

Les “ lignes directrices ” des autorités de régulation peuvent désormais faire l’objet d’un recours pour excès de pouvoir

Frédéric Lombard

► **To cite this version:**

Frédéric Lombard. Les “ lignes directrices ” des autorités de régulation peuvent désormais faire l’objet d’un recours pour excès de pouvoir. RTDCom. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, Dalloz, 2018. hal-02098851

HAL Id: hal-02098851

<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02098851>

Submitted on 13 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Chroniques
Organisation générale du commerce
Organisation administrative du commerce

Frédéric LOMBARD

Professeur agrégé des facultés de droit, Aix-Marseille Université, Directeur du Centre de recherches administratives (EA 893)

Contentieux économiques

**Les « lignes directrices » des autorités de
régulation peuvent désormais faire l'objet d'un
recours pour excès de pouvoir**

(CE 13 déc. 2017, n^{os} 401799, 401830, 401912, SA *Bouygues Télécom et a.*, Lebon ; AJDA 2017. 2497)

Observations

Dans trois décisions lues le même jour, le Conseil d'État poursuit son entreprise de soumission des actes de droit souple au contrôle du juge de l'excès de pouvoir dans la lignée de ses jurisprudences *Fairvesta* et *Numericable*¹. Il était question d'une « décision » prise par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) en application des « lignes directrices » qu'elle s'est données pour, notamment, apprécier les conventions d'itinérance conclues entre les opérateurs de téléphonie mobile. Ces conventions consistent à organiser l'obligation pour un opérateur exerçant son activité sur un réseau de téléphonie mobile d'accueillir sur celui-ci les clients d'un nouvel opérateur développant son activité dans le même secteur. La logique est naturellement de compenser les avantages de structures dont bénéficieraient les premiers entrants à l'égard des potentiels concurrents. La solution ne doit toutefois être que temporaire puisque l'itinérance doit seulement permettre au nouvel entrant de développer son propre réseau de manière progressive afin d'atteindre le niveau adéquat de couverture défini dans la décision d'autorisation délivrée par l'ARCEP. Des accords d'itinérance sont ainsi conclus entre deux opérateurs et sont ensuite soumis au contrôle de l'ARCEP (CPCE, art. L. 34-8-1-1). Tel est le cadre du litige dont avait été saisi l'ARCEP. Pour statuer sur la conformité des conventions au droit applicable, ce régulateur avait publié, le 25 mai 2016, des « lignes directrices » qui correspondent à une pratique commune de la part des autorités de régulation. Il s'agit, au fond, de définir les grilles et éléments d'analyse que le régulateur prend en compte pour apprécier les accords de partage des réseaux (d'itinérance) au regard des objectifs de la régulation et de décrire la procédure suivie devant l'ARCEP dans le cadre de l'examen de ces accords ou conventions ce qui inclut en outre la possibilité pour l'autorité de

¹ CE, ass., 21 mars 2016, n^{os} 368082, 368083, 368084, *Fairvesta International GmbH (Sté)*, Lebon avec les conclusions ; AJDA 2016. 572 ; *ibid.* 717, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D. 2016. 715, obs. M.-C. de Montecler ; AJCA 2016. 302, obs. S. Pelé ; Rev. sociétés 2016. 608, note O. Dexant - de Bailliencourt ; RFDA 2016. 497, concl. S. von Coester ; RTD civ. 2016. 571, obs. P. Deumier ; RTD com. 2016. 298, obs. N. Rontchevsky ; *ibid.* 711, obs. F. Lombard et CE 21 mars 2016, n^o 390023, *NC Numericable (Sté)*, Lebon avec les conclusions ; AJDA 2016. 572 ; *ibid.* 717, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D. 2017. 881, obs. D. Ferrier ; AJCA 2016. 302 ; Rev. sociétés 2016. 608, note O. Dexant - de Bailliencourt ; RFDA 2016. 506, concl. V. Daumas ; RTD civ. 2016. 571, obs. P. Deumier ; RTD com. 2016. 711, obs. F. Lombard .

délivrer des recommandations aux opérateurs. Le Conseil d'État était saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre ces lignes directrices et le communiqué de presse les accompagnant, mais aussi, de manière plus accessoire, contre la « décision » révélée par un simple communiqué de presse de l'ARCEP et prise en application de ces « lignes directrices » indiquant aux opérateurs qu'il n'était pas nécessaire, compte tenu des informations fournies par leurs soins au régulateur, de modifier leurs conventions d'itinérance. Le point essentiel tranché par les décisions est celui de la recevabilité des recours dirigés contre les « lignes directrices »².

