



La référence du droit en ligne



Vers un contrôle du droit souple en matière de régulation
économique

(CE, ass., 21/03/2016, Société Fairvesta International GMBH)

Date de rédaction : 13/07/2017

Table des matières

Table des matières.....	2
Introduction.....	3
I - La nature ambiguë du droit souple émis par l'administration.....	4
A - Les antécédents favorables au droit souple des administrations.....	4
1 - La nécessité du droit souple.....	4
2 - Une reconnaissance juridique du droit souple.....	4
B - L'absence de caractère décisoire.....	6
1 - Le caractère décisoire comme manifestation de l'exercice d'une prérogative de puissance publique.....	6
2 - L'approche matérielle de l'acte.....	6
II - L'extension des conditions de la recevabilité des recours contre le droit souple de l'administration économique.....	8
A - L'admission d'une approche conséquentialiste.....	8
B - Les adaptations du cadre du contrôle.....	10
CE, ass., 21/03/2016, Société Fairvesta International GMBH.....	11

Introduction

La nature de l'acte juridique, en général, et de l'acte administratif unilatéral (AAU) en particulier, est une question complexe. Elle est complexe, car paradoxale. D'un côté, la nature de l'acte administratif unilatéral semble frappée par l'évidence de sa dénomination. D'un autre côté, en revanche, une étude plus approfondie démontre que chacun des termes qui la compose est équivoque. La combinaison de ce qu'ils recouvrent précisément ajoute à la difficulté. L'arrêt annoté CE, 21 mars 2016, *Fairvesta*, propose une nouvelle approche de la notion de droit souple, plus conforme au pragmatisme et aux nécessités de l'administration active.

La société Fairvesta, requérante dont le siège est en Allemagne, émet des produits financiers et d'investissement, soit directement, soit par l'intermédiaire de ses filiales nationales ou étrangères. L'Autorité des marchés financiers (AMF) est chargée d'une mission générale de surveillance, de contrôle et de sanction dans le domaine financier. Elle exerce une fonction générale de protection de l'intérêt général. Bien qu'autorité indépendante, elle n'en demeure pas moins l'un des visages de l'administration, spécifiquement économique. Au titre de cette mission, l'AMF a publié sur son site internet, à partir de 2011, plusieurs mises en garde et avertissements contre les produits commercialisés par les sociétés du groupe Fairvesta. Par courrier datant de 2013, la société a présenté à l'AMF une réclamation préalable visant à la réparation des préjudices financiers qu'elle estimait avoir subis du fait de la publication de ces mises en garde par l'Autorité. Cette dernière ayant refusé de faire droit à la demande, la société a présenté à la juridiction administrative un recours en plein contentieux conduisant à la réparation de son préjudice économique. Les sociétés du groupe ont, en parallèle, introduit un recours en excès de pouvoir contre la décision du Président de l'AMF de rectifier les communiqués litigieux. Le Conseil d'État a saisi le Tribunal des conflits de la question de l'ordre de juridiction compétent pour connaître des demandes. Par une décision du 16 novembre 2015 (req. n° C4026), le Tribunal a jugé que les recours portés contre les communiqués litigieux ressortissaient de la compétence de la juridiction administrative. C'est à l'issue de cette procédure que le Conseil d'État a rendu l'arrêt annoté.

L'apport essentiel de l'arrêt réside dans la redéfinition de l'acte administratif unilatéral que l'assemblée du Conseil d'État opère. Il admet que les communiqués, les lignes directrices et les autres instruments d'orientation de l'action administrative puissent faire l'objet, sous certaines conditions, d'un recours en excès de pouvoir : *« Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »*.

Cette solution souligne le caractère ambigu de la nature de l'acte de droit souple (I), qui nécessite que soient déterminées avec précision les conditions de recevabilité des recours dirigés contre eux (II).

I - La nature ambiguë du droit souple émis par l'administration

Les actes de droit souple n'étaient pas inconnus du droit administratif français avant cet arrêt. Au contraire, il convient de lire la solution nouvelle dans le temps long de l'évolution de la jurisprudence (A). Le problème essentiel de l'acte de droit souple réside dans l'absence de caractère décisive (B).

A - Les antécédents favorables au droit souple des administrations

Le droit souple constitue un ensemble d'instruments adoptés par l'administration pour mettre en œuvre le droit. Cette « souplesse » est nécessaire au fonctionnement concret et pratique de l'administration (1). C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État en a progressivement construit le régime juridique (2).

