

# Actions publiques

Jean-Philippe Kovar

j.kovar@unistra.fr

Professeur Institut d'Études politiques, Strasbourg

Jérémy Martinez

jeremy.martinez@dauphine.psl.eu

Maître de conférences Université Dauphine Paris-PSL

Francesco Martucci\*

francesco.martucci@u-paris2.fr

Professeur Université Panthéon-Assas (Paris II)

Virginie Coursière-Pluntz\*\*

virginie.coursiere-pluntz@pdgb.com

Avocat Cabinet PDGB, Paris

## 1. Union européenne

**XXX** La Commission européenne ouvre sa première enquête approfondie au titre du règlement sur les subventions étrangères

Comm. eur., communiqué de presse, 16 février 2024. La Commission ouvre sa première enquête approfondie au titre du règlement relatif aux subventions étrangères ; Comm. eur., Déclaration du commissaire Breton sur le retrait de CRRC Qingdao Sifang Locomotive d'une procédure de passation de marché public à la suite de l'ouverture par la Commission d'une enquête au titre du règlement relatif aux subventions étrangères, 26 mars 2024

**XXX** La Cour de justice de l'Union européenne précise la nature juridique du service de mise en relation de pharmaciens et de clients pour la vente en ligne de médicaments

CJUE, 24 fév. 2024, Doctipharma c/ UDGP0, aff. C-606/21, EU:C:2024:179

## 2. France

**XXX** Le Conseil constitutionnel juge que le reversement intégral au profit de l'opérateur historique d'électricité en France d'un complément de prix, versé par les opérateurs ayant souscrit un volume trop important d'énergie nucléaire issue du dispositif "ARENH" par rapport à leurs besoins, est conforme à la Constitution

Cons. const., déc. n° 2023-862 DC du 28 déc. 2023, Loi de finances pour 2024, FR:CC:2023:2023.862.DC

**XXX** Le Conseil constitutionnel juge que le nouvel article Lp. 730 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie qui prévoit l'exonération partielle des exportations de produits miniers pour des sociétés étrangères contrôlées par des sociétés d'économie mixtes néocalédoniennes est conforme à la Constitution

Cons. const., déc. n° 2023-8 LP du 24 janv. 2024, Loi du pays instituant une taxe sur les exportations de produits miniers, FR:CC:2024:2023.8.LP

**XXX** Le Conseil d'État estime qu'un arrêté réglementant la fermeture hebdomadaire des boulangeries comporte une distorsion de concurrence

CE, 15 déc. 2023, la Fédération des entreprises de boulangerie, n° 468710, FR:CECHR:2023:468710.20231215

**XXX** Le Conseil d'État considère que l'extension d'un accord interprofessionnel relatif à des fruits et légumes constitue une simple faculté de l'État

CE, 22 déc. 2023, Interfel, n° 450426, n° 450429, n° 451733, n° 451895, FR:CECHR:2023:450429.20231222

**XXX** Le Conseil d'État valide l'obligation de reprise directe des déchets d'emballages ménagers par les éco-organismes

CE, 28 mars 2024, association Amorce, n°464058, FR:CECHR:2024:464058.20240328

**XXX** La Cour administrative d'appel de Lyon considère qu'une commune n'intervient pas sur un marché en exploitant en régie un centre culturel

CAA Lyon, 21 sept. 2023, commune de Fontaine, n°21LY03102

**XXX** L'Autorité de la concurrence rend un avis favorable sur un projet de décret relatif aux prestations fournies par les greffiers des tribunaux de commerce

Aut. conc., avis n° 23-A-13 du 27 juillet 2023 concernant un projet de décret relatif à diverses prestations réalisées dans le cadre du registre des sûretés mobilières et modifiant certaines dispositions du code de commerce ; Gov. fr., décret n° 2023-916 du 3 oct. 2023 relatif à diverses prestations réalisées dans le cadre du registre des sûretés mobilières et modifiant certaines dispositions du code de commerce, JORF n° 231 du 5 oct. 2023

**XXX** L'Autorité de la concurrence est défavorable au plafonnement des commissions appliquées aux commerçants qui acceptent des titres-restaurant

Aut. conc., avis n° 23-A-16 du 12 oct. 2023 relatif au projet d'encadrement réglementaire du montant des commissions perçues par les émetteurs de titres-restaurant sur les commerçants agréés par la Commission Nationale des Titres-Restaurant

**XXX** L'Autorité de la concurrence rend un avis sur les projets de code de déontologie des commissaires de justice et des notaires dont les recommandations n'ont été que marginalement reprises dans les règles déontologiques en vigueur

Aut. conc., avis n° 23-A-19 du 1<sup>er</sup> déc. 2023 concernant deux projets de décrets relatifs respectivement au code de déontologie des commissaires de justice et à celui des notaires ; Gov. fr., décret n° 2023-1297 du 28 décembre 2023 relatif au code de déontologie des notaires ; Gov. fr., décret n° 2023-1296 du 28 décembre 2023 relatif au code de déontologie des commissaires de justice ; Gov. fr., arrêté du 29 janv. 2024 portant approbation des règles professionnelles des notaires et du règlement professionnel du notariat ; Gov. fr., arrêté du 27 février 2024 portant approbation des règles professionnelles des commissaires de justice

## 1. Union européenne

**Subventions étrangères – Enquête – Marchés publics :** La Commission européenne ouvre sa première enquête approfondie au titre du règlement sur les subventions étrangères

(Comm. eur., communiqué de presse, 16 février 2024, La Commission ouvre une première enquête approfondie au titre du règlement relatif aux subventions étrangères ; Comm. eur., Déclaration du commissaire Breton sur le retrait de CRRC Qingdao Sifang Locomotive d'une procédure de passation de marché public à la suite de l'ouverture par la Commission d'une enquête au titre du règlement relatif aux subventions étrangères, 26 mars 2024)

Le 16 février 2024, la Commission européenne a annoncé l'ouverture d'une enquête au titre du règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères [ci-après le "RSE"] à l'encontre de la société chinoise CRRC China Railway Rolling Stock [ci-après "CRRC"]. En affirmant que "CRRC's policy is to enter the market and then stay there and make friends with the local government and the local people", Weiping Yu, vice-Président de CRRC Corporation Limited, soulève des questions quant aux potentielles distorsions de concurrence qu'une pénétration des marchés européens par le groupe pourrait causer. Sous contrôle direct du gouvernement de la République populaire de Chine, CRRC est leader mondial en matière de fabrication de matériel roulant. Issue de la fusion en 2015 de deux entreprises d'État (CSR Corporation Limited et China CNR Corporation Limited), elle est cotée à la fois à la bourse de Shanghai et à celle de Hong Kong. Active dans 101 pays, elle est présente dans l'Union européenne en Tchéquie (depuis 2016), en Autriche (depuis 2019) et en Bulgarie (depuis 2023).

En 2023, la filiale de CRRC Qingdao Sifang Locomotive Co., Ltd a remporté l'appel d'offres pour les marchés publics du ministère des Transports bulgare concernant l'achat et la maintenance sur 15 ans de 20 trains électriques moyennant une contrepartie financière s'élevant à 610 millions d'euros (1,2 milliard de leva).

L'offre de CRRC en réponse à la procédure de passation bulgare était environ deux fois moins chère que celle de son rival espagnol, Talgo. L'offre proposée par CRRC a suscité une réaction d'autant que la société dispose de l'appui de la République populaire de Chine et de plusieurs banques chinoises. Le 16 février 2024, au titre du RSE, la Commission européenne a décidé d'ouvrir une enquête sur la base d'éléments semblant indiquer que cette société aurait bénéficié de subventions étrangères faussant le marché intérieur.

## La procédure prévue par le RSE

Entré en vigueur le 12 janvier 2023, le règlement (UE) 2022/2560 permet à l'Union européenne de contrôler les aides octroyées par des États tiers à des entreprises opérant au sein du marché intérieur afin d'empêcher à les distorsions de concurrence. L'acceptation de subvention étrangère est large puisque cette notion englobe toute contribution financière délivrée directement ou indirectement par un État tiers. Des seuils de notification de concentrations ou de candidatures à des marchés publics sont cependant prévus afin de cantonner le contrôle aux acquisitions d'ampleur ou aux marchés publics importants. Ainsi, doivent être notifiées les candidatures à une procédure de passation de marché public dans l'Union européenne lorsque la valeur du marché est de plus de 250 millions d'euros à condition que le montant des contributions financières perçues dépasse 4 millions

d'euros sur une période de trois ans. Indépendamment de ce système de notification préalable, la Commission peut prendre l'initiative de mener une enquête dans toutes les situations où elle identifierait des subventions étrangères susceptibles de fausser la concurrence dans le marché intérieur.

En se fondant sur des éléments tels que le montant de la subvention, sa nature, la situation de l'entreprise et des secteurs concernés, la situation économique de l'entreprise ou encore la finalité de la subvention, la Commission apprécie si la subvention étrangère est en mesure de créer des distorsions de concurrence et d'octroyer à une entreprise un avantage qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché. Elle s'engage ainsi dans une phase d'examen préliminaire de 25 jours qui peut être complétée par un examen approfondi de 90 jours. Au terme de cet examen, la Commission peut autoriser l'opération sans conditions, sous conditions d'engagement voire, dans les cas les plus critiques, l'interdire. Pour statuer, elle procède à une mise en balance et peut aller jusqu'à ouvrir une procédure d'engagement avec l'entreprise concernée.

Il est à noter que le RSE s'applique uniquement aux concentrations conclues et aux marchés publics lancés après le 12 juillet 2023. Les marchés publics précédemment remportés par le groupe CRRC dans l'Union européenne ne pourront pas être remis en question.

## Le retrait provoqué par le RSE

À la suite de l'ouverture d'une enquête approfondie par la Commission, la filiale du géant chinois CRRC a décidé de se retirer des marchés publics bulgares. Par une déclaration en date du 26 mars 2024, le commissaire européen Thierry Breton a annoncé que *“La Commission prend note du retrait de CRRC Qingdao Sifang Locomotive Co., Ltd. d'une procédure de passation de marché public lancée par le ministère bulgare des transports et des communications. Le retrait fait suite à l'annonce, par la Commission, de l'ouverture d'une enquête approfondie au titre du règlement sur les subventions étrangères”*. En conséquence de ce retrait, la Commission a clôturé son enquête. Il s'agit de la première grande conséquence de l'application du RSE par la Commission européenne illustrant son efficacité à accomplir certains des buts fixés, non sans susciter certaines questions latentes.

Cette procédure n'est pas sans faire écho à l'interdiction de la fusion de *Siemens et Alstom* dont le projet était notamment motivé par l'émergence de CRRC. Le gouvernement français avait ainsi déclaré que *“la fusion entre Alstom et Siemens devait permettre de créer un champion européen du ferroviaire pour faire face à la concurrence internationale et notamment chinoise”* (*Alstom-Siemens: “la décision de la Commission est une mauvaise décision”*, 6 février 2019). La décision de la Commission faisait effectivement expressément référence à CRRC estimant que, pour la période 2008-2018, sur le marché du matériel roulant à grande et très grande vitesse, CRRC n'exerçait aucune pression concurrentielle (Résumé de la décision de la Commission du 6 février 2019 déclarant une concentration incompatible avec le marché intérieur et avec le

fonctionnement de l'accord EEE (Affaire M.8677 — *Siemens/Alstom*) [notifiée sous le numéro C(2019) 921], JOUE C 300, 5.9.2019, p. 14, point 36). Il était ajouté par la Commission que *“CRRC n'a jamais remporté d'offre concernant des trains à grande ou très grande vitesse dans l'EEE. Sa position sur le marché mondial demeure marginale et n'est due qu'à une seule vente, à savoir un contrat conclu en 2017 avec Indonesian Railway, obtenu non au terme d'un appel d'offres concurrentiel, mais à l'issue de négociations menées au niveau des gouvernements. CRRC n'a donc jamais été mise à l'essai dans le cadre d'appels d'offres concurrentiels face aux principaux fournisseurs mondiaux de matériel roulant à grande et très grande vitesse en dehors de la Chine. Dans l'EEE, cette entreprise n'a pas été invitée à présenter d'offre lors du prochain appel d'offres HS2 (Royaume-Uni). Il s'ensuit qu'à ce jour, CRRC n'a jamais vendu de matériel roulant à grande ou très grande vitesse dans des conditions de concurrence normales et n'a pas été invitée à le faire. Elle ne saurait dès lors être considérée comme exerçant une pression concurrentielle notable sur le marché mondial en dehors de la Chine, du Japon et de la Corée du Sud”* (ibid., point 27).

On voit ainsi que la prémonition selon laquelle l'entrée de CRRC sur les marchés européens ne serait pas envisageable à court/moyen terme a été démenti par les faits. Ce faisant, le RSE a constitué l'instrument correctif ou supplétif du contrôle des concentrations ayant vocation à rétablir à garantir des conditions équitables pour tous les acteurs du marché mondial, c'est-à-dire un *level playing field*. Déjà, le 3 avril 2024, la Commission a annoncé l'ouverture de deux enquêtes approfondies au titre du RSE dans le secteur photovoltaïque (Commission européenne, La Commission ouvre deux enquêtes approfondies dans le secteur solaire photovoltaïque au titre du règlement relatif aux subventions étrangères, 3 avril 2024).

R. B., E. M. & F. M. ■

**Pharmacie – Vente en ligne – Service de mise en relation : La Cour de justice de l'Union européenne précise la nature juridique du service de mise en relation de pharmaciens et de clients pour la vente en ligne de médicaments** (*CJUE, 24 févr. 2024, Doctipharma c/ UDGPO, aff. C-606/21, EU:C:2024:179*)

Par un arrêt en date du 29 février 2024, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé les conditions dans lesquelles une plateforme internet peut mettre en relation des pharmaciens et des patients potentiels pour la vente de médicaments. Pour ce faire, elle a interprété, d'une part, l'article 1<sup>er</sup>, point 2, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société d'information et, d'autre part, l'article 85 *quater* de la directive 2001/83/CE du

Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.

En l'espèce, la société *Doctipharma SAS* a développé le site Internet [www.doctipharma.fr](http://www.doctipharma.fr), hébergé par *Pictime Coreyre*, dans le but de permettre aux internautes d'acheter, à partir de sites d'officines de pharmacies, des produits pharmaceutiques et des médicaments non soumis à prescription médicale obligatoire. L'Union des groupements de pharmaciens d'officine a estimé que le service fourni par *Doctipharma* au moyen de son site Internet implique que cette société participe au commerce électronique de médicaments alors qu'elle n'a pas la qualité de pharmacien. L'association a engagé des poursuites contre *Doctipharma* et *Pictime Coreyre* devant le tribunal de Nanterre qui a constaté la pratique illicite de vente en ligne de médicaments et exigé, sous peine d'astreinte, la fermeture site Internet et la cessation de ses activités. *Doctipharma* a interjeté appel devant la Cour d'appel de Versailles. Celle-ci a considéré que le site de *Doctipharma* se limitait à une activité de plateforme technique qui met en relation les clients avec les pharmacies partenaires, sans intervenir directement dans la commercialisation des médicaments, de sorte que l'activité est bien licite. Cependant, la Cour de cassation a jugé que *Doctipharma*, en mettant en relation des pharmaciens et des patients potentiels pour la vente de médicaments, avait joué un rôle d'intermédiaire de sorte la société participait au commerce de médicaments sans disposer de la qualité de pharmacien. L'affaire a alors été renvoyée à la Cour d'appel de Paris qui, finalement, éprouvant un doute quant à l'interprétation de deux directives, a posé une série de questions préjudicielles à la Cour de justice. En substance, il s'agit de déterminer, d'une part, si l'activité de *Doctipharma* sur son site Internet doit être qualifiée de "service de la société de l'information" au sens de la directive 98/34 et, d'autre part, si l'interdiction par un État membre de cette activité est conforme à l'article 85 *quater* de la directive 2001/83.

## La qualification de service de la société de l'information dans le secteur pharmaceutique

Par sa première question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande à la Cour de justice si l'activité qu'exerce *Doctipharma* sur son site Internet constitue un "service de la société de l'information" au sens de la directive 98/34, telle que modifiée par la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information. On rappelle que cette directive impose aux États membres de notifier préalablement à la Commission toute disposition nationale comportant une règle technique ou une règle visant spécifiquement un "service de la société de l'information". Si ladite règle n'a pas été notifiée, elle s'avère inopposable. Dès lors, il s'est agi de savoir si l'article 1<sup>er</sup>, point 2, de la directive 98/34, telle modifiée par la directive (UE) 2015/1535, doit être interprété en ce sens qu'un service

fourni par un site Internet consistant à mettre en relation des pharmaciens et des clients pour la vente, à partir des sites d'officine des pharmacies ayant souscrit à ce site, des médicaments non soumis à prescription médicale constitue un "service de la société de l'information".

