir des droits exclusifs de diffusion sur les plateformes de distributeurs concurrents ne proposant pas ses services de télévision en auto-distribution n'a nullement été remise en cause. Simplement, l'Autorité a constaté que la seule plateforme concernée, en pratique, par cette interdiction générale, celle de Numericable, avait disparu du fait de la réunion en une seule plateforme des moyens techniques de diffusion de Numericable et SFR et de la circonstance que la nouvelle plateforme proposait l'offre de télévision de GCP en auto-distribution.

⁷ Sur l'analyse de ce phénomène, on se reportera avec profit à la thèse de François Blanc intitulée « Les engagements dans le droit français des concentrations », LGDJ 2015.

Une telle prise de position ne modifie en rien l'ordonnancement juridique. Faute de produire des effets de droit, elle ne rentre pas dans les canons de la décision susceptible de recours. En revanche, elle répond à la définition des actes de droit souple donnée dans l'étude annuelle 2013 du Conseil d'Etat⁸, déjà mentionnée tout à l'heure par Suzanne von Coester. D'où la question de recevabilité soulevée par la présente affaire, à laquelle vous devrez répondre expressément puisque l'Autorité de la concurrence soulève, sur ce point, une fin de non-recevoir.

Nous ne reviendrons pas sur le principe de l'ouverture du recours qu'a proposée tout à l'heure Suzanne von Coester en concluant sur les affaires n° 368082 et suivantes, ni sur l'étendue de cette ouverture. Nous faisons nôtre, sur ces deux points, le contenu de ses conclusions. Comme elle nous croyons cette ouverture nécessaire. Comme elle nous croyons qu'elle doit être maîtrisée. Comme elle nous proposons de vous en tenir, à tout le moins dans un premier temps, au-delà des recours dont vous admettez déjà de connaître dans le cadre de votre jurisprudence *Société ITM*⁹ – *Société Casino Guichard-Perrachon*¹⁰, aux recours dirigés contre des actes pris par les autorités de régulation dans l'exercice de cette mission, lorsqu'ils ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements ou sont de nature à produire des effets économiques notables.

Nous souhaitons en revanche insister sur la nécessité, à nos yeux, de maintenir des verrous suffisamment solides à l'entrée de votre prétoire. Si nous sommes en faveur de l'évolution proposée, c'est en effet sans illusion sur un point : quelques-unes des requêtes qui seront portées devant vous dans le cadre de cette voie de droit élargie soulèveront de véritables enjeux en termes de contrôle juridictionnel des autorités de régulation ; la plupart constitueront des tentatives d'instrumentalisation du juge, dont l'objet ne sera pas tant d'obtenir un contrôle juridictionnel que d'instiller une incertitude sur le bien-fondé de l'action de l'autorité de régulation, et de profiter des effets induits sur les comportements des opérateurs. L'existence même d'un recours peut en effet se traduire par une modification de ces comportements, par exemple en retardant une offensive commerciale ou un choix d'investissement, ou encore en interférant dans les conditions de négociation d'un contrat.

Il s'agit d'ouvrir le recours pour résorber un « angle mort » du contrôle juridictionnel – mais de ne l'ouvrir que dans la stricte mesure nécessaire à cette fin. Vous devrez être vigilant sur la vérification des critères délimitant le champ des actes susceptibles de recours et surtout sur l'intérêt pour agir des requérants.

4. Si vous nous suivez pour admettre l'ouverture d'une voie de recours élargie contre certains actes de « droit souple » des autorités chargées d'une mission de régulation, il y aura lieu de s'interroger sur ce que doit être l'office du juge et sur la nature du recours dont il est saisi.

Soulignons que c'est bien dans cet ordre que nous envisageons les choses : il vous appartient de définir les pouvoirs et les devoirs dont le juge est investi dans le cadre de cette voie de droit élargie ; la question de savoir si le recours relève de l'excès de pouvoir ou d'un plein contentieux, ou encore d'un autre type de recours qui reste à conceptualiser, est avant tout affaire de doctrine. Nous sacrifierons à l'exercice néanmoins, puisque la distinction entre

⁸ Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013, « Le droit souple », La documentation française.

⁹ CE 11 octobre 2012, Société ITM Entreprises et autres, n° 346378, 346444, au Recueil.

¹⁰ CE 11 octobre 2012, Société Casino Guichard-Perrachon, n° 357193, au Recueil.

excès de pouvoir et plein contentieux continue de produire, à tout le moins, un effet procédural indéniable en ce qui concerne l'obligation de recourir au ministère d'avocat (voyez sur ce point les dispositions des articles R. 431-11, R. 432-2 et R. 811-7 du code de justice administrative).

Dire ce que doit être l'office du juge statuant dans des litiges d'un type nouveau, qui n'étaient jusqu'à présent pas admis dans votre prétoire, est nécessairement difficile. Il est toujours périlleux d'explorer une voie de droit qui n'est pas encore ouverte et sur laquelle, par définition, nous n'avons pas de recul.

4.1. A ce stade exploratoire, deux convictions nous animent, dont les implications se rejoignent.

La première est que vous devez veiller à maintenir une distance entre votre mission juridictionnelle et celles imparties aux autorités de régulation contrôlées. Plus que dans toute autre matière, il faut se garder de la tentation d'être un juge-administrateur – en l'occurrence un juge-régulateur. Vous n'êtes pas doté des mêmes outils que ceux dont disposent ces autorités. Vous ne possédez pas les mêmes compétences que celles de leurs services. Votre mission est, éclairé par le débat contradictoire, de vérifier que la légalité a été respectée. Cela peut vous conduire, certes, à un contrôle, et même à un entier contrôle, des appréciations portées par ces autorités. Mais cette mission ne doit pas aller jusqu'à une substitution du juge aux autorités qu'il contrôle.