1 - La nécessité du droit souple

L'action administrative est d'abord et avant tout une action essentiellement juridique. Même la prise en charge directe par l'administration de besoins d'intérêt général appelle l'édition de normes, tout comme les refus de prise en charge constituent des actes juridiques. L'administration est toutefois une « machine » située à l'interface des normes juridiques et de la réalité. En d'autres termes, elle assure la compatibilité du collectif (la norme générale et impersonnelle) et de l'individuel (les situations particulières traitées par l'administration). Il lui revient la charge d'assurer l'effectivité de la norme tout en préservant le réalisme de son action. C'est la raison pour laquelle toutes les lacunes de la norme doivent pouvoir être comblées. Lorsqu'il s'agit de prendre en compte la réalité sociale, d'adapter les conditions d'application de la norme ou d'en préciser la portée face à des situations spécifiques. Pour réaliser cette tâche, l'administration émet très souvent des documents particuliers : avis, recommandations, circulaires, lignes directrices, etc.

Ces actes occupent une place équivoque dans la hiérarchie des normes ; soit on considère qu'il ne s'agit pas de droit, soit qu'il s'agit d'un droit spécifique. Les tenants de la première hypothèse sont appuyés par une vision formaliste : se situe en dehors du droit tout ce qui ne revêt une forme juridique nommée, ni n'a été adopté selon les formes prescrites. Cette position est admissible dans l'absolu. Elle se révèle toutefois trop définitive. D'un autre côté, il ne s'agirait pas de considérer comme acte administratif unilatéral toute décision prise en dehors du respect des catégories et des formes établies de normes. Mais on peut faire preuve à la fois de réalisme et de souplesse : la carence formelle des actes de droit souple peut être, sous certaines conditions, compensée par la présence d'éléments matériels particuliers. L'enjeu est de taille : ne sont recevables que les recours formés contre les actes administratifs unilatéraux. Si cette catégorie est trop étroite, elle prive d'un contrôle juridictionnel des actes qui sont pourtant susceptibles de produire des effets certains.

2 - Une reconnaissance juridique du droit souple

On sait qu'il existe un lien d'identité entre acte administratif unilatéral et recours en excès de pouvoir. Seuls les premiers peuvent faire l'objet du second. Le lien est d'ailleurs logique : par définition un acte administratif unilatéral est un acte qui modifie l'ordonnement juridique. *A contrario*, un acte qui n'est pas dans la catégorie des AAU ne produit aucun effet de droit. Or, puisque

le juge administratif juge en droit, dans sa mission de faire respecter le principe de légalité, il ne peut se saisir des actes qui ne produisent aucun effet de droit.

La jurisprudence fondatrice, en ce domaine, est l'arrêt *Notre Dame du Kreisker* de 1954, qui définit les conditions de recevabilité des recours dirigés contre des circulaires. Le critère alors retenu est celui qui distingue entre les circulaires interprétatives et celles qui sont réglementaires. Seules les dernières « ajoutent » à la règle préexistante et modifient l'ordonnement juridique et peuvent donc faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir. Malgré l'évidence de la distinction, la pratique contentieuse était devenue pour le moins obscure : certaines directives interprétatives tendaient à modifier les conditions d'application de la norme qu'elles interprétaient. De ce fait, le Conseil d'État est revenu sur sa position avec l'arrêt CE, Sect, 18 décembre 2002 *Duvignères*, req. n°233618. En quelques sortes, le Conseil prend acte de l'**effet** des circulaires sur l'interprétation du droit. Dans ce domaine, le critère central est l'impérativité, qui se veut pourtant à la fois objectif et intrinsèque à l'acte.

Parallèlement, le Conseil d'État a reconnu la possibilité de saisir par voie d'exception, à l'occasion d'un REP, les actes qui fixent des orientations générales à suivre par l'administration chargée de l'exécution (CE, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, req. n°78880). Par cet arrêt, le Conseil reconnaît la portée normative des directives (à ne pas confondre avec les directives, instrument de la loi européenne) auxquelles les administrations peuvent déroger dans des situations particulières dont elles doivent justifier. Cette jurisprudence a été adaptée à l'évolution des pratiques. Dans son arrêt, CE, Sect, 4 février 2015, *Ministre de l'Intérieur c/ Cortes Ortiz*, req. n°383267, le Conseil évoque désormais des « lignes directrices ». Ces dernières sont invocables par les administrés.

C'est dans ce contexte jurisprudentiel que s'insère la question des documents publiés par les autorités de régulation, en particulier. Le juge administratif avait une première fois, moins solennellement, tenté d'établir à la fois la nature et le régime juridique et contentieux des instruments de droit souple d'orientation des comportements sur les marchés économiques. Depuis sa jurisprudence CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard*, req. n°357193, le Conseil juge qu'en principe, les avis et recommandations ne font, par principe, pas grief. Cependant, dès lors qu'elles revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance, le recours en excès de pouvoir doit être ouvert.

B - L'absence de caractère décisoire

Le caractère décisoire est le propre de l'AAU (1). La jurisprudence commentée n'appelle pas tant de remarques sur l'atténuation de la condition de décision que sur la nature et la détection de ce caractère (2).

