

# DOSSIER DU PARTICIPANT

*Colloque du lundi 20 novembre 2017*

# La régulation

---

*Un colloque organisé par la section du rapport et des études  
et la section du contentieux du Conseil d'État, en partenariat avec  
l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*

---



# Sommaire

---

PROGRAMME.....	2
PRÉSENTATION DU COLLOQUE .....	3
SÉANCE D'OUVERTURE.....	3
TABLE RONDE 1 : LES POUVOIRS DU RÉGULATEUR.....	4
Éléments de problématique .....	4
Intervenants.....	4
TABLE RONDE 2 : LE RÔLE DU JUGE .....	6
Éléments de problématique .....	6
Intervenants.....	6
TABLE RONDE 3 : LA RÉGULATION DANS LE SECTEUR DE L'AUDIOVISUEL.....	8
Éléments de problématique .....	8
Intervenants.....	8
TABLE RONDE 4 : LA RÉGULATION DANS LE SECTEUR DE L'ÉNERGIE .....	10
Éléments de problématique .....	10
Intervenants.....	10
SÉANCE DE CLÔTURE.....	12
DOCUMENTATION JURIDIQUE .....	13
1. Jurisprudence générale sur les pouvoirs du régulateur et le rôle du juge.....	13
2. Jurisprudence sectorielle .....	18
2.1. <i>La régulation dans le secteur de l'audiovisuel</i> .....	18
2.2. <i>La régulation dans le secteur de l'énergie</i> .....	22

# Programme

9h30 - 10h00 - Séance d'ouverture  
**Jean-Marc Sauvé**, vice-président du Conseil d'État

## 10h00 - 11h15 – Table ronde n° 1 – **Les pouvoirs du régulateur**

Président

**Bernard Stirn** ..... président de la section du contentieux du Conseil d'État

Intervenants

**Benoît Delaunay** ..... professeur de droit public, directeur du master fiscalité internationale de l'université Panthéon-Assas

**Jean Lessi** ..... secrétaire général de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)

**Isabelle de Silva** ..... présidente de l'Autorité de la concurrence

## 11h15 - 12h45 – Table ronde n° 2 – **Le rôle du juge**

Président

**Pierre Delvolvé** ..... professeur émérite de l'université Panthéon-Assas, membre de l'Institut

Intervenants

**Luigi Carbone** ..... président de section au Conseil d'État italien

**Vincent Dumas** ..... rapporteur public à la section du contentieux du Conseil d'État

**Constantin Lycourgos** ..... juge à la Cour de justice de l'Union européenne

**François Molinié** ..... avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

## 14h15 - 15h30 – Table ronde n° 3 – **La régulation dans le secteur de l'audiovisuel**

Président

**Alain Ménéménis** ..... président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État

Intervenants

**Francis Donnat** ..... secrétaire général de France Télévisions

**Anne Penneau** ..... professeur de droit privé et sciences criminelles à l'université Paris 13

**Sébastien Soriano** ..... président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)

## 15h30 - 16h45 – Table ronde n° 4 – **La régulation dans le secteur de l'énergie**

Présidente

**Claudie Boiteau** ..... professeur de droit public, responsable du master droit et régulation de l'université Paris-Dauphine

Intervenants

**Jean-François Carencio** ..... président de la Commission de régulation de l'énergie

**Hélène Farge** ..... présidente de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

**Guillaume Goulard** ..... président de la 9<sup>ème</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État

17h00 - 17h30 – Séance de clôture  
**Olivier Schrameck**, président du Conseil supérieur de l'audiovisuel

# Présentation du colloque

---

## Le colloque s'insère dans le cadre des *Entretiens du contentieux*

---

L'objet du cycle des **Entretiens du contentieux** est de mettre en discussion un thème identifié au regard des évolutions récentes de la jurisprudence du Conseil d'État. Ces Entretiens œuvreront ainsi à une meilleure connaissance de la jurisprudence du Conseil d'État ; ils enrichiront sa compréhension et son analyse par les regards croisés des acteurs qu'elle touche à différents titres. C'est dans cette perspective que les Entretiens entendent réunir, notamment, des membres du Conseil d'État, des juges d'autres cours suprêmes, françaises et étrangères, des avocats, des universitaires et des représentants de la société civile.

## Le thème du colloque : la régulation

---

Depuis plusieurs années, la régulation fait l'actualité jurisprudentielle. Qu'il s'agisse de régulation audiovisuelle, de droit de l'énergie, de protection des données à caractère personnel ou encore de droit de la concurrence, les affaires se rattachant à ce sujet et portées récemment devant les formations supérieures du Conseil d'État ne manquent pas.

L'édition 2017 des Entretiens du contentieux vise à éclairer ces évolutions jurisprudentielles et à en débattre, qu'elles concernent des questions aussi transversales que les pouvoirs du régulateur et le rôle du juge ou qu'elles soient relatives à des secteurs spécifiques, tels que ceux de l'audiovisuel et de l'énergie.

# Séance d'ouverture

---

**Jean-Marc Sauvé**



### Vice-président du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion André Malraux), Jean-Marc Sauvé entre comme auditeur au Conseil d'État en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1983, il devient conseiller d'État et secrétaire général du Gouvernement en 1995. Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'État. Il est également président du comité prévu par l'article 255 du Traité pour le fonctionnement de l'Union européenne (comité de sélection des juges européens), président du conseil d'administration de l'ENA et président de l'Institut français des sciences administratives.

# Table ronde 1 : Les pouvoirs du régulateur

## Éléments de problématique

La régulation s'exerce par des interventions extrêmement diversifiées selon les autorités et les secteurs concernés. À travers l'examen de la multiplicité des pouvoirs conférés aux différentes autorités de régulation, cette première table ronde sera l'occasion de s'interroger sur le rôle que doivent jouer les régulateurs, sur le caractère adapté de leurs modes d'actions et sur la nécessité d'éventuelles évolutions.

## Intervenants

### Président

#### Bernard Stirn



#### Président de la section du contentieux du Conseil d'État

Licencié en droit, diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École nationale d'administration, Bernard Stirn est nommé auditeur au Conseil d'État en 1976. Au sein de la section du contentieux, il exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement (1980-1983 et 1984-1991) et d'assesseur avant d'être nommé président de la 7<sup>e</sup> sous-section en 1998, puis président adjoint (2002-2006) et président de la section en 2006. Sur la même période, il occupe de nombreuses fonctions au Conseil d'État comme au sein d'autres institutions : il est membre de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives (1984-1991), rapporteur adjoint près le Conseil constitutionnel (1986-1991), rapporteur général de la Commission supérieure de codification (1989-1991), secrétaire général du Conseil d'État (1991-1995), commissaire du Gouvernement près le Tribunal des conflits en 1990, puis membre de ce Tribunal jusqu'en 2006. Sa carrière le mène, au sein de l'administration, à être président de la mission juridique du ministère de l'industrie et de la recherche (1982-1983) et directeur de cabinet du secrétaire d'État auprès du ministre de l'éducation nationale (1983-1984). Bernard Stirn est aujourd'hui professeur associé à l'Institut d'études politiques de Paris et à l'ENA et président du conseil d'administration de l'Opéra national de Paris. Il coordonne les enseignements juridiques à l'ENA. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, en particulier *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, *Les libertés en questions*, *Vers un droit public européen* et, en collaboration avec Yann Aguila, *Droit public français et européen*.

### Intervenants

#### Benoît Delaunay



#### Professeur de droit public, directeur du master fiscalité internationale de l'Université Panthéon-Assas

Agrégé des facultés de droit depuis 2008, Benoît Delaunay est professeur de droit public à l'université Panthéon-Assas, où il est directeur du master 2 fiscalité internationale. Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et de l'École des hautes études commerciales (HEC), docteur en droit public, lauréat de l'Institut de France (Prix Charles Dupin de l'Académie des sciences morales et politiques), il a été précédemment professeur à l'université de Poitiers puis à l'université Paris Descartes. Membre du comité de rédaction de la RFDA et du comité scientifique de la revue *Droit administratif*, il est l'auteur d'une centaine d'articles et de notes. Ses travaux portent à la fois sur le droit administratif, le droit public de l'économie et le droit fiscal. Il est l'auteur d'un manuel de *Droit public de la concurrence* (LGDJ, 2015 ; 2<sup>ème</sup> éd. à paraître). Membre du Conseil national des universités depuis 6 ans, Benoît Delaunay est également membre de jurys de concours administratifs (ENA, conseillers de TA et CAA, commissaires de police) et a siégé au jury du concours d'agrégation de droit public (2016). Il a été rapporteur de la commission Gaudemet sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale (2010) et membre du groupe national d'experts du comité permanent pour la fiscalité écologique (2012-2014). Il est régulièrement invité dans plusieurs universités étrangères.

**Jean Lessi****Secrétaire général de la Commission nationale de l'informatique et des libertés**

Diplômé de l'École nationale d'administration (promotion 2007-2009 Willy Brandt), de l'Institut d'études politiques de Paris (master affaires publiques) et de l'université Panthéon-Assas, Jean Lessi a occupé au Conseil d'État les fonctions successives de rapporteur à la section du contentieux (2009-2013), puis à la section sociale (2012-2013), responsable du Centre de recherches et de diffusion juridiques (2013-2015) et enfin rapporteur public à la section du contentieux (1ère chambre, 2015-2017). Il a assuré auprès de la CNIL dont il est secrétaire général depuis le 23 mai 2017, une mission d'appui juridique sur le règlement européen sur la protection des données.

**Isabelle de Silva****Présidente de l'Autorité de la concurrence**

Nommée présidente de l'Autorité de la concurrence par décret du Président de la République en date du 14 octobre 2016, Isabelle de Silva est diplômée de l'École des hautes études commerciales de Paris (HEC-1990), de la *Community of European Management Schools* (CEMS-1990), titulaire d'une licence de philosophie (université Panthéon-Sorbonne-1989) et ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA-1994). Elle entre au Conseil d'État en qualité d'auditeur (1994), avant de devenir maître des requêtes en 1998, puis conseiller d'État en 2009. Conseillère technique au cabinet de la ministre de la culture et de la communication en charge de la presse, de la radio et des agences de presse (1999-2000), elle devient commissaire du gouvernement (2000-2009) à la deuxième, puis à la sixième sous-section du Conseil d'État. De 2009 à 2011, elle est directrice des affaires juridiques du ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement. Membre de l'Autorité de régulation de la distribution de la presse (2012), elle était depuis 2013 présidente de la sixième chambre à la section du contentieux du Conseil d'État. Elle était, par ailleurs, membre du collège de l'Autorité de la concurrence depuis 2014.

## Table ronde 2 : Le rôle du juge

### Éléments de problématique

Cette deuxième table ronde permettra d'aborder le rôle du juge et de débattre des évolutions jurisprudentielles récentes. L'essor et la technicité du droit de la régulation, le droit de l'Union européenne et le recours au « droit souple » ont en effet conduit le juge à s'adapter, tant en matière d'accès au prétoire que de contrôle des actes des autorités de régulation.