La Cour de justice analyse successivement chacune des quatre conditions prévues par l'article 1<sup>er</sup>, point 2 de la directive 98/34 qui définit la notion de "service de la société de l'information" comme "un service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services". Il résulte de son raisonnement qu'un service fourni par un site Internet consistant à mettre en relation des pharmaciens et des clients, à partir des sites d'officines de pharmacies ayant souscrit à ce service, pour la vente des médicaments non soumis à prescription médicale satisfait l'ensemble des conditions, mais qu'une telle qualification de "service de la société de l'information" demeure tributaire des vérifications complémentaires par la juridiction de renvoi.

À cette occasion, la Cour prend soin de rappeler une nouvelle fois que la rémunération du service fourni par un prestataire dans le cadre d'une activité économique ne doit pas nécessairement être versée par les personnes qui en sont bénéficiaires. Ainsi, dans les faits, le fait que la rémunération résulte d'une souscription forfaitaire des pharmaciens à la plateforme ou d'une rétrocession d'un pourcentage du montant des ventes, prélevée par la plateforme n'altère pas l'éventuelle qualification de service de la société de l'information.

De plus, dans le sens des conclusions de l'avocat général Szpunar, la Cour de justice estime qu'un service de mise en relation des pharmaciens et des clients pour la vente, à partir des sites d'officines de pharmacies ayant souscrit à ce service, des médicaments non soumis à prescription médicale n'est pas susceptible de faire partie intégrante d'un service global dont l'élément principal ne répond pas à la qualification juridique de "service de la société de l'information". Cela exclut donc l'application de la jurisprudence dégagée par la Cour dans les arrêts relatifs aux plateformes *Airbnb* et *VTC* (CJUE, 20 décembre 2017, *Associación Profesional Elite Taxi c/ Uber*, C-434/15 ; CJUE 19 décembre 2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18 et CJUE, 3 décembre 2020, *Star Taxi App*, C-62/19). auxquelles font référence les juridictions de renvoi et les parties.

## La nécessité d'une analyse factuelle de l'engagement de la plateforme en ligne dans le processus de commercialisation des médicaments

Les cinq autres questions préjudicielles posées se concentrent sur l'article 85 *quater* de la directive 2001/83 et, plus spécifiquement, sur la compatibilité de l'interdiction par un État membre de la fourniture d'un service en ligne qui met en relation les pharmaciens et les clients pour la vente de médicaments non soumis à prescription médicale avec cet article.

L'article 85 *quater* du Code communautaire sur les médicaments à usage humain dispose que les États membres doivent autoriser la vente à distance au public, au moyen des services de la société de l'information tels que définis dans la directive 93/34, des médicaments non soumis à prescription médicale. Les États membres ont par ailleurs une compétence exclusive pour déterminer les personnes physiques et morales autorisées ou habilitées à délivrer des médicaments au public à distance, en vertu du paragraphe 1, sous a), de cet article.

Afin de déterminer si un service tel que celui fourni par *Doctipharma* peut être interdit sur le fondement de législations nationales adoptées conformément à ce dernier point, la Cour de justice a invité la juridiction de renvoi à procéder à une distinction suivant le degré d'implication de la plateforme d'intermédiation dans l'activité de vente en ligne de médicaments.

Si la société se limite à fournir une solution numérique facilitant la mise en relation entre l'offre des pharmaciens et la demande de leurs clients potentiels s'agissant des médicaments non soumis à prescription médicale obligatoire, et qu'elle n'intervient pas activement dans le processus de commercialisation du médicament, laissant cette responsabilité entièrement aux pharmaciens, alors la prestation de conception et de maintenance technique d'un site internet constitue une "prestation propre et distincte" de la vente en ligne de médicaments. Dans cette hypothèse, l'activité de *Doctipharma* ne pourrait être interdite sur le fondement de l'article 85 *quater* de la directive 2001/83. Au contraire, s'il s'avère que le prestataire procède lui-même à la vente de médicaments sans y être autorisé ou habilité par la législation de l'État membre duquel il est établi, l'État membre pourra légitimement interdire la fourniture d'un tel service.

La solution dégagée par la Cour va à l'encontre de celles respectivement retenue par la Cour de cassation et proposée par l'avocat général. La juridiction française avait qualifié l'activité de la plateforme de "participation" à l'opération de vente des médicaments, concluant en une violation des dispositions du Code de la santé publique sans rechercher le niveau d'implication de la plateforme dans le processus de commercialisation. Au contraire, l'avocat général s'opposait à l'interdiction d'un service tel qu'exercé par *Doctipharma*, à moins qu'il soit démontré que cette interdiction est à la fois apte et nécessaire à la protection de la santé publique.

La vente en ligne de médicaments représente un enjeu de santé publique d'une grande importance notamment du fait du rôle notable des plateformes numériques dans la diffusion de produits contrefaits ou falsifiés. Il est donc primordial de s'assurer que ces dernières n'échappent pas aux lois applicables. Plus généralement, cette décision de la Cour de justice participe au travail de définition et d'encadrement des plateformes en ligne d'intermédiation qui éclosent à l'ère du numérique. Cela avait déjà été amorcé par la Cour dans sa décision *Associación Profesional Elite Taxi c/ Uber* (C-434/15, précité) dans laquelle elle qualifie l'activité de la plateforme Uber comme un service de transport et non un simple service d'intermédiation.

A. d. E. & F. M. ■

## À NOTER

### Investissements étrangers – Filtrage – Proposition de la Commission : La Commission européenne présente une proposition de règlement pour remplacer le règlement sur le filtrage des investissements étrangers

(Parl. européen et Conseil, proposition de règlement relatif au filtrage des investissements étrangers dans l'Union et abrogeant le règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil, 24 janvier 2024, COM/2024/23)

Le 24 janvier 2024, la Commission a présenté une proposition de règlement relatif au filtrage des investissements étrangers dans l'Union qui a vocation à abroger le règlement (UE) 2019/452 (règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, JOUE L 79I, 21.3.2019, p. 1). Le règlement (UE) 2019/452 prévoit en effet une clause de revoyure en vertu de laquelle la Commission devait au plus tard au 12 octobre 2023 procéder à une évaluation du dispositif de filtrage des investissements directs étrangers tel qu'il avait été mis en place par ce règlement. On rappelle que le dispositif consiste à encadrer la procédure selon laquelle les États membres décident de restreindre des investissements directs étrangers en provenance d'opérateurs de pays tiers pour des motifs de sécurité ou d'ordre public. La période d'application du règlement (UE) 2019/452 a été marquée par la crise de la COVID-19 qui a mis en évidence des risques spécifiques dans le domaine sanitaire par exemple, ainsi que par la guerre en Ukraine. Aussi les États membres sont-ils particulièrement vigilants lorsque les investissements portent sur des secteurs stratégiques, comme le numérique, l'énergie ou encore les transports. La proposition ne propose pas de modifications substantielles. Il s'agit de pousser les États membres à se doter d'un mécanisme de filtrage. En 2019, 14 États membres en disposaient ; en 2024, ils sont 22. La proposition simplifie la procédure de coopération prévue par le règlement tout en élargissant dans les annexes les domaines concernés par le filtrage. Enfin, des conséquences sont tirées de l'arrêt *Xella* (CJUE, 13 juillet 2023, *Xella Magyarország*, C-106/22, ECLI:EU:C:2023:568) puisqu'à la notion d' "investissement direct étranger" est ajoutée celle d' "investissement dans l'Union sous contrôle étranger". La première désigne "un investissement de toute nature auquel procède un investisseur étranger et qui vise à établir ou à maintenir des relations durables et directes entre l'investisseur étranger et une cible de l'Union existante ou à créer, l'investisseur étranger mettant des capitaux à disposition de ladite cible en vue de l'exercice d'une activité économique dans un État membre". La seconde concerne "un investissement de toute nature auquel procède un investisseur étranger par l'intermédiaire de la filiale dans l'Union de cet investisseur étranger et qui vise à établir ou à maintenir des relations durables et directes entre l'investisseur

étranger et une cible de l'Union existante ou à créer, l'investisseur étranger mettant des capitaux à disposition de ladite cible en vue de l'exercice d'une activité économique dans un État membre”.

F. M. ■

## 2. France

### 2. 1. Conseil constitutionnel

#### **Accès au marché de l'électricité des fournisseurs – Fixation d'un complément de prix – Liberté d'entreprendre – Principe d'égalité :**

**Le Conseil constitutionnel juge que le reversement intégral au profit de l'opérateur historique d'électricité en France d'un complément de prix, versé par les opérateurs ayant souscrit un volume trop important d'énergie nucléaire issue du dispositif "ARENH" par rapport à leurs besoins, est conforme à la Constitution (Cons. const., déc. n° 2023-862 DC du 28 déc. 2023, Loi de finances pour 2024, FR:CC:2023:2023.862.DC)**

La régulation du marché de l'électricité a fait l'objet de nombreuses réformes récentes afin de compenser les diverses tensions subies par ce marché, en raison en particulier d'un contexte international instable marqué par le conflit entre la Russie et l'Ukraine. Parmi les nombreux articles de la loi de finances pour 2024 contestés dans la décision n° 2023-862 DC du 28 décembre 2023, certaines dispositions de l'article 225 de cette même loi portaient sur la régulation du marché de l'électricité. La présente chronique est consacrée au contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur ce sujet (Décision commentée, § 114-129).

Avant de commenter ce point précis de la décision, il convient d'en présenter le contexte. La régulation du marché de l'électricité se caractérise notamment par la mise en place d'un mécanisme issu de la loi NOME (loi portant Nouvelle Organisation du Marché de l'Électricité) du 7 février 2010 : l'accès régulé à l'énergie nucléaire historique [ci-après "ARENH"]. Ce mécanisme permet aux fournisseurs alternatifs d'électricité de souscrire à un volume d'énergie nucléaire produit par l'opérateur historique Électricité de France [ci-après "EDF"]. Le volume maximal global d'énergie nucléaire, fixé en fonction notamment du développement de la concurrence sur les marchés de la production d'électricité et de la fourniture de celle-ci aux consommateurs (Art. L. 336-2 C. én.), est déterminé par arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie pris après avis de la Commission de régulation de l'énergie [ci-après "CRE"]. Le prix de l'électricité cédée aux fournisseurs est quant à lui déterminé par arrêté des mêmes ministres pris sur proposition de la CRE (Art. L. 337-13 C. én.).

Comme le prévoit l'article L. 336-1 C. én., cet accès régulé au marché de l'électricité a été décidé "afin d'assurer la liberté de choix du fournisseur d'électricité tout en faisant bénéficier l'attractivité du territoire et l'ensemble des consommateurs de la compétitivité du parc électronucléaire français". Il est ouvert pour une période transitoire qui prendra fin, en l'état, au 31 décembre 2025 (Art. L. 336-8 C. én.). La mise en œuvre de ce mécanisme repose donc sur un accès limité à l'énergie nucléaire consenti à des fournisseurs d'électricité à des conditions équivalentes à celles rencontrées par EDF. Cet accès est limité à deux titres. Tout d'abord, du point de vue de chaque fournisseur, le volume maximal d'énergie nucléaire cédé est calculé par la CRE en "fonction des caractéristiques et des prévisions d'évolution de la consommation des consommateurs finals" (Article L. 336-3 C. én.). La quantité cédée d'ARENH repose donc sur une évaluation réalisée *a priori* (au moins 40 jours avant le début de la nouvelle année – art. R. 336-9 C. én.) déterminée notamment en fonction des éléments apportés par les fournisseurs sur la consommation attendue des consommateurs (Art. R. 336-13 et s. C. én.). Ensuite, seconde source de limitation, du point de vue du marché cette fois, les ministres chargés de l'économie et de l'énergie déterminent par arrêté un volume maximal global d'ARENH qui est plafonné par la loi. Initialement fixé à 100 térawattheures par an en 2011, le plafond du volume global est dorénavant fixé à 120 térawattheures par an (article L.336-2 C. én.).

Ces deux sources de limitations entraînent le risque de voir apparaître des demandes excédentaires provenant de certains fournisseurs au regard des droits "ARENH" dont ils auraient dû disposer en raison de la consommation réelle de leurs clients. Cette situation est d'autant plus gênante dans le cadre d'un volume global d'ARENH plafonné : les demandes excessives de certains fournisseurs viennent alors pénaliser les demandes vertueuses des autres qui sont susceptibles de ne pas obtenir toute l'énergie nucléaire "ARENH" à laquelle ils avaient pourtant droit. C'est la raison pour laquelle, le législateur a instauré par l'article L. 336-5 C. én. (II, Al. 3) un système d'écrêtement fondé sur un complément de prix (appelé "CP 1"). Le fournisseur ayant bénéficié d'une quantité trop importante d'ARENH est redevable d'un complément de prix, constitué de la différence entre le prix du marché (prix "SPOT") et le prix ARENH sur la quantité excessive, qui devra être reversé à EDF et aux fournisseurs ayant été privés (que l'on appelle "écrêtés") d'une partie de leur droit en raison de l'atteinte du plafond du volume global d'ARENH. Ce reversement vise à régulariser *a posteriori* la répartition du volume d'ARENH au regard des droits de chaque fournisseur. Dans une précédente décision portant sur une loi augmentant le plafond de volume global d'énergie nucléaire historique, le Conseil constitutionnel avait relevé que la mise en place d'un complément de prix contribuait "à protéger l'Électricité de France contre des demandes excessives d'achat de l'électricité nucléaire historique" (Décision n° 2019-791 DC du 7 novembre 2019, Loi relative à l'énergie et au climat, § 9).

C'est sur cet aspect particulier de la régulation du marché de l'électricité que le législateur, par le biais d'une disposition de l'article 225 de la loi de finances pour 2023

(art. 52 dans sa version initiale), a voulu apporter une modification importante. Par le biais d'un amendement introduit en première lecture à l'Assemblée nationale, le législateur a modifié le régime juridique du complément de prix en prévoyant dorénavant que ce prix ne sera plus réparti entre EDF et les fournisseurs lésés, mais sera versé uniquement à EDF, en vue notamment de compenser ses pertes imputables à ses missions de service public, lesquelles étaient jusqu'à présent financées par une taxe appliquée à la consommation d'électricité.

C'est donc à l'encontre de ce qui a pu être qualifié par les sénateurs comme une "*capitation par l'État*" au détriment des fournisseurs lésés que le recours en inconstitutionnalité est exercé. Ce recours repose essentiellement sur trois moyens invoquant le respect du principe d'égalité devant la loi, du principe d'égalité devant les charges publiques et de la liberté d'entreprendre (le moyen portant sur le principe de personnalité des peines est exclu de cette chronique).

Ces trois moyens ont pour dénominateur commun de dénoncer, par des voies différentes, les effets de cette disposition législative sur les fournisseurs d'électricité ayant respecté leur droit d'énergie nucléaire issu de l'ARENH, et qui se trouvent exclus du bénéfice du reversement d'un complément de prix. Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel ne suivra pas les moyens invoqués devant lui. En jugeant conforme à la Constitution les dispositions de l'article 225 de la loi de finances pour 2023, le juge constitutionnel, d'une part, exerce un contrôle superficiel de l'égalité entre les fournisseurs d'électricité, et d'autre part limite la protection de leur accès au marché.

## Un contrôle superficiel de l'égalité entre les fournisseurs

Les sénateurs contestaient devant le Conseil constitutionnel une différence de traitement entre les clients des fournisseurs alternatifs et les clients d'EDF, fournisseur également sur le marché de l'électricité. Les sénateurs avançaient qu'en l'absence de rétribution du complément de prix, les fournisseurs alternatifs n'étaient plus en mesure d'afficher des prix aussi compétitifs que ceux d'EDF (Décision commentée, § 117).

Cette différence de traitement dénoncée par les sénateurs s'appuyait sur le principe d'égalité devant la loi, protégé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, dont le Conseil constitutionnel déduit de jurisprudence constante qu'il ne "*s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit*" (V. par ex., § 36 de la décision commentée).

Dans le recours adressé au Conseil constitutionnel, il était ainsi indiqué que l'absence de versement du complément de prix au profit des fournisseurs alternatifs n'était pas justifiée dans la mesure où elle avait des conséquences sur les prix imposés aux clients, lesquels ne sont pas responsables des estimations proposées par les fournisseurs à la CRE.