1 - Le caractère décisoire comme manifestation de l'exercice d'une prérogative de puissance publique

L'AAU est un objet juridique car il présente des effets sur l'ordonnancement juridique. C'est sa caractéristique essentielle. Un acte non décisoire, c'est-à-dire qui ne présente aucun effet sur l'ordonnancement juridique, n'est pas susceptible d'être connu du juge administratif. La raison tient à ce que le juge statue en droit. Il est chargé d'appliquer le principe de légalité afin de préserver l'État de droit ; la réalité non juridique ne peut pénétrer seule au prétoire. La seconde raison est que le caractère décisoire traduit l'exercice d'une prérogative de puissance publique. C'est peut-être d'ailleurs la seule véritable prérogative de puissance publique que cette capacité à transformer la volonté en droit, de façon immédiate et unilatérale. Or, on sait que le Conseil constitutionnel a fait de cet exercice des prérogatives de puissance publique le cœur de la compétence – et accessoirement la justification de l'existence – du juge administrative (CC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*).

Cette puissance publique exercée par l'autorité administrative est commune, sinon dans ses formes, du moins dans sa substance, à celle exercée par le Parlement. Dans les deux cas, l'unilatéralité de la création du droit à partir de la volonté caractérise la puissance publique. En partant de cette conception, on comprend que l'*instrumentum*, c'est-à-dire la forme de l'acte juridique, importe moins, dans un premier temps, que son contenu. Si la forme peut conduire à l'illégalité de l'acte, seul son contenu est déterminant pour juger de la recevabilité du recours exercé contre lui (CE 19 juin 2006, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles de la Vendée* req. n° 266435). La forme élude le contenu dans les seuls cas où elle est, par avance, déterminée comme étant pourvue d'un caractère décisoire. C'est le cas des actes que l'on pourrait qualifier de « nommés » : décret, arrêté, délibération du conseil municipal, etc.

2 - L'approche matérielle de l'acte

L'arrêt commenté offre une alternative à la recevabilité des recours exercés contre les actes de droit souple des autorités administratives : soit l'acte, dans son contenu, présente des caractères spécifiques qui dénotent l'existence d'une volonté prescriptive, soit il présente des effets. C'est la première branche qui nous intéresse pour le moment.

Le Conseil juge : « *Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance* ». Plusieurs points doivent être relevés.

D'abord, le considérant, très général dans sa formulation, présente deux limitations. La première tient à la nature des autorités. Cette solution ne vaut que pour « *autorités de régulation* », et encore, uniquement « *dans l'exercice des missions dont elles sont investies* ». Si on retrouve, dans cette première branche, les termes de la formule développée dans l'arrêt CE, *Société Casino Guichard*, préc, on note que son champ d'application a été étendu à l'ensemble des « *autorités de régulation* ». Ce terme renvoie à un ensemble construit intuitivement par les autorités administratives chargées de l'administration économique d'un secteur particulier. On peut y placer, sans trop de doutes, l'Autorité de la concurrence (à laquelle s'appliquait déjà la solution), la Commission de régulation de l'énergie (CE, Sect, 13 juillet 2016, *Société GDF Suez*, req. n°388150), l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (CE, 30 juin 2016,

Société Crédit agricole SA, req. n°383822). On aurait pu s'interroger sur le fait de savoir si le Conseil supérieur de l'audiovisuel entrait dans cette catégorie. La question ne s'est, semble-t-il, pas posée au Conseil d'État (CE, 22 juillet 2016, *Alliance française des industries du numérique*, req. n°397014).

La seconde limitation tient à la liste des actes susceptibles d'être attaqués. Le Conseil mentionne « *les avis, recommandations, mises en garde et prises de position* ». Cette liste est certes plus large que celle développée dans l'arrêt *Société Casino Guichard*, préc. (qui ne visait que l'Autorité de la concurrence « *lorsqu'elle exerce la faculté d'émettre un avis que lui reconnaît l'article L. 462-4 du code de commerce* »), elle n'en apparaît pas moins comme limitative. Toutefois, la jurisprudence postérieure a démontré que le juge administratif devait en faire une lecture très souple. Un calendrier prévisionnel, par exemple, entre dans cette catégorie (CE, 22 juillet 2016, *Alliance française des industries du numérique*, préc.), de même qu'une délibération qui « *se présente comme une " communication "* » (CE, Sect, 13 juillet 2016, *Société GDF Suez*, préc.).