L'expression même a été forgée par la pratique des autorités de régulation³. Elle a par la suite été reprise par le Conseil d'État dans sa jurisprudence *Jousselin*⁴ dans un domaine totalement étranger à celui de la régulation. Il s'agissait alors de rebaptiser un outil plus ancien connu jusque-là sous le nom de « directive » sans toutefois en affecter le régime juridique notamment contentieux. De ce point de vue, le rapprochement de la décision de 2014 avec les décisions analysées soulève toutefois une série de questions.

La décision constitue le prolongement logique des jurisprudences *Faiversta* et *Numericable*. C'est en effet le constat qui s'impose à la lecture des considérants qui sont largement comparables à deux ans de distance. C'est ainsi la considération des effets d'un acte qui doit déterminer la recevabilité du recours pour excès de pouvoir et non sa nature. Partant, un acte apparemment non normatif, qui n'est pas même conçu par son auteur comme l'obligeant ou obligeant autrui (un administré) peut être soumis au contrôle du juge s'il produit des « effets notables, notamment de nature économique » ou a « pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles » il s'adresse. C'est ainsi à travers la perception qu'un administré peut avoir d'un acte et non à travers la conception que son auteur en adopte que s'apprécie l'opportunité d'ouvrir ou non la voie du recours pour excès de pouvoir. Si l'on applique cette grille d'analyse aux « lignes directrices » en cause ici, il est bien évident que le recours doit être jugé recevable ce que le Conseil d'État admet donc sans réserve apparente si ce n'est à travers les conditions désormais connues liées à la caractérisation de l'intérêt à agir au regard de l'effet de l'acte, mais aussi au pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation (qui peut limiter, le cas échéant, le degré de contrôle du juge).

Cette solution en forme de prolongement suggère ou du moins rend possible à terme une modification radicale du statut traditionnel des « directives » administratives même rebaptisées « lignes directrices ». La directive apparaît en effet comme un outil forgé par la pratique⁵ et qui consiste pour une administration qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire à se doter de règles de conduite qu'elle entend suivre dans l'exercice de ce pouvoir, pour l'édition des décisions individuelles qu'elle doit prendre, étant précisé qu'elle peut s'écarter de ces règles si la situation particulière de l'administré ou un motif d'intérêt général le justifie. Elle est ainsi une solution souple qui enjambe l'impossibilité pour la plupart des administrations d'énoncer des actes à

² Les requêtes sont rejetées au fond.

³ v. sur ce point *Le rapport annuel du Conseil d'État pour l'année 2013, Le droit souple*, Doc. fr., 2014, spéc. p. 35 s.

⁴ CE 19 sept. 2014, n° 364385, Lebon ; AJDA 2014. 1798 ; *ibid.* 2262, concl. G. Dumortier ; Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard.

⁵ Le mot et l'outil apparaissent dans la jurisprudence du Conseil d'État au début des années 1970 (CE, sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France c/ D^{lle} Gaupillat et Dame Ader*, Lebon 750, concl. L. Bertrand) qui offrent un contexte intellectuel nouveau et propice à l'apparition des directives fait d'administration concertée, plus décentralisée, plus contractualisée et moins dirigiste (l'administration française est inadaptée du fait de ses rigidités et il faut injecter de la souplesse de gestion dans la conduite des affaires administratives). Bien plus tôt cependant Hauriou avait décelé la possibilité pour une administration de se lier par avance dans l'exercice d'un pouvoir de décision dans un arrêt du Conseil d'État, *Association amicale du personnel de la Banque de France* (S. 1925. III. 33).

valeur réglementaire (en raison de leur incompétence⁶), respecte l'obligation qui leur est faite de statuer après examen individuel du dossier⁷ (ce qui empêche l'administration de se lier elle-même à l'avance par des règles impératives) et, enfin, garantit une application cohérente, rationnelle et égalitaire du pouvoir de décision de l'administration. Le principe est que ces actes sont avant tout conçus au bénéfice des agents afin, en somme, de codifier les motifs des décisions qu'ils seront amenés à prendre ; ils sont ainsi « tournés » vers le service lui-même et ne doivent pas, fort logiquement pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir de la part des administrés. Leur seule possibilité est de pouvoir invoquer la directive à l'appui d'un recours formé contre un acte qui s'y réfère (pour établir, le cas échéant, le non-respect des motifs que la directive contient par l'administration qui les a pourtant établis) voire de contester la légalité de la directive elle-même à l'occasion de ce recours contre un acte pris en application de celle-ci. La solution adoptée ici rompt avec cette articulation pour admettre le recours pour excès de pouvoir direct contre les « lignes directrices ». Il ne s'agit pas à proprement parler d'un revirement par rapport à la jurisprudence *Crédit foncier de France* même si le rapporteur public ayant conclu sur cette affaire soulignait le caractère quelque peu daté de l'état du droit⁸ ; la solution est limitée en effet aux seules lignes directrices constitutives d'actes de droit souple des autorités de régulation et est rendue par une formation ordinaire de jugement (ce qui souligne le caractère limité de sa portée). Il n'est pas incongru toutefois de réfléchir à son éventuelle extension et donc au possible revirement de jurisprudence qu'elle pourrait préparer mais aussi aux incertitudes que la décision commentée fait naître.

