

Séminaire ACA-Europe

Conseil d'Etat - Paris 5-6 décembre 2021

«Le contentieux des actes des autorités de régulation»

Troisième sesión

Le jugement des recours contre les actes de régulation

Les pouvoirs du juge de la régulation

M. Ángel Arozamena, Magistrat du Tribunal Supremo d'Espagne

SOMMAIRE:

I.- Contexte des secteurs régulés en Espagne. Contrôle juridictionnel.

1. Introduction.
2. La nature juridique des actes à examiner.
 - A) Le contentieux–administratif des actes réglementaires des autorités de régulation.
 - B) Le contentieux – administratif sur décisions individuelles des autorités de régulation.
 - C) Les actes du “droit souple”.
 - D) Responsabilité des autorités administratives de régulation économique à raison des dommages qu’elles causent du fait d’une intervention, fautive ou non.

II.- Pouvoirs du juge de la régulation dans le contentieux: annulation, modification ou/et suspension des actes des autorités de régulation. Exécution des jugements. Possibles procédures d’urgence.

1. Le juge espagnol dans le contentieux de la régulation.
2. Les défis rencontrés par le juge dans le cadre du contentieux de la régulation.
3. Traitement des questions concernant les autorités de régulation dans le système juridique espagnol.
4. Les pouvoirs du juge espagnol à l’égard des actes adoptés par les autorités de régulation.
5. Les limites du contrôle judiciaire.
6. Pouvoirs d’exécuter le jugement; possibilité des injonctions aux autorités de régulation.
7. Possibles procédures d’urgence dans le juridiction administrative.

I.- Contexte des secteurs régulés en Espagne. Contrôle juridictionnel.

1. Introduction.

Au début, les autorités de régulation s'occupaient de l'énergie, le marché de valeurs financières, des télécommunications, la régulation ferroviaire et le secteur postale. Néanmoins, en raison de la crise économique internationale de 2007, le gouvernement introduit dans la Loi 2/2011, 4 mars, sur l'économie durable, l'autorité de régulation du secteur du transport. Pendant ce temps, la Commission nationale du jeu, et la Commission de la régulation économique aéroportuaire ont été créés aussi. En plus, l'ensemble des actes de droit dérivé de l'Union Européenne en matière de régulation économique sectorielle, transposés en droit interne, favorise la multiplication des autorités.

La régulation, qui excède le seul champ économique, se caractérise par l'institutionnalisation d'un régulateur, prenant parfois la forme d'une autorité administrative indépendante, exerçant une mission globale de police administrative en ayant recours à un ensemble d'outils diversifiés relevant du "droit dur" (réglementation, autorisation, sanction) comme du "droit souple" (recommandation, coordination, prise de position, mise en garde...).

Maintenant, les autorités de régulation agissent, notamment, sur le secteur financier (Banque d'Espagne, Commission nationale du marché de valeurs, ou la Direction Générale d'assurance); compétence on concurrence (Commission nationale des marchés et de la concurrence); l'assistance sanitaire (Agence Espagnole du Médicament); la protection des données (l'Agence de la protection), ou la sécurité nucléaire.

Chaque régulation sectorielle prend en compte la possibilité d'adresser des recours directement devant l'ordre juridictionnel, -sans préalable recours administratif devant la propre autorité conforme à la Loi 39/2015, 1 octobre, de procédure administrative-, si les décisions sont prises, au titre de leur mission de contrôle ou de régulation, par les organes de bon nombre des autorités administratives indépendantes chargées de missions de régulation économique. Par exemple, les actes du Président et du Conseil de la

Commission nationale des marchés et de la compétence seront objet de recours devant l'ordre juridictionnel contentieux-administratif (article 36 de la Loi 3/2013, 4 juin), ainsi, les actes de la Banque d'Espagne par rapport à la politique monétaire (article 2 de la Loi 13/1994, 1 juin, sur l'Autonomie de la Banque d'Espagne).

La plupart des autorités administratives indépendantes de régulation économique accumulent, selon les cas, des pouvoirs de recommandation, de réglementation, d'autorisation, de contrôle, d'injonction, de sanction, voire de nomination. Si ces autorités, qui agissent au nom de l'Etat sans être subordonnées au Gouvernement, disposent par définition d'une large autonomie pour les mettre en œuvre, certaines garanties, destinées notamment à protéger les droits et libertés fondamentales des administrés, encadrent, néanmoins, l'exercice et le cumul de ces prérogatives est limité pour le droit de défense, par ailleurs, du principe d'impartialité (article 103.3 de la Constitution Espagnole).

Le recours contre les décisions rendues par les organismes de réglementation et de surveillance au niveau de l'État sont entendus par la Chambre contentieuse administrative de l'Audience nationale, cela découle de l'article 11 de la Loi 29/1998, 13 juillet sur le règlement des contentieux administratifs. Les jugements rendus par l'Audience nationale peuvent faire l'appel à la 3ème Chambre de la Cour suprême de cassation (4ème disposition additionnelle de la Loi 29/1998).