Au-delà de ces aspects de forme, le Conseil reconnaît un caractère « faisant grief » à tout acte qui « *revêtent le caractère de dispositions générales et impératives* » ou qui « *énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance* ». Il offre ainsi une alternative à l'approche du caractère décisoire de l'acte. Dans le premier cas, l'acte peut présenter des « *dispositions générales et impératives* ». Il ne se démarque pas véritablement de la circulaire réglementaire, au sens de l'arrêt du 1954 *Notre Dame du Kreisker*, ni des circulaires impératives, en application de la jurisprudence de 2001 *Duvignères*. Bien qu'il ne s'agisse pas formellement de directives (CE, 1970, *Crédit foncier de France*, préc.) ni de lignes directrices (CE, 2015, *Cortes Ortiz*, préc.), elles présentent des lignes générales. Dans tous les cas, cette hypothèse entrait déjà dans les situations prévues par la jurisprudence antérieure.

En revanche, plus intéressant est le second cas de figure. Le juge administratif est en mesure de connaître des actes qui « *énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance* ». Cette approche est très intéressante car, si elle ne semble pas reconnaître le caractère de décision individuelle à l'acte, elle permet tout de même au juge d'en connaître lorsque la méconnaissance ultérieure de ces « *prescriptions* » peut-être censurée par l'autorité. D'ailleurs, le Tribunal des conflits qui avait été saisi par le Conseil d'État d'une question portant sur l'ordre de juridiction compétent avait clairement exprimé sa position. Il avait jugé (TC, 16 novembre 2015, préc.) que « *les communiqués qu'elle publie à l'intention des investisseurs et épargnants, dans le cadre de cette mission de service public, ne constituent pas des décisions individuelles au sens* » des articles L. 621-1 et L.621-30 du Code monétaire et financier. Le premier fonde la compétence d'information des investisseurs de l'Autorité et le second attribue le contentieux contre ces actes au juge judiciaire. Ce faisant, le Tribunal soulignait leur nature particulière. Les autorités de régulation interviennent sur des marchés caractérisés par leur situation oligopolistique. De sorte que toute étude, toute appréciation générale, tout élément de prospective vise nécessairement quasi-individuellement les entreprises qui interviennent sur ce marché.

Dans les deux cas, la conséquence la plus immédiate de l'arrêt commenté, au-delà des aspects liés à la recevabilité des recours dirigés contre ces actes, réside dans l'extension de la capacité normative des autorités de régulation. En protégeant les administrés, le Conseil d'État reconnaît corrélativement une extension de la capacité à l'exercice de prérogatives de puissance publique des ces autorités.

II - L'extension des conditions de la recevabilité des recours contre le droit souple de l'administration économique

L'innovation essentielle de cet arrêt réside dans l'admission d'une approche conséquentialiste de la recevabilité (A), qui implique, en contrepartie que les modalités de l'exercice du contrôle du juge soient adaptées (B).

A - L'admission d'une approche conséquentialiste

La seconde alternative offerte par l'arrêt commenté pour admettre la recevabilité contre les actes de droit souple des autorités de régulation est liée à la nature même des missions de l'administration économique.

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

L'approche conséquentialiste n'est pas nouvelle. Elle a été développée lorsque s'est posée la question de l'articulation entre droit administratif et droit de la concurrence (voir la solution dégagée par le Conseil d'État dans son arrêt CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, req. n°202260). Par ce mécanisme, le juge administratif vérifie que l'acte administratif ne porte pas atteinte, dans ses effets, aux objectifs de du droit de la concurrence. Ainsi, l'administration n'est pas tenue d'appliquer le droit de la concurrence, mais de le préserver. À ce titre, il devient une part de l'intérêt général dont l'administration à la charge de préserver l'intégrité et des besoins duquel elle doit assurer la satisfaction.

Dans l'arrêt commenté, il s'agit de vérifier que l'acte, même dépourvu de caractère normatif juridique *a priori* ne présente pas des effets économiques réels. Ainsi, il peut s'agir en premier lieu d'influencer les comportements. La formulation retenue peut surprendre : il est dans la nature même du droit de viser à orienter les comportements et à en sanctionner les déviations. Même si le Conseil d'État ajoute que l'acte doit viser « *de manière significative* » à influencer les comportements, il n'en demeure pas moins que l'on fait face à une conception éminemment classique de la norme juridique. Toutefois, un tel acte se distingue de l'acte administratif unilatéral « classique » en ce qu'il ne semble pas devoir agir par l'imposition d'une contrainte juridique. Aussi, une lecture selon la grille d'analyse traditionnelle ne permettrait pas de lui reconnaître un caractère faisant grief.

Dans un second temps, le Conseil admet la recevabilité du recours lorsque l'acte présente « *des effets notables, notamment de nature économique* ». Connaissant l'extrême sensibilité des entreprises sur un marché oligopolistique à la réglementation, le juge administration démontre qu'il a conscience que la réception d'un acte, même non contraignant, d'une autorité de régulation peut avoir des effets importants. En l'espèce, c'est cette hypothèse qui est mise en avant. Une simple mise en garde à l'égard des clients potentiels, par une autorité jouissant d'une forte crédibilité, peut avoir

des conséquences importantes sur le comportement des consommateurs et donc sur les résultats de l'entreprise en cause.