La seconde de nos convictions est que vous devez cantonner, autant que possible, le champ du débat contentieux. La tendance naturelle des requérants consistera à vous saisir, dans le cadre de cette nouvelle voie de droit, d'une situation plus que d'un acte. D'une situation, donc d'une réalité éminemment évolutive. Ils vous feront part de l'évolution de cette situation, si ce n'est au jour le jour, en tout cas régulièrement. De leur côté, les intervenants, alliés ou concurrents du requérant, seront généralement nombreux et tendront eux aussi à élargir et complexifier la discussion. De proche en proche, si vous n'y prenez garde, c'est tout un pan du secteur régulé qui se retrouvera dans votre prétoire, au risque de l'encombrer et de vous divertir de l'objet du recours.

4.2. De ces deux convictions nous déduisons, dans une démarche parfaitement finaliste, les principales caractéristiques de l'office du juge.

En premier lieu, il doit s'agir d'un office centré sur l'acte attaqué et non sur une situation. Autrement dit ce contentieux devrait selon nous revêtir un caractère essentiellement objectif – un contentieux dans lequel la question posée au juge est, fondamentalement, celle de la légalité de l'acte attaqué. Même s'il sera, très souvent, fortement nimbé de subjectivisme, parce que derrière la légalité de l'acte attaqué, c'est bien sûr la question de savoir ce qu'un opérateur peut ou ne peut pas faire, et dans quelles conditions, qui est posée.

En deuxième lieu, le juge doit se prononcer sur la légalité de l'acte attaqué à la date à laquelle celui-ci est intervenu, et non à la date de sa propre décision. Cela n'exclut pas, bien sûr, que le juge puisse se référer à des pièces ou des analyses postérieures à la date de l'acte attaqué, dès lors qu'elles éclairent les circonstances de fait existant à cette date – vous

l'admettez tout à fait en excès de pouvoir¹¹, et d'autant plus facilement en matière de contentieux de la régulation que celle-ci revêt souvent une dimension prospective¹².

En troisième lieu, le juge devrait se borner, en cas d'illégalité, à annuler l'acte attaqué – partiellement le cas échéant, s'il est divisible – sans substituer à cet acte sa propre décision. Bien sûr, le requérant pourra toujours assortir sa demande d'annulation de conclusions à fin d'injonction, sur le fondement des articles L. 911-1 ou L. 911-2 du code de justice administrative. Vous pourriez d'ailleurs faire preuve de créativité en la matière, en prenant en considération la circonstance que l'annulation de l'acte attaqué doit avoir autant que possible pour conséquence de supprimer les effets qu'il a produits. Dans l'hypothèse de l'annulation d'un communiqué par exemple, cette annulation impliquerait certainement, *a minima*, et au moins jusqu'à ce que l'autorité ait réexaminé l'affaire, le retrait du communiqué, voire la publication, sur le site de l'autorité concernée, de la décision juridictionnelle d'annulation.

4.3. Derrière cet office du juge, tel que nous venons de le dépeindre à grands traits, vous reconnaissez bien sûr la figure du juge de l'excès de pouvoir.

Pour tout vous dire, l'idée de manier le recours pour excès de pouvoir contre des actes de droit souple nous a dans un premier temps rendu perplexe. Ce recours est d'abord pensé comme un outil de rectification de l'ordonnancement juridique, voué à faire disparaître de cet ordonnancement les décisions illégales. Il peut sembler étrange, en première analyse, d'envisager d'annuler pour excès de pouvoir des actes qui, par définition, sont dépourvus d'effets juridiques : qu'annule-t-on, alors ? et quel « excès de pouvoir » sanctionne-t-on, au juste ? Mais nous surmontons, à la réflexion, cette objection.

La circonstance que le recours pour excès de pouvoir ait été conçu pour un autre usage que le traitement des contestations soulevées à l'encontre d'actes qui ne constituent pas de véritables décisions ne le rend pas pour autant impropre à cet usage. Ce recours, précisément parce qu'il prétend réduire à rien l'acte attaqué, le mettre à néant, a aussi une dimension symbolique qui convient bien, finalement, au contrôle juridictionnel des activités de régulation. Dès lors que les autorités chargées de missions de régulation exercent, au travers des actes de droit souple qu'elles adoptent, un magistère de persuasion, l'auteur du recours se satisfera, bien souvent, du désaveu que constitue l'annulation juridictionnelle. Peu lui importera qu'elle reste de l'ordre du symbole, puisque précisément l'acte qu'il attaque tire ses effets d'une autorité du même ordre. Et dans l'hypothèse où l'auteur du recours estimerait trop platonique une annulation pure et simple de l'acte attaqué, il disposera, nous l'avons dit, de l'arme supplémentaire de la demande d'injonction.

Nous observons, d'ailleurs, que s'agissant des autres contentieux dans lesquels vous avez admis, par exception, de connaître de recours dirigés contre des actes ne constituant pas de véritables décisions, vous vous en êtes tenu au recours pour excès de pouvoir. Nous pensons notamment aux recours contre les décisions de porter certaines informations à la connaissance du public, qu'illustre la décision de section du 21 octobre 1988 *Eglise de scientologie de Paris* (n° 68638, au Recueil) ; ou aux recours contre certains actes à caractère récognitif (par exemple CE section, 5 novembre 1993, SA Le Courrier de l'Ouest, n° 132305, au Recueil ; CE 22 mai 2013, Fédération Intercos CFDT et autres, n° 356903, aux tables du

¹¹ Voir, tout à fait explicitement, CE 31 août 2009, Commune de Crégols, n° 296485, au Recueil.

¹² Voir par exemple la décision « *Canal Plus II* », précitée note 6, points 101 et 133.

Recueil) ou superfétatoire (par exemple CE section, 5 juin 1987, Mme L..., n° 38177 et autres, au Recueil).

Il n'y aurait certes pas d'obstacle majeur, si telle était votre préférence, à ce que vous qualifiez de recours de plein contentieux la voie de droit que vous ouvrez. Le plein contentieux, vous le savez bien, est un pavillon sous lequel cohabitent des juges aux offices très divers¹³. Mais pour les raisons que nous avons indiquées, nous croyons qu'il devrait s'agir d'un plein contentieux objectif d'annulation, centré sur l'acte attaqué, à l'encontre duquel seraient *a priori* opérants les moyens tirés d'irrégularités de forme ou de procédure, et dont la légalité serait appréciée par le juge à la date de l'acte. Bref, d'un plein contentieux particulier, qui ressemblerait en tous points à l'excès de pouvoir, hormis que le ministère d'avocat y serait obligatoire... Et puisqu'il est toujours plus clair d'appeler un chat un chat, nous croyons préférable, pour notre part, de juger que le recours ouvert relève de l'excès de pouvoir.