Cette argumentation est rapidement rejetée par le Conseil constitutionnel. Pour que le moyen invoqué par les sénateurs puisse prospérer, encore eût-il fallu qu'en l'espèce, la différence de traitement dénoncée soit reconnue par le juge, avant même que celui-ci examine, le cas échéant, le bien-fondé de cette différence. Le Conseil constitutionnel rejette en effet ici toute différence de traitement. La décision (§ 128 de la décision commentée) affirme que les dispositions contestées n'ont ni pour objet, ni pour effet d'encadrer les tarifs proposés par les fournisseurs alternatifs comme EDF. Si les requérants avaient voulu dénoncer une différence de traitement au regard du principe d'égalité devant la loi, ils auraient probablement dû contester la différence de traitement entre les fournisseurs alternatifs et EDF, et non leurs clients respectifs, lesquels ne sont effectivement pas concernés *directement* mais *indirectement* – c'est le sens de l'argumentation des sénateurs – par la mesure contestée. L'examen de constitutionnalité mené par le juge refuse en l'espèce toute prise en considération d'une différence de traitement par ricochet, qui serait constituée par le report des fournisseurs sur les prix des clients de la perte de rétribution du complément de prix.

## Une protection limitée de l'accès au marché

L'absence de reconnaissance d'une différence de traitement par ricochet se retrouve par analogie au moment de l'analyse des effets de la disposition contestée sur l'accès au marché des fournisseurs alternatifs. Dans leur recours, les sénateurs contestaient une méconnaissance de la liberté d'entreprendre, et plus généralement du "*droit de la concurrence*", dans la mesure où la nouvelle affectation du complément de prix aurait pour conséquence de contraindre les fournisseurs alternatifs à acquérir une électricité à un prix plus élevé pour approvisionner leurs clients (§ 118 de la décision commentée). Le recours s'oppose, sans en employer formellement les mots, à un obstacle à l'accès au marché.

Rappelons à cet égard que, de jurisprudence constante, si la liberté d'entreprendre est une liberté protégée par le Conseil constitutionnel, déduite de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, cette protection ne s'étend pas au "*droit de la concurrence*", ni au fonctionnement concurrentiel du marché. À cet égard, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'exclure toute consécration d'un principe de libre concurrence, le juge préférant traiter "*de libre concurrence sans jamais prononcer le mot*" (P.Y. Gahdoun, Chronique de droit public, Titre VII, n°2, avril 2019). On remarquera toutefois la persistance d'un moyen que l'on retrouve également renvoyé au Conseil constitutionnel lorsqu'il exerce son contrôle au titre de la question prioritaire de constitutionnalité ("QPC" – V. par ex., s'agissant du marché de l'électricité et des rapports entre gestionnaires de réseaux et fournisseurs, décision n° 2019-776 QPC du 19 avril 2019, *Société ENGIE*, décision de renvoi).

L'examen du juge en l'espèce est expéditif. Alors que la liberté d'entreprendre fait l'objet d'une protection reposant classiquement sur un contrôle de

proportionnalité (V. par ex., décision n°2023-1055 QPC du 16 juin 2023, *Association interprofessionnelle des fruits et légumes frais* avec notre précédente chronique), la décision se distingue par sa brièveté. Après avoir rappelé qu’il était “loisible au législateur” de modifier les règles de répartition du complément de prix en souhaitant limiter les effets d’aubaine dont pouvaient bénéficier certains fournisseurs alternatifs, et ainsi participer à la réduction du coût de l’électricité pour les consommateurs (§ 122 et 123 de la décision commentée), il juge que la disposition législative ne méconnaît pas la liberté d’entreprendre puisque le droit des fournisseurs alternatifs d’accéder à un volume d’énergie nucléaire historique n’a pas été modifié (§ 127 de la décision commentée). Le juge se contente du maintien formel du droit des fournisseurs alternatifs sans prendre en considération les effets de la disposition contestée sur les conditions concrètes d’exercice de l’activité des fournisseurs alternatifs. Ce contrôle est d’autant plus limité qu’en l’espèce la décision n’expose aucun contrôle de proportionnalité permettant de mesurer éventuellement l’ampleur des atteintes qui seraient portées aux fournisseurs alternatifs.

On remarquera la même timidité du contrôle de constitutionnalité s’agissant du moyen fondé sur la méconnaissance du principe d’égalité devant les charges publiques rattaché à l’article 13 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen. Les sénateurs invoquaient ce principe pour dénoncer une sorte de transfert de charges pesant en principe uniquement sur l’État. Le complément de prix étant dorénavant affecté au financement des missions de service public assignées à EDF, les sénateurs contestent cette contrainte qui serait imposée sur les fournisseurs en lieu et place de l’État.

Le principe d’égalité devant les charges publiques est le plus souvent examiné par le Conseil constitutionnel en matière fiscale. Pour autant, la jurisprudence constitutionnelle protège ce principe également hors de ce domaine en vérifiant si les charges particulières, imposées à certaines catégories de personnes pour un motif d’intérêt général, n’entraînent pas “de rupture caractérisée de l’égalité devant les charges publiques” (V. pour un ex précédent, décision n° 2021-963 QPC du 20 janvier 2022, *Fédération nationale des chasseurs*, § 7). Afin d’établir une éventuelle “rupture caractérisée”, le juge est amené à vérifier s’il existe un lien entre les contraintes subies par les opérateurs et la contribution qui leur est demandée. Il a pu également dans sa jurisprudence, au-delà de l’ampleur des contraintes, estimer que certaines charges, par leur nature, ne pouvaient être imposées à des personnes privées (Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, cons. 41). Cette jurisprudence sanctuarise certaines dépenses qui par leur nature, nous pensons notamment à des dépenses de sécurité, incomberaient uniquement à l’État (V. l’exemple précité et décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances*

*économiques*, cons. 74 ). D’autres décisions plus récentes montrent que cette jurisprudence relative aux dépenses par nature incombant à l’État est toujours d’actualité (Décision n° 2020-882 QPC du 5 février 2021 précitée, § 27 et 28. V. notre chronique sur cette décision).

C’était, semble-t-il, sur ce terrain que se plaçait le recours des sénateurs. Ils estimaient que “le principe d’égalité devant les charges publiques s’oppose à ce que le législateur reporte sur certaines catégories d’opérateurs, le coût de missions qui incombent à l’État” (Saisine Sénateurs, p. 5). Les sénateurs s’appuyaient sur le fait que le complément de prix sera désormais affecté au financement des charges de service public de l’électricité, missions dont le financement incomberait uniquement à l’État.

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel juge brièvement que les dispositions “contestées n’ont ni pour objet ni pour effet de transférer aux fournisseurs d’électricité une charge financière incombant à l’État” (§124 de la décision commentée). Cette réponse, pour peu motivée qu’elle soit, ne reprend pas le critère de la charge qui *par nature* incomberait à l’État. S’il est possible de comprendre cette réponse du Conseil constitutionnel puisque l’objet des dispositions contestées portait strictement sur le complément de prix, qui avait vocation à faire financer les fournisseurs alternatifs ayant abusé de leur droit d’accès à l’énergie nucléaire historique, et ainsi ne concernait pas nécessairement une charge financière que devrait assumer l’État, il n’en demeure pas moins qu’avec une motivation aussi elliptique, le juge suscite le risque d’une confusion inutile en examinant un moyen lié à une position de principe sur les obligations de l’État de contribuer au financement du service public de l’électricité. Une lecture en effet rapide et *a contrario* de ce paragraphe 124 de la décision pourrait ainsi suggérer que le financement des missions de service public de l’énergie n’incombe pas à l’État. Il est évident que ce serait donner une portée que la décision n’a pas. Néanmoins, il aurait simplement fallu préciser que le moyen soulevé par les sénateurs porte sur une disposition dont l’objet est de rappeler à l’ordre certains fournisseurs alternatifs afin de les dissuader d’effets d’aubaine nuisibles au bon fonctionnement du marché de l’électricité, sans que pour autant cela n’exonère, d’une quelconque manière, l’État de ses obligations de financement du service public de l’électricité. Il n’en reste pas moins que le choix du législateur de modifier l’affectation du complément de prix pour le financement du service public de l’électricité se fait en dépit des fournisseurs alternatifs ayant joué le jeu de leur droit d’accès à l’énergie nucléaire historique. Une motivation plus substantielle n’était pas de trop au regard de la situation de ces fournisseurs alternatifs vertueux.

J. M. ■

## **Taxation des exportations de produits miniers – Avantage fiscal – Principe d'égalité : Le Conseil constitutionnel juge que le nouvel article Lp. 730 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie qui prévoit l'exonération partielle des exportations de produits miniers pour des sociétés étrangères contrôlées par des sociétés d'économie mixtes néocalédoniennes est conforme à la Constitution**

(*Cons. const., déc. n°2023-8 LP du 24 janv. 2024, Loi du pays instituant une taxe sur les exportations de produits miniers, FR:CC:2024:2023.8.LP*)

La situation économique particulière de l'outre-mer a souvent été prise en considération par le Conseil constitutionnel. Cela se perçoit en particulier lorsque le Conseil constitutionnel est saisi de la constitutionnalité de "*lois du pays*", ces délibérations adoptées par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie portant dans des domaines exhaustivement énumérés à l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. Dans ces domaines, les lois du pays ont force de loi (Art. 107 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie). Conformément à l'article 104 de cette même loi organique, la loi du pays ayant fait l'objet d'une nouvelle délibération du congrès peut être déférée au Conseil constitutionnel. Jusqu'à aujourd'hui, huit lois du pays ont été déférées au Conseil constitutionnel depuis la décision du 27 janvier 2000 (Décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, *Loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services*). En plus de cette procédure, les lois du pays peuvent faire l'objet de questions prioritaires de constitutionnalité (Art. 107 précité).

La décision commentée est la décision n°2023-8 LP (pour "*lois du pays*") du 24 janvier 2024, *Loi du pays instituant une taxe sur exportations de produits miniers*. Outre la particularité des lois du pays, l'étude du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel dans cette décision permet de s'intéresser à la portée des droits et libertés économiques garantis par la Constitution dans le contexte économique tout à fait particulier de l'outre-mer, et spécialement ici de la Nouvelle-Calédonie. Dans une précédente décision QPC portant sur une loi du pays donnant compétence au pouvoir réglementaire de fixer le prix de certains produits, le juge constitutionnel avait retenu dans son application de la liberté d'entreprendre la présence de "*particularités économiques de la Nouvelle-Calédonie*" (Décision n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019, Société *Magenta Discount* et autre, § 21).

Dans la décision commentée, l'objet de la loi du pays n'est pas de protéger les consommateurs par la fixation du prix de certains produits mais de favoriser fiscalement certaines entreprises exportatrices de produits miniers. Après l'adoption d'un premier projet de loi du pays le 10 janvier 2023 par le congrès de Nouvelle-Calédonie rétablissant l'article Lp. 730 du Code des impôts de Nouvelle-Calédonie, une seconde délibération a été

demandée en application de l'article 103 de la loi organique de 1999 précitée. C'est au cours de cette seconde délibération qu'un amendement déposé le 16 octobre 2023 a été adopté. Ce dernier vient ajouter à l'article Lp. 730 du Code des impôts un alinéa exonérant à hauteur de 30 % de la taxe sur les exportations de produits miniers les exportations réalisées vers les sociétés dont le capital social est majoritairement détenu par une société d'économie mixte néo-calédonienne (Dernier alinéa de l'article Lp. 730 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie).

L'amendement instituant les dispositions contestées vient donc conférer un avantage fiscal important à certaines entreprises. Pour comprendre les enjeux concurrentiels soulevés par la décision commentée, il convient au préalable de dresser le contexte économique dans lequel a été adoptée cette disposition par le congrès de Nouvelle-Calédonie avant de mettre en évidence le caractère limité du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel.

## **Le contexte économique : une mesure de soutien fiscal apportée à l'interventionnisme public**

L'objectif poursuivi par le législateur néo-calédonien était celui de mettre en place une incitation fiscale pour des opérateurs faisant des exportations "*vers des usines offshores pays*" (Exposé des motifs de l'amendement n°16 à l'origine de la décision). Ces usines "*offshores pays*" sont des usines calédoniennes à l'étranger puisque ce sont des sociétés contrôlées à l'étranger par des sociétés d'économie mixte néo-calédoniennes. Cette exonération permettrait ainsi "*un retour de valeur ajoutée*" via les dividendes perçus.

Cette mesure de soutien est adoptée dans le contexte particulier d'un secteur du minerai en crise en Nouvelle-Calédonie. Plusieurs sociétés ont dû recourir à une aide de l'État sous forme de prêts pour faire face à leurs difficultés économiques et financières (Rapport n° 303 du 26 décembre 2022 de la commission de la législation et de la réglementation du congrès de la Nouvelle-Calédonie, p. 5). L'exportation de minerai, en particulier de nickel, est assurée également entre deux filiales situées respectivement en Nouvelle-Calédonie et en Corée du Sud (*Nickel Mining Company (NMC)* – Société de Nickel de Nouvelle-Calédonie et Corée (*SNNC*)) d'une société anonyme (Société Minière du Sud Pacifique – (*SMSP*)), elle-même détenue à 87, 25% par *SOFINOR*, société d'économie mixte néo-calédonienne créée par la Province Nord. La disposition contestée offre alors un soutien important (30 % de réduction d'une taxation) à cette forme moderne d'interventionnisme public.

Les saisines transmises par certains membres du Congrès, arguant de l'inconstitutionnalité des dispositions de la loi du pays, comme celles transmises en défense par le président de l'Assemblée Province-Nord, ont mis en évidence que *de facto*, les dispositions contestées avaient pour seul objet d'avantager la société *SMSP*, exportatrice de nickel. Comme le montre l'exposé des faits de la saisine transmise par la province nord, l'objectif ici est de développer le retour de la valeur ajoutée par le biais de dividendes. Les retombées du modèle économique de la



société *SMSP* sont présentées non seulement en termes d'emplois (580 emplois auraient été sauvés dans la société *NMC*), mais également en termes de recettes pour les collectivités publiques actionnaires de la *SMSP* (V., à cet égard le rapport d'observation produit par la Chambre territoriale des comptes de la Nouvelle-Calédonie qui présente des résultats financiers plus contrastés).

Il résulte de ces éléments que la disposition législative contestée poursuit un objectif clair de soutien à l'interventionnisme public des autorités publiques néo-calédoniennes. Il peut être également affirmé que cette disposition législative a été adoptée pour soutenir en particulier une société privée (la *SMSP*), dans laquelle la société *SOFINOR*, société d'économie mixte, dispose de 87 % des parts. Outre les arguments reposant sur la procédure d'adoption de la loi du pays contestée (qui ne seront pas étudiés dans le cadre de cette chronique), les moyens d'inconstitutionnalité sur le fond reposent essentiellement sur deux branches du principe d'égalité. On devine ici en filigrane, sans que le mot soit énoncé, que les requérants visent par ce moyen à dénoncer les effets anticoncurrentiels de la disposition contestée.

### Le contrôle de constitutionnalité : l'exclusion des enjeux anticoncurrentiels de la question posée par les saisissants

Les deux branches du principe d'égalité invoquées devant le Conseil constitutionnel sont d'une part, le principe d'égalité devant les charges publiques, et d'autre part, le principe d'égalité devant la loi. S'agissant du principe d'égalité devant les charges publiques, fondé sur l'article 13 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel en déduit que le législateur peut octroyer des avantages fiscaux, notamment "*des mesures d'incitation au développement d'activités économiques, à condition qu'il se fonde sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts poursuivis et qu'il n'en résulte pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques*" (Décision commentée, § 12). S'agissant du principe d'égalité devant la loi, l'argumentation s'appuie sur l'article 6 de la Déclaration de 1789 dont le juge constitutionnel déduit de jurisprudence constante que le principe d'égalité "*ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit*" (Décision commentée, § 11).

Pour examiner la conformité de la disposition législative à ces deux branches du principe d'égalité, le juge constitutionnel relève d'abord l'objectif poursuivi par le législateur. La décision énonce que l'objet de la disposition était l'octroi d'un avantage fiscal afin de favoriser les exportations de produits miniers au profit de sociétés contrôlées par des autorités publiques et dont les bénéfices peuvent leur être distribués (Décision commentée, § 15). L'objectif affiché de soutien à une entreprise publique (société contrôlée majoritairement par une autorité publique ici) est explicitement identifié par le Conseil constitutionnel.