La conséquence de cette nouvelle solution est de confirmer l'apparition d'un office spécifique du juge des marchés régulés. En recourant à l'approche conséquentialiste, non plus seulement dans le cadre de l'opposabilité du droit de la concurrence aux actes pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, qui sont normalement exclus de son champ d'application, mais également désormais au stade de l'examen de la recevabilité du recours, le juge administratif favorise l'émergence d'une méthode unifiée et cohérente. Reste à voir si la conclusion de l'existence d'effets économique de l'acte attaqué au stade de la recevabilité amènera automatiquement la reconnaissance de tels effets pour l'examen de la question de l'opposabilité du droit de la concurrence. La réponse devrait positive ; d'une part une telle solution permettrait de préserver la cohérence de la position du juge, et d'autre part, la jurisprudence récente n'a eu de cesse de concevoir extensivement le champ de l'opposabilité du droit de la concurrence.

Il n'en demeure pas moins que si l'approche par les effets est facilement admissible dans le cadre d'un contentieux indemnitaire, puisque ce dernier vise justement à réparer les conséquences d'un acte, elle est moins évidente dans le cadre d'un recours en annulation. En effet, il y a quelque chose de paradoxal à apprécier les effets de l'acte pour en déduire la nature. En toute logique juridique, le régime juridique et contentieux d'un acte dépend de sa qualification préalable. Toutefois, le juge administratif, confronté à la difficulté de définir une notion recourt parfois à ce mécanisme. C'est notamment le cas pour la définition de la notion de service public.

B - Les adaptations du cadre du contrôle

Le Conseil d'État ajoute quelques précisions quant aux modalités de son contrôle. Il faut noter le caractère particulier des requêtes. Dans un premier temps, la société avait sollicité l'indemnisation des préjudices qu'elle estimait avoir subi. Cependant, devant le Conseil, elle avait introduit en premier lieu des demandes aux fins d'annulation, et, seulement dans un second temps, une demande indemnitaire. Alors que le recours en excès de pouvoir est frappé d'un caractère subsidiaire à tout autre recours, de sorte que peut être soulevée l'exception de recours parallèle (CE, 8 mars 1912, *Lafage*), le Conseil en l'espèce examine d'abord le recours en annulation avant le recours en responsabilité. Il rejette d'ailleurs même les conclusions indemnitaires sur le motif que l'illégalité de l'acte n'a pas été démontrée lors de l'examen des conclusions présentées aux fins d'annulation. Cette solution est assez surprenante, même si le fondement de la responsabilité engagée résidait dans l'illégalité de l'acte.

Quoiqu'il en soit, le Conseil précise trois points importants. Le premier, quant à l'étendue de ses pouvoirs, est que le juge administratif est en mesure de faire usage de ses pouvoirs d'injonction. Il est donc en capacité d'ordonner à l'administration de prendre toutes les mesures nécessaires au rétablissement de la légalité.

Le deuxième a trait au rappel que l'intérêt à agir du requérant doit être direct et certain (CE 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey – Tivoli*). Ces conditions sont classiques et communément admises. Le fait que le Conseil d'État les rappelle peut être considéré comme le signe qu'il entend apprécier ces conditions plus strictement que pour d'autres contentieux. Cette interprétation est renforcée par le fait que, hormis les cas où sont en cause des actes présentant des « *dispositions générales et impératives* », toutes les autres situations où la recevabilité est admise sont des situations qui touchent personnellement certaines personnes. Le Conseil d'État ouvre alors la porte du recours, mais prend garde à filtrer les entrées.

Le troisième consiste à préciser qu'« *il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation* ». On peut inscrire cette solution dans une tendance du juge administratif à ne plus admettre tous les moyens lorsqu'ils sont présentés dans le cadre d'une requête recevable. Depuis, notamment, l'arrêt CE, Ass, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, req. n°358994, le Conseil établit deux niveaux de recevabilité : la recevabilité de la requête, et la recevabilité des moyens, alors que dans le cas général, dès qu'une requête est jugée recevable, tous les moyens peuvent être développés à l'appui des conclusions.

CE, ass., 21/03/2016, Société Fairvesta International GmbH

Vu la procédure suivante :

Par une décision du 10 juin 2015, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, saisi des requêtes des sociétés Fairvesta International GmbH, Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de communiqués publiés par l'Autorité des marchés financiers et du refus de les rectifier, ainsi qu'à l'indemnisation du préjudice en résultant, a sursis à statuer jusqu'à ce que le Tribunal des conflits ait tranché la question de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour connaître de ces requêtes.

