



Association of the Councils of State and Supreme Administrative  
Jurisdictions of the European Union i.n.p.a.

---

Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives  
suprêmes de l'Union européenne a.i.s.b.l.

## **Séminaire de l'ACA-Europe**

### **Le contentieux des actes des autorités de régulation (*regulatory authorities*)**

**Paris, 6 décembre 2021**

### **Rapport général**



**Cofinancé par  
l'Union européenne**

## Sommaire

### Introduction

#### 1. Les juridictions compétentes pour connaître du contentieux des autorités de régulation

- 1.1. Présentation des autorités de régulation des Etats des juridictions répondantes
- 1.2. La compétence des Cours administratives suprêmes répondantes en matière de contentieux de la régulation
- 1.3. La compétence des juridictions civiles en matière de contentieux de la régulation
- 1.4. La faible spécificité des voies de recours contre les actes des autorités de régulation

#### 2. La recevabilité des recours contre les actes de régulation

- 2.1. Les enjeux particuliers de recevabilité des recours contre les actes de régulation « de droit dur »
- 2.2. L'ouverture d'un recours contre les actes de « droit souple »
- 2.3. Les personnes recevables à contester les actes des autorités de régulation
- 2.4. L'exception d'illégalité des actes généraux des autorités de régulation
- 2.5. L'ouverture d'un recours en responsabilité contre les autorités de régulation

#### 3. L'organisation interne des juridictions

- 3.1. L'affectation des affaires concernant les autorités de régulation
- 3.2. Les ressources internes aux juridictions pour traiter le contentieux des autorités de régulation

#### 4. L'instruction des recours

- 4.1. Les techniques d'enquête et d'instruction
- 4.2. La place des administrations et autres parties prenantes dans l'instruction des recours
- 4.3. La place de l'oralité dans l'instruction des recours

#### 5. La prise de la décision

- 5.1. Les principales catégories de moyens invoqués contre les actes des autorités de régulation
- 5.2. L'étendue du contrôle du juge de la régulation
- 5.3. Les pouvoirs du juge de la régulation
- 5.4. La prise en compte du droit de l'Union européenne
- 5.5. La rédaction de la décision de justice

#### 6. Le juge dans l'écosystème de la régulation

- 6.1. La communication sur les décisions de justice rendues en matière de régulation
- 6.2. La participation des juges à des échanges généraux avec les professionnels des secteurs de régulation
- 6.3. L'exercice par les juges de fonctions dans les autorités de régulation



Association of the Councils of State and Supreme Administrative  
Jurisdictions of the European Union i.n.p.a.

---

Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives  
suprêmes de l'Union européenne a.i.s.b.l.

**Annexe 1 – Liste des institutions membres et observateurs ayant soumis un rapport national en réponse au questionnaire**

**Annexe 2 – Données quantitatives**



**Cofinancé par  
l'Union européenne**

## Introduction

Les « autorités de régulation » (*regulatory authorities*) se sont progressivement imposées comme l'une des nouvelles formes d'intervention des Etats. A côté notamment de l'Etat régalién ou de l'Etat fournisseur de biens et de services, les autorités de régulation, au sens large, couvrent un large champ d'activités administratives : il peut s'agir d'autorités chargées, dans un secteur donné ou de manière transversale, de corriger des déséquilibres de marché dans un contexte d'ouverture des marchés à la concurrence, ou d'assurer en outre la conciliation de la libre concurrence avec d'autres objectifs d'intérêt général ; au sens le plus large, les activités de régulation peuvent renvoyer à toute activité administrative cherchant à concilier des intérêts pouvant être contradictoires ou à organiser l'accès à des ressources rares en cohérence avec des objectifs d'intérêt général. Sous cet angle le plus large, cette notion peut renvoyer autant aux autorités transversales chargées de faire respecter le droit de la concurrence (ainsi de l'Autorité de la concurrence en France) qu'à des autorités sectorielles (communications électroniques, transports, énergie, etc.) en passant par les autorités nationales de protection des données ou les autorités en charge de la mise sur le marché ou de l'évaluation des produits de santé.

Le séminaire de l'ACA Europe, organisé à Paris les 5 et 6 décembre 2021, doit être l'occasion d'examiner les questions spécifiques que le contentieux des actes pris par ces autorités de régulation peut soulever dans le prétoire du juge administratif. Ces questions tiennent à certaines caractéristiques des actes de ces autorités, caractéristiques dont elles n'ont pas le monopole par rapport à d'autres formes d'administration mais qui se combinent ou y prennent une place particulière. Ces caractéristiques sont au moins au nombre de trois : le recours, tout d'abord, à une vaste palette d'actes ou d'outils d'intervention, du droit souple et des codes de conduite jusqu'aux actes réglementaires plus classiques ou aux sanctions, en passant par des supports de communication variés (communiqué de presse, prises de position publique, FAQs, etc.) ; le degré d'expertise et de technicité, ensuite, des décisions prises dans un secteur d'activité donné (énergie, santé, communications électroniques, etc.) et / ou un certain contexte technologique (protection des données personnelles, cybersécurité, etc.) ; l'insertion, enfin, dans des écosystèmes économiques et sociaux complexes comportant, souvent, une importante dimension européenne voire internationale et susceptibles de présenter une forte exposition médiatique.

Dans ce contexte, à partir de l'objet d'étude particulier qu'est le contentieux des actes de ces autorités de régulation, le séminaire permettra d'aborder d'importants défis que ces recours soulèvent pour l'efficacité et la crédibilité de l'intervention du juge.

Ce rapport est la synthèse des informations fournies par les membres et les observateurs de l'ACA-Europe en réponse à un questionnaire sur le contentieux des actes des autorités de la régulation. Vingt-quatre juridictions y ont répondu : la Belgique, la Bulgarie, la République tchèque, l'Allemagne, l'Estonie, la Grèce, l'Espagne, la France, la Croatie, l'Italie, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, la Hongrie, l'Autriche, la Pologne, le Portugal, la Slovénie, la Slovaquie, la Finlande, la Suède, la Turquie et la Norvège. Une liste des institutions ayant adressé un rapport en réponse au questionnaire figure en annexe. Il n'est pas possible de rendre compte dans le détail de l'ensemble des informations transmises par les juridictions, mais il s'agit d'identifier les principaux thèmes et axes de discussion, qui seront abordés pendant le séminaire, et de mettre en lumière les similarités et différences du traitement contentieux des actes de régulation par les membres et observateurs de

l'ACA-Europe. Le rapport est organisé en six grandes sections : les juridictions compétentes pour le contentieux de la régulation ; la recevabilité des recours contre les actes de régulation, l'organisation interne des juridictions, l'instruction des recours, la prise de décision, le juge dans l'écosystème de la régulation.

## **1. Les juridictions compétentes pour connaître du contentieux des autorités de régulation**

### **1.1. Présentation des autorités de régulation des Etats des juridictions répondantes**

Des autorités de régulation, disposant de pouvoirs variés, dont des pouvoirs de réglementation et de sanction, existent dans tous les Etats des juridictions répondantes. Les réponses ont mis en lumière la diversité des entités que les ordres juridiques nationaux regroupent sous ce vocable et la variété des interprétations qui sont retenues du concept même d'autorité de régulation.

La Belgique définit l'autorité de régulation comme une institution de droit public, dotée de la personnalité juridique et fonctionnant de manière plus ou moins décentralisée.

L'Estonie a choisi d'interpréter la notion d'autorité de régulation dans un sens large, en y intégrant la plupart des autorités de contrôle qui ont un lien avec la réglementation des marchés, comme, par exemple, les services des impôts et des douanes.

Pour Chypre, l'autorité de régulation est un organisme juridique de droit public, juridiquement et fonctionnellement distinct de l'Etat et de tout autre organisme public ou privé.

En Hongrie, l'expression désigne un organisme, mis en place par un acte de droit public, structurellement et financièrement séparé, au moins jusqu'à un certain point, des institutions administratives régulières, et exerçant la responsabilité de réglementer un marché.

Au Portugal, les autorités de régulation, régies par la loi cadre des entités administratives indépendantes (LQER), sont des personnes morales de droit public, ayant le statut d'entités administratives indépendantes, exerçant des attributions en matière de réglementation d'une activité économique, ou de défense des services d'intérêt général, ou de protection des droits et des intérêts des consommateurs, ou de protection de la concurrence dans les secteurs privé, public, coopératif et social.

Tableau présentant les principales autorités de régulation des Etats des juridictions répondantes

Belgique	<p>Autorité des services et marchés          Institut belge des services postaux et des télécommunications          Commission de régulation de l'électricité et du gaz          Autorité de la concurrence          Banque national de Belgique          Vlaamse Regulator voor de Media          Agence fédérale des médicaments et des produits de santé          Conseil supérieur de l'audiovisuel          Institut des comptes nationaux          Agence fédérale de contrôle nucléaire          Commission de régulation pour l'énergie en Région de Bruxelles-Capitale Bruxelles gaz électricité          Office de contrôle des mutualités          Société Nationale des Chemins de fer Belges</p>
Bulgarie	<p>Bulgarian National Bank          Financial Supervision Commission          Communications Regulation Commission          Commission for Protection of Competition          Energy and Water Regulatory Commission          Electronic Media Council          Commission for Protection against Discrimination</p>
République tchèque	<p>Office for the Protection of Competition          Czech Telecommunication Office          Council for Radio and Television Broadcasting          Energy Regulatory Office</p>
Allemagne	<p>Bundeskartellamt (Federal Cartel Office)          Bundesnetzagentur (Federal Network Agency for Electricity, Gas, Telecommunications, Post and Railway)</p>
Estonie	<p>Tax and Customs Board          Competition Authority          Financial Supervision Authority          Agriculture and Food Board</p>
Grèce	<p>Hellenic Competition Commission          Hellenic Telecommunications &amp; Post Commission          Regulatory Authority for Energy          Hellenic Capital Market Commission          Hellenic Data Protection Authority</p>
Espagne	<p>Bank of Spain          National Securities Market Commission          Spanish Data Protection Agency          National Markets and Competition Commission,          Nuclear Safety Council          Institute of Accounting and Auditing</p>
France	<p>Agence française de lutte contre le dopage          Autorité de contrôle prudentiel et de résolution          Autorité de la concurrence          Autorité des marchés financiers          Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse          Autorité nationale des jeux          Autorité de régulation des transports          Autorité de sûreté nucléaire          Commission de régulation de l'énergie          Conseil supérieur de l'audiovisuel          Commission nationale de l'informatique et des libertés          Haute autorité pour la transparence de la vie publique          Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.          Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé          Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires</p>