### Intervenants

#### Président

##### Pierre Delvolvé



##### Membre de l'Institut, professeur émérite de l'université Panthéon-Assas

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, docteur en droit, agrégé des Facultés de droit, Pierre Delvolvé est professeur à l'université de Beyrouth (1967-1971), à l'université de Toulouse I (1971-1981) et à l'université Panthéon-Assas (1981-2010) dont il est professeur émérite. Il est élu en décembre 2009, membre de l'Institut (Académie des sciences morales et politiques). Outre ses fonctions de consultant et d'arbitre en matière administrative et constitutionnelle, Pierre Delvolvé codirige la *Revue française de droit administratif* (RFDA) dont il est également le cofondateur. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, parmi lesquels : *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (depuis 1989, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd. 2017 avec MM. Long, Weil, Brabant et Genevois); *Le droit administratif* (Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 7ème éd. à paraître en 2018) et *Droit public de l'économie* (Dalloz 1998, dont la nouvelle édition paraîtra en 2018). Pierre Delvolvé est également l'auteur de nombreux articles, dont « Les libertés économiques », RFDA, 2017, n°1, p.33-41 ; « Droits subjectifs contre interdit législatif » (note sous Conseil d'État 31 mai 2016, Mme Gomez, RFDA 2016, n°4, p.754-760) ; « Dix ans de droit administratif », rapport introductif au Xème colloque de l'association française pour la recherche en droit administratif, 2016, sous presse, ainsi que plusieurs articles publiés dans la RFDA, en 2016 et 2017, sur les actes administratifs et les contrats administratifs.

#### Intervenants

##### Luigi Carbone



##### Président de section au Conseil d'État italien

Membre du Conseil d'État italien depuis 1992, Luigi Carbone en est secrétaire général adjoint de 2004 à 2007, puis devient président de section en 2010. Dans le cadre ses activités, au niveau national comme international, il a traité des sujets de la justice administrative, de la réforme administrative et de la réforme réglementaire. Parmi ses autres fonctions, il a été secrétaire général adjoint du Premier ministre italien, président exécutif de l'unité de simplification de la réglementation du cabinet du Premier ministre italien, commissaire de l'autorité italienne de réglementation de l'électricité, du gaz et de l'eau, président du récent réseau OCDE des régulateurs économiques (NER) et vice-président du Comité de la politique de la réglementation de l'OCDE (RPC). Parmi ses autres activités scientifiques, il a été chargé de cours dans les écoles nationale d'administration italienne et française, ainsi que dans plusieurs universités italiennes et au sein d'instituts privés.

Depuis 2016, Luigi Carbone est président de la section consultative pour les actes normatifs du Conseil d'État italien.

**Vincent Daumas****Rapporteur public à la section du contentieux du Conseil d'État**

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion Romain Gary), Vincent Daumas est également titulaire d'un diplôme d'études spécialisées en études européennes de l'université catholique de Louvain. Il entre comme auditeur au Conseil d'État en 2005. D'abord rapporteur à la 8ème chambre de la section du contentieux, puis à la section des finances, il est co-responsable entre 2008 et 2011 du Centre de recherches et de diffusion juridiques (CRDJ) du Conseil d'État. Il exerce depuis 2011 les fonctions de rapporteur public auprès de la 3ème chambre de la section du contentieux, chargée notamment du contentieux des décisions prises par l'Autorité de la concurrence dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle des concentrations.

**Constantin Lycourgos****Juge à la Cour de justice de l'Union européenne**

Constantinos Lycourgos est détenteur d'une maîtrise en droit public, d'un diplôme d'études approfondies en droit communautaire et d'un doctorat en droit de l'université Panthéon-Assas. Admis au barreau de Chypre en 1993, il a été conseiller spécial en affaires européennes auprès du ministre des affaires étrangères (1996-1999), membre de l'équipe de négociation pour l'adhésion de Chypre à l'Union européenne (1998-2003), membre du service juridique de la République de Chypre depuis 1999, puis avocat principal de la République et directeur du département de droit européen dudit service juridique (2003-2014), agent du gouvernement chypriote devant les juridictions de l'Union européenne (2004-2014). Il est juge à la Cour de justice de l'Union européenne depuis octobre 2014.

**François Molinié****Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation**

Diplômé d'études approfondies de droit public de l'économie (université Panthéon-Assas), titulaire d'une maîtrise de droit privé (mention carrières et sciences criminelles) et d'une maîtrise de droit public (université Panthéon-Assas), il a tout d'abord exercé en qualité d'avocat à la cour. Depuis janvier 2005, il est avocat associé auprès du Conseil d'État et de la Cour de cassation (Piwnica & Molinié). Il participe régulièrement aux travaux de la Société de législation comparée dont il est membre (section du droit de l'action publique). Après avoir enseigné au sein de l'institut de formation et de recherches des avocats aux conseils, il anime un séminaire sur les contrôles exercés par les juridictions suprêmes françaises (université Panthéon-Assas, master 2 contentieux, arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits). Il participe également aux travaux de l'association des avocats pratiquant le droit de la concurrence. Il a été membre du conseil d'administration de l'université Panthéon-Sorbonne de 2013 à 2016.

# Table ronde 3 : La régulation dans le secteur de l'audiovisuel

## Éléments de problématique

Un éclairage particulier sera porté au sein de cette troisième table ronde sur l'actualité jurisprudentielle très riche de la régulation dans le secteur audiovisuel et plus particulièrement sur les pouvoirs respectifs exercés, sous le contrôle du juge, par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP).

## Intervenants

### Président

#### Alain Ménéménis



#### Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État

Licencié en histoire et en économie, agrégé de lettres classiques, titulaire d'un diplôme d'études approfondies, diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École normale supérieure (ULM) et de l'École nationale d'administration, Alain Ménéménis est professeur (1979-1984) avant d'être nommé au Conseil d'État, à sa sortie de l'ENA, au sein de la section du contentieux, puis de la section du rapport et des études (1987-1995). En 1995, il est nommé directeur adjoint des services aux collectivités locales à la Caisse des dépôts et consignations. Il rejoint la section du contentieux du Conseil d'État en 1998 : il y occupe les fonctions d'assesseur (2003-2006) et de président de la 3<sup>e</sup> sous-section (2007-2012), avant d'être nommé président adjoint de la section en 2012. Il est aussi rapporteur à la section des finances (2000-2007). Tout au long de sa carrière, Alain Ménéménis a exercé de nombreuses fonctions au sein de l'administration : il est chargé de mission auprès du commissaire général au Plan (1990-1995), conseiller auprès du directeur général de l'énergie et des matières premières (1993-1995) et chef de mission au Commissariat à la réforme de l'État (1995). Il devient ensuite chargé de mission auprès du directeur général des transports, des infrastructures et de la mer (depuis 1999). Il est rapporteur général de la commission État, administrations et services publics de l'an 2000 du XI<sup>e</sup> Plan (1992) et de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique (2013). Il est professeur associé à l'université Paris-Est Créteil Val de Marne, puis Panthéon-Assas de 1999 à 2014. Alain Ménéménis est membre de la Cour de discipline budgétaire et financière depuis 2004 et de la commission de surveillance de la Caisse des dépôts depuis 2012. Il est également, depuis 2016, administrateur du musée d'Orsay et du musée de l'Orangerie.

### Intervenants

#### Francis Donnat



#### Secrétaire général de France Télévisions

Depuis avril 2016, Francis Donnat est secrétaire général et membre du Comex de France Télévisions. Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris (1993) et de l'École nationale d'administration (Promotion Valmy, 1998), Francis Donnat débute sa carrière en 1998 au Conseil d'État (section du contentieux et section de l'intérieur), où il devient maître des requêtes en 2001. De 2005 à 2012, il occupe les fonctions de référendaire auprès du juge français à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). En 2012, il rejoint Google France. De novembre 2014 à mars 2016, Francis Donnat est Directeur, Counsel and Head of Policy de Google France. En avril 2017, il est nommé conseiller d'État. Enseignant à Sciences Po Paris depuis 1998, il a été professeur associé à l'université de Strasbourg et est l'auteur de deux ouvrages de droit communautaire, ainsi que de nombreuses publications en droit constitutionnel, droit communautaire et droit administratif français.

**Anne Penneau****Professeur de droit privé et sciences criminelles à l'université Paris 13**

Professeur agrégée de droit privé et sciences criminelles à l'université de Paris 13 depuis 2009, Anne Penneau est également membre de l'Institut de droit des affaires (IRDA). Auparavant, elle a successivement exercé ses fonctions d'enseignant-chercheur à l'université Panthéon-Sorbonne, puis à l'université Paris-Dauphine et enfin à l'université de Lille 2. Son activité d'enseignement concerne principalement le droit des obligations, le droit des biens et le droit des relations individuelles et collectives de travail. Elle co-dirige un master de droit immobilier. Sa recherche est très largement concentrée sur différents aspects des relations entre droit et technique dans la continuité de sa thèse, « Règles de l'art et normes techniques », soutenue en 1989. Investissant les facettes les plus variées du vaste champ de la certification de conformité et des normes et référentiels divers, elle a ainsi réalisé des études pour le compte du ministère de l'équipement, publié sur la normalisation et la certification des biens de consommation, de la santé et la sécurité au travail, en matière environnementale, de notation financière et comptable, de systèmes de protection des données à caractère personnelle.

**Sébastien Soriano****Président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)**

Ancien élève de l'École polytechnique, ingénieur en chef des mines, Sébastien Soriano a réalisé l'essentiel de sa carrière dans la régulation de la concurrence et des télécoms, avant de devenir en mai 2012 le directeur de cabinet de Fleur Pellerin, alors ministre en charge des PME, de l'innovation et de l'économie numérique. Avant de rejoindre l'ARCEP, il était le conseiller spécial de la ministre de la culture et de la communication, en charge notamment du secteur presse. Sébastien Soriano a été nommé président de l'ARCEP par décret publié au Journal Officiel du 15 janvier 2015, pour un mandat de six ans. En décembre 2015, Sébastien Soriano a été élu à la présidence pour 2017 de l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE, ou BEREC selon son acronyme anglais). Cette élection implique des responsabilités importantes dès 2016 et jusqu'en 2018 en tant que vice-président de l'ORECE.

# Table ronde 4 : La régulation dans le secteur de l'énergie

## Éléments de problématique

Cette dernière table ronde sera consacrée à l'analyse de la jurisprudence récente relative à la régulation dans le secteur de l'énergie, caractérisée par la place importante du droit de l'Union européenne.

## Intervenants

### Présidente

**Claudie Boiteau**



**Professeur de droit public, responsable du master droit et régulation des marchés de l'université Paris-Dauphine**

Agrégée des facultés de droit, Claudie Boiteau est professeur de droit public à l'université Paris-Dauphine et directrice du master droit et régulation des marchés. Elle est l'auteur de nombreuses publications en droit public économique et droit de l'énergie et a publié récemment (avec Ph. Terneyre.) « Existe-t-il un droit de l'énergie ? » (RFDA 2017. 517). En outre, elle commente et annoté (en coll.) le code de l'énergie (Daloz). Elle est présidente de l'Association française de droit de l'énergie (AFDEN).

### Intervenants

**Jean-François Carenc**



**Président de la Commission de régulation de l'énergie**

Diplômé de l'École des hautes études commerciales de Paris (HEC) et de l'École nationale d'administration (promotion Michel de l'hospital), Jean-François Carenc intègre le tribunal administratif de Marseille en 1979, avant de rejoindre le corps préfectoral en tant que secrétaire général de la préfecture des Yvelines de 1991 à 1996. Occupant divers postes de préfet (Saint-Pierre-et-Miquelon, Tarn-et-Garonne, Guadeloupe et Haute-Savoie), il est nommé, en 2004, directeur de cabinet de Jean-Louis Borloo, ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale. Il sera notamment chargé du plan de cohésion sociale et de la mise en œuvre opérationnelle de la rénovation urbaine des quartiers politique de la ville. Plus de 45 m€ seront investis pour transformer les quartiers. En 2007, il rejoint, Jean-Louis Borloo au ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, et le suit au ministère de l'environnement où ils porteront ensemble le Grenelle de l'environnement. En novembre 2010, Jean-François Carenc est nommé préfet de la région Rhône-Alpes, préfet de zone de défense. En mars 2015, il est nommé préfet de la région d'Île-de-France, préfet de Paris. Il sera par la suite nommé président du conseil d'administration de l'Agence de l'eau Seine-Normandie. Reconnu pour avoir été, entre autre, la cheville ouvrière de la COP 21, du dossier complexe du Grand Paris, du dossier de candidature des JO 2024 ou du schéma régional des transports franciliens, Jean-François Carenc est alors nommé, à sa demande, par le Président de la République, président de la Commission de régulation de l'énergie en février 2017.