Par une décision n° 4026 du 16 novembre 2015, le Tribunal des conflits a déclaré la juridiction administrative seule compétente pour connaître de l'action intentée par ces sociétés contre l'Autorité des marchés financiers.

En application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, les parties ont été informées que la décision du Conseil d'Etat était susceptible d'être fondée sur le moyen, relevé d'office, tiré de que le recours tendant à l'annulation des communiqués litigieux est tardif, faute d'avoir été introduit dans le délai de deux mois à partir du jour de leur publication, conformément à l'article R. 421-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers, y compris celles visées par la décision du Conseil d'Etat du 10 juin 2015 ;

Vu :

- le code des marchés financiers ;
- la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 ;
- la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 ;
- le règlement général de l'Autorité des marchés financiers ;
- le code de justice administrative.

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Clémence Olsina, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Suzanne von Coester, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Foussard, Froger, avocat de la société Fairvesta International GmbH, de la société Fairvesta Europe AG, de la société Fairvesta Europe AG II et de la société Fairvesta Vermögensverwaltung International AG et à la SCP Vincent, Ohl, avocat de l'Autorité des marchés ;

1. Considérant que les requêtes visées ci-dessus présentent à juger des questions connexes ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la société Fairvesta International GmbH, société domiciliée..., a proposé aux investisseurs en France, à compter de 2009, des produits de placements

immobiliers, dénommés Mercatus VIII, Lumis et Chronos, prenant la forme de prises de participation dans des sociétés en commandite simple de droit allemand ayant pour objet l'acquisition, la gestion ou le négoce d'immeubles ; que ces placements étaient commercialisés en France par l'intermédiaire d'agents immobiliers et de conseillers en gestion du patrimoine qui démarchaient les investisseurs potentiels ; que, le 21 juillet 2011, l'Autorité des marchés financiers a publié sur son site Internet, dans la rubrique " Mises en garde ", un communiqué intitulé " L'Autorité des marchés financiers attire l'attention du public sur les activités de la société Fairvesta ", rédigé comme suit : " L'Autorité des marchés financiers (AMF) reçoit de nombreuses questions de la part d'investisseurs particuliers et de professionnels relatives aux activités de la société Fairvesta. Cette société (...) propose des placements immobiliers tels que Mercatus VIII, Lumis, ou encore Chronos avec des perspectives de rendement élevées. Ces placements sont souvent commercialisés en France de manière très active par des personnes tenant des discours parfois déséquilibrés au regard des risques en capital encourus. Ces produits ne relèvent pas de la réglementation applicable aux titres financiers. La société Fairvesta n'est d'ailleurs ni autorisée à fournir en France des services d'investissement ou des conseils en investissement financier ni habilitée à se livrer à une activité de démarchage bancaire ou financier et les placements proposés n'ont pas donné lieu à l'élaboration d'un document d'information visé ou revu par l'AMF " ; que le communiqué invitait ensuite les épargnants, d'une manière générale, à appliquer des règles de vigilance avant tout investissement, et notamment à mesurer le risque des produits, à se renseigner de façon approfondie sur leurs caractéristiques, sur les intermédiaires les proposant, sur leurs modes de valorisation et leurs modalités de revente, en précisant que les épargnants pouvaient s'adresser à l'Autorité pour obtenir de plus amples informations ; que, le 17 juillet 2012, l'Autorité des marchés financiers a publié, dans les mêmes conditions, un communiqué attirant à nouveau l'attention du public sur les activités de la société Fairvesta, qui reprenait les termes du premier communiqué et précisait, dans une note de bas de page, que deux autres sociétés du groupe Fairvesta, les sociétés Fairvesta Europe AG et Fairvesta Europe AG II, domiciliées au Liechtenstein, émettaient des obligations ayant fait l'objet de visas délivrés par l'autorité de régulation de ce pays et de certificats d'approbation et prospectus notifiés à l'Autorité des marchés financiers ; que, le 5 novembre 2012, l'Autorité a publié un nouveau communiqué attirant cette fois l'attention du public sur le site Internet " Fairvesta ", dans des termes quasiment identiques à ceux utilisés en juillet 2012 ; que, par un courrier reçu par l'Autorité des marchés financiers le 16 janvier 2013, la société Fairvesta International GmbH a demandé l'indemnisation du préjudice qu'elle estimait avoir subi à la suite de la publication de ces trois communiqués ainsi que la publication d'un communiqué rectificatif sur son site Internet ; que, par un courrier du 13 février 2013, l'Autorité des marchés financiers a refusé de faire droit à cette demande, position qu'elle a confirmée dans un courrier du 12 avril 2013 en réponse à une nouvelle demande de la société ; que la société Fairvesta International GmbH et autres demandent l'annulation de ces trois communiqués, des décisions ayant refusé de les rectifier, et, dans le dernier état des conclusions, la condamnation de l'Autorité des marchés financiers à verser une somme de 15 millions d'euros à la société Fairvesta International GmbH au titre du préjudice financier et du préjudice d'image qu'elle estime avoir subis ;