Le champ de l'activité administrative susceptible de recours est précisé à l'article 25 de la Loi 29/1998 sur la justice administrative. Peuvent être contestés devant le juge administratif les actes administratifs mettant fin à la voie administrative, les règlements, les actions constitutives de voie de fait - regroupe les actions de l'administration prises en dehors de tout fondement normatif, c'est-à-dire en dehors du champ de compétence ou en marge de la procédure (article 51.3, Loi 29/1998, 13 juillet) - et l'inactivité administrative. Seuls les deux premiers types d'actes sont pertinents concernant la justiciabilité du droit. Aux termes de l'article 25, sont également attaquables les actes préparatoires ou formalités, seulement s'ils décident directement ou indirectement du fond de l'affaire ou produisent un préjudice irréparable aux droits et intérêts légitimes du requérant.

2. La nature juridique des actes à examiner.

A) Le contentieux-administratif des actes réglementaires des autorités de régulation.

La plupart des autorités indépendantes de régulation économique ont été dotées par le législateur du pouvoir d'édicter des normes mettant en œuvre la loi qui sont revêtus d'une portée réglementaire, c'est ainsi les "circulaires" (par exemple, article 3 de la Loi de Autonomie du Banque d'Espagne). Elles sont différentes des circulaires administratives sans caractère *normatif* (article 6 de la Loi 40/2015, 1 octobre, du régime juridique du secteur public), sur lesquelles la Cour suprême a établi que, si la circulaire n'influence pas directement aux droits des citoyens, seulement, cela sera surveillé par la juridiction, quand elle soit appliqué par un acte administratif. [Jugement, 26 janvier 2021 (recours de cassation n° 3439/2019)].

En tout cas, la capacité "normative" est limitée, les autorités de régulation peuvent développer les instruments législatifs approuvés par le gouvernement sur la matière, si la loi ou le décret royal le permet explicitement, comme reconnaît entre autres, l'article 21 du Décret législatif Royale 4/2015, 23 octobre, de la Commission nationale du marché de valeurs¹ (CNMV). Les décisions et résolutions de la CNMV prises au titre de leur mission de contrôle ou de régulation sont directement recevables à contester directement en l'ordre contentieux-administratif (article 22.1). Néanmoins, les sanctions aussi comme les décisions sur l'intervention ou le remplacement des administrateurs seront objet du procédure *ad intra* (article 22.2)².

Bien que le recours contre certaines circulaires des autorités de régulation soit parfois recevable, il est souvent rejeté sur le fond car les entités de régulation disposent d'un pouvoir discrétionnaire technique, dénommé aussi doctrine des références propres. Étant conduit à apprécier la pertinence et la proportionnalité de décisions de régulation économique d'une grande technicité, le juge fait usage des différents instruments à sa disposition pour conduire ses investigations dans ces dossiers souvent complexes. En

¹ Ainsi, l'article 30 Loi 3/2013, 4 juin, de la Commission nationale des marchés et de la concurrence: la Commission nationale des marchés et de la concurrence peut édicter des circulaires et communications avec force obligatoire, quand la loi ou le décret royal le prévoit.

² Procédure de sanction (article 273-article 313); décisions sur les administrateurs (article 311)

quelques cas, la Cour suprême accepte de connaître du recours, mais rejette le fond pour des questions concernant aux aspects techniques, comme la détermination d'une zone non rentable³; cependant, la sentence du Tribunal Suprême, 24 juillet 2017 (recours de cassation n° 3084/2014) a évalué la méthodologie dans le marché des télécommunications, en ce qui concerne au bénéfice pas monétaire du valeur de la marque, et de l'emplacement.

Au-delà de ces circulaires, les décisions de la Commission, on trouve la brochure d'information à l'occasion de la vente ou l'admission de titres. Ces documents doivent être approuvés par la CNMV avant d'être publiées en vue d'informer le public et les investisseurs. La Cour suprême a décidé qu'ils possèdent une signification juridique plus pertinente qu'un simple acte préparatoire, parce que elle constitue l'acte final de la procédure de vérification et de supervision de l'information, donc, le contrôle juridictionnel est nécessaire⁴, mais limité dans la juridiction administrative, à la vérification des éléments formels du l'accord ainsi la suffisance de l'information fournie aux investisseurs.

B) Le contentieux – administratif sur décisions individuelles des autorités de régulation.

Les tribunaux contentieux-administratifs contrôlent le respect des conditions légales de l'adoption, d'autorisation, d'interdiction ou encore d'injonction, qui sont des décisions de police administrative de l'autorité de régulation. A cette occasion, il exercent souvent un contrôle de proportionnalité. C'est ainsi sur les décisions relatives à des demandes d'agrément ou d'autorisation de concentration économique. C'est le cas, de la autorisation de la Commission nationale du marché et la compétence qui permet le contrôle exclusif du *business* de petites annonces online à certaine entreprise, si la compagnie donne une licence temporal exclusif à différent compagnie, des petites annonces du sector de l'automobile (sentence de l'Audience nationale, chambre administrative, 20 juin 2018, recours n° 59/2015).