**Hélène Farge****Présidente de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**

Avocate au Conseil d'État et à la Cour de cassation depuis 1988, Hélène Farge exerce au sein de la SCP Waquet, Farge, Hazan. Parallèlement à son activité professionnelle, elle effectue de nombreuses missions pour l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Elle est, notamment, membre du bureau d'aide juridictionnelle du Conseil d'État (2000-2006) et chargée d'enseignements de l'Institut de formation et de recherche des avocats aux conseils (Ifrac) (1992-1998), dont elle est directrice adjointe de 2003 à 2007, puis directrice (2007-2009). Ancienne membre du conseil de l'Ordre pendant trois ans, elle en est la secrétaire-trésorière en 2006. Elle a participé à la création de la revue de l'Ordre *Justice & cassation* dont elle est membre du comité de rédaction et a organisé de nombreux cycles de conférences et colloques. Elle est élue présidente de l'Ordre en 2014 ; elle a pris ses fonctions le 1<sup>er</sup> janvier 2015. Hélène Farge est également présidente du Haut conseil des professions du droit et vice-présidente de la Société de législation comparée.

**Guillaume Goulard****Président de la 9<sup>ème</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État**

Diplômé de l'École des hautes études commerciales de Paris (HEC) et de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École nationale d'administration, Guillaume Goulard est entré comme auditeur au Conseil d'État en 1989. Rapporteur à la section du contentieux, il est promu maître des requêtes en 1992 et nommé responsable du centre de documentation du Conseil d'État en 1993. Il exerce ensuite les fonctions de commissaire du gouvernement à la section du contentieux, de 1996 à 2004. Il rejoint à cette date le cabinet d'avocats Gide Loyrette Nouel où il est avocat, puis avocat associé jusqu'en septembre 2013. Ayant réintégré le Conseil d'État, il est d'abord membre de la section de finances puis, à compter de janvier 2014, assesseur à la 9<sup>e</sup> sous-section de la section du contentieux. Il est président de cette sous-section, devenue 9<sup>ème</sup> chambre, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2015. Il a été membre de la Commission des infractions fiscales en 2014 et de la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers de 2013 à 2016. Il est membre du Conseil des prélèvements obligatoires depuis 2014.

# Séance de clôture

---

## Olivier Schrameck



## Président du Conseil supérieur de l'audiovisuel

Président de section honoraire au Conseil d'État, Olivier Schrameck est président du Conseil supérieur de l'audiovisuel depuis le 24 janvier 2013. Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et de la faculté de droit de Paris, ancien élève de l'École nationale d'administration, il a présidé la section du rapport et des études du Conseil d'État, après avoir été, notamment, ambassadeur de France en Espagne, directeur de cabinet du Premier ministre, secrétaire général du Conseil constitutionnel et directeur des enseignements supérieurs au ministère de l'éducation nationale. Olivier Schrameck a également enseigné comme professeur associé à l'Université Panthéon-Sorbonne et à Sciences Po.

# Documentation juridique

---

## 1. Jurisprudence générale sur les pouvoirs du régulateur et le rôle du juge

---

***CE, Ass., 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et autres, n° 362347, 363542, 363703, p. 430.***

Lorsque lui est notifiée une opération de concentration dont la réalisation est soumise à son autorisation, il incombe à l'Autorité de la concurrence d'user des pouvoirs d'interdiction, d'injonction, de prescription ou de subordination de son autorisation à la réalisation effective d'engagements pris devant elle par les parties, qui lui sont conférés par les dispositions des articles L. 430-6 et suivants du code de commerce, à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération.

Lorsque le juge, saisi d'un recours dirigé contre une décision de l'Autorité de la concurrence assortissant de mesures correctives l'autorisation d'une opération de concentration, examine un moyen tiré de ce que certaines des injonctions prononcées par la décision attaquée sont disproportionnées par rapport aux effets anticoncurrentiels de l'opération notifiée qu'elles entendent prévenir, il lui appartient de vérifier, injonction par injonction ou groupe d'injonctions par groupe d'injonctions, si celles-ci sont adaptées, nécessaires et proportionnées.

En revanche, lorsque, saisi d'un tel recours, le juge de l'excès de pouvoir examine un moyen tiré de ce que les injonctions figurant dans la décision attaquée sont insuffisantes pour prévenir certains des effets anticoncurrentiels de l'opération notifiée, il lui appartient de rechercher si les injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence, dont la pertinence et l'efficacité doivent, dans cette mesure, être appréciées globalement, étaient de nature à prévenir les effets anticoncurrentiels de l'opération.

***CE, Ass., 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres, n°s 368082, 368083, 368084, p. 76***

Les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance.

Ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

Dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation. Il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative.

Les communiqués attaqués, émis par l'Autorité des marchés financiers dans le cadre de sa mission de protection de l'épargne investie dans les placements offerts au public, sont destinés aux investisseurs et ont pour objet de les mettre en garde contre les conditions dans lesquelles sont commercialisés plusieurs produits de placement, précisément identifiés, offerts au public par la société requérante et de leur adresser des recommandations de vigilance. Ils ont été publiés sur le site internet de l'Autorité des marchés financiers, ont connu une large diffusion et sont depuis lors restés accessibles sur ce site.

La société requérante fait valoir des éléments sérieux attestant que la publication de ces communiqués a eu pour conséquence une diminution brutale des souscriptions des produits de placement qu'elle commercialisait en France. Ainsi, les communiqués contestés doivent être regardés comme étant de nature à produire des effets économiques notables et comme ayant pour objet de conduire des investisseurs à modifier de manière significative leur comportement vis-à-vis des produits qu'ils désignent. Ils sont donc susceptibles de recours, de même que le refus opposé à la demande de la société tendant à leur rectification.

En vertu de l'article L. 621-1 du code monétaire et financier (CMF), il appartient à l'Autorité des marchés financiers (AMF) de publier des communiqués invitant les épargnants ou investisseurs à faire preuve de vigilance vis-à-vis de certains types de placements ou de pratiques financières risqués. Le législateur a ainsi entendu confier à l'AMF une mission de protection de l'épargne et d'information des investisseurs qui s'étend non seulement aux instruments financiers, définis par l'article L. 211-1 du CMF, et aux actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1 du même code admis aux négociations sur un marché réglementé, mais également à tous les autres placements offerts au public. Par suite, il est loisible à l'AMF d'appeler l'attention des investisseurs sur les

caractéristiques et les modalités de commercialisation de placements immobiliers, alors même qu'ils ne relèvent pas de la réglementation applicable aux titres financiers, dès lors qu'il s'agit de placements offerts au public.

Les communiqués attaqués, émis par l'Autorité des marchés financiers (AMF) dans le cadre de sa mission de protection de l'épargne investie dans les placements offerts au public, sont destinés aux investisseurs et ont pour objet de les mettre en garde contre les conditions dans lesquelles sont commercialisés plusieurs produits de placement, précisément identifiés, offerts au public par la société requérante et de leur adresser des recommandations de vigilance. Ils ont été publiés sur le site internet de l'AMF, ont connu une large diffusion et sont depuis lors restés accessibles sur ce site.

Dans les circonstances de l'espèce, ces communiqués, qui font référence à une société en usant du nom du groupe auquel elle appartient, doivent être regardés comme faisant grief à la société commercialisant les produits et aux autres sociétés, filiales du même groupe, qui portent le nom de ce groupe.

La société requérante fait valoir des éléments sérieux attestant que la publication de ces communiqués a eu pour conséquence une diminution brutale des souscriptions des produits de placement qu'elle commercialisait en France. Ainsi, les communiqués contestés doivent être regardés comme étant de nature à produire des effets économiques notables et comme ayant pour objet de conduire des investisseurs à modifier de manière significative leur comportement vis-à-vis des produits qu'ils désignent. Ils sont donc susceptibles de recours, de même que le refus opposé à la demande de la société tendant à leur rectification. Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle restreint sur la publication, par l'Autorité des marchés financiers (AMF), d'un communiqué mettant les investisseurs en garde contre les conditions dans lesquelles sont commercialisés certains produits de placement.

→ Voir également CE, Assemblée, 21 mars 2016, Société NC Numéricable, n° 390023, p. 88

### ***CE, 20 juin 2016, Fédération française des sociétés d'assurances, n° 384297, T. pp. 653-862***

Les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance. Ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent. Dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation.

Aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 612-29-1 du code monétaire et financier, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) « peut constater l'existence de bonnes pratiques professionnelles ou formuler des recommandations définissant des règles de bonne pratique professionnelle en matière de commercialisation et de protection de la clientèle ». Sur le fondement de ces dispositions, l'ACPR a, par l'acte du 3 juillet 2014 dont la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) demande l'annulation pour excès de pouvoir, émis des recommandations sur les conventions, conclues entre les entreprises d'assurance et les intermédiaires en assurance, concernant la distribution des contrats d'assurance vie. Ces recommandations, qui ont pour objet d'inciter les entreprises d'assurance et les intermédiaires, qui en sont les destinataires, à modifier sensiblement leurs relations réciproques, sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

### ***CE, 20 mars 2017, Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes, n° 401751, p. 100***

Lignes directrices adoptées par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) relatives à l'instruction des demandes d'interdiction ou de limitation des services routiers sur les liaisons régulières interurbaines par autocar inférieures ou égales à 100 kilomètres.

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières a, par une décision n° 2015-039 du 21 octobre 2015, adopté des lignes directrices relatives à l'instruction des demandes d'interdiction ou de limitation des services routiers sur les liaisons régulières interurbaines par autocar inférieures ou égales à 100 kilomètres. Si cette Autorité était tenue de suivre la méthode d'analyse qu'elle s'était ainsi donnée pour prendre l'avis contesté, il lui incombait, pour porter son appréciation sur le projet d'interdiction du service de la société requérante, de prendre en compte l'ensemble des circonstances pertinentes de la situation particulière qui lui était soumise.

Si les lignes directrices applicables prévoyaient que l'analyse de la substituabilité entre le service conventionné et le service librement organisé au regard de certaines caractéristiques de l'offre et de la demande devait porter sur la comparaison des horaires, les fréquences journalières et hebdomadaires proposées et les temps de parcours, il incombait à l'Autorité, eu égard au projet qui lui était soumis, de prendre en compte également, pour apprécier de façon pertinente la substituabilité, la localisation des arrêts du service proposé par la société requérante.

**CE, Ass., 24 février 2017, Mme C, M. T, M. C et M. D, n° 391000, 393769, 399999, 401258, p.59**

Compétence de la CNIL pour connaître des plaintes formées contre des décisions de refus de déréférencement :

Dans son arrêt du 13 mai 2014, Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja Gonzalez (C-131/12), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que : « Les demandes au titre des articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 peuvent être directement adressées par la personne concernée au responsable du traitement qui doit alors dûment examiner le bien-fondé de celles-ci et, le cas échéant, mettre fin au traitement des données en cause. Lorsque le responsable du traitement ne donne pas suite à ces demandes, la personne concernée peut saisir l'autorité de contrôle ou l'autorité judiciaire pour que celles-ci effectuent les vérifications nécessaires et ordonnent à ce responsable des mesures précises en conséquence.