Sur la compétence de la juridiction administrative :

3. Considérant que, sur renvoi effectué par la décision du Conseil d'Etat, statuant au contentieux du 10 juin 2015 visée ci-dessus, le Tribunal des conflits a déclaré, par une décision du 16 novembre 2015 visée ci-dessus, la juridiction administrative seule compétente pour connaître du litige né des demandes des sociétés Fairvesta International GmbH, Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG tendant à l'annulation des communiqués litigieux et du refus de les rectifier, ainsi qu'à l'indemnisation du préjudice en résultant ; que l'Autorité des marchés financiers n'est, dès lors, pas fondée à soutenir que la juridiction administrative ne serait pas compétente pour en connaître ;

Sur le recours pour excès de pouvoir, introduit sous le n° 368082, tendant à l'annulation des communiqués publiés par l'Autorité des marchés financiers :

En ce qui concerne la fin de non-recevoir opposée par l'Autorité des marchés financiers :

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

5. Considérant que les communiqués attaqués ont été émis par l'Autorité des marchés financiers dans le cadre de sa mission de protection de l'épargne investie dans les placements offerts au public ; qu'ils sont destinés aux investisseurs et ont pour objet de les mettre en garde contre les conditions dans lesquelles sont commercialisés plusieurs produits de placement, précisément identifiés, offerts au public par la société Fairvesta International GmbH et de leur adresser des recommandations de vigilance ; qu'ils ont été publiés sur le site internet de l'Autorité des marchés financiers, ont connu une large diffusion et sont depuis lors restés accessibles sur ce site ; que la société Fairvesta International GmbH fait valoir des éléments sérieux attestant que la publication de ces communiqués a eu pour conséquence une diminution brutale des souscriptions des produits de placement qu'elle commercialisait en France ; qu'ainsi, les communiqués contestés doivent être regardés comme étant de nature à produire des effets économiques notables et comme ayant pour objet de conduire des investisseurs à modifier de manière significative leur comportement vis-à-vis des produits qu'ils désignent ; que, dans les circonstances de l'espèce, ces communiqués, qui font référence à " la société Fairvesta " doivent être regardés comme faisant grief à la société Fairvesta International GmbH et aux sociétés Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG, filiales du groupe Fairvesta, qui sont recevables à en demander l'annulation ; que, par suite, la fin de non-recevoir soulevée par l'Autorité des marchés financiers doit être écartée ;

En ce qui concerne la légalité des communiqués :

6. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 621-1 du code monétaire et financier : " L'Autorité des marchés financiers, autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et les actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1 donnant lieu à une offre au public ou à une admission aux négociations sur un marché réglementé et dans tous autres placements offerts au public. Elle veille également à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers et d'actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1. Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international " ;

7. Considérant qu'en vertu de ces dispositions, il appartient à l'Autorité des marchés financiers de publier des communiqués invitant les épargnants ou investisseurs à faire preuve de vigilance vis-à-vis de certains types de placements ou de pratiques financières risqués ; qu'il résulte des termes des dispositions citées ci-dessus que le législateur a entendu confier à l'Autorité des marchés financiers

une mission de protection de l'épargne et d'information des investisseurs qui s'étend non seulement aux instruments financiers, définis par l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, et aux actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1 du même code admis aux négociations sur un marché réglementé, mais également à tous les autres placements offerts au public ; que, par suite, alors même que les placements immobiliers proposés par la société Fairvesta International GmbH ne relevaient pas, ainsi que le soulignaient les communiqués attaqués, de la réglementation applicable aux titres financiers, il était loisible à l'Autorité des marchés financiers, sans excéder sa compétence, d'appeler l'attention des investisseurs sur leurs caractéristiques et leurs modalités de commercialisation, dès lors qu'il s'agissait de placements offerts au public ; que les sociétés requérantes ne sont, par suite, pas fondées à soutenir que l'Autorité des marchés financiers n'était pas compétente pour publier les communiqués litigieux ;