³ Sentence Tribunal suprême, chambre administrative, 10 juillet 2007 (recours de cassation n° 11387/2004), circulaire de la Commission du marché des télécommunications.

⁴ Sentence Tribunal suprême, chambre administrative, 9 octobre 2008, (recours de cassation n° 529/2006).

Les activités de surveillance économique et financière qui produisent des décisions individuelles, constituent l'un des domaines dans lesquels l'activité des tribunaux joue une importante activité, surtout en matière des conflits entre opérateurs des télécommunications dépourvus de la discrimination dans le marché pour les tarifs des services ou des interconnexions avec la principale compagnie (jugement de l'Audience nationale, 27 juillet 2020, recours n° 689/2018, Telefónica, Orange Espagne).

Ce contrôle de proportionnalité du juge est également applicable aux sanctions prononcées par les organes des autorités de régulation, ainsi, le Tribunal suprême a jugé le recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision de la Commission nationale de la concurrence, où l'interprétation des principes de typicité et de culpabilité et estime proportionnelle la sanction découlant du manquement des conditions de l'opération de concentration économique (sentence, chambre administrative, 17 juin 2016, recours n° 780/2014). Le secteur de protection de données a soulevé l'intérêt sur le contrôle de la privacité, donc, nombreux recours sont dirigés contre des sanctions dans la matière, par exemple, acte judiciaire, 8 avril 2021 qui a admis le recours de cassation n° 8/2021 contre une décision de l'Agence de protection de données personnelles, concernant des sanctions imposées à une compagnie à cause de l'écart numérique sur les courriers électroniques des clients qui ont été utilisés par une autre entreprise sans leur consentement.

Au titre des décisions individuelles prises par les autorités de régulation économique, la Cour suprême connaît également des recours dirigés contre les mesures préventives adoptées par les autorités, comme la décision de la Commission du marché des télécommunications liée au prix de connexion des services ADSL (sentence, chambre administrative, 25 octobre 2017, recours n° 105/2015).

C) Les actes du “droit souple”.

Les simples recommandations ou prises de position, dans la mesure où elles ne constituent pas des actes administratifs en tant que tels, ne peuvent pas être directement contestées devant la juridiction contentieuse-administrative, précisément parce qu'elles ne sont pas des actes administratifs.

En tout cas, plusieurs interprétations sont possibles sur ces types de actes, étant donné que le droit d'accès à la protection juridictionnelle (article 24 de la Constitution) et la surveillance de la légalité sur les actes administratifs (article 9.3 de la Constitution) doit être garanti, et logiquement, elles peuvent être contestées si, sous la dénomination formelle apparente de simples recommandations, elles contiennent matériellement un véritable acte administratif parce qu'elles donnent en réalité un mandat légal contraignant.

Toutefois, les actes qui peuvent être émis sur la base de ces recommandations ou positions, ou en conséquence de celles-ci, peuvent être contestés.

A titre d'exemple, la Commission nationale de marchés de valeurs dispose d'outils de droit souple comme les mises en garde ou avertissements. Traditionnellement, la Commission peut adresser deux types de mises en garde au public à propos du comportement d'un opérateur dans le but de protéger le marché et les investisseurs. D'une part, elle veille à la protection des investisseurs en développant la diffusion d'une information nécessaire à cette fin. Ainsi, des mises en garde aux entités non autorisées à fournir des services d'investissement sont émises. D'autre part, la Commission a la faculté d'adopter des mesures additionnelles à l'ouverture d'une procédure de sanction lui permettant d'avertir le public de l'existence d'une telle conduite et, par exemple, de l'interdiction pour l'opérateur en infraction de fournir des services d'investissement. Ces mises en garde sont informelles et dépourvues de force obligatoire, donc, il n'est pas contrôlé par le contentieux- administratif.

D) Responsabilité des autorités administratives de régulation économique à raison des dommages qu'elles causent du fait d'une intervention, fautive ou non.

La responsabilité patrimoniale pour les dommages causés par les autorités de régulation économique est invoquée uniquement, en principe, auprès de ces Entités, sans qu'une responsabilité patrimoniale directe de l'Administration à laquelle elles sont rattachées soit possible, parce que l'Administration ne dirige pas l'activité des autorités dotées d'autonomie.

Le droit à l'indemnisation pour responsabilité patrimoniale est prévu à la Loi 40/2015 (article 32 et suivants). Le article 32 établit que:

“les particuliers ont le droit d'être indemnisés par les Administrations publiques correspondantes pour tout préjudice qu'ils subissent à l'un de leurs biens et droits, à condition que le préjudice soit une conséquence du fonctionnement normal ou anormal des services publics, sauf dans les cas de force majeure ou de dommages que le particulier a le devoir légal de supporter conformément à la loi “.

La même loi souligné dans son article 36 (paragraphe 1 et 2), ce qui suit:

"Article 36: Exigence de responsabilité financière des autorités et du personnel au service des Administrations publiques.