Croatie	Croatian Competition Agency (AZTN) Croatian Financial Services Supervisory Agency (HANFA) Croatian Energy Regulatory Agency (HERA) Croatian Regulatory Authority for Network Industries (HAKOM) Agency for Science and Higher Education (AZVO)
Italie	Authority for the protection of personal data Authority for Competition and the Market Authority of regulation of transports Authority of regulation of the energy
Chypre	Commission for the Protection of Competition Office of the Commissioner of Electronic Communications and Postal Regulations Cyprus Energy Regulatory Authority Cyprus Securities and Exchange Commission Cyprus RadioTelevision Authority Cyprus Transmission System Operator Office of the Commissioner for Personal Data Protection Cyprus Gaming and Casino Supervision Commission Ombudsman
Lettonie	Public Utilities Commission Financial and Capital Market Commission Competition Council
Luxembourg	Conseil de la concurrence Commission de surveillance du secteur financier Institut Luxembourgeois de Régulation
Hongrie	Hungarian Energy and Public Utility Regulatory Authority National Media and Infocommunications Authority Public Procurement Authority Hungarian Competition Authority National Authority for Data Protection and Freedom of Information National Election Office
Autriche	Energy-Control Austria for the regulation of the electricity and gas sector Regulatory Authority for Broadcasting and Telecommunications Communications Authority Austria Telecommunications Control Commission Postal Control Commission Rail-Control GmbH Rail Control Commission
Pologne	Financial Supervisory Authority President of the Office of Electronic Communications President of the Office of Competition and Consumer Protection
Portugal	Authority for Mobility and Transportation National Authority for Civil Aviation Authority for the Supervision of Insurances and Pension Funds Competition Authority National Communications Authority Regulatory Entity for Energy Services Regulatory Entity for Health Regulatory Entity for Water and Residue Services Regulatory Entity for Communication Securities Market Commission Bank of Portugal
Slovénie	Slovenian Competition Protection Agency Securities Market Agency The Bank of Slovenia Insurance Supervision Agency Communications Networks Services Agency of the Republic of Slovenia
Slovaquie	Antimonopoly Office of the Slovak Republic Regulatory Office for Network Industries Regulatory Authority for Electronic Communications and Postal Services Council for Broadcasting and Retransmission Office for Personal Data Protection Health Care Surveillance Authority Transport Authority

	Office for Public Procurement
Finlande	Financial Supervisory Authority Finnish Competition and Consumer Authority Finnish Patent and Registration Office Regional Centres for Economic Development, Transport and the Environment Finnish Medicines Agency Fimea National Supervisory Authority for Welfare and Health Valvira Finnish Transport and Communications Agency Traficom Finnish Transport Infrastructure Agency Finnish Energy Authority Regional State Administrative Agencies
Turquie	Radio and Television Supreme Council Information Technologies and Communication Authority Capital Markets Board Banking Regulation and Supervision Agency Energy Market Regulatory Authority Public Procurement Authority Competition Authority Public Oversight Accounting and Auditing Standards Authority
Norvège	Norwegian Competition Authority Norwegian Data Protection Authority

## 1.2. La compétence des juridictions administratives et, en particulier, des Cours administratives suprêmes répondantes en matière de contentieux de la régulation

Les vingt-quatre juridictions qui ont répondu aux questionnaires sont toutes compétentes pour connaître des recours contre les actes des autorités de régulation.

Toutefois, il faut noter que la Cour suprême de Norvège, qui a répondu au questionnaire en qualité d'invitée, n'est pas une cour administrative. La Norvège indique qu'elle n'a pas de juridiction administrative. Le contentieux des actes de régulation est jugé, comme l'ensemble du contentieux administratif, par les juridictions ordinaires suivant les règles de la procédure civile norvégienne (Norwegian Civil Procedure Act).

La compétence des juridictions répondantes en matière de régulation est plus ou moins étendue, et souvent partagée avec d'autres juridictions.

D'une part, elle est restreinte dans certains Etats à certaines catégories d'actes ou de secteurs.

Ainsi, à Chypre et en Suède, les juridictions administratives, et par suite les cours administratives suprêmes ne sont compétentes pour contrôler par voie d'action que les décisions individuelles des autorités de régulation. La légalité des actes réglementaires ne peut être contestée que par voie d'exception, à l'appui d'un recours contre une décision individuelle.

En Allemagne, la Cour administrative fédérale (Bundesverwaltungsgericht) a une compétence restreinte à trois secteurs de régulation : les communications électroniques, les postes et les chemins de fer.

Au Portugal, la compétence de la Cour administrative suprême est exceptionnelle, car il n'y a en principe pas de double degré de juridiction en matière administrative. Elle est limitée aux litiges présentant une importance sociale et une complexité significatives ainsi qu'aux questions de droit (article 150 du code de procédure des cours administratives). La Cour administrative suprême agit comme « *une soupape de sécurité interne du système* ».

D'autre part, la compétence des juridictions répondantes est partagée dans certains Etats avec d'autres juridictions (autres que les juridictions civiles dont la compétence en matière de régulation est analysée *infra* dans le 1.3).

En Grèce, la compétence contentieuse est partagée entre le Conseil d'Etat et la Cour d'appel, à laquelle des textes ont donné compétence pour connaître des recours contre les décisions individuelles de la Commission hellénique des télécommunications et des postes et de la Commission hellénique des marchés de capitaux.

En Espagne, compte-tenu de la forme régionale de l'Etat, les recours contre les actes des autorités territoriales de régulation, dont la compétence est limitée au territoire d'une communauté autonome, sont jugés par les Hautes Cours de justice de ces communautés autonomes.

En Lettonie, la Cour constitutionnelle est compétente pour apprécier la conformité aux normes supérieures des actes réglementaires de la Commission des services publics et de la Commission des marchés financiers et des capitaux.

En Autriche, la compétence pour connaître des appels contre les décisions de la Cour administrative fédérale dans le contentieux des décisions individuelles et des sanctions des autorités de régulation est partagée entre la Cour administrative suprême (Verwaltungsgerichtshof) et la Cour constitutionnelle (Verfassungsgerichtshof). De plus, la Cour constitutionnelle est compétente pour apprécier la validité des actes réglementaires des autorités de régulation.

Les juridictions répondantes exercent, dans la plupart des cas, soit une compétence d'appel soit une compétence de cassation des décisions prises par les juridictions administratives sur les recours contre les actes des autorités de régulation.

Par exemple, en Allemagne, le contentieux de la régulation des télécommunications, des postes et des chemins de fer est porté en première instance devant les cours administratives (Verwaltungsgericht), en appel devant la Cour administrative supérieure (Oberverwaltungsgericht) puis en dernière instance devant la Cour administrative fédérale de Leipzig (Bundesverwaltungsgericht), qui ne juge que les questions de droit.

En Estonie, la juridiction administrative comporte également trois instances. La Chambre administrative de la Cour suprême juge les pourvois en cassation qui ont été acceptés après une procédure de filtre.

En Espagne, les recours contre les décisions des autorités de régulation sont portés devant la Chambre administrative de la Haute cour nationale (Audiencia Nacional), puis devant la Cour suprême qui exerce la fonction de juge de cassation.

A Chypre, les recours contre les actes, décisions et manquements des autorités de régulation, pris dans l'exercice de pouvoirs publics, sont portés devant les cours administratives en première instance puis devant la Cour suprême en appel.

A Luxembourg, la Cour administrative est compétente pour connaître comme juge d'appel des recours contre les actes des autorités de régulation.

En Hongrie, les recours contre les actes des autorités de régulation sont portés en première instance devant la Haute Cour de Budapest, dont les jugements pouvaient initialement être contestés devant la Curia par les parties ou les personnes concernées invoquant une violation de la loi.

Désormais, depuis une réforme des règles procédurales entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2020, ils ne peuvent faire l'objet que d'un contrôle juridictionnel (judicial review) par la Curia, sous réserve de remplir des critères d'admissibilité stricts.

En Slovaquie, les cours régionales sont l'élément de base de la justice administrative et ont une compétence de premier et dernier ressort. La Cour suprême a une compétence de juge de cassation des décisions des cours régionales.

La Cour administrative suprême de Finlande est compétente pour connaître en fait et en droit, après une procédure de filtre (leave to appeal), des décisions des cours administratives régionales ainsi qu'une partie de celles de la Cour des marchés dans le contentieux de la régulation.

Une minorité de juridictions répondantes exercent toutefois une compétence de première et dernière instance en matière de régulation.

En Belgique et en Grèce, le Conseil d'Etat est en principe l'organe compétent pour juger le contentieux des actes des autorités de régulation, sauf si le recours a été spécifiquement attribué par la loi à la compétence d'une autre juridiction.

En France, le Conseil d'Etat est compétent, en application du code de justice administrative, pour statuer directement, en première et dernière instance, sur une part significative du contentieux des actes des autorités de régulation. Il est également compétent pour connaître, comme juge de cassation, du contentieux des autorités de régulation, qui ne relève pas de sa compétence directe d'attribution, mais de la compétence de premier ressort de droit commun des tribunaux administratifs (comme, par exemple, le contentieux indemnitaire).

En Croatie, la Cour administrative suprême exerce une compétence de première instance, spécialement attribuée par les textes, dans les domaines des procédures de marché public et du droit d'accès à l'information, en cas de contestation des actes administratifs de l'Autorité croate de régulation des industries de réseau et de l'Autorité croate de la concurrence.

En Lituanie, la Cour administrative suprême est compétente en première et dernière instance pour contrôler la légalité des actes administratifs réglementaires des autorités de régulation. En dehors de ce cas, elle est la juridiction d'appel des décisions prises par les cours administratives régionales dans le contentieux de la régulation.

En Turquie, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître directement des recours contre les actes réglementaires des autorités de régulation. Les recours sont jugés d'abord par la 13<sup>e</sup> chambre dont les décisions peuvent ensuite faire l'objet d'un recours devant le Conseil des chambres administratives du Conseil d'Etat. En outre, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en troisième instance des recours contre les décisions individuelles des autorités de régulation, à l'exception des litiges nés des procédures d'appel d'offre pour lesquels il est compétent en seconde instance.

### 1.3. La compétence des juridictions civiles en matière de contentieux de la régulation

Une minorité d'Etats répondants (Estonie, Grèce, Croatie, Luxembourg, Slovénie, Slovaquie et Turquie) indiquent que leurs juridictions civiles n'ont aucune compétence dans le domaine du contentieux de la régulation.

Dans les autres Etats répondants, les juridictions civiles disposent d'une compétence plus ou moins étendue en la matière. Ces juridictions civiles sont suivant les cas les juridictions de droit commun ou des juridictions spécialisées comme en Belgique ou en Pologne.

Comme indiqué *supra*, la Norvège n'ayant pas de juridiction administrative, l'ensemble du contentieux des actes des autorités de régulation est jugé par les juridictions civiles. En Slovaquie, il est jugé par des chambres spécialisées des juridictions judiciaires. Toutefois, l'institution, par une révision constitutionnelle (Constitutional Act n°422/2020 Coll.), d'une cour administrative suprême séparée, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, est la première étape vers l'organisation d'une juridiction administrative indépendante des juridictions judiciaires.

Certains Etats répondants (Lettonie, Portugal, République tchèque, Espagne) expliquent que les juridictions civiles sont compétentes pour connaître des litiges de droit privé des autorités de régulation. Dans d'autres (Allemagne, Chypre, Suède, Hongrie, Pologne), elles sont compétentes pour les recours en indemnisation des préjudices causés par les actes des autorités de régulation.

Dans plusieurs Etats répondants, des textes spécifiques attribuent aux juridictions civiles, par dérogation aux règles générales de compétence des juridictions administratives, la compétence pour les recours contre certains actes administratifs des autorités de régulation. La France explique que ces attributions de compétence sont justifiées par « *l'intérêt d'une bonne administration de la justice* », l'Allemagne par un consensus, au sein des institutions du pays, selon lequel il est préférable que les questions économiques soient tranchées par les juridictions civiles.

Ainsi, en Belgique, des textes ont transféré à la Cour des marchés, une section de la Cour d'appel de Bruxelles, la compétence contentieuse pour certaines des décisions de l'Autorité des services et marchés financiers (FSMA), pour les décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT), de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG), de l'Autorité de la concurrence (ABC), pour les décisions de la Banque nationale de Belgique (BNB) imposant une amende administrative.

En Allemagne, la répartition de la compétence entre les juridictions administratives et civiles dépend du secteur de régulation. Les juridictions civiles sont compétentes pour les litiges concernant la régulation de l'électricité et du gaz. Elles sont également compétentes pour les litiges nés des décisions prises par l'Office fédéral des ententes (Bundeskartellamt).

En France, la Cour d'appel de Paris est compétente pour statuer en premier et dernier ressort sur une partie du contentieux des décisions individuelles de certaines autorités de régulation,

l'Autorité de la concurrence, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, et l'Autorité des marchés financiers.

En Italie, les juridictions civiles sont compétentes pour les recours contre les actes de l'Autorité de protection des données personnelles et contre les sanctions des autorités de régulation des marchés bancaires et financiers.

En Pologne, des textes attribuent à une juridiction civile spécialisée, la Cour de la concurrence et de la protection des consommateurs (une des divisions de la Cour du district de Varsovie), la compétence pour connaître des recours contre des actes réglementaires des autorités de régulation (par exemple les décisions réglementaires du président de l'Office des communications électroniques par l'article 206 de la loi sur les télécommunications).

Enfin, dans deux Etats répondants (Allemagne et Lituanie), les juridictions civiles sont compétentes pour les recours contre les sanctions prises par les autorités de régulation. En Allemagne, ces recours sont jugés par les juridictions pénales, suivant le code de procédure pénale. En Lituanie, une modification de la législation en 2011 a transféré aux juridictions civiles le contentieux des infractions administratives commises par les personnes physiques.

#### 1.4. La faible spécificité des voies de recours contre les actes des autorités de régulation

La majorité des Etats répondants estiment que les voies de recours ouvertes contre les actes des autorités de régulation sont de même nature que celles ouvertes contre les actes équivalents ou analogues des autres autorités administratives.

L'Allemagne précise que les juridictions civiles adaptent leur procédure lorsqu'elles jugent le contentieux de la régulation (mise en œuvre d'une procédure inquisitoriale).

La Pologne explique que l'étendue du contrôle du juge varie suivant que le recours est jugé par la juridiction administrative ou civile. La juridiction civile, la Cour de la concurrence et de la protection des consommateurs, applique la procédure « de nouveau », tandis que la juridiction administrative contrôle la validité de la décision administrative *ex tunc*, suivant les circonstances de droit et de fait à la date de la décision.

## 2. La recevabilité des recours contre les actes de régulation

### 2.1. Les enjeux particuliers de recevabilité des recours contre les actes de régulation « de droit dur »

Pour la grande majorité des pays répondants, le contentieux des actes de régulation « de droit dur » ne présente pas d'enjeux particuliers de recevabilité par rapport aux recours contre les autres actes administratifs. La Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Croatie, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, la Hongrie, l'Autriche, la Pologne, la Slovénie, la

Slovaquie, la Finlande, la Suède, la Turquie et la Norvège indiquent ainsi qu'il est régi par les règles générales de recevabilité des recours contre les actes administratifs.

Quelques Etats répondants font toutefois état des questions particulières que leurs juridictions se sont posées sur la recevabilité des recours contre les actes de régulation « de droit dur ».

L'Estonie explique que si les entreprises concurrentes et les consommateurs ne sont pas en principe recevables à contester les refus discrétionnaires des autorités de régulation d'engager des poursuites ou de prendre de mesures à l'encontre d'une entreprise, la Cour suprême a admis la recevabilité du recours lorsque les pouvoirs de contrôle de l'autorité de régulation lui ont été attribués pour protéger les droits subjectifs du requérant et que ceux-ci sont susceptibles d'être violés par l'activité illégale de l'entreprise.

Dans le même sens, la Grèce indique que des questions particulières se posent sur l'intérêt légitime des requérants à contester les décisions des autorités de régulation de ne pas examiner ou de rejeter leurs plaintes concernant des distorsions du marché ou encore sur leur intérêt à contester la durée et la sévérité des sanctions infligées à des acteurs économiques.

Au Portugal a été débattue devant la Cour constitutionnelle la question de savoir si l'effet dévolutif et non suspensif de l'appel contre les décisions de sanction des autorités de régulation méconnaît le principe de la présomption d'innocence consacré par la Constitution. Une décision de la Cour constitutionnelle a jugé que l'appel contre les décisions de sanction définitives et exécutoires de l'entité de régulation de la santé a un simple effet dévolutif, et ne peut avoir un effet suspensif que si le requérant fait valoir que l'exécution de la sanction est susceptible de lui causer un préjudice considérable (décision de la Cour constitutionnelle, n°74/2019, 7 mars).

## 2.2. L'ouverture d'un recours contre les actes de « droit souple »

Une majorité d'Etats répondants (Belgique, République tchèque, Grèce, Espagne, Croatie, Chypre, Luxembourg, Autriche, Pologne, Slovaquie, Finlande, Suède, Norvège) indiquent que les actes « de droit souple » (avis, recommandations, mises en garde) et les prises de position (communiqué de presse, rubrique du site internet, FAQ, etc.) des autorités de régulation ne peuvent pas faire l'objet d'un recours direct en annulation car ils n'ont pas de force obligatoire.

Dans les autres Etats répondants (Allemagne, Estonie, France, Italie, Lettonie, Lituanie, Hongrie, Portugal, Turquie), les actes de « droit souple » des autorités de régulation peuvent dans certains cas faire l'objet d'un recours.

En Allemagne, l'ouverture d'un recours devant les juridictions administratives ne dépend pas de la forme juridique de l'acte, mais de la qualité pour agir du requérant qui doit démontrer que l'acte a porté atteinte à ses droits individuels. Les actes de « droit souple » et les prises de position des autorités de régulation sont susceptibles de recours si leurs effets indirects ne sont pas simplement le reflet d'une réglementation légale, mais portent atteinte au droit individuel du requérant, par exemple à sa liberté d'entreprendre consacrée par l'article 12 de la loi fondamentale.

En Estonie, les actes de « droit souple » peuvent être contestés s'ils ont servi de base à une décision, comme, par exemple, la prise de position, publiée, de la Commission des impôts et douanes

sur l'imposition de certaines catégories de transferts d'action, sur la base de laquelle elle a taxé un groupe d'actionnaires.

En France, les actes de droit souple peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir s'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 (CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH* et autres, n°368082, 368083, 368084 et *Société NC Numéricable*, n°390023). Par exemple, le Conseil d'Etat a admis la recevabilité du recours contre les recommandations de bonnes pratiques professionnelles émises par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, qui ont pour objet d'inciter les entreprises d'assurance et les intermédiaires à modifier sensiblement leurs relations réciproques (CE, 20 juin 2016, *Fédération française des sociétés d'assurance*, n°384297).

En Lettonie, les actes de « droit souple » ne peuvent pas en principe faire l'objet d'un recours, sauf si le requérant établit qu'ils portent atteinte à ses droits ou intérêts légaux (violation du secret commercial par exemple).

La Lituanie indique que, dans la jurisprudence de sa Cour administrative suprême, les actes de « droit souple » sont interprétés conformément aux dispositions contraignantes, de « droit dur », qu'ils complètent. Leur nature d'acte de « droit souple » ne peut gommer leurs effets juridiques ni les exclure complètement du contrôle juridictionnel. Dans une récente affaire, jugée par une formation élargie de juges, la Cour a estimé que l'obligation faite par la loi aux institutions financières de suivre les règles directrices de l'autorité de régulation n'est pas suffisamment précise pour leur permettre d'apprécier à l'avance si la méconnaissance de ces règles directrices, non contraignantes, équivaut à une violation de la loi susceptible d'être sanctionnée par une amende (affaire n°eA-663-822/2021).

La Lituanie distingue toutefois le cas des mises en gardes ou avertissements. Suivant une jurisprudence constitutionnelle de 2017, un avertissement d'une possible suspension de la validité d'une licence est un acte susceptible d'un recours juridictionnel.

Au Portugal, les cours contrôlent les actes « de droit souple » des autorités de régulation. Si elles ne peuvent pas se substituer aux régulateurs, elles sont compétentes pour contrôler la régularité de la procédure qu'ils suivent et le caractère « raisonnable » de leurs actes. L'article 8 du code de procédure des cours administratives impose en effet aux autorités administratives d'écarter les solutions « manifestement déraisonnables ».

Le Portugal souligne en outre que les actes de « droit souple » peuvent avoir une valeur juridique soit parce qu'ils interprètent des actes de « droit dur », contraignants, soit parce qu'ils sont une étape préliminaire à l'adoption de tels actes. Ainsi, dans une décision 1233/20.9.BEPRT du 2 avril 2021, la cour administrative centrale du Sud a apprécié si la publication sur internet par l'autorité compétente d'un avis sur une illégalité commise par des personnes nommément identifiées, sans mise en œuvre d'une procédure contradictoire, viole leur droit à la présomption d'innocence.

### 2.3. Les personnes recevables à contester les actes des autorités de régulation

Dans aucun des Etats répondants, il n'existe d'*actio popularis* contre les actes des autorités de régulation. Les requérants doivent justifier d'une qualité pour agir.

Dans certains Etats (Grèce, Espagne, France, Croatie, Chypre, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Hongrie, Pologne, Suède, Turquie, Norvège), il suffit que le requérant établisse que l'acte contesté affecte un de ses intérêts légitimes ou légalement protégés.

La Grèce précise que cet intérêt légitime doit être personnel, direct et actuel.

En France, les personnes recevables à contester les actes des autorités de régulation sont celles auxquelles ils font grief, qu'ils affectent dans des conditions suffisamment spéciales, certaines et directes.

Chypre indique qu'un recours peut être introduit par toute personne lésée qui, en tant qu'individu ou membre d'un groupe, a un intérêt légitime, direct et existant, affecté par l'acte contesté. La reconnaissance d'un intérêt légitime à agir n'implique pas nécessairement la violation d'un droit subjectif. L'intérêt légitime peut être financier ou moral.

La Lettonie fait une distinction entre les décisions individuelles et les actes réglementaires des autorités de régulation. Les premières peuvent être contestées devant les juridictions administratives par les particuliers dont elles méconnaissent ou sont susceptibles de méconnaître les droits et intérêts légaux. En revanche, les seconds ne peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour Constitutionnelle que par les personnes qui invoquent la violation de leurs droits fondamentaux protégés par la Constitution.

En Suède, les décisions individuelles des autorités de régulation peuvent être contestées par toute personne directement concernée. Un intérêt légal distant n'est pas suffisant. La recevabilité du recours dépend de l'effet pratique (juridique, économique ou autre) de l'acte sur le requérant.

Dans d'autres Etats (République tchèque, Allemagne, Estonie, Autriche, Slovaquie, Finlande), le requérant n'est recevable à contester l'acte que s'il porte atteinte à l'un de ses droits subjectifs.

En République tchèque, les actes des autorités de régulation peuvent être contestés par toute personne faisant valoir une atteinte à ses droits soit directement par l'acte lui-même, soit lors de sa procédure d'adoption.

En Allemagne, comme il a déjà mentionné *supra*, le requérant doit établir une violation de ses droits subjectifs. La méconnaissance d'intérêts seulement politiques ou économiques n'est pas suffisante pour donner une qualité pour agir. La question cruciale est donc de savoir si les actes de régulation servent à protéger les droits des individus. Par exemple, si l'Agence fédérale des réseaux (Bundesnetzagentur) impose des obligations réglementaires à une entreprise disposant d'un important pouvoir de marché sur un marché soumis à régulation, un concurrent est recevable à introduire un recours pour demander l'imposition de nouvelles obligations réglementaires, puisque les obligations de donner accès à un marché, d'instaurer la transparence et de tenir des comptes séparés ont aussi pour objet de protéger les concurrents (BVerwGE 130, 39 para 14 seq.).

En Estonie, le code de procédure des juridictions administratives prévoit que les individus ne peuvent saisir une cour administrative que pour la protection de leurs droits.

Dans certains Etats (Lettonie, Lituanie, Pologne, Portugal), des autorités publiques sont investies par la loi d'une compétence pour contester devant le juge la légalité des actes de régulation.

En Lettonie, la conformité à la hiérarchie des normes des actes réglementaires des autorités de régulation peut être contestée devant la Cour constitutionnelle par certaines autorités, parmi lesquelles le président, la Saeima, vingt députés de la Saeima, le procureur général, l'Ombudsman, etc.

En Pologne, le procureur public, le défenseur des droits de l'homme (Ombudsman), les organisations sociales, dans les limites de leurs intérêts statutaires, et des collectivités publiques (communes, structures intercommunales, districts, voïvodies) sont recevables à contester les actes des autorités de régulation.

Au Portugal, le procureur public, en tant que gardien de la légalité, et le pouvoir exécutif sont recevables à contester les actes des autorités de régulation.

#### 2.4. L'exception d'illégalité des actes généraux des autorités de régulation

Les questionnaires n'ont pas mis en évidence un particularisme propre au contentieux des actes des autorités de régulation, les réponses renvoyant aux règles générales du contentieux administratif dans les pays répondants.

Huit Etats répondants (Belgique, Croatie, Italie, Lettonie, Luxembourg, Hongrie, Pologne, Norvège) indiquent que l'illégalité des actes généraux des autorités de régulation ne peut pas être contestée par voie d'exception à l'appui d'un recours contre une décision individuelle. Cette affirmation doit toutefois être nuancée au regard des explications complémentaires fournies par certains d'entre eux.

Le droit belge connaît et applique la technique de l'exception d'illégalité des actes réglementaires. La Belgique précise toutefois que les autorités de régulation n'ont pas de compétence réglementaire, de sorte que la question est pour elle sans objet. Les actes de « droit souple » des autorités de régulation (lignes directrices et recommandations) peuvent être contestés au soutien d'un recours contre une décision individuelle les mettant en œuvre. La Belgique estime qu'il ne s'agit pas, dans ce cas, de l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire, mais d'une contestation de la décision individuelle au motif qu'elle se fonde sur une interprétation erronée.

En Croatie, le requérant peut, lors d'un recours contre une décision individuelle d'une autorité de régulation, invoquer l'illégalité de l'acte général sur la base duquel elle a été prise. La Cour administrative suprême est alors compétente pour vérifier la légalité de l'acte général, sur requête de la juridiction devant laquelle le recours contre la décision individuelle est pendante (article 83 de la loi sur le contentieux administratif). L'acte général, que la Cour administrative suprême a jugé illégal, cesse d'être valide à la date de la publication de la décision de la Cour dans le Bulletin Officiel.

En Lettonie, les juridictions peuvent surseoir à statuer sur un recours pour saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle sur la conformité à la Constitution ou au droit international d'une disposition légale applicable au litige.

L'exception d'illégalité est méconnue du droit administratif luxembourgeois. Toutefois, la Cour administrative a appliqué le mécanisme de l'exception d'illégalité dans une affaire ayant donné lieu à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne, pour se conformer au droit de l'Union. L'exception d'illégalité n'a encore jamais été appliquée dans le contentieux des actes de régulation.

En Hongrie, l'exception d'illégalité ne peut être soulevée à l'appui d'un recours contre une décision individuelle que si l'acte général est un acte de « droit souple ». En effet, les actes généraux de « droit dur » sont considérés, en raison de leur caractère contraignant, comme des actes législatifs entrant dans le champ d'application de la loi de 2010 sur la législation et ne pouvant faire l'objet d'un contrôle par les juridictions administratives.

Quatorze Etats répondants (République tchèque, Estonie, Allemagne, Grèce, Espagne, France, Chypre, Lituanie, Autriche, Portugal, Slovaquie, Finlande, Suède, Turquie) appliquent le mécanisme de l'exception d'illégalité au contentieux de la régulation. Dans certains Etats (Estonie, Chypre, Autriche, Slovaquie, Suède), l'exception d'illégalité est la seule voie pour contester la légalité des actes généraux des autorités de régulation qui ne peuvent pas faire l'objet d'un recours direct.

En Estonie, toutes les juridictions peuvent transmettre à la Cour suprême, d'office ou à la demande d'une partie, une question sur la conformité à la Constitution d'un acte réglementaire applicable à un litige pendant devant elles. Si la Cour suprême estime cet acte contraire à la Constitution, elle peut l'annuler soit *ex tunc* soit *ex nunc*. L'annulation a toujours un caractère rétroactif pour le litige concret à l'occasion duquel la question de constitutionnalité a été soulevée. La Cour suprême peut décider de limiter l'effet rétroactif de l'annulation aux litiges déjà pendants devant les juridictions.

En Grèce, l'exception d'illégalité d'un acte général ne peut pas entraîner son annulation, mais seulement celle de la décision individuelle prise sur son fondement. Dans le cas où l'illégalité de l'acte général résulte d'un vice de forme ou de procédure, les juges peuvent ne pas annuler la décision individuelle si l'acte général est en vigueur depuis une longue période et si les conséquences de son illégalité sur la décision individuelle sont susceptibles de porter atteinte à la sécurité juridique (article 50, section 3, par. c du Décret présidentiel n°18/1989, concernant la procédure devant le Conseil d'Etat).

En France, les actes généraux des autorités de régulation, de « droit dur » et de « droit souple », peuvent être contestés par voie d'exception. Si l'exception d'illégalité est accueillie par le juge, elle n'entraîne que l'annulation de la décision individuelle, qui fait application de l'acte général, et non de l'acte général lui-même. De même, en Lituanie, en Slovaquie et en Suède, l'exception d'illégalité de l'acte général n'entraîne que l'annulation de la décision individuelle.

En Autriche, la légalité d'un acte réglementaire d'une autorité de régulation peut être contestée devant la Cour constitutionnelle, à l'occasion d'un recours contre une décision individuelle en faisant application, soit par la juridiction, devant laquelle il est pendant, soit par les parties, après le jugement du recours par la juridiction de première instance. La reconnaissance de l'illégalité de l'acte réglementaire par la Cour constitutionnelle entraîne son annulation ainsi que celle de la décision individuelle fondée sur cet acte.

De même, en Turquie, l'exception d'illégalité, si elle est accueillie, entraîne l'annulation rétroactive de l'acte réglementaire.

## 2.5. L'ouverture d'un recours en responsabilité contre les autorités de régulation

Dans tous les pays répondants, il est possible d'intenter une action en responsabilité soit contre les autorités de régulation, soit contre l'Etat, pour obtenir l'indemnisation des dommages causés par l'activité de régulation, en particulier par l'édition d'actes de régulation illégaux.

En Lituanie notamment, le devoir de remédier aux dommages causés par les agissements illégaux des autorités de l'Etat est un principe constitutionnel. Lorsqu'est en cause l'exercice par les autorités administratives de leur pouvoir discrétionnaire, les juridictions administratives lituaniennes prennent en compte la gravité du manquement à la règle de droit pour apprécier l'engagement de la responsabilité de l'Etat.

Certains Etats répondants (Belgique, Grèce, France, Lettonie, Luxembourg, Hongrie, Slovénie) indiquent que les recours en responsabilité doivent être dirigés contre les autorités de régulation elles-mêmes lorsqu'elles sont dotées de la personnalité morale.

En France, une partie seulement des autorités de régulation a la personnalité morale. Celles-ci ont le statut d'autorité publique indépendante (article 2 de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes). Le recours en responsabilité doit être dirigé contre l'Etat lorsque le dommage a été causé par une autorité de régulation qui n'a pas de personnalité juridique propre.

### 3. L'organisation interne des juridictions

#### 3.1. L'affectation des affaires concernant les autorités de régulation

Dans quatorze Etats répondants (Belgique, Bulgarie, Allemagne, Estonie, Espagne, France, Italie, Lettonie, Lituanie, Autriche, Portugal, Slovénie, Finlande, Turquie), les affaires concernant les autorités de régulation sont affectées à des juges ou des formations de juges spécialisés pour tenir compte de leur complexité et de leur technicité.

En Allemagne, la Constitution consacre un droit constitutionnel à être jugé par un juge désigné par la loi. Ce droit ne permet pas une affectation aléatoire des affaires ni une variation de la composition des formations de jugement suivant leur complexité. Le nombre de formations de jugement, leur champ de compétence et l'affectation des juges aux formations de jugement sont fixés pour chaque juridiction dans son plan annuel d'activité (Geschäftsverteilungsplan), établi par le « Präsidium », conseil élu par les juges de la juridiction. Comme la composition des chambres reste normalement stable d'une année sur l'autre, l'organisation interne des juridictions conduit à une spécialisation des juges qui finissent par devenir des experts dans leur champ de compétence. Les jeunes juges bénéficient du savoir et de l'expérience des plus âgés. A la Cour administrative fédérale, les affaires concernant les autorités de régulation sont jugées par la 6<sup>e</sup> chambre (ou sénat).

De même, en Espagne, les règles d'affectation des affaires au sein de chaque juridiction sont fixées annuellement et publiées dans le bulletin officiel de l'Etat.

En Estonie, la spécialisation n'est possible que si la juridiction et la masse du contentieux sont suffisamment importantes. A la Cour suprême, le contentieux administratif est jugé par cinq juges qui

ont chacun des domaines de spécialisation (comprenant le contentieux de la régulation) en tant que rapporteur. Les affaires sont jugées par des formations comprenant au moins trois juges et il peut donc arriver que seul le rapporteur soit spécialiste de la matière.

En France, le contentieux des actes des autorités de régulation est réparti entre plusieurs chambres au sein de la section du contentieux du Conseil d'Etat. C'est l'autorité de régulation à l'origine de l'acte contesté ou le secteur dans lequel elle intervient qui détermine la chambre à laquelle le dossier est affecté. Les chambres exercent d'autres compétences, de sorte qu'elles ne sont pas uniquement spécialisées dans le contentieux de la régulation. De même, en Autriche, le contentieux de la régulation est affecté à deux chambres spécialisées de la Cour administrative suprême, qui ne traitent pas exclusivement ce contentieux, mais jugent des affaires dans des domaines variés du droit administratif.

En Lettonie, l'affectation des affaires et la composition des formations de jugement sont effectuées en tenant compte des spécialisations des juges. Il en est de même en Lituanie qui indique que le droit est devenu si complexe et spécifique dans certains domaines de la régulation qu'un examen approprié des affaires exige un haut niveau de spécialisation.

Dans les dix autres Etats répondants (République tchèque, Grèce, Croatie, Chypre, Luxembourg, Hongrie, Pologne, Slovaquie, Suède, Norvège), le contentieux de la régulation n'est pas affecté à des juges ni à des formations de juges spécialisés.

La Grèce précise toutefois que si le Conseil d'Etat ne comporte pas de chambre spécialisée dans le contentieux de la régulation, d'autres juridictions ont des formations spécialisées qui ne jugent que les affaires concernant une autorité de régulation particulière. Par exemple, la Cour d'appel d'Athènes comprend une formation spécialisée pour juger les recours contre l'Autorité de la concurrence hellénique.

Il y a deux formations de jugement pour les affaires de droit administratif à la Cour suprême de Chypre. Chaque formation juge des recours dans toutes les branches du droit administratif, et n'est pas spécialisée dans un domaine en particulier. En outre, en raison de la multitude des compétences de la Cour suprême, qui exerce notamment les fonctions de cour constitutionnelle, de cour d'appel de dernière d'instance en matière civile et criminelle, de cour d'appel en droit de la famille, de juridiction électorale, ses juges ne peuvent pas se spécialiser dans une compétence ni un secteur particulier.

En Pologne, les affaires concernant les autorités de régulation sont jugées par la Chambre commerciale de la Cour suprême mais il n'y a pas, au sein de cette Chambre, de formations de jugement dédiées exclusivement au contentieux de la régulation.

A la Cour suprême de Norvège, la composition des formations de jugement est décidée de manière aléatoire et change chaque semaine.

### 3.2. Les ressources internes aux juridictions pour traiter le contentieux des autorités de régulation

Dix Etats (Allemagne, Italie, Hongrie, Autriche, Pologne, Slovénie, Slovaquie, Suède, Turquie, Norvège) ont répondu que les juridictions ne disposent pas de ressources internes pour aider les juges à se familiariser avec les aspects techniques du contentieux de la régulation.

La Suède indique toutefois que la procédure suivie devant la Cour administrative d'appel de Stockholm, compétente pour juger en dernier ressort les litiges relatifs aux communications électroniques, fait appel à la compétence technique et économique existante au sein de la cour pour juger ces affaires.

Dans les quatorze autres Etats répondants (Belgique, Bulgarie, République tchèque, Estonie, Grèce, Espagne, France, Croatie, Chypre, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Portugal, Finlande), les juridictions disposent de ressources internes variées pour renforcer leur expertise des secteurs de régulation qu'elles contrôlent.

Ces ressources sont la formation initiale et continue des juges, l'organisation de séminaires et d'échanges avec les professionnels de la régulation, les compétences juridiques et techniques des juges, acquises par leur spécialisation dans le contentieux de la régulation ou bien dans l'exercice d'autres fonctions professionnelles à l'extérieur des juridictions, le recours à des assistants de justice, la constitution et mise à jour de bases de jurisprudence, l'institution au sein des juridictions d'entités dédiées aux recherches juridiques.

Par exemple, en Estonie, la Cour suprême, qui a la responsabilité de l'organisation de la formation continue des juges de toutes les juridictions, a organisé récemment des séminaires sur l'intelligence artificielle et sur l'économie appliquée (sur les pratiques commerciales en général et plus spécifiquement dans le secteur de la construction).

En Espagne, les juridictions administratives comprennent une catégorie de magistrats spécialisés dans le contentieux administratif, recrutés par un concours ouvert aux juges et aux procureurs, au programme duquel figurent les droits de la régulation et de la concurrence. Les magistrats spécialisés ont la priorité sur les magistrats non spécialisés pour l'attribution des postes dans les juridictions.

En France, un petit nombre de membres du Conseil d'Etat disposent de compétences en matière de régulation grâce à leur parcours professionnel à l'extérieur de la juridiction. Une réflexion est en cours pour développer les ressources internes de la juridiction. Un cycle de conférences en sciences économiques par des professeurs d'économie est organisé et proposé cet automne aux membres du Conseil d'Etat. Il peut également être suivi à distance par l'ensemble des membres de la juridiction administrative (Cours administratives d'appel et tribunaux administratifs).

En Lettonie, la division de jurisprudence et de recherche de la Cour suprême est chargée de faire des études juridiques dans les domaines du droit de l'Union européenne et du droit international, de la jurisprudence des cours internationales et du droit comparé. Elle peut faire une étude sur une question juridique particulière à la demande d'un juge. De même, en Lituanie, les juges de la Cour administrative suprême bénéficient de l'assistance du département de recherche juridique et de documentation, constitué d'une équipe multidisciplinaire de juges assistants, conseillers, universitaires et autres professionnels du droit. Il est fréquent que l'instruction des dossiers complexes en matière de droit de la concurrence, de contrôle des marchés financiers et de régulation de l'énergie donne lieu à la consultation des conseillers juridiques confirmés du département de recherche juridique et de documentation pour des recherches et analyses juridiques complémentaires.

En Finlande, des connaissances spécialisées dans certains domaines du droit et de la pratique sont considérées comme un avantage important dans le recrutement des juges. En outre, pour le jugement des affaires dans certains domaines (environnement, propriété intellectuelle), les formations de jugement sont composées de deux experts dans les champs concernés.

#### 4. L'instruction des recours

##### 4.1. Les techniques d'enquête et d'instruction

Trois Etats répondants (Allemagne, Estonie, Autriche) indiquent que leurs cours suprêmes, en tant que juge de cassation, sont saisies seulement des questions de droit et sont liées par les constatations de fait des juridictions du fond. Par suite, à la différence de ces dernières, elles n'utilisent pas de techniques d'enquête ni d'instruction.

Chypre explique que sa Cour suprême ne fait qu'une utilisation limitée des techniques d'enquête et d'instruction, car elle se borne à contrôler la légalité de l'action de l'administration, à vérifier que les autorités administratives ont exercé leurs pouvoirs discrétionnaires dans les bornes légales. Sa compétence ne s'étend pas à des questions techniques ni requérant un savoir spécialisé.

En Pologne, la cour administrative suprême se base sur le dossier de l'affaire constitué par l'autorité de régulation pour prendre ses décisions et ne procède pas à un supplément d'instruction, sauf exceptionnellement, en cas de doute sérieux.

Tableau des principales mesures d'instruction utilisées dans les pays répondants

Pays	Audience orale	Expertise	<i>Amicus curiae</i>	Sollicitation d'une administration experte de référence	Autres techniques d'instruction
Belgique	X	X (cas exceptionnels)			Demander aux parties des informations et explications complémentaires
Bulgarie		X			
République tchèque		X	X		Témoignage de témoins
Allemagne	X	X			
Estonie	X		X	X	
Grèce	X	X			
Espagne			X	X	
France	X	X	X	X	Enquête à la barre ou sur les lieux
Croatie	X	X			
Italie	X	X	X		
Chypre	X		X		
Lettonie	X	X	X		Témoignage de témoins
Lituanie	X	X	X	X	Témoignage de témoins
Luxembourg	X	X (cas exceptionnels)			
Hongrie	X	X			

Autriche	X		X (seulement lorsque le recours à l' <i>amicus curiae</i> est fondé sur le droit de l'UE)		
Pologne					
Portugal	X	X			
Slovénie	X	X (peu courant)	X (peu courant)		
République slovaque	X	X	X		
Finlande	X	X			
Suède	X	X		X	
Turquie	X	X			Utiliser les travaux scientifiques
Norvège	X	X	X		Recourir à des juges non professionnels experts du domaine

Six Etats répondants (Grèce, France, Italie, Hongrie, Slovaquie, Portugal) estiment que le contentieux de la régulation appelle une méthode particulière d'instruction.

La Grèce estime que les juridictions devraient recruter leurs propres experts indépendants et impartiaux (des économistes, des ingénieurs, etc.) pour aider les juges à appréhender les questions techniques complexes (les analyses de marché par exemple).

De même, la République slovaque préconise de nommer des consultants, pour conseiller les juges et leur fournir, au cours de l'instruction des affaires, les expertises et explications techniques nécessaires à leur bonne compréhension.

L'Italie va plus loin encore en considérant que devrait être étudiée la possibilité d'intégrer dans les formations de jugement des professionnels du secteur.

La France constate, en raison de la technicité des litiges ou des équilibres économiques qu'ils mettent en jeu, le besoin particulièrement prononcé de mobiliser des expertises ou des méthodes d'instruction faisant appel à l'oralité et mettant en présence l'ensemble des parties en amont de l'audience de jugement, afin notamment de garantir la bonne compréhension par la juridiction des éléments de faits. Ceux-ci sont souvent techniques, et présentés sous des éclairages assez différents par les parties, sans que le juge ne dispose d'une expertise propre lui permettant de démêler spontanément le vrai du faux. La confrontation directe de la parole des uns et des autres est donc parfois indispensable pour établir ou comprendre les faits (par exemple, l'efficacité réelle des techniques de géoblocage mises en œuvre par certains moteurs de recherche sur internet pour éviter l'affichage, sur les terminaux des utilisateurs européens, des résultats de recherche qui ont fait l'objet d'une décision de « déréférencement » par une autorité nationale de protection des données, au titre du droit à l'oubli consacré par le RGPD : CE, 27 mars 2020, *Société Google Inc*, n° 399922).

La Hongrie explique qu'en cas de recours à une expertise, le juge ne doit prendre en compte que les avis émis par l'expert sur les questions techniques et décider seul sur les questions juridiques.

Le Portugal estime que la technicité particulière du contentieux de la régulation nécessiterait de créer un ensemble de règles processuelles spécifiques, de doter les juridictions des moyens

techniques nécessaires à l'évaluation de certains aspects des activités des autorités de régulation et de garantir des procédures rapides indispensables à une régulation appropriée.

#### 4.2. La place des administrations et autres parties prenantes dans l'instruction des recours

La grande majorité des Etats répondants (Belgique, Bulgarie, République tchèque, Allemagne, Estonie, Grèce, Espagne, Croatie, Italie, Chypre, Lituanie, Luxembourg, Hongrie, Slovénie, Slovaquie, Pologne, Portugal, Finlande, Suède, Turquie, Norvège) indiquent que les administrations et autres parties prenantes, qui ne sont pas parties à l'instance, n'ont pas de place ou n'ont qu'une place très limitée dans l'instruction des recours.

Toutefois, en Allemagne, les administrations peuvent faire valoir leur point de vue dans les instances pendantes devant les juridictions administratives par l'intermédiaire du représentant de l'intérêt public, et devant la Cour administrative fédérale par celui du représentant de l'intérêt de la Fédération. Ces autorités ne peuvent pas introduire de recours, mais elles peuvent intervenir à toutes les instances pendantes devant les cours. En pratique, elles n'interviennent que rarement dans les instances auxquelles sont parties les autorités de régulation, car celles-ci représentent déjà suffisamment bien les opinions des administrations.

En Espagne, la Commission européenne, la Commission nationale des marchés et de la concurrence et les autorités compétentes des Régions autonomes peuvent, dans le champ de leurs compétences, intervenir, de leur propre initiative ou à la demande de la juridiction, aux instances concernant les trusts et la protection des données, sans avoir le statut de partie, pour produire des observations écrites ou orales ou transmettre des informations.

En Grèce, lorsque l'autorité de régulation, partie au litige, a appliqué un acte de régulation édicté par une autre autorité administrative, le juge rapporteur de l'affaire peut solliciter les observations de cette dernière. De même, en Lituanie, le ministre de l'énergie a été mis en cause, en sa qualité de responsable de la politique énergétique, dans des litiges dans lesquels étaient contestées les décisions du régulateur national de l'énergie sur la tarification de la production de chauffage.

En outre, dans certains Etats répondants, les cours peuvent solliciter ou utiliser, dans le cadre de l'instruction des recours, l'avis d'administrations (Estonie, Espagne, France, Croatie, Suède), ou de personnes privées (Espagne, France, Croatie, Suède) non parties à l'instance, sur les questions juridiques et techniques en débat. Par exemple, en Suède, l'association nationale des municipalités locales (SKR) est souvent sollicitée pour observations dans l'instruction des affaires qui ont un impact pratique important sur les municipalités locales.

#### 4.3. La place de l'oralité dans l'instruction des recours

Dans la majorité des Etats répondants (Belgique, Bulgarie, République tchèque, Estonie, Grèce, Espagne, France, Italie, Lituanie, Luxembourg, Slovénie, Slovaquie, Pologne, Portugal, Finlande, Suède), la procédure juridictionnelle devant la cour administrative suprême est généralement et principalement écrite, l'oralité ne jouant qu'un rôle limité ou subsidiaire dans l'instruction et le jugement des recours. Ceux-ci soulignent toutefois l'utilité de la tenue d'une audience publique, notamment dans les dossiers complexes de régulation, pour recueillir des preuves (République

tchèque, Slovaquie, Espagne), interroger les parties (Estonie, Grèce, Luxembourg) et confronter leurs arguments sur les aspects techniques les plus sensibles (Italie), pour demander aux experts des clarifications et explications sur leurs rapports (Espagne), pour faire intervenir un *amicus curiae* (Estonie) ou encore pour protéger l'intérêt du public lorsque les questions en jeu ont un impact social plus large (Slovaquie).

En Allemagne, la Cour administrative fédérale et les autres cours administratives sont obligées de juger les recours suivant une procédure orale, sauf si les parties se mettent d'accord pour renoncer à l'audience publique.

A Chypre, la procédure juridictionnelle comporte deux phases, une phase préliminaire écrite et une phase de jugement avec une audience publique. Les arguments échangés et les clarifications apportées par les parties pendant l'audience peuvent être décisifs pour la résolution de l'affaire.

En Hongrie, le droit des parties à être entendues à une audience publique, au moins en première instance, a été reconnu par la Cour constitutionnelle. Celle-ci a précisé toutefois qu'une affaire peut être jugée sans audience, si les parties y renoncent et qu'aucun intérêt public ne justifie la tenue d'une audience.

En outre, certains Etats répondants (Allemagne, Estonie, France, Lettonie) indiquent que des audiences préliminaires, en amont de l'audience publique de jugement, peuvent être organisées pour permettre aux juges de mieux comprendre la complexité et la technicité des affaires et rendre des décisions plus pertinentes et adaptées à la situation. En France, un décret du 18 novembre 2020 a mis en place au Conseil d'Etat une expérimentation, pendant dix-huit mois, de procédures d'instruction orales et d'audiences d'instruction dans les dossiers techniques et sensibles. L'Allemagne précise que ces audiences préliminaires informelles, non publiques, permettent parfois aux juges de résoudre le litige à ce stade, et dans tous les autres cas de mieux préparer l'audience publique de jugement.

## 5. La prise de la décision

### 5.1. Les principales catégories de moyens invoqués contre les actes des autorités de régulation

Plusieurs Etats répondants (Belgique, Bulgarie, Grèce, Slovaquie, Pologne, Portugal, Finlande, Norvège) indiquent que les moyens invoqués contre les actes des autorités de régulation ne présentent pas d'originalité par rapport à ceux invoqués contre les autres actes administratifs.

Par exemple, en Pologne, les pourvois en cassation devant la cour administrative suprême sont fondés soit sur la méconnaissance du droit matériel par la juridiction administrative inférieure, soit par la violation d'une règle procédurale ayant substantiellement affecté l'issue du litige.

D'autres Etats répondants identifient des moyens de procédure et de fond qui sont plus particulièrement invoqués dans le contentieux de la régulation :

- le respect par les autorités de régulation de leur compétence (France, Chypre, Hongrie) ;

- le respect des règles de procédure (France, Croatie, Italie, Chypre, Hongrie, Turquie), et en particulier des règles de consultation, des droits de la défense, du droit d'être entendu ;
- le respect de la vie privée dans l'exercice par les autorités de régulation de leurs pouvoirs de contrôle et d'enquête (France) ;
- le respect du principe d'impartialité (France, Chypre) ;
- le droit d'accès des administrés aux documents sur lesquels les autorités de régulation fondent leurs décisions (Luxembourg, Hongrie) ;
- une mise en balance par l'autorité de régulation des intérêts en présence, qui prenne en compte l'ensemble des intérêts en présence, évalue correctement leur importance respective et ne porte à aucun d'entre eux une atteinte disproportionnée (Allemagne) ;
- le respect du principe de proportionnalité de la décision (Allemagne, Estonie, Espagne, Italie, Chypre) ;
- le caractère raisonnable sur le plan technique et la soutenabilité économique de la décision (Italie) ;
- l'exercice erroné par l'autorité de régulation de son pouvoir discrétionnaire (Lituanie, Turquie).

La France, Chypre, la Lituanie et l'Autriche estiment que le contentieux de la régulation soulève des problématiques particulières, tenant à l'indépendance des autorités de régulation et au respect du principe d'impartialité, en raison notamment du cumul par celles-ci de multiples pouvoirs (recommandation, réglementation, autorisation, contrôle, injonction, sanction).

En France, le Conseil d'Etat a jugé que la faculté d'une autorité de régulation, investie d'un pouvoir de sanction, de se saisir de son propre mouvement d'affaires entrant dans son domaine de compétence doit être suffisamment encadrée pour ne pas donner à penser que les membres de la formation disciplinaire tiennent les faits visés par la décision d'ouverture de la procédure ou la notification ultérieure des griefs comme d'ores et déjà établis ou leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer comme d'ores et déjà reconnu, en méconnaissance du principe d'impartialité (CE, 22 décembre 2011, *Union mutualiste générale de prévoyance*, n°323612).

A Chypre, la contestation de l'indépendance et de l'impartialité des membres des autorités de régulation, en raison de leur possible engagement politique, de leurs intérêts personnels et financiers, et de leurs relations, est un moyen fréquemment invoqué à l'encontre de leurs décisions.

En Lituanie, il existe un principe général de séparation des fonctions, qui implique que l'instruction et la prise de la sanction ne peuvent pas être conduites par les mêmes personnes ni les mêmes entités de l'autorité de régulation. Or ce principe général peut être remis en cause par des règles spéciales. Les parties soutiennent fréquemment que le principe général devrait s'appliquer malgré l'existence de règles spéciales.

En Autriche, la cour administrative suprême s'est prononcée par deux décisions sur l'indépendance structurelle de l'autorité de régulation dans le secteur de l'énergie. Elle a jugé d'une part que celle-ci n'est pas garantie si un membre de l'organe de décision de l'autorité de régulation travaille dans une organisation chargée de la protection des intérêts des consommateurs et ayant qualité pour contester les décisions du régulateur (décision du 15 décembre 2014 2013/04/0108), et d'autre part que le droit général du ministre fédéral de l'énergie d'être informé des sujets traités par l'autorité de régulation ne compromet pas nécessairement son indépendance, mais que celle-ci ne doit pas répondre aux demandes d'information du ministre dans les cas où cela pourrait porter atteinte à son indépendance (décision du 23 novembre 2016 2016/04/0013).

## 5.2. L'étendue du contrôle du juge de la régulation

A l'exception de la Grèce, de Chypre et de la Pologne, tous les Etats répondants indiquent que leurs juridictions ne sont pas liées par les appréciations d'ordre technique et économique de l'autorité de régulation et qu'elles sont fondées à les contrôler, en les confrontant aux argumentations et éléments de preuve fournis par les requérants (Espagne, Suède), en engageant des mesures d'instruction et en faisant le cas échéant appel à un expert (Belgique, République tchèque, Croatie, Slovaquie).

La Grèce explique que le Conseil d'Etat s'estime lié par les appréciations d'ordre technique et économique de l'autorité de régulation, qu'il ne contrôle pas directement, et que seul un contrôle restreint du raisonnement suivi par l'autorité de régulation est autorisé.

En outre, comme il a été dit *supra*, à Chypre, la Cour suprême ne contrôle pas les questions techniques ni celles qui nécessitent des connaissances spécialisées, et en Pologne, la Cour administrative suprême se prononce en principe sur la base des faits établis par l'autorité administrative, et ne procède à des investigations complémentaires, à la demande des parties ou d'office, que si elles sont nécessaires pour lever un doute sérieux et ne rallongent pas exagérément la durée de la procédure.

Dans les autres Etats répondants, l'étendue du contrôle du juge de la régulation varie en fonction de la marge d'appréciation dont l'autorité administrative est dotée. Plusieurs d'entre eux indiquent que le juge ne contrôle pas l'opportunité de la décision prise par l'autorité de régulation (Lituanie, Slovaquie, Finlande).

En Belgique, le contrôle du juge est restreint à l'erreur manifeste dès lors que l'autorité administrative dispose d'un certain pouvoir d'appréciation, même limité.

En Allemagne, la Cour administrative fédérale détermine l'étendue de son contrôle en interprétant les dispositions légales applicables et décide si elle exerce un contrôle complet ou accepte une marge d'appréciation de l'autorité administrative. Dans le droit de la régulation, elle a jugé que plusieurs dispositions légales (sur la régulation des marchés et leur accès, les tarifs, les allocations de fréquence) donnent une large marge d'appréciation aux autorités de régulation, ce qui entraîne une restriction du contrôle du juge. Le juge se borne à contrôler que l'autorité a bien appliqué les règles de procédure, a fondé sa décision sur une compréhension correcte des dispositions légales applicables, a vérifié complètement et correctement les faits pertinents, a appliqué les standards d'évaluation en vigueur et en particulier n'a pas méconnu l'interdiction de l'arbitraire.

En Estonie, le contrôle du juge est également restreint lorsque la décision contestée a été prise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ce qui est fréquemment le cas dans le domaine de la régulation. Il est limité à l'erreur manifeste si la marge d'appréciation de l'autorité est importante et l'atteinte aux droits du requérant mineure. Lorsque l'autorité administrative ne dispose pas de pouvoir discrétionnaire, le juge peut habituellement substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité administrative. Toutefois, il limite son contrôle à l'erreur manifeste lorsque la législation est peu

fournie, que l'atteinte aux droits du requérant est mineure et/ou que l'appréciation requiert des connaissances ou une expérience spécifique non juridique. Le juge exerce dans tous les cas un contrôle complet des faits sur lesquels la décision est fondée, ainsi qu'un contrôle de sa rationalité.

De même, en France, l'étendue du contrôle du juge administratif varie en fonction de la marge de manœuvre dont l'autorité dispose en vertu des textes, de la nature des décisions attaquées et de la teneur des questions posées.

En Italie, le juge exerce un contrôle complet des faits et du raisonnement logique suivi par l'autorité de régulation. Toutefois, lorsque celle-ci a donné une réponse déterminée à un problème technique faisant débat, le juge ne peut pas lui substituer sa propre appréciation, mais se borne à contrôler que l'appréciation de l'autorité de régulation est plausible, raisonnable et proportionnée dans l'état des connaissances acquises de la science.

En Lituanie, en raison du principe de séparation des pouvoirs, le juge ne peut pas substituer ses propres appréciations à celles du régulateur. Il se borne à contrôler que l'autorité de régulation n'a pas outrepassé son pouvoir discrétionnaire, qu'elle n'a pas fait d'erreur manifeste ni abusé de ses pouvoirs. Le juge contrôle également que l'autorité de régulation a respecté les règles de procédure et correctement apprécié les circonstances de fait.

Au Luxembourg, le juge contrôle que l'autorité de régulation n'a pas dépassé la marge d'appréciation que le législateur lui a reconnue, en mettant en œuvre un principe de proportionnalité.

En Hongrie, lorsque les juridictions administratives contrôlent un acte pris par une autorité de régulation dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, elles se bornent à vérifier que l'autorité a pris la décision dans les limites de sa compétence.

Enfin, en Norvège, le contrôle du juge est limité lorsque l'autorité administrative est dotée par la loi d'un pouvoir discrétionnaire. Le juge contrôle qu'elle a fondé sa décision sur des considérations comprises dans le cadre légal, n'a pas procédé à une discrimination injuste, n'a pas pris sa décision sur une base purement aléatoire et que celle-ci n'est pas hautement déraisonnable.

### 5.3. Les pouvoirs du juge de la régulation

Dans douze Etats répondeurs (Belgique, Allemagne, Estonie, Grèce, Italie, Chypre, Lettonie, Hongrie, Pologne, Portugal, Norvège, Turquie), le juge ne dispose que du pouvoir d'annuler la décision de l'autorité de régulation.

En Belgique, si le Conseil d'Etat n'a qu'un pouvoir d'annulation, la Cour des marchés, juridiction judiciaire compétente pour une partie du contentieux de la régulation, dispose, dans certains cas, d'une pleine compétence.

En Allemagne, les juridictions administratives ne peuvent qu'annuler les décisions contraignantes des autorités de régulation, soit totalement soit partiellement si elles sont divisibles. Elles n'ont pas de pouvoir d'injonction lorsque les autorités administratives disposent d'une marge d'appréciation, ce qui est souvent le cas dans le domaine de la régulation. Elles peuvent seulement annuler la décision contestée. L'autorité a alors obligation de décider à nouveau sur la demande en prenant en compte la motivation juridique de la décision de la cour.

En Italie, les actes des autorités de régulation ne peuvent être modifiés directement par le juge. Toutefois, lorsqu'il annule un acte administratif, il prescrit les règles que l'autorité administrative doit suivre pour prendre une nouvelle décision.

A Chypre, la Cour suprême ne peut pas modifier les décisions des autorités de régulation ni substituer sa propre appréciation à la leur.

En Lettonie, la loi ne donne pas au juge le pouvoir de modifier l'acte administratif contesté dans le contentieux de la régulation. La juridiction est compétente pour écarter ou déclarer invalide l'acte contesté, et enjoindre à l'autorité administrative de prendre un nouvel acte en tenant compte des considérations de droit et de fait de sa décision.

Au Portugal, le juge a le pouvoir de fixer un délai sous astreinte à l'autorité administrative pour exécuter sa décision.

Dans les autres Etats répondants (Bulgarie, République tchèque, Espagne, France, Croatie, Lituanie, Luxembourg, Slovénie, Slovaquie, Finlande, Suède), le juge a le pouvoir de modifier la décision administrative.

En Bulgarie, la cour est compétente pour abroger ou réduire la sanction, mais ne peut pas l'alourdir.

En République tchèque, les juridictions de première instance (les cours régionales) peuvent alléger la sanction, exceptionnellement et à la demande du requérant.

En Espagne, la cour peut annuler l'acte ou la sanction. Si elle juge que la sanction est disproportionnée dans les circonstances particulières de l'espèce, elle peut juger que la sanction doit être réduite. Aux termes de l'article 71.2 de la loi sur la juridiction administrative, lorsque le juge annule un acte, il ne peut pas se substituer à l'autorité administrative pour déterminer les termes ni le contenu discrétionnaire de la nouvelle décision que celle-ci devra prendre pour remplacer celle annulée.

En France, le juge statue comme juge de plein contentieux sur les sanctions prononcées par les autorités de régulation, c'est-à-dire qu'il a les pouvoirs d'annuler et de modifier les sanctions contestées, en les réduisant ou en les aggravant. Il en est de même en Croatie, en Lituanie, au Luxembourg, en Slovénie, en Slovaquie, en Finlande et en Suède.

#### 5.4. La prise en compte du droit de l'Union européenne

Plusieurs Etats répondants (Allemagne, Espagne, France, Estonie, Italie, Chypre, Hongrie, Autriche, Suède) indiquent que les autorités nationales de régulation et les juridictions administratives prennent en compte les avis de la Commission européenne et des autorités européennes de régulation.

L'Allemagne s'interroge sur la portée juridique des recommandations des institutions européennes, qui, aux termes de l'article 288 (5) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, n'ont pas de force contraignante mais que, suivant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (affaire C-322/88, 13 décembre 1989, *Grimaldi*), les autorités et juridictions

nationales sont tenues de prendre en considération, en particulier lorsqu'elles éclairent l'interprétation de dispositions nationales mettant en œuvre le droit de l'Union européenne ou lorsqu'elles complètent des dispositions communautaires à caractère contraignant. Elle estime que l'effet juridique indirect des recommandations n'exclut pas que les autorités et juridictions nationales puissent s'en écarter. Ainsi, l'Agence fédérale des réseaux procède à une « évaluation compréhensive » pour les accommoder avec les caractéristiques nationales qui s'écartent du standard européen.

La France explique que le Conseil d'Etat a admis la recevabilité de l'exception d'invalidité d'un acte de droit souple européen à l'appui d'un recours contre un acte de droit souple d'une autorité française de régulation. Etaient en cause en l'espèce un avis de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution de se conformer aux orientations sur les modalités de gouvernance et de surveillance des produits bancaires de détail émises par l'Autorité bancaire européenne sur le fondement du règlement (UE) n°1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (CE, 4 décembre 2019, n°415550, *Fédération bancaire française*).

Chypre considère que les autorités de régulation ne renoncent pas à exercer leur pouvoir discrétionnaire de décision lorsqu'elles prennent en compte les avis, lignes directrices et bonnes pratiques des institutions européennes, notamment en matière de protection des données personnelles.

La Hongrie indique que les autorités nationales de régulation ont la responsabilité de mettre en œuvre le droit de l'Union européenne tendant à la libéralisation des marchés de la fourniture de l'électricité, du gaz, de l'eau, de la gestion des déchets, des télécommunications, etc., et de veiller à l'application cohérente des règles dans l'Union européenne. Dans cette perspective, elles prennent en compte les avis et décisions de la Commission européenne et des autorités européennes de régulation. Le droit national lui-même impose une telle obligation, par exemple dans le champ des communications électroniques.

De même, plusieurs Etats répondants (Bulgarie, Grèce, Espagne, France, Italie, Lettonie, Lituanie, Autriche, Slovaquie) estiment que le contentieux de la régulation est un champ particulier de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne.

La France souligne que la construction européenne a joué un rôle important dans le développement de la régulation étatique. L'ouverture à la concurrence d'un nombre croissant de secteurs, notamment des services de réseaux, dans le cadre du marché intérieur, a contribué à la naissance et à l'expansion de la régulation économique, pour garantir l'application du principe de libre concurrence et le concilier avec d'autres objectifs d'intérêt général. Le droit de l'Union européenne est une source importante de la légalité des actes des autorités nationales de régulation dans le domaine économique comme dans d'autres secteurs, tels celui de la protection des données personnelles. Dans l'exercice de son contrôle des actes de régulation, le Conseil d'Etat est conduit à appliquer des normes communautaires et à interroger la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation de ces normes. Par exemple, il a saisi la Cour de questions préjudicielles sur l'interprétation de la directive 2009/73 CE du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel ainsi que sur la portée matérielle et territoriale du droit au déréférencement des données personnelles consacré par son arrêt *Google Spain* du 13 mai 2014.

Les Etats répondants donnent des exemples variés des questions préjudicielles posées à la Cour de justice de l'Union européenne dans le contentieux des actes des autorités de régulation :

- questions préjudicielles sur l'interprétation des dispositions de la directive sur les services de paiement dans le marché intérieur, à propos de la contestation de la légalité d'une décision de la Commission financière et des marchés de capitaux de sanctionner d'une amende un échec à exécuter un ordre de paiement, ou encore sur l'interprétation du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et des règlements européens sur les aides d'Etat et les secteurs réglementés, à l'occasion de litiges sur la compensation de la perte subie par un producteur électrique en raison du défaut de paiement de la fourniture d'électricité à un opérateur public à un prix plus élevé que le prix de marché (Lettonie) ;
- questions préjudicielles dans les domaines de l'industrie alimentaire et de la concurrence, des communications électroniques, du secteur de l'énergie, de la protection des consommateurs, du secteur financier (Lituanie) ;
- question préjudicielle sur la portée du droit d'accès des administrés aux dossiers sur lesquels les autorités de régulation se fondent pour prononcer des sanctions et sa conciliation avec le secret des affaires (Luxembourg) ;
- questions préjudicielles sur le droit de la concurrence, la régulation du marché intérieur de l'électricité (Slovaquie).

#### 5.5. La rédaction de la décision de justice

Seize Etats répondants (Belgique, Bulgarie, République tchèque, Allemagne, Grèce, Italie, Lettonie, Luxembourg, Autriche, Slovénie, Slovaquie, Pologne, Portugal, Finlande, Suède, Norvège) estiment que la rédaction des décisions de justice ne présente pas d'enjeux particuliers dans le contentieux des actes des autorités de régulation.

Les autres Etats répondants (Estonie, Espagne, France, Croatie, Chypre, Lituanie, Hongrie, Turquie) identifient une variété de difficultés se posant lors de la rédaction des décisions de justice dans le contentieux des autorités de régulation, et liées à la technicité, à la complexité, ainsi qu'aux caractères sensible et médiatique des affaires. Il en résulte que la rédaction des décisions de justice présente trois enjeux principaux.

D'abord, la rédaction ne doit pas trahir le secret des affaires (Estonie), ni tout autre secret protégé par la loi.

De plus, la motivation en droit et en fait de la décision doit être suffisamment approfondie pour faire comprendre à la communauté juridique et aux professionnels le raisonnement suivi par le juge (France, Lituanie).

Enfin, la décision doit être rédigée de manière accessible au public sans trahir l'exactitude juridique et technique de la solution (Espagne).

La rédaction des décisions dans les dossiers complexes entraîne un accroissement de la charge de travail des juges, ce qui nécessite des aménagements. Par exemple, en Lituanie, ceux-ci prennent la forme d'une diminution du nombre d'affaires examinées par les juges et la mise en place d'une

équipe de support comprenant des assistants juridiques et des linguistes pour donner une attention suffisante à la qualité de la motivation juridique des décisions.

## 6. Le juge dans l'écosystème de la régulation

### 6.1. La communication sur les décisions de justice rendues en matière de régulation

Les Etats répondants indiquent que les décisions de justice rendues en matière de régulation ne font pas l'objet d'une publicité ou d'une communication particulière en raison de la spécificité de cette matière, mais en fonction de leur intérêt juridique et jurisprudentiel, de leurs effets socio-économiques et de leur impact médiatique.

La communication institutionnelle des cours administratives suprêmes sur les décisions importantes en matière de régulation prend plusieurs formes. L'une d'entre elle est la publication des décisions rendues, et/ou de leurs résumés sur le site internet de la juridiction (Grèce, France, Espagne, Italie, Lettonie, Finlande, Norvège), dans son rapport d'activité (France, Lituanie), dans un bulletin officiel ou une revue juridique (Croatie, Lituanie, Hongrie), ou encore sur les sites internet des autorités de régulation (Croatie).

La Lituanie explique que la publication par la Cour administrative suprême de résumés des décisions les plus importantes, rédigés de manière concise, est particulièrement importante et utile dans le contentieux de la régulation, en raison de sa complexité, pour assurer une meilleure compréhension de la jurisprudence de la Cour par les professionnels et le grand public.

Une autre forme de la communication institutionnelle des cours, assez répandue, est la publication de communiqués de presse sur les décisions les plus importantes. Cette pratique existe en Belgique, en Allemagne, qui donne en exemple le communiqué de presse sur la décision rendue par la Cour administrative fédérale sur la vente aux enchères des fréquences 5G, en Estonie, qui cite des décisions concernant le marché pharmaceutique, l'énergie éolienne, les applications de taxis, la publication par l'Autorité de contrôle financier de mises en garde sur des pratiques commerciales douteuses, en France, comme, par exemple, sur les décisions du 19 juin 2020 par lesquelles le Conseil d'Etat a d'une part rejeté le recours contre une sanction de 50 millions d'euros infligée à Google par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) pour violation du règlement général de protection des données et d'autre part annulé partiellement les lignes directrices de la CNIL relatives aux cookies et autres traceurs de connexion, en Lettonie, Lituanie, au Luxembourg, en Autriche, qui mentionne des décisions sur l'attribution de fréquences ou sur l'indépendance structurelle du régulateur de l'énergie, en Slovénie, Slovaquie, Finlande, Suède et Norvège.

Chypre indique que sa Cour suprême n'a pas pour pratique d'utiliser le communiqué de presse pour communiquer sur ses décisions, y compris lorsque celles-ci ont un retentissement médiatique. La Cour ne communique avec les parties, les autres juges, le monde juridique et le grand public que par l'intermédiaire de ses décisions qui sont les produits finaux des procédures juridictionnelles.

## 6.2. La participation des juges à des échanges généraux avec les professionnels des secteurs de régulation

Douze Etats répondants (Belgique, Bulgarie, France, Croatie, Chypre, Lettonie, Luxembourg, Hongrie, Pologne, Portugal, Turquie, Norvège) indiquent que leurs juges ne participent pas à des échanges généraux avec les professionnels des secteurs de régulation.

Chypre et le Luxembourg estiment que ces échanges seraient contraires au principe de séparation des pouvoirs, et pour Chypre, à celui de l'indépendance des juges. Le Luxembourg précise toutefois que les magistrats de la Cour peuvent participer à des colloques organisés par l'université sur des thématiques de régulation.

La France explique que les échanges organisés dans le passé avec les régulateurs (par exemple avec l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes) ont été abandonnés car ils étaient trop entravés par les précautions déontologiques réciproques concernant les litiges en cours, trop peu structurés, sans vision claire des apports respectifs.

L'Espagne indique également qu'il n'y a pas d'échanges réguliers entre les juges et les professionnels, car les juges ne doivent pas participer à des conférences ou des réunions dans lesquelles sont discutées des questions susceptibles de faire l'objet d'un litige. Elle précise toutefois que le plan annuel de formation des juges comprend habituellement des stages d'un nombre limité d'entre eux dans les organismes de régulation pour leur permettre d'acquérir une meilleure compréhension de leurs activités.

Dans les autres Etats répondants, dans lesquels sont organisés des échanges entre les juges et les professionnels de la régulation, ceux-ci interviennent généralement dans le cadre de la formation continue des juges (République tchèque, Espagne, Estonie, Italie, Lituanie, Slovaquie, Finlande). Les cours elles-mêmes organisent dans certains Etats des tables rondes ou des échanges entre leurs membres et les professionnels (Estonie, Lituanie), ou entre les juges des différentes juridictions compétentes en matière de contentieux de la régulation (Allemagne). La participation des juges à des colloques et séminaires organisés par les autorités de régulation ou par le monde académique permet également de tels échanges sur le droit et la pratique de la régulation (Allemagne, Grèce, Italie, Luxembourg, Autriche, Slovaquie).

Enfin, en Autriche, les juges participent à des événements publics annuels réunissant juges, juristes, universitaires, régulateurs et représentants des secteurs régulés, tels que le « Telekom-Forum », le « Rundfunk-Forum », etc., et en Suède, certains juges sont, en marge de leur activité juridictionnelle, membres de groupes ou associations de juristes spécialisés, par exemple en droit fiscal ou dans les marchés publics.

## 6.3. L'exercice par les juges de fonctions dans les autorités de régulation

Dans la majorité des Etats répondants, l'exercice par les juges de fonctions dans les autorités de régulation n'est pas possible (Bulgarie, République tchèque, Grèce, Croatie, Chypre, Lettonie, Hongrie, Autriche, Slovaquie, Pologne, Portugal, Finlande, Suède, Turquie, Norvège) ou peu courante (Allemagne, Estonie, Lituanie, Luxembourg).



En Belgique, la loi prévoit dans certains cas la participation de membres du Conseil d'Etat aux organes des autorités de régulation (Vlaamse Regulator voor de Media, commission des sanctions de la Banque nationale de Belgique). En Espagne, comme il a été indiqué *supra*, les juges peuvent faire des stages dans les organismes de régulation dans le cadre de leur formation. En France, le détachement de membres du Conseil d'Etat et de magistrats des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel dans les autorités de régulation est possible et encouragé car il permet de développer chez ceux-ci une compétence et une culture de la régulation, qu'ils pourront ensuite utiliser et partager à leur retour en juridiction. De même, en Italie, le détachement des juges dans des fonctions seniors des autorités de régulation est autorisé dans le respect des règles de déontologie.



## Annexe 1 – Liste des institutions membres et observateurs ayant soumis un rapport national en réponse au questionnaire

### Membres ACA

Pays	Institution
Belgique	Conseil d'Etat
Bulgarie	Върховен административен съд – Cour administrative suprême
République tchèque	Nejvyšší správní soud - Cour administrative suprême
Allemagne	Bundesverwaltungsgericht - Cour administrative fédérale
Estonie	Riigikohus - Cour suprême d'Estonie
Grèce	Συμβούλιο της Επικρατείας - Conseil d'Etat
Espagne	Tribunal Supremo de España - Cour suprême
France	Conseil d'Etat
Croatie	Visoki upravni sud Republike Hrvatske – Cour administrative suprême
Italie	Consiglio di Stato - Conseil d'Etat
Chypre	Ανώτατο Δικαστήριο της Κύπρου - Cour suprême de Chypre
Lettonie	Augstākā tiesa- Cour suprême
Lituanie	Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas - Cour administrative suprême de Lituanie
Luxembourg	Cour administrative
Hongrie	Kúria - Curia
Autriche	Cour administrative suprême
Pologne	Naczelny Sąd Administracyjny - Cour administrative suprême
Portugal	Supremo Tribunal Administrativo - Cour administrative suprême
Slovénie	Vrhovno sodišče Republike Slovenije – Cour suprême de la République de Slovénie
République slovaque	Najvyšší súd Slovenskej republiky - Cour suprême de la République slovaque
Finlande	Korkein hallinto-oikeus - Cour administrative suprême de Finlande
Suède	Högsta förvaltningsdomstolen - Cour administrative suprême

### Observateur ACA

Turquie	Danıştay- Conseil d'Etat
---------	--------------------------

### Juridiction invitée

Norvège	Norges Høyesterett - Cour suprême de Norvège
---------	--

## Annexe 2 – Données quantitatives du contentieux de la régulation devant les juridictions répondantes pour l'année 2020

Pays	Nombre d'affaires enregistrées	Nombre d'affaires réglées	Pourcentage d'affaires enregistrées	Pourcentage d'affaires réglées	Pourcentage d'affaires dans lesquelles l'acte de régulation a été annulé totalement ou partiellement
Belgique	24	20	0,90 %	0,70 %	15 %
Bulgarie	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
République tchèque	70	74	1,6 %	1,8 %	46 %
Allemagne	15	12	1,3 %	1 %	0 %
Estonie	Non disponible	30	Non disponible	44 %	80 %
Grèce	34	27	1 %	2 %	0 %
Espagne	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
France	Non disponible	69	Non disponible	0,71 %	20 %
Croatie	147	188	2,52 %	2,98 %	7,45 %
Italie	567	396	5,58 %	5,5 %	26,8 %
Chypre	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Lettonie	87 (18 admises)	12	5 % (2% admises)	1,3%	Non pertinente
Lituanie	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Luxembourg	2	2	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Hongrie	44	86	1,4 %	2,52 %	22 %
Autriche	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Pologne	89	39	0,61 %	0,24 %	Non disponible
Portugal	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Slovénie	13	23	2 %	2 %	32 %
République slovaque	50	19	2,78 %	2,50 %	31,6 %
Finlande	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible	Non disponible
Suède	70 %	70 %	Non disponible	Non disponible	10 à 20 %
Turquie	2713	2400	67,63 %	59,15 %	Non disponible
Norvège	Non disponible	0	Non disponible	0 %	0 %