4.4. Une autre question doit être explorée, celle de savoir s'il y a lieu d'ajouter un ou plusieurs verrous supplémentaires commandant, non pas l'accès des requérants à votre prétoire, mais l'étendue des moyens qu'ils sont admis à soulever.

Sur le principe, nous y sommes favorable : dans l'intérêt même d'une bonne administration de la justice, il est souhaitable que vous vous dotiez des moyens de cadrer des débats contentieux qui, nous l'avons dit, s'annoncent profus. Quant aux modalités, nous avons envisagé deux voies distinctes.

4.4.1. La première consisterait, dans ce contentieux particulier, à limiter les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.

Une telle proposition peut apparaître en décalage avec toute l'histoire du recours pour excès de pouvoir, puisqu'elle est celle d'un élargissement progressif des cas d'ouverture de ce recours. Mais nous relevons que vous adoptez une démarche de cette nature lorsque vous sont déférés des actes manifestant des choix dans l'expression desquels l'administration dispose de la plus grande latitude – autrement dit des actes intervenant dans des domaines où le pouvoir discrétionnaire de l'administration est maximal. Dans ce cas vous refusez, purement et simplement, de contrôler son appréciation. C'est ainsi que vous avez procédé, pour ne citer qu'un exemple¹⁴, lorsqu'il vous a fallu définir le contrôle exercé par le juge administratif sur le refus opposé par une chambre régionale des comptes de faire droit à une demande de rectification des observations définitives qu'elle a formulées sur la gestion d'une collectivité territoriale ou de certains autres organismes (CE section, avis, 15 juillet 2004, M. C..., n° 267415, au Recueil). Vous avez jugé que le recours introduit contre un éventuel refus de rectification, s'il pouvait conduire le juge administratif à contrôler la régularité de la procédure suivie, l'exactitude matérielle des faits et l'absence de méconnaissance, par la chambre régionale, de l'étendue de son pouvoir de rectification, ne pouvait porter sur l'appréciation à laquelle elle s'est livrée. Cette veine jurisprudentielle, toutefois, nous semble difficilement exploitable : d'une part, il est exclu de renoncer à tout contrôle de l'appréciation portée par les autorités de régulation lorsqu'elles adoptent des actes de droit souple – l'utilité

¹³ Voir, pour s'en convaincre, la chronique de D. Botteghi et A. Lallet, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », AJDA 2011 p. 156.

¹⁴ Pour d'autres exemples, voir le fascicule « Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation) » de F. Melleray, §§ 46-47, au Répertoire Dalloz de contentieux administratif.

même du recours que nous proposons d'ouvrir réside, en partie au moins, dans la possibilité de contester cette appréciation ; d'autre part, si l'on se tourne vers les autres cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, il apparaît très délicat de définir *a priori*, pour la généralité des recours dont vous serez saisi à l'avenir, qui porteront sur des actes très divers, quels sont les cas d'ouverture qu'il faudrait laisser de côté. Nous renonçons à explorer cette piste plus avant.

4.4.2. La seconde voie envisageable reviendrait à cantonner les moyens que le requérant – ou l'intervenant – est admis à soulever en fonction de l'intérêt dont il se prévaut.

A première vue, elle paraît prometteuse, compte tenu de la diversité des intérêts dont les requérants sont susceptibles de se prévaloir pour agir. On pense bien sûr, en premier lieu, à l'intérêt s'attachant à la qualité d'opérateur soumis au contrôle de l'autorité de régulation dont l'acte est en cause. Si l'acte concerne un seul de ces opérateurs et lui est favorable, il faut envisager aussi le recours d'un concurrent. Mais l'on peut également imaginer des recours engagés par divers cocontractants de ces opérateurs, notamment des fournisseurs ou des clients. Et pourquoi pas des recours introduits par des associations de consommateurs.

Cette démarche consistant à lier l'intérêt lésé justifiant la qualité pour agir du requérant et la nature des moyens qu'il peut faire valoir devant le juge vous est connue.

Vous êtes habitué à suivre une telle démarche en matière de procédure juridictionnelle. Votre jurisprudence est en effet orientée en ce sens que la partie qui conteste une décision juridictionnelle ne peut se prévaloir d'une irrégularité de procédure qui ne lui a causé aucun tort – parce qu'elle n'a pu préjudicier, en réalité, qu'à son adversaire (CE 15 mars 2000, Mme D..., n° 185837, aux tables du Recueil ; voir aussi, dans la même logique, CE 27 juillet 2005, M. B..., n° 228554, aux tables du Recueil ; CE 30 septembre 2011, n°s 350153 et 350992, Département de la Haute-Savoie et société GTS, aux tables du Recueil ; CE 5 juin 2015, M. H..., n° 378130, aux tables du Recueil). Vous avez donné tout récemment une nouvelle illustration de cette jurisprudence, en jugeant que lorsqu'une note en délibéré a été produite sans être visée par la juridiction, une telle irrégularité, dont la sanction est l'annulation de la décision juridictionnelle, ne peut être utilement soulevée que par la partie qui a produit cette note (CE 2 décembre 2015, M. V..., n° 382641, aux tables du Recueil). La matière processuelle se prête bien à cette technique de subjectivisation des moyens invocables, puisque les règles de procédure sont pour la plupart des garanties prévues au bénéfice des parties.

Vous avez également appliqué cette technique aux moyens ayant trait au fond du litige. Vous y avez recouru pour définir l'office du juge des référés précontractuels – il est vrai que vous disposiez de l'appui d'un texte, l'article L. 551-1 du code de justice administrative (CE section, 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (SMIRGEOMES), n° 305420, au Recueil). Et vous l'avez encore reprise lorsque vous avez décidé d'ouvrir aux tiers une voie de recours directe contre les contrats administratifs, sous la forme d'un recours de pleine juridiction (CE assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994, au Recueil). Dans le cadre de ce recours, mis à part certains tiers bénéficiant d'un régime contentieux particulier, les requérants ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Il s'agissait de ménager un équilibre, dans cette nouvelle voie

de droit, entre la défense du principe de légalité et l'exigence de stabilité des relations contractuelles. Le recours de plein contentieux, en outre, offrait un substrat favorable à la subjectivisation des moyens invocables.

