

BULLETIN D'ACTUALITÉ

EN DROIT DES RÉGULATIONS

N°43 / AVRIL 2020

*Par les étudiants du Master 2 DERE – Sciences Po Strasbourg
Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe*

■ ÉDITORIAL

La crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 conduit les acteurs des secteurs régulés à poursuivre leurs activités malgré tout. En effet, ils exercent des activités essentielles, pour lesquelles ils doivent respecter des obligations de service public. Ces obligations prennent une importance particulière en cette période, que ce soient les besoins énergétiques qui doivent être continus, ou les réseaux de communication qui doivent rester opérationnels, sans être congestionnés.

Les réseaux de communication voient leur rôle renforcé, puisque, s'ils continuent de permettre aux personnes de communiquer entre elles, la mise en place généralisée du télétravail rend nécessaire la communication à distance entre collègues, notamment via l'organisation de réunions par vidéoconférence.

Ces réseaux sont également fortement sollicités pour les divertissements, notamment via la croissance de consommation de vidéos au cours de la journée, ce qui a conduit le président de l'ARCEP à donner des conseils dans l'utilisation de ces réseaux dans un article, « Confinement : 'moins de vidéos et de 4G' conseillent les opérateurs pour ne pas faire sauter internet ».

Cette crise pose également la question de la fracture numérique, avec des territoires qui sont mal connectés ou ne le sont pas, ce qui empêche toute continuité pédagogique pour les enfants et rend compliquée toute possibilité de télétravail pour leurs parents, en dehors de tous les divertissements auxquels la population de ces territoires n'a pas accès sans connexion à ces réseaux.

Même à distance, l'ADERE reste active et c'est ainsi que, ce mois-ci à nouveau, nous vous proposons notre bulletin d'actualité.

Samuel Daudey
Président de l'ADERE





– CONCURRENCE –

1. **L’Autorité de la concurrence inflige 900 000 euros d’amende à PMU pour non-respect des engagements souscrits.**
Par Anthony De Vito p.1
2. **Dans le cadre d’une pratique anticoncurrentielle commise à l’occasion de la passation d’un marché public, le juge administratif peut condamner une entreprise non contractante à verser une indemnisation à la personne publique lésée dès lors que son implication a affecté la procédure de passation.**
Par Jeanne Banchet p.4

– DROIT PUBLIC ECONOMIQUE –

3. **L’assouplissement des règles concernant les contrats soumis au code de la commande publique et les contrats publics non soumis à ce code dans le contexte d’état d’urgence sanitaire.**
Par Clara Léger p.6

– REGULATION SECTORIELLE –

4. **Médias audiovisuels et crise sanitaire covid-19 : la vigilance des régulateurs européens.**
Par Jules Samson Nyobe p.9
5. **Les fournisseurs alternatifs d’électricité restent tenus à leurs obligations dans le cadre de l’ARENH, car un désaccord sur l’application de la clause de force majeure existe entre eux et EDF.**
Par François Houillon p.13
6. **Le Conseil d’Etat annule la délibération par laquelle la CNIL a sanctionné Google pour non-respect de l’injonction de déréférencement mondial.**
Par Samuel Daudey p.15

L’ensemble de ces articles ont été rédigés par les étudiants du Master 2 DERE.
L’ADERE en détient la propriété.



Equipe 2019/2020 :
Rédacteur en chef : Samuel Daudey
Secrétaire générale de rédaction : Clara Léger
Maquette : Marie-Sophie Lafon
Montage : Romane Rouleau-Monpiou

Association étudiante du Master 2 DERE (ADERE)
Droit de l’Économie et de la Régulation en Europe
47 Avenue de la Forêt Noire
67000 Strasbourg



L'Autorité de la concurrence inflige 900 000 euros d'amende à PMU pour non-respect des engagements souscrits

Autorité de la concurrence, décision n° 20-D-07 du 07 avril 2020 relative au respect des engagements figurant dans la décision de l'Autorité de la concurrence n° 14-D-04 du 25 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne

Par Anthony De Vito

Avant toute autre chose il convient de replacer l'affaire soumise à notre étude dans son contexte juridique, afin de mieux en saisir les enjeux. En 2010¹ le législateur français a, sous l'impulsion de la Commission européenne, partiellement ouvert à la concurrence le secteur des jeux d'argent et de hasard, dont la situation avait longtemps été monopolistique. Si le groupement d'intérêt économique Pari Mutuel Urbain (ci-après « PMU ») a pu conserver le monopole légal dont il disposait sur les masses d'enjeux collectées grâce à son réseau physique, il n'en fut pas de même de celles collectées en ligne.

¹ Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

En 2012 l'un de ses concurrents, en la personne de la société Betcltic, a saisi l'Autorité de la concurrence au sujet de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par PMU sur le marché des paris hippiques en ligne. Suite à cette première saisine ont été identifiées des « préoccupations de concurrence » portant sur la pratique de mutualisation des masses d'enjeux « en dur » et des masses d'enjeux en ligne. En effet, ces agissements étaient de nature à permettre à PMU de se servir des bénéfices réalisés dans le cadre de son activité monopolistique pour améliorer la compétitivité de son offre sur les secteurs ouverts à la concurrence : était donc en cause une logique de « subvention croisée ». En réaction, ledit opérateur a alors souscrit plusieurs engagements, que l'Autorité a rendus obligatoires par une décision du 25 février 2014. Pour rappel, l'engagement est l'acte par lequel une ou plusieurs entreprises s'engagent à faire correspondre leurs agissements et stratégies aux exigences posées par le droit de la concurrence.

En l'espèce, l'engagement soumis impliquait pour PMU de s'obliger à séparer les masses d'enjeux « en dur » et en ligne. Mais par une nouvelle saisine de l'Autorité, les sociétés concurrentes Betcltic et Zeturf ont dénoncé des manquements aux engagements souscrits, résultant du lancement par PMU d'un nouveau pari hippique de dimension internationale, relatif à des courses se déroulant dans différents Etats. En effet, les requérants allèguent alors que, dans ce cadre, des indices laissaient penser que les masses d'enjeux « en dur » et en ligne avaient à nouveau fait l'objet d'une mutualisation contraire au droit de la concurrence. Conformément à la législation en la matière, lesdites sociétés ont également saisi l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ci-après : « ARJEL »), laquelle a rendu un avis en date du 8 novembre 2018² à travers lequel elle établit que l'engagement pris par PMU devant l'Autorité s'appliquait tant aux courses

² Avis n° 2018-A 001 du 8 novembre 2018.

françaises qu'étrangères, et indépendamment de la nationalité des opérateurs impliqués dans la mutualisation.

Il appartenait dès lors à l'Autorité ainsi saisie de déterminer si et dans quelle mesure PMU avait effectivement manqué aux obligations que les engagements qu'il avait soumis dans une procédure antérieure faisaient peser sur lui.

Dans ce cadre, il s'agira pour nous de commencer par nous intéresser à la caractérisation de l'infraction à la concurrence par l'Autorité de la concurrence, consistant dans le non-respect par l'opérateur d'un engagement auquel il avait souscrit, en soulignant sa gravité. Dans un deuxième temps, nous nous concentrerons sur l'univocité de ces engagements et sur le caractère indiscutable de leur périmètre. Enfin, il conviendra de faire état des conséquences qu'en tire l'Autorité d'un point de vue répressif, par l'appréciation de l'ampleur des dommages concurrentiels causés.