1. Afin de rendre effectif le principe de la responsabilité financière visée par la présente loi, les particuliers doivent demander directement à l'Administration publique correspondante la réparation des dommages causés par les autorités et le personnel à leur service.

2. L'Administration correspondante, lorsqu'elle a indemnisé les personnes lésées, peut réclamer d'office dans une procédure administrative à ses autorités et aux autres personnels à son service toute responsabilité qu'ils auraient encourue en raison d'une fraude, d'une faute grave ou d'une négligence, à la suite de l'instruction de la procédure correspondante. Afin d'exiger ladite responsabilité et, le cas échéant, de la quantifier, les critères suivants, entre autres, seront pris en considération: le résultat dommageable produit, le degré de culpabilité, la responsabilité professionnelle du personnel au service des administrations publiques et sa relation avec la production du résultat dommageable”.

La preuve d'une faute lourde des dommages résultant de la décision de l'autorité de régulation, est essentielle pour engager la responsabilité au fonctionnement de ces services publics. Précisément, la Cour Suprême saisi des recours dirigés contre les manquements de contrôle du Ministère d'Économie, de la Banque d'Espagne et de la Commission nationale du marché de valeurs sur le cas “Fórum Filatélico, S.A.” – système massid de collecte des fonds- sont emblématiques dans cette matière (notamment, sentence, chambre administrative, 26 juin 2012, recurso de cassation nº 2621/2011).

En fin, le contentieux de la régulation économique donne lieu, par ailleurs, à la mise en œuvre d'une large palette de moyens et pouvoirs qu'on verra dans le suivant point.

II.- Pouvoirs du juge de la régulation dans le contentieux: annulation, modification ou/et suspension des actes des autorités de régulation. Exécution des jugements. Possibles procédures d'urgence.

1. Le juge espagnol dans le contentieux de la régulation.

Une approche du rôle joué par le juge espagnol dans le contentieux de la régulation, exige un examen préalable du cadre dans lequel il exerce ses fonctions. C'est-à-dire que l'étude de ce cadre, en ce qui concerne l'Espagne, se limite essentiellement aux dispositions de la Loi régissant la Juridiction Contentieuse-Administrative, dont la susmentionnée 4ème Disposition Additionnelle envisage la régulation des recours contre certains actes, résolutions et dispositions, actes envisagés de manière spécifique, en raison de la particularité qu'implique le fait qu'ils émanent des différents organes de régulation et de contrôle de l'Etat. *"(...) Ce qui est déterminant dans la disposition contenue dans la disposition additionnelle précitée, c'est la nature de l'organe qui émet l'acte, qu'il soit susceptible de recours direct devant la juridiction contentieuse-administrative ou qu'il soit soumis à un recours ordinaire. En définitive, il s'agit d'une règle spécifique d'attribution de compétence en fonction de l'instance dont émane le recours et de la matière sur laquelle il porte, règle qui modifie la règle générale. Cette disposition spécifique concerne les résolutions et les dispositions des organismes ayant des fonctions spéciales de régulation et/ou de contrôle dans certains domaines (...)"* [jugement du Cour suprême, Section 1º, de la Chambre du contentieux-administratif, 18 octobre 2017 (recours en cassation n° 3206/2017)]

Il n'est pas nécessaire à ce stade de faire une description exhaustive des particularités qui convergent dans le contentieux des actes des autorités de régulation, mais il convient de garder à l'esprit dans quelle mesure cette particularité pourrait conditionner le rôle qu'y joue le juge.

En résumé, il s'agit dudit cadre dans lequel convergent les autorités chargées de faire respecter le Droit de la concurrence, entendu dans son sens le plus large, avec d'autres autorités ayant la capacité d'agir dans des domaines sectoriels spécifiques. Il s'agit également d'un cadre conditionné par la difficulté des litiges qui surgissent en raison de la complexité technique des décisions adoptées par les autorités de régulation et de la concurrence, complexité à laquelle s'ajoute, à de nombreuses occasions, l'importance économique ou sociale des affaires traitées.

2. Les défis rencontrés par le juge dans le cadre du contentieux de la régulation.

Une fois la compétence des juridictions administratives⁵ espagnoles établie, le principal défi qui se pose consiste à surmonter l'éventuelle difficulté que peut leur poser le contrôle des décisions adoptées par les différentes Commissions Indépendantes de Régulation⁶, car si, à première vue, la question semble claire, il est évident que, en tant qu'actes administratifs, ils sont soumis, comme tout autre, à la loi et au droit, et qu'à ce titre ils sont susceptibles d'être jugés, la question n'est pas si simple et les possibilités de ce contrôle et les limites qui le contraignent conditionnent le champ d'action du contrôle juridictionnel. Il ne faut pas oublier que les décisions adoptées par ces organismes de régulation, que ce soit par le biais d'une disposition générale ou d'une disposition plus spécifique, ont non seulement des effets sur les droits et obligations des entreprises, mais aussi des citoyens. Par exemple, sur la détermination des prix et des tarifs ou sur l'interdiction des concentrations d'entreprises. Nous partons cependant du postulat que la nécessité d'un contrôle judiciaire de ces actes est indiscutable et que, en adéquation à cela, le juge doit disposer des instruments nécessaires pour rendre ce contrôle effectif, instruments qui comprennent, entre autres, l'adoption de certaines décisions telles que l'opportunité de recourir à une mesure de précaution ou provisoire⁷ concrète (article 129 et suivants Loi 29/1998⁸), comme on verra dans le suivant point.