Mais cette liaison entre les moyens que le requérant est admis à soulever et l'intérêt lésé justifiant son action existe aussi en matière d'excès de pouvoir, et depuis fort longtemps. On en trouve l'illustration dans le courant jurisprudentiel qui admet tout en l'encadrant l'intérêt pour agir des membres d'organismes collégiaux : leur intérêt pour agir est soumis à la condition qu'ils fassent valoir une méconnaissance des prérogatives de l'organisme auquel ils appartiennent ; et dans ce cas ils ne peuvent invoquer que des moyens tirés de la méconnaissance des prérogatives de cet organisme (CE 4 décembre 1935, *Sieur Canat et autres*, n° 29260 et 29431, au Recueil p. 1135 ; CE section, 26 octobre 1956, *Dlle Cavalier et autres*, n° 17904 et autres, au Recueil p. 387 ; CE 24 juin 1970, *Min. des anciens combattants et victimes de guerre c/ sieur L...*, n° 78265, au Recueil p. 430). Vous avez certes écorné cette jurisprudence s'agissant des recours intentés par les membres d'organes délibérants contre les délibérations adoptées par l'organe auquel ils appartiennent : dans ce cas, vous reconnaissez systématiquement leur intérêt pour agir, sans limitation des moyens (voyez, pour une délibération d'un conseil municipal, CE 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, n° 150360 et 153859, au Recueil ; et, pour une délibération du conseil d'administration d'un établissement public, CE section, 22 mars 1996, *Mmes P... et R...*, n° 151719, au Recueil). Vous avez par ailleurs refusé de transposer cette jurisprudence dans le cadre du recours de plein contentieux désormais ouvert contre les contrats administratifs, par votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* précitée, puisque les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales qui contracte y sont admis à soulever tous moyens, eu égard aux « intérêts dont ils ont la charge ». Et vous l'avez encore écornée, dans la lignée de ce précédent et pour le même motif, s'agissant des recours pour excès de pouvoir introduits par les membres de l'organe délibérant contre les contrats de recrutement d'agents publics conclus par l'exécutif de la collectivité ou du groupement de collectivités (CE 2 février 2015, *Commune d'Aix-en-Provence et M. J...*, n° 373520, au Recueil, point 7). Toutefois, bien qu'amoindrie, cette jurisprudence ne nous paraît pas avoir été formellement abandonnée s'agissant des recours intentés par des membres de l'organe délibérant contre les autres actes de l'exécutif¹⁵, dans une logique d'équilibre des pouvoirs au sein de la collectivité concernée et afin de ne pas faire de votre prétoire un terrain ouvert à la poursuite de tous les antagonismes qui peuvent se manifester au sein de son organe délibérant. Et quoiqu'il en soit, il suffit à notre démonstration que cette jurisprudence ait existé.

Subordonner l'admissibilité des moyens soulevés à l'existence d'un lien entre ces moyens et l'intérêt lésé dont se prévaut le requérant n'est donc pas une technique étrangère au juge de l'excès de pouvoir. Reste à déterminer ce qui pourrait justifier d'y recourir dans le cadre de la voie de droit élargie que nous proposons d'ouvrir.

Inversons un instant la perspective : qu'est-ce qui justifie, dans le contentieux d'excès de pouvoir, d'admettre que le requérant puisse soulever tous moyens à l'appui de ses conclusions, y compris ceux n'ayant aucun rapport avec sa qualité pour agir ? Il faut rechercher la raison de ce libéralisme dans la fonction que votre jurisprudence a assignée au recours pour excès de pouvoir : celui d'un recours contentieux mis au service du principe de

¹⁵ La rareté de votre jurisprudence peut s'expliquer par la circonstance que, lorsqu'ils introduisent des recours contre des actes de l'exécutif local, les membres de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale concernée peuvent aussi, très souvent, faire valoir leur intérêt de contribuable local.

légalité. Si vous reconnaissez largement l'intérêt pour agir des requérants en excès de pouvoir, si vous y accueillez de manière tout aussi bienveillante les intervenants, si vous admettez que les uns et les autres puissent en principe soulever tous moyens à l'appui de leurs conclusions, c'est parce que cela contribue à la sauvegarde du principe de légalité. Vous avez défini un régime contentieux destiné à maximiser les chances d'aboutir à l'annulation des actes illégaux.

Cette conception du recours pour excès de pouvoir, « recours d'utilité publique » comme l'appelle le Professeur Chapus¹⁶, se justifie pleinement lorsqu'il s'agit de restaurer un ordonnancement juridique troublé par une illégalité affectant un décret réglementaire – c'est-à-dire un acte au nombre de ceux qui, parmi les actes administratifs, occupent le degré le plus élevé dans la hiérarchie des normes. Parce que ces actes sont destinés à servir de fondement à un grand nombre d'autres actes administratifs – d'autres actes réglementaires parfois, et surtout une myriade d'actes individuels, une ardente obligation s'attache à ce qu'ils soient purgés de toute illégalité.

De telles considérations, en revanche, n'ont pas lieu d'être dans le cas des actes de droit souple. Bien sûr, eux aussi sont soumis au principe de légalité, comme toute l'action de l'administration. Mais force est de constater, même si on les envisage dans le cadre d'un ordonnancement juridique élargi, que leur place se situe aux marges de cet ordonnancement. Ne créant aucun droit ni aucune obligation, ils ne peuvent notamment, par construction, prétendre servir de base légale à aucun autre acte. Les enjeux de leur soumission au principe de légalité ne sont donc pas les mêmes que pour les actes administratifs qui constituent de véritables décisions.

Pour le dire de manière imagée, la fonction du recours pour excès de pouvoir que nous proposons d'ouvrir à l'encontre de certains actes de droit souple nous apparaît comme la figure inversée de celle attribuée au recours pour excès de pouvoir ouvert contre les décrets de portée réglementaire. La fonction de ce dernier est essentiellement de servir le principe de légalité, marginalement de satisfaire les intérêts du requérant. La fonction d'un recours ouvert contre les actes de droit souple est essentiellement de satisfaire les intérêts du requérant, marginalement de servir le principe de légalité. De cette différence dans l'équilibre des fonctions assignées au recours pour excès de pouvoir, il nous paraît légitime de tirer des conséquences dans la définition de l'office du juge.

Reste à voir, cependant, si cette liaison des moyens et de l'intérêt pour agir permettrait un cantonnement approprié du débat contentieux. C'est là que nous avouons conserver un doute.

Tout dépend, à vrai dire, de l'intensité que vous mettrez dans l'exigence de la démonstration d'un lien direct entre les moyens et l'intérêt lésé. Nous envisageons trois solutions possibles sur ce point.

La première représenterait la conception la plus exigeante de ce lien. Vous n'admettriez d'examiner que les vices dont il est démontré qu'ils sont de nature à influencer sur le sens de l'acte attaqué, en ce qu'il affecte l'intérêt dont le requérant se prévaut. Ce degré d'exigence serait extrêmement novateur par sa rigueur : le requérant devrait démontrer que le

¹⁶ Droit administratif général, tome I, 15^e édition, Montchrestien, p. 788.

moyen qu'il soulève est propre à entraîner, non seulement l'annulation de l'acte attaqué, mais encore l'inversion du sens de cet acte. Les moyens de légalité externe n'y survivraient pas, et une partie des moyens de légalité interne pourraient également être écartés comme inopérants¹⁷.

La deuxième solution, moins exigeante, reviendrait à admettre d'examiner les seuls vices qui sont susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de l'acte attaqué, dans une logique assez proche de l'une des deux hypothèses d'annulation retenues par votre jurisprudence *Danthony*¹⁸. Cette deuxième solution vous permettrait d'écarter comme inopérants bon nombre de moyens de légalité externe. Il n'est pas exclu qu'elle permette aussi d'écarter comme inopérants certains moyens critiquant l'acte attaqué sur le terrain de la légalité interne, s'il apparaît que ces critiques n'ont rien à voir avec l'intérêt dont le requérant se prévaut.

La troisième solution, la moins exigeante, reviendrait simplement à vérifier qu'il existe une correspondance entre le moyen soulevé et l'intérêt lésé – cette dernière conception nous paraît s'accorder avec la jurisprudence que vous avez commencé à forger dans le sillage de votre décision *Tarn-et-Garonne*¹⁹. Relevons qu'à notre avis, son maniement dans le cadre du contentieux du droit souple sera sensiblement moins efficace que dans le cadre du recours *Tarn-et-Garonne*. Le recours contre le contrat intervient en effet au terme d'une procédure qui présente toujours un minimum de formalisme, voire un très grand formalisme lorsque sa conclusion a été précédée de procédures de publicité et de mise en concurrence, et qui fait intervenir plusieurs actes administratifs préalables. Il est relativement facile, dans un tel cadre, de dégager des rapports de congruence entre les moyens invocables et le positionnement du requérant qui attaque le contrat. Une telle démarche ne sera pas aussi aisée dans le contentieux des actes de droit souple, ces actes étant la plupart du temps adoptés dans un cadre non formalisé. L'exigence d'un lien entre les moyens soulevés et l'intérêt lésé justifiant l'introduction du recours permettrait néanmoins d'écarter d'emblée, notamment, les moyens tirés de la méconnaissance d'exigences de procédure ou de forme, lorsque ces exigences n'ont pas été instituées dans l'intérêt du requérant.

Nous ne croyons pas pertinentes les deux premières solutions examinées : la première parce qu'elle fait table rase des moyens de légalité externe alors que, comme Suzanne von Coester l'a indiqué tout à l'heure, les garanties de procédure peuvent contribuer à asseoir le bien-fondé des actes de droit souple adoptés par les autorités de régulation ; la seconde parce qu'elle introduit un miroitement inopportun avec votre jurisprudence *Danthony*. Nous retenons la troisième qui, sans être une panacée, nous paraît cependant pouvoir rendre quelques services.

Ces précisions apportées, nous vous proposons de juger que, dans le cadre de la nouvelle voie de droit envisagée, le requérant ne peut invoquer que des moyens en rapport direct avec l'intérêt dont il se prévaut – réserve étant faite d'éventuels moyens d'ordre public.

¹⁷ Ou, ce qui serait plus rigoureux, irrecevables ; voir sur ce point les réflexions de L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, dans leur chronique sur « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », AJDA 2016 p. 479.

¹⁸ CE assemblée, 23 décembre 2011, M. Danthony et autres, n° 335033, au Recueil p. 649.

¹⁹ Voir notamment CE section, 5 février 2016, Syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport, n° 383149, à publier au Recueil.

4.5. Hormis ces moyens en lien direct avec l'intérêt dont le requérant se prévaut, celui-ci pourra en effet toujours se prévaloir de moyens d'ordre public – puisque le juge devrait, en tout état de cause, les relever d'office.

Ce qui pose la question de savoir comment les définir dans le cadre de ce nouveau contentieux. Vous n'êtes bien sûr pas tenu de régler d'emblée, dès aujourd'hui, tous les aspects de l'office du juge. Mais nous devons vous dire quelques mots des questions de compétence.

Nous n'avons pas de doute que le juge devrait toujours regarder comme d'ordre public le moyen tiré de l'incompétence de l'autorité de régulation elle-même pour adopter l'acte attaqué – vous devez être en mesure de censurer une autorité qui excéderait le champ des compétences que lui a assignées le pouvoir législatif. Bien sûr, vous devrez apprécier sa compétence pour prendre des actes de droit souple d'une manière elle-même empreinte d'une certaine souplesse : puisqu'en général, les actes attaqués ne seront pas prévus par les textes, la compétence de l'autorité pour les édicter résultera rarement de leur lettre. Il s'agira de rechercher, non pas si un texte a explicitement donné compétence à l'autorité pour prendre l'acte attaqué, mais d'examiner s'il se rattache au domaine d'intervention et aux missions qui lui sont reconnus par la loi.