La gravité du manquement

Avant toute autre chose, il s'agit d'établir qu'un partenariat de masse commune implique pour un opérateur de mettre en commun ses masses d'enjeu avec celles d'une entreprise étrangère. Dans le cadre de la présente affaire, cette notion doit être distinguée de celles de séparation et de mutualisation, qui permettent de différencier les masses selon qu'elles soient collectées en ligne ou en dur. L'Autorité relève alors que sur la période considérée, PMU était lié par cinq partenariats de masse commune avec des opérateurs étrangers. En vertu de ceux-ci, il avait la possibilité de commercialiser en France certains paris relatifs à des courses étrangères, en ligne comme en dur. Certes et comme l'a fait valoir le défendeur, l'entrée en vigueur de l'engagement de séparation de masses a eu un impact sur ces accords, lesquels ont donc été amenés à évoluer. Ainsi en réaction, des

relations contractuelles distinctes ont été organisées pour le même opérateur, l'une correspondant aux enjeux collectés en ligne et l'autre correspondant à ceux collectés en dur.

Mais le problème de ces accords résidait alors dans le constat selon lequel les masses d'enjeu sont nécessairement mutualisées en une masse unique par l'intermédiaire de l'opérateur étranger. Il en découle que d'un point de vue concurrentiel, la situation est identique à celle existant antérieurement à l'entrée en vigueur de ces engagements. L'Autorité considère ces pratiques comme particulièrement graves, en particulier en ce qu'elles portent sur l'engagement qui se trouve « au cœur du dispositif » anticoncurrentiel mis en place. Au point 160 de sa décision, elle rappelle également sa position jurisprudentielle selon laquelle le non-respect d'engagements est « *une pratique grave en elle-même. Une telle pratique est d'autant plus grave que la prise d'engagements a lieu à l'initiative des parties mises en cause qui les proposent* »³.

Pour se défendre, PMU avançait que, dans la mesure où les partenariats de masse commune en question sont non-exclusifs, ils ne produisent aucun effet anticoncurrentiel sur le marché. Or l'Autorité ne saurait accueillir cet argument, en ce sens qu'il convient de garder à l'esprit l'objectif des engagements pris, lequel consistait en effet à éviter que ledit opérateur puisse utiliser la masse collectée en dur, c'est-à-dire là où il bénéficie d'un monopole, pour améliorer son offre de service de paris en ligne. En outre, l'Autorité a été amenée à constater, dans son rapport dont le contenu est rappelé dans sa décision, le poids considérable que représentent les enjeux collectés dans le cadre de ces accords, et relève notamment qu'étant donné que ceux ayant été collectés en dur sont « près de dix fois » plus conséquentes que celles qui l'ont été en ligne, ces partenariats ont largement profité à PMU en ce qu'ils l'ont mis en situation de pouvoir renforcer la compétitivité de ses activités concurrentielles.

³ Décision n° 10-D-21 du 30 juin 2010 relative au respect, par les sociétés Neopost France et Satas, des engagements pris dans la décision du Conseil de la

concurrence n° 05-D-49 du 25 juillet 2005, §§ 103 et 104.

L'absence d'ambiguïté des engagements

L'Autorité juge d'emblée utile de se concentrer sur la lettre des engagements dont le non-respect caractérise l'infraction reprochée à PMU. Au point 101 de sa décision, elle souligne le caractère clair et univoque de leur formulation, laquelle a d'ailleurs été choisie par le souscripteur lui-même. Elle estime ainsi que même si les courses étrangères en masse commune n'y sont pas visées de façon explicite, il est impossible qu'une personne de bonne foi ne comprenne pas que celles-ci sont implicitement concernées. La logique de l'Autorité consiste en effet à estimer que, étant considéré que les courses visées ne font l'objet d'aucune énumération même non-exhaustive, il en résulte que les obligations découlant de l'engagement s'appliquent à l'entièreté des courses.

En réalité, elle déroule méthodiquement son raisonnement selon lequel la circonstance qu'il s'agisse de courses étrangères ne justifie en rien un traitement dérogatoire, dans la mesure notamment où elle minimise la singularité des accords de masse commune. A cet égard, elle note d'ailleurs qu'à aucun moment ledit opérateur n'a demandé à l'Autorité de préciser le périmètre de ces engagements, en dépit des doutes sur la validité desdits partenariats qui avaient été émis par l'ARJEL en 2017. Une contradiction est également relevée dans les agissements de PMU. En effet, si celui-ci prétend avoir estimé que les courses étrangères étaient hors du champ de l'engagement pris, il s'avère qu'au moment de l'entrée en vigueur de ce dernier, il a toutefois jugé nécessaire de faire évoluer le contenu des accords de partenariat.

La sanction infligée

L'évaluation de l'étendue des effets engendrés par une pratique suppose en particulier de déterminer la période durant laquelle elle s'est établie. Aux points 133 et 134, l'Autorité énonce de façon claire que le manquement identifié a débuté antérieurement au prononcé de la décision par laquelle elle a rendu les engagements obligatoires, et s'est

poursuivi postérieurement à l'entrée en vigueur de cette dernière, à savoir le 31 décembre 2015. Ainsi, elle estime qu'il y a lieu de considérer que la durée pendant laquelle cette infraction a été commise doit être comprise entre cette date et celle de la transmission du rapport, soit le 11 juillet 2019. En outre, il ne saurait être sérieusement contesté que ces agissements sont imputables à PMU, dans la mesure où c'est bien à lui et à aucune autre personne physique ou morale qu'il appartient de respecter et d'appliquer les engagements qu'il a pris.

D'après l'article L. 464-3 du code de commerce, une entreprise qui méconnaît un engagement ou une injonction tels que prévus aux articles L. 464-1 et L. 464-2, s'expose à une sanction pécuniaire. Ainsi, après avoir constaté l'existence d'un ou de plusieurs manquements de ce type, l'Autorité a le pouvoir d'infliger une amende dont le montant sera individualisé et proportionnel à leur gravité et à leur impact sur le fonctionnement concurrentiel du marché. Toujours en vertu des dispositions du code de commerce en la matière, le quantum de cette sanction ne saurait cependant excéder, s'il s'agit d'une entreprise, « 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ».

Concernant le groupement d'intérêt économique PMU, il a bien vocation à être considéré comme une entreprise dont le chiffre d'affaires maximal sur la période prise en compte atteint 647,2 millions d'euros. Il en découle ainsi que la sanction ici encourue est plafonnée à 64,72 millions d'euros, ce qui évidemment représenterait une perte considérable. Ainsi, l'Autorité va finalement décider de lui infliger une amende bien inférieure à cette limite, le montant de celle-ci s'élevant à 900 000 euros. **A. D.**



Dans le cadre d'une pratique anticoncurrentielle commise à l'occasion de la passation d'un marché public, le juge administratif peut condamner une entreprise non contractante à verser une indemnisation à la personne publique lésée dès lors que son implication a affecté la procédure de passation

Conseil d'État, 7^e-2^e chambres réunies, 27 mars 2020, n° 420491, n° 421758, publié au recueil Lebon

Par Jeanne Banchet

Il convient avant tout de rappeler brièvement les circonstances ayant mené aux deux décisions rendues par le Conseil d'État en date du 27 mars 2020 mettant un terme à l'affaire dite du cartel des panneaux routiers. Les départements de la Manche et de l'Orne avaient conclu, respectivement le 21 janvier 2002 et le 31 mars 2005, ainsi que le 28 avril 1999, le 3 avril 2002 et le 1^{er} avril 2005, des marchés de fourniture et de pose de panneaux de signalisation routière ainsi que d'équipements annexes avec la société Signature S.A., devenue la société Signalisation France. Le Conseil de la concurrence, alerté par des articles parus dans la presse, s'était saisi d'office en 2007 de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière. Par une décision n°10-D-39 du 22 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a condamné huit entreprises, dont la société Signature S.A. et Lacroix Signalisation (qui n'avait soumissionné que dans le cadre de l'appel d'offres lancé par le département de l'Orne en 2002) pour s'être

entendues entre 1997 et 2006 sur la répartition et le prix de marchés de signalisation routière verticale (comprenant la signalisation verticale permanente et temporaire, la signalisation plastique ainsi que le secteur des films plastiques rétro-réfléchissants). Après avoir été condamnées solidairement avec les autres entreprises concernées à verser des indemnités en réparation des préjudices subis par lesdits départements au terme d'une décision du tribunal administratif de Caen en date du 6 avril 2017, elles ont toutes deux interjeté appel devant la cour administrative d'appel de Nantes qui les a déboutées de leurs demandes par deux arrêts en date du 16 mars (pour la Manche) et 27 avril 2018 (pour l'Orne).