⁵ *Tribunales contencioso-administrativas*

⁶ *Comisiones Reguladoras Independientes*

⁷ *Medida cautelar*

⁸ *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*

Cela dit, il est possible d'affirmer que les Tribunaux contentieux-administratifs, qui en Espagne sont chargés de traiter les questions à l'étude, sont parfaitement compétents pour juger les décisions adoptées par les organismes de régulation, puisque leur objectif ultime est d'agir contre toute violation de l'ordre juridique ; dans l'analyse de cette violation de l'ordre juridique, les tribunaux conservent une marge de respect pour les jugements techniques des régulateurs, mais ces jugements techniques peuvent être mis à mal par une activité de contestation appropriée de la part du requérant. Et de la même manière que nous tirons cette conclusion, nous pouvons déduire la principale difficulté qui se pose à cet égard : une connaissance approfondie du secteur et du marché concernés, du droit des sociétés, du droit de la concurrence... est nécessaire pour pouvoir examiner le fond de ces affaires de manière adéquate. Par conséquent, comme mentionné ci-dessus, le principal défi consiste à déterminer comment est-il possible de conjuguer les connaissances juridiques avec d'autres connaissances non juridiques et une bonne compréhension des problèmes économiques. Il ne faut pas non plus oublier que le contrôle s'exerce non seulement sur l'action au niveau national, mais que, en conséquence de la définition constitutionnelle de l'État espagnol comme un État composé de différentes communautés autonomes, il s'étend également aux actes réalisés par les organismes autonomes de régulation et de surveillance, dont le champ d'action est limité à la communauté autonome en question et qui sont jugés par la haute instance de la communauté autonome respective. Il faut aussi rappeler que dans les litiges portant sur la contestation des décisions des organismes de régulation, non seulement le Droit interne espagnol est souvent interprété et appliqué, mais aussi le Droit de l'Union européenne.

3. Traitement des questions concernant les autorités de régulation dans le système juridique espagnol.

Le fait que, en ce qui concerne l'Espagne, les questions relatives aux autorités de régulation n'aient pas de traitement spécifique au-delà de leur développement dans la voie procédurale contentieuse-administrative ordinaire peut être interprété de deux façons. On peut considérer -comme cela a d'ailleurs été noté en réponse à la question soulevée dans les questionnaires fournis à ce sujet, à savoir si les questions de régulation nécessitaient une méthode particulière - que leur développement par le biais cette voie générale est suffisant pour traiter des particularités et des problèmes de développement qui se posent

en la matière. Ou bien, considérer que le principal défi lié à cette question dans notre pays est précisément la nécessité de construire un cadre adapté aux particularités et aux traits distinctifs de ce domaine d'action. Et peut-être est-il possible de combiner les deux perspectives en fournissant aux juges les connaissances techniques nécessaires, en mettant en œuvre des outils de formation spécifiques et en renforçant la disposition, déjà mentionnée dans notre loi de procédure civile⁹, qui prévoit la possibilité pour les organismes de régulation d'intervenir dans les procédures relatives aux ententes et à la protection des données, sans avoir la qualité de partie, non seulement de leur propre initiative mais aussi à l'instance de l'organe judiciaire.

4. Les pouvoirs du juge espagnol à l'égard des actes adoptés par les autorités de régulation.

Concrètement, quels sont les pouvoirs du juge espagnol, quelles sont ses possibilités d'annuler, de modifier ou de suspendre les actes adoptés par les autorités de régulation et dans quelles conditions? Peut-il superviser l'exécution de leurs décisions et d'émettre, dans ce contexte, des injonctions aux autorités de régulation? Dispose-t-il d'une voie de recours d'urgence en la matière?

Cette approche se manifeste, par exemple, par rapport aux différentes règles juridiques qui régissent les activités de ces organismes de régulation leur confèrent généralement le pouvoir d'imposer des sanctions. Ce sont donc eux, et non les juges, qui exerceront ce pouvoir de sanction. Par exemple, la *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito* accorde à la Banque d'Espagne, entre autres, le pouvoir d'exercer la fonction de surveillance. Toutefois, au-delà de ce pouvoir de sanction, le juge conserve le pouvoir de décider du respect et de l'observation de ces différentes règles de droit et, en tout état de cause, comme cela a été rappelé, le pouvoir de juger les actes des organismes de régulation de l'Etat, dès lors qu'ils sont soumis au Droit administratif. Le pouvoir de sanction reste donc sous le contrôle de l'organe judiciaire, tandis que la jurisprudence en définit progressivement les limites.