Nous sommes plus hésitant s'agissant du moyen tiré de ce que ce ne serait pas la bonne personne, au sein de l'autorité, qui a pris l'acte attaqué – c'est-à-dire lorsqu'est soulevée une incompétence interne à l'autorité de régulation. Par exemple, le moyen tiré de ce que l'acte émanerait des services de l'autorité, de son président, d'un vice-président ou d'un membre du collège, au lieu du collège lui-même – vous noterez que des moyens de cet ordre sont soulevés par Numericable à l'appui de sa requête. De tels moyens pourraient s'avérer redoutables : la plupart des actes de droit souple émanant des autorités de régulation sont en effet adoptés sans base textuelle, ce qui signifie que, par défaut, la compétence pour ce faire devrait être regardée comme appartenant aux collèges de ces autorités.

Une solution expédiente consisterait à juger que les questions de compétence au sein de l'autorité de régulation ne sont pas d'ordre public – et donc, que les moyens correspondants doivent être passés au crible du rapport direct avec l'intérêt dont le requérant se prévaut. Une telle solution pourrait se réclamer de la nécessaire souplesse avec laquelle le juge devrait examiner les questions de compétence. Citons encore, sur ce point, l'étude sur le droit souple adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat : « L'enjeu du contrôle de la compétence n'est sans doute pas (...) de définir des limites aussi strictes que pour le droit dur mais d'éviter qu'une autorité publique ne sorte manifestement de son rôle en utilisant le droit souple »²⁰. Alors qu'une partie de l'intérêt qui s'attache à l'adoption d'instruments de droit souple a trait, précisément, à l'absence de formalisme entourant les conditions de leur édicton, et que le principal enjeu de leur contrôle juridictionnel est ailleurs, il serait fâcheux que le juge se montre trop sourcilieux sur ce point.

D'un autre côté, et nous l'avons souligné avec une particulière insistance en concluant devant votre assemblée, il y a un peu plus de deux ans, sur l'affaire « *Canal Plus III* »²¹, la collégialité représente une garantie fondamentale dans le fonctionnement d'un organe de

²⁰ Etude précitée note 8, p. 161.

²¹ CE assemblée, 23 décembre 2013, Sociétés M6 et TF1, n° 363702, 363719, au Recueil.

régulation – et vous avez manifesté votre attachement à ce qu'elle soit respectée, en annulant l'autorisation de concentration attaquée sur le moyen tiré de ce qu'elle n'avait pas été adoptée au terme d'une délibération du collège (point 8 de la décision). Il serait étrange que vous teniez pour quantité négligeable la question du respect de cette garantie au seul motif qu'est en cause un acte de droit souple. A notre avis, la souplesse doit être recherchée ailleurs : dans une interprétation raisonnablement ouverte des textes attribuant certaines compétences aux services de l'autorité, à ses président ou vice-présidents ; et, pourquoi pas, dans le développement d'une jurisprudence admettant la possibilité pour le collège de déléguer la compétence pour prendre certains actes de droit souple, dès lors, du moins, que les textes applicables n'y font pas obstacle. La solution la plus sûre consisterait bien sûr, pour les autorités de régulation, à demander l'intervention du législateur pour qu'il inscrive expressément dans la loi ces marges de souplesse – comme cela a été fait, pour l'Autorité de la concurrence, grâce à la modification toute récente de l'article L. 461-3 du code de commerce dont nous faisons état tout à l'heure.

4.6. Il reste une dernière question à évoquer portant sur la définition de l'office du juge, celle de son degré de contrôle sur le pouvoir d'appréciation de l'autorité de régulation.

Sur ce dernier point, nous sommes en désaccord avec notre collègue : il n'y a pas lieu, selon nous, d'adopter un degré de contrôle uniforme sur l'ensemble des actes dont vous serez amené à connaître. Vous pourriez être tenté, bien sûr, d'afficher par prudence un contrôle réduit à l'erreur manifeste d'appréciation. Mais à partir du moment où l'acte attaqué, fût-il une non-décision, remplira les critères permettant de le regarder comme faisant grief, il nous paraît difficile de justifier, sur un plan théorique, d'exclure un contrôle normal sur l'appréciation portée par l'autorité. Le contentieux des véritables décisions prises par les autorités de régulation offre sur ce point les solutions les plus diverses – tout dépend, comme toujours, de la marge de manœuvre plus ou moins grande dont l'autorité dispose en vertu des textes, de la nature des décisions attaquées et de la teneur des questions posées. Nous pensons qu'il faut procéder de la même manière s'agissant du contrôle des actes de droit souple qu'adoptent ces autorités.

4.7. Terminons sur la question des frontières du recours que nous proposons d'ouvrir.

Si vous nous suivez pour dessiner un office du juge qui s'écarte du droit commun de l'excès de pouvoir, se posera en effet la question de la cohabitation entre ce juge d'un type nouveau et le juge de l'excès de pouvoir. Cette question se posera dans les hypothèses dans lesquelles vous avez déjà admis, par dérogation à la ligne dominante de votre jurisprudence, qu'un recours pour excès de pouvoir pouvait être exercé contre des actes n'ayant pas le caractère de véritables décisions. De notre point de vue, ce recours pour excès de pouvoir « adapté » devrait absorber le recours pour excès de pouvoir « classique ». Et c'est notamment dans ce cadre nouveau que vous devriez, à l'avenir, examiner les recours pour excès de pouvoir que vous jugez, aujourd'hui, recevables en application de votre jurisprudence *Société ITM – Société Casino Guichard-Perrachon*.