L'inflexion opérée en effet, à supposer qu'elles soit étendue ensuite à toutes les lignes directrices, et pas seulement celles envisagées dans l'arrêt et soit un jalon vers un véritable revirement de jurisprudence dans le domaine des anciennes directives, pose une série de questions. D'une part, il est parfois difficile d'identifier une « ligne directrice » (si on les assimile exactement aux anciennes directives) : elle est souvent formalisée, mais peut ne pas l'être, le juge ayant admis, sans l'exprimer ainsi, que l'administration puisse être considérée comme s'étant dotée de directive (ou lignes directrices) « implicites » dans le cas où, par exemple, le traitement différencié par l'administration d'administrés placés dans des situations semblables fait apparaître des critères discriminants et donc une norme générale implicite de traitement qui a été enfreinte⁹. En creux se dessine une directive. Le « droit souple », qui est au fondement des décisions analysées, doit-il inclure ce type de pratique administrative, si ordonnée qu'elle pourrait être assimilée à une « ligne directrice » ? D'autre part, en l'espèce, les décisions prennent soin de rappeler que la brèche ouverte par les arrêts *Fairvesta* et *Numericable* est limitée aux lignes directrices des « autorités de régulation » qualifiables d'actes de droit souple. Est-ce à dire, par suite, que les « lignes directrices » des autres autorités administratives, et qui sont très nombreuses, doivent demeurer soumises au régime contentieux des anciennes directives qui postule l'irrecevabilité du recours direct à leur encontre ? Si la réponse est non, un arrêt du Conseil d'État devrait rapidement l'affirmer pour sécuriser l'usage des directives d'autant que n'étant pas formellement au nombre des documents administratifs devant faire

⁶ CE, sect., 23 mai 1969, *Société Distilleries Brabant*, Rec. p. 264 : un ministre ne peut pas, par voie de circulaire, édicter une condition d'obtention d'un agrément que ne prévoirait pas la réglementation applicable au cas de figure. Il en va de même *a fortiori* si le pouvoir de décision est confié à un organisme public ou privé qui s'est vu déléguer ce pouvoir de décision.

⁷ R. Moulin, La règle d'examen particulier du dossier, AJDA 1980. 443.

⁸ X. Domino, concl. disponibles sur arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/.

⁹ Telle est la conclusion que l'on peut tirer par exemple de l'affaire *Contremoulin* dans laquelle un requérant, qui s'est vu opposer un refus de dérogation à la carte scolaire au motif que le lieu de travail des parents n'est pas un critère pouvant être pris en compte par l'administration scolaire, est recevable à invoquer une dérogation accordée à d'autres administrés pour ce même motif (CE 10 juill. 1995, Lebon 293 ; AJDA 1995. 925, concl. Y. Aguila). En somme, l'administration ne peut valablement refuser un droit alors qu'elle l'a accordé à un autre administré placé dans une situation semblable.

l'objet d'une diffusion ou d'une publication (CRPA, art. L. 312-2), le délai de recours à leur endroit court, à défaut d'une telle publication effectuée spontanément par son auteur, indéfiniment¹⁰. Si la réponse est positive et que le régime contentieux des lignes directrices dépend de la qualité ou de la fonction de son auteur, deux régimes contentieux coexisteront à propos d'un acte ayant pourtant la même dénomination.

¹⁰ Sauf à considérer qu'une mise en ligne des « lignes directrices » sur le simple site internet de la collectivité publique qui les a édictées suffise à déclencher le délai de recours de l'article R. 421-1 du CJA (comme l'a jugé le Conseil d'État à propos des actes de droit souple des autorités de régulation et seulement à l'égard des professionnels concernés : CE, sect., 13 juill. 2016, *Sté GDF Suez*, n° 388150) ce qui nous semble peu probable et certainement inopportun.