Aux termes de l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978 : « La Commission nationale de l'informatique et des libertés (...) exerce les missions suivantes : / (...) 2° Elle veille à ce que les traitements de données à caractère personnel soient mis en œuvre conformément aux dispositions de la présente loi. / A ce titre : / (...) c) Elle reçoit les réclamations, pétitions et plaintes relatives à la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel et informe leurs auteurs des suites données à celles-ci. (...) ». Il suit de là que, sans préjudice des voies de recours ouvertes devant le juge judiciaire s'agissant des litiges opposant des particuliers aux exploitants d'un moteur de recherche, la CNIL est compétente pour connaître des plaintes formées à la suite d'une décision de refus de déréférencement opposée par l'exploitant d'un moteur de recherche et, le cas échéant, pour mettre en demeure celui-ci de faire droit à la demande de déréférencement. Ce pouvoir s'exerce, eu égard à la nature des droits individuels en cause, sous l'entier contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

Conditions de mise en œuvre du droit au déréférencement :

Dans son arrêt précité, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que l'exploitant d'un moteur de recherche « en tant que personne déterminant les finalités et les moyens de cette activité doit assurer, dans le cadre de ses responsabilités, de ses compétences et de ses possibilités, que celle-ci satisfait aux exigences de la directive du 24 octobre 1995 pour que les garanties prévues par celle-ci puissent développer leur plein effet et qu'une protection efficace et complète des personnes concernées, notamment de leur droit au respect de leur vie privée, puisse effectivement être réalisée.

La question de déterminer si, dans le cadre du régime spécifique défini pour l'exploitant d'un moteur de recherche au point précédent, l'interdiction faite aux autres responsables de traitement de traiter des données relevant des paragraphes 1 et 5 de l'article 8 de la directive du 24 octobre 1995, sous réserve des exceptions prévues par ce texte, est également applicable à l'exploitant d'un moteur de recherche en tant que responsable du traitement que constitue ce moteur soulève une première difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne.

En cas de réponse positive à la question posée au point précédent, en premier lieu, le point de savoir si cette interdiction l'obligerait, sous réserve des exceptions prévues par la directive du 24 octobre 1995, à faire droit aux demandes de déréférencement relatives à des liens qui mènent vers des pages web traitant de telles données soulève une deuxième difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne.

En deuxième lieu, la directive du 24 octobre 1995 prévoit que l'interdiction prévue à l'article 8 paragraphe 1 ne s'applique pas dans plusieurs cas, énumérés au paragraphe 2 de ce même article. En particulier, cette interdiction ne s'applique pas, d'une part, lorsque « a) la personne concernée a donné son consentement explicite à un tel traitement, sauf dans le cas où la législation de l'État membre prévoit que l'interdiction visée au paragraphe 1 ne peut être levée par le consentement de la personne concernée » et, d'autre part, lorsque « e) le traitement porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée ou est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ».

La réponse à apporter aux litiges dont est saisi le Conseil d'Etat est déterminée par l'interprétation, qui soulève une troisième difficulté sérieuse au regard du droit de l'Union européenne, de ces dispositions lorsqu'elles s'appliquent aux responsabilités, aux compétences et aux possibilités de l'exploitant d'un moteur de recherche. En particulier, les litiges impliquent de déterminer si les dispositions de la directive du 24 octobre 1995 doivent être interprétées en ce sens qu'elles permettent à l'exploitant d'un moteur de recherche de refuser de faire droit à une demande de déréférencement lorsqu'il constate que les liens en cause mènent vers des contenus qui, s'ils comportent des données relevant des catégories énumérées à l'article 8 paragraphe 1, entrent également dans le champ des exceptions prévues par le paragraphe 2 de ce même article, notamment le a) et le e).

En troisième lieu, l'article 9 de la directive du 24 octobre 1995 dispose que : « Les États membres prévoient, pour les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, des exemptions et dérogations au présent chapitre, au chapitre IV et au

chapitre VI dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression ». En vertu de ces dispositions, les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire ne sont pas soumis aux exigences prévues par les paragraphes 1 et 5 de l'article 8 de cette directive.

Dans son arrêt précité, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que les dérogations établies par cet article ne bénéficiaient pas au traitement effectué par l'exploitant d'un moteur de recherche. Toutefois, lorsque les liens dont le déréférencement est demandé mènent vers des traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire qui, à ce titre, peuvent, ainsi que le prévoient en droit national les dispositions de l'article 67 de la loi du 6 janvier 1978, collecter et traiter des données relevant des catégories mentionnées aux paragraphes 1 et 5 de l'article 8 de la directive du 24 octobre 1995, la question de savoir si les dispositions de la directive du 24 octobre 1995 doivent être interprétées en ce sens qu'elles autorisent l'exploitant d'un moteur de recherche à se prévaloir de cette circonstance pour refuser de faire droit à une demande de déréférencement soulève une quatrième difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne.

En cas de réponse négative à la première question posée ci-dessus, eu égard notamment aux conséquences excessives qui s'attacheraient au fait de faire peser une telle interdiction sur l'exploitant d'un moteur de recherche compte tenu de ses responsabilités, compétences et possibilités, en premier lieu, la question de savoir auxquelles des exigences spécifiques de la directive du 24 octobre 1995 cet exploitant doit satisfaire, soulève une cinquième question sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne.

En second lieu, dans son arrêt précité, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que la licéité de la publication, sur une page web, d'informations relatives à une personne ne faisait pas obstacle à ce que l'exploitant d'un moteur de recherche soit obligé de supprimer de la liste des résultats les liens renvoyant vers cette page, lorsque ces liens sont affichés à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de l'intéressé.

En revanche, la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si les dispositions de la directive du 24 octobre 1995 doivent être interprétées en ce sens qu'elles imposent à l'exploitant d'un moteur de recherche, lorsqu'il constate que les pages web vers lesquelles mènent les liens dont le déréférencement est demandé comportent des données dont la publication, sur lesdites pages, est illicite, de supprimer ces liens de la liste des résultats affichés à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom du demandeur, ou s'il doit seulement prendre en compte cette circonstance pour apprécier le bien-fondé de la demande qui lui est présentée, ou encore si cette circonstance est sans incidence aucune sur l'appréciation qu'il doit porter. En outre, si cette circonstance n'est pas inopérante, la question de savoir comment apprécier la licéité de la publication des données litigieuses sur des pages web qui proviennent de traitements n'entrant pas dans le champ d'application territorial de la directive et, par suite, des législations nationales la mettant en œuvre, soulève une sixième difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne.

Enfin, quelle que soit la réponse apportée à la première question posée ci-dessus, en premier lieu, indépendamment de la licéité de la publication des données à caractère personnel sur la page web vers laquelle mène le lien litigieux, la question de savoir si les dispositions de la directive du 24 octobre 1995 doivent être interprétées en ce sens qu'elles imposent à l'exploitant d'un moteur de recherche, lorsque le demandeur établit que ces données sont incomplètes, inexactes, ou qu'elles ne sont pas à jour, de faire droit à la demande de déréférencement correspondante soulève une septième difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne. En particulier, cette question porte sur l'éventuelle obligation de déréférencement pesant sur l'exploitant d'un moteur de recherche lorsque le demandeur démontre que, compte tenu du déroulement de la procédure judiciaire, les informations relatives à une étape antérieure de cette procédure ne correspondent plus à la réalité actuelle de sa situation.

En second lieu, certains litiges portent, soit sur des procédures judiciaires qui étaient alors pendantes, soit sur la teneur d'une audience publique et sur le jugement rendu par un tribunal correctionnel, dont les dispositions du quatrième alinéa de l'article 400 du code de procédure pénale prévoient qu'il est prononcé en audience publique. L'interprétation des dispositions de l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978 dépend au préalable du point de savoir si les dispositions de l'article 8 paragraphe 5 de la directive du 24 octobre 1995 doivent être interprétées en ce sens que de telles informations constituent des données relatives aux infractions et aux condamnations pénales et, de manière générale, de savoir si, lorsqu'une page web comporte des données faisant état des condamnations ou des procédures judiciaires dont une personne physique a été l'objet, elle entre dans le champ de ces dispositions. Elle soulève une huitième difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne.

Les huit questions énoncées ci-dessus sont déterminantes pour la solution des litiges que doit trancher le Conseil d'Etat. Elles présentent, ainsi qu'il a été dit, plusieurs difficultés sérieuses d'interprétation du droit de l'Union européenne. Il y a lieu, par suite, d'en saisir la Cour de justice de l'Union européenne en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

**CE, 19 juillet 2017, Google Inc., n° 399922, à mentionner aux Tables**

Aux termes de l'article 38 de la loi du 6 janvier 1978 : « Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement. / Elle a le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur. / Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement ». Aux termes de l'article 40 de cette même loi : « Toute personne physique justifiant de son identité peut exiger du responsable d'un traitement que soient, selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant (...) ». Ces dispositions assurent respectivement la mise en œuvre en droit national des dispositions de l'article 14, sous a), et de l'article 12, sous b), de la directive du 24 octobre 1995. Elles doivent dès lors être interprétées à la lumière de ces dispositions. Or la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt précité du 13 mai 2014, a interprété ces dispositions au regard de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive du 24 octobre 1995, aux termes duquel : « Les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel », et de l'article 7 de cette même directive, aux termes duquel : « Les États membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si : / (...) f) il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, qui appellent une protection au titre de l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 1 ». Elle a ainsi dit pour droit qu'« afin de respecter les droits prévus par ces dispositions, et pour autant que les conditions prévues par celles-ci sont effectivement satisfaites, l'exploitant d'un moteur de recherche est obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, également dans l'hypothèse où ce nom ou ces informations ne sont pas effacés préalablement ou simultanément de ces pages web, et ce, le cas échéant, même lorsque leur publication en elle-même sur lesdites pages est licite ».

Il découle des motifs énoncés ci-dessus que, sur le fondement des articles 38 et 40 de la loi du 6 janvier 1978, lorsque les conditions fixées par ces articles sont satisfaites, l'exploitant d'un moteur de recherche mettant en œuvre son traitement en France doit faire droit aux demandes qui lui sont présentées tendant au déréférencement de liens, c'est-à-dire à la suppression de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom du demandeur, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations le concernant.

(...)

La formation restreinte de la CNIL a sanctionné la société Google Inc. au motif que cette dernière refusait, lorsqu'elle faisait droit à une demande de déréférencement, d'appliquer ce déréférencement sur l'ensemble des noms de domaine de son moteur de recherche, se bornant à supprimer les liens en cause des seuls résultats affichés en réponse à des recherches effectuées depuis les noms de domaine correspondant aux déclinaisons de son moteur dans les Etats membres de l'Union européenne. La formation restreinte de la CNIL a par ailleurs estimé insuffisante la proposition complémentaire dite de « géo-blocage » faite par la société Google Inc., après expiration du délai de mise en demeure, consistant à supprimer la possibilité d'accéder, depuis une adresse IP réputée localisée dans l'Etat de résidence du bénéficiaire du « droit au déréférencement », aux résultats litigieux à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, ce indépendamment de la déclinaison du moteur de recherche qu'a sollicité l'internaute.