5. Revenons au cas d'espèce pour mettre en œuvre le cadre procédural que nous proposons.

Au regard des critères de recevabilité que nous avons mentionnés, le recours de Numericable est certainement recevable : nous vous le disions au terme de notre analyse des faits, la prise de position de l’Autorité de la concurrence qu’elle attaque confirme à GCP qu’il peut désormais concurrencer Numericable dans les mêmes conditions que les autres fournisseurs d’accès à Internet – c’est en quelque sorte le retour au droit commun de la concurrence intra-plateforme, alors que Numericable bénéficiait jusqu’à présent d’une situation relativement protégée, en raison de son refus de proposer l’offre de télévision de GCP sur sa propre plateforme. Nous n’avons pas de difficulté à voir dans cette prise de position un acte de nature à produire des effets économiques notables. En outre, elle a certainement pour objet d’orienter le comportement des éditeurs de chaînes indépendantes et ceux de Numericable et GCP dans les négociations qui ont lieu, sur le marché intermédiaire, en vue de l’acquisition des droits de distribution de chaînes de télévision par ces deux distributeurs.

De nombreuses interventions sont présentées en défense. Vous savez que les critères d’appréciation de la recevabilité des interventions sont désormais unifiés : est recevable à former une intervention toute personne qui justifie d’un intérêt suffisant eu égard à la nature et à l’objet du litige (CE section, 25 juillet 2013, OFPRA c/ Mme E... F..., n° 350661, au Recueil). Par cohérence avec ce que nous vous proposons de juger s’agissant de l’appréciation de l’intérêt pour agir, nous croyons fermement qu’il vous faut également faire preuve d’une plus grande sévérité, dans ce nouveau contentieux, s’agissant de l’intérêt pour intervenir. D’autant plus, nous attirons votre attention sur ce point, que si l’intérêt que fait valoir un intervenant en demande diffère de celui du requérant, il pourra se trouver en position de soulever d’autres moyens que ce dernier. Ceci dit, en l’espèce, nous ne vous proposons pas d’écarter comme irrecevables les interventions présentées : si l’intérêt de la société Eurosport France, éditeur de chaîne, nous paraît sensiblement plus direct que celui des sociétés Orange, Free et Bouygues Telecom, concurrents de Numericable, nous croyons qu’elles aussi font la preuve d’un intérêt suffisant pour intervenir.

Une fois admise la recevabilité du recours et celle des interventions, vous écarterez les moyens soulevés par Numericable – et vous le ferez d’autant plus rapidement, pour certains, que vous aurez admis de ne regarder comme opérants que les moyens en lien direct avec l’intérêt lésé dont cette société se prévaut.

5.1. L’un des moyens soulevés mérite une attention particulière : Numericable soutient que l’Autorité de la concurrence n’était pas compétente pour préciser, par la prise de position attaquée, la portée pratique de l’injonction 5 (a) adressée à GCP dans le cadre de sa décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012.

Un tel moyen vous fournit l’occasion d’explicitier l’étendue des pouvoirs de l’Autorité de la concurrence dans le cadre de la mise en œuvre d’une décision autorisant une concentration tout en assortissant cette autorisation de conditions. Nous en avons déjà dressé un panorama au début de ces conclusions, en nous essayant à une typologie des différentes mesures que l’Autorité de la concurrence était susceptible de prendre. Nous n’y revenons pas. Même si aucun texte en vigueur à la date de la prise de position attaquée ne fournit de base légale expresse à ces différentes mesures, nous n’avons pas de mal à déduire la compétence de l’Autorité de la concurrence pour les prendre des dispositions de l’article L. 430-7 du code de commerce.

Nous voulons seulement insister sur un point : l'Autorité peut assurément modifier un engagement, une injonction ou une prescription pour en réduire ou même en supprimer la portée, en fonction de l'évolution de la situation des marchés pertinents, qui peut retentir sur le caractère adapté, nécessaire et proportionné de ces engagements, injonctions ou prescriptions ; mais l'Autorité ne peut pas, en revanche, en étendre la portée, ni même, bien sûr, ajouter un engagement, une injonction ou une prescription. Car elle n'a pas le pouvoir, postérieurement à l'autorisation de concentration, d'aggraver les obligations mises à la charge des parties à l'opération. Cette limitation des pouvoirs de l'Autorité se déduit d'une lecture stricte des dispositions de l'article L. 430-7 du code de commerce, qui s'impose dès lors qu'elles constituent des limitations à la liberté d'entreprendre, principe protégé par la Constitution. Cette limitation se justifie également au regard du principe de sécurité juridique, qui implique que les parties à l'opération de concentration aient une connaissance précise, dès l'intervention de l'autorisation, de la totalité des conditions auxquelles elle est subordonnée, afin d'être mises à même de décider si elles réalisent effectivement l'opération envisagée, ou non.

5.2. Les autres moyens de la requête, en revanche, n'appellent pas de longs développements.

5.2.1. Commençons par les moyens de légalité externe restant à examiner. Ils ne présentent guère de substance.

Numericable soutient, en premier lieu, que l'Autorité aurait méconnu le principe général des droits de la défense. Nous croyons le moyen opérant. D'une part, à la différence de la plupart des autres moyens de procédure, la méconnaissance des droits de la défense nous paraît en rapport direct avec l'intérêt dont se prévaut le requérant – du moins lorsque c'est bien, comme en l'espèce, à son égard que le principe aurait été méconnu. D'autre part, la prise de position attaquée procède d'une appréciation du comportement de Numericable sur les marchés et elle produit à son égard, nous l'avons dit en examinant la recevabilité du recours, des conséquences d'une certaine gravité – elle nous paraît donc entrer dans le champ d'application du principe (cf. sur ce point CE section, 7 décembre 2001, Ferme de Rumont, n° 206145, au Recueil). Toutefois, contrairement à ce que soutient la requérante, elle a été mise en mesure de faire valoir ses observations, de manière utile, avant l'intervention de la prise de position contestée – cela ressort notamment de sa réponse au test de marché effectué par l'Autorité. Vous écarterez le moyen comme infondé.