Au regard de cet objectif, le juge rejette les arguments des saisines. Tout d'abord, concernant le principe d'égalité devant les charges publiques, il est estimé que l'exonération prévue par la loi à hauteur de 30 % est fondée sur un "*critère objectif et rationnel en rapport avec l'objectif poursuivi*" (Décision commentée, § 16). Le juge rajoute en outre que dans l'absolu le taux de 30 % retenu n'entraîne pas de "*rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques*" (Décision commentée, § 17). Ensuite, concernant le principe d'égalité devant la loi, le moyen est écarté brutalement en estimant que "*par elle-même*", la disposition législative ne met pas en place une différence de traitement, de sorte que le principe d'égalité devant la loi doit être écarté avant même de faire l'objet d'un examen de cohérence avec l'objet de la loi et l'objectif d'intérêt général poursuivi (Décision commentée, § 18).

De cette décision, il convient de retenir deux éléments principaux relatifs au juge constitutionnel, comme au contrôle de constitutionnalité. En premier lieu sur le juge constitutionnel, on remarquera que l'examen du juge exclut tout contrôle concret en la matière, exclusion qui empêche toute prise en considération du contexte économique de la disposition. Cette exclusion est d'autant plus remarquable ici que toutes les saisines, contestant l'inconstitutionnalité ou défendant la constitutionnalité, constataient les raisons qui ont incité le législateur du pays à adopter cette loi : soutenir directement un opérateur économique en vue d'obtenir des retombés d'intérêt général par le biais de dividendes distribuées à une société d'économie mixte actionnaire. Refus ou impossibilité de prise en considération de ces éléments de fait, il n'en demeure pas moins que le juge constitutionnel exerce un contrôle sur la disposition législative indépendamment de son contexte. Cela rend très difficile un contrôle sur les effets anticoncurrentiels de la mesure contestée. En second lieu sur le contrôle de constitutionnalité, on relève le peu de normes de références dont dispose le juge, et les saisissants, pour contester la constitutionnalité d'un financement public indirectement octroyé à un opérateur public. Le montage est certes subtil, mais il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une aide à propos de laquelle les saisines reconnaissent son caractère ciblé à un opérateur particulier. Le principe d'égalité, tel que prévu dans les articles 6 et 13 de la Déclaration, a un contenu certainement trop indéterminé pour exercer un contrôle efficace.

On finira toutefois par un regret. Dans les saisines, la liberté d'entreprendre n'a pas été invoquée. Elle aurait pu être mobilisée pour mettre en évidence l'atteinte, même s'il n'est pas évident que cette dernière aurait été reconnue au regard de son caractère indirect, portée par la disposition à la liberté d'entreprendre des opérateurs. Elle aurait pu être invoquée pour mettre en évidence une atteinte à cette même liberté découlant cette fois-ci de l'entorse faite au fonctionnement concurrentiel du marché. Nous savons que ce dernier moyen est rarement reconnu par le Conseil constitutionnel, mais cela a pu arriver (V. par ex., Décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, § 103). Le développement de stratégies contentieuses plus ambitieuses sur le terrain concurrentiel pourrait, peut-être, à terme, inciter le juge constitutionnel à renforcer son contrôle de ce point de vue.

J. M. ■

## À NOTER

**Imposition de distributions de revenus – Différence de traitement – Principe d'égalité :** Le Conseil constitutionnel juge que l'article 119 Bis du code général des impôts qui institue une discrimination à rebours pour le prélèvement à la source appliqué à des distributions de revenus à certaines sociétés est conforme au principe d'égalité (*Cons. const., déc. n° 2023-1063 QPC du 6 oct. 2023, Société Compagnie Gervais Danone [Retenue à la source sur les revenus distribués à des sociétés non-résidentes], FR:CC:2023:2023.1063 QPC*)

Le Conseil constitutionnel a été saisi à de multiples reprises à propos de la constitutionnalité de discriminations à rebours intervenues à la suite de la mise en conformité de dispositions de droit interne au droit de l'Union européenne. Cette fois-ci, le juge constitutionnel était saisi de la constitutionnalité de l'article 119 Bis du Code général des impôts qui a institué un prélèvement à la source sur les revenus distribués par des sociétés domiciliées en France à des sociétés domiciliées hors de l'Union européenne. Le taux d'imposition du prélèvement repose sur un calcul analogue à celui de l'impôt sur les sociétés. Cette imposition soulevait une difficulté au regard de sa conformité avec le droit de l'Union européenne dont le principe de libre circulation des capitaux implique qu'une règle de droit interne ne peut imposer plus lourdement des sociétés domiciliées sur le territoire des autres États de l'Union européenne par rapport à l'imposition appliquée aux sociétés domiciliées dans un État membre.

Or, en l'espèce, l'article 119 Bis n'avait initialement pas prévu le cas particulier des sociétés non-résidentes déficitaires. Pour ces sociétés situées notamment sur le territoire de l'Union européenne, le prélèvement à la source s'appliquait alors même que les sociétés déficitaires domiciliées en France échappaient, dans une certaine mesure, à l'impôt sur les sociétés (Al. 3, paragraphe 1, article 209 du Code général des impôts).

Après une première mise en demeure adressée aux autorités françaises par la Commission européenne (28 mars 2014) contribuant à une évolution du régime de la retenue à la source (Art. 82 de la loi de finances rectificatives du 29 décembre 2015), un avis motivé adressé par la Commission le 17 mai 2017 dénonce le maintien d'un traitement fiscal préjudicant certaines sociétés déficitaires non-domiciliées en France. La réponse de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE,

22 novembre 2018, Stés *Sofina SA, Rebelco SA et Sidro SA*, aff. C-575/17) à une question préjudicielle posée par le Conseil d'État a contraint ce dernier à interpréter l'article 119 Bis comme faisant obstacle à ce que les sociétés déficitaires non-domiciliées en France, mais domiciliées sur le territoire de l'Union européenne, se voient appliquer la retenue à la source. Cette évolution, justifiée par une mise en conformité de l'article 119 Bis au principe de libre circulation des capitaux, avait pour conséquence d'instituer une discrimination à rebours sur les revenus distribués aux sociétés déficitaires selon la localisation de leur siège : celles situées dans un État tiers à l'Union européenne se voyaient appliquer la retenue à la source tandis que les revenus distribués aux sociétés déficitaires sur le territoire de l'Union européenne pouvaient y échapper.

Dans le cadre d'un recours déposé devant le Conseil d'État, la société *Compagnie Gervais Danone* a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité ["QPC"] visant à contester la constitutionnalité de l'article 119 Bis tel qu'interprété par le Conseil d'État. Cette QPC s'appuyait sur une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi découlant de l'article 6 de la Déclaration de 1789.

Dans ces hypothèses de discrimination à rebours, le Conseil constitutionnel vérifie si l'évolution de l'objet de la loi, due à l'application de l'Union européenne, n'a pas conduit à une dénaturation à son objet initial (V. par ex. pour ce raisonnement, Décision n° 2019-832/833 QPC du 3 avril 2020, M. Marc S. et autre).

En l'espèce, le Conseil constitutionnel juge qu'il n'y a pas eu une dénaturation de l'objet de loi puisque celui-ci prévoyait initialement une différence de traitement reposant sur la localisation de sociétés n'ayant pas leur siège en France, le législateur s'étant donc borné "à adapter le champ d'application de la retenue à la source dans le respect du droit de l'union européenne" (Décision commentée, § 9).

Si cette décision ne constitue pas une nouveauté sur le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel en matière de discriminations à rebours, on remarquera toutefois que cette jurisprudence incite le juge à concentrer toute son attention sur le maintien de la cohérence "interne" de la différence de traitement instituée quitte à négliger les effets anticoncurrentiels "externes". On en veut pour preuve que le Conseil constitutionnel a choisi de ne pas répondre au moyen soulevé par la société requérante visant à contester également, sur le fondement du principe d'égalité, la différence de traitement "originelle" posée par la disposition contestée entre les sociétés domiciliées en France et les sociétés domiciliées à l'étranger.

J. M. ■

## 2. 2. Conseil d'État et juridictions administratives

**Règlementation – Distorsion de concurrence :** Le Conseil d'État estime qu'un arrêté réglementant la fermeture hebdomadaire des boulangeries comporte une distorsion de concurrence (*CE, 15 déc. 2023, la Fédération des entreprises de boulangerie, n° 468710, FR:CECHR:2023:468710.20231215*)

Par un arrêt en date du 15 décembre 2023, le Conseil d'État a constaté qu'une cour administrative appel a commis une erreur de droit en ne constatant pas une distorsion de concurrence entre boulangeries se trouvant "placés en concurrence directe sur un même marché". En l'espèce, le tribunal administratif de Melun avait rejeté le recours pour excès de pouvoir intenté par la Fédération des entreprises de boulangerie à l'encontre de la décision implicite par laquelle le préfet de Seine-et-Marne a rejeté sa demande d'abrogation de l'arrêté réglementant la fermeture hebdomadaire de tous les points de vente de pain en Seine-et-Marne. Ladite fédération s'est pourvue en cassation contre l'arrêt du 5 septembre 2022 de la cour administrative d'appel de Paris rejetant son appel contre ce jugement.

### Le pouvoir du préfet d'ordonner la fermeture hebdomadaire d'établissements professionnels

En vertu de l'article L. 3132-29 C. trav., le préfet peut, par arrêté, sur la demande des syndicats, ordonner la fermeture au public des établissements de la profession ou de la zone géographique concernée pendant toute la durée de ce repos. Il convient préalablement, ajoute la disposition qu'un accord soit intervenu entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs de la profession et de la zone géographique déterminées sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné aux salarié. Parallèlement, toujours à demande des organisations syndicales représentatives des salariés ou des organisations représentatives des employeurs de la zone géographique concernée, le préfet peut abroger l'arrêté.

À la suite d'un accord conclu le 14 mars 2002 entre des organisations patronales et salariales de Seine-et-Marne concernées par la fabrication, la vente ou la distribution de produits panifiés, le préfet de Seine-et-Marne a adopté l'arrêté du 28 août 2002 imposant la fermeture au public, un jour par semaine au choix des intéressés, d'établissements, magasins, fabricants artisanaux ou industriels, dépôts ou locaux de quelque nature qu'ils soient, couverts ou découverts, sédentaires et/ou ambulants, dans lesquels s'effectue, à titre principal ou accessoire, la vente au détail ou la distribution de produits panifiés, emballés ou non. Cet arrêté a également prévu que les boulangeries vendant de la pâtisserie fraîche devront fermer leur rayon pâtisserie, le même jour que celui choisi pour leur rayon pain.

En 2018, la Fédération des entreprises de boulangerie a demandé à la préfète de Seine-et-Marne d'abroger cet arrêté. C'est ce refus qui a été attaqué. Pour contester le refus d'abrogation, la requérante a invoqué la "concurrence", non pas au sens des dispositions du droit de la concurrence, mais dans deux autres acceptions.

### La libre concurrence

En premier lieu, le Conseil d'État établit une corrélation entre l'article L. 3132-29 C. trav. et le principe d'égalité. Le point 4 de l'arrêt affirme : "en permettant au préfet d'imposer un jour de fermeture hebdomadaire à tous les établissements exerçant une même profession dans une même zone géographique, les dispositions du code du travail citées au point 2 visent à assurer l'égalité entre les établissements d'une même profession, quelle que soit leur taille, au regard du repos hebdomadaire et ainsi à préserver les conditions du libre jeu de la concurrence entre ces établissements, qu'ils emploient ou non des salariés". Eu égard à sa nature législative, il ne s'est pas agi de contrôler la constitutionnalité de la disposition du Code du travail en cause. En revanche, l'arrêt insiste sur la circonstance que cette disposition a vocation à garantir l'égalité de traitement. Il est intéressant de noter qu'au titre de cette égalité, le Conseil d'État retient la préservation des conditions du libre jeu de la concurrence entre opérateurs.

La solution du Conseil d'État se comprend au regard d'une décision du Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, Société *Chaud Colatine* [Arrêté de fermeture hebdomadaire de l'établissement]). Cette décision retient en effet "qu'en permettant au préfet d'imposer un jour de fermeture hebdomadaire à tous les établissements exerçant une même profession dans une même zone géographique, l'article L. 3132-29 du code du travail vise à assurer l'égalité entre les établissements d'une même profession, quelle que soit leur taille, au regard du repos hebdomadaire ; que, dès lors, il répond à un motif d'intérêt général". C'est donc bien par le principe d'égalité que le libre jeu de la concurrence entre opérateurs est consacré au rang de motif d'intérêt général.

### La distorsion de concurrence

En second lieu, dans le cas d'espèce, l'arrêt constate que "l'article 2 de l'arrêté en litige impose aux seules boulangeries vendant de la pâtisserie fraîche de fermer leur rayon pâtisserie, le même jour que celui choisi pour leur rayon pain, cependant que les autres établissements qui commercialisent de la pâtisserie fraîche, à titre principal ou à titre accessoire, ne sont pas contraints de fermer leur rayon pâtisserie un jour par semaine". Le Conseil d'État estime dès lors que la Cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en jugeant que "l'arrêté litigieux n'engendrait pas de distorsion de concurrence entre les boulangeries vendant de la pâtisserie fraîche, d'une part, et les autres établissements commercialisant de la pâtisserie fraîche, à titre principal ou à titre accessoire, d'autre part, alors que la requérante faisait valoir, sans être utilement contredite, que ces établissements commercialisent les mêmes articles et se trouvent placés en concurrence directe sur un même marché".

Là encore, l'origine de la référence à la distorsion de concurrence se retrouve dans la décision précitée du Conseil constitutionnel. C'est au commentaire de la décision que l'on trouve l'origine de la question des distorsions de concurrence. Il y est en effet indiqué que l'actuel article L. 3132-29 C. trav. correspond à celui de la loi du 29 décembre 1923. Or, à l'origine, est-il ajouté par le commentaire, cette loi "avait pour objectif, selon les termes employés par le Gouvernement dans ses observations, "de remédier aux distorsions de concurrence susceptible de résulter de l'application de la loi du 13 juillet 1906 instituant l'obligation d'accorder aux salariés un repos hebdomadaire ou dominical de vingt-quatre heures consécutives. Cette obligation, en effet, ne privait pas l'employeur du droit de laisser son établissement ouvert le jour de repos s'il y travaillait seul ou avec les membres de sa famille"". La finalité ainsi de la loi de 1923 est, en interdisant l'ouverture des établissements concernés sept jours sur sept, d'offrir, "à la requête des membres et salariés de chaque profession considérée, la possibilité d'éviter une distorsion potentielle de concurrence au détriment des établissements employant du personnel [...] [de sorte qu'] elle protégeait plutôt les grandes entreprises au détriment des petites structures".

Faut-il voir dans l'œuvre législative un sens inouï de l'anticipation? Le législateur aurait, dès la troisième République, anticipé ce qu'il allait être des décennies plus tard l'idée d'un droit public de la concurrence. L'une des facettes de ce droit est la garantie, par le truchement du principe d'égalité, du respect des conditions de concurrence entre opérateurs.

F. M. ■

**Organisation de marché – Produits agricoles – Extension des accords interprofessionnels : Le Conseil d'État considère que l'extension d'un accord interprofessionnel relatif à des fruits et légumes constitue une simple faculté de l'État** (CE, 22 déc. 2023, *Interfel*, n° 450426, n° 450429, n° 451793, n° 451895, FR:CECHR:2023:450429.20231222)

Par quatre arrêts en date du 22 décembre 2023, le Conseil d'État a rejeté le recours intenté par l'association interprofessionnelle des fruits et légumes frais (*Interfel*) à l'encontre du refus du ministre de l'agriculture et de l'alimentation d'étendre des accords interprofessionnels conclus dans le cadre d'*Interfel*. Cette dernière a conclu en 2020 quatre accords interprofessionnels "Concombre de type long ou hollandais" relatif aux campagnes 2020-2022 et 2021-2023 et a demandé l'extension de cet accord au ministre de l'agriculture et de l'alimentation. Les décisions de refus du ministre rendues en 2020 ont fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État qui, le 22 juillet 2022, a posé quatre questions préjudicielles à la Cour de justice portant sur l'interprétation de l'article 164 du règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 17 décembre 2013,

portant organisation commune des marchés des produits agricoles (CE, 22 juillet 2022, *Interfel*, n° 450426). Après que la Cour de justice a répondu dans un arrêt ayant joint les affaires (CJUE, 29 juin 2023, *Interfel e.a.*, C-501/22 à C-504/221, ECLI:EU:C:2023:531), le Conseil d'État a décidé de rejeter le recours.

## Des accords interprofessionnels plus stricts que les règles européennes

*Interfel* est une organisation interprofessionnelle agricole reconnue sur le fondement de l'article L. 632-1 du code rural et de la pêche maritime. En 2020, elle a conclu quatre accords interprofessionnels.

Le premier, intitulé "Pêchenectarinecalibrage" et relatif aux campagnes 2021-2023, prévoit, notamment, l'interdiction de commercialisation de pêches ou de nectarines de petit calibre (calibre D), pendant toute la période de commercialisation concernée. Le deuxième accord, intitulé "Concombre de type long ou hollandais" et relatif aux campagnes 2021-2023 [ciaprès l'"accord concombres"] prévoit que le calibre des concombres produits en France métropolitaine et vendus en catégorie "Extra" ou I est déterminé exclusivement par le poids, à l'exclusion de toute échelle de calibre associant le diamètre et la longueur, que leur poids minimal est de 250 g et qu'un calibre homogène est obligatoire pour les concombres en catégorie "Extra" ou I, un même emballage ne devant contenir que des produits correspondant à une même catégorie de l'échelle de calibre définie. Le troisième accord, intitulé "Pomme – calibre au poids" relatif aux campagnes 2021-2023 prévoit, d'une part, un calibre exclusif au poids, excluant ainsi le calibre au diamètre prévu à l'annexe I, partie B, partie I, point III, du règlement d'exécution n° 543/2011, et stipule, d'autre part, que les pommes classées en catégories I et II, présentées en couches rangées ou litées dans un même colis, doivent respecter l'une des quatorze fourchettes de calibre prévues dans cet accord et que les pommes de catégorie I présentées en vrac dans un même emballage doivent respecter huit fourchettes de calibre mentionnées dans ledit accord. Enfin, le quatrième accord, intitulé "Kiwi Hayward – date de récolte et de commercialisation – Maturité" relatif aux campagnes 2021-2023 prévoit que les kiwis issus des cultivars *Actinidia Deliciosa* de variété Hayward, produits en France, ne peuvent être récoltés avant le 10 octobre et commercialisés avant le 6 novembre en France.

Les quatre accords interprofessionnels comportent ainsi des stipulations plus strictes ou plus détaillées que les dispositions prévues à l'annexe I, du règlement d'exécution (UE) n° 543/2011 de la Commission du 7 juin 2011 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil en ce qui concerne les secteurs des fruits et légumes et des fruits et légumes transformés. Aux motifs de garantir la qualité des fruits et légumes vendus aux consommateurs, *Interfel* a demandé au ministre d'étendre ces quatre accords interprofessionnels à d'autres opérateurs. Le Conseil d'État a dès lors demandé à la Cour de justice si l'article 164 du règlement *omnibus* autorise l'extension à l'ensemble des opérateurs

d'accords interprofessionnels prévoyant des règles de commercialisation pour une catégorie donnée de fruits ou de légumes plus contraignantes que celles édictées par la réglementation de l'Union.

## Le pouvoir du ministre

Dans son arrêt du 29 juin 2023, la Cour de justice a apporté deux précisions sur l'article 164 du règlement omnibus.

En premier lieu, la disposition concerne la fixation par voie d'accord, de décision ou de pratique concertée arrêtés dans le cadre d'une organisation de producteurs reconnue, d'une association d'organisations de producteurs reconnue ou d'une organisation interprofessionnelle reconnue, de dates de récolte ou de dates de commercialisation d'un produit agricole. Tel est le cas des accords interprofessionnels conclus par *Interfel* en sa qualité d'organisation interprofessionnelle agricole reconnue sur le fondement de l'article L. 632-1 du code rural et de la pêche maritime.

En second lieu, l'article 164, paragraphes 1 et 4, du règlement prévoit qu'un État membre peut, à la demande d'une organisation de producteurs reconnue, d'une association d'organisations de producteurs reconnue ou d'une organisation interprofessionnelle reconnue, opérant dans une ou plusieurs circonscriptions économiques déterminées de cet État membre et considérée comme étant représentative de la production, du commerce ou de la transformation d'un produit donné, rendre obligatoires certains accords, certaines décisions ou certaines pratiques concertées arrêtées dans le cadre de cette organisation ou association pour d'autres opérateurs qui opèrent dans ces circonscriptions économiques et qui ne sont pas membres de ladite organisation ou association d'organisations, lorsque les règles prévues par ces accords, ces décisions ou ces pratiques concertées, portant sur un ou plusieurs des objets énumérés au paragraphe 4, sous a) et c) à n), de cet article, sont plus strictes que celles prévues par les réglementations de l'Union européenne ou par les normes adoptées par la Commission économique des Nations unies pour l'Europe (CEE-ONU).

## Le contrôle de l'erreur d'appréciation

Le Conseil d'État affirme au point 5 de ses arrêts qu'il ressort de l'interprétation donnée par la Cour de justice deux séries de considérations. D'une part, l'extension de l'accord interprofessionnel à d'autres opérateurs n'est pas obligatoire : l'État dispose d'une "simple faculté" par laquelle il "apprécie souverainement le caractère opportun de cette extension". D'autre part, l'extension doit être exclue lorsque les règles de l'accord interprofessionnel "portent préjudice aux opérateurs auxquels elles seraient étendues, lorsqu'elles ont les effets énumérés à l'article 210, paragraphe 4, du même règlement ou lorsqu'elles sont contraires à la législation de l'Union ou à la réglementation européenne en vigueur". Ce pouvoir d'appréciation est conforté par l'article L. 632-3 du Code rural et de la pêche maritime. Celui-ci dispose que "[l]es accords conclus dans le cadre d'une organisation interprofessionnelle reconnue peuvent être étendus, pour une durée déterminée, en tout

ou partie, par l'autorité administrative compétente dès lors qu'ils prévoient des actions communes ou visant un intérêt commun conformes à l'intérêt général et compatibles avec la législation de l'Union européenne". Le Conseil d'État en tire la conclusion qu' "il appartient aux autorités nationales compétentes d'apprécier, sous l'entier contrôle du juge, si l'extension de l'accord présente un intérêt commun conforme à l'intérêt général".

Au point 10 des arrêts, est écarté le moyen tenant à la méconnaissance des principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime. Il est patent qu'*Interfel* ayant déjà obtenu des décisions d'extensions pour des durées limitées, le refus d'extension ne pouvait méconnaître ces principes. Au point 12, le Conseil d'État apprécie les arguments relatifs aux règles plus strictes que la réglementation européenne dont l'extension était demandée. Il rappelle que la volonté avancée par *Interfel* était à la fois de garantir la qualité des fruits et légumes vendus aux consommateurs, par des règles plus pertinentes pour l'information de ces derniers, et, d'autre part, d'assurer une homogénéisation facilitant le travail de l'ensemble de la chaîne de production et de commercialisation. Au terme d'un contrôle normal d'appréciation, l'arrêt conclut que les exigences supplémentaires n'apporteraient pas de garanties de qualité supérieures au consommateur telles qu'elles justifieraient les contraintes techniques et matérielles imposées aux producteurs et l'interdiction de commercialiser des fruits et légumes incompatibles avec les exigences stipulées. C'est pourquoi, selon le Conseil d'État, "c'est sans erreur d'appréciation que le ministre a pu estimer que l'association *Interfel* n'apportait pas les éléments permettant d'établir que ces restrictions, susceptibles d'empêcher la commercialisation d'une partie de leur production par certains producteurs, étaient justifiées par l'amélioration du fonctionnement du marché ou de la satisfaction des consommateurs".

## Considérations concurrentielles

Alors même que les arrêts ne mentionnent pas explicitement le droit de la concurrence, ils posent la question délicate de l'articulation entre ce droit et la politique agricole commune en se référant à l'article 210 du règlement omnibus. La Cour de justice a pris position dans l'affaire des endives (CJUE, Gde ch., 14 novembre 2017, *Président de l'Autorité de la concurrence contre Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE) e.a.*, C-671/15, ECLI:EU:C:2017:860) en affirmant "la primauté de la politique agricole commune par rapport aux objectifs du traité dans le domaine de la concurrence et le pouvoir du législateur de l'Union de décider dans quelle mesure les règles de concurrence trouvent à s'appliquer dans le secteur agricole" (*ibid.*, point 37 ; CJCE, 5 oct. 1994, *Allemagne / Conseil*, C-280/93, EU:C:1994:367, point 61 ; CJCE 12 décembre 2002, *France / Commission*, C-456/00, EU:C:2002:753, point 33). En effet, cette disposition énonce que "les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne dans le cadre des dispositions et conformément à la procédure prévues à l'article 43, paragraphe 2, TFUE,

compte tenu des objectifs énoncés à l'article 39 TFUE". La Cour de justice, suivant les conclusions de son avocat général en l'espèce, en tire la conclusion que "les interventions du législateur de l'Union à ce titre ont pour objet non pas d'établir des dérogations ou des justifications à l'interdiction des pratiques visées à l'article 101, paragraphe 1, et à l'article 102 TFUE, mais d'exclure du champ d'application de ces dispositions des pratiques qui, si elles intervenaient dans un secteur autre que celui de la politique agricole commune, en relèveraient".

C'est ainsi que l'article 210 du règlement omnibus est consacré aux accords et pratiques concertées des organisations interprofessionnelles reconnues. Il prévoit expressément que l'article 101, paragraphe 1, TFUE "ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées des organisations interprofessionnelles reconnues au titre de l'article 157 du présent règlement, ayant pour objet l'exercice des activités mentionnées à l'article 157, paragraphe 1, point c), et, en ce qui concerne le secteur du lait et des produits laitiers, à l'article 157, paragraphe 3, point c), du présent règlement et, en ce qui concerne les secteurs de l'huile d'olive et des olives de table et du tabac, à l'article 162 du présent règlement". Interfel relève des organisations interprofessionnelles au sens de cette disposition. L'article L. 632-1 du code rural et de la pêche maritime vise en effet expressément le point c) du paragraphe 3 de l'article 157 du règlement (UE) n° 1308/2013.

Dans l'arrêt "pommes – calibre au point" (n° 451793), le Conseil d'État prend le soin d'ajouter au point 13, "dès lors qu'il n'est pas établi que l'extension des règles en litige était justifiée par un intérêt suffisant pour le consommateur ou l'organisation du marché, il s'en déduit que les distorsions de concurrence qu'elles auraient entraînées n'étaient pas indispensables pour atteindre les objectifs de la politique agricole commune poursuivis par l'activité de l'organisation interprofessionnelle, et que l'extension initialement prononcée était donc illégale, compte tenu des dispositions du c) du paragraphe 4 de l'article 210 du règlement (UE) n° 1308/2013". Cela conforte notre vision de l'articulation des règles. La circonstance que le Conseil d'État effectue un contrôle normal d'appréciation, notamment sur la conformité de l'intérêt commun de l'accord au regard de l'intérêt général ne surprend guère. Cela permet d'ajouter, du point de vue de l'ordre public concurrentiel, une exigence supplémentaire. Un parallèle peut en effet être dressé avec la jurisprudence relative aux réglementations étatiques selon laquelle, par combinaison des articles 4, paragraphe 3, TUE et 101 TFUE, le droit de la concurrence est opposable si deux conditions cumulatives sont remplies : lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 101 ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique (CJCE, 21 sept. 1988, *Van Eycke*, 267/86, EU:C:1988:427). Le pouvoir d'appréciation dans l'intérêt général reconnu au ministre constitue, indépendamment des interactions entre concurrence et agriculture, le meilleur moyen de garantir le respect des règles de l'article 101 TFUE.

F. M. ■

**Réglementation de marché – Libre concurrence – Libre administration des collectivités territoriales – Traitement des déchets : Le Conseil d'Etat valide l'obligation de reprise directe des déchets d'emballages ménagers par les éco-organismes** (CE, 28 mars 2024, association Amorce, n°464058, FR:CECHR:2024:464058.20240328)

Par un arrêté interministériel du 15 mars 2022 [ci-après "l'Arrêté de 2022"], le Gouvernement a révisé le cahier des charges des éco-organismes de la filière des déchets d'emballages ménagers, initialement instauré par l'arrêté du 29 novembre 2016 relatif à la procédure d'agrément et portant cahier des charges des éco-organismes de la filière des emballages ménagers. Cette nouvelle modification portait notamment sur l'obligation imposée aux collectivités de faire appel aux éco-organismes agréés pour la reprise directe de certains déchets (ci-après "l'Obligation de reprise directe").

### La valorisation du rôle des éco-organismes dans le développement du tri sélectif par l'Obligation de reprise directe

Pour rappel, les éco-organismes sont des structures collectives mises en place par les producteurs pour la gestion des déchets issus de leurs produits, en application du principe du pollueur-payeur. Depuis l'introduction de la responsabilité élargie des producteurs (REP) par la directive Déchets (Directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative aux déchets) et la loi dite "Grenelle II" (loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement), les producteurs sont tenus d'adhérer à un éco-organisme et de lui verser une éco-contribution pour la gestion des déchets issus de leurs produits, sauf à gérer eux-mêmes (ce qui est rare en pratique).

Le marché des éco-organismes en France est particulièrement concentré puisque deux acteurs se partagent le marché : CITEO et sa filiale Adelphi (ex : *Eco-Emballages*), qui détiennent la grande majorité des parts de marché, et Léko.

L'Obligation de reprise directe des déchets d'emballages ménagers par les éco-organismes agréés vise certains "standards" de gestion des déchets d'emballages ménagers, particulièrement plastiques. Outre cette obligation de reprise directe, l'Arrêté de 2022 a imposé la reprise des refus de tri des déchets d'emballages issus des centres de tri des collectivités publiques, destinée à favoriser le développement de filières de recyclage, et ce afin de répondre à l'objectif national de 75% de recyclage de l'ensemble des emballages ménagers.

En imposant, à titre transitoire, une reprise directe de ces standards de déchets, le Gouvernement souhaitait favoriser la création d'une filière de tri des plastiques pérenne et efficace, à même de satisfaire l'objectif affiché dans l'Arrêté de 2022 d'un taux de recyclage des plastiques concernés de 90% à horizon 2025.

Par ailleurs, l'Arrêté de 2022 prévoyait également que les éco-organismes proposent, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2024, d'organiser la reprise des refus de tri des déchets d'emballages issus des centres de tri des collectivités territoriales, afin de procéder à leur valorisation, renforçant ainsi l'implication des éco-organismes dans la chaîne de valeur du recyclage des déchets.

### La critique vaine de l'Obligation de reprise directe sur le fondement du droit de la concurrence

L'imposition de l'Obligation de reprise directe a été vivement critiquée par les acteurs du secteur du recyclage, qui y voyaient l'octroi d'une exclusivité au profit des éco-organismes. Ils dénonçaient plus particulièrement le fait que "le rôle opérationnel obligatoire et exclusif" conféré à *CITEO* en ferait le "juge et partie de la reprise des emballages" (critique émise par le Cercle national du recyclage (CNR)).

Ces critiques se sont traduites par un recours pour excès de pouvoir contre l'Arrêté de 2022, formé devant le Conseil d'Etat par l'association *Amorce*, la Fédération des entreprises du recyclage (*FEDEREC*), la Fédération nationale des activités de dépollution et de l'environnement (*FNADE*) et le Syndicat national des entrepreneurs de la filière déchet (*SNEFID*).

Au soutien de leurs prétentions, les requérantes faisaient valoir divers arguments relevant du droit de la concurrence.

### La critique de l'Arrêté de 2022 portant sur l'absence de consultation préalable de l'ADLC

Au titre de la légalité externe d'abord, celles-ci soutenaient que le Gouvernement avait failli à son obligation de consulter l'Autorité de la concurrence (ADLC) sur le fondement de l'article L. 462-2 C. com.. Cette disposition, qui a vocation à faire contrôler la conformité de certaines dispositions réglementaires nouvelles au droit de la concurrence, oblige à consulter l'ADLC dans lorsque le régime nouveau a directement pour effet :

- soit la soumission de l'accès à un marché à des restrictions quantitatives,
- soit l'imposition de pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente,
- soit l'établissement de droits exclusifs dans certaines zones.

Si le Conseil d'Etat écarte logiquement l'application du texte au titre des première et deuxième hypothèses au motif que l'Arrêté de 2022 ne soumet pas le marché de la reprise des déchets d'emballages ménagers à des restrictions quantitatives, pas plus qu'il n'est susceptible d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente, il aurait pu davantage motiver l'exclusion de la troisième hypothèse.

À cet égard, il est vrai que l'obligation imposée aux éco-organismes d'assurer la reprise directe des déchets a un caractère temporaire et qu'elle ne s'applique pas à un éco-organisme en particulier. Toutefois, une telle obligation profite en pratique à *CITEO*, qui, en tant qu'initiateur d'un des standards du tri du plastique concerné par l'Obligation de reprise directe ("*flux développement*") qui correspond à une technique de traitement des plastiques qui consiste à améliorer leur recyclabilité en mettant notamment en place un sur-tri), dispose d'une position quasi-monopolistique sur cette filière.

### La critique de l'Arrêté de 2022 fondée sur la contrariété de l'Obligation de reprise directe au droit de la concurrence

Au titre de la légalité interne ensuite, les requérantes faisaient notamment valoir que les dispositions de l'Arrêté de 2022, en obligeant les collectivités à faire appel aux éco-organismes pour assurer la reprise directe de certains types de déchets, avaient pour effet de mettre les éco-organismes en concurrence avec les opérateurs du marché du recyclage et de la valorisation des déchets. À ce titre, elles alléguaient la création par l'Arrêté de 2022 d'une exclusivité au profit de *CITEO* contraire aux principes de la liberté d'entreprendre des opérateurs sur ce marché et de la libre concurrence, mais également contraire aux articles 102 et 106 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) relatifs aux abus de position dominante et à l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux.

Le Conseil d'Etat rejette l'argument en indiquant que l'Obligation de reprise directe a seulement permis de transférer aux éco-organismes la responsabilité du "détenteur de ces déchets", qualité qui les oblige à faire assurer leur traitement (par sur-tri notamment) et leur valorisation par des entreprises spécialisées, sélectionnées à l'issue de mises en concurrence.

Ce "*sur-tri*", qui intervient en complément du tri initial, est en effet opéré en pratique par des opérateurs extérieurs aux éco-organismes. Il consiste à séparer les différents types de plastique dont sont constitués les emballages issus du "*flux développement*". Le développement de centres de "*sur-tri*", par ailleurs largement encouragé par *CITEO*, n'intervient réellement que depuis 2023.

À l'instar des arguments des requérantes fondés sur le droit de la concurrence, qui n'ont pas suffi à convaincre le juge administratif, le Conseil d'Etat a écarté de façon analogue les autres moyens de la requête, aboutissant à son rejet.

V. C.-P. & G.B. ■

**Liberté du commerce et de l'industrie – Concurrence déloyale – Activité économique :**  
La Cour administrative d'appel de Lyon considère qu'une commune n'intervient pas sur un marché en exploitant en régie un centre culturel  
(CAA Lyon, 21 sept. 2023, commune de Fontaine, n° 21LY03102)

La commune de Fontaine, située dans l'agglomération grenobloise, exploite en régie directe un centre culturel dénommé la Source, qui comprend une salle de spectacle et de concert, une salle du conservatoire municipal, une école de musique et, depuis 2010, deux salles de répétition. Estimant que la location de salles de répétition par la commune lui faisait une concurrence déloyale, le dirigeant de la société "le hangar 38", qui gère sur le territoire communal une salle d'enregistrement et quatre salles de répétition, avait saisi en vain le tribunal administratif de Grenoble d'une action en responsabilité, puis interjeté appel devant la cour d'administrative d'appel de Lyon. La cour confirme le jugement de première instance par lequel le tribunal administratif de Grenoble avait rejeté la demande d'indemnisation.

La cour rappelle d'emblée la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle "Les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique. Si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. Pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ou de la volonté d'amortir des équipements. Une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci" (CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531 ; CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, n° 306911 ; CE, 17 mars 2017, *M. Perez*, n° 403768). Si la formule est traditionnelle, on peut toutefois relever que la cour innove quelque peu en mentionnant expressément la volonté d'amortir des équipements parmi les motifs d'intérêt public susceptibles de justifier la prise en charge d'une activité économique par une personne publique, au même titre que la carence de l'initiative privée. Il est vrai que le Conseil d'État admet de longue date que l'amortissement des équipements publics d'une collectivité territoriale constitue un intérêt public local (V. à propos de la candidature d'une collectivité territoriale à un l'attribution d'un contrat de la commande publique, CE, 14 juin 2019, *Société Armor SNC*, n° 411444).

La cour souligne ensuite que l'exploitation du centre culturel relève des compétences de la commune en vertu de l'article L. 1111-4 du Code général des collectivités territoriales, qui dispose que "Les compétences en matière [...] de culture [...] et d'éducation populaire sont partagées entre les communes, les départements, les régions et les collectivités à statut particulier" et répond à un intérêt public. Elle ajoute que la location de deux salles de répétition du centre culturel "constitue le prolongement et le complément normal des missions de service public d'enseignement musical, d'organisation de spectacles et de concerts exercées par la commune" et "dès lors que cette activité ne présente qu'un caractère accessoire" à ces missions de service public. La cour juge enfin que l'activité de location de salles de répétition par la commune de Fontaine ne peut être considérée comme une activité économique susceptible d'intervenir dans le domaine concurrentiel de la production musicale "compte tenu de sa nature, sans commune mesure avec les prestations plus globales pouvant être proposées par un professionnel gestionnaire d'un studio d'enregistrement incluant des salles de répétition".

La cour en déduit que la commune n'a pas pu porter d'atteinte aux principes de la liberté du commerce et de l'industrie et de libre concurrence.

La motivation de l'arrêt surprend quelque peu. La cour considère que la liberté du commerce et de l'industrie est inopposable à l'intervention de la commune au motif que celle-ci n'intervient pas sur un marché en proposant à la location des salles de répétition, tout en affirmant que, dans son ensemble, l'exploitation du centre culturel la Source relève des compétences communales et répond à un intérêt public. Or, selon la jurisprudence du Conseil d'État, ce n'est que lorsqu'elles interviennent sur un marché que les personnes publiques doivent démontrer qu'elles ont agi dans la limite de leurs compétences et justifier d'un intérêt public. Il en résulte une contradiction logique. On peut aussi se demander si l'absence d'intervention sur le marché résulte moins de la "nature" de l'activité en cause que de ses modalités d'exploitation. La cour indique, en effet, que cette activité "s'exerce dans des conditions restrictives", l'usage des salles de répétition "étant réservé aux résidents de Fontaine et des communes riveraines, avec un tarif différencié pour les Fontinois". Enfin, l'arrêt ne permet pas de trancher clairement la question de savoir si la liberté du commerce et de l'industrie est inopposable aux activités qui sont le prolongement ou le complément normal des missions de service public dont sont investies les personnes publiques ou si le développement de telles activités accessoires ne porte pas atteinte illégalement à la liberté du commerce et de l'industrie parce que celles-ci relèvent d'un intérêt public.

J.-Ph. K. ■



**À NOTER**

**Professions réglementées – Liberté d’entreprendre – Offices notariaux – Bureaux annexes :** Le Conseil d’État se prononce, dans deux arrêts des 13 octobre 2023 et 14 février 2024, sur les conditions d’ouverture de bureaux annexes par les offices notariaux (*CE, 13 oct. 2023, n° 461407, M. [J. L.], M. [J-L. M.] et M. [A. A.], FR:CECHR:2023:461407.20231013; CE, 14 février 2024, SCP Duchange et associés, n°461526, FR:CECHS:2024:461526.20240214*)

On le sait, le législateur a substitué au régime antérieur d’autorisation préalable, un principe de liberté d’installation des offices, visant à renforcer la cohésion territoriale du service public notarial et à augmenter de façon progressive le nombre d’offices sur le territoire, la réalisation de cet objectif devant toutefois se faire dans des conditions permettant de ne pas bouleverser les conditions d’activité des offices existants.

Pour cela, la liberté d’installation des offices a été encadrée par une procédure permettant de s’assurer que le nombre, la localisation, les caractéristiques et la viabilité économique des offices à créer, tout comme les motifs de leur création, reposent sur des critères objectifs et répondent aux besoins locaux du service public notarial.

Les conditions d’autorisations d’ouverture de bureaux annexes sont encore plus exigeantes, afin de privilégier la viabilité des offices existants ou des offices principaux à créer.

### L’absence de réponse du garde des sceaux à une demande de création d’un bureau annexe non constitutive d’une décision implicite d’acceptation

Le juge administratif rappelle que la procédure d’ouverture d’un bureau annexe à un office de notaire relève de dispositions spéciales qui implique que les décisions d’acceptation soient prises de manière expresse.

Par conséquent, l’application de l’article L. 231-1 du Code des relations entre le public et l’administration, prévoyant que le silence de l’administration dans un délai de deux mois fait naître une décision implicite d’acceptation, est écartée.

### Les conditions d’autorisation d’ouverture d’un bureau annexe strictement encadrées

Dans un premier temps, le Conseil d’État s’attache à rappeler les prérogatives qui sont celles du garde des sceaux dans l’exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par le décret de 1971. À ce titre, il indique à quels éléments est tenu de se référer le garde des sceaux afin d’apprécier l’opportunité d’autoriser l’ouverture d’un bureau annexe.

L’ouverture de bureaux annexes est prévue par un décret du 26 novembre 1971 (article 10), aux termes duquel le garde des sceaux peut, à la demande du titulaire de l’office, autoriser l’ouverture d’un ou plusieurs bureaux annexes. Cette possibilité offerte aux titulaires d’un office notarial est toutefois frappée d’une limite posée par l’article 52 de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques : l’octroi d’une autorisation d’ouverture de bureau annexe ne peut intervenir qu’à la double condition qu’elle réponde aux besoins locaux du service public notarial et qu’elle ne remette pas en cause les conditions d’activité des offices existants ou la création de nouveaux offices.

En premier lieu, il est ainsi tenu de se fonder sur les besoins actuels ou futurs du public dans la zone concernée, en tenant également compte de l’évolution démographique et économique attendue. Il doit tenir compte pour cela du nombre et de la localisation des offices existants ou à créer. Il peut à cette fin s’appuyer sur les recommandations de l’Autorité de la concurrence (ADLC), compétente pour déterminer les zones où l’implantations d’offices notariaux apparaît utile pour renforcer la proximité ou l’offre de services.

En second lieu et dans la continuité de ce qui précède, le garde des sceaux doit s’assurer que l’ouverture d’un bureau annexe dans la zone concernée ne remettra pas en cause la viabilité des offices déjà implantés dans la zone et la création d’offices principaux par d’autres notaires, et ce particulièrement lorsque le nombre de demandes est supérieur aux recommandations de l’ADLC.

Il apparaît que ces exigences sont directement liées à un objectif d’ouvrir la concurrence entre les notaires, en favorisant à titre principal la création de nouveaux offices.

À supposer même qu’un besoin de service public notarial puisse être identifié dans la zone, les notaires doivent démontrer l’opportunité de l’ouverture d’un bureau annexe. Le garde des sceaux doit se livrer à une mise en balance des intérêts en présence en mettant en perspective, d’une part, l’éventuel impact de l’ouverture de l’office annexe sur la viabilité de l’office à l’origine de la demande et, d’autre part, les éventuelles nuisances aux offices existants ou futurs qui pourraient résulter de l’ouverture d’un bureau annexe.

Dans la deuxième espèce, le garde des sceaux avait pu constater que, dans deux des trois zones concernées par les demandes de la requérante, la création de plusieurs offices et l’installation de nombreux professionnels libéraux étaient prévues, de sorte que la création d’offices annexes de notaires disposant déjà d’un office principal ne se justifiait pas. Si la requérante faisait valoir que ses demandes de création de bureaux annexes s’appuyaient sur la volonté d’assurer la viabilité de son office notarial ainsi que sur la nécessité de développer un point d’activité plus proche de sa clientèle traditionnelle, cela n’a pas suffi à convaincre le juge administratif de la nécessité d’ouvrir de tels bureaux.

V. C.-P. & G.B. ■

**Liberté de commerce et d'industrie – Taxis – Régime d'autorisation préalable d'exercice :** La Cour administrative d'appel de Lyon annule un arrêté du président de la métropole de Lyon créant un permis de circuler pour les taxis lyonnais (*CAA de Lyon, 19 janv. 2024, Union Nationale des Taxis et Maison des Taxis du Rhône, n°21LY03805*)

Par un arrêt du 19 janvier 2024, la Cour administrative d'appel (CAA) de Lyon a annulé partiellement un arrêté du 9 janvier 2020 du président de la métropole de Lyon [ci-après "l'Arrêté de 2020"] créant un permis de circuler que devaient produire les taxis pour faire valoir leur autorisation de stationnement.

Cet arrêt de la CAA est venu réformer un jugement du tribunal administratif de Lyon du 28 septembre 2021 dont l'Union Nationale des Taxis et la Maison des Taxis du Rhône avaient interjeté appel, avançant le fait que l'Arrêté de 2020 instaurait un régime d'autorisation préalable d'exercice de la profession dépourvu de base légale.

L'autorisation de stationnement des taxis est régie par les dispositions du Code général des collectivités territoriales (CGCT) et du Code des transports. La délivrance de cette autorisation relève de la compétence du président du conseil de la métropole, qui ne peut procéder que sur présentation de la carte professionnelle délivrée quant à elle par le préfet de département. En outre, les taxis doivent être en mesure de justifier de l'exploitation effective et continue de leur autorisation de stationnement, et ce par le biais de moyens alternatifs, à savoir soit la présentation de la déclaration de revenus ou d'imposition soit tout autre moyen défini par un arrêté du président de la métropole de Lyon, nous y reviendrons.

En l'espèce, la Cour a annulé l'Arrêté de 2020 pour deux motifs tenant à l'instauration, d'une part, du permis de circuler et, d'autre part, d'un dispositif de prêt de véhicules de remplacement. Seul le premier moyen sera étudié ici.

S'agissant de la création du permis de circuler, les requérantes faisaient valoir qu'elle constituait un nouveau régime d'autorisation préalable d'exercer dépourvu de base légale, serait erronée en droit, méconnaîtrait le principe d'égalité de traitement en imposant un régime juridique dérogatoire aux taxis lyonnais, et porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

Sans revenir sur ces différents griefs, la CAA fait droit à la demande des requérantes en retenant que le président de la métropole de Lyon, en limitant la possibilité des taxis de justifier de l'exploitation effective et continue de leur autorisation de stationnement à la seule présentation du permis de circuler, a excédé les pouvoirs qui lui sont conférés en vertu du Code des transports (article R. 3121-6). De fait, si cette disposition autorisait le président à édicter un autre moyen de justifier cette exploitation que la déclaration de revenus ou d'imposition, ce moyen devait toutefois rester alternatif, et ne pouvait revêtir un caractère contraignant.

V. C.-P. & G.B. ■

## 2. 3. Autorité de la concurrence

### Professions libérales – Sûretés mobilières – Tarifs réglementés :

L'Autorité de la concurrence rend un avis favorable sur un projet de décret relatif aux prestations fournies par les greffiers des tribunaux de commerce (*Aut. conc., avis n°23-A-13 du 27 juillet 2023 concernant un projet de décret relatif à diverses prestations réalisées dans le cadre du registre des sûretés mobilières et modifiant certaines dispositions du code de commerce; Gouv. fr., décret n°2023-916 du 3 oct. 2023 relatif à diverses prestations réalisées dans le cadre du registre des sûretés mobilières et modifiant certaines dispositions du code de commerce, JORF n°231 du 5 oct. 2023*)

L'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés a créé un registre unique des sûretés mobilières auprès de chaque greffe de tribunal de commerce dont l'objet est de centraliser leurs inscriptions (C. com., art. R. 521-1). Un portail national accessible par Internet dénommé *suretesmobilieries.fr*, géré par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, permet la consultation des informations inscrites dans les registres des sûretés mobilières tenus localement.

La tenue du registre unique est confiée aux greffiers des tribunaux de commerce, qui sont des officiers publics et ministériels nommés par le ministre de la Justice pour exécuter des missions de service public au sein des tribunaux de commerce dont ils sont membres (C. com., art. L. 721-1). Les prestations accomplies par les greffiers des tribunaux de commerce au titre de la tenue du registre unique des sûretés mobilières sont soumises à un tarif réglementé fixé par arrêté conjoint des ministres de la Justice et de l'Économie (C. com. art. L. 444-3). Le tarif réglementé doit prendre en compte "*les coûts pertinents du service rendu et une rémunération raisonnable, définie sur la base de critères objectifs*" et être fixé "*sur la base d'un objectif de taux de résultat moyen (...) et dont le montant est estimé globalement [...] pour l'ensemble des prestations tarifées*" (C. com. art. L. 444-2). Un décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Autorité de la concurrence, précise les modalités selon lesquelles le tarif réglementé prend en compte les coûts pertinents et la rémunération raisonnable, évalués globalement pour l'ensemble des prestations tarifées (C. com., art. L. 444-7).