La société Google Inc. soutient que la sanction litigieuse repose sur une interprétation erronée des dispositions des articles 38 et 40 de la loi du 6 janvier 1978. La requérante soutient en effet que cette interprétation méconnaît la portée des dispositions précitées des articles 12, sous b), et 14, sous a), de la directive du 24 octobre 1995, que les articles 38 et 40 mettent en œuvre en droit national, et sur le fondement desquelles, par l'arrêt précité, la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu un « droit au déréférencement ». La société requérante fait valoir que, si elles exigent que les droits des personnes concernées, notamment le droit au respect de leur vie privée, fassent l'objet d'une protection efficace et complète, les dispositions de la directive telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne n'impliquent pas nécessairement que, lorsqu'il est fait droit à une demande de déréférencement, les liens litigieux soient supprimés, sans limitation géographique, sur l'ensemble des noms de domaine de son moteur. Elle en déduit également qu'en retenant une telle interprétation, la formation restreinte de la CNIL a méconnu les principes de courtoisie et de non-ingérence reconnus par le droit international public et porté une atteinte disproportionnée aux libertés d'expression, d'information, de communication et de la presse garanties par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par les stipulations de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La question de savoir si le « droit au déréférencement » tel qu'il a été consacré par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 13 mai 2014 sur le fondement des dispositions des articles 12, sous b), et 14, sous a), de la directive du 24 octobre 1995, doit être interprété en ce sens que l'exploitant d'un moteur de recherche est tenu, lorsqu'il fait droit à une demande de déréférencement, d'opérer ce déréférencement sur l'ensemble des noms de domaine de son moteur de telle sorte que les liens litigieux n'apparaissent plus quel que soit le lieu à partir duquel la recherche lancée sur le nom du demandeur est effectuée, y compris hors du champ d'application territorial de la directive du 24 octobre 1995, soulève une première difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne.

En cas de réponse négative à cette première question, la question de savoir si le « droit au déréférencement » tel que consacré par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt précité doit être interprété en ce sens que l'exploitant d'un moteur de recherche est seulement tenu, lorsqu'il fait droit à une demande de déréférencement, de supprimer les liens litigieux des résultats affichés à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom du demandeur sur le nom de domaine correspondant à l'État où la demande est réputée avoir été effectuée ou, plus largement, sur les noms de domaine du moteur de recherche qui correspondent aux extensions nationales de ce moteur pour l'ensemble des États membres de l'Union européenne soulève une deuxième difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne.

En outre, la question de savoir si, en complément de l'obligation évoquée au point précédent, le « droit au déréférencement » tel que consacré par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt précité doit être interprété en ce sens que l'exploitant d'un moteur de recherche faisant droit à une demande de déréférencement est tenu de supprimer, par la technique dite du « géo-blocage », depuis une adresse IP réputée localisée dans l'État de résidence du bénéficiaire du « droit au déréférencement », les liens litigieux des résultats affichés à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, ou même, plus généralement depuis une adresse IP réputée localisée dans l'un des États-membres soumis à la directive du 24 octobre 1995, ce indépendamment du nom de domaine utilisé par l'internaute qui effectue la recherche, soulève une troisième difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne.

Les questions énoncées aux points 16 à 18 ont déterminantes pour la solution du litige que doit trancher le Conseil d'État. Elles présentent, ainsi qu'il a été dit, plusieurs difficultés sérieuses d'interprétation du droit de l'Union européenne. Il y a lieu, par suite, d'en saisir la Cour de justice de l'Union européenne en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et, jusqu'à ce que celle-ci se soit prononcée, de surseoir à statuer sur la requête de la société Google Inc.

***CE, 28 septembre 2017, Société Altice Luxembourg et société SFR Group, n° 409770, à publier au Recueil***

Les parties notifiantes à une opération de concentration peuvent, si elles s'y croient fondées, faire état devant l'Autorité de la concurrence de circonstances de droit ou de fait nouvelles de nature à justifier qu'elles soient déliées, par une décision de l'Autorité, de tout ou partie des obligations découlant des engagements, injonctions ou prescriptions dont est assortie une autorisation de concentration, en raison soit de l'évolution de la situation des marchés pertinents et des conséquences pouvant en résulter sur la pertinence de ces engagements, injonctions ou prescriptions, soit de ce que de telles circonstances rendent l'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions impossible ou particulièrement difficile.

## **2. Jurisprudence sectorielle**

### ***2.1. La régulation dans le secteur de l'audiovisuel***

***CE, 29 décembre 2014, Société Bouygues Télécom, n° 368773, p. 425***

Il résulte des dispositions des articles L. 2124-26, L. 2125-1 et L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques que l'utilisation de fréquences radioélectriques, par les titulaires d'autorisations, constitue un mode d'occupation privative du domaine public de l'Etat, qui donne lieu au paiement d'une redevance, laquelle tient compte des avantages de toute nature procurés par cette utilisation. Ainsi que le rappelle l'article L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques, le Premier ministre peut, par décret, fixer le montant des redevances exigées des opérateurs de téléphonie mobile pour l'exploitation des fréquences qu'ils ont été autorisés à utiliser par l'ARCEP.

Si l'autorité gestionnaire du domaine public peut, avant même le terme d'une autorisation délivrée, modifier les conditions pécuniaires auxquelles est subordonnée l'occupation du domaine, elle ne peut toutefois légalement exercer cette prérogative qu'à raison de circonstances nouvelles intervenues ou portées à sa connaissance postérieurement à la délivrance de l'autorisation.

La levée des restrictions d'utilisation pour des fréquences de la bande 1 800 MHz, décidée dans le cadre des dispositions de l'article 59 de l'ordonnance du 24 août 2011, permet aux opérateurs qui l'ont obtenue d'exploiter les fréquences correspondantes au moyen d'autres procédés que la norme GSM qui était auparavant seule autorisée sur ces fréquences. Cette novation a constitué une circonstance nouvelle qui était de nature à permettre à l'autorité compétente de modifier les conditions pécuniaires mises à l'utilisation de ces fréquences, alors même que les autorisations qui avaient été délivrées n'étaient pas venues à expiration. Toutefois, la modification du montant de la redevance due pour l'utilisation de ces fréquences ne saurait être fixée à un niveau qui serait manifestement disproportionné par rapport à l'avantage que les opérateurs en retirent. L'autorité compétente doit veiller, ainsi que le précisent les objectifs énoncés aux articles 13 et 14 de la directive 2002/20 CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, à ce qu'une éventuelle augmentation, limitée à des proportions raisonnables, tienne compte du surcroît d'avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation, déterminé en ayant recours à une méthode d'évaluation objectivement justifiée, transparente et non discriminatoire.

Il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens soulevés à l'appui d'une contestation du nouveau montant de la redevance, de s'assurer que les bases de calcul retenues pour déterminer ce montant ne sont pas entachées d'erreur de droit et que le montant qui en résulte n'est pas manifestement disproportionné par rapport aux avantages de toute nature procurés aux opérateurs par les nouvelles conditions d'utilisation des fréquences.

La redevance due au titre de l'utilisation des fréquences de la bande 1 800 MHz se compose, en vertu du décret du 24 octobre 2007, d'une part fixe et d'une part variable. Le décret attaqué, modifiant le décret du 24 octobre 2007, a maintenu sans changement la part variable, qui doit être versée annuellement et qui est égale à 1 % du montant total du chiffre d'affaires lié à l'utilisation des fréquences considérées. Si le décret attaqué a aussi maintenu la part fixe, dont le montant annuel est de 571 euros par kHz duplex, pour ce qui concerne l'utilisation des fréquences de la bande 1 800 MHz lorsque l'opérateur n'est autorisé à y exploiter qu'un réseau mobile de deuxième génération, il a en revanche porté ce montant annuel à 3 231 euros par kHz duplex pour les autres cas d'utilisation autorisée.

Pour arrêter le nouveau montant de la part fixe de la redevance due par les opérateurs au titre de l'utilisation sans restrictions de fréquences de la bande 1 800 MHz, le Premier ministre s'est approprié l'estimation que la commission des participations et des transferts avait retenue dans son avis du 9 janvier 2013, émis au vu notamment d'une étude réalisée par une banque conseil de l'Etat. Cet avis a estimé à 140 millions d'euros la valeur d'une porteuse de 5 MHz duplex dans la bande 1 800 MHz, utilisable pendant quinze ans sans restrictions tenant au type de norme technique. Ainsi qu'il ressort des éléments versés au dossier par le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, ce montant de 140 millions d'euros équivaut, avec un taux d'actualisation de 7,8 %, à un montant de redevance annuelle de 3 231,3883 euros par kHz duplex, arrondi à 3 231 euros par le décret attaqué.

L'étude de la banque conseil et l'avis de la commission des participations et des transferts reposent, d'une part, sur une analyse de flux de trésorerie estimés dans le cadre d'un plan d'affaires théorique calculé sur une durée de quinze ans correspondant à la durée de droit commun d'attribution des fréquences, d'autre part, sur une comparaison internationale des résultats d'enchères compétitives réalisées dans des pays étrangers pour l'attribution de fréquences comparables. L'étude de la banque conseil évalue, par la méthode de l'analyse des flux de trésorerie, à 132 millions d'euros la valeur d'un bloc de 5 MHz duplex dans la bande 1 800 MHz, en se fondant notamment sur des hypothèses d'utilisation des fréquences exclusivement par un réseau de 4<sup>ème</sup> génération (4 G) et d'une attribution de licence pour quinze ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013. Elle relève que la valeur de la bande pourrait être différente en fonction de l'utilisation effective des fréquences avec la norme 2 G ou la norme 4 G et note qu'il apparaît acquis que les opérateurs ne pourront utiliser l'ensemble des fréquences de la bande pour utiliser la norme 4 G en raison de l'importance du trafic utilisant la norme 2 G qu'il conviendra de continuer d'acheminer pendant plusieurs années. S'agissant de la comparaison internationale, si l'étude de la banque retient une fourchette de 129 à 146 millions d'euros dans un scénario dit « d'enchères compétitives », il ressort de l'étude que ce scénario repose sur l'hypothèse que l'Etat reprenne des fréquences déjà distribuées dans la bande 1 800 MHz et les remette en vente dans le cadre d'une enchère compétitive. L'avis de la commission des participations et des transferts, qui a entendu apprécier la valeur intrinsèque des fréquences de la bande 1 800 MHz pour tout opérateur qui chercherait à y utiliser la norme 4 G, s'est appuyé sur l'étude réalisée par la banque conseil et a estimé à 140 millions d'euros la valeur d'une porteuse de 5 MHz duplex dans la bande 1 800 MHz utilisable pour quinze ans sans restrictions tenant aux normes de téléphonie mobile utilisées.

Le Premier ministre s'est fondé, pour fixer le nouveau montant de la part fixe de la redevance due annuellement à raison de l'utilisation sans restrictions des fréquences de la bande 1 800 MHz, sur une valeur estimée à 140 millions d'euros pour une durée de quinze ans pour un bloc de fréquences de 5 MHz duplex dans cette bande ;

Toutefois, d'une part, ainsi qu'il a été dit, le décret attaqué est intervenu, le 22 mars 2013, à l'occasion de la demande présentée par la société requérante, sur le fondement de l'article 59 de l'ordonnance du 24 août 2011, de levée des restrictions d'utilisation de fréquences, alors que la société requérante avait été antérieurement autorisée, par une décision du 5 novembre 2009, à utiliser les fréquences en cause de la

bande 1 800 MHz. Cette autorisation a été délivrée pour une durée de quinze ans à compter du 9 décembre 2009. A la date du décret attaqué, la durée restant à courir de cette autorisation était, par suite, inférieure à quinze ans, de même que la durée résiduelle des autorisations délivrées aux autres opérateurs pour des fréquences de la bande 1 800 MHz s'ils entendaient eux aussi obtenir la levée des restrictions d'utilisation.