En ce qui concerne la première affaire impliquant le département de la Manche, la société Signalisation France soutenait devant la cour que celui-ci n'avait pas émis de titre exécutoire pour recouvrer les sommes qu'il estimait lui être dues, rendant alors sa demande irrecevable. Elle estimait par ailleurs, que son action était prescrite et que la méthode d'évaluation du surcoût était erronée. Dans le cadre de l'affaire concernant le département de l'Orne, la société Lacroix Signalisation avait, pour sa part, demandé à la cour d'annuler le jugement du tribunal administratif en arguant que la faute et le lien de causalité n'étaient pas établis, que le préjudice n'était pas certain, que les coûts avaient pu être répercutés et surtout, que la condamnation ne pouvait pas être prononcée *in solidum*. Sur ce dernier point et au terme de son cinquième considérant, la cour a estimé que dès lors que les différentes sociétés avaient concouru à la réalisation d'un même dommage, « leur condamnation solidaire pouvait être prononcée et ce, quand bien même la faute de chacune serait différente ou n'aurait pas un degré identique de gravité ».

Elles se sont alors pourvues en cassation devant le Conseil d'État, en lui demandant d'annuler ces arrêts et par suite, de faire droit à leurs demandes. Si le Conseil d'État confirme sans difficulté l'appréciation effectuée par la cour sur la prescription et l'évaluation du préjudice, ces arrêts mettent en lumière deux éléments importants : d'une part, le Conseil

d'Etat rappelle qu'une personne publique peut engager une action en responsabilité devant le juge dès lors que le préjudice naît d'un contrat, d'autre part, il affirme que dans le cadre d'une pratique anticoncurrentielle commise à l'occasion de la passation d'un marché public, le juge administratif peut condamner à verser une indemnisation à la partie lésée une entreprise qui n'est pas son cocontractant dès lors que son implication a affecté la procédure de passation.

La possibilité d'engager une action en responsabilité devant le juge dès lors que le préjudice naît d'un contrat

Le Conseil d'État, dans ses deux arrêts du 27 mars 2020, commence par rappeler qu'en principe « une personne publique est irrecevable à demander au juge administratif de prononcer une mesure qu'elle a le pouvoir de prendre ». Mais il poursuit en expliquant que sa « faculté d'émettre un titre exécutoire (...) ne fait pas obstacle, lorsque la créance trouve son origine dans un contrat, à ce qu'elle saisisse le juge d'administratif d'une demande tendant à son recouvrement ». Qu'ainsi, « l'action tendant à l'engagement de la responsabilité quasi délictuelle d'une société en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec elle à des conditions de prix désavantageuses, qui tend à la réparation d'un préjudice né du contrat lui-même et résultant de la différence éventuelle entre les termes du marché effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales de concurrence, doit être regardée (...) comme trouvant son origine dans le contrat ». Il en résulte que la cour administrative d'appel n'avait pas commis d'erreur de droit en jugeant recevables les demandes introduites par les départements.

Le juge administratif peut condamner une entreprise qui n'est pas le cocontractant à verser une indemnisation

C'est surtout dans l'arrêt concernant le département de l'Orne que réside l'apport

essentiel. En effet, si plusieurs requêtes ont été déposées par les diverses entreprises parties à l'entente, dont Signalisation S.A., l'une d'entre elles l'était par la société Lacroix Signalisation qui contestait sa condamnation *in solidum* alors même qu'elle n'avait candidaté qu'au seul appel d'offres de 2002, pour lequel elle n'avait pas été retenue. Le Conseil d'État va alors confirmer et préciser la solution retenue par la cour administrative d'appel. Il va en effet expliquer que « lorsqu'une personne publique est victime, à l'occasion de la passation d'un marché public, de pratiques anticoncurrentielles, il lui est loisible de mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté, mais aussi des entreprises dont l'implication dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation de ce marché, et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire ». Or la société Lacroix Signalisation avait été reconnue partie à l'entente par l'Autorité de la concurrence dans sa décision de 2010 susmentionnée, ce sur quoi la cour d'appel de Paris n'est pas revenue dans un arrêt du 29 mars 2012⁴. Dès lors, le Conseil d'État estime qu'« en déduisant de ces constats, par un arrêt suffisamment motivé, d'une part, que le comportement fautif de la société Lacroix Signalisation était en lien direct avec le surcoût supporté par le département de l'Orne lors de l'exécution des marchés à bons de commande passés en 1999, 2002 et 2005 et, d'autre part, que sa responsabilité solidaire était engagée, alors même qu'elle n'avait présenté qu'une offre en 2002 et aucune en 1999 et 2005, la cour n'a pas commis d'erreur de droit et n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

Si bien que la recevabilité de l'action en responsabilité de la personne publique est admise en son principe dès lors que le préjudice est né d'un contrat, alors le juge administratif est en mesure de condamner une entreprise non contractante, en l'espèce la société Lacroix Signalisation, à l'indemnisation du préjudice subi par la personne publique puisque sa participation active dans l'entente, démontrée

⁴ A ce sujet, voit notamment l'arrêt n°_17NT02571 de la CAA de Nantes du 27 avril 2018.

et sanctionnée par l’Autorité de la concurrence, a affecté la procédure de passation du ou des marchés publics en cause. **J. B.**



L’assouplissement des règles concernant les contrats soumis au code de la commande publique et les contrats publics non soumis à ce code dans le contexte d’état d’urgence sanitaire

Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d’adaptation des règles de passation, de procédure ou d’exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n’en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l’épidémie de covid-19

Par Clara Léger

La présente crise sanitaire mondiale entraîne un bouleversement majeur de la vie économique. La grande majorité des secteurs n’est pas épargnée, incitant les opérateurs économiques impliqués à adapter leurs activités au contexte actuel.

⁵ JORF n° 0072 du 24 mars 2020, texte n° 2.

⁶ JORF n° 0074 du 26 mars 2020, texte n° 43.

⁷ Article 1 de l’ordonnance n° 2020-319.

En France, l’état d’urgence sanitaire a été prononcé par l’article 4 de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d’urgence pour faire face à l’épidémie de covid-19⁵. Celui-ci est, pour le moment, en vigueur pour une durée de deux mois à compter de l’entrée en vigueur de la loi intervenue le 24 mars 2020, et sera peut-être prolongé d’une durée de deux mois comme l’a évoqué le Premier Ministre dans son discours du 28 avril 2020 devant l’Assemblée Nationale.

Ces circonstances ont inévitablement conduit le gouvernement à prendre des mesures adéquates et c’est par une ordonnance publiée le 26 mars 2020⁶ que les règles résultant du code de la commande publique ainsi que celles s’appliquant aux contrats publics non soumis à ce code ont été précisées afin de répondre aux difficultés posées en cette période d’état d’urgence sanitaire. L’ordonnance rappelle en outre que ces dispositions ne doivent être mises en œuvre que dans la mesure où elles sont nécessaires « *pour faire face aux conséquences, dans la passation et l’exécution de ces contrats, de la propagation de l’épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation* »⁷.

Le large champ d’application de l’ordonnance n° 2020-319

L’article 1 de l’ordonnance en détaille le périmètre. Concernant l’objet de ces dispositions, il s’agit d’une part de tous les contrats soumis au code de la commande publique et d’autre part des contrats publics qui n’en relèvent pas. La Direction des affaires juridiques du ministère de l’Economie et des Finances (DAJ) a confirmé à propos de cette ordonnance qu’elle visait « *l’ensemble des contrats de la commande publique, c’est-à-dire les marchés publics et les contrats de concession, y compris ceux qui sont exclus du champ d’application des directives européennes, quel que soit le statut public ou privé de l’acheteur ou de l’autorité contractante* »⁸. Ainsi, à titre d’exemple, les sous-concessions conclues par un

⁸ DAJ, Fiche technique relative à l’ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, p. 1

concessionnaire d'autoroute en application des articles L. 122-23 à L. 122-29 du code de la voirie routière sont comprises dans les contrats visés par l'ordonnance.

Le champ d'application de cette ordonnance est donc très large, puisqu'il s'applique également aux contrats publics qui ne seraient pas soumis au code de la commande publique, ce qui va plus loin que les seuls contrats administratifs. En effet, la DAJ rappelle que la notion de « contrats publics » englobe « l'ensemble des contrats qui s'inscrivent dans la sphère publique, c'est-à-dire les contrats des personnes morales de droit public ainsi que ceux qui sont conclus par les personnes morales de droit privé qui répondent à la définition du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice au sens des articles L. 1211-1 et L. 1212-1 du code de la commande publique ». En outre, les conventions d'occupation domaniale ou les baux emphytéotiques ont le caractère de contrats administratifs et sont donc également visés par l'ordonnance.

Concernant le cadre temporel, les contrats visés sont ceux en cours d'exécution ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire. Par conséquent, aussi bien les règles relatives à l'exécution des contrats que les règles de passation desdits contrats sont adaptées, sans omettre de régler la question des contrats arrivant à terme au cours de cette période.

Adaptation des règles relatives aux contrats conclus, arrivés à échéance ou résiliés durant l'état d'urgence sanitaire

L'idée générale de cette ordonnance est de faciliter la bonne conduite des procédures de passation des contrats en cause. Cela se traduit notamment par un assouplissement des délais de réception des candidatures et des offres dans les procédures prévues par le code de la commande publique. L'article 2 de l'ordonnance prévoit ainsi que les délais de réception sont prolongés d'une durée suffisante pour

permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner. Cette durée est fixée par l'autorité contractante, notamment au regard de la complexité des dossiers à constituer.

Une exception est prévue lorsque les prestations faisant l'objet du contrat ne peuvent pas faire l'objet d'un retard, si « *la satisfaction du besoin ne peut être retardée* »⁹ selon les termes de la DAJ.

L'article 3 de l'ordonnance s'intéresse à l'éventuel aménagement des modalités de la mise en concurrence lors d'une procédure de passation prévue en application du code de la commande publique dans les documents de la consultation des entreprises. Dans le cas où ces modalités ne peuvent être respectées par l'autorité contractante, elle a la possibilité de les aménager en cours de procédure dans la limite du respect du principe d'égalité de traitement des candidats. Cela peut notamment s'illustrer par l'organisation de réunions en visioconférence en lieu et place de réunions de négociation en présentiel. Tous les candidats devront naturellement être informés de ce changement et l'autorité doit s'assurer que chacun a la capacité de poursuivre la procédure selon ces nouvelles modalités.

En ce qui concerne les contrats arrivés à terme pendant la période d'état d'urgence sanitaire, l'article 4 prévoit la faculté pour les cocontractants de prolonger leur relation, par avenant, au-delà de la durée prévue par le contrat, lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre. Ladite prolongation ne peut pas être convenue pour une période excédant la durée de l'état d'urgence sanitaire ni de la durée nécessaire à la remise en concurrence.

Certains types de contrats particuliers peuvent également faire l'objet d'assouplissements, comme cela est le cas de l'accord-cadre qui peut être prolongé au-delà de la durée légale ou encore le cas du contrat de concession pour lequel l'examen préalable par

⁹ DAJ, Fiche technique relative à l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, p. 2.

l'autorité compétente de l'Etat habituellement requis peut s'effectuer sans celui-ci.

Un autre point notable de l'ordonnance réside dans l'hypothèse dans laquelle le titulaire d'un contrat serait défaillant dans l'exécution de celui-ci, du fait de l'épidémie. L'acheteur peut alors recourir à un tiers. L'article 6, 2° b) énonce qu'un marché de substitution peut être conclu, quand bien même une clause d'exclusivité serait attachée au contrat, et ce, sans publicité ni mise en concurrence préalable du fait de l'urgence impérieuse résultant de la réalisation des prestations.

Adaptation des règles relatives aux difficultés d'exécution des contrats du fait des mesures résultant de l'état d'urgence sanitaire

Le second versant de l'activité en commande publique susceptible d'être impacté par l'état d'urgence sanitaire est la phase de l'exécution des contrats. En effet, la crise sanitaire rend difficile, voire impossible, la réalisation de certaines obligations contractuelles.

En ce qui concerne la protection des entreprises contre les sanctions contractuelles, le titulaire du contrat a la possibilité de demander à l'autorité contractante de prolonger le délai d'exécution contractuellement prévu. En effet, l'ordonnance précise à l'article 6, 1° que cela est possible lorsque le titulaire démontre qu'il n'est pas possible pour lui de respecter ce délai ou bien que cette exécution nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive. La conséquence de cette faculté de rallonger le délai d'une obligation contractuelle est que le titulaire ne pourra pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée sur ce motif¹⁰.

Un autre point important sur lequel se penche l'ordonnance est celui des mesures financières. L'article 5 précise en effet que les

acheteurs ont la faculté de modifier, par avenant, les conditions de versement de l'avance. Les acheteurs peuvent ainsi verser des avances d'un montant supérieur au taux maximal de 60% du montant du marché ou du bon de commande fixé par l'article R. 2191-8 du code de la commande publique. Cet article permet également aux acheteurs de déroger à l'obligation qui leur incombe d'exiger des entreprises qu'elles constituent une garantie à une première demande lorsque le montant de l'avance versé est supérieur à 30%.

Dans le cadre d'un marché à prix forfaitaire qui serait suspendu en cours d'exécution, l'ordonnance impose la poursuite de l'exécution financière du contrat par l'acheteur telle que prévue par le contrat¹¹. A l'issue de cette suspension, un avenant au contrat en déterminera les conséquences financières.

Pour le cas d'un contrat de concession qui aurait fait l'objet d'une suspension, l'article 6, 5° de l'ordonnance prévoit que le versement des sommes dues est également suspendu et si la situation de l'opérateur économique le justifie, une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut lui être versée.

De plus, l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 complétant la précédente, ajoute un article 6-1 qui assouplit la procédure dans le cadre de projets d'avenants aux conventions de délégation de service public et aux marchés publics entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5% en leur permettant d'échapper à l'avis préalable de la commission d'appel d'offres ainsi que de celui de la commission mentionnée à l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales.

Concernant l'indemnisation des préjudices du titulaire du contrat, la question d'une éventuelle résiliation d'un marché ou d'annulation d'un bon de commande est résolue par l'article 6, 3° de l'ordonnance qui énonce clairement que le titulaire peut être

¹⁰ Article 6, 2° a de l'ordonnance n° 2020-319.

¹¹ Article 6, 4° de l'ordonnance n° 2020-319.

indemnisé par l'acheteur des dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié. La DAJ du ministère de l'Economie et des Finances précise toutefois que « *si les circonstances qui ont conduit à la résiliation ou à l'annulation des prestations constituent un cas de force majeure, seules les dépenses réelles et utiles pour l'exécution des prestations pourront faire l'objet d'une indemnisation* »¹².

Néanmoins, une difficulté peut surgir dans le cas d'une suspension de l'exécution d'un contrat de concession dans le but d'assurer la continuité du service public. Dans cette hypothèse, l'autorité concédante devra alors modifier significativement les modalités d'exécution prévues au contrat. Par conséquent, l'article 6, 6° de l'ordonnance reconnaît un droit d'indemnisation au profit du concessionnaire destinée à « *compenser le surcoût qui résulte de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux, lorsque la poursuite de l'exécution de la concession impose la mise en œuvre de moyens supplémentaires qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire* ».