⁹ *Ley de Enjuiciamiento Civil*

Ainsi, par exemple, la Cour Suprême a conclu que l'organisme de régulation, lorsqu'il exerce son pouvoir de sanction, n'est pas dispensé de procéder à sa propre analyse pour déterminer le marché pertinent, même s'il peut s'appuyer sur un large éventail de données et de rapports, mais que cette analyse doit être fondée sur tous les rapports et données disponibles et appropriés. La décision de justice n° 987/2021, du 7 juillet, de la 3e section de la Chambre du Contentieux-administratif¹⁰ de la Cour Suprême (recours de cassation n° 4982/2020) a répondu au pourvoi en cassation formé dans lequel il était demandé de déterminer si le type d'infraction décrit à l'article 286.6 du Décret Royal Legislatif 4/2015, du 23 octobre, portant approbation du texte consolidé de la Loi du marché des valeurs (en ce qui concerne l'interdiction imposée par la CNMV¹¹ le 12 juin 2017 en vertu de l'article 20 du Règlement (UE) 236/2012), comprend des cas autres que les ventes à découvert et, concrètement, si l'interdiction comprend une opération telle que celle sanctionnée consistant en une augmentation des positions courtes nettes dérivée de la réduction des positions longues, concluant à cet égard que *"l'accord de la CNMV, largement connu sur le marché, couvrait clairement et catégoriquement non seulement les ventes à découvert mais aussi d'autres opérations, telles que, en particulier et en général, la création ou l'augmentation de "positions courtes nettes", à l'exception de trois exceptions spécifiques ne concernant pas les opérations sur CFDs"*.

La Cour suprême peut déclarer l'acte ou la sanction "nulle et non avenue", et peut également évaluer la pertinence de la sanction imposée sur la base d'un test de proportionnalité. S'il conclut que la sanction est disproportionnée dans les circonstances spécifiques de l'affaire, il peut décider dans un arrêt que la sanction concernée soit atténuée (par exemple, que le montant de l'amende soit réduit, ou que la période de suspension ou de déchéance convenue dans la décision de sanction soit raccourcie). Il convient toutefois de rappeler que l'article 71.2 de la Loi sur la juridiction du contentieux administratif établit que *"les organes juridictionnels ne peuvent pas déterminer la forme dans laquelle les dispositions d'une règle générale doivent être rédigées pour remplacer celles qu'ils annulent, ni le contenu discrétionnaire des actes annulés"*.

¹⁰ Sala de lo Contencioso-administrativo

¹¹ Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)

En matière de contentieux des autorités de régulation, il ne faut pas non plus oublier qu'il existe une marge de compétence attribuée à la juridiction civile. Cette marge ouvre une voie supplémentaire au juge espagnol pour connaître de ces questions dans la mesure où les organismes de régulation sont soumis au droit administratif, comme mentionné précédemment, et relèvent de la juridiction contentieuse-administrative, mais dans leurs relations de droit privé ils sont soumis au contrôle de la juridiction civile; tout cela conformément à ce qui est spécifiquement établi, pour chaque organisme, dans le statut réglementaire de chacun de ces organismes de régulation et de surveillance.

5. Les limites du contrôle judiciaire.

Une autre question qu'il convient de souligner est, une fois admise la possibilité et la nécessité d'un contrôle judiciaire dans ce domaine, est celle de la définition de ses limites: le contrôle doit-il se limiter aux aspects réglementés des actes adoptés, ou doit-il aller plus loin et affecter le cœur de la décision adoptée?

La Cour Suprême a eu l'occasion de se prononcer sur l'étendue du contrôle juridictionnel à plusieurs reprises par le biais d'un pourvoi en cassation.

La Cour a déjà considéré que la question de la nécessité de clarifier, à la lumière de la jurisprudence européenne, l'étendue et les limites du contrôle juridictionnel des décisions de la Commission nationale des marchés et de la concurrence¹² impliquant des appréciations économiques complexes, notamment en ce qui concerne la délimitation du/des marché(s) pertinent(s) aux fins de déterminer l'existence d'une position dominante et l'éventuel abus de cette position, intéressait le juge de cassation. Cette question a été examinée dans les décisions de justice de la Cour suprême, 8 janvier 2019, 21 décembre 2018 et 20 décembre 2018 avec des conclusions similaires.

Ainsi, dans son arrêt n° 1857/2018, du 20 décembre 2018 (recours n° 6552/2017), il a résolu le pourvoi en cassation formé par l'Administration Générale de l'État¹³ contre l'arrêt du 4 septembre 2017 de la *Audiencia Nacional* qui a accueilli le recours

¹² *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

¹³ *Administración General del Estado*

contentieux-administratif formé par Telefónica Móviles España SAU contre une décision de la Commission nationale de la concurrence¹⁴ de l'époque (actuellement Commission nationale des marchés et de la concurrence¹⁵), lui infligeant une amende pour abus de position dominante. La décision judiciaire reflétait, comme question d'intérêt pour le recours, celle de clarifier, à la lumière de la jurisprudence européenne, l'étendue et les limites du contrôle juridictionnel des décisions de l'organisme régulateur impliquant des évaluations économiques complexes, notamment en ce qui concerne la délimitation du ou des marchés pertinents aux fins de déterminer l'existence d'une position dominante et l'éventuel abus de cette position. Se fondant sur la doctrine européenne, la Cour suprême a déclaré que le contrôle judiciaire susmentionné pouvait s'étendre non seulement à *"l'exactitude matérielle des preuves invoquées, leur fiabilité et leur cohérence"*, mais aussi à la pertinence des données et à leur aptitude à étayer ou appuyer les conclusions tirées.