D'autre part, l'évaluation de la valeur intrinsèque de la bande de fréquences, à laquelle ont procédé la banque conseil et la commission des participations et des transferts, reposait sur une hypothèse d'utilisation des fréquences en cause au seul moyen d'un réseau de 4<sup>ème</sup> génération. Cependant, les fréquences en cause ne peuvent, en fait, être utilisées, au moins pendant un temps, exclusivement avec la norme 4 G, compte tenu de la nécessité pour l'opérateur de continuer d'acheminer sur cette bande de fréquences un volume notable de communications par le biais de la norme 2 G. Le décret attaqué maintient le montant antérieur de la part fixe de la redevance, nettement plus faible, lorsque l'opérateur n'est autorisé à utiliser les fréquences en cause que selon la norme 2 G mais rend applicable le nouveau montant de cette part fixe pour toutes les utilisations des fréquences de la bande, même selon la norme 2 G, lorsque l'autorisation ne comporte plus de restrictions. En fixant un montant de part fixe en fonction des avantages estimés pour une utilisation exclusive avec la norme 4 G, alors que les avantages procurés à l'opérateur peuvent être regardés comme différant sensiblement selon que les fréquences sont utilisées avec la norme 2 G ou la norme 4 G, le décret attaqué a retenu, pour les cas d'utilisation de la norme 2 G après la levée des restrictions d'utilisation, un montant de redevance qui n'est pas en rapport avec les avantages effectivement procurés par cette utilisation.

Il résulte de ce qui précède que la société Bouygues Télécom est fondée à soutenir que le décret attaqué, retenant un nouveau montant de la part fixe de la redevance due pour l'utilisation des fréquences de la bande 1 800 MHz fondé, sans atténuation, sur le montant estimé de la valeur de fréquences de cette bande attribuées pour une utilisation exclusive selon la norme 4 G pendant une durée de quinze ans, est entaché d'erreur de droit. Par suite, la société requérante est fondée à demander l'annulation pour excès de pouvoir du décret attaqué.

***CE, Section, 30 mars 2016, Société Diversité TV France, n° 395702, p. 114.***

Les dispositions du premier alinéa de l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 permettent au CSA de retirer une autorisation d'utiliser une fréquence radioélectrique pour diffuser un service de communication audiovisuelle lorsque, notamment du fait de changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction et dans les modalités de financement, les données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée ont subi une modification substantielle de nature à remettre en cause les choix opérés lors de cette délivrance.

Par ailleurs, selon un principe général du droit, une décision administrative obtenue par fraude ne crée pas de droits au profit de son titulaire et peut être retirée à tout moment. S'agissant d'une autorisation d'utiliser une ressource radioélectrique, en cas de révélation, postérieure à la délivrance de l'autorisation, d'éléments établissant qu'elle a été obtenue par fraude, c'est sur le fondement du premier alinéa de l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 et dans le respect de la procédure prévue à l'article 42-7 que le CSA peut prendre une mesure de retrait. Il lui appartient alors, sous le contrôle du juge, de démontrer, le cas échéant par un faisceau d'indices, l'existence de la fraude.

Une société à laquelle le CSA a délivré une autorisation d'utiliser une ressource radioélectrique, qui fait partie du domaine public, ne saurait céder cette autorisation à un tiers. En revanche, il est loisible au propriétaire d'actions d'une telle société de céder tout ou partie de ces actions, sous réserve que cette cession soit effectuée dans le respect des dispositions de la loi du 30 septembre 1986 et, notamment, de son article 42-3. Le circonstance que l'intéressé cède ses actions à un prix tenant compte du fait que la société dispose d'une autorisation lui permettant d'exploiter un service de communication audiovisuelle et qu'à cette occasion il réalise une plus-value n'est pas par elle-même de nature à faire regarder l'opération comme illicite.

En revanche, le fait de solliciter une autorisation dans le but exclusif de réaliser une telle plus-value, sans avoir réuni les moyens nécessaires pour exploiter le service conformément aux engagements souscrits lors de l'appel aux candidatures, présenterait le caractère d'une fraude.

***CE, Assemblée, 13 juillet 2016, Société Métropole Télévision, Société Paris Première, n° 396476, p. 366.***

Il résulte des dispositions du deuxième alinéa de l'article 5, paragraphe 2 de la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « Autorisations ») que si les autorisations d'utilisation de ressources radioélectriques doivent en principe être délivrées après une procédure ouverte, les Etats membres peuvent exceptionnellement ne pas recourir à une telle procédure lorsque cela s'avère nécessaire à la réalisation d'un objectif d'intérêt général défini dans le respect du droit de l'Union.

Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 15 novembre 2013 qu'en permettant au CSA d'agréer la modification, en ce qui concerne le recours ou non à une rémunération de la part des usagers, de l'autorisation afférente à un service de communication audiovisuelle, le législateur a tenu compte de l'échec du modèle économique de distribution payante défini par l'autorité de régulation lors du lancement de la télévision numérique terrestre et de l'intérêt qui peut s'attacher, au regard de l'impératif fondamental de pluralisme et de l'intérêt du public, à la poursuite de la diffusion d'un service ayant opté pour ce modèle.

Il appartient au CSA, saisi d'une demande d'agrément présentée sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986, d'apprécier, en tenant compte du risque de disparition du service exploité par le demandeur, des risques qu'une modification de ses conditions de financement ferait peser sur la poursuite de l'exploitation d'autres services et des contributions respectives de ces services au pluralisme du secteur et à la qualité des programmes, si, en raison notamment de l'absence de fréquence disponible, l'impératif de pluralisme et l'intérêt du public justifient de ne pas recourir à une procédure ouverte. Si tel est le cas, le CSA doit délivrer l'agrément sollicité, sans qu'il en résulte en tout état de cause une méconnaissance des dispositions de la directive dès lors que la modification de l'autorisation en ce qui concerne les conditions de financement du service doit alors être regardée comme nécessaire à la réalisation d'un objectif d'intérêt général.

→ Voir également CE, Assemblée, 13 juillet 2016, Société BFM TV et Société Next Radio TV, n°s 395824, 399098, p. 366

**CE, 10 novembre 2016, Mme Marcilhacy et autres, n°s 384691, 384692, 394107, p.510**

Un message de sensibilisation à la trisomie 21 intitulé « Chère future maman » a été diffusé par les services de télévision M6, D8 et Canal+, à plusieurs reprises entre le 21 mars et le 21 avril 2014, dans le cadre d'écrans publicitaires. Ce film, d'une durée de trente secondes, débute par une introduction qui le présente comme un message adressé à une femme enceinte qui vient d'apprendre que le fœtus qu'elle porte est atteint du syndrome de Down et qui fait part de son angoisse. Il met ensuite en scène des enfants et adolescents atteints de ce syndrome qui déclarent être heureux et pouvoir exercer de nombreuses activités ; que le message se termine par ces mots : « Chère future mère, ton enfant pourra être heureux, comme je le suis ! Et tu seras heureuse aussi ! Pas vrai Maman ? ».

À la suite de cette diffusion, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a, par une délibération du 25 juin 2014, décidé d'adresser aux responsables des services de télévision concernés un courrier appelant leur attention sur les modalités de diffusion des « messages susceptibles de porter à controverse ». Le 31 juillet 2014, le conseil supérieur a diffusé un communiqué par lequel il a précisé la portée de sa démarche.

Les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance. Ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent. Dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation. Il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre I<sup>er</sup> du livre IX du code de justice administrative.

Par sa délibération du 25 juin 2014, qui a fait l'objet d'une publication et d'un communiqué de presse publié le 25 juillet 2014, le CSA a estimé que le message litigieux ne pouvait être regardé ni comme un message publicitaire au sens de l'article 2 du décret du 27 mars 1992 fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat, ni comme un message d'intérêt général au sens de l'article 14 du même décret. Il en a déduit que, s'il pouvait être valorisé par une « diffusion mieux encadrée et contextualisée », un tel message ne pouvait être inséré au sein d'écrans publicitaires. Le président du CSA a ainsi invité les responsables des trois services de télévision concernés, par son courrier du 17 juillet 2014, qui ne présente pas le caractère d'une mise en demeure au sens des dispositions de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ou des conventions définissant les obligations particulières des services concernés, à veiller, à l'avenir, aux modalités de diffusion de tels messages. Par son communiqué du 31 juillet 2014, le CSA a entendu préciser, par une « mise au point », la portée de son intervention, en soulignant qu'il n'avait nullement entendu gêner la diffusion à la télévision du message litigieux, dont il a relevé la contribution positive à la lutte contre la stigmatisation des personnes handicapées, mais seulement voulu attirer l'attention des responsables des services de télévision sur le fait que son insertion au sein d'écrans publicitaires était « inappropriée ».

Si la délibération du 25 juin 2014 et les communiqués de presse des 25 et 31 juillet 2014 n'ont produit aucun effet de droit, ils ont eu pour objet d'influer de manière significative sur le comportement des services de télévision, en les invitant à éviter de procéder à l'avenir à de nouvelles diffusions du message litigieux ou à la diffusion de messages analogues dans le cadre de séquences publicitaires. Dans ces conditions, cette délibération et ces communiqués de presse peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

## **2.2. La régulation dans le secteur de l'énergie**

**CE, 28 mars 2012, Société Direct Energie et autres, n° 330548, 332639, 332643, p.130.**

Requête dirigée, d'une part, contre la décision tacite d'approbation du 5 mai 2009 des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité proposés par la Commission de régulation de l'énergie le 26 février 2009 et, d'autre part, contre la décision du ministre d'Etat, de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire et de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 5 juin 2009 prévoyant l'entrée en vigueur de ces tarifs le 1er août 2009.

Avant de formuler sa proposition du 26 février 2009 approuvée par les décisions contestées, la Commission de régulation de l'énergie a procédé à deux séries de consultations publiques, du 18 février au 12 mars 2008 et du 26 août au 15 septembre 2008, portant sur les principes de la tarification envisagée puis sur les projets d'évolutions tarifaires, sur la base de documents exposant de façon suffisamment précise les évolutions envisagées. Elle a, en outre, auditionné les principaux acteurs du marché concernés par la question de la différenciation des tarifs selon la période de l'année ou de la journée après le rejet par les ministres compétents, le 19 décembre 2008, d'une première proposition au motif que les tarifs faisaient l'objet d'une différenciation insuffisante et qu'il n'y avait pas lieu de différer le programme de sécurisation mécanique du réseau de transport.

La Commission de régulation de l'énergie était en mesure, compte tenu des consultations auxquelles elle avait déjà procédé et des auditions complémentaires qu'elle a effectuées en février 2009, de formuler sa proposition en connaissance des répercussions que les acteurs du marché étaient en mesure d'escompter et de transmettre aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie les éléments permettant de l'évaluer. Ainsi, elle n'était pas tenue, à la suite de la décision du 19 décembre 2008 et des tempêtes du début de l'année 2009, de procéder à une nouvelle consultation ouverte à l'ensemble des acteurs du marché de l'électricité, ni de donner suite à la demande de certains opérateurs de réunir un groupe de travail sur la prise en compte des provisions pour renouvellement constituées par la société ERDF qu'elle a examinée dans le cadre de la rémunération des capitaux investis, ou de faire usage des pouvoirs qu'elle tient de l'article 33 de la loi du 10 février 2000 précitée pour exiger de certains opérateurs la production d'éléments supplémentaires.

**CE, 28 mai 2014, Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres, n° 324852, p.150**

Il ressort des motifs de la décision du 15 mai 2012 du Conseil d'Etat statuant au contentieux, visée ci-dessus, que les arrêtés du 17 novembre 2008 du ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire et de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent, ainsi que de l'arrêté du 23 décembre 2008 le complétant, ont pour objet d'obliger Electricité de France et les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 à acheter, dans les conditions prévues par la loi, l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent à un prix supérieur au prix de marché de cette électricité. En vertu des articles 5 et 10 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, les surcoûts ainsi imposés à Electricité de France et aux distributeurs non nationalisés font l'objet d'une compensation intégrale au moyen de contributions dues par les consommateurs finals d'électricité installés sur le territoire national, dont le montant est calculé au prorata de la quantité d'électricité consommée et arrêté par le ministre chargé de l'énergie sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie. L'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent à un prix supérieur à sa valeur de marché accorde un avantage aux producteurs de cette électricité et, eu égard à la libéralisation du secteur de l'électricité au niveau de l'Union européenne, cet avantage est susceptible d'affecter les échanges entre États membres et d'avoir une incidence sur la concurrence. Ainsi sont réunis, pour la qualification d'aide d'Etat au sens de l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de l'obligation d'achat mentionnée ci-dessus, les critères de l'octroi d'un avantage, de l'affectation des échanges entre États membres et de l'incidence sur la concurrence.