Dans ce cadre, l'Autorité de la concurrence a été saisie par le ministre en charge de l'Économie d'un projet de décret visant à modifier et compléter la liste des prestations des greffiers des tribunaux de commerce soumises à un tarif réglementé figurant au tableau 2 de l'annexe 4-7 à l'article R. 444-3 C. com. pour tenir compte de la création du registre des sûretés mobilières. L'Autorité déplore la tardiveté de sa saisine – intervenue le 29 mars 2023 alors que le registre unique des sûretés mobilières

est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023 –, qui ne lui a permis, compte tenu du délai imparti pour rendre son avis, de procéder qu'à une analyse sommaire du projet de décret. Elle considère toutefois que le projet de décret contribue largement à améliorer la lisibilité du tableau et que les modifications de la structure tarifaire envisagées ne sont pas susceptibles de remettre en cause la rentabilité globale de la profession. Elle formule toutefois quatre recommandations afin de clarifier certaines dispositions du projet de décret : (1) préciser que la délivrance gratuite d'états certifiés n'est pas limitée à un nombre maximum et est valable pendant toute la durée de l'inscription de la sûreté ; (2) prévoir que l'émolument relatif à l'inscription inclut la radiation totale de celle-ci ; (3) indiquer que la délivrance d'un état certifié porte sur toutes les sûretés inscrites dans un greffe et attachées à une personne et non plus sur une sûreté ; (4) mentionner que la délivrance du récépissé prévu à l'article R. 521-8 C. com. ne donne lieu à aucun émolument ou est incluse dans le tarif d'inscription.

Il est à noter que le Gouvernement a repris les recommandations de l'Autorité dans le texte définitif, à l'exception de la recommandation n°2 qui prévoyait d'indiquer expressément que le coût de la prestation de radiation totale devait être inclus dans celui de l'inscription.

J.-Ph. K. ■

### **Marché biface – Défaillance de marché – Plafond tarifaire : L'Autorité de la concurrence est défavorable au plafonnement des commissions appliquées aux commerçant qui acceptent des titres-restaurant**

*(Aut. conc., avis n° 23-A-16 du 12 oct. 2023 relatif au projet d'encadrement réglementaire du montant des commissions perçues par les émetteurs de titres-restaurant sur les commerçants agréés par la Commission Nationale des Titres-Restaurant)*

À la suite d'inquiétudes exprimées par plusieurs organisations professionnelles représentatives de l'alimentation et des métiers de bouche sur le fonctionnement de la concurrence dans le secteur des titres-restaurant et les taux de commission appliqués par les émetteurs de ces titres aux commerçants, le ministre chargé de l'Économie a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis portant sur la pertinence d'un encadrement tarifaire par voie réglementaire de ces taux de commission et sur les alternatives possibles. L'Autorité formule cinq recommandations en vue d'une réforme du secteur des titres-restaurant.

Pour mémoire, les titres-restaurant sont des titres spéciaux de paiement utilisés pas plus de 5 millions de salariés. Exemptés de cotisations sociales et patronales et d'impôt sur le revenu, les titres-restaurant sont subventionnés par l'État à hauteur d'environ 1,5 milliard d'euros par an. Traditionnellement émis en format papier

sous forme de tickets regroupés dans un chéquier (chèques titres-restaurant, ces titres le sont de plus en plus en format électronique (carte titres-restaurant ou application mobile titres-restaurant)).

### **Un marché biface**

Le marché des titres-restaurant présente les caractéristiques d'un marché biface, c'est-à-dire d'un marché qui *"met en relation deux groupes d'agents, qui ont des gains potentiels à interagir"* (§ 16). Le marché des titres-restaurant comprend ainsi deux faces : une face *"émission"* sur laquelle les émetteurs émettent et commercialisent leurs titres auprès des entreprises pour le compte de leurs salariés et une face *"acceptation"* sur laquelle chaque émetteur acquière ses titres-restaurants auprès des commerçants agréés par la CNTR en vue de leur remboursement. Les émetteurs/acquéreurs forment l'offre sur les deux faces du marché tandis que l'offre est constituée des entreprises-clients qui achètent des titres-restaurant pour le compte de leurs salariés sur la face *"émission"* (en 2022, on comptait près de 180 000 entreprises-clients) et des commerçant agréés qui acceptent les titres-restaurant sur la face *"acceptation"* (en 2022, on comptait près de 234 000 commerçants agréés). L'activité des émetteurs de titres-restaurant consiste donc à mettre en relation les utilisateurs de titres-restaurant, par le biais des employeurs (les entreprises-clients) et les commerçant agréés qui acceptent les titres-restaurants comme titre spécial de paiement.

La structure biface du marché des titres-restaurant est à l'origine d'externalités de réseau indirectes portant sur le nombre de participants (leur augmentation sur une face accroît l'attractivité du titre-restaurant pour les participants sur l'autre face et inversement : plus le nombre de salariés bénéficiaires de titres-restaurant est élevé, plus il est intéressant pour les commerçants d'accepter ces titres ; plus le nombre de commerçant agréés acceptant des titres-restaurant est élevé, plus il est intéressant pour les salariés de bénéficier de ces titres spéciaux de paiement) et leurs caractéristiques (une baisse des taux de commission perçues par les émetteurs sur les entreprises clientes entraîne une augmentation directe du nombre d'entreprises clientes, du nombre de salarié bénéficiaires et, in fine, du chiffre d'affaires potentiel des commerçants affiliés ; à l'inverse, une baisse des taux de commission perçues par les émetteurs sur les commerçants affiliés entraîne une augmentation du nombre de commerçants agréés mais seulement indirectement une augmentation éventuelle du chiffre d'affaires des émetteurs par une hausse du nombre des entreprises clientes en raison de la perception par celle-ci d'une amélioration de la qualité du réseau).

### **Des barrières à l'accès au marché**

L'Autorité de la concurrence constate l'existence de barrières à l'entrée et à l'expansion de nouveaux émetteurs sur le marché des titres-restaurant, ainsi que de barrières à l'innovation (c'est-à-dire à la dématérialisation des titres).

Il s'agit d'abord de barrières d'ordre économique : (1) l'existence d'effets de réseau, liés à la structure biface du marché, conférant un avantage concurrentiel aux quatre

principaux émetteurs qui bénéficient d'une notoriété et d'une légitimité du fait de leur présence historique et peuvent plus facilement gagner la confiance des entreprises clientes et des commerçants agréés ; (2) une forte inertie de la demande des entreprises clientes de nature à limiter la capacité des nouveaux entrants à pénétrer le marché ; (3) les économies d'échelle réalisées par les émetteurs historiques du fait de la mutualisation du traitement des titres-papier qui a longtemps existé ; (4) la réticence de certaines entreprises clientes à la dématérialisation des titres-restaurant.

Il s'agit ensuite de barrières d'ordre quasi-réglementaire : l'Autorité considère, en effet, que la pratique de la CNTR consistant, en exerçant son contrôle du fonctionnement du compte des émetteurs de titres-restaurant, à les référencer "s'apparente à une forme d'agrément qui ne découle d'aucune prérogative légale et qui est, de surcroît décidée par les acteurs en place, qui se trouvent ainsi en mesure de rendre plus difficile l'accès au marché de nouveaux entrants" (§ 142). Or, l'Autorité estime que cette pratique de référencement par la Commission nationale des titres-restaurants (CNTR) confère un avantage aux émetteurs déjà présents sur le marché et peut donc constituer une barrière à l'entrée de nouveaux émetteurs, d'autant que les émetteurs de titres-restaurant sont représentés au sein du collège de la CNTR ce qui peut être à l'origine de conflits d'intérêts.

## Un marché concentré

L'Autorité de la concurrence observe que le marché des titres-restaurant est dominé depuis plusieurs dizaines d'années par les quatre émetteurs historiques (*Edenred France, Bimpli-Swile, Sodexo Pass France et Up Coop*), dont la part de marché cumulée était supérieure à 99 % en 2022. La part de marché cumulée des nouveaux entrants s'élevait à seulement 0,22 % cette même année. Malgré la présence de près d'une quinzaine d'entreprises, la concentration du marché des titres-restaurant est donc élevée et les nouveaux entrants ne se développent pas, à l'exception de *Swile* qui continuent toutefois à afficher des pertes opérationnelles cinq ans après son entrée sur le marché. Par ailleurs, la hausse tendancielle des taux de commissions globales (c'est-à-dire la somme des revenus sur les deux faces rapportée à la valeur faciale totale émise) en raison de l'augmentation importante des commissions appliquées aux commerçants affiliés, le manque de transparence et de lisibilité des tarifs appliqués par les émetteurs aux commerçants lié notamment à la multiplication des frais annexes ou encore l'existence d'asymétries d'information entre ceux-ci et les émetteurs sont autant de manifestations du pouvoir de marché des émetteurs historiques.

## Un plafonnement tarifaire susceptible de produire des effets contraires

L'Autorité de la concurrence estime cependant que l'instauration d'un plafonnement tarifaire sur le marché des titres-restaurant ne constituerait pas le remède plus adéquat aux défaillances de marché observés.

Elle souligne qu'une mesure de plafonnement des commissions demandées aux commerçants affiliés "pourrait entraîner des effets contraires aux bienfaits attendus, dont l'ampleur demeure incertaine" (§ 173). L'Autorité craint que les émetteurs dont les taux de commission étaient habituellement en deçà du montant correspondant au plafond réglementaire envisagé aient tendance à aligner leurs tarifs sur ce plafond (§ 174). Les émetteurs dont les taux de commission étaient habituellement établis à un niveau supérieur à ce montant pourraient chercher à compenser la perte supportée, soit en augmentant leurs marges sur les prestations à destination des commerçants qui ne seraient pas réglementées, soit en augmentant les taux des commissions exigées des entreprises clientes (§ 175). Par ailleurs, l'Autorité observe que la répercussion par les commerçants agréés d'une éventuelle baisse de taux des commissions sur le prix au consommateur final serait vraisemblablement faible (car les commissions représentent une faible part des coûts totaux des commerçants et que les restaurateurs ne peuvent pas pratiquer un prix différent selon le moyen de paiement utilisé) et qu'elle servirait d'abord à restaurer les marges des entreprises concernées (§ 177).

Si le Gouvernement entend néanmoins plafonner par voie réglementaire le taux de commission appliqué aux commerçants, l'Autorité précise que "la méthode d'évaluation et de fixation du plafond doit reposer sur un résultat de l'équilibre entre l'offre et la demande sur un marché fonctionnant normalement" (§ 181). Les tarifs devraient être orientés vers les coûts marginaux théoriques d'un opérateur efficace plutôt que vers les coûts réellement observés. L'Autorité préconise d'établir un mécanisme de contrôle du respect du plafond afin d'éviter tout risque de contournement, assorti éventuellement de sanctions dissuasives, et d'évaluation de ses effets globaux sur les faces "émission" et "acceptation" (recommandation n° 1).

## Des mesures visant à remédier aux défaillances de marché

Plutôt que le plafonnement des taux des commissions, l'Autorité de la concurrence recommande au Gouvernement de soumettre l'activité d'émission de titres-restaurant à un agrément sur la base de critères objectifs, par un organisme qui répondrait à des garanties d'indépendance et d'impartialité (§ 187). Les entreprises qui exerceraient un telle activité pourraient être répertoriées sur un site Internet officiel, sur le modèle du registre des agents financiers (REGAFI) agréés par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), ou de l'outil de recherche des fournisseurs d'électricité et de gaz du Médiateur national de l'énergie (§ 188). De plus, l'Autorité estime nécessaire la mise en place d'une publicité exhaustive des entreprises ainsi agréées afin de remédier à l'asymétrie d'informations concernant l'identité des émetteurs, tant vis-à-vis des entreprises-clientes que des commerçants agréés (recommandation n° 2).

Surtout, l'Autorité préconise au Gouvernement de prendre des mesures visant à supprimer le droit exclusif dont chaque émetteur dispose, à l'égard des commerçants agréés, sur les titres qu'il a émis. En effet, les

émetteurs ne remboursent aux commerçants que les titres émis par eux, ce qui leur confère une forme de monopole. Il en résulte un déséquilibre structurel sur la face “*acceptation*” du marché entre une offre monopolistique et une demande atomistique. En conséquence, l’Autorité propose de rendre indépendantes les activités d’émission de titres et d’acceptation de titres, en permettant à tout acquéreur d’acquérir tout titre quel que soit l’émetteur. Deux voies possibles sont suggérées : la fongibilité des titres-restaurant des différents émetteurs ou la possibilité pour les commerçants agréés d’agréger leur pouvoir de négociation, par exemple *via* une centrale d’achat (recommandation n°3).

Enfin, l’Autorité recommande de rendre la dématérialisation des titres-restaurant obligatoire, en prévoyant un délai de transition suffisamment long (recommandation n°4) et de rendre les tarifs des émetteurs plus transparents et plus lisibles pour les commerçants agréés, par exemple en imposant une obligation d’affichage de l’équivalent d’un taux effectif global qui comprendrait tant les commissions demandées aux commerçants que les frais annexes (recommandation n°5). Ces mesures permettraient de remédier à la faible pénétration du marché par les nouveaux émetteurs et à l’asymétrie d’information au détriment des commerçants.

J.-Ph. K. ■

### **Professions libérales – Commissaires de justice – Notaires : L’Autorité de la concurrence rend un avis sur les projets de code de déontologie des commissaires de justice et des notaires dont les recommandations n’ont été que marginalement reprises dans les règles déontologiques en vigueur** (*Aut. conc., avis n° 23-A-19 du*

*1er déc. 2023 concernant deux projets de décrets relatifs respectivement au code de déontologie des commissaires de justice et à celui des notaires ; Gov. fr., décret n° 2023-1297 du 28 décembre 2023 relatif au code de déontologie des notaires ; Gov. fr., décret n° 2023-1296 du 28 décembre 2023 relatif au code de déontologie des commissaires de justice ; Gov. fr., arrêté du 29 janv. 2024 portant approbation des règles professionnelles des notaires et du règlement professionnel du notariat ; Gov. fr., arrêté du 27 février 2024 portant approbation des règles professionnelles des commissaires de justice*)

L’ordonnance n° 2022-544 du 13 avril 2022 relative à la déontologie et à la discipline des officiers ministériels, prise sur le fondement de l’article 41 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l’institution judiciaire, a profondément réformé le cadre juridique applicable en matière de discipline et de déontologie des officiers publics et ministériels (avocats aux conseils, commissaires de justice et notaires) et des officiers ministériels (greffiers de tribunaux de commerce). L’article

2 de l’ordonnance du 13 avril 2022 prévoit notamment qu’un code de déontologie propre à chaque profession est préparé par son instance nationale et édicté par décret en Conseil d’État et que ces mêmes instances nationales précisent par voie de règlement les règles professionnelles destinées à assurer le respect de ce code de déontologie. Pour les officiers publics et ministériels, ce règlement est approuvé par arrêté du ministre de la Justice.

En application de ces dispositions, le Conseil national du notariat et la Chambre nationale des commissaires de justice ont élaboré des projets de code de déontologie accompagnés de règles professionnelles, après consultation du collège de déontologie. Les projets de code de déontologie et de règles professionnelles, soumis pour avis à l’Autorité de la concurrence par le ministre de l’Economie, reprenaient à droit constant, à quelques exceptions près, le règlement national et le règlement intercoures des notaires approuvés par arrêté du ministre de la Justice du 22 mai 2018 ainsi que le règlement déontologique national des huissiers de justice du 5 décembre 2018, au sujet desquels l’Autorité avait déjà eu l’occasion d’émettre des recommandations dans le cadre de ses avis relatifs à la liberté d’installation des notaires (Aut. conc., avis n° 16-A-13 du 9 juin 2016, relatif à la liberté d’installation des notaires et à une proposition de carte révisée des zones d’implantation, assortie de recommandations sur le rythme de création de nouveaux offices notariaux ; Aut. conc., avis n° 18-A-08 du 31 juillet 2018, Concurrences n° 4-2018, art. n° 88220, pp. 202-204, obs. J.-Ph. K. ; Aut. conc., avis n° 21-A-04 du 28 avril 2021, Concurrences n° 4-2021, art. n° 103326, pp. 183-184, obs. J.-Ph. K. ; Aut. conc., avis n° 23-A-10 du 7 juillet 2023, Concurrences n° 4-2023, art. n° 115305, pp. 169-170, obs. J.-Ph. K.) et des huissiers de justice (Aut. conc., avis n° 16-A-25 du 20 décembre 2016 relatif à la liberté d’installation des huissiers de justice et à une proposition de carte des zones d’implantation, assortie de recommandations sur le rythme de création de nouveaux offices de commissaires de justice ; Aut. conc., avis n° 19-A-16 du 2 décembre 2019 ; Aut. conc., avis n° 23-A-09 du 7 juillet 2023 relatif à la liberté d’installation des commissaires de justice et à une proposition de carte révisée des zones d’implantation, assortie de recommandations sur le rythme de création de nouveaux offices d’huissiers de justice, Concurrences n° 4-2023, art. n° 115304, pp. 169, obs. J.-Ph. K.).