8. Considérant, en second lieu, d'une part, que les communiqués attaqués ne sont entachés d'aucune des inexactitudes alléguées par les sociétés requérantes ; que, notamment, en mentionnant que les placements immobiliers offerts par la société Fairvesta sont " souvent commercialisés en France de manière très active par des personnes tenant des discours parfois déséquilibrés au regard des risques en capital encourus ", les termes des communiqués attaqués n'impliquent pas nécessairement que les placements en cause seraient commercialisés en France par la société Fairvesta elle-même ; que les communiqués n'opèrent pas de confusion entre les activités de commercialisation de placements immobiliers de la société Fairvesta International GmbH et les activités de commercialisation de titres obligataires et de prestations de services d'investissement exercées par des filiales du même groupe, l'Autorité des marchés financiers ayant d'ailleurs inséré, dans ses communiqués des 17 juillet et 5 novembre 2012, une note de bas de page faisant clairement la distinction entre les activités respectives de ces différentes sociétés ; qu'il est constant que la société Fairvesta n'est ni autorisée à fournir en France des services d'investissements financiers, ni habilitée à se livrer à une activité de démarchage bancaire ou financier, et que les placements qu'elle propose n'ont pas donné lieu à l'élaboration de documents d'informations visés ou revus par l'Autorité des marchés financiers ; que, d'autre part, en publiant les communiqués attaqués, l'Autorité des marchés financiers n'a pas excédé les limites de sa mission d'information des investisseurs ni commis d'erreur de droit, et n'a pas entaché son appréciation d'erreur manifeste ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les sociétés requérantes ne sont pas fondées à demander l'annulation des communiqués qu'elles attaquent ; que le surplus de leurs conclusions ne peut, dès lors, qu'être rejeté ;

Sur le recours pour excès de pouvoir, introduit sous le n° 368084, tendant à l'annulation du refus de rectifier les communiqués publiés par l'Autorité des marchés financiers :

En ce qui concerne la fin de non-recevoir opposée par l'Autorité des marchés financiers :

10. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 5 que la société Fairvesta International GmbH est recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir du refus opposé à sa demande de rectification des communiqués litigieux ; qu'il en va de même, dans les circonstances de l'espèce, des sociétés Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG, filiales du groupe Fairvesta ;

11. Considérant, en second lieu, que l'Autorité des marchés financiers soutient que la requête est irrecevable en ce qu'elle est dirigée contre le refus de rectifier les communiqués litigieux signifié aux sociétés intéressées par un courrier du 12 avril 2013, qui ne ferait que confirmer le refus déjà opposé aux mêmes sociétés par un courrier du 13 février 2013, lequel n'aurait pas été contesté dans le délai de recours contentieux ; que, toutefois, la décision de refus opposée par l'Autorité des marchés financiers par son courrier du 13 février 2013 ne comportait pas la mention des voies et délais de

recours prévue par l'article R. 421-5 du code de justice administrative, de sorte que le délai de recours contentieux n'a pas commencé à courir à l'égard des sociétés requérantes ; qu'ainsi, la requête enregistrée le 25 avril 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat n'est pas tardive ; qu'il suit de là que la fin de non-recevoir opposée par l'Autorité des marchés financiers doit être écartée ;

En ce qui concerne la légalité externe :

12. Considérant que le refus de l'Autorité des marchés financiers de rectifier un communiqué de mise en garde des investisseurs n'entre dans aucune des catégories de décisions dont l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, alors applicable, exige la motivation ; qu'aucune autre disposition réglementaire ou législative n'exige la motivation d'un tel refus ; qu'ainsi, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que le refus qu'elles attaquent serait insuffisamment motivé ;

En ce qui concerne la légalité interne :

13. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 7 que les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'Autorité des marchés financiers ne serait pas compétente pour publier les communiqués litigieux et que son refus de les rectifier serait, dans cette mesure, entaché d'erreur de droit ;

14. Considérant, en second lieu, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 8 que les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir qu'en refusant de rectifier les communiqués litigieux sur les différents points mentionnés ci-dessus, l'Autorité des marchés financiers aurait commis une erreur manifeste d'appréciation et une erreur de droit ;

15. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les sociétés requérantes ne sont pas fondées à demander l'annulation de la décision de refus qu'elles attaquent ; que le surplus de leurs conclusions ne peut, dès lors, qu'être rejeté ;

Sur le recours indemnitaire introduit sous le n° 368083 :

16. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que la société Fairvesta International GmbH n'est pas fondée à soutenir que la responsabilité de l'Autorité des marchés financiers serait engagée à raison de la publication des communiqués litigieux et du refus d'en rectifier certaines des mentions ; que, par suite, ses conclusions indemnitaires sont vouées au rejet ;

En ce qui concerne les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

17. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'Autorité des marchés financiers ou de l'Etat, qui ne sont pas, dans les présentes instances, les parties perdantes ;

DECIDE :

Article 1er : Les requêtes de la société Fairvesta International GmbH et autres sont rejetées.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la société Fairvesta International GmbH, premier requérant dénommé et à l'Autorité des marchés financiers. Les autres requérants seront informés de la présente décision par la SCP Foussard-Froger, avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation,

qui les représente devant le Conseil d'Etat.
Copie en sera adressée pour information au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique.