

Entretiens du contentieux

Lundi 20 novembre 2017

Table ronde n°1

Les pouvoirs du régulateur

Ouverture par Bernard Stirn, président de la section du contentieux

Après les droits fondamentaux l'an passé, les entretiens du contentieux sont consacrés cette année à la régulation. Organisés conjointement par la section du contentieux et la section du rapport et des études, en partenariat avec l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ces entretiens sont l'occasion de faire le point sur des évolutions de jurisprudence marquantes et d'en débattre tant avec les praticiens qui les appliquent qu'avec les universitaires qui les commentent en doctrine. Choisir le thème de la régulation est apparu naturel au regard de l'importance que le sujet revêt pour le Conseil d'Etat, des décisions marquantes qui ont été rendues ces dernières années, des enjeux économiques aussi du sujet.

Dès l'arrêt *Retail* du 10 juillet 1981, le Conseil d'Etat a affirmé que le contrôle du juge s'exerçait sur les autorités indépendantes. Un tel contrôle a été reconnu comme répondant à un impératif constitutionnel par les décisions du Conseil constitutionnel du 18 septembre 1986 et du 17 janvier 1989. Le Conseil d'Etat en est chargé en premier et dernier ressort pour l'ensemble des autorités nationales de régulation qui sont énumérées à l'article R. 311-1 du code de justice administrative.

Important pour le Conseil d'Etat par le nombre et surtout par la portée des affaires dont il est saisi à ce titre, ce contrôle juridictionnel s'inscrit certes dans les perspectives d'ensemble du contentieux administratif. Mais il appelle aussi des particularités qui tiennent tant à la mission propre des autorités de régulation qu'aux spécificités des mesures par lesquelles elles exercent leur office.

Les autorités de régulation sont investies par la loi d'une mission particulière. Il leur revient d'exercer leur autorité sur le secteur dont elles ont la charge. Le juge n'intervient, le cas échéant, qu'en « second rideau », après qu'elles ont pleinement rempli leur rôle. C'est dans cet esprit que le Conseil d'Etat a par exemple jugé que l'étude d'impact préalable à la modification de l'autorisation donnée à une société de télévision doit être rendue publique avant la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel, de manière à ce que celui-ci puisse tirer lui-même les conséquences des débats que cette étude peut susciter (17 juin 2015, *société La Chaîne Info et société Métropole Télévision*).

Les mesures que prennent les autorités de régulation se rattachent pour une part à des catégories classiques. Elles rendent des avis, délivrent des autorisations, édictent des réglementations, infligent des sanctions. Mais leur magistère s'exerce par dans une large mesure au travers d'interventions plus originales, règlement de différends, recommandations, avertissements, prises de position, mises en garde. Dans le prolongement de son étude annuelle de 2013 sur le droit souple qui avait fait apparaître l'existence d'une normativité graduée, le Conseil d'Etat a ouvert au contentieux, par les décisions du 21 mars 2016 *Société Fairvesta international et Société NC Numericable*, la possibilité de recours contre des mesures qui, sans modifier l'ordonnancement juridique, produisent des effets, en particulier économique, notables ou sont de nature à influencer de

manière significative sur les comportements. Sous l'effet du droit de la régulation, un chapitre nouveau du contentieux administratif s'est ainsi ouvert. En particulier, à l'égard des professionnels du secteur régulé, la publication sur le site internet de l'autorité de régulation fait courir le délai de recours imparté pour attaquer tant les décisions impératives (25 novembre 2015, *société Gibmedia*) que les actes de droit souple (13 juillet 2016, *société GDF Suez*).

Le droit de la régulation entraîne des prolongements qui vont au-delà de son champ. Les évolutions de principe sur le droit souple ont conduit à reconnaître la possibilité de discuter devant le juge de la légalité les rescrits de l'administration fiscale (2 décembre 2016, *ministre des finances et des comptes publics c/ société Export Press*) ou des recommandations de bonne pratique du ministre chargé de la santé en matière de diagnostic prénatal et de diagnostic préimplantatoire (16 décembre 2016, *Fondation Jérôme Lejeune*). Pour ce qui concerne les délais de recours, la jurisprudence attache de plus de portée à la publication sur les sites des différentes autorités et institutions, qu'il s'agisse d'un établissement public (24 avril 2012, *Voies navigable de France*), d'une fédération sportive (11 mai 2016, *M. Touré*) ou d'une entreprise publique (une décision sera rendue sur ce point cette semaine).

Au-delà de la procédure et du droit, les pouvoirs des autorités de régulation ont des conséquences économiques souvent considérables. Le Conseil d'Etat a pu le mesurer ces dernières années à l'occasion d'affaires relatives, en particulier, au prix régulé de l'énergie, à l'encadrement et à la tarification des communications électroniques, aux concentrations, aux autorisations d'émettre sur les fréquences audiovisuelles. Pour être pleinement informé sur des dossiers complexes et à forts enjeux, il a fréquemment recouru, avant le jugement, à une audience d'instruction, qui permet au juge de poser des questions aux différentes parties et d'éclairer le débat grâce à des échanges contradictoires.

Notre journée comprend une matinée destinée à une réflexion transversale sur les pouvoirs du régulateur et sur le rôle du juge. Deux domaines seront plus particulièrement étudiés cet après-midi, l'audiovisuel et l'énergie. La conclusion de nos travaux sera prononcée par Olivier Schrameck, président du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Le moment est venu de commencer la première table ronde, consacrée aux pouvoirs du régulateur. Elle est ouverte par Benoît Delaunay, professeur à l'université Panthéon Assas, qui va nous présenter la problématique générale. Nous écouterons ensuite les points de vue de deux responsables d'autorités de régulation, Isabelle de Silva, présidente de l'Autorité de la concurrence et Jean Lessi, secrétaire général de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Je les remercie tous trois par avance, en leur rappelant que leur intervention est prévue pour dix à quinze minutes, que chacun réagira en quelques minutes aux propos des deux autres et qu'un débat s'engagera ensuite entre les intervenants et avec l'ensemble de la salle.