L'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 ajoute un paragraphe à l'article 6 afin de résoudre la question d'un contrat emportant occupation du domaine public alors que les conditions d'exploitation de l'activité de l'occupant sont dégradées dans des proportions manifestement excessives au regard de sa situation financière. Il est désormais admis que le paiement des redevances dues pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public soit suspendu pour une durée ne pouvant excéder l'état d'urgence sanitaire¹³.

L'objectif de cette ordonnance d'adapter la pratique des contrats soumis au code de la commande publique ainsi qu'aux contrats publics qui n'y seraient pas soumis est

rempli en grande partie en assouplissant des règles qui leurs sont applicables. Elle tente de répondre aux difficultés susceptibles d'être rencontrées par les opérateurs économiques et qui pourraient les pénaliser, tout en garantissant la continuité de ces contrats dans un contexte d'état d'urgence sanitaire. **C. L.**



Médias audiovisuels et crise sanitaire covid-19 : la vigilance des régulateurs européens

Communiqué de presse de L'ERGA du 6 avril 2020 sur l'importance des médias en temps de crise.

Communiqué de presse du CSA du 14 avril 2020 mettant « fermement en garde » LCI au sujet d'essais cliniques en Afrique.

Par Jules Samson Nyobe

« L'infodémie » : cette pandémie d'infocrise, derrière le coronavirus menace les populations, traduit l'éternel combat pour la qualité des contenus audiovisuels. En effet, par ces temps où les citoyens sont appelés à rester chez eux, la crise sanitaire actuelle a mis en évidence la nécessité de disposer d'une bonne couverture médiatique et d'informations fiables sur la maladie et sur les mesures de protection prises par les autorités¹⁴. Dans le même temps,

¹² DAJ, Fiche technique relative à l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, p. 4.

¹³ Article 6, 7° de l'ordonnance n° 2020-319.

¹⁴ Communiqué de presse // ERGA // COVID-19, Bruxelles, 6 avr. 2020.

elle a révélé la forte et rapide dissémination des fake news sur les plateformes en ligne, à l'aune de la course effrénée à l'audience. Pourtant, à l'heure de l'explosion des informations en tout genre, des plus saugrenues aux plus alarmistes sur les moyens de lutter contre le virus et la particulière viralité des messages suscitant la panique, la vigilance est plus que jamais de mise. Ainsi, le procureur de la République a de quoi actionner l'action pénale dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues à l'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Par ailleurs, si la nouvelle directive SMA¹⁵ et l'article 12 de la loi du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information¹⁶ étendent les prérogatives du CSA, le groupe des régulateurs européens de l'audiovisuel vient d'attirer l'attention de la Commission européenne sur l'importance des médias en temps de crise.

D'une part, il rappelle l'auto-régulation des plateformes face aux défis posés par les fausses informations liées au covid-19. D'autre part, il met l'accent sur leur mission de cohésion sociale, non sans oublier l'impact de la crise sur la situation des médias audiovisuels soumis aux pressions financières.

Dans la même veine, le gendarme attiré de l'audiovisuel, a, par un communiqué du 14 avril 2020, pris position au sujet de la polémique issue de l'émission télévisée « LCI info » diffusée le 1^{er} avril 2020. La vidéo, devenue virale sur les réseaux sociaux, a fait le tour du monde et permis au CSA de rappeler les exigences relatives à la déontologie dans le traitement et la présentation de l'information. En mettant fermement en garde la chaîne LCI, il rappelait le principe de maîtrise de l'antenne, qui incombe aux éditeurs de service de médias audiovisuels.

¹⁵ Directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 nov.2018, modifiant la directive 2010/13/UE.

¹⁶ Loi n° 2018-1202 du 22 déc. 2018 communément appelée « loi fakes news ou « loi infox ».

Les régulateurs européens de l'audiovisuel au service de la lutte contre la désinformation

A côté du droit de l'information s'est progressivement construit un droit à l'information à la faveur de la jurisprudence constitutionnelle¹⁷. Par son récent communiqué, l'ERGA¹⁸ insiste sur deux points cruciaux : l'impératif d'honnêteté de l'information et la situation des professionnels assurant les services de médias audiovisuels.

Honnêteté et non manipulation de l'information : outils de communication au service de la cohésion sociale et de la santé publique

L'impératif d'honnêteté de l'information est depuis longtemps un objectif de valeur constitutionnelle¹⁹ confié au régulateur français par l'article 28 de la loi de 1986 relative à la communication audiovisuelle. Il s'agit concrètement pour les professionnels des médias de respecter deux obligations.

D'une part, il leur appartient de respecter l'obligation de rigueur et d'exactitude de l'information qui induit la précaution dans le traitement de l'information. A ce titre, il ne faudrait ni méprendre les téléspectateurs ni les tromper par des images n'ayant aucun rapport avec le sujet traité. D'autre part, la source de l'information doit être fiable pour éviter de créer des confusions dans un contexte de prolifération tous azimuts d'images et de vidéos sur internet. Ainsi, les informations non vérifiées doivent être présentées au conditionnel et être assorties de réserves sans position tranchée. En cas de rectification, elle doit se faire *illico presto* à l'antenne et dans les meilleurs délais.

Plus récemment, l'obligation d'honnêteté dans le traitement de l'information s'est accentuée du fait de la recrudescence des

¹⁷ E. DERIEUX, « Les principes du droit de la communication dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Légipresse*, mai 1997, n° 141.

¹⁸ European Regulators Group for Audiovisual Media Services.

¹⁹ Décision n° 86-217-DC, du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication.

fausses informations. Déjà présentes dans la loi de 1881 au titre des fausses nouvelles, les fake news diffèrent cependant de ces dernières. En effet, les premières découlent d'une erreur, d'un travail journalistique et d'investigation bâclé. Les secondes quant à elles vont au-delà et ont pour socle la mauvaise foi et l'intention délibérée de nuire et de manipuler. A cet effet, l'ERGA pose son regard sur les plateformes autrefois à l'abri des règles applicables aux médias audiovisuels. Depuis l'entrée en vigueur de la directive SMA et de la loi n° 2018-1202, un devoir de coopération en matière de lutte contre la diffusion des fausses informations susceptibles de troubler l'ordre public s'impose aux plateformes. Issue de la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale et aujourd'hui reprise à l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, la notion d'ordre public renvoie au « bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique ».

Il en résulte que, la salubrité, composante de l'ordre public sus évoquée fait le lien avec la pandémie actuelle liée au covid-19 en ce sens qu'elle désigne tout état physiquement sain de la population d'un pays ou d'une région²⁰. A ce titre, promouvoir, prévenir les risques et éduquer à la santé sont autant de missions qui passent aujourd'hui par le canal de l'audiovisuel. C'est d'ailleurs l'une des missions du CSA prévue à l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986.

Au regard de ce qui précède, le principe constitutionnel de protection de la santé publique²¹ s'impose au CSA qui y veille en collaborant avec les plateformes. Au-delà de la transparence de leurs algorithmes, ces plateformes doivent mettre en application des dispositifs de signalement visibles et accessibles et contrecarrer les comptes ayant pour objectif de propager massivement les fausses informations au sens de l'article 11 de la loi n°2018-1202. Cette technique favorise le « fact

²⁰ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, Paris, Puf, 12e éd, 2018, p.944. B. MATHIEU, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel ; à propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n°185 du 20 mai 1998 », in Les cahiers du Conseil constitutionnel n° 6-Janvier 1999 pp.54-67.

checking » déjà engagé par Facebook et Google et permet de contrer la vague de captures d'écrans et de tweets tendant à vouloir décrédibiliser certaines personnalités publiques. De surcroît, alors que la crise sanitaire se transforme en crise économique comparable à celles de 1929 et 2008, les plateformes tirent leur épingle du jeu car le trafic sur Facebook, Youtube ou Netflix par exemple, n'a jamais été aussi élevé. Mais, c'est aussi sur ces plateformes que circulent le plus grand nombre d'infos.

L'appel à la réduction de l'impact du covid-19 sur les médias audiovisuels : entre crise et opportunités

Soutenir les journalistes professionnels est fondamental car ce sont eux qui, en première ligne, permettent de lutter contre les dangers de la désinformation. Des capacités de communication adéquates sont tout aussi importantes pour entretenir les contacts sociaux²². Mais, à l'évidence, comme bon nombre de secteurs, les effets économiques de la crise sanitaire frappent durement les entreprises de médias audiovisuels dont beaucoup étaient déjà sous pression financière dans un marché en rapide évolution²³. Les mesures nécessaires décidées par les autorités nationales pour contenir la propagation du virus complexifient leur fonctionnement. En effet, l'effondrement en cascade des recettes publicitaires irrigue toute l'industrie de la production, de la distribution et de la diffusion des contenus audiovisuels. Aussi, les mesures de confinement ont provoqué la paralysie des activités du secteur, notamment l'annulation de nombreux tournages d'émissions et de fictions. A ce titre, les régulateurs européens se disent être à l'écoute de tous les acteurs pour les aider à traverser au mieux la crise et préserver autant que possible les équilibres toujours fragiles du secteur tout en préparant l'après.

²¹ Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

²² Communiqué ERGA, op.cit.

²³ Ibid.

Le ministre de la Culture Franck Riester et celui de l'Economie Bruno Le Maire ont annoncé que le gouvernement travaillait sur les mesures d'aide au bénéfice de la presse et des médias. Parallèlement, les audiences explosent, la consommation des médias en ligne dépasse tous les records, la télévision redore son blason et les géants du web ressortent renforcés. En réalité, le monde des médias vit plus que jamais un bouleversement entre crises et opportunités : entre perte de confiance des citoyens dans les médias traditionnels et fléau de fake news sur les réseaux sociaux, une reconfiguration du rapport de force s'ouvre certainement.

Essais cliniques en Afrique : mise en garde de la chaîne LCI par le CSA pour non-maîtrise de l'antenne.

Dans une séquence diffusée le 1^{er} avril 2020 sur la chaîne LCI, deux professionnels de santé se sont interrogés sur l'opportunité de réaliser, en Afrique, des essais cliniques portant sur l'utilisation de la vaccination du BCG pour prévenir des infections au Covid-19. Cette séquence a suscité de nombreuses réactions tant sur le plan national qu'international, ainsi que de très nombreuses saisines du CSA de la part des téléspectateurs. *« Après analyse de cette séquence, le CSA a relevé que les propos abrupts et contestables de l'un des intervenants n'avaient suscité aucune réaction ou demande d'explication sur le plateau. Il a donc estimé que cette séquence traduisait un défaut de maîtrise de l'antenne, telle que définie par la convention de LCI. Aussi, compte tenu de la nature et des caractéristiques du sujet, ce dernier n'avait pas été traité avec suffisamment de rigueur »*²⁴.

L'obligation de maîtrise générale de l'antenne permet au CSA de vérifier le niveau de responsabilité des différents services de médias audiovisuels en tant que clause importante de leurs conventions et cahiers de charges. A ce titre, l'éditeur est non seulement responsable de ce qui est diffusé par le canal de sa chaîne, mais également des propos qui y sont tenus. Pour rappel, il y a maîtrise de l'antenne lorsque le présentateur ou l'animateur interpelle les

intervenants ou recadre les propos qui y sont tenus. Dans le contrôle *a posteriori* de cette obligation, le régulateur de l'audiovisuel a une démarche qui diffère suivant le type d'émission et les conditions de sa diffusion.

S'agissant du type d'émission, celles de libre antenne et de type informatif font l'objet d'un contrôle plus rigoureux pour que l'information soit équilibrée et diversifiée afin que les auditeurs, internautes ou téléspectateurs forment librement leur opinion. Pour les émissions humoristiques, il est plus souple compte tenu du caractère insolite de l'émission, sauf si la dérision et le ridicule sont largement mis en avant, de nature à excéder le seuil du raisonnable.

S'agissant des conditions de diffusion, la maîtrise de l'antenne fait l'objet d'un contrôle moins accentué lorsque l'émission est diffusée en direct. En revanche, lorsque l'émission est diffusée en différé, le contrôle est beaucoup plus strict car il permet en interne de censurer des séquences ou propos non convenables avant diffusion.

Quoi qu'il en soit, la non-maîtrise de l'antenne peut donner lieu à un rappel de la part du CSA, une mise en garde, une mise en demeure ou valoir l'engagement d'une procédure de sanction. En outre, elle peut provoquer l'insertion d'un communiqué à titre de correctif pédagogique.

Conclusion

Les médias audiovisuels privés et publics, nationaux et locaux assurent leur mission d'information malgré les grandes difficultés auxquelles ils sont confrontés. Comme le relève le CSA, en cette période de crise sanitaire aiguë où le besoin d'information et les enjeux de cohésion sociale sont plus forts que jamais, les médias portent une responsabilité qui exige une vigilance face aux risques importants de désinformation dans la présentation et le traitement de l'information²⁵. Par ailleurs, l'importance actée des plateformes

²⁴ Communiqué de presse du CSA, op.cit.

²⁵ Ibid.

questionne le renforcement de l'auto-régulation mais aussi de la co-régulation. **J. N.**



Les fournisseurs alternatifs d'électricité restent tenus à leurs obligations dans le cadre de l'ARENH, car un désaccord sur l'application de la clause de force majeure existe entre eux et EDF

Conseil d'Etat, 17 avril 2020, n°439949, mentionné dans les tables du recueil Lebon

Par François Houillon

La crise sanitaire du covid-19 frappe de plein fouet le secteur de l'électricité, qui fait face à une baisse historique de la consommation. Cette baisse, conséquence d'une économie tournant au ralenti, inquiète notamment les fournisseurs qui voient leur chiffre d'affaires chuter. Dans ce contexte, la Commission de Régulation de l'Energie (CRE) joue un rôle crucial, en adoptant des délibérations qui doivent gérer les impacts de la crise sur le marché. Dans la décision commentée, il est précisément question d'une délibération de la CRE²⁶, dont la légalité est contestée devant le juge des référés du Conseil d'Etat.

Dans la délibération contestée, la CRE se prononce sur l'évolution du cadre de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH) face à la crise sanitaire. Pour rappel, le mécanisme de l'ARENH réserve une part de la

²⁶ Délibération n°2020-071 de la CRE du 26 mars 2020.

production nucléaire d'EDF aux fournisseurs alternatifs. La plupart des fournisseurs ont choisi, pour l'année 2020, de recourir à ce mécanisme et ont conclu des accords-cadres avec EDF d'une durée d'un an.

Pour saisir l'enjeu de l'affaire, il faut comprendre qu'avec la crise sanitaire, les fournisseurs se retrouvent dans une situation inconfortable. En effet, ils sont coincés entre leur engagement d'achat auprès d'EDF et la demande de leurs clients en baisse. Certains fournisseurs ont donc décidé de mettre en œuvre l'article 13 des accords-cadres, qui permet de suspendre l'exécution des accords en cas de survenance d'un événement de force majeure. *A minima*, ils espèrent modifier les volumes d'ARENH afin de réduire leurs pertes. Néanmoins, EDF s'oppose à la mise en œuvre de cette clause, en arguant que les conditions prévues dans les contrats ARENH ne sont pas réunies.

Par sa délibération, la CRE refuse de notifier à RTE les volumes modifiés demandés par les fournisseurs. Pour justifier son refus, elle met en avant le litige entre EDF et les fournisseurs pour mettre en œuvre de l'article 13. En conséquence, deux associations représentant les intérêts des fournisseurs ont saisi le juge des référés du Conseil d'Etat. Ils demandent la suspension de l'exécution de la délibération litigieuse et la notification à RTE de l'évolution des volumes d'ARENH.

La situation économique des fournisseurs ne correspond pas à une urgence

Dans cette décision, le juge des référés du Conseil d'Etat s'attache avant tout à vérifier si la demande formulée par les fournisseurs correspond à une urgence. En effet, aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, l'urgence est une condition nécessaire pour que le juge des référés prononce la suspension de l'exécution d'une décision administrative.

Afin de prouver cette urgence, les fournisseurs affirment que la crise sanitaire leur cause un préjudice financier « *grave et irréversible* ». En effet, ils avancent qu'à cause des mesures gouvernementales, la consommation d'électricité a baissé de l'ordre de 15% en moyenne par rapport au niveau habituellement constaté en mars. Ils soutiennent aussi que la baisse de la consommation provoque une chute des prix sur les marchés de gros. Le MWh s'y établit à 21 euros alors qu'il est fixé à 42 euros dans les contrats d'ARENH. A cause de ces deux baisses combinées, les fournisseurs ayant eu recours à l'ARENH disposent d'un surplus d'énergie qu'ils doivent revendre à un prix inférieur à celui auquel ils l'ont achetée.

Pourtant, malgré ces éléments, le juge considère que la situation des fournisseurs ne correspond pas à une urgence et il rejette la requête des deux associations de fournisseurs. Le Conseil d'Etat insiste sur le fait qu'il existe une procédure normale de règlement des litiges devant le tribunal de commerce. Le Conseil explique subrepticement qu'il n'existe pas d'urgence si le juge compétent peut être saisi et peut se prononcer dans un délai de quelques mois. Or les fournisseurs n'ont pas apporté la preuve que les pertes qu'ils connaissent mettent en péril leur survie de telle sorte qu'ils n'auraient même pas le temps de saisir le tribunal de commerce.

En d'autres termes, les fournisseurs peuvent attendre que le juge compétent se prononce pour statuer sur leurs demandes. Le Conseil d'Etat semble prudent sur les pertes des fournisseurs qui ne compromettent pas leur survie à court terme. Si le juge est réticent à constater que les pertes entraînent une urgence, c'est parce que les fournisseurs ont largement profité de l'ARENH depuis sa mise en place en 2010. Ils ont pu grâce à cela proposer des offres attractives et concurrencer EDF. Le juge semble ici mettre en balance les gains accumulés depuis des années avec les pertes, certes importantes, subies depuis seulement quelques semaines.

Les fournisseurs ne peuvent mettre en œuvre la clause de force majeure si EDF s'y oppose

Dans sa délibération, la CRE se base sur l'existence d'un litige entre EDF et les fournisseurs à propos de la mise en œuvre de la clause de force majeure pour justifier son refus de modifier les volumes d'ARENH. Dès lors, l'intérêt principal de la décision est de clarifier la façon dont peut être activée la clause de force majeure.

Tout au long de la décision, le Conseil d'Etat rappelle que l'activation de la clause de force majeure est strictement encadrée, notamment par les articles 10, 13 et 19 du modèle d'accords-cadres d'ARENH. Il ressort clairement de ces dispositions que la suspension de l'exécution des contrats-cadres n'est possible que si les parties s'accordent sur la qualité de l'évènement de force majeure. En d'autres termes, l'activation de la clause de force majeure suppose un consensus sur le constat d'un évènement extérieur, irrésistible et imprévisible rendant impossible l'exécution des obligations des parties.

Or, en l'espèce, ce consensus n'existe pas puisqu'EDF s'oppose à l'activation de la clause. C'est précisément ce litige que constate la CRE et qui explique qu'elle ne peut « *que constater, à ce stade, le désaccord entre les parties au contrat* ». Sur ce point, le Conseil d'Etat confirme le raisonnement de la CRE. Celle-ci a eu raison de ne pas tirer les conséquences de l'activation de la clause de force majeure puisque les conditions de son activation n'étaient pas réunies.

Il est intéressant de remarquer que le juge ne dit pas si la crise sanitaire actuelle constitue ou non un évènement de force majeure. Cette question sera sans aucun doute tranchée plus tard par le juge compétent. Dans la décision commentée, ce n'est pas l'absence d'une force majeure qui justifie le rejet de la requête mais plutôt l'absence d'urgence et l'existence d'un litige.

La CRE n'a pas outrepassé son rôle en interprétant les conditions de la clause de force majeure

Les fournisseurs soulèvent également un moyen d'illégalité de la délibération tenant à l'incompétence de la CRE. Ils pointent en particulier certaines prises de position litigieuses de la CRE dans sa délibération. En effet, le régulateur a donné son avis sur l'existence d'un cas de force majeure en l'espèce. La CRE en a conclu que, selon elle, la force majeure ne pouvait être caractérisée puisque la situation économique des fournisseurs ne rendait pas totalement impossible l'exécution de l'obligation de paiement de l'ARENH. Le régulateur a aussi estimé que les conséquences d'une suspension totale des contrats ARENH, en raison d'une force majeure, seraient disproportionnées. En particulier, cela se ferait au détriment EDF, alors que les fournisseurs s'étaient engagés à acheter une part de sa production.

Selon les requérants, le régulateur a, par ces prises de positions, outrepassé ses compétences. Il aurait fait preuve d'un pouvoir d'appréciation de l'invocation de la force majeure, alors que ce n'est pas son rôle. D'après les fournisseurs, la CRE aurait dû tirer les conséquences de leur volonté de suspendre l'exécution des contrats, sans pouvoir apprécier la situation.

Sur ce point, le Conseil d'Etat confirme que ce n'est pas à la CRE de définir comment s'applique la clause de force majeure. Néanmoins, la délibération n'est pas entachée d'incompétence car ni l'interprétation de l'article 10 ni les analyses d'une suspension éventuelle des contrats ne sont la cause du refus de modifier les volumes d'ARENH. Le juge explique que ce ne sont là que des considérations générales de la CRE. Le régulateur ne fait que partager son avis à titre informatif. Si la CRE ne modifie pas les volumes de l'ARENH, c'est parce qu'elle constate un désaccord entre les parties sur l'activation de la clause de force majeure.

Il découle de tout cela que la CRE n'était pas incompétente et qu'elle n'était évidemment pas tenue de suivre la volonté des fournisseurs. Au contraire, elle est restée dans son rôle en notifiant à RTE les volumes d'ARENH inscrits dans les accords-cadres. Comme l'explique le Conseil d'Etat, la CRE « joue un rôle de tiers de confiance » entre EDF et les fournisseurs alternatifs, rôle qu'elle a ici correctement rempli.
F. H.



Le Conseil d'Etat annule la délibération par laquelle la CNIL a sanctionné Google pour non-respect de l'injonction de déréférencement mondial

Conseil d'Etat, 10^e-9^e ch. réunies, 27 mars 2020, Google Inc., n°399922, publié au recueil Lebon

Par Samuel Daudey

Google Inc. est la société qui exploite le moteur de recherche le plus utilisé mondialement, à savoir Google, et détient plus de 90% des parts de marché dans ce secteur dans le monde²⁷ et en France²⁸. Dans ce cadre, elle fait l'objet de demandes de déréférencement de la part de personnes souhaitant voir supprimés certains résultats de recherche lorsque leurs nom et prénom sont recherchés sur le moteur.

C'est dans ce contexte que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a rendu une première décision de

²⁷ Search Engine Market Share Worldwide – March 2020. URL: <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share>

²⁸ Search Engine Market Share in France – March 2020. URL: <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/france>

mise en demeure du 21 mai 2015, par laquelle elle demandait à Google de procéder à la suppression des liens demandés par les plaignantes sur l'ensemble des versions du moteur de recherche au niveau mondial et ne pas se borner aux Etats membres de l'Union européenne (ci-après « UE »). En effet, la CNIL a relevé que si le déréférencement se bornait aux versions correspondant aux noms de domaine des Etats membres de l'Union, un internaute français, en utilisant un nom de domaine d'un Etat tiers à l'UE, pouvait toujours accéder à ces résultats de recherche.

Cette décision de mise en demeure a été complétée par une délibération du 10 mars 2016²⁹, prononçant une sanction à hauteur de 100 000 euros à l'égard de Google du fait de l'absence de mise en conformité vis-à-vis de la mise en demeure. Le fait que Google ait proposé de compléter son dispositif initial par un géoblocage (ou *geoblocking*), par lequel toutes les recherches effectuées depuis une adresse IP localisée en France, quel que soit le nom de domaine utilisé, verrait les résultats de recherche supprimés, a été vu comme insuffisant par la CNIL pour garantir le droit des personnes à la protection des données à caractère personnel. En effet, un tel dispositif pourrait être contourné par l'utilisation d'un VPN (réseau privé virtuel) ou en se rendant à l'étranger, c'est pourquoi la CNIL requerrait un déréférencement à l'échelle mondiale.

Dans ces deux décisions, la CNIL se fonde sur un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour de justice ») du 13 mai 2014³⁰, dans lequel cette dernière a affirmé que l'activité de moteur de recherche constitue un traitement de données à caractère personnel, et que l'exploitant du moteur de recherche est désigné responsable

²⁹ CNIL, délibération de la formation restreinte n° 2016-054 du 10 mars 2016 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X.

³⁰ CJUE, gde ch., Google Spain et Google, 13 mai 2014, aff. C-131/12.

³¹ CJUE, gde ch., Google, 24 septembre 2019, aff. C-507/17.

³² Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection

de traitement. Dans ce cadre, il est lié par une obligation d'effacement, notamment en procédant au déréférencement de certains liens Internet pour garantir l'effectivité des droits fondamentaux des personnes concernées au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel. Par cet arrêt, la Cour de justice avait donc consacré un « droit au déréférencement », sans toutefois en préciser l'étendue.

La précision de l'étendue du droit au déréférencement par la Cour de justice

Saisi d'un recours en annulation contre cette délibération du 10 mars 2016, le Conseil d'Etat a transmis trois questions préjudicielles à la Cour de justice relatives aux possibilités pour la CNIL de prononcer des injonctions de déréférencement à différentes échelles. Par un arrêt du 24 septembre 2019³¹, la Cour de justice, se réfère aux dispositions de la directive de 1995³² et à celles du règlement général sur la protection des données³³ (ci-après « RGPD »), pour dire qu'il n'y a pas d'obligation de déréférencement mondial résultant du droit de l'Union, ainsi que le Conseil d'Etat le rappelle au considérant 5.

En effet, la Cour de justice précise que le droit à la protection des données n'a pas un caractère absolu ; il doit être mis en balance avec le droit à l'information des personnes, conformément au principe de proportionnalité. Par ailleurs, les dispositions de la directive comme celles du RGPD n'ont pas de portée extraterritoriale, elles ne sont donc applicables que sur le territoire de l'Union, d'autant que le droit au déréférencement n'est pas universel, tous les pays ne le reconnaissent pas.

des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO 1995, L 281, p. 31).

³³ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO 2016, L 119, p. 1).

La Cour affirme toutefois que si le droit de l'Union n'oblige pas l'autorité nationale compétente à prononcer un déréférencement mondial, elle ne l'interdit pas non plus, à condition qu'il résulte de la mise en balance, entre le droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel d'une part, et le droit à l'information des personnes d'autre part, qu'un déréférencement à l'échelle mondiale est nécessaire.

Elle précise ainsi l'étendue du droit au déréférencement, qui n'est pas apprécié *in abstracto*, mais qui fait l'objet d'une appréciation *in concreto*, au terme de cette mise en balance. C'est donc sur la base de cette décision de la Cour de justice, répondant ainsi à ses questions préjudicielles, que le Conseil d'Etat a pu rendre sa décision le 27 mars 2020.

Une erreur de droit

Le Conseil d'Etat commence par rappeler que la CNIL a infligé une sanction à la société Google Inc. en raison du fait que, quand elle accède à une demande de déréférencement, elle se borne à supprimer les liens demandés dans les versions de son moteur de recherche dont le nom de domaine correspond à ceux des Etats membres de l'UE, et ne supprime pas ces résultats de recherche de l'ensemble des versions de son moteur de recherche. Elle rappelle également que la CNIL a estimé insatisfaisante la proposition de Google de géoblocage, selon laquelle quel que soit le nom de domaine utilisé, toutes les adresses IP (*Internet Protocol*) qui seraient localisées en France n'accèderaient pas aux résultats de recherche en cause.

Le Conseil d'Etat constate que Google a procédé à un déréférencement pour les noms de domaine correspondant aux Etats membres de l'UE et a renforcé les difficultés d'accès à ces liens pour un internaute français, du fait de son dispositif complémentaire, conformément à ce que la Cour de justice a dit pour droit. En effet, elle requiert que le déréférencement soit

effectué sur l'ensemble des versions du moteur de recherche correspondant aux Etats membres et, si nécessaire, que l'exploitant ajoute des mesures qui empêchent ou, à tout le moins, découragent les internautes d'y accéder.

Au regard de ce qu'a jugé la Cour de justice, le Conseil d'Etat juge que la CNIL a commis une erreur de droit en considérant que Google aurait dû procéder à un déréférencement mondial.

Le rejet de la demande de substitution de base légale

Au vu de la réponse formulée par la Cour de justice, la CNIL a demandé une substitution de base légale³⁴ pour sa délibération du 10 mars 2016 par laquelle elle condamne Google à payer la somme de 100 000 euros.

La CNIL demande à fonder sa décision sur la possibilité pour l'autorité nationale, reconnue par la Cour de justice au point 72 de sa décision, d'enjoindre à l'exploitant du moteur de recherche de procéder à un déréférencement sur l'ensemble des versions de son moteur de recherche, après avoir procédé à une mise en balance entre les droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel d'une part, et le droit à l'information des personnes d'autre part.

Toutefois, pour pouvoir prononcer une injonction de déréférencement à une telle échelle, encore faut-il que la CNIL ait procédé à une mise en balance des droits précités. Or, le Conseil d'Etat juge que ce n'est pas le cas en l'espèce, puisque la CNIL a seulement constaté les manquements à sa mise en demeure, sans mettre en balance ces différents droits. N'ayant pas procédé à cette mise en balance, la CNIL ne remplit pas les conditions pour prononcer une telle injonction, et voit donc sa demande de substitution de base légale rejetée. Il en résulte que le Conseil d'Etat décide d'annuler la délibération de la CNIL du 10 mars 2016. **S. D.**

³⁴ CE, Sect., 3 décembre 2003, Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi, n° 240267.



in Samuel Daudey
[linkedin.com/in/samuel-daudey-92758b182/](https://www.linkedin.com/in/samuel-daudey-92758b182/)



in Jeanne Banchet
[linkedin.com/in/jeanne-banchet-67a287142/](https://www.linkedin.com/in/jeanne-banchet-67a287142/)



in Clara Léger
[linkedin.com/in/clara-léger-b435a9160/](https://www.linkedin.com/in/clara-léger-b435a9160/)



in François Houillon
[linkedin.com/in/françois-houillon-a37251199/](https://www.linkedin.com/in/françois-houillon-a37251199/)



in Anthony De Vito
[linkedin.com/in/anthony-de-vito-42458318a/](https://www.linkedin.com/in/anthony-de-vito-42458318a/)



in Jules Samson Nyobe
[linkedin.com/in/jules-samson-nyobe-4a6047192/](https://www.linkedin.com/in/jules-samson-nyobe-4a6047192/)



Retrouvez l'ADERE et ses publications :
www.adere-scpostrasbourg.com

Contact :
adere.iep@gmail.com

in / ADERE Sciences Po Strasbourg
f / ADERE – Association du M2 Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe

© Tous droits réservés

Association du Master 2 Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe
Sciences Po Strasbourg – École de l'Université de Strasbourg