Dans l'arrêt du 19 décembre 2013 par lequel elle s'est prononcée sur la question dont le Conseil d'État statuant au contentieux l'avait saisie à titre préjudiciel après avoir écarté les autres moyens des requêtes dirigés contre les arrêtés attaqués dans leur ensemble, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que : « L'article 107, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'un mécanisme de compensation intégrale des surcoûts imposés à des entreprises en raison d'une obligation d'achat de l'électricité d'origine éolienne à un prix supérieur à celui du marché dont le financement est supporté par tous les consommateurs finals de l'électricité sur le territoire national, tel que celui résultant de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, telle que modifiée par la loi n° 2006-1537, du 7 décembre 2006, relative au secteur de l'énergie, constitue une intervention au moyen de ressources d'État ».

Il résulte de l'interprétation ainsi donnée par la Cour de justice de l'Union européenne et des motifs précités de la décision du 15 mai 2012 du Conseil d'État que l'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent à un prix supérieur à sa valeur de marché, dans les conditions définies par les arrêtés attaqués, a le caractère d'une aide d'État. Ces arrêtés, pris en méconnaissance de l'obligation de notification préalable à la Commission européenne résultant de l'article 88, paragraphe 3 du traité instituant la Communauté européenne sont entachés d'une illégalité de nature à en entraîner l'annulation.

Aux points 38 à 44 de son arrêt du 19 décembre 2013, la Cour de justice de l'Union européenne, saisie de conclusions tendant à ce qu'elle limite dans le temps les effets de son arrêt, a jugé qu'il n'existait dans l'affaire qui lui était soumise aucun élément, notamment aucun risque de troubles graves, de nature à justifier une dérogation au principe selon lequel les effets d'un arrêt d'interprétation, tel que celui qu'elle a rendu, remontent à la date de l'entrée en vigueur de la règle interprétée. Les arrêtés attaqués encourant l'annulation, ainsi qu'il a été dit, pour méconnaissance du droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour dans ce même arrêt, le rejet des conclusions dont elle était saisie quant à une limitation dans le temps des effets de son arrêt fait obstacle à ce que le Conseil d'Etat accueille des conclusions de même nature, tendant à la limitation dans le temps des effets de cette annulation.

### ***CE, Section, Avis, 22 juillet 2015, Société Praxair, n° 388853, p. 256***

Il résulte des articles 5 et 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, respectivement repris aux articles L. 121-6 et suivants et aux articles L. 314-1 et suivants du code de l'énergie, ainsi que de l'article 8 du décret n° 2001-410 du 10 mai 2001, que le montant de l'aide d'Etat que constitue l'obligation d'achat à un prix supérieur à sa valeur de marché de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent, ainsi que, le cas échéant, par les installations utilisant d'autres énergies renouvelables, lequel correspond à la différence entre le tarif de rachat par les acheteurs obligés et le coût évité à ces acheteurs, lié à l'acquisition de l'électricité correspondante, ne dépend pas, en vertu de la réglementation applicable, du produit de la contribution au service public de l'électricité (CSPE).

En outre, la contribution collectée, dont le tarif, à défaut d'arrêt du ministre chargé de l'énergie, était reconduit chaque année jusqu'à l'intervention de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, et ne peut depuis lors augmenter de plus de 0,003 euros par kilowattheure par an en application des dispositions de l'article 5 de la loi du 10 février 2000 reprises à l'article L. 121-9 du code de l'énergie, n'est pas suffisante pour couvrir les charges de service public en cause, la différence cumulée entre les charges à compenser et la contribution collectée s'élevant, au 31 décembre 2014, à 4,8 milliards d'euros. Cette différence porte d'ailleurs intérêt à un taux fixé par décret en application de l'article L. 121-19-1 du code de l'énergie.

Il résulte de tout ce qui précède que le produit de la contribution au service public de l'électricité n'influence pas directement l'importance des aides en cause, qui ne sont pas accordées dans la limite des recettes escomptées de cette contribution. Par suite, cette contribution ne peut être regardée comme faisant partie intégrante de ces aides.

### ***CE, 15 avril 2016, Association Vent de colère ! Fédération nationale, n° 393721, p.139***

Il résulte des stipulations des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, telles qu'interprétées par la Cour de justice des Communautés européennes notamment dans ses arrêts du 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich e.a.*, C-368/04, et de grande chambre du 12 février 2008, *Centre d'exportation du livre français (CELF)*, C-199/06, que, s'il ressortit à la compétence exclusive de la Commission européenne de décider, sous le contrôle des juridictions de l'Union européenne, si une aide de la nature de celles qui sont mentionnées à l'article 107 du traité est ou non, compte tenu des dérogations prévues par le traité, compatible avec le marché intérieur, il incombe, en revanche, aux juridictions nationales de sauvegarder, jusqu'à la décision finale de la Commission, les droits des justiciables en cas de violation de l'obligation de notification préalable des aides d'État à la Commission prévue à l'article 108, paragraphe 3. Il revient à ces juridictions de sanctionner, le cas échéant, l'illégalité de dispositions de droit national qui auraient institué ou modifié une telle aide en méconnaissance de l'obligation que ces stipulations imposent aux États membres d'en notifier le projet à la Commission préalablement à toute mise à exécution. Lorsque la

Commission européenne a adopté une décision devenue définitive constatant l'incompatibilité de cette aide avec le marché intérieur, la sanction de cette illégalité implique la récupération de l'aide mise à exécution en méconnaissance de cette obligation. Lorsque la Commission européenne a adopté une décision devenue définitive constatant la compatibilité de cette aide avec le marché intérieur, la sanction de cette illégalité n'implique pas la récupération de l'aide mise à exécution mais les juridictions nationales sont tenues de veiller, à ce que soit mis à la charge des bénéficiaires de l'aide le paiement d'intérêts au titre de la période d'illégalité.

S'il appartient à l'autorité administrative de tirer toutes les conséquences du jugement par lequel un acte réglementaire a été annulé, l'exécution de ce jugement n'implique pas en principe que le juge, saisi sur le fondement de l'article L. 911-5 du code de justice administrative, enjoigne à l'administration de revenir sur les mesures individuelles prises en application de cet acte. Toutefois, il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que la juridiction administrative, juge de droit commun du droit de l'Union, doit veiller à ce que toutes les conséquences d'une violation de l'article 108, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne soient tirées. Lorsque le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a annulé un acte réglementaire instituant une aide en méconnaissance de l'obligation de notification préalable à la Commission européenne, il incombe à l'État de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le recouvrement auprès des bénéficiaires de l'aide, selon le cas, des aides versées sur le fondement de ce régime illégal ou des intérêts calculés sur la période d'illégalité. Lorsqu'il constate que les mesures nécessaires n'ont pas été prises, le juge prescrit, sur le fondement des dispositions du livre IX du code de justice administrative, les mesures d'exécution impliquées par l'annulation de cet acte réglementaire, afin d'assurer la pleine effectivité du droit de l'Union.

### ***CE, 13 juillet 2016, Société GDF Suez, n° 388150, p. 384***

Les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance. Ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent. Dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation.

Par la délibération attaquée du 26 juillet 2012, la CRE a, en premier lieu, estimé qu'un dispositif contractuel transitoire tel que l'accord qui lui était soumis par les sociétés Poweo Direct Energie et ERDF, qui prévoyait que la seconde verse à la première, tant qu'elle compte moins de 1 750 000 clients, une rémunération au titre des frais de gestion des clients ayant conclu un contrat unique qu'elle prend en charge, respectait les principes généraux du droit de la concurrence ainsi que les dispositions du code de l'énergie. Elle a, en deuxième lieu, considéré qu'un tel contrat « pourrait être conclu avec d'autres opérateurs (fournisseurs nouveaux entrants) placés dans une situation comparable à la société Poweo Direct Energie au regard de leurs coûts de gestion de clientèle et de leur base de clients "énergie" », c'est-à-dire dont le nombre de clients ayant souscrit un contrat unique en gaz ou en électricité est inférieur à 1 750 000, excluant ainsi les fournisseurs dont le nombre de clients excède ce seuil. Elle a, enfin, annoncé que la rémunération versée par la société ERDF aux fournisseurs à ce titre serait couverte par le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité.

Cette délibération a été émise par la CRE dans le cadre de sa mission, prévue à l'article L. 131-1 du code de l'énergie, tenant à veiller à ce que les conditions d'accès aux réseaux n'entravent pas le développement de la concurrence. Cet acte, qui selon ses termes mêmes se présente comme une « communication », s'adresse aux opérateurs des marchés de l'électricité. Il a été publié sur le site internet de cette autorité et y est depuis lors resté accessible. En approuvant la conclusion par les fournisseurs d'électricité et les gestionnaires de réseaux de distribution de contrats tels que celui que les sociétés ERDF et Poweo Direct Energie s'apprêtaient à conclure, et en limitant une telle possibilité à certains fournisseurs seulement, il a notamment pour objet d'influer de manière significative sur les comportements de ces opérateurs. En outre, dès lors que la conclusion de ces contrats conduit à accroître les revenus de certains fournisseurs, sans induire de coûts supplémentaires pour les gestionnaires de réseaux de distribution du fait de leur couverture par le tarif d'utilisation des réseaux, l'acte attaqué est de nature à produire des effets notables, de nature économique, sur les relations concurrentielles entre les fournisseurs d'électricité, ainsi que sur le tarif d'utilisation des réseaux supporté par leurs utilisateurs. Dans les circonstances de l'espèce, cette délibération doit dès lors être regardée comme faisant grief à la société GDF Suez, dont le nombre de clients « énergie » excède le seuil qu'elle fixe pour demander la conclusion d'un tel contrat. Par suite, la CRE n'est pas fondée à soutenir que l'acte attaqué est insusceptible de recours.

En second lieu, aux termes du premier alinéa de l'article R. 421-1 du code de justice administrative : « *Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée.* » En l'absence de dispositions législatives ou réglementaires prévoyant un autre mode de publication, la mise en ligne d'un acte de la nature de celui que conteste la société GDF Suez sur le site internet de l'autorité de régulation qui l'édicte, dans l'espace consacré à la publication des actes de l'autorité, fait courir, à l'égard des professionnels du secteur dont elle assure la régulation, le délai de recours prévu par ces dispositions. Lorsque le justiciable n'a pas contesté cet acte dans ce délai, il lui reste loisible, s'il s'y croit fondé, de demander son abrogation à l'autorité qui l'a adopté et, le cas échéant, de contester devant le juge de l'excès de pouvoir le refus que l'autorité oppose à cette demande.

La délibération du 26 juillet 2012 attaquée a été mise en ligne sur le site internet de la CRE le 2 août 2012, dans l'espace consacré à la publication des délibérations de l'autorité, faisant ainsi courir le délai de recours à l'égard d'un professionnel du secteur tel que la société GDF Suez. La société ne l'ayant pas contestée dans un délai de deux mois à compter de cette date, la CRE est donc fondée à soutenir que les conclusions de la requête dirigées contre cette délibération sont tardives. Néanmoins, la société requérante a, le 7 octobre 2014, demandé le « retrait » de cette délibération. Cette demande, dont elle conteste le rejet dans le délai de recours de deux mois, doit être regardée comme tendant à l'abrogation de cet acte. Par suite, la société requérante est seulement recevable à demander l'annulation de la délibération du 10 décembre 2014 par laquelle la CRE a rejeté cette demande d'abrogation.