Dans son avis, l’Autorité examine successivement les dispositions communes aux deux professions, puis celles spécifiques aux notaires et aux commissaires de justice.

### **Harmoniser les règles déontologiques**

S’agissant des problématiques communes aux deux professions, l’Autorité déplore d’emblée l’absence d’harmonisation, tant sur la forme que sur le fond, des règles déontologiques applicables aux notaires et aux commissaires de justice. Toute en relevant que ce manque d’harmonisation résulte partiellement des dispositions législatives elles-mêmes puisque l’article 2 de l’ordonnance n° 2022-1544 du 13 avril 2022 relative à la déontologie et à la discipline des officiers ministériels qui

confie aux “instances nationales” de chaque profession et non au Gouvernement le soin de préparer un code de déontologie et préciser les règles professionnelles, l’Autorité “regrette néanmoins que ces professions n’aient pas travaillé ensemble sur les règles déontologiques communément partagées par elles” (§ 70). Elle ajoute que ce “travail aurait par exemple pu être réalisé sous le pilotage du Haut conseil des professions du droit dont l’une des missions est précisément d’œuvrer pour la réforme de la déontologie des professions du droit”. L’Autorité invite donc le Gouvernement et les professions concernées à poursuivre la réflexion en vue d’une harmonisation des règles déontologiques communément partagées par les officiers ministériels, afin de réduire le risque de distorsion de concurrence entre ces professions (recommandation n° 1).

L’Autorité de la concurrence formule ensuite cinq séries de recommandations en matière de publicité des avis des collèges de déontologie, de communication, de signalétique, d’activités accessoires et de sous-traitance.

### Renforcer la transparence des avis des collèges de déontologie

Elle préconise d’améliorer la publicité des avis rendus par les collèges de déontologie des professions de notaires et de commissaires de justice en mettant en œuvre les dispositions de l’article 6 du décret du 13 avril 2022 qui prévoient que le collège de déontologie peut publier ses avis et recommandations sur son propre site Internet ou à défaut, dans son rapport annuel publié sur le site de l’instance nationale, en indiquant dans les règles professionnelles que ces avis seront publiés sur les sites Internet respectif du Conseil national du notariat et de la Chambre nationale des commissaires de justice et en procédant à leur diffusion aux professionnels par voie électronique, sous une forme qui ne permet pas d’identifier les personnes et les lieux qui y sont mentionnés (recommandation n° 2). Pour mémoire, le collège de déontologie peut formuler toute recommandation utile sur l’application du code de déontologie et émettre des avis sur son application à des situations individuelles. Or, les professions de notaires et de commissaires de justice ne prévoient pas les mêmes règles en matière de publicité des avis du collège de déontologie et l’Autorité relève que les deux collèges de déontologie ne disposent pas de leur propre site Internet et n’ont toujours publié aucun rapport depuis leur mise en place le 1<sup>er</sup> juillet 2022. Selon l’Autorité, la publication de ces avis “permettrait d’homogénéiser les pratiques des professionnels et des instances territorialement compétentes, et renforcerait davantage «le lien de confiance des citoyens à l’égard de ces professionnels»” (§ 89). Elle recommande également de préciser dans les avis du collège de déontologie des commissaires de justice que les commentaires sont rédigés par un professionnel et qu’ils ne lient pas le collège et de préciser dans les règles professionnelles des notaires qu’en cas de saisine du collège de déontologie dans le cadre d’un différend entre confrères, son avis est annexé aux documents transmis aux parties, comme cela est prévu dans le projet de code de déontologie des commissaires de justice.

### Élargir les possibilités de communication professionnelle

L’Autorité de la concurrence propose d’élargir les possibilités de communication ouvertes aux deux professions. Pour rappel, les notaires et les commissaires de justice sont autorisés à communiquer des informations objectives au public et à faire de la sollicitation personnalisée. Le recours à la sollicitation personnalisée est toutefois strictement encadré par le décret n° 73-1202 du 28 décembre 1973 relatif au statuts des officiers publics ou ministériels modifiée. L’Autorité préconise notamment d’assouplir et de clarifier les règles applicables en matière de sollicitation personnalisée, en permettant notamment le recours à d’autres canaux de diffusion (tels que les réseaux sociaux ou l’envoi de messages textuels par téléphone) que ceux actuellement prévus (la sollicitation personnalisée doit se faire par envoi postal ou courrier électronique adressé à une personne physique ou morale déterminée), dans le respect des règles en matière de vie privée. S’agissant des notaires, l’Autorité recommande de supprimer totalement l’encadrement des avis de presse annonçant un changement de titulaire d’un office, l’accueil d’un nouvel associé ou la création d’un office et d’autoriser le recours au référencement payant sur les moteurs de recherche à condition de respecter certaines limites (respect des principes de confraternité, loyauté et délicatesse, absence de concurrence déloyale, interdiction d’achat de mots correspondant au nom d’un office ou d’un confrère concurrent, interdiction de référencement prioritaire contenant les mots clés relatifs à une zone géographique) pour s’aligner sur le régime prévu pour les commissaires de justice. Concernant les commissaires de justice, l’Autorité souhaite que les règles applicables en matière de participation à une manifestation publique (interview, colloque, émission de TV et radio, etc.) afin de promouvoir leur profession soient allégées en remplaçant le régime d’autorisation préalable auprès de la Chambre nationale des commissaires de justice par une simple obligation de déclaration préalable, à l’instar de ce qui est prévu pour les notaires (recommandation n° 3).

En matière de signalétique (panonceaux, plaques professionnelles, etc.), qui a pour vocation d’apporter des informations objectives à destination du public, l’Autorité de la concurrence rappelle que les notaires et les commissaires de justice sont autorisés à apposer une plaque professionnelle sur la façade de leurs locaux. Toutefois, les mentions qui peuvent y être inscrites diffèrent. C’est pourquoi, l’Autorité recommande, d’une part, de préciser dans le projet de règles professionnelles des notaires les mentions qui peuvent être apposées sur les plaques professionnelles et, d’autre part, d’autoriser les notaires à y inscrire, à l’instar des commissaires de justice, la spécialité de l’office (§ 155). Elle préconise aussi d’autoriser les commissaires de justice à afficher un panneau à l’extérieur de leur office, comme cela est prévu pour les notaires (recommandation n° 4). S’agissant du caractère lumineux ou non du panneau, l’Autorité considère qu’au vu des enjeux environnementaux, une harmonisation en ce sens n’est pas indispensable (§ 160).

## Préciser la notion d'activité accessoire

L'Autorité de la concurrence suggère encore de clarifier et d'harmoniser pour les deux professions la définition de la notion d'activité accessoire. En effet, les commissaires de justice et les notaires sont autorisés à réaliser des activités accessoires à leurs activités en monopole. Il s'agit, pour les premiers, des activités d'administrateur d'immeubles, d'agent d'assurances et de médiateur et, pour les seconds, des activités de négociation immobilière, de syndic de copropriété, de gestion de patrimoine, de gérance d'immeubles, d'enseignement, et d'arbitrage. L'Autorité invite d'ailleurs les instances nationales compétentes à préciser dans les règles professionnelles, pour les notaires, que les activités de gérance de bien et d'arbitrage, et, pour les commissaires de justice, que l'activité d'intermédiaire en assurance, doivent être exercées à titre accessoire. Elle recommande, en outre, d'autoriser les commissaires de justice à faire état de leur qualité lors de l'exercice des activités accessoires, à l'instar de ce qui est prévu pour les notaires, à condition de supprimer la possibilité de réaliser de la publicité sur ces mêmes activités (recommandation n° 5).

## Adapter le cadre juridique au recours à la sous-traitance

Concernant enfin la sous-traitance, qui consiste pour une étude à déléguer, à un prestataire externe, une partie des prestations à réaliser pour ses clients, l'Autorité de la concurrence observe que cette pratique n'a pas pris la même ampleur pour les commissaires de justice que pour les notaires (§ 179). L'Autorité constate que certains notaires ont recours aux services de sous-traitants pour la réalisation de formalités antérieures ou postérieures à la rédaction d'actes et pour la rédaction d'actes. La sous-traitance semble appréciée de la profession notariale en ce qu'elle offre une flexibilité aux offices qui y ont recours, par exemple, en cas de congé maternité d'une collaboratrice, de pic d'activité ou encore en début d'activité, lorsqu'il est financièrement impossible pour l'étude d'embaucher un salarié ou un salarié supplémentaire (§ 180). En revanche, les commissaires de justice recourent peu à la sous-traitance, à l'exception des activités de dactylographie de procès-verbaux de constats, qui peuvent être confiées à des prestataires spécialisés (§ 183). Consciente des difficultés juridiques et pratiques que peut poser le recours à sous-traitance, en raison notamment du monopole légal dont dispose les deux professions sur certaines activités (en particulier, pour les notaires, l'authentification des actes) et de la diversité des activités accessoires que leurs membres sont autorisés à réaliser, l'Autorité se borne à inviter les commissaires de justice et les notaires à mener une réflexion commune

sur les activités accessoires pouvant être sous-traitées et à recommander au Gouvernement de *“veiller à ce que le cadre juridique applicable à la sous-traitance n'apporte pas de restrictions indues à la liberté d'organisation des activités des professionnels et plus particulièrement n'impose pas de freins disproportionnés au développement des offices créés* (recommandation n° 6).

## Limiter l'application de la clause de non-concurrence des notaires

Si l'Autorité de la concurrence ne formule pas de recommandation spécifique à la profession de commissaire de justice, elle émet deux recommandations concernant celle de notaires. S'agissant des règles d'attribution de la “plume”, c'est-à-dire les règles d'attribution de la minute d'acte et de partage des émoluments lorsqu'un acte requiert la participation de plusieurs notaires, l'Autorité est d'avis qu'il convient de supprimer la règle d'attribution de la minute à raison de l'ancienneté, et de la remplacer par un critère plus objectif, en instaurant, par exemple, la désignation du notaire détenant la minute par ordre alphabétique, après tirage au sort annuel d'une lettre par le Conseil national du notariat, d'inscrire dans les règles professionnelles, la possibilité reconnue aux notaires de déroger aux règles professionnelles pour l'attribution de la plume et de réintroduire dans les règles professionnelles la faculté octroyée jusqu'alors aux notaires du ressort d'instances locales différentes, de faire application de leur règlement dont les dispositions sont similaires en matière d'attribution de la minute (recommandation n° 7). Concernant la clause de non-concurrence qui interdit à un notaire d'établir son étude dans l'immeuble où étaient installés l'office, les bureaux annexes ou les locaux accessoires de l'un de ses confrères autre que son prédécesseur avant le délai de quatre ans à compter du jour de la fin de l'exercice de ce confrère, sauf consentement écrit de celui-ci ou de son successeur, ainsi que d'établir son étude ou un local accessoire dans l'immeuble où l'un de ses confrères a déjà son office sans le consentement écrit de ce dernier, l'Autorité recommande de restreindre son application aux cas où il existe un risque de confusion des professionnels par le public (recommandation n° 8).

Si la plupart des recommandations formulées par l'Autorité de la concurrence n'ont pas été suivies, les règles professionnelles des commissaires de justice approuvées le 27 février 2024 en reprennent toutefois certaines tant sur la forme que sur le fond. En particulier, les commissaires de justice peuvent désormais faire état de leur qualité lors de l'exercice des activités accessoires et participer à des manifestations publiques sur simple déclaration préalable auprès de l'instance nationale.

J.-Ph. K. ■

## **Autorités de régulation – Autorité de la concurrence – Commission nationale de l’informatique et des libertés – Coopération :**

L’Autorité de la concurrence et la Commission nationale de l’informatique et des libertés réaffirment leur volonté de coopération dans une déclaration conjointe portant sur un accord de partenariat (*Aut. conc. et CNIL, déclaration conjointe du 12 déc. 2023 ayant pour but d’établir un partenariat entre les deux autorités en matière de protection des données personnelles*)

Dans un accord de partenariat du 12 décembre 2023, la Commission nationale de l’Informatique et des Libertés [ci-après “CNIL”] et l’Autorité de la Concurrence [ci-après “ADLC”] confirment leur volonté de coopérer étroitement sur les questions relevant de leurs compétences croisées.

Ayant déjà collaboré par le passé, notamment à l’occasion des affaires *GDF Suez* (ADLC, décision 14-MC-02 du 9 septembre 2014) et *Apple ATT* (ADLC, décision 21-D-07 du 17 mars 2021), la CNIL et l’ADLC entendent renouveler cette coopération afin d’appréhender au mieux les évolutions induites par l’économie de la donnée. Dans ces espèces, l’ADLC avait reçu les éclairages de la CNIL par le biais d’avis sur les aspects relatifs à la protection des données à caractère personnel.

L’annonce de cette mise en commun de leurs compétences apparaît particulièrement pertinente à l’heure de l’entrée en vigueur du *Digital Markets Act* [ci-après “DMA”], ayant suivi l’entrée en vigueur du *Data Governance Act* [ci-après “DGA”] applicable depuis septembre 2023, et précédant celle du *Data Act*, prévue pour septembre 2025.

Trois grands axes sont dégagés dans la déclaration :

- le développement de concepts économiques et juridiques communs,
- la concordance des doctrines se traduisant par une convergence du droit souple et des recommandations sectorielles,
- le développement de la coopération permise par le Code de commerce et les règles relatives aux autorités

administratives indépendantes, dans un cadre formel (sous la forme de saisines pour avis) ou dans un cadre consultatif ou contentieux. Il est ici notamment fait référence à l’obligation qui incombe au rapporteur général de l’ADLC de communiquer à la CNIL toute saisine entrant dans le champ de compétences de cette dernière en vertu de l’article R. 463-9 C. com..

Les deux régulateurs, conscients des objectifs distincts qu’ils poursuivent, perçoivent néanmoins dans la protection du consommateur un trait d’union exploitable. Dans la continuité de ce rapprochement, ils soulignent l’existence d’une synergie entre pression concurrentielle et protection des données : le maintien de la première est de nature à favoriser les innovations bénéfiques pour la seconde. Les deux instances mettent également en avant l’incitation des entreprises à proposer des offres qui se distinguent par une protection de la vie privée accrue dans un environnement fortement concurrentiel, au moyen par exemple d’offres payantes, relativement indépendantes des données des utilisateurs.

En outre, elles pointent la vulnérabilité des utilisateurs des grandes plateformes, dénués de toute puissance d’achat compensatrice leur permettant de s’assurer efficacement de la protection de leurs données. Pour répondre à ce défi, la CNIL et l’ADLC souhaitent faire en sorte d’améliorer la compréhension des services numériques par les consommateurs, notamment pour lutter contre les altérations de la rationalité individuelle (“*dark-patterns*”) et veulent redoubler de vigilance sur les possibles atteintes à la protection des données personnelles par les acteurs dominants à des fins lucratives.

À cet égard, la CNIL et l’ADLC font référence au récent arrêt *Meta c/ Bundeskartellamt* (CJUE, 4 juillet 2023, C-252/21) dans lequel la Cour a jugé qu’une autorité nationale de concurrence pouvait constater une violation du RGPD dans le seul but de déterminer l’existence d’un abus de position dominante.

En somme, cette déclaration conjointe s’inscrit dans la droite ligne de la politique de concurrence tournée vers la protection des consommateurs face aux géants du numérique mise en œuvre depuis plusieurs années à l’échelle nationale et européenne. Reste, dès lors, à voir comment cette coopération sera mise en œuvre, notamment dans le cadre des enquêtes de l’ADLC.

V. C.-P. & G.B. ■