Des décisions comme celle-ci, il est possible de conclure que le contrôle juridictionnel que nous examinons maintenant peut être exercé en Espagne, non seulement sur les données économiques, mais aussi sur les évaluations faites par les autorités de concurrence. En substance, lorsque le tribunal estime que les conclusions de l'organisme de régulation ne reposent pas sur une base suffisante et fiable ou qu'il n'y a pas de correspondance logique entre la décision et les données sur lesquelles elle se fonde, il peut annuler la décision de l'organisme régulateur.

La Troisième Chambre a déjà rendu des arrêts, se référant également en l'espèce à la concurrence et à l'étendue des pouvoirs de la Commission nationale de la concurrence dans les litiges en matière d'interconnexion –décision de la Cour suprême du 10 novembre 2016 (recours en cassation n° 229/2014), du 23 mars 2017 (recours en cassation n° 2420/2014 ou du 10 juillet 2018 (recours en cassation n° 3591/2017) et à cet égard, des *autos* ont récemment été rendus admettant des recours en la matière, comme le récent *auto* du 30 juin 2021 (recours en cassation n° 7370/2020) qui dispose : *"En résumé, nous considérons alors, et également aujourd'hui, qu'il convient de rendre un nouvel arrêt de la Troisième Chambre du Tribunal Supremo qui, en remplissant sa fonction unificatrice,*

¹⁴ *Comisión Nacional de la Competencia*

¹⁵ *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

serve à répondre à la question centrale soulevée par le présent pourvoi afin de déterminer si la CNMC est compétente pour imposer des prix (dans ce cas, pour fixer un prix maximum) dans des services non réglementés et par la résolution de conflits d'interconnexion entre opérateurs, et, si oui, dans quelles conditions".

Il existe de nombreux exemples récents dans lesquels la Haute Cour a considéré l'existence d'un intérêt pour le juge dans des matières dont l'examen délimite les marges du contrôle juridictionnel exercé en matière de contentieux des actes des autorités de régulation, dont le volume souligne l'intérêt que la question soulève et la nécessité de définir la problématique. Sans vouloir être exhaustif, il est possible d'en mentionner quelques-uns.

Dans la décision du 2 juin 2021 (recours de cassation n° 4766/2020), la question soulevée dans le pourvoi qui a été considérée comme présentant un intérêt objectif pour la formation de la jurisprudence consistait à déterminer si l'incohérence alléguée était le fruit d'une erreur et à préciser ensuite qui de la CNMC ou du Ministère de l'Industrie, de l'Énergie et du Tourisme¹⁶ avait le pouvoir de reconnaître les rémunérations dans le secteur de l'électricité et, en particulier, le pouvoir de résoudre une demande de remboursement présentée à la suite de la déclaration d'inapplicabilité du mécanisme de financement du bonus social.

Avec l'admission par décision du 15 juillet 2021 (recours de cassation n° 899/2021), il s'agissait de renforcer, compléter, nuancer ou, le cas échéant, corriger la jurisprudence exposée dans la décision du Cour suprême du 4 juin 2020 (recours de cassation n° 1228/2019) afin de préciser si l'acte par lequel, en vertu de l'article 30 du Règlement sur la Défense de la Concurrence, la direction de la concurrence de la CNMC, a accepté d'incorporer dans un dossier les informations contenues dans un autre pourrait être considéré, ou non, comme un acte de procédure qualifié aux fins de son recours devant la juridiction contentieuse-administrative conformément aux dispositions des articles 25. 2 LJCA et 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

¹⁶Ministerio de Industria, Energía y Turismo

Plus récemment, une décision d'admission a été émise le 21 juillet 2021 (recours de cassation n° 1071/2021), toujours en attente de jugement, sur la portée et l'étendue du contrôle juridictionnel en ce qui concerne les exigences d'information et de transparence émises par la *CNMC*, dans l'exercice de sa fonction de surveillance et de contrôle dans le secteur ferroviaire, aux entités opérant dans ce secteur, en particulier, en ce qui concerne le contrôle de la justification et de la proportionnalité de ces exigences ou des obligations spécifiques de transparence (publication de tableaux et de formules) imposées par l'autorité de régulation.