***CE, Ass., 19 juillet 2017, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE), n° 370321, à publier au Recueil.***

Sur la compatibilité des articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie avec les objectifs poursuivis par la directive 2009/73/CE :

Il résulte de l'interprétation de la directive 2009/73/CE donnée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt C-121/15 du 7 septembre 2016 que, d'une part, les articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie, en imposant à certains fournisseurs de proposer au consommateur final la fourniture de gaz naturel à des tarifs réglementés, constituent une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel prévue par cette directive et, d'autre part, que cette réglementation des prix de la fourniture du gaz naturel ne saurait être admise qu'à la triple condition qu'elle réponde à un objectif d'intérêt économique général, qu'elle ne porte atteinte à la libre fixation des prix que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de cet objectif et notamment durant une période limitée dans le temps et, enfin, qu'elle soit clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable.

Il résulte de l'interprétation de la directive 2009/73/CE donnée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 7 septembre 2016 que les Etats membres disposent d'un large pouvoir discrétionnaire dans la détermination de l'intérêt économique général poursuivi par la réglementation des prix de fourniture du gaz naturel, qui peut consister notamment en l'objectif de maintenir ces prix à un niveau raisonnable ou celui d'assurer la sécurité de l'approvisionnement ainsi que la cohésion territoriale.

Le ministre défendeur soutient d'abord que l'obligation pour les fournisseurs historiques de proposer aux consommateurs la fourniture du gaz à un prix réglementé viserait à garantir la sécurité de l'approvisionnement de la France en gaz, laquelle résulterait de la conclusion de contrats à long terme par les fournisseurs historiques. Toutefois, s'il ressort des pièces du dossier et de l'audience d'instruction tenue par la 9ème chambre de la section du contentieux que le principal fournisseur historique s'approvisionne de manière prépondérante par le biais de contrats à long terme, qui couvraient 88 % de la consommation totale de ses clients en France en 2013, cet état de fait ne résulte pas d'une obligation mise à sa charge par la loi ni, à la date du décret attaqué, par le contrat de service public prévu par l'article L. 121-46 du code de l'énergie. En particulier, en se bornant à prévoir, d'une part, que ce fournisseur « s'engage à conserver et développer un portefeuille d'approvisionnement diversifié en gaz naturel » fondé notamment sur « des contrats d'approvisionnement à long terme avec les grandes compagnies productrices » mais aussi sur « d'autres sources de gaz aisément mobilisables » et, d'autre part, que la formule de calcul des tarifs réglementés comprend un terme représentant les coûts du gaz importé par ce fournisseur pour l'alimentation de ses clients, « dans le cadre des contrats à long terme constitutifs de son portefeuille d'approvisionnement », ce contrat n'obligeait ce fournisseur à s'approvisionner par le biais de contrats à long terme ni exclusivement, ni même à hauteur d'une part clairement quantifiée des besoins liés à l'approvisionnement de ses clients ayant souscrit aux tarifs réglementés. Si le nouveau contrat conclu en 2015 avec l'Etat exige que ce fournisseur couvre « intégralement les besoins de ses clients bénéficiant des tarifs réglementés avec des contrats long terme », cette clause, postérieure à l'acte attaqué, ne peut être prise en compte par le juge de l'excès de pouvoir pour apprécier la légalité de celui-ci. De plus, tous les consommateurs sont libres d'opter pour une offre de marché, proposée le cas échéant par un fournisseur qui s'approvisionnerait de manière prépondérante à court terme, si bien qu'aucune disposition ni aucune obligation contractuelle ne garantit le volume de la demande de gaz fournie aux tarifs réglementés par le biais de contrats à long terme. A cet égard, il ressort des pièces du dossier que la consommation fournie en offre de marché représentait, en 2012,

317 térawattheures, soit plus de 60 % de la consommation totale des clients professionnels et résidentiels, contre 194 térawattheures pour la consommation fournie aux tarifs réglementés. Il suit de là que la réglementation prévue aux articles L. 445-1 et suivants du code de l'énergie ne peut être regardée comme visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement français en gaz naturel.

Il est ensuite soutenu que la réglementation tarifaire contestée viserait à garantir, dans un objectif de cohésion territoriale, une harmonisation des prix sur l'ensemble du territoire national. Le ministre fait valoir, en premier lieu, que les tarifs réglementés de vente du gaz assurent une péréquation sur le territoire national des coûts d'éloignement au réseau de transport. Il ressort, il est vrai, des pièces du dossier et de l'audience d'instruction tenue par la 9<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux qu'à la date du décret attaqué, alors que les écarts de tarifs d'accès aux réseaux de transport du gaz entre les différentes zones du territoire pouvaient s'élever à 25 euros par mégawattheure, l'application des tarifs réglementés permettait de réduire cet écart à 3 euros par mégawattheure au maximum au sein de chaque zone de desserte. Le ministre indique, en second lieu, que la congestion des capacités de transport de gaz du Nord vers le Sud de la France peut donner lieu à un différentiel de prix élevé sur les marchés de gros entre ces deux zones qui, au cours de l'année 2013, a atteint à plusieurs reprises des niveaux supérieurs à 10 euros par mégawattheure.

Toutefois, à la différence de l'électricité qui, en application de l'article L. 121-1 du code de l'énergie, est un « produit de première nécessité » faisant l'objet d'un approvisionnement « sur l'ensemble du territoire national », le gaz, auquel d'autres sources d'énergie sont substituables, ne constitue pas un bien de première nécessité. D'ailleurs, il ressort des pièces du dossier que moins du tiers des communes françaises sont desservies par un réseau de distribution de gaz naturel. En outre, il résulte des dispositions de l'article L. 445-3 du code de l'énergie que l'harmonisation alléguée ne s'applique qu'au sein de chacune des vingt-quatre zones de desserte des différents fournisseurs proposant des tarifs réglementés, en laissant subsister entre ces zones des différences de tarifs importantes, l'écart entre le tarif le plus élevé et le plus faible s'élevant, selon les données publiées par la Commission de régulation de l'énergie, à plus de 30 % au 31 décembre 2012. Dans ces conditions, la réglementation prévue aux articles L. 445-1 et suivants du code de l'énergie ne peut être regardée comme visant l'objectif d'harmoniser le prix du gaz sur l'ensemble du territoire national.

Enfin, les dispositions législatives contestées ne peuvent pas être regardées comme visant à garantir un prix raisonnable de la fourniture du gaz puisqu'elles prévoient la couverture de l'ensemble des coûts supportés par les fournisseurs historiques, quel que soit leur niveau, et qu'elles s'appliquent de manière permanente, et non pendant les seules périodes durant lesquelles ce prix serait excessif. En outre, alors même que, dans un contexte de volatilité des prix du marché de gros du gaz, la stabilité du prix acquitté par le consommateur final pourrait être admise comme justification d'une entrave au développement de la concurrence sur le marché de détail du gaz, la réglementation tarifaire contestée ne peut être regardée comme visant cet objectif, dès lors qu'elle ne garantit pas que les coûts d'approvisionnement pris en compte dans le calcul des tarifs réglementés de vente soient indexés sur des variables plus stables que le prix du marché de gros. Au demeurant, il ressort des pièces du dossier qu'en application des dispositions réglementaires régissant à la date du décret attaqué le calcul de ces tarifs, les coûts d'approvisionnement pris en compte étaient définis, pour une part majoritaire, par référence aux cours des marchés de gros du pétrole, les évolutions de ces cours étant seulement lissées sur huit mois. En outre, il ressort des pièces du dossier et de l'audience d'instruction tenue par la 9<sup>ème</sup> chambre de la section du contentieux que des fournisseurs alternatifs de gaz proposaient, à la date du décret attaqué, des offres dont le prix, fixe sur plusieurs années, était plus stable que les tarifs réglementés.

Il résulte de ce qui précède que l'entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel que constitue la réglementation tarifaire contestée ne poursuit aucun objectif d'intérêt économique général. Dès lors, les dispositions législatives du code de l'énergie contestées sont incompatibles avec les objectifs poursuivis par la directive 2009/73/CE, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur le caractère proportionné de la réglementation qu'elles prévoient. Il suit de là que ces dispositions ne pouvaient, sans méconnaître les objectifs de cette directive, servir de base légale au décret attaqué. L'ANODE est par suite fondée à soutenir qu'il est entaché d'illégalité.

#### Sur les conséquences de l'illégalité du décret attaqué :

L'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu. Toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation. Il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa

décision d'annulation, ou, lorsqu'il a décidé de surseoir à statuer sur cette question, dans sa décision relative aux effets de cette annulation, que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de sa décision prononçant l'annulation contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine. S'agissant d'une annulation résultant d'une méconnaissance du droit de l'Union européenne, cette faculté ne peut être utilisée qu'à titre exceptionnel et en présence d'une nécessité impérieuse. En effet, dans son arrêt « Association France Nature Environnement » du 28 juillet 2016 (affaire C-379/15), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit qu'une juridiction nationale peut, lorsque le droit interne le permet, exceptionnellement et au cas par cas, limiter dans le temps certains effets d'une déclaration d'illégalité d'une disposition du droit national qui a été adoptée en méconnaissance d'une directive, à la condition qu'une telle limitation s'impose par une considération impérieuse et compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire dont elle est saisie, lorsqu'elle est convaincue, ce qu'elle doit démontrer de manière circonstanciée, qu'aucun doute raisonnable n'existe quant à l'interprétation et l'application des conditions posées par sa jurisprudence à une telle limitation.

L'annulation prononcée par la présente décision a en principe pour conséquence de faire revivre rétroactivement les dispositions du décret du 18 décembre 2009, dans sa rédaction antérieure à sa modification par le décret attaqué, jusqu'à leur abrogation par le décret du 30 décembre 2015 relatif à la codification de la partie réglementaire du code de l'énergie.

En premier lieu, l'abrogation des dispositions du décret du 18 décembre 2009 issues du décret attaqué par le décret du 30 décembre 2015 mentionné au point précédent fait obstacle à ce que l'annulation prenne effet à une date postérieure à la date de cette abrogation. Il n'y a par suite pas lieu de faire droit à la demande des parties tendant à ce que l'annulation ne prenne effet qu'à une date ultérieure.

En second lieu, la société Engie soutient que l'annulation rétroactive du décret attaqué remettrait en cause la validité des contrats de fourniture dont le prix est déterminé par référence aux tarifs fixés par les arrêtés interministériels pris sur le fondement du décret du 18 décembre 2009 dans sa rédaction issue du décret attaqué. En outre, aucune des parties au litige, pas même l'association requérante, ne demande que cette annulation comporte un effet rétroactif. Il ressort des données publiées par la Commission de régulation de l'énergie que plus de neuf millions de consommateurs se fournissaient en gaz à un tarif réglementé à la date du décret attaqué et seraient, dans cette hypothèse, susceptibles de contester la validité du contrat de fourniture qu'ils ont conclu ou qui a été tacitement reconduit entre le 18 mai 2013, date de l'entrée en vigueur du décret attaqué, et le 31 décembre 2015. Ainsi, eu égard aux incertitudes graves qu'une annulation rétroactive ferait naître sur la situation contractuelle passée de plusieurs millions de consommateurs et de la nécessité impérieuse de prévenir l'atteinte au principe de sécurité juridique qui en résulterait, il y a lieu de prévoir, à titre exceptionnel, que les effets produits par le décret attaqué sont, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de la présente décision, regardés comme définitifs.