En deuxième lieu, Numericable soutient que la prise de position attaquée ne procède pas d'une délibération du collège de l'Autorité, qu'elle méconnaît le principe de parallélisme des compétences, ainsi que le principe de parallélisme des formes et des procédures. Tous ces moyens s'écartent sans grande difficulté. S'agissant du premier, s'il est vrai que la délibération de la commission permanente de l'Autorité du 23 mars 2015 produite en défense ne renseigne ni sur son sens ni sur ses motifs, rien ne permet de penser qu'ils ne correspondent pas à ceux que le président de l'Autorité a explicités dans son courrier du 31 mars 2015. Quant aux principes du parallélisme des compétences, des formes et des procédures, ils ne peuvent être regardés, en tout état de cause, comme ayant été méconnus, dès lors que la prise de position contestée ne constitue en rien l'acte contraire de la décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 autorisant la concentration TPS/CanalSatellite. Toutefois, si vous nous avez suivi, vous pourrez apporter une autre réponse au moyen tiré de la

méconnaissance du principe du parallélisme des formes et des procédures : vous pourrez l'écartier comme inopérant, car sans rapport direct avec l'intérêt pour agir de Numericable.

5.2.2. Les moyens de légalité interne ont donné lieu à d'abondants échanges entre les parties.

Plusieurs critiquent l'appréciation portée sur les faits par l'Autorité de la concurrence. Ils vous permettront de prendre parti sur la portée de votre contrôle – contrôle normal ou restreint. Vous exercez un contrôle normal sur les injonctions dont peut être assortie une décision autorisant une concentration (voyez sur ce point votre décision « *Canal Plus II* », points 150, 156, 159). Nous vous invitons à faire de même lorsque sont en cause des actes de droit souple qui, tel celui en cause en l'espèce, ont pour objet de préciser la portée pratique d'une injonction.

En premier lieu, Numericable conteste la définition de la « plateforme propriétaire » retenue par l'Autorité de la concurrence, au sens de l'injonction 5 (a), pour estimer qu'elle exploitait, désormais, une seule plateforme propriétaire et non deux. La contestation nous paraît vaine : contrairement à ce que soutient Numericable, ce n'est certainement pas par le mode de diffusion technique qu'il faut appréhender la notion de plateforme propriétaire. S'agissant d'apprécier si, sur la plateforme en cause, l'offre de télévision de GCP est proposée, ou non, en auto-distribution aux clients finaux, c'est bien sûr une réalité commerciale qu'il s'agit de cerner. Nous n'avons donc aucun mal à considérer, avec l'Autorité de la concurrence, que la plateforme propriétaire d'un opérateur peut regrouper un ensemble de moyens techniques de diffusion de nature différente, notamment la fibre, le câble ou le satellite.

Partant de cette définition, il n'y a guère de doute, au vu des pièces du dossier, qu'à la date de la prise de position attaquée, les plateformes propriétaires qui auparavant étaient exploitées de manière indépendante, respectivement, par SFR et par Numericable, avaient fusionné. Comme l'a relevé l'Autorité de la concurrence, d'une part, c'est Numericable qui intervient seule sur le marché intermédiaire pour négocier auprès des éditeurs de chaînes de télévision les conditions de leur distribution sur un périmètre élargi regroupant les deux anciennes plateformes. D'autre part, Numericable avait lancé auprès des clients finaux des offres commerciales regroupant des services jusqu'alors fournis distinctement par SFR et par Numericable. En estimant que Numericable exploitait désormais une unique plateforme propriétaire, l'Autorité de la concurrence ne nous paraît donc avoir commis aucune erreur d'appréciation.

Nous identifions deux autres moyens critiquant le bien-fondé de la prise de position attaquée, qui sont plus périphériques.

Numericable soutient que l'Autorité de la concurrence aurait commis une erreur d'appréciation en estimant, pour démontrer que la fusion des plateformes a eu lieu, que l'offre de télévision de GCP est proposée en auto-distribution sur sa plateforme propre. Mais l'Autorité ne s'est pas fondée sur cette circonstance pour estimer que les plateformes avaient fusionné – cela serait revenu à inverser l'ordre des facteurs. Elle s'est appuyée, nous l'avons dit, sur le comportement de Numericable dans la négociation des droits de diffusion sur le marché intermédiaire et sur le développement d'une offre commerciale commune SFR-Numericable sur le marché aval. En tout état de cause, relevons que Numericable admet que

l'offre de télévision de GCP est proposée en auto-distribution à une partie des clients de la nouvelle entité.

Enfin, Numericable reproche à l'Autorité de la concurrence d'avoir « modifié la portée juridique » de l'injonction 5 (a) sans procéder à une nouvelle analyse de la position de GCP sur les marchés concernés par l'opération de concentration TPS/CanalSatellite – ce qu'elle qualifie d'erreur de droit. Mais d'une part, si vous nous avez suivi dans notre analyse de la prise de position attaquée, l'Autorité n'a nullement modifié l'injonction 5 (a), elle en a seulement précisé les implications pratiques, au regard d'un état du marché. D'autre part, cette précision dépendait moins d'une analyse du pouvoir de marché de GCP que de celle des choix commerciaux faits par Numericable à la suite de la prise de contrôle de SFR. Une nouvelle analyse de la situation concurrentielle de GCP sur les marchés de la télévision payante ne s'imposait donc pas, en tout état de cause.

Si vous nous suivez, vous rejetterez la requête, sans qu'il soit besoin d'ordonner à l'Autorité de verser à l'instruction, comme le demande Numericable, les documents utilisés pour instruire la demande de GCP.

Terminons en indiquant que, dans ce litige, la société GCP, à qui vous avez communiqué la requête, ne nous paraît pas pour autant avoir la qualité de partie. La prise de position attaquée, qui n'est pas une véritable décision, ne crée à notre avis aucun droit à son profit. Si elle n'était pas présente à l'instance, elle ne pourrait donc faire tierce opposition contre une décision d'annulation, qui ne préjudicierait pas à ses droits. Vous ne pourrez, en conséquence, que rejeter ses conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative (voir sur ce point CE 10 janvier 2005, Association Quercy-Périgord contre le projet d'aéroport de Brive-Souillac et ses nuisances, n° 265838, aux tables du Recueil).

*

Par ces motifs nous concluons dans le sens qui suit :

1. Admission des interventions des sociétés Eurosport France, Bouygues Télécom, Free et Orange ;
2. Rejet au fond de la requête ;
3. Rejet des conclusions présentées par la société GCP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.