Egalement en attente de jugement la décision du 20 octobre 2021 (recours de cassation n° 5232/2021) dans laquelle le Tribunal suprême a estimé qu'il était de l'intérêt du tribunal de déterminer si la *CNMC* est compétente pour imposer des prix (dans ce cas, pour fixer un prix maximum), dans les services non réglementés par le biais de la résolution de litiges entre opérateurs, et, dans l'affirmative, dans quelles conditions, ainsi que la décision du 30 septembre 2021 (recours de cassation n° 4584/2021) dans laquelle la question à résoudre est celle de savoir si la compétence conférée à la *CNMC* par l'article 11.1 de la Loi sur la création de la Commission nationale de marchés et la compétence¹⁷, pour "sauvegarder la pluralité de l'offre", comporte un pouvoir de compétence en soi pour imposer les mesures adoptées dans la décision attaquée, ou si, au contraire, elles nécessitent un développement normatif ultérieur.

Toutes les décisions susmentionnées contribuent à identifier les profils du contrôle juridictionnel exercé en Espagne par les tribunaux sur les organismes de régulation, un contrôle qui leur permet d'établir les limites de compétence, de déterminer la conformité ou non des actes qu'ils adoptent, l'interprétation des concepts juridiques axés sur l'activité déployée... tout cela met en évidence la nécessité sous-jacente de définir une sphère en développement continu dans laquelle agissent des organismes indépendants qui, bien qu'ils puissent être considérés comme extérieurs à la machine administrative, n'échappent pas à ce contrôle juridictionnel.

¹⁷ Loi 3/2013, du 4 juin, portant création de la Commission Nationale des Marchés et de la Concurrence

6. Pouvoirs d'exécuter le jugement; possibilité des injoctions aux autorités de régulation.

L'exécution fait partie de la réponse au mandat prévu par la constitution espagnole de 1978, qui confère aux juges et aux tribunaux la double fonction de juger et de faire exécuter les jugements (articles 117 et 118 de la Constitution espagnole). En conséquence, les parties au procès ont l'obligation de respecter les jugements et les autres décisions judiciaires, ainsi que d'apporter la collaboration requise pour l'exécution de ce qui a été décidé. Aucune particularité applique aux procédures des actes administratifs du secteur de régulation.

Dans le cadre de droit administratif, les opérateurs économiques visés par des décisions des autorités de régulation mobilisent souvent les voies de droit d'urgence ouvertes devant la juridiction contentieuse-administrative, telles que la suspensión pendant la procédure du contentieux-administratif comme nous avons mentionné auparavant (article 129 et suivants de la Loi 29/1998). Ainsi, par exemple, la Cour suprême saisi de recours tendant à la confirmation ou pas de la dénegation des mesures adoptés par l'Audience nacional concernat les sanctions des autorités de régulation des telecommunications, après l'examen des enjeux au débat sur l'intérêt public et celui du particulier (jugement, 15 février 2011, recours de cassation).

Le régulation régissant au jugement définitif n'a pas de particularité, donc, après deux mois de la notification, ou le temps concreté pour son accomplissement, le requérant ou le défendeur pourraient demander l'exécution devant le tribunal (article 103 et suivants de la Loi 29/1998). Il n'y a pas de recours possible à l'encontre de l'ordonnance d'exécution. Toutefois, le saisi peut s'opposer à l'exécution une fois que celle-ci lui a été notifiée, ce qui, le cas échéant, donne lieu à la procédure d'opposition à l'exécution évoquée plus haut.

Sur ce-point, une mention au Loi 1/2000, 7 janvier, de procédure civile (LEC), qui s'applique subsidiairement à l'ordre contentieux-administratif, que établit les types d'exécution: définitive ou provisoire. Dans ce second cas et dans des conditions bien définies, un jugement est exécuté même s'il n'est pas encore définitif, pour éviter que, au cours de la période intérimaire (tout au long de la procédure de recours contre cette

décision et jusqu'au prononcé du jugement définitif), le créancier soit désavantagé à cause de la lenteur inhérente aux procédures (articles 524 à 537 de la LEC).

7. Possibles procédures d'urgence dans le juridiction administrative.

Après avoir examiné le contexte légal et réglementaire dans lequel le juge espagnol évolue par rapport à la question en cause, et étant donné qu'il est vrai qu'en Espagne, les contentieux des actes des autorités de régulation disposent des mêmes voies de recours que celles qui leur sont ouvertes contre les actes équivalents ou analogues d'autres autorités administratives, on peut affirmer que le système de recours contentieux-administratif contre ces actes n'est pas différent du système général de recours établi dans la législation générale du Droit administratif (bien qu'il faille se référer aux dispositions spécifiques des statuts réglementaires des différents organismes). Ceci constitue en soi une sorte de garantie dans la mesure où ces contentieux ne sont pas privés de l'accès à l'une des voies de recours judiciaires que le système juridique espagnol prévoit. La pratique judiciaire montre d'ailleurs que les litiges évoqués ci-dessus ne soulèvent pas des problèmes particuliers d'irrecevabilité autres ceux qui sont généralement prévus pour la contestation des actes et dispositions administratives. Aucune procédure n'a été prévue pour le traitement urgent de ces cas, contrairement aux canaux déjà prévus par la loi et aux possibilités qu